جامعة 20 اوت 1955

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

التفريق بين الزوجين للضرر في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص : الأحوال الشخصية

اعداد الطالب :

- موات بشير

اشراف الاستاذة :

نظيرة عتيق

لجنة المناقشة :

أ / امحمد بوصيدة	رئيسا
أ / عتيق نظيرة	مشرفا و مقررا
أ / قحام حنان	مناقشا

السنة الجامعية 2016/2015

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين سبحانه انزل القران خلق الانسان, ميزه عن كثير من المخلوقات بنعمة العقل, فله سبحانه الحمد و الشكر بان وفقنا لإنجاز العمل.

يشرفنا ان نتوجه بخالص الشكر وعظيم التقدير و العرفان بالجميل الى الاستاد الفاضل

" عتيق نضيرة "

على قبوله بصدر رحب الاشراف على هده المدكرة ولما قدمه لنا من توجيهات قيمة وسديدة كان لها الاثر في اتمام هدا العمل

كما نتقدم بالشكر الى كل الأساتذة الدين تتلمذنا على ايديهم

كما لا يفوتنا ان نقدم خالص شكرنا الى القائمين على ادارة كلية الحقوق والعلوم السياسية وجميع الأساتذة و الموظفين و العمال الساهرين على هده الكلية.

اهداء

بسم الله الرحمن الرحيم و الصلاة والسلام على اشرف المرسلين اما بعد

اهدي هدا العمل المتواضع الى الوالدين العزيزين

-اطال الله في عمرهما-

الى اخوتي واخواتي الى الاهل والاقارب.

كما اهدي هدا البحث الى أولادي دعاء و اسلام و الى الزوجة الكريمة التي ساندتني معنويا في انجاز هدا البحث.

والى كل من ساعدنا في انجاز هده المدكرة.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى و بركاته

بشـــــــير

مقدمة:

يعتبر الزواج من أهم العلاقات التي ينشئها الإنسان في حياته لذلك تولاه الشارع الحكيم بالرعاية فأضفى عليه قدسية تميزه عن مختلف العقود الاخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على الرجل والمرأة ولا على الأسرة الصغيرة بل يمتد إلى المجتمع،فالحياة الزوجية تقوم على اسس أهمها السكينة والمودة والرحمة القائمة بين الزوجين مصداقا لقوله تعالى:(ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها, وجعل بينكم مودة ورحمة) (سورة الروم الآية 21).

والأصل أن الزواج شرع على سبيل الدوام والاستمرارية لكن قد تعترض العلاقة بعض الأمور تجعل الحياة بين الزوجين مصدر للشقاق والخصام المستمر, إذ هذا الأخير منه ما يعالج ويوجد له حلا ومنه ما يستعصي ولا يوجد له حل, إذ لا يبقى أمام الزوجين سبيل للتخلص من الشقاق والخصام المستمر سوى طريق واحد يأتي كآخر مرحلة بعد إجراءات محاولة الصلح وهو : فك الرابطة الزوجية وذلك يكون إما عن طريق إرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة عن طريق الخلع أو التطليق.

وما يهمنا في بحثنا هذا هو موضوع التطليق للضرر الذي يعد نوع هام من أنواع الفرقة بين الزوجين والتي تظهر أهميته عندما يسيء الأزواج معاملة زوجاتهم على أساس أن الزوج هو من يملك العصمة وهو صاحب الحق في فك الرابطة الزوجية.

فدراستنا لهذا الموضوع توضح أن الشريعة الإسلامية لم تهمل حق الزوجة في خلاصها من العلاقة الزوجية إذا ما لحقها من أضرار مادية أو معنوية من طرف زوجها.

وقد أقر المشرع الجزائري والذي سار على خطى الشريعة الإسلامية طريق فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة والذي حصر اسبابها في المادة 53 من ق- أ- ج حيث أنه إذا توفر سبب من الأسباب المشار إليها قانونا ترفع الزوجة أمرها إلى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها.

وعليه فإن اختيارنا لهذا الموضوع كان لسببين أولهما هو تبيان حق المرأة في حل عقد الزواج متى لحقتها أضرار جراء سوء معاملة زوجها وذلك مقابل حق الزوج في الطلاق والسبب الثاني يكمن في تنامي الظاهرة أي الطلاق بطلب من الزوجة التي لم تكن منتشرة بكثرة من قبل.

أما من أهداف اختيار الموضوع هو : إثراء المكتبة والتعريف بالضرر وأنواعه بالإضافة إلى إبراز منهجية المشرع الجزائري في معالجة مشكلة الضرر واتجاهه.

كما اعتمدنا في بحثنا هذا عن دراسات سابقة تناولت نفس الموضوع نذكر منها:

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون للطالب عبدو أحمد تحت عنوان التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق في الفقه الإسلامي والقانون كذلك اعتمدنا عن بحث مقدم لنيل درجة ماجيستير تحت عنوان التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة من إعداد الطالب فريحاوي كمال.

وبخصوص المنهج المتبع في هذا البحث هو: المنهج التحليلي والمنهج الوضعي والاستنباطي.

و أثناء اعدادي لهذا البحث واجهتني بعض المتاعب و العقبات أهمها ندرة المراجع المتخصصة و التي تعالج التفريق للضرر بصفة خاصة، حيث أن المراجع المتحصل عليها أغلبها مراجع عامة تتحدث عن حل عقد الزواج بكل أنواعه. لكن حاولت أن انتقي كل ما هو مفيد و يخدم الموضوع.

ومما تقدم فإن إشكالية البحث تتمحور حول السؤل الذي يمكن طرحه وهو إلى أي مدى يكمن اعتبار تخويل المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق مبررا قانونيا ؟.

والسؤال الذي يتفرع عن هذا التساؤل الرئيسي إلى أي مدى يمكن اعتبار الآثار المترتبة عن حكم التطليق كافية لجبر الضرر الذي لحق بالزوجة ؟

فلدراسة الموضوع والإجابة عن هذه الأسئلة اعتمدنا الخطة التالية والمتضمنة فعليا الفصل الأول يعالج التفريق للضرر بطلب من الزوجة والذي قسمناه إلى مبحثين تناولنا في الأول منهما ماهية الضرر وأنواعه والثاني خصصناه لمفهوم التفريق بين الزوجين والفرق بينه وبين غيره من أنواع الفرقة.

والفصل الثاني يعالج دعوى التطليق والآثار المترتبة عنها والذي بدوره قسمناه إلى مبحثين تكلمنا في المبحث الأول عن دعوى التطليق.

والمبحث الثاني عالجنا فيه الاثار المترتبة عن دعوى التطليق .

وأخيرا أرجو التجاوز والصفح عن العثرات التي قد توجد بالبحث فالكمال لله وحده.

الأصل أن الطلاق يقع باختيار الزوج وإرادته أما التفريق أو التطليق فيقع بحكم القاضي استجابة لطلب الزوجة المتضررة.

الجدير بالذكر أن القانون الجزائري انطلاقا من الشرع الإسلامي أعطى للزوجة حق طلب التطليق بسبب الضرر دون مراعاة نوع الضرر ولا جسامته ،وفي هذا الصدد فإن المشرع الجزائري سلك مسلك الإمام مالك الذي اعتبر مجرد اشاحة وجه الزوج عن زوجته يعد ضررا فيه انتقاص من كرامتها ومساس بكيانها بالإضافة الى ان المشرع الجزائري يحيلنا الى المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري التي تبين الأسباب التي يجوز فيها للزوجة ان تطلب التطليق.

فبعد هدا التوضيح والبيان لحق الزوجة في طلب التطليق بسبب الضرر فانه يقتضي منا تقسيم هدا الفصل الى مبحثين : نتناول في المبحث الاول ماهية الضرر وأنواعه أما المبحث الثاني نخصصه لدراسة ماهية التفريق بين الزوجين والفرق بينه وبين غيره .

المبحث الأول

مفهوم الضرر وأنواعه

سنتناول من خلال هدا المبحث التعريف اللغوي والاصطلاحي في مطلب , بالإضافة الى مطلب ثاني ندرس فيه انواع الضر.

المطلب الأول

التعريف اللغوي والاصطلاحي للضرر

التفريق بطلب من الزوجة مقترن بوجود الضرر الذي يعتد به شرعا وقانونا وقد يختلف هذا الأخير باختلاف الزوجات إذ ما يعتبر ضررا لدى بعض الزوجات لا يعتبر كذلك لدى البعض الاخر ونظرا لأهمية الضرر في قلب التعريف سنتطرق لتعريف لغة واصطلاحا في الفرعين التاليين .

الفرع الأول

تعريف الضرر لغة:

هو كل ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضر بضم الضاد لقوله تعالى (**وأيوب إذ نادى ربه أني مسني الضر وأنت أرحم الراحمين**) وما كان بفتح الضاد فهو ما كان ضد النفع , وضارة مضارة و ضرارا بمعنى ضرة , واضطره بمعنى الجأه , وضرة المرأة , امرأة زوجها والجمع ضرات وضرائر .

الضر بفتح الضاد : ضد النفع , وضاره بالتشديد بمعنى ضره والاسم الر , والضراء الشدة , والضر بضم الضاد : الهزال وسوء الحال , والمضرة خلاف المنفعة.[1]

والضرر بالفتح يطلق على كل مكروه يلحقه الشخص بغيره خص بي عظم الضم لما كان قائما بالدين من هزال وسوء حال , والفتح بما كان ضد النفع وضرره ضرارا الحق به مكروها او ادى , تقرر به أو من أصاب به او من ضرر , وضره بضره وضر به أو منه وأخر به , وضاره, مضارة , و ضرارا , والاسم الضر وقد أطلق على كل نقص يدخل الأعيان

وقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)[2] ولكل معنى من اللفظين معنى غير الأخر : فمعنى قوله لا ضرار أي لا يضر الرجل اخاه , وهو ضد النفع وقوله لا ضرار أي ال يضار كل واحد منهما صاحبه , فالضرار منهما معا والضرر فعل واحد ومعنى وقوله(**ولا تستوي الحسنة ولا السيئة ادفع بالتي هي أحسن فادا الذي بينك وبينه عداوة كأنه ولي حميم**) قال ابن الاثير : قوله لا ضرار أي لا يضر الرجل اخاه فينقصه شيئا من حقه , والضرار فعال من الضر , أي لا يجاز به على اضراره بإدخاله الضرر عليه والضرر الواحد والضرار فعل لاثنين , ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به , والضرار أن تضره أنت من غير أن تنفع وقيل : هما بمعنى واحد وتكرارهما للتأكيد .[3]

[1] ابن منظور ،لسان العرب، المكتبة التوفيقية , القاهرة سنة.711/23 ،ج8ص28
[2] ابن ماجة ،سنن ابن ماجه، مؤسسة الرسالة ناشرون , الطبعة الأولى ، 2009 .

[3] ابن منظور، لسان العرب ، ج8 ص 28

الفرع الثاني

تعريف الضرر اصطلاحا:

أما تعريف الضرر اصطلاحا, سنتناوله تحت هذا العنوان من ثلاثة جوانب, تعريفا فقهيا, وتعريف تشريعيا, وأخر قضائيا.

أولا : التعريف الفقهي

هو من كان طبعه احلال المكروه على غيره في جسده , و نفسه أو ماله , فالتعريف الاصطلاحي يأخذ معناه اللغوي فإن الزوج الذي يوقع المكروه على زوجته لأجل الإضرار بها ماديا كالضرب المبرح , وتعذيبها أو قتلها , أو يضرها معنويا كالشتم والإنقاص من كرامتها أمام اترابها والناس وكدالك إذا اوقع الضرر في مالها , فكله ضرر ينغص حياتها ويدمر بيت الزوجة .[1]

و لما كان قصد الاضرار من الأمور الخفية التي يصعب اثباتها، فيمكن الاستدلال عليه بالقرائن و من دلك خلو الفعل من المصلحة يعتبر قرينة على تمحض قصد الاضرار بالغير، ادا الأصل أن أفعال العقلاء لا تخلو عن مصلحة فادا جاء الفعل خاليا منها، كان دلك قرينة على قصد الاضرار بالغير.[2]

ثانيا : التعريف التشريعي

إلى جانب التعاريف الفقهية للضرر الموجب لتفريق , يستوجب الرجوع إلى نصوص التشريعات لتعريف الضرر من الناحية التشريعية .

[1] بلقاسم شتوان ، الطلاق في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالألة الشرعية و قانون الأسرة (د،ط)(د،س) ص 239

[2] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون و الحق، دار العلوم للنشر و التوزيع، (د.ط) سنة 2006،ص184.

1-قانون الاسرة الجزائري :

نص المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة التي تحكم أسباب التطليق بطلب من الزوجة على ما يلي : وكل ضرر معتبر شرعا , ولاسيما ادا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 و 37 .

ونص كذلك المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة التي تحكم التفريق للشقاق والضرر على ما يلي : "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين لتوفيق بينهما" .[1]

حيث أنه باستقراء المادتين 53 و 56 من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين فقد وصف الضرر بأن يكون معتبرا شرعا وأورد بعض صوره وتتمثل في مخالفة المادتين 08 و 37 , وما يمدن قوله في هذا العدد أن المشرع الجزائري لم يعرف الضرر الموجب للتفريق في المادتين 53 و 56 من قانون الاسرة .[2]

2-القانون المصري

نصت المادة 06 فقرة 01 رقم 25 لسنة 1929 والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1989 على ما يلي :

إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج لها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا اثبت الضرر وعجز القاضي عن الاصلاح بينهما .

---

[1] قانون84-11المؤرخ في84/6/9 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بموجب الأمر05-02 المؤرخ في05/2/27.

[2] فريحاوي كمال , التفريق لضرر في قانون الأسرة الجزائري , دراسة مقارنة , بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير ,كلية الحقوق ابن عكنون , الجزائر السنة الجامعية , 2001/2000 ص17.

حيث أنه باستقراء نص المادة 06 السالف الذكر نجد أن المشرع المصري هو الآخر لم يعرف الضرر الموجب للتفريق بل اكتفى بوصف الضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين امثالها كما جعل الضرر واقعا من الزوج على الزوجة .[1]

التعريف القضائي

1-المحكمة العليا (الجزائر) :

عرفت المحكمة العليا الضرر الموجب للتفريق بأنه اساءة الزوج لزوجته , إلا أن التعريف يتسم بالقصور لعدم بيانه لشروط الضرر وإن كان يبقى الضرر في مفهومه العام ينتج عن إساءة أو الأذى .[2]

2-تعريف محكمة النقض المصرية :

حاولت محكمة النقض المصرية تعريف الضرر الموجب للتفريق في العديد من أحكامها, كما بينت صوره ومن بين هده التعريفات ما يلي :

(الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها)

كما عرفت الضرر بقولها (الضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا ترى المرأة الصبر عليه , ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها)

كما عرفت محكمة النقض المصرية الضرر بقولها (المقصود بالضرر في هدا المجال هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل الذي لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة وضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها .[3]

من خلال استعراض أهم تعريفات محكمة النقض المصرية نجدها أنها جعلت للضرر معيار شخصيا بقولها لا يليق بمثلها، ثم أدرجت شرطا أخر في تعريف الضرر وهو استحالة

---

[1] فريحاوي كمال التفريق للضرر في قانون الاسرة الجزائري , ص.17 .

[2] قرار صادر بتاريخ 1984/12/17، في القضية رقم 34767 منشور المجلة القضائية العدد 01.

[3] فريحاوي كمال التفريق للضرر في قانون الاسرة الجزائري , ص20.

استمرار الحياة الزوجية , إلا أن الملفت للانتباه في تعريف محكمة النقض المصرية هو بيانها لمرجع التكييف للفعل المادي للزوج حتى يوصف بإيذاء حيث اعتبرت مرجع التكييف في دالك هو العرف حيث قالت بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة وضارة ،إلا أنه كان بالأحرى أن تجعل الشرع مرجع التكييف وليس العرف .[1]

المطلب الثاني

أنواع الضرر

لما كان الضرر متعددا ونطاقه أوسع وتشخيصه أعم وأشمل ارتئينا أن نقسمه الى نوعين هما كالآتي :

- **ضرر مادي**
- **ضرر معنوي**

الفرع الأول

الضرر المادي

المقصود بالضرر هنا هو ما يلحقه الزوج بزوجته من صنوف الأذى الذي لا تستقيم معه الحياة الزوجية ولا تستقر , فإذا أدى الزوج زوجته بالقول أو الفعل الذي لا يناسبها, مثل ضربها ضربا مبرحا , أو يكرهها على القيام بمنكر من القول أو الفعل أو الرضاء به , أو يبغي على شيء من حقوقها , فقد ذهب مالك إلى أن للزوجة أن تطلب من القاضي التطليق إذا ادعت اضرار الزوج بها اضرار لا تستطيع أن تستمر في العيش معه كما اشترط المالكية أن يكون الضرر المشتكى منه وبسببه تطلب الزوجة التطليق واقع عليها من طرف

[1] فريحاوي كمال التفريق للضرر في قانون الاسرة الجزائري , ص.20.

زوجها وليس غيره و أن يكون متعمدا ومتكررا باستمرار , أما إذا لحقها من ابوي زوجها أو إخوته و أخواته وبقية أهله دون تحريض منه فان دالك لا يجيز لها طلب التطليق بسببه .[1]

وعموما فبالرجوع الى الفقرة 10 والأخيرة من نص المادة 53 من الأمر 02/05 أن المرأة يجوز لها طلب التطليق بناء على كل ضرر معتبر شرعا , و أن هده الفقرة هي بمثابة إحالة لتقدير القاضي في النظر أي ضرر ترفع الزوجة من أجله دعوى التطليق , غير الحالات الواردة في باقي الفقرات وبالتالي تمكينه من تقرير ما ادا كان هدا الضرر موجبا للتطليق أم لا .

وعليه يمكن إعمال نص المادة 222 من القانون رقم 11/84 التي تحيل على أحكام الشريعة الاسلامية , ويمكن كذلك للقاضي الاستفادة مما استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري .[2]

أما من الناحية الشرعية فان المنصوص عليه في مذهب مالك أن الزوج ادا تعدى على زوجته بأن أداها إيذاء غير سائغ له شرعا , ورفعت أمرها الى القضاء و أثبت الايذاء زجره فان تكررت الشكوى بعث حكمين للصلح , فان فشلا في الصلح كان لهما التفريق .

وهدا التطليق يقع بائنا قانون .[3]

وفي الأخير فان القاضي زيادة على اصدار الحكم بالتفريق ادا ثبت له وقوع ضرر على الزوجة من زوجها وفقا للأسباب المشار اليها المادة 53 مكرر من الأمر 02/05 والتي جاء

---

[1] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائرية, مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع , الطبعة الأولى 2013 , ص 130 .

[2] سليمان ولد خسال , الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري , منشورات دار طليلة , المحمدية الجزائر , الطبعة الاولى , 2010 , ص 138 .

[3] المرجع نفسه ،ص139.

فيها , يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر الاحق بها .[1]

ويمكن أن يكون الضرر ماديا بتعدي الزوج على أموال الزوجة العقارية أو المنقولة , ومن ثم يكون الضرر ماليا فقد توكل الزوجة زوجها للقيام بإدارة اموالها وصيانتها , فيتصرف فيها تصرفا يؤثر في قيمتها , كالقيام بتبديد منقولاتها أو التصرف فيها .

كما يعد ضررا ماديا الاستيلاء وتحويل راتب الزوجة دون علمها أو رضاها , وقد يكون الضرر ماديا أيضا بامتناع الزوج عن دفع معجل الصداق بعد الدخول بها دون مبرر شرعي وبالتالي فالضرر المادي قد يمتد الى الإخلال والمساس بمصلحة مالية للزوجة ولا يقتصر على الإيذاء الجسماني فقط , بمعنى أن نطاق الضرر المادي قد يشمل الإيذاء المالي و الإيذاء الجسماني وهو النطاق الشرعي الذي حدده المالكية لضرر , وهو ما لا يجوز شرعا [2] ومن ثم يشترط في الضرر المادي الموجب للتفريق أن يكون محققا أي وقع فعلا, أو أنه مؤكد الوقوع في المستقبل.[3]

أما إذا كان الضرر غير محقق أي احتماليا , فيجب الانتظار إلى تأكد وقوعه بالفعل ،و شرط تحقق الضرر لا يكون فقط بعد الدخول والبناء بل يكون كذلك قبل الدخول وعلى ذالك ألا يقبل دعوى التفريق للضرر بعدم السماح لعدم الدخول والبناء وهدا تأسيسا على المذهب المالكي الذي لا يفرق بين المد خول بها , وغير المد خول بها في طلب التفريق للضرر فتسمح الدعوى في الحالتين . [4]

---

[1] سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 138.

[2] عبدوا أحمد , التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق في الفقه الاسلامي , أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون , كلية الحقوق , جامعة سعد دحلب البليدة , السنة الجامعية 2012/2010 , ص 175.

[3] محمد صبري السعدي , الواضح في شرح القانون المدني , النظرية العامة الالتزامات , أحكام الالتزام , دار الهدى للنشر والتوزيع , عين مليلة , الجزائر طبعة 2010 , ص 71.

[4] فريحاوي كمال , التفريق للضرر ,ص 23.

كما يشترط في الضرر أن يكون شخصيا , سواء كان ماديا أو معنويا ولا ينصرف الحاق الضرر الى أسرة أحد الزوجين , كأن يلحق الزوج ضررا بأسرة زوجته أو العكس , فهدا لا يعد ضررا موجبا للتفريق بين الزوجين . [1]

ولقد نصت أغلب التشريعات على شرط عدم استطاعة دوام العشرة الزوجية بين أمثال الزوجين , ومنها ما نصت فقط على أن يؤثر الضرر على العلاقة الزوجية كالقانون التونسي الفعل 25 من مجلة الاحوال الشخصية , أما القانون الجزائري فقد أشار الى أن الضرر يجب أن يكون معتبرا شرعا في المادة 53 من قانون الأسرة , وعبر المشرع الجزائري كذلك عن الضرر بشدة الخصام المادة 56 ق .أ .

غير أن المحكمة العليا اشترطت في الضرر الخطورة والاستمرار و هدا الشرط ورد كذلك في الشروع التمهيدي لقانون الأسرة .

ومهما يكن فإنه لا يوجد تقدير معين لجسامة الضرر أو خطورته خاصة أن المذهب المالكي والدي هو المصدر التشريعي لم يشترط جسامة الضرر أو خطورته , كذلك الفقه الاسلامي توسع كثيرا في الضرر بحيث جعل امتناع الزوج عن الكلام مع زوجته ضرر يؤدبها ويوجب التفريق .

إلا أن المتفق عليه فقها و قضاءا أن الضرر يجب أن يكون ما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية أي تستمر معه حالة الشقاق فتهدم أهداف الزواج.[2]

ومن التطبيقات القضائية الواردة في الضرر المادي كنوع من أنواع الضرر المخول للزوجة حق التفريق نذكر قرار من قرارات الحكمة العليا في هدا الشأن .

- الموضوع : تطليق نتيجة الضرب والإهمال وعدم الانفاق , ثبوت الضرر, الحكم بالتعويض للزوجة .

---

[1] فريحاوي كمال , التفريق للضرر ,ص 23.

[2] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، الجزء الأول المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر (د.ط) سنة 1986.ص 271.

- **المرجع المادتان (52 و 53 من ق , أ)**

المبدأ : من المقرر قانون أنه يجوز للزوجة طلب التطليق عند التطليق تضرها ومن المقرر أيضا انه ادا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها . ومتى تبين , في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع اولادها وعدم الانفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض من ثبوت تضررها وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون.[1]

الفرع الثاني

الضرر المعنوي

لا يقتصر الضرر المخول للزوجة طلب التفريق على الضرر المادي فقط , بل يمتد الى أنواع أخرى من الضرر والتي تسبب ألم نفسي ومعنوي .

فالضرر المعنوي هو كل ما يصيب الزوجة من ألام نفسية نتيجة المساس بكرامتها وشرفها و عرضها أو بكرامة وشرف وعرض والديها , وذلك بكل ما يصدر عن الزوج من تحقير في المخاطبة أو امتهان في المعاملة ،فشتم الزوجة وسب ابيها نحو : يا بنت الكلب , يا بنت الكافر ,يا بنت الملعون يعتبر انتقاص من كرامتها ومساس في شرفها , الأمر الذي ينتج عنه ضررا معنويا ونفسيا يؤثر على مشاعرها ويجعلها تشعر بالظلم مما يلقي في نفسها كراهية زوجها والنفور منه.[2]

ومن الضرر المعنوي أيضا عدم الكلام مع الزوجة بصفة متكررة وتحويل وجهه عنها في الفراش دون وجه حق أو مبرر شرعي وهو ما يسمى بالهجر, الذي نص عليه المشرع

[1] تاريخ القرار : 1998/07/21، رقم القرار 192665، اجتهاد قضائي , 2001 عدد خاص

[2] عبدوا أحمد , التفريق بين الزوجين للضرر ,ص 180.

الجزائري طبقا للمبادئ الفقهية في المادة 53.(ق.أ.ج)على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق عند الهجر في المضجع لمدة تزيد عن اربعة أشهر كاملة .[1]

وعليه ,متى تأكد القاضي من وجود واقعة الهجر الحقيقي بدون سبب شرعي مقبول , مع توافر عنصر القصد المتمثل في نسبة الضرر بالزوجة , جاز للقاضي الحكم بالتطليق للزوجة .[2]

وفي الساق نفسه لابد أن نوضح أنه إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني , كوجود الزوج في المستشفى , أو في الخدمة العسكرية , أو في مكان أخر من أجل وظيفته أم كان الهجر تعبيرا عن غضب الزوج من سلوك زوجته الطائش وكدا ادا كان الهجر لا يتجاوز الأربعة أشهر , ولو ليوم واحد , أو لعدة مرات وفي أوقات مختلفة و متفرقة , فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطبيقها في مثل هده الحالات لأن الهجر شرعي ولأسباب و معقولة .

ولقد شرع الله هذا التأديب القائم على هجر الزوج فراش الزوجة والإعراض عنها وعدم قربانها , في حدود الشرع لقوله سبحانه (**واهجروهن في المضاجع**) [سورة النساء الآية 34].

ويقول العلماء : "أن الهجر المطلوب هو الهجر الجميل من غير جفوة كأن يولي ظهره , ولا يجامعها ولا يكلمها إلا بقدر يسير جدا , إلا أنه لا يجوز له هجر كلامها , أو الامتناع عن الحديث معها أكثر من ثلاثة أيام , لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذالك عندما قال "لا يجوز لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليالي يلتقيان فيعرض هدا ويعرض هذا وخيرهم الذي يبدأ بالسلام" وتطبيقا لهذه الفكرة فإنه إذا اشتكت الزوجة من اضرار زوجها بها عن

[1] لحسن بن شيخ أث ملويا ,سلسلة الدراسات القانونية ,رسالة فس طلاق الخلع ,دار هومة للطباعة والنشر ,الجزائرص 68.

[2] نسرين شريفي , وكمال بوقروة , قانون الأسرة الجزائرية , دار بلقيس للنشر , الدار البيضاء الجزائر , الطبعة الأولى 2013 , ص 87 .

طريق الهجر الذي لم تعد تحتمله ولا يمكن انجاب ذرية فإنه يجوز للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها.

وبما أن الهجر في المضجع فوق الاربعة أشهر يعد من بين الاسباب التي تخول حق طلب التطليق ,فالقانون لم يخرج بهذا عن دائرة الفقه الاسلامي ,فهو بهذا يكون قد وافق المالكية والحنابلة في جواز التفريق بترك الوطء اكثر من اربعة أشهر وسواء كان بالليلاء أو الظهار أو بدونهما . لكن هناك بعض الاجراءات لا بد من ذكرها والقانون أغفلها حيث أنه ترك الاصل وتكلم عن الفرع .

ففي الايلاء لا يطلق القاضي , وليس للمرأة حق طلب التطليق إلا بعد الرفع ثم يوقفه الحاكم فيأمر بالوطء فان أبى وطلبت الفرقة أمره بها فان رفض طلق عليه الحاكم وهدا الترتيب لابد منه عند الفقهاء .[1]

أما في الظهار فانه بعد مضي الاربعة أشهر يوقفه الحاكم و يأمره بالتكفير أولا , ثم الفيء ثانيا , لأنه لا يجوز أن يأمر بالفيء قبل التكفير فان رفض التكفير والفيء وطلبت الزوجة الطلاق طلق عليه الحاكم بعد أن يأمر بالطلاق .

أما إذا ترك الزوج وطء المرأة حيث من غير سبب فان القانون قد أتى في هدا بما يحقق المصلحة حيث أعطى الزوج مهلة أربعة أشهر حتى يرجع عن غيه وظلمه وهدا ما عليه الحنابلة وبعض المالكية , فإن رفض وطلبت الزوجة التطليق طلق عليه الحاكم .[2]

وقد تسبب بعض المشاكل الاجتماعية في الفرقة بين الزوجين لاسيما أزمة السكن الخانقة التي تمر بها البلاد خاصة هده السنوات الاخيرة , فنتيجة الانتظار الطويل للحصول على مسكن يضمن للزوجين الاستقرار والعيش الكريم قد يحدث مللا في نفس الزوجة والدي قد

[1] العربي بختي , احكام الطلاق وحقوق الأولاد ,ص. 127 .

[2] المصري مبروك , الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري ,دار الإفتاء هومة للطباعة والنشر ,الجزائر , سنة 2010 .

يكون في الغالب من الاحيان نتيجة سوء التفاهم الذي يحدث بين الزوجة و أهل زوجها بسبب الاختلاف في الثقافات والأعراف والتقاليد , فعجز الزوج عن توفير سكن منفرد يؤويه ويأوي زوجته والدي يعد من بين واجباته التي تشملها النفقة والتي جاء فيها : تشمل النفقة الغداء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ،فعجز الزوج عن توفير سكن خاص به وبزوجته يعد اخلال بأحد التزاماته الزوجية والدي يؤدي الى الاضرار بالزوجة وبكيان الاسرة كحل , مما يدفع بالزوجة الى رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق لدفع الضرر الذي لحقها جراء اخلال الزوج بتلك الالتزامات .[1] وهذا لا يكون إلا اذا تحقق شرط العلم بإعسار الزوج وقت الزواج , فإن كانت عالمة بإعساره فلا يجوز لها طلب التطليق على هدا الاساس , لأنه كان معسرا وتعلم به فانه لم يقع منه ظلم لأن الله لا يكلف نفسا إلا ما أتاها , وتبقى مسألة الاثبات في علمها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الاثبات العامة وللقاضي السلطة التقديرية في اعتماد أي قول منهما .[2]

وتوضيحا لهذا الأساس نجد القرار المؤرخ في 1987/02/23 والذي جاء فيه ما يلي :

متى كان من المقرر شرعا أن لزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن أهل الزوج فليس معنى هدا أنها تطلق ادا لم يكن لها دالك حالا , بل يجري عليه ما يجري على النفقة ; ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الشريعة الاسلامية والخطأ في تطبيقها في غير محله يستوجب رفضه .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة (الطاعنة) علقت طلب الطلاق في حالة ما ادا رفض زوجها توفير السكن المنفرد لها بعيدا عن أهله , فان قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الزوجة بالرجوع الى البيت الزوجية التي زفت اليه

[1] منصوري نورة , التطليق والخلع في القانون والشريعة , دار الهدى عين مليلة , سنة الطبع , 2012 ، ص

[2] ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر (د،ط) 2013 ص 2004.

ورفض الطلبات الاخرى اعتمادا على اظهار الزوج عجزه وعدم قدرته على تلبية رغباتها طبقوا احكام الشريعة الاسلامية تطبيقا صحيحا ومتى كان دالك استوجب رفض الطعن . [1]

أما في حالة عدم علم الزوجة بإعسار زوجها , او تلقت وعود كاذبة من زوجها قبل الزواج , كأن تزف الى بيت بعيد عن أهله أو أوهمها أنه قادرا على تحقيق دالك , ثم خالف وعوده فلها أن تصبر على دالك كما لها أن تطلب التطليق كما سبق و أن ذكرنا ودالك بسبب اخلال الزوج بوعوده أو بالأحرى بالتزامه , كما لها أن تطلب التعويض عن الضرر الذي أصابها جراء عدم وفاء الزوج بما التزم به , ولعل تأمين المسكن المنفرد كان السبب الاساسي في قبول الزوجة الارتباط بزوجها .[2]وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا، تطبيق لطول مدة الخصام بين الزوجين وعدم توفير سكن منفرد للزوجة – ثبوت الضرر – تعويض الزوجة – تطبيق صحيح القانون.(المادة 53 من ق,أ).(اجتهاد قضائي) .

من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا. و متى تبين في قضية الحال, أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج و أن الزوج هو المسئول عن الضرر لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض.

وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام و بتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون.[3]

[1] تاريخ القرار ,15 /1999/06 ,رقم القرار224655 , اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ,ص 129.
[2] باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار هومة عين مليلة الجزائر، سنة 2007، ص 33.
[3] قرار صادر ب : 1987/02/23، رقم القرار 44994، عدد 1990، الصفحة 58.

المبحث الثاني

مفهوم التفريق بين الزوجين والفرق بينه وبين غيره

سنعالج في هدا المبحث مفهوم التفريق أو التطليق في مطلب كما نتطرق الى الفرق بين التطليق والخلع ,والطلاق , والفسخ في مطلب أخر .

المطلب الأول

مفهوم التطليق بين الزوجين

قد تطرأ أمور أثناء قيام العلاقة الزوجية تعكر صفوها بسبب اختلاف الأمزجة وسوء التفاهم وانعدام الثقة , ما يدفع الزوجة الى طلب الطلاق , لدا فسح الإسلام في تشريعه باب الخلاص للمرأة فجعل لها حق اللجوء الى القاضي ليطلقها و أوجبت على هدا الأخير الاستجابة لها متى وجدت الأسباب التي تجيز دالك .

الفرع الأول

تعريف التطليق لغة

التطليق لغة من الفعل طلق أي ترك , والتطليق بدالك هو ايقاع الترك وإحداث الفرقة بين الزوجين.[1]

وبالرجوع الى معناه في اللغة نجد أصل كلمة تطليق يعود الى طلق – تطليقا أي طلقت المرأة زوجها , وتطليقها منه ,بمعنى خلاصها من قيد الزواج , وتطليق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم.[2]

الفرع الثاني

تعريف التطليق اصطلاحا

التطليق يكمن في اظهار رغبة الزوجة في حل الرابطة القائمة بينها وبين زوجها لسبب من الأسباب المشار اليها قانونا .

وقد نص المشرع الجزائري على الطلاق بطلب من الزوجة أو التطليق بناء على ارادتها المنفردة في المادتين 48 و 53 قانون أسرة جزائري , كما اشترط أن يتم التطليق بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة أمام القضاء في المحكمة , استناد الى ما ورد في هدا القانون , حيث تضمنت المادة 53(ق,أ , ح)أسباب طلب الزوجة التطليق والتي أوردها المشرع الجزائري على سبيل المثال لا الحصر .[3]

---

[1] ابن منظور،لسان العرب، ج2،ص

[2] منصوري نورة، التطليق و الخلع، ص 11.

[3] نسرين شريفي , وكمال بوقروة , المرجع السابق , ص 84-85

والتطليق من الطلاق كلاهما سواء في المعنى لغة وشرعا غير أن المشرع الجزائري استحدثه للتفريق بينه وبين الطلاق, ويسمى أيضا التفريق القضائي.

والتطليق هو أن يفرق القاضي بين الزوجين بطلب من الزوجة , إذ ما تحقق سبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من الأمر 05/02 .

ويتطلب التطليق جملة من الشروط حتى يعتد به وهي : أن يتم في المحكمة أمام القاضي , لأن القاضي هو من يفرق بينهما , وأن يكون بطلب من الزوجة باعتبار أن الضرر لحق بها , وأن لا يستعمل إلا ادا تعذر الاتفاق بين الزوجين , وتوفرت الأسباب المنصوص عليها المادة 53 من الأمر 02/05 .[1])

المطلب الثاني

الفرق بين التطليق والطلاق والخلع والفسخ

لاشك في أن الشرع قد أنصف المرأة وراعى حقوقها , ففي مقابل جعل الطلاق بيد الرجل فإن للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها عن طريق التطليق أو الخلع , فبالرغم من أن كل من الطلاق و التطليق والخلع بالإضافة إلى الفسخ ينهي العلاقة بين الزوجين الأمر الذي يعد وجه من أوجه التشابه بينهما , إلا أننا سنكتفي في هذا المطلب بتمييز التفريق عن المفاهيم المشابهة له في الفروع التالية

[1] سليمان ولد خسال , الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري ص 126 ,127.

الفرع الأول

الفرق بين التطليق والخلع

يعرف الخلع لغة بأنه خلع امرأته و خالعها اد افتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه وسمي خلعا لأن الله جعل النساء لباس لرجال والرجال لباس للنساء [1].

وفي اصطلاح الفقهاء هو أن يتفق الرجل و المرأة على الطلاق مقابل مال تدفعه لزوجها, وفي معناه القانوني هو تخلي الزوج عن حقوقه على زوجته مقابل قدر من المال وتلتزم به المرأة مقابل شراء حريتها، ولقد أعطى المشرع الجزائري للمرأة, امكانية خلع نفسها من الزوج الذي لا ترغب فيه وهدا من خلال المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي :

يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع , يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.[2]

فبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يعرف كل من التطليق والخلع ضمن المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة الجزائري كما أنه لم يحدد صيغة أو ألفاظ خاصة بالتطليق على عكس الخلع الذي اشترط فيه لفظ الضالعة دون الألفاظ الأخرى الدالة عليه والواردة في الشريعة الإسلامية , كالمبارأة والمضادة والمباينة والخلع و المفاسخة , فان لم تستعمل الزوجة لفظ المخالعة لا يقع الخلع وإنما تكون في وضعية قانونية أخرى ,فاعتبر البعض أن غياب لفظ الخلع مع وجود المال لا يعتبر خلعا , وإنما يكون طلاق على مال ,

[1] ابن منظور لسان العرب , ج4, ص 27 .

[2] لوعيل محمد لمين , المركز القانوني لمرأة في قانون الأسرة الجزائري , دار هومة للطباعة والنشر , الجزائر الطبعة الثانية سنة 2006 ,ص 102.

في حين دهب المالكية والشافعية الى أن وجود المال مهما كان اللفظ المستعمل من أحد الزوجين هو خلع , وزاد المالكية عن دالك بأن الخلع يتحقق ولو لم يذكر المبلغ المالي .[1]

فالخلع هو طلاق بعوض , وهو أن تطلب المرأة طلاقها من زوجها مقابل أن تدفع له مبلغ من المال يتفقان عليه دون أن يتجاوز هدا الأخير قيمة صداق المثل , و ادا لم يتفق على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

أما من حيث الأساس فإن المشرع الجزائري نص في المادة 53 قانون الأسرة على حق الزوجة في طلب التطليق ولكن قيدها بأسباب منصوص عليها في نفس المادة.

بينما اكتفى في المادة 54 من نفس القانون بالنص على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون أن يقيدها بأية أسباب أو شروط , لكن بالرجوع الى الفقه نجده قد حدد شروط يجب توافرها لصحة الخلع والمتمثلة في : قيام الرابطة الزوجية والصيغ، والبدل.

و من خلال ما سبق تبين لنا أن أساس التطليق هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب اخلال الزوج بأحد التزاماته أو أكثر في حين يجد الخلع أساسه في كراهة الزوجة لزوجها ونفورها منه وبهذا يكون للزوجة طريقتين لفك الرابطة الزوجية , فإن انتفت أسباب الطريق الأول والمتمثل في التطليق , يفتح لها الطريق الثاني لافتداء نفسها مقابل مبلغ مالي وهو ما يعرف بالخلع .[2]

كذلك يكمن الفرق بين التفريق والخلع من حيث السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي ادا ما كان طلب الزوجة منصب على التطليق أو الخلع .

حيث تتسع في الأول بقدر كبير وهدا ما يستدعي من القاضي اجراء تحقيق جدي ومطابق للواقع على النصوص و تمحيصها , كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة

[1] المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، ص276.

[2] منصوري نورة ، التطليق و الخلع ص 159.

دفوع الزوج , حتى يتسن له الحكم لها بالتطليق أو يرفضه , اعتمادا على الأسباب المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة , بينما تضيق سلطته في الثان،.وذلك لأن المشرع أعطى للزوجين حرية التفاهم على المال الذي يتفقان عليه قليلا كان أو كثيرا , أكثر من المهر أو أقل ,فادا حصل خلاف بين الطرفين حول قيمة المال يتدخل القاضي لرفع النزاع وتحقيق العدل ودالك بالرجوع الى صداق مثلها من النساء وقت الحكم بالخلع وليس له رفض طلب الزوجة للخلع , سواء كان الزوج راضيا بوقوعه أم غير راض , بمعنى أن رضا الزوج ليس شرطا لصحة الخلع.[1]

أما من حيث الآثار , فالبر غم من أن كلا هما يشتركان في الآثار العامة الناجمة عن فك الرابطة الزوجية والمتمثلة في العدة ونفقتها , نفقة الاهمال , النزاع حول متاع البيت , النسب ,حضانة الأولاد ونفقتهم وسكناهم وحق الزيارة .

إلا أنه ما يميز التفريق عن الخلع هو التعويض الذي يحكم به للمطلقة جبرا للضرر اللاحق بها جراء إخلال الزوج بالتزامه اتجاهها عند توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة (53)من قانون الأسرة إلى جانب الحكم لها بالتطليق , في حين ينفرد الخلع بأثار متعلقة والمتمثلة في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع وسقوط الحقوق الزوجية , فيعتبر بدل الخلع شرطا أساسيا لصحة الخلع وتبقى المختلعة ملزومة بتسديده , ووجب في ذمتها أدائه , فيكون مبنيا عليها حتى تسديده ما لم يضمنه غيرها , ويعد بمثابة التعويض في مقابل خلاصها من العشرة التي أصبحت لا تطيقها .[2]

[1] عبد القادر داودي , أحكام الأسرة ،البصائر للنشر والتوزيع الجزائر (د.ط) سنة 2010 ص 321.

[2] عبد المومن بالباقي ، التفريق القضائي بين الزوجي في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة نصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى ين مليلة الجزائر، طبعة 2000، ص 17-18.

الفرع الثاني

الفرق بين التطليق والطلاق

الطلاق لغة هو الترك والمفارقة , يقال طلقت البلاد أي فارقتها وطلقت القوم ادا تركتهم , ومن دالك قول ابن أحمر غطارفة يرون المجد غنما ادا ما طلق البرم العيال أي : تركهم كما يترك الجل المرأة [1].

أما في الاصطلاح الشرعي , فهو إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل , بلفظ مشتق من مادة التطليق أو معناها , صراحة أو دلالة .

وإنهاء الرابطة الزوجية في الحال , يكون بالطلاق البائن , أما في المآل , فيكون بالطلاق الرجعي الذي يخول للزوج أن يراجع زوجته مادامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين , وبدون ادنها ورضاها , فادا انقضت العدة التحق الرجعي بالبائن في الحكم .والفظ المشتق من مادة الطلاق هو الفظ المخصوص سواء أكان منطوقا أم مكتوبا أم مشار به .وقد يكون صدور اللفظ من الزوج , وقد يكون من القاضي .[2]

وقد عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 ق . أ بقوله : مع مراعاة أحكام **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 و 54 من هدا القانون.[3]

يظهر جليا الفرق بين الطلاق والتفرق , حيث أن التفريق يقع بحكم القاضي أما الطلاق فيوقعه الزوج كقاعدة عامة باعتباره من التصرفات التي يملكها وما اشترط اصداره للحكم

---

[1] ابن منظور، لسان العرب, ج8 ص 214

[2] بلحاج العربي , الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري , الجزء الأول , الطبعة الثالثة 2004 , ص 2008

[3] قانون الأسرة، المادة 48.

قضائي إلا لبسط رقابة على ظروف ايقاع الزوج للطلاق من حيث صحته ومدى تعسفه في ايقاعه والقاضي لا يملك في هده الحالة أي سلطة تقديرية لرفض طلاق الزوج .

أما التفريق بين الزوجين بحكم القاضي فهو عبارة عن تطليق القاضي عن زوجها , فله في هدا الصدد السلطة التقديرية في قبول طلب الزوجة أو رفضه في حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر , فمهمة القاضي في الطلاق هي توثيقية في حكم قضائي لإثبات وليست مهمته التفريق بين الزوجين .

أما في دعوى التفريق فالقاضي هو الذي يملك سلطة التفريق بين الزوجين نيابة عن الزوج إذا رفض أن يطلق زوجته , فهو منشئ لحالة التفريق ادا توافرت أسبابها , بالإضافة الى أن الطلاق قد يقع رجعيا أو بائنا حسب شروط كل منهما , والحكم به يكون كاشفا,أما التفريق بين الزوجين لأسباب الشرعية والقانونية فيقع في معظم الحالات بائنا .[1]

فالطلاق بالحكم القضائي ولا ينشأ به لان الطلاق قد نشأ بمجرد تلفظ الزوج , وعليه فان حكم القاضي كاشفا للطلاق وليس منشأ له بخلاف في التطليق والخلع الدي حكم القاضي فيها على الراجح منشأ للفرقة الزوجية .[2]

[1] عبدو أحمد , التفريق بين الزوجين للضرر ,ص204.

[2] نسرين شريقي , وكمال بو قروة, المرجع السابق ,ص 77.

الفرع الثالث

الفرق بين التطليق والفسخ

الفسخ في اللغة : هو النقض , ويقال , فسخ البيع , وانفسخ البيع والنكاح أي نقضه فانتقض .[1]

وفي الاصطلاح : هو حل رابطة العقد أو حل ارتباط العقد ويكون في الزواج الصحيح, وفي غير الصحيح[2].

يختلف التطليق عن الفسخ في أن الاخير هو نقض عقد الزواج وإلغاؤه , ويكون بسبب أمر طارئ على العقد ويتناقض مع انشاءه , ويمنع استمراره بمجرد وقوع السبب , كما يتميز بأنه يقطع رابطة الزوجية في الحال , ويقع دون أن يكون للزوجة التي يكون لها الخيار في دالك بناء على ارادتها المنفردة وهدا ما أكدته المادتين(48 و 53 من ق . أ. ج). كم أن التفريق اشترط فيه القانون الجزائري أن يكون بطلب من الزوجة بالإضافة أنه لا يكون في الحال .[3]

كذلك التطليق الذي يحكم به القاضي لسبب في الزوج أو غيابه أو الأضرار بزوجته يكون بهدف دفع الضرر عن الزوجة التي رفعت أمرها للقاضي تشكوا عن ما لحقها من أضرار والدي تسبب فيها الزوج.[4]

---

[1] ابن منظور،لسان العرب لأبن المنظور ,ج10 , ص289

[2] المصري مبروك , الطلاق وأثار من قانون الاسرة الجزائري، ص 43

[3] المرجع نفسه، ص44

[4] طاهري حسين , الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري , دار الخلدونية للنشر والتوزيع , الجزائر , الطبعة الأولى 2009 , ص 103

أما الفسخ فيقع بسبب خارج عن ارادة الزوج أي بسبب حالات طارئة على العقد .[1]

و لا بد أن نبين بعض الأسئلة عن الأسباب الطارئة التي تستوجب فسخ عقد النكاح مع الاشارة أن العقد الفاسد بالنسبة لاستحقاق الفسخ بعد الدخول ثلاثة أنواع :

- نوع يجب فسخه أبدا وإن طال الزمان بعد الدخول , ونوع لا يجب فسخه بل يبقى , ونوع يجب فسخه ان لم يطل الزمان بعد الدخول ولا يفسخ ان طال الزمن.

وما يهممنا في دراسة الفرق بين التطليق والفسخ هو النوع الذي من شأنه أن ينهي العلاقة الزوجية وهو النوع الذي يجب فسخه أبدا وان طال الزمان بعد الدخول وهو ما يكون الفساد فيه لخلل في الصيغة أو في العاقدين , أو في محل العقد , كالزواج بإحدى المحارم من نسب أو رضاع أو مصاهرة , وزواج المتعة والزواج بأكثر من اربعة زوجات , والزواج بغير ولي أو بغير شهود , وزاج مريض مرض الموت , فزواج المريض لا يجوز في المشهور عن مالك , ويفسخ وان صح .[2]

[1] نصر سلمان، و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار هدى للطباعة و النشر عين مليلة (د.ط) سنة 2003، ص10.

[2] عبد القادر حرز الله , الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي زقانون الاسرة الجزائري دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر , الطبعة الاول 2007 ص 162.

التفريق بين الزوجين لضرر مقترن بوجود أحد الأسباب المشار اليها قانونا في المادة(53) (ق . أ . ج) فمتى توفرت أحد هده الأسباب , جاز للزوجة أن ترفع أمرها الى القاضي ليدفع عنها الضرر , وهدا الأخير بعد أن يتأكد من وقوع الضرر على الزوجة من طرف زوجها , وأن الضرر الواقع عليها من الأضرار المخولة للزوجة طلب التفريق , وعليه فلا يمكن للزوجة التي تتوفر فيها الشروط القانونية لطلب التفريق بينها وبين زوجها اللجوء الى القاضي ليطلقها من زوجها إلا بإتباع إجراءات قانونية تتمثل في دعوى التطليق والتي لم يتكلم عليها قانون الأسرة الجزائري وإنما ورد النص عليها في قانون الاجراءات المدنية والإدارية وهدا ما سنتناوله من خلال هدا الفصل في مبحث أول , كما نتطرق في مبحث ثاني للآثار المترتبة عن دعوى التفريق .

المبحث الاول

دعوى التطليق

لا يمكن التفريق بين الزوجين إلا بإتباع إجراءات قانونية للحكم بالتفريق ومن أجل الاطلاع على هده الاجراءات القانونية للحكم بالتفريق .

ومن أجل الاطلاع على هذه الاجراءات قسمنا هدا المبحث الى مطلبين , حيث خصصنا المطلب الأول لدراسة الاختصاص النوعي والإقليمي , أما المطلب الثاني فخصصناه لدراسة مراحل الخصومة في دعوى التطليق .

المطلب الأول

الاختصاص النوعي والإقليمي في دعوى التطليق

قواعد الاختصاص شانها شأن كل القواعد المتعلقة بالإجراءات إذ تعتبر قواعد أمرة ذلك لأن الأمر يتعلق بالجانب التنظيمي لسلطة من سلطات الدولة هي السلطة القضائية بالإضافة إلى إجراءات اللجوء إليها .

وقد تجدر الإشارة إلى أن ليس بالضرورة أن قواعد الاختصاص النوعي والإقليمي , و نظرا للاختلاف القائم بينهما , قررنا أن نتناول كل منهما على حدى في الفرعين التاليين.

الفرع الاول

الاختصاص النوعي

قبل الحديث عن الاختصاص النوعي لابد أن نشير الى أن قانون الأسرة الجزائري اشتمل على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية , والقواعد الأساسية التي تنظم الاسرة و أحكامها الحقوقية , غير أنه لا يتضمن الاجراءات والقواعد الازمة لتطبيقه , كطرق رفع الدعوى الى المحكمة وقواعد الاختصاص , وإجراءات المحاكمة , وإجراءات التقاضي التي يجب مراعاتها في قضايا الزواج والطلاق.

وبما أنه قانون الاسرة هو فرع مستقل بذاته من فروع القانون الخاص وله ذاتيته , كان من الأفضل أن يتضمن اجراءات خاصة ترشد القضاة والمتقاضين الى معرفة إجراءات المحاكمة وإجراءات التقاضي التي يجب السير في منهاجها , بدلا من البحث في قواعد التطبيق بين طيات قانون الاجراءات المدنية .

وعليه فانه لابد من الرجوع الى قانون الاجراءات المدنية بالفعل في النزاعات التي تنشأ بين الزوجين في قضايا الرجوع أو الطلاق وكل ما يخص اجراءات المرافعات أثناء جلسات المحاكمة بحضور الاطراف وتمثيلهم وغيابهم وغير دالك من الإجراءات الواجب إتباعها .

فالاختصاص النوعي يعد من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية ويقصد ولاية القضاء بالفعل في القضايا المطروحة أمامه وفقا لمعايير النوع والموقع الاقليمي [1].

[1] بلحاج العربي , الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ص 341.

يقال بأن معيار التقييم لرجل القانون يعتمد على مدى معرفته بالإجراءات التي يشكل الاختصاص عنصرها الأساسي ،فعنصر الاختصاص يشكل مفتاح كل دعوى , اذا وضع في قفل الباب المناسب , فتح المدخل وتم البدء في مناقشة الموضوع .

أما إذا أخطأ القفل فلا حديث عن الخصوصية لأن أول ما ينظر فيه القاضي شمول ولايته في الخصومة .

ويقع على القاضي أن يدرك تماما الجهة التي خولها القانون النظر في دعواه نوعيا وإقليميا , إما بموجب القواعد العامة أو بموجب نص خاص ،إذ أن كثيرا من القضايا تنتهي دون الفصل في الموضوع , ويعود عدم قبولها من حيث الشكل , إلى عدم اختصاص الجهة المرفوعة أمام الدعوى .[1]

ويقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجتها, بالنظر في نوع محدد من الدعاوى.

فالاختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى, بعبارة أخرى، هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها وفقا لنوع الدعوى .[2]

كما يستند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون المرأة الى مضمون قانون الاسرة الذي يضبط الجانب الموضوعي المتعلق بقضايا الاسرة في حين ينظم قانون الاجراءات المدنية الشق الإجرائي .[3]

[1] بربارة عبد الرحمان , شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية , منشورات بغدادي , طبعة ثانية , سنة 2009 , ص90.

[2] عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية (د.ط)، سنة 2007، ص141.

[3] المرجع نفسه ص 145.

أما عن الاختصاص فان الدعوى تقام أمام قسم شؤون الاسرة على المستوى محكمة الدرجة الاولى للقضاء العادي والاختصاص النوعي من النظام العام يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه [1].

وهذا ما أكدته المادة 36 من قانون الاجراءات المدنية , حيث نصت على أنه عدم الاختصاص النوعي من النظام العام , تقضي به الجهة القضائية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى .[2]

أما بالنسبة لموضوع العريضة فعلى الزوجة أن تعرض الوقائع المادية التي تمثل السبب القانوني الذي تستند إليه في طلبه التفريق والمتمثل في الضرر الذي لحقها من زوجها وتصرفات زوجها مع وسائل اثباتها لهدا الضرر وأساسها القانوني ،ويجب أن تودع مع هذه العريضة وثيقة الزواج الرسمية لإثبات صفتها كزوجة متضررة من سلوك زوجها , وفي الاخير تحد طلبها الاصلي وهو التفريق بينها وبين زوجها , وطلباتها الفرعية بالتفصيل .

والدعوى تقام أو تسجل بكتابة الضبط بموجب عريضة تعنون بعريضة افتتاح الدعوى والتي تتضمن البيانات المنصوص عليها في المواد **12-13** من قانون الاجراءات المدنية والمادة 3 مكرر من قانون الاسرة وعلى الخصوص :

- اسم ولقب ومهنة وموطن رافع الدعوى.
- اسم ولقب ومهنة وموطن المدعي عليه .
- ذكر الجهة القضائية المختصة والقسم . [3]

[1] بربرا عبد الرحمان، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ص 90.
[2] قانون (08-09) المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية المؤرخ في 2008/02/23 المادة 36.
[3] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة و النشر الطبعة الثالثة 2011 ص 78.

ومن التطبيقات القضائية في مجال الاختصاص النوعي المنعقد لقسم شؤون الاسرة , ففي قرار صادر عن المحكمة العليا :

- **الموضوع :** اختصاص نوعي. دين بين الزوجين. اعتراف الزوج. اختصاص قاضي الاحوال الشخصية يجعل هدا الاخير مختصا للفصل في مبلغ الدين المتنازع عليه .[1]

كما تجدر الاشارة الى التميز بين اثارة الدفع بعدم الاختصاص والتراجع عن الاختصاص فادا ما رأت جهة قضائية باختصاصها وتصدت للموضوع, ليس لذات الجهة أن تتراجع فيما بعد عن موقفها فتنقض بعدم اختصاصها النوعي.[2]

انما يجوز اثارة الدفع من جديد أمام جهات الطعن وتقضي فيه بناء على قناعة مستقلة من قضاة هده الجهات .

ففي قرار صادر عن المحكمة العليا حول رجوع بعد خبرة جاء فيه ; المستبان من قرار المطعون فيه أن النزاع تم الفعل فيه نهائيا بإجراء خبرة فيه وبالتالي لا يمكن لقضاة المجلس في دعوى الرجوع بعد خبرة أن يصرحوا بعدم الاختصاص النوعي بعدما تمسكوا باختصاصهم وفصلوا في الطلب مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض .[3]

[1] تاريخ القرار 2002/04/10 , رقم القرار 272878 , المجلة القضائية ,2003 العدد 01, ص 378

[2] بربارة عبد الرحمان , شرح قانون الإجراءات المدنية , ص90

[3] القرار الصادر بتاريخ : 2001/04/10، رقم الملف 212487.

الفرع الثاني

الاختصاص الاقليمي

أول ملاحظة على النص الجديد , اعتماد المشرع مصطلح الاقليم بدلا عن المحلي وذلك للانسجام مع أحكام الدستور من الناحية الاصطلاحية .

أما المقصود بالاختصاص الإقليمي, هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استناد إلى معيار جغرافي يخضع للتقييم القضائي.

ويشمل موضوع الاختصاص الاقليمي , قاعدة عامة تعتمد مقر المدعي عليه معيارا للاختصاص ومجموعة الاستثناءات بحسب كل حالة .

إذ تكاد أن تجمع التشريعات المقارنة على انعقاد الاختصاص الاقليمية موطن المدعي عليه كقاعدة عامة

ويرجع دالك إلى أن الاصل هو براءة الذمة ومن ثم , على من يطلب خصمه بشيء أن يسعى اليه .

كما أن المدعي هو من أخذ زمام المبادرة برفع الدعوى واختيار الوقت الذي يناسبه فيجب من باب التوازن أن لا يختار أيضا المحكمة التي تناسبه[1].

أما اختصاص المحكمة الاقليمي للنظر في دعوى التطليق للضرر فقد نصت عليه المادة 426 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد بقولها على أنه في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي .[2]

[1] عبدو أحمد , التفريق بين الزوجين للضرر ص 211 .

[2] بربارة عبد الرحمان , شرح قانون الإجراءات المدنية , ص 91.

وعليه فان دعاوى الزواج وانحلاله , تعرض على المحكمة المختصة محليا والتي تختص بالنظر في المنازعات التي تثار بين الزوجين محكمة مقر دار الزوجية وفق ما تنص عليه **المادة 02/40** من قانون اجراءات مدنية .

والاختصاص المحلي ليس من النظام العام ومن ثم يجوز للزوجين الاتفاق على أن يحل خلافهما أمام المحكمة الاقرب أو التي يختارانها , وفي هذه الحالة لا يحق للقاضي المختص أن يرفض دعواهما لعدم الاختصاص المحلي .[1]

المطلب الثاني

مراحل الخصومة في دعوى التطليق

ما تجب الإشارة إليه في هذا المطلب أن المشرع الاجرائي وضع أحكاما مشتركة لجميع الجهات القضائية في دعوى التطليق وفي شروط قبولها , وفي عريضة افتتاح الدعوى , وفي شكل وبيانات التكليف بالحضور , وفي تقديم المستندات .. الخ وهذا ما سنتطرق اليه من خلال الفروع التالية , حيث أننا سنتكلم عن رفع دعوى التطليق وتبليغها في الفرع الاول والثاني نتكلم فيه عن الصلح في دعوى التطليق أما الثالث فخصصناه لدراسة الحكم في دعوى التطليق .

[1] بربارة عبد الرحمان , شرح قانون الإجراءات المدنية , ص 91.

الفرع الأول

رفع دعوى التطليق وتبليغها

سنتكلم في هدا الفرع عن دعوى التطليق وشروط قبولها بالإضافة الى سير الدعوى و أخيرا تبليغ دعوى التطليق .

أولا : دعوى التطليق

يقصد بالدعوى المطالبة باستعادة حق أو حماتيه. وهي وسيلة مشروعة للتعبير عن الرغبة في الدفاع عن الحق , تبدأ بي ايداع عريضة افتتاح دعوى ثم تكليف الخصم بالحضور في الزمان والمكان المحددين وهي تختلف عن الخصومة التي تتشكل من مجموعة اجراءات تمثل الشق العملي أو التنفيذي للممارسة الحق .

أما ما تعلق بشروط قبول الدعوى فقد نظمهما المشرع تحت طائلة المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية بصريح العبارة والتي تنص على ما يلي : لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة , وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون يشير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعي عليه كما يشير تلقائيا انعدام الأذن ادا ما اشترط القانون[1]. كذلك جاء في 14 من نفس القانون على أنه : ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة , موقعة و مؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه , بعدد من النسخ يساوي عدد الاطراف[2].

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة و النشر الجزائر الطبعة الثانية سنة 2009 ص 118.

[2] قانون (8-9) المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، المادة 14.

عندما تقوم الدعوى من طرف أحد الزوجين ضد الاخر وفق لأحد الطرق التي سبق الكلام عنها , يقوم كاتب الضبط بتسجيلها في السجل الخاص , و تعيين تاريخ الجلسة التي ستعرض فيها دعواهما وعندئذ فانه يتحين على الزوجين المتخاصمين حضور الجلسة في التاريخ المعين , أما بنفسيهما أو بواسطة وكيلهما , يشرح كل منهما طلباته ومزاعمه بالأدلة والحجج .

أما إذا لم يحضر المدعي ولا وكيله في الأول المحدد للجلسة رغم صحة تبليغه بتاريخ الجلسة فان القانون يخول للقاضي سلطة الحكم بشطب بتاريخ .أما إذا لم يحضر المدعي عليه , فانه يجوز لقاضي الفصل في الدعوى في غيابه .ويفصل القاضي دائما بحضور الزوجين المتخاصمين في الجلسات بعد سماع كل واحد منهما.

ويجوز لكل واحد من الزوجين أن يطالب م المحكمة أن تكون مرافعتهما في جلسة سرية لا يحضرها إلا الزوجين والقاضي وكاتبه وبدون حضور المحاميين.

كما يجوز للقاضي أيضا, أن يأمر من تلقاء نفسه بأن تكون جلسات الزوجين جلسات سرية لا يحضرها أحد [1].

هذا ويجوز لكل واحد من الزوجين أن يصحب معه شهوده إلى المحكمة , ويقدمهم مباشرة الى القاضي أثناء الجلسة .

أما سير المرافعات أثناء الجلسة تكون بأن يبدأ المدعي من الزوجين بعرض طلباته من المحكمة مع ابراز الادلة التي يعتمد عليها , ثم يعطي القاضي الكلمة للمعي عليه منهما ليقدم دفوعه وحججه وأدلته المعاكسة .

[1] بلحاج العربي , الوجيز في شرح قانون الاسرة , 352 .

وبعد مرافقة الزوجين المتنازعين يحيل القاضي الكلمة الى محامي المدعي ثم الى محامي المدعي عليه من الزوجين قبل اقفال باب المرافعة .

ونلاحظ في هدا الشأن نص المادة **49 ق** أسرة جزائري الذي يقضي بأنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر ،ويفهم من هده المادة أن محاولة الصلح هي اجراء ضروري قبل النطق بالطلاق من طرف القاضي ، وأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء وعليه فإنه قبل صدور الحكم فلا وجود للطلاق .[1]

ثانيا : تبليغ دعوى التطليق

يجب على المدعي في دعوى الطلاق, أن يبلغ رسميا المدعي عليه بنسخه من العريضة عن طريق محضر قضائي.

أما بالنسبة لنيابة العامة فقد تدارك المشرع الاختلاف الذي أخذته تطبيق **المادة 3** مكرر من قانون الاسرة على مستوى الجهات القضائية , فأجاز تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط .[2]

وبما أن الخصومة لا تنعقد الا بتكليف المدعي عليه بالحضور أو بحضور هدا الاخير اختياريا أمام الجهة القضائية عملا بنص المادة 46 من القانون الجديد لدى يستوجب على المدعي بعد تسجيل العريضة التوجه الى محضر قضائي مختص اقليميا من أجل تكليف المدعي عليه بالحضور في الجلسة المحددة وتسليمه نسخة من العريضة المودعة لدى أمانة الضبط فالتكليف حينئذ وسيلة اجرائية تحقق مبدأ الوجاهية حيث يعد خطوة أساسية في مسار

[1] بلحاج العربي , الوجيز في شرح قانون الاسرة , 352 .

[2] بربارة عبد الرحمان ,شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية 334.

الدعوى ،إذ لا يتصور في أصول التقاضي عدم مواجهة المدعي عليه بالادعاءات المرجعية ضده أمام القضاء .

إن الفقه الاجرائي مستقر على أن الخصومة تنشأ بإيداع عريضة افتتاح الدعوى لكنها لا تنعقد إلا بتكليف المدعي عليه بحضور الجلسة بمقتضى محرر يسلمه اياه محضر قضائي طبقا للقواعد والإجراءات المعمول بها . فاذا لم يقم المدعي بتكليف المدعي عليه للحضور, يتعين القول أن دعواه غير مقبولة لعدم انعقاد الخصومة القضائية.[1]

ولهذا كان المشرع في قانون الاجراءات المدنية حريص أشد الحرص في شكل و بيانات التكليف بالحضور حيث خصص ثالثا في هذا العدد في كل المواد الاتية :**18** , **19** , **20** ,ومنه أيضا أكد على أن التكليف بالحضور يجب أن يتضمن على بيانات واضحة حصرها في **07** بيانات تتعلق بالاتي : اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني , وختمه , وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته ,اسم ولقب المدعي وموطنه, اسم ولقب المكلف بالحضور وموطنه , وتسميته وطبيعة الشخص المعنوي ومقرة الاجتماعي وصفة ممثله القانوني , تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها وهدا عملا وتكريسا للمادة 18 من قانون الاجراءات المدنية ومنه أيضا أكد في المادة 19 مراعاة أحكام المواد من **406** إلى **416** من القانون أعلاه .[2]

وعليه فان اجراءات الطلاق يمكن القول المشرع خصص لها حيزا معتبرا في قانون الاجراءات المدنية وهدا نظرا لأهميتها .

[1] بربارة عبد الرحمان ,شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية 334.

[2] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ص 52-53.

أما عن النيابة العامة فهي طرف في تشكيل المحكمة (قسم الأحوال الشخصية) أو الغرفة على مستوى المجلس تكون على علم مسبقا بتاريخ الجلسات ولا يتصور أن تبلغ للحضور من الأطراف أومن القاضي .

وما دامت النيابة العامة طرف أصليا في دعوى الاحوال الشخصية فبإمكانها كسائر الاطراف الطعن في الاحكام بالمعارضة أو الاستئناف وان كانت **المادة (03)** مكرر من قانون الاسرة الجديد غير دقيقة فيما يتعلق بتنظيم مركز النيابة العامة في دعوى الاحوال الشخصية من حيث تبليغها بتاريخ الجلسة أو بمذكرات الاطراف وحقها في الطعن ضد الاحكام ففي اعتقادي أن النيابة العامة في دعوى الاحوال الشخصية طرف ممتاز منحه المشرع هدا المركز نظرا لدوره الهام في حماية الاسرة وبعض الاشخاص الضعفاء وصغار السن وفاقدي الاهلية أو ناقصيها.[1]

الفرع الثاني

الصلح والتحكيم في دعوى التطليق

كل علاقة انسانية مهما بلغت فيها درجة الألفة والود معرضة مع مرور الوقت واستمرار المعاملة المتبادلة الى بعض الكدر الذي يشوبها باعتبار أفرادها بشرا تنتابهم العجز والنقص والقصور الذي يميز سائر البشر .ومن ذلك ما يعترض الاسرة من توتر أو سوء تفاهم بين أفرادها .

فإذا ساءت العشرة الزوجية أو حدثت خلافات بين الزوج والزوجة فإنه يجب الاسراع في اصلاح ذلك الخلاف حتى لا تتفاقم فتزداد شدة ويعسر الحل بتعقد المشكل مع مرور الزمن

[1] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ص 54.

ولذلك أرشد القران الكريم الى الصلح "-: (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا) سورة النساء (**128**)

وقد انتزع العلماء من هذه الآية جواز كل أنواع الصلح فيما بين الرجل وزوجته وذلك بأن يتنازل أحدهما عن بعض حقوقه مقابل ارضاء الطرف الاخر .فيمكن للزوجة أن تكسب رضا زوجها بالتنازل عن بعض حقوقها المالية كالنفقة أو الكسوة مثلا مقابل كسب وده وتقريب قلبه.

كما يمكن أن يأتي التنازل من الزوج ادا خاف تدهور الحياة الزوجية حفاظا على استمرارها , إذ يجوز له أن يسترضيها بالمال , كالهدايا أو يوسع في النفقة والسكن أو يغير مكان كأن يشكرها في بعض الجولات السياحية أو يبادر الى استرضائها بمودة أهلها وصلتهم فهدا النوع من الصلح داخلي خاص بالزوجين فقط دون اشراك لأي طرف خارجي .[1]

أولا : الصلح في دعوى التطليق

ولأهمية الصلح بين الزوجين في استمرار بقاء الاسرة نصت **المادة 49** من قانون الأسرة على أنه :" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي , دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر , ابتداء من تاريخ رفع الدعوى .

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح, يوقعه كاتب الضبط والطرفين ".

كما تحبذ **المادة 50** من قانون الاسرة الاصلاح وتسهل استمرار الحياة الزوجية فجاء فيها : "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد[2] ".

---

[1] عبد القادر داودي , أحكام الاسرة الفقه وقانون الاسرة الجزائري ،ص 217-218 .

[2] العربي بختي , أحكام الطلاق وحقوق الاولاد ,ص 36-37 .

وتعد مسألة الصلح ضرورية ومهمة وجوهرية في التفريق بين الزوجين و عليه فقد أكد المشرع في قانون الاجراءات المدنية والإدارية في **المادة 439** أن محاولة الصلح تتم في جلسة سرية , وفي هدا الصدد فان قاضي شؤون الاسرة يلعب الدور المنوط به في هدا الشأن في محاولة اقناع الزوجة للتراجع عن طلبها في الطلاق , ومنه أن القاضي مدرك تمام الادراك أن محاولة الصلح في النطاق تعد عنصرا من العناصر الشكلية لممارسة الحق الاداري , و ادا لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصلحية فانه بموجب أمر غير قابل لأي طعن **للمادة 442** من القانون أعلاه . [1]

ولقد عرفت المحكمة العليا الصلح في النزاع الاسري بقولها : من المقرر قانونا أن الصلح عقد يتقي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ودالك بأن يتنازل كل منهما عن حقه و يلاحظ أن تعريف المحكمة العليا للصلح مراجعة نص **المادة** 459 من القانون المدني . والتي تنص على أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقعان به نزاعا محتملا, ودالك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه .

و بالتالي فالصلح الذي نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة هو صلح قضائي يتخذ وصف العقد الذي يضع بموجبه الزوج والزوجة حدا لنزاعهما , وما دور المحكمة سوى مراقبة صحة وسلامة هدا الصلح , وهدا ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادها القضائي .[2]

ومن ثم يعتبر الصلح اجراء جوهري لصحة الحكم بالتفرق بين الزوجين بسبب الضرر , وهدا ما أكدته قرارات صادرة عن المحكمة العليا نذكر بعضها :

[1] عبد الفتاح تقية , قضايا شؤون الاسرة، من منظور الفقه و التشريع و القضاء، (د.ط)، ص 153.

[2] عبدوا أحمد التفريق بين الزوجين للضرر , ص 223.

يستوجب نقض الحكم الذي حكم بالطلاق بين الطرفين انطلاق من السبب الوحيد أن الحياة الزوجية صارت مستحيلة, دون أن يقدا أي طلب, ودون الصلح المنصوص عليه في المسألة دون سماع المعنيين في هذا ،مما يوضع جليا خرق قضاة الموضوع للقانون.

وجراء محاولة الصلح ملزم للقاضي في حالات المخول للزوجة بموجب **المادة 53** من قانون الاسرة , لان مصطلح الطلاق المدكور في **المادة 49** من قانون الاسرة ورد بمفهومه الواسع بما فيه الطلاق الذي يوقعه الزوج والتطليق الذي تطلبه الزوجة ويحكم به القاضي .

وبما أنه لا يوجد للطلاق في نظر القانون الجزائري إلا ادا صدر به الحكم من القضاء وفقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة , فإن الثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ النطق بالطلاق من الزوج قبل أن يطرح النزاع على المحكمة , فإن لم ينطق به حتى تاريخ الحكم , فإن العدة تبتدئ من تاريخ الحكم لأنه يمثل تاريخ النطق بالطلاق فعلا .[1]

هذا وبعد استعراضنا لإجراءات الصلح وأهميته فلا بد أن نبرز أهمية والتحكيم ودور الحكمين الذي لا يقل اهميته عن الصلح

ثانيا : التحكيم في دعوى التطليق

حيث نصت المادة 56 من قانون الأسرة لأنه إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما .

يعين القاضي الحكمين , حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هدين الحكمين ان يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين . [2]

[1] العربي بالحاج , الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري , ص 358 .
[2] قانون الأسرة، المادة 56.

واضح من هده المادة أنه ادا اشتد الشقاق بين الزوجين , أو اضرا أحدهما بالأخر واستحال استمرار المعيشة المشتركة بينهما , ولم يثبت الضرر , واختارت المحكمة حكمين , كما من أهل الزوج , وحكما من أهل الزوجة .

ويشترط في الحكمين أن يكون رجلين عدليين من أهل الزوجين , ان أمكن , وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما وعلى هدين الحكمين أن يتعرف على أسباب الشقاق بين الزوجين , وأن يبدلا جهدهما في الاصلاح.

ولقد أوجب القانون الحكمين أن يرفعا تقريرهما الى القاضي عن مهمتهما في أجل شهرين و على القاضي أن يحكم بمقتضاه .

ولقد أوجب القانون الحكمين أن يرقعا تقريرهما الى القاضي عن مهمتهما في أجل شهرين و على القاضي أن يحكم بمقتضاه .

فالقاضي يحكم هاهنا , في ضوء تقرير الحكمين , ولا يشترط فيه أن يكون معللا , كما يجوز له رفض التقرير وتعيين حكمين أخريين .

كما ان قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا , وليس للقاضي الحق في التدخل في هدا الشأن .[1]

فادا عجز الحكمان عن الاصلاح , وكانت الاساءة من الزوج أو منهما , أو جلل الحال , وثبت الضرر , حكم القاضي بالطلاق بين الزوجين , و الزم الزوج بالتعويض عن الضرر ادا طلبت الزوجة دالك .

ومهمة الحكمين في الفقه المالكي لا يتوقف عند الاصلاح بين الزوجين بل تجاوزهما الى طلب التفريق بينهما ادا لم يجد سبيلا لهدا الإصلاح .وأن الطلاق بسبب الشقاق والضرر يعتبر طلاقا بائنا , لا يجوز للزوج أن يراجع زوجته مادامت في العدة .[1]

[1] أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد في الزواج و الطلاق، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى سنة 2012، ص45.

مع تأكيد المشرع على مسألة الصلح وإعطائها الطابع الاجرائي بتكليف القاضي به الا أن كثيرا من القضايا الزوجية يثبت فيها الطلاق دون المرور بعملية الصلح المبينة في المادة 49 من قانون الاسرة.

وكان بإمكان القاضي تفادي كثير من حالات الطلاق التي قضى فيها وكثير من الخصومات الزوجية وعدم عرضها على مجلس القضاء أصلا لو طبقة **المادة 56** من قانون الأسرة , والتي هي في الاصل من توجيهات القرآن الكريم .

فلو أن كل امر زوجي أشرك فيه الحكمان العادلان بتكليف من القاضي مباشرة بعد نشوب النزاع , لقضينا على اكثر النزاعات في مهدها والموعظة الحسنة دونما حاجة للمجتمع كثير من الهدوء والراحة والاستقرار .[2]

الفرع الثالث

الحكم في دعوى التطليق

بعد فشل الصلح بين الزوجين تنطلق مرحلة الجلسة وسير الخصومة فعلى الزوجين الادلاء بطلباتهم و دفوعهم , كما لهم تدعيم ادعاءاتهم بما لديهما من الحجج والأدلة المقررة قانونا .

وبعد انقضاء مرحلة سير الجلسة والخصومة بتقديم الزوجة لطلباتها ووسائل اثبات الضرر وتقديم الزوج لدفوعه تصبح الدعوى جاهزة للفصل فيها , فادا استطاعت الزوجة تقديم ادلة اثبات شرعية وقانونية كافية , حكم القاضي بالتفريق بينهما وبين زوجها , وبالتالي تنحل الرابطة الزوجية .

[1] بلحاج العربي , الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري , ص359-360 .
[2] عبد القادر داودي , أحكام الاسرة , ص221

أولا : الحكم

يجب أن يتضمن الحكم الادلة التي بني عليها التفريق بين الزوجين لضر , كما يجب أن يذكر في الحكم أن القاضي أجرى محاولة للصلح بين الزوجين وترتب عليها الفشل .وينبغي ان يتضمن منطوق الحكم القاضي بالتصريح بين الزوجين بطلقة بائنة مع تقدير ما يثبت للزوجة الطلقة وما يثبت للأولاد المحضونين.[1]

لقد أشارت **المادة 277** من قانون الاجراءات المدنية الجديد قانون **رقم 08-09** مؤرخ في **23 فيفري 2008** أنه لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون و ان يشار الى النصوص المطبقة .ومعنى تسبيب الأحكام بيان ما أقنع القاضي بما قضى به وجعله يتجه في حكمه الاتجاه الذي اطمأن اليه فهي تشمل الحجج القانونية والأدلة الواقعية التي بني عليها الحكم .

ويلزم أن يكون التسبيب جديا فلا يكفي ابداء أسباب مبهمة أو غامضة أو مجملة كالقول مثلا : حيث أن ما يزعمه المدعي لا أساس له , ويلزم ألا يكون تناقض بين أسباب الحكم الواحد وإلا أصبح الحكم خاليا من الاسباب التي تبرره .

ويعتبر الحكم خاليا من الاسباب إذا تناقضت أسبابه مع منطوقه تناقضات ما بحيث لا يمكن أن يتسقا .[2]

وتبسط المحكمة العليا سلطتها الرقابية بالرجوع الى أوراق الاجراءات والمرافعات ومختلف الدلائل الكتابية ادا انصب النطق على الخطأ الحكم المطعون فيه في تطبيق قواعد الاجراءات التي أوجبها القانون ليثبت ما ادا كان القاضي قد جرى في تحقيق الدعوى على

[1] عبدوا أحمد , التفريق بين الزوجين للضرر , ص 235

[2] طاهري حسين , الأوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري , ص 286-287

الوجه الصحيح المبين قانون أم خالف القانون و التأكيد بنفسها من قيام الوقائع الاجراءات المتنازع عليها أو عدم قيامها لتعلم مبلغ المخالفة المدعي وقوعها .

وحكمت المحكمة بنقض الحكم إذ حرفت محكمة الموضوع الثابت بعض المستندات وسلمت عن البعض الاخر فان دالك التشويه والسهو الدين أثرا في حكمهما يستوجبان نقضه .[1]

ثانيا : طبيعة الاحكام القضائية الصادرة في شأن التطليق :

الأصل أن جميع الاحكام القضائية الصادرة عن المحاكم بصفة ابتدائية , قابلة للاستئناف إلا ما أستثني بنص خاص .

وجاء في المادة 57 من قانون الاسرة أن الاحكام بالطلاق لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف أمام المجالس القضائية إلا في جوانبها المادية لكنها لم تنص على انها تصدر نهائية .

فماذا يقصد بأحكام الطلاق وهل تندرج أحكام التطليق ضمنها ؟

لقد اختلفت أراء وجهات نظر رجال القانون في مدى قابلية أحكام التطليق للطعن فيها بالاستئناف , وانقسموا في ذلك الى فريقين , ينادي الأول بعدم جواز الطعن بالاستئناف في النوع من الاحكام , بينما ينادي الثاني بقابليتها ولكل فريق منهما حججه و أسانيده وذلك ما نستعرضه تباعا فيما يلي .

[1] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 51.

الاتجاه الاول

عدم جواز الطعن بالاستئناف:

أخذ أصحاب هدا الاتجاه بحرفية **نص المادة (57)**من قانون الاسرة , وبذلك فهم يجيزون استئناف الأحكام القضائية الصادرة بالتطليق , ولا يفرقون بين الأحكام الصادرة بالطلاق بناء على الإرادة المنفردة لوج ولا بالطلاق بالتراضي بين الزوجين ولا بالتطليق بطلب من الزوجة , وجعلوها كلها غير قابلة للاستئناف , مستندين في دالك على **المادة(48)** من قانون الاسرة .[1]

التي نعت على أنه مع مراعاة احكام **المادة (49)** يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في **المادتين 53 , 54** من هدا القانون .

ولهذا الرأي ما يدعمه في اجتهاد المحكمة العليا , إذ صدر عنها عدة قرارات لهذا العدد نذكر القرار الذي جاء فيه ما يأتي : عن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست الاجراءات الجوهرية و أن لفظ الطلاق أو التطليق يعد ردا نهائيا .

وهو الاتجاه الذي يتبناه قضاة محكمة مقر المجلس بسيدي بلعباس ويتبين ذلك من خلال الفعل في قضايا التطليق, من بينها :

الحكم الصادر بتاريخ **2004/09/29** والدي قضى نهائيا بتطليق المدعية من المدعي عليه جاء فيه :

حيث ثبت للمحكمة من خلال موضوع المطالبة القضائية التي عجز فيها المدعي عليه عن اثبات قيامه بواجباته الزوجية المتمثلة في الانفاق على زوجته ورعايتها خلال فترة فراره من

[1] منصوري نورة , التطليق والخلع , ص 72.

الالتزام العسكري , فانه وأمام غيابه عن جلسة الصلح التي من خلالها أعلنت المدعية عن رغبتها في التطليق بسبب غياب الزوج عنها مدة ثلاث سنوات وثمانية أشهر ودالك مند فراره من الجيش الوطني الشعبي الذي كان عضو فيه كطيار و أنه تم القبض عليه في الفترة الاخيرة , فانه و بتفحص أوراق الملف لاسيما طلب الشطب من السجلات والتي ثبت من خلالها الاجراء التأديبي الذي تعرض اليه المدعي عليه بسبب فراره لمدة طويلة مند **2000/05/30** وأن المدعية قدمت الدليل القاطع على ثبوت غياب الزوج عنها لمدة طويلة تجاوزت الثلاث سنوات فانه يتعين الاستجابة لطلبها الرامي الى التطليق لتأسيس قانونا .[1]

الاتجاه الثاني

جواز الطعن بالاستئناف:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أحكام التطليق قابلة للطعن فيها بالاستئناف باعتبار هذا الأخير , أحد طرق الطعن العادية في الاحكام القضائية والدي يطرح في حد ذاته مبدأ أساسيا من المبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي الجزائري أولا وهو مبدأ التقاضي على درجتين .[2]

فادا تعرضت المحكمة لموضوع الدعوى وأصدرت حكما حاسما للنزاع حول هدا الموضوع فان سلطتها تنقضي بشأن دالك النزاع , ولا يعد لها اية ولاية في اعادة بحثه او تعديل قضائها ولو باتفاق الخصوم , اد بمجرد النطق بالحكم تخرج الدعوى من ولاية المحكمة عملا بالقاعدة العامة , متى أصدر القاضي حكمه , استنفد قضائه .[3]

[1] رقم القرار , 200198 , تاريخ القرار , 1998/07/21 , نشرة القضاة 1999 العدد 400056.

[2] منصوري نورة , الخلع والتطليق , ص 74 .

[3] المرجع نفسه , ص 75.

وبرروا دالك بان انهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوج يعد طلاق , وما عدا دالك فهو فسخ ويترتب عن هدا التسيير أن الطلاق هو عمل ولائي وليس للقاضي فيه إلا دور الموثق بحيث يكشف عن ارادة الزوج ويكرسها لا غير باعتبار أن المادة **(49)**

من قانون الأسرة اكدت أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي, أما التطليق فيعد من صلب عمل القاضي , وبدالك فهو عمل قضائي بحث يختلف في التقدير من قاضي إلى آخر . لذلك وجبت رقابته من طرف قضاة الاستئناف وعلى هدا الاساس اعتبروا أحكام التطليق قابلة للاستئناف .[1]

وبذلك فالأحكام القاضية بحل الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة وبناء على معيار التمييز بين الطلاق والفسخ هي أحكام بالفسخ وبالتالي لا يمكن أم تدخل تحت نص خاص. ومن ثم تسترجع القاعدة العامة سلطانها وتصبح الاحكام الفاصلة في مسألة التطليق قابلة للاستئناف .[2]

وقد صدر في هدا الإطار قرار عن المحكمة العليا قضى برفض الطعن في القرار الصادر عن كمجلس قضاء بسكرة في 1990/06/16 والدي صرح بإلغاء الحكم المستأنف فيه والقضاء من جديد بالتطليق وقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي :

فالقضاء بالتطليق عن طريق المجلس مندرج في اختصاصه دالك أن المادة (57)من قانون الاسرة لا تجيز الاستئناف في الاحكام بالطلاق والحكم المستأنف لم يقضي بالطلاق وإنما بالتطليق[3].

اما فيما يخص حكم فك الرابطة الزوجية من حيث الطبيعة سواء كان طلاق ام تطليق فان الحكم يكون كاشف لأن القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق فهو يكشف عن ارادة الزوج ,

[1] بربارة عبد الرحمان , قانون الاجراءات المدنية والإدارية , ص 24 .

[2] منصوري نورة , التطليق والخلع , ص 75 .

[3] القرار الصادر بتاريخ 1993/04/27 تحت رقم :89635 , المجلة القضائية لسنة 1997 , العدد 1 , ص 53.

الذي يكون تلفظه بالطلاق قبل اللجوء الى القضاء , ولكون أن الحكم المنشئ يرتب مركزا قانونيا جديدا : والدي يتمثل في مركز المطلق , والمطلقة وحتى بالنسبة لحكم التطليق , فهو أيضا كاشف لوقائع موجودة قبل الطلاق , دالك ان هناك وقائع تدخل ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة (53) من قانون الاسرة الجزائري , ومنه ايضا الطلاق بواسطة الخلع , فإننا نرى أنه حكم منشئ لمراكز قانونية جديدة , كون انه ملزم للزوجة , لاعتبارها أنها ملزمة بدفع مقابل خلعها .[1]

هذا وبعد أن وضحنا طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في شان التطليق , من حيث جواز الطعن بالاستئناف في دعوى التفريق بين الزوجين , وعدم جواز الطعن بالاستئناف مبرزين أراء الاتجاهين في هدا الشأن .

تجدر الاشارة أن المشرع اكد في المادة (57) من قانون الأسرة علة أن الطلاق غير قابل للاستئناف فهو بهذا يعمل بمبدأ عدم اطالة الاجراءات على المتقاضي ,حيث أنه ادا استغنى على درجة من درجات التقاضي فان, هدا يساعد على استقرار العلاقات وثباتها , فمن غير المعقول ان يطلق الرجل زوجته , مستعملا في دالك حقه في الامساك بالعصمة الزوجية , ومع دالك يستأنف الحكم رغم ان الرجل متمسك بحقه .

وهو الامر نفسه بالنسبة للزوجة التي تطلب من القاضي أن يفرق بينهما وبين زوجها للضرر أصابها من هذا الأخير .

وعليه فالاستئناف لا يغير من الوضع شيء , مادام الزوج او الزوجة مصر كل منهما على موقفه , لكون هدا فيه تطويل في الاجراءات ومضيعة للوقت , ما أن فيه تأثير على نفسية الزوجين ونفسية الابناء .

[1] عبد الفتاح تقية , قضايا شؤون الاسرة , ص 177 .

مما استوجب بضرورة الاجراءات انه لا فائدة من استئناف الحكم المتعلق بحكم الرابطة الزوجية[1]

المبحث الثاني

الآثار المترتبة عن الحكم القاضي بالتطليق

إن الآثار القانونية لكل من التطليق والطلاق واحدة وقد أوردها قانون الأسرة في مواد متفرقة تنحصر بين المادتين (58 و 76) منه منها ما يثبت للزوجة ويتمثل في العدة والنفقة والسكن والتعويض وهذا ما سنتناوله في المطلب الاول ومنها ما يثبت للأولاد ويتمثل في الحضانة والنفقة وهو ما سنبينه في المطلب الثاني محاولين بذلك الإحاطة بالمعلومات الضرورية لدراسة هذا المبحث.

المطلب الأول

الآثار المتعلقة بحقوق الزوجة

تحت هذا العنوان سنقوم بسرد الحقوق التي تثبت للزوجة كأثر من الآثار التي تترتب عن الحكم بالتفريق بين الزوجين وذلك بحصرها في فرعين حيث نتكلم في الفرع الأول من هذا المطلب عن العدة أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن التعويض الذي تستحقه الزوجة جبرا للضرر الذي لحق بها من زوجها.

[1] عبد الفتاح تقية , قضايا شؤون الاسرة , ص 177 .

الفرع الأول

العدة

سنعرف لاحقا العدة من الناحية اللغوية والاصطلاحية ثم نتطرق إلى نفقة العدة ونفقة الإهمال مرورا بحق السكن أو دفع أجرته.

أولا: تعريف العدة.

لغة: نقول: عدة المرأة أيام قروئها وعدتها أيضا : أيام حدادها على بعلها وإمساكها عن الزينة شهورا كان او اقراء أو وضع حمل حملته من زوجها وقد اعتدت المرأة عدتها من وفاة زوجها او طلاقه إياها . [1]

واصطلاحا : هي تربص المرأة زمانا معلوما قدره الشارع علامة على براءة الرحم مع ضرب من التعبد.[2]

أو هي المدة التي تتربص بها المرأة عن التزويج (أي تنتظر انتهاءها) بعد وفاة زوجها أو فراقه لها إما بالولادة أو بالإقراء أو الأشهر أو هي أجل دفعة الشارع لانقطاع ما بقي من آثار الزواج بعد الفراق.[3]

والعدة واجبة بنص القرآن **لقوله تعالى :("والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)** (سورة البقرة: 228).

---

[1] – ابن منظور ،لسان العرب , ج9,ص87.

[2] – نصر سلمان, احكام الطلاق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري دار الفجر والطباعة و النشر الجزائر (د – ط) ص 199.

[3] – بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، الزواج و انحلاله.(د.ط)،ص 341.

وتعتبر العدة من الأمور التي تجلب مصالح عديدة وتحقق مآرب الهدف منها تفخيم أمر الزواج وتعظيم آثاره وآثار انعكاسه لا سيما وأن الأمر يتعدى إلى المحافظة على المجتمع من حيث تركيبته ونسله وقد حصر الفقهاء حكمة العدة ومشروعيتها في نقاط منها: [1]

أ- تتجلى حكمة العدة في التأكيد من عدم حمل المرأة من زوجها السابق حتى لا تختلط الانساب ويعم الفساد.[2]

ب- الحكمة منها في الطلاق الرجعي أن تترك فرصة كافية للزوج ليعود إلى مطلقته خلال العدة بعد أن تكون قد هدأت بينهما حده النزاع.[3]

وقد اشترط الفقهاء في وجوب العدة شرطين اثنين:

الشرط الأول: الزواج الصحيح الذي يتبعه طلاق أو وفاة أما الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة فلا يوجبان العدة.

الشرط الثاني: هو الدخول بالزوجة, إذ لا تجب عدة الطلاق إلا إدا كانت بعد الدخول, لكن إذا طلقت قبل الدخول فلا عدة عليها.

أما عن أنواعها فهي ثلاث عدة الإقراء, وعدة بالأشهر , وعدة بوضع الحمل.[4]

وبالرجوع الى قانون الاسرة نجد المادّة (58) منه نصت على أن " تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء , واليائسة من المحيض لثلاثة اشهر من تاريخ التصريح بالطلاق ".

---

[1] – باديس ديابي, آثار فك الرابطة الزوجية, دار الهدى للطباعة والنشر,(د.ط)، سنة 2008، ص 34.

[2] – غنية قري، شرح قانون الأسرة معدل، دراسات مقارنة بين الشرع و القانون، دار طليلة الجزائر، الطبعة الأولى 2011، ص 148.

[3] – سليمان ولد خسال, الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري, ص 146.

[4] – العربي بختي, أحكام الطلاق وحقوق الأولاد, ص 172.

اما المطلقة الغير مدخول بها فلا توجب عليها العدة وهدا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا " من المقرر شرعا انه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها ولما كان ثابتا في قضية الحال ان المطعون ضدها طلقت من زوجها الاول قبل الدخول, واعادت الزواج ثانية في الاسبوع الاول من طلاقها فان القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم اتمام العدة من الزواج الاول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة الى بيت الزوج وابقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[1]

وأضافت المادة (60) من قانون الأسرة على أن : " عدة الحامل هو وضع حملها و اقصر مدة الحمل 10 اشهر من تاريخ الطلاق ".

ويبدأ احتساب مدة العدة من تاريخ التلفظ بالطلاق في الشريعة الإسلامية وجاء نص المادة (58) المذكور اعلاه مخالفا لهذه الاخيرة بحيث انها قضت بان العدة يبدأ احتسابها من تاريخ التصريح بالطلاق والذي لا يثبت إلا بحكم قضائي وفقا للمادة(49) من قانون الأسرة.

واذا صدر الحكم بالطلاق تدخل المطلقة في عدتها ابتداء من تلك اللحظة ويقع عليها ملازمة بيت الزوجية حيث تبقى في بيت زوجا مدة عدتها, لكن ما يجري به العمل بين الناس هو ان المطلقة تقضي العدة في بيت اهلها.[2]

ثانيا – نفقة العدة :

تستحق المعتدة نفقة عدتها من مال زوجها طيلة هاته المدة وتحددها المحكمة اجماليا او شهريا وهذا ما نصت عليه المادة 61 من قانون الأسرة ويسقط هذا الحق شرعا اذا تركت المطلقة مقر الزوجية ولم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي باعتبارها ناشز.[3]

---

[1] – القرار الصادر بتاريخ 1996/06/18 تحت رقم 137571 – المجلة القضائية لسنة 1997 – العدد الثاني صفحة 93.

[2] - منصوري نورة ، التطليق و الخلع، ص82.

[3] - المرجع نفسه، ص83.

وفي هذا الاطار صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات منها:

القرار الصادر بتاريخ 1984/10/22 الذي يقضي بأنه:

" متى كان من المقرر شرعا ان نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة او مظلومة فان القضاء بما يخالف احكام هذا المبدأ يعد خرقا لا حكام الشريعة الاسلامية.

إذا كان من الثابت ان قضاة الاستئناف ايدوا الحكم المستأنف فيه قضي به ومن ذلك تقرير عدة الزوجة فان وجب الطعن المؤسس على خرق الشريعة الاسلامية باعتبار ان الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنة وانه من المقرر شرعا اسقاط جميع حقوق الزانية يكون غير مقبول فيما ذهب اليه حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة متى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[1]

وبهذا يتضح أن نفقة العدة واجبة لبعض المطلقات ولا تجب لبعضهن حسب راي الفقهاء.[2]

الفرع الثاني

التعويض

نظرا للأهمية التي يكتسبها التعويض في جبر الضرر سوف نوضح ضمن هذا الفرع تعريفه لغة و اصطلاحا بالإضافة الى أهميته كأثر من آثار للتطليق للضرر والذي يندرج ضمن الحقوق التي تثبت للزوجة المتضررة.

[1] – تاريخ القرار، 1984/10/22، رقم القرار 34327، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 3، ص 69.

[2] – باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، ص 47.

التعويض لغة:

مصدر باب عوض بتشديد الواو, وأصله من عاضه بكذا وعنه ومنه عوضا أي اعطاه بدل ما ذهب منه فهو عائض واعاضه منه وعوض منه اي اعاضه منه وكونه منه باي اخذ منه العوض, واعتاض فلان اي سأله العوض.[1]

التعويض في الاصطلاح : هو دفع ما وجب من بدل مالي بسبب الحاق ضرر بالغير وبذلك هو اعم من الديات التي هي دفع ما وجب مقدرا عند الاعتداء على النفس

أو اعفاء الانسان.[2]

ويعتبر التعويض صورة من صور جبر الضرر الذي لحق الزوجة الطليقة من جراء الفعل غير المشروع الذي اتاه زوجها, وهو اثر من اثار المسؤولية المترتبة عن دعوى التطليق, لمحاولة محو عواقب الفعل غير المشروع قدر الامكان.[3]

ويعرف التعويض بوجه عام بأنه التزام بدفع مبلغ نقدي عندما يتعذر اعادة الحال الى ما كانت عليه او عندما تكون هناك اضرار لا يكفي لإصلاحها الرد العيني فيصبح التعويض المالي واجبا. فالقاعدة في التعويض ان يراعى فيه جسامة الضرر لا جسامة الخطأ فمهما كان الخطأ يسيرا او جسيما فيجب ان يجبر التعويض كل الضرر.[4]

---

[1] – ابن منظور لسان العرب ,ج9 ,ص481 .

[2] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر،ص63 .

[3] - جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، الطبعة الأولى 2009 ص 210.

[4] – محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام ، ص 68.

لقد سبق وأن قلنا أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تعد الصورة الاوضح والأكثر رواجا من حيث تطبيقها واقعا معاش وتم التأكيد ان حق الزوج في احداث اثر الطلاق اصيل وله ان يستعمله دونما النذر الى ارادة الزوجة في وقوعه[1].

لكن المشرع الجزائري منح للزوجة طلب التطليق للأسباب التي اوردتها المادة (53) من قانون الاسرة واستنادا لإحداها يحكم لها القاضي بالتطليق.

ومن هنا نطرح السؤال حول الحكم بالتطليق, هل يعد الحكم في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصابها ام انها تستحق تعويضا الى جانب ذلك.؟

فبالرجوع الى الواقع العلمي نجد تطبيقات مختلفة فهناك من يعتبر ان الحكم بالتطليق في حد ذاته جبرا للضرر الذي اصاب الزوجة, فلا يمكن الحكم لها بالتعويض الى جانب ذلك ومنهم من يعتبر انها تستحق التعويض بعد الحكم لها بالتطليق تدعيما لمن يحكم بالتعويض إلى جانب الحكم بالتطليق[2]. جاء في المادة(53) مكرر من قانون الأسرة ما يلي:" يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق ان يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

وقد جاءت المادة السالفة الذكر بمناسبة التعديل الوارد في الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ليضع حدا للقضاة اللذين كانوا يرفضون تعويض الزوجة عن تطليقها واعتبار الاستجابة لطلبها الرامي للتطليق هو تعويض لها في حد ذاته.

والمبادرة نحو تكريس المادة 53 مكرر كقاعدة قانونية كانت من المحكمة العليا مجسدة المبدأ في عدة قرارات جاء فيه ما يلي.[3]

---

[1] – جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، ص 214.

[2] – المرجع نفسه، ص 86.

[3] – باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، ص 15 .

من المعترف عليه قضاء انه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة تضررها فعلا. من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها وللدي ادى الى سقوط حملها. وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون ان ينظر الى الضرر اللاحق بها. من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبب مما يستوجب نفض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض.[1]

وتبقى مسألة التعويض موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع وهدا مؤكد ايضا باجتهاد قضائي حمله القرار الصادر عن المحكمة العليا جاء فيه ما يلي :

من المقرر قانونا أنه تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع

متى تبين من قضية الحال أن الاسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وان عدم إتمام الزواج بالدخول لحق ضررا معنويا بالمستأنفة وعليه فان قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن.[2]

وتجدر الإشارة أنه يدق التشابه بين مصطلحي التعويض والمتعة هذه الأخيرة هي ما يعطيه الزوج لزوجته جبرا لخاطرها وتعويضها لها عما لحقها من ضرر وهي واجبة لها كلها تحقق هذا السبب "الضرر[3] وذلك عملا بقوله تعالى "وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"(البقرة الآية 241) وقوله ايضا "للذين يؤولون من نسائهم تربض اربعة اشهر فن فاؤوا فإن الله غفور رحيم" (البقرة الآية 236) وقوله ايضا "يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم

[1] – تاريخ القرار : 2000/06/20 – رقم القرار 245209 – اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص ص : 262.

[2] - تاريخ القرار : 1999/03/16 رقم القرار – 216865 – اجتهاد قضائي 2001 عدد خاص صفحة 256.

[3] – منصوري نورة، الخلع و التطليق، ص 88.

المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن من سراحا جميلا" (الاحزاب الآية 49)

باستقرائنا لهذه الآيات تبين لنا أن الشريعة الاسلامية اوجبت على الرجل تقييم مطلقته ودلك بتعويضها جراء ما اصابها بسبب فك الرابطة الزوجية مستعملة مصطلح المتعة في حين ان القوانين الوضعية اوجبت على القاضي الزام الزوج بدفع مبلغ من المال نقدا او عينا يخضع لسلطته التقديرية تحت تسمية "التعويض"

المطلب الثاني

الاثار المتعلقة بحقوق الاولاد

إن من أبرز الاثار التي تنتج عن الحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين هي ما يثبت للأولاد من حقوق خاصة في ظل المركز القانوني الذي ينشآ لوالديهما بصفتهما مطلق و مطلقة تكمن هده الحقوق في اهم مظاهر الرعاية والاهتمام والتي تتمثل في الحضانة والنفقة وهدا ما سنتطرق اليه في الفرعين التاليين

الفرع الاول

الحضانة

نظرا للأهمية التي تحظى بها الحضانة كأثر من الاثار الناتجة عن انفصال الزوجين خصصنا لها فرع نتناول من خلاله تعريف الحضانة لغة واصطلاحا ثم نتكلم عن اهدافها ومدى حرص المشرع الجزائري بها ودلك يظهر معنا من النصوص الخاصة بتنظيمها في قانون الاسرة الجزائري.

أولا : تعريف الحضانة

الحضانة لغة موجودة من الحضن وهو الجنب وحضانة الام ولدها تعني ضمها اياه الى جنبها واعتزالها وإياه من ابيه وتنحيته عنه وانفرادها به دونه.[1]

والحضانة شرعا عرفها الفقهاء تعريفات مختلفة ولكنها متقاربة تدور كلها حول حفظ الصغير ورعاية شؤونه ويمكن اجمالها بالتعريف التالي هي حفظ من لا يشغل بأمره ولا يستطيع تدبير شؤونه وتربيته والقيام بمصالحه من قبل من له الحق في دلك[2] وعلى نهج مقارب سار المشرع الجزائري في المادة (62) حيث عرف الحضانة بقوله :"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين ابيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بدلك.[3]

ومن خلال تعريف المشرع الجزائري للحضانة في المادة (62) نستنتج أن هذا الاخير ركز في تعريفه على أهداف الحضانة .

ثانيا: اهداف الحضانة

1-تعليم الولد:

ويقصد به التمدرس الرسمي الذي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا الى غاية استنفاد طاقته واستطاعته في تجديد مستواه بناء على مدعاته وكفاءته.

2-تربيته عتى دين ابيه: إن المشرع الجزائري ساير رأي الفقهاء القائل بزواج المسلم بغير المسلمة ودلك منوه عنه بمفهوم المخالفة في المادة 30 قانون اسرة المعدلة بالأمر

---

1 لسان العرب، لابن منظور الجزء 13 ص 122.
2 محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 2008، ص 383.
3 قانون الأسرة، المادة 62.

02/05/المؤرخ في 27فبراير2005 عندما نص عتى التحريم المؤقت ونوه عن تحريم المسلمة بغير المسلم و ان العكس جائز شرعا وقانونا.

وما يثبت دلك ايضا تأكيد المشروع في المادة 62 والتي مفادها أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين المشروع في المادة 62 والتي مفادها أن الحاضنة الأم قد تكون كافرة ولذلك أوجب عليها القانون أن تقوم بتربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي وهو دين الأب في تنشأة الطفل .[1]

3- السهر على حماية المحضون خلقيا وصحيا:

تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية والمادية فلا يكون عرضة لأي جسدي كالضرب والتعذيب والاستغلال برمته أو العنف اللفظي كترهيبه أو تخويفه أو سبه بالشكل الذي قد ينجم عن ذلك اضطرابه نفسيا أو عقليا.[2]

والحماية الخلقية ذات ارتباط وثيق بمدى تعليمه وحسن تأديبه وإعداده الإعداد الذي يسمح له أن يكون فردا عاديا وسويا وحمايته من مخاطر الشارع ورفقاء السوء.

أما حمايته صحيا فهذا يعد من بين أقدس المسؤولية الملقاة على عاتق الحاضن وذلك أن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل تنشأت سوية خلقيا ودراسيا ويبقى على الحاضن واجب الرعاية منذ الأشهر الأولى للطفل كتلقيه التعليمات الدورية في وقتها وعرضه على الطبيب كلما استدعت الحاجة إلى ذلك[3] وحرصا على حماية المحضون وحمايته من أي نوع من أنواع الأذى اهتم القضاء الجزائري طبقا للمبادئ الشرعية والقانونية الأهمية اللازمة للشروط التي تجب أن تتوفر في الحاضن لاسيما شرط الاعتدال والاستقامة الخلقية ضمانا لتربية الطفل تربية سوية وذلك نلمسه من خلال عدة قرارات صادرة عن المحكمة

[1] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، ص 51.
[2] المرجع نفسه، ص52.
[3] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، ص 52.

العليا أهمها: القرار المؤرخ في 1984/01/09 والذي جاء فيه ما يلي: متى كان من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الام لفساد اخلاقها وسوء تصرفاتها فانه يسقط ايضا حق امها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا.

والحكم بخلاف هذا المبدأ استجوب نقض القرار الذي قضي باستناد حضانة الاولاد لجدتهما الام بعد اسقاط هذا الحق عن الام لفساد اخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شرعية لترغم زوجها على طلاقها.[1]

4- سكن المحضون:

نصت المادة 72 بالقول في حالة الطلاق يجب على الأب لأن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة، وان تعذر دلك فعليه دفع بدل الايجار.[2]

و تبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيد الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

وعليه فان أحكام المادة 72 جاءت بصيغة "وتبقى الحضانة في بيت الزوجية" بمعنى أن القانون اشترط فقط أن تكون المطلقة حاضنة ولم يحدد عدد الأولاد المحضنين.

الا أنه في حالة عدم تمكن الأب من ايجاد سكن لإيواء الحاضنة فان القانون أوجب دفع بدل الايجار و الدي يتم تحديده من طرف القاضي.

والحاضنة تظل مستفيدة في حق البقاء في السكن أو أجرته الى غاية سقوط الحضانة لسبب من الأسباب المقررة شرعا و قانونا، كزواجها من غير قريب محرم أو انحرافها خلقيا. [3]

[1] تاريخ القرار الصادر في 1984/01/09، رقم القرار 31997، المجلة القضائية 1989، العدد 01، الصفحة 73.
[2] قانون الأسرة، المادة 72.
[3] – يوسف دلاندة، دليل المتقاضي ص 70-72

أما عن أصحاب الحق في الحضانة فان المادة 64 المعدل أعاد ترتيب الأشخاص الدين يمكن أن تسند لهم الحضانة إلا أن الترتيب الجديد غير الزامي بمعنى أن القاضي يراعي مصلحة المحضون فادا كانت المصلحة تقتضي أن يمون الطفل مع جدة الأب فيحكم بدلك رغم أن المادة أعطت الأولوية للجدة بقولها (مع مراعاة مصلحة المحضون).[1]

الفرع الثاني

النفقة

إن نظام النفقة في الاسلام مثل نظام المواريث ونظام الزكاة يعتبر مظهرا من مظاهر التعاون والتكافل الاجتماعي بين الأقرباء وبينهم بين غيرهم من المسلمين.

إذ تعد النفقة من آثار عقد الزواج شرعا و قانونا كما سبق منا ذكره سالفا، و تظهر جليا أهمية النفقة في حالة انحلال الزواج.

النفقة لغة : من الدراهم , ونفق الزاد ورجل منفاق أي كثير النفقة والنفقة ما أنفقه ,واستنفقت على العيال وعلى نفسك.[2]

ما اصطلاحا فهي ما يعرفه الزوج على زوجته وأولاده أو أقاربه من طعام و كسوة و مسكن، و كل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج وهدا التعريف شامل لكل أنواع النفقة [3].

لقد حظي الولد الشرع الاسلامي باهتمام كبير و عناية خاص انصبت في مجالها على وجوب الحماية حماية حقوقه سواء أكانت مادية أم معنوية. فأوجب على الوالدين حماية

---

1 - المرجع و الصفحة نفسه.
2 - ابن منظور لسان العرب , ج14 ,ص 267 .
3 - رشدي شحاته، أبو زيد، الاجراءات القانونية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء لدنيا الطباعة و النشر، الاسكندرية،الطبعة الأولى.سنة 2008، ص 540.

أولادهم من الشعور بالفقر و الحاجة. وأمر بتوفير عناصر الحياة لهم، وحذر من البخل و الشح على الأولاد، و هو ما يشعرهم بالفقر و الحاجة.[1] حيث قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " أفضل دينار ينفقه الرجل دينار ينفقه على عياله"[2].

أما من الناحية القانونية تحت المادة 75 من قانون الأسرة على أنه "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور الى سن الرشد و الاناث الى الدخول و تستثمر في حالة ما ادا كان الولد عاجز بآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة تسقط بالاستغناء عنها بالكسب"

هذا في حالة وجود الأولاد في دار الزوجية و العلاقة الزوجية دائمة بين الأب و الأم، فمن تحميل الحاصل أن ينفق الأب على بنائه.

أما في حالة الطلاق و اسناد الحضانة للأم أو من حددتهم المادة 64 من قانون الأسرة فانه علاوة على وجوب توفير السكن للحضانة فان القانون يلزم الأب بالإنفاق على أولاده المحضنين .[3]

ما يمكن استنتاجه من نص المادة 64 أنها ميزت بين حيث أنه بخصوص للذكر تسقط النفقة ببلوغه من الرشد، أما بالنسبة للأنثى فتسقط حين نتزوج و يدخل بها.

بالإضافة الى أن القانون مدد في فترة سريان النفقة في حالة كان الولد عاجز بإعاقة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة .

أما 76 من نفس القانون تحت على أنه «في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم ادا كانت قادرة على ذلك.

---

[1] - العربي بختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد، 312.
[2] - أخرجه مسلم والترمذي .
[3] غنية قري، شرح قانون الأسرة معدل، دراسات مقارنة بين الشرع و القانون، ص 148.

أما عن مشتملات النفقة فنصت عليها المادة 78 من القانون نفسه بقولها " تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرت و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة.

و مفاد المادة 78 أنها نصت على مشتملات النفقة، بالإضافة الى ما يعتبر من الضروريات و العرف و العادة بمعنى أن النفقة تشمل كدلك ما اعتاد عليه الناس في حياتهم اليومية و أصبح عرف لديهم، و هو يختلف من منطقة الى أخرى، معنى دلك أن ما يعتبر ضروري في منطقة القبائل لا يعتبر كذلك في الجزائر العاصمة.

و تجدر الاشارة أن الشرع و القانون و العقل لا يجعل المرأة المطلقة صاحبة الحق في النفقة ولكن اذا قضت المحكمة بحضانة اولادها وامتنع الزوج عن دفع هذا المبلغ المقدر قضاءا ففي هذه الحالة ترد الحضانة دعوى امام المحكمة التي تصدر الحكم بالإنفاق وفي حالة عدم الانفاق بعد صدور الحكم وبعد تبليغ الزوج بهذا الحكم بطرق قانونية (عن طريق محضر قضائي) ترفع الزوجة الدعوى مرة ثانية تثبت دعواها بمحضر يحرر فيه امتناع الزوج عن دفع النفقة.[1]

ويجوز لها ملاحقته جزائيا وتغريمه او حتى حبسه كما تنص عليه المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري.

حيث نصت على ما يلي:" يعاقب بالحبس من 06 اشهر الى 03 سنوات وبغرامة من 500.00 دج الى 3000.00 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقدرة قضاء لإعالة اسرته, وعن اداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه الى الزوجة او

[1] – غنية قرى، شرح قانون الأسرة المعدل، ص 153.

اصوله وعن اداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه الى الزوجة او اصوله او فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة اليهم.[1]

وفي هذا السياق وجوب النفقة على الاب في ضل قيام العلاقة الزوجية او خارجها نجد عدد من القرارات الصادرة من المحكمة العليا نذكر البعض منها فيما يلي :

قرار صادر تاريخ 2005/05/18 مفاده امتناع عن النفقة حيث جاء فيه:

المبدأ: من المقرر قانونا ان اعتبار الزوج ممتنعا عن الانفاق على اولاده لا يشترط فيه وجود حكم قضائي مدان فيه من اجل ذلك بل يثبت بكل وسائل الاثبات بعد صدور الحكم بوجوبها.[2]

كذلك جاء في القرار الصادر المؤرخ في 1989/12/25.

من المقرر قانونا أنه تجب نفقة الولد على الاب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور الى سن الرشد ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال ان القرار المطعون فيه قضى بنفقة الابن البالغ من العمر 21 سنة لمدة سابقة يكون مخالفا للقانون.ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار. [3]

[1] - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي، ص 74.

[2] – تاريخ القرار – 2005/05/18، رقم القرار 335 844 – نشرة القضاة – عدد 65 ص 315.

[3] - تارخ القرار – 1989/12/25 – ملف رقم 57227- المجلة القضائية.

الخاتمة

وفي ختام بحثنا نخلص إلى القول أن قانون الأسرة الجزائري وبحسب موضوعاته التي تضمنتها نصوصه أخذ جل أحكامه من قواعد الشريعة الإسلامية وهذا ما لمسناه وتوصلنا إليه من خلال معالجتنا لموضوع التفريق بين الزوجين للضرر.

إن الشارع الحكيم جعل بيد الزوج العصمة و أعطاه الحق في انهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته ومشيئته و بالمقابل لم يهمل جانب المرأة في ذلك ,بل شرع لها طريقتين للخلاص من هذه الرابطة بطلب من الزوجة إذا ما استحالت العشرة الزوجية بينهما وساد الشقاق وعلى غرار ذلك سار المشرع الجزائري في المادتين (54-53)من قانون الأسرة .

والضرر ذو معيار شخصي يختلف باختلاف الأشخاص من حيث البيئة والثقافة والتربية والمكانة الاجتماعية وبالتالي فإن تقديره يدخل تحت السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

وعيه فالزوج الذي يسيء معاملة زوجته ويلحق بها أضرار سواء مادية أو معنوية مما يجعل الحياة نقمة بدلا من نعمة فلهده الأخيرة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها فالقاضي يفرق بينهما بعد التأكد من توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 (ق-أ-ج,) أو حدوث الضرر المعتبر شرعا والتطليق مثله مثل باقي أنواع الفرقة لا يكون إلا بحكم قضائي بعد استيفاء الاجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والإدارية .

ومن خلال هذا البحث فإنه يمكن استخلاص أهم النتائج التي تم التوصل اليها المتمثلة فيما يلي :

1-أن الضرر الذي يجيز للزوجة الحق في التطليق يجب أن يكون مما ورد النص عليه في المادة 53(ق-أ-ج) أو ما جاء في الفقرة الأخيرة من نفس المادة (الضرر المعتبر شرعا)

2-أن القاضي في حالة عدم اقتناعه بوقوع الضرر فعلا على الزوجة ومن طرف الزوج وأن يكون الضرر وفق الشروط المنصوص عليها في القواعد فلا يحكم لها بالتطليق ولها أن تسلك مسلك أخر.

3-في حالة اثبات واقعة الضرر من طرف من يقع على عاتقه عبئ الإثبات فإن القاضي يفرق بين الزوجين ولو اعترض الزوج عن دالك كما يحكم للزوجة بالتعويض عما لحقها من أضرار بجانب الحكم بالتفريق .

4-الحكم القاضي بالتفريق تنجر عنه أثار منها ما يثبت للزوجة ومنها ما يثبت للأولاد.

5-وبعد سرد أهم النتائج المتوصل اليها من خلال هدا البحث , نرى من الضرورة ابداء بعض التوصيات ,والتي نراها مهمة من وجهة نظرنا وهي كالأتي :

1-إعادة النظر في الاعتماد على نظام التحكيم , حيث مقترح أن يتم اللجوء اليه كإجراء أولي في كل خلاف أسري وفق نظام قانوني منظم , ودالك قبل نشوب النزاع أمام المحكمة لأن في غالب الاحيان إذا وصل النزاع للمحكمة سينتهي بالطلاق .

2-إعادة النظر في تعيين الحكميين وذلك من حيث عددهم وجنسهم حيث نقترح إضافة شخص ثالث يكون من النساء سواء من أهلها أو من أهله لأن في بعض المسائل تكون المرأة أجدر من غيرها في فهم تلك المسائل وحلها .

3-إعادة صياغة المادة 53 وذلك بحذف الفقرة السادسة والتي تنص على مخالفة الاحكام الواردة في المادة.08.لتفادي التكرار والغموض, لان المادة 08 مكرر أصلا نصت على جواز المطالبة بالتطليق في حالة مخالفة أحكام المادة 08.

هدا ونخلص بالقول أن موضوع التفريق للضرر يظل من الأبواب الهامة في النظام القانوني في التفرقة بين الزوجين.

وأتمنى في الختام ان أكون وفقت ولو قليلا في معالجة الاشكالية وتحليل النصوص القانونية , وما توفيقي إلا بالله .

تم بحمد الله وعونه

قائمة المراجع و المصادر

- **القرآن الكريم**
- **الكتب :**

1. ابن ماجة ،سنن ابن ماجه، مؤسسة الرسالة ناشرون , الطبعة الأولى ، 2009.
2. ابن منظور ،لسان العرب، المكتبة التوفيقية , القاهرة سنة.711/23 ،ج8.
3. أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد في الزواج و الطلاق، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى سنة 2012.
4. باديس ديابي, آثار فك الرابطة الزوجية, دار الهدى للطباعة والنشر.
5. باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار هومة عين مليلة الجزائر، سنة 2007.
6. بربارة عبد الرحمان , شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية , منشورات بغدادي , طبعة ثانية , سنة 2009.
7. بلحاج العربي , الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري , الجزء الأول , الطبعة الثالثة 2004.
8. بلقاسم شتوان ، الطلاق في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالألة الشرعية و قانون الأسرة (د،ط)(د،س).
9. بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، الزواج و انحلاله.(د.ط).
10. جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، الطبعة الأولى 2009.
11. رشدي شحاته، أبو زيد، الاجراءات القانونية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء لدنيا الطباعة و النشر، الاسكندرية،الطبعة الأولى.سنة 2008.

12. سليمان ولد خسال , الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري , منشورات دار طليلة , المحمدية الجزائر , الطبعة الاولى , 2010.

13. طاهري حسين , الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري , دار الخلدونية للنشر والتوزيع , الجزائر , الطبعة الأولى 2009.

14. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة و النشر الجزائر الطبعة الثانية سنة 2009.

15. عبد الفتاح تقية , قضايا شؤون الاسرة، من منظور الفقه و التشريع و القضاء، (د.ط).

16. عبد القادر حرز الله , الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي زقانون الاسرة الجزائري دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر , الطبعة الاول 2007.

17. عبد القادر داودي , أحكام الأسرة ،البصائر للنشر والتوزيع الجزائر (د.ط) سنة 2010.

18. عبد القتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية (د.ط)، سنة 2007.

19. عبد المومن بالباقي ، التفريق القضائي بين الزوجي في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة نصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى ين مليلة الجزائر، طبعة 2000.

20. العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائرية, مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع , الطبعة الأولى 2013.

21. غنية قري, شرح قانون الاسرة دراسة مقارنة بين الشرع والقانون.

22. غنية قري، شرح قانون الأسرة معدل، دراسات مقارنة بين الشرع و القانون، دار طليلة الجزائر، الطبعة الأولى 2011

23. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، الجزء الأول المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر (د.ط) سنة 1986.

24. لحسن بن شيخ أث ملويا ,سلسلة الدراسات القانونية ,رسالة فس طلاق الخلع ,دار هومة للطباعة والنشر ,الجزائر.

25. لوعيل محمد لمين , المركز القانوني لمرأة في قانون الأسرة الجزائري , دار هومة للطباعة والنشر , الجزائر الطبعة الثانية سنة 2006.

26. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون و الحق، دار العلوم للنشر و التوزيع، (د.ط) سنة 2006.

27. محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 2008.

28. محمد صبري السعدي , الواضح في شرح القانون المدني , النظرية العامة الالتزامات , أحكام الالتزام , دار الهدى للنشر والتوزيع , عين مليلة , الجزائر طبعة 2010.

29. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى عين مليلة.

30. المصري مبروك , الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري ,دار الإفتاء هومة للطباعة والنشر ,الجزائر , سنة 2010.

31. منصوري نورة , التطليق والخلع في القانون والشريعة , دار الهدى عين مليلة , سنة الطبع , 2012.

32. ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر (د،ط) 2013 ص 2004.

33. نسرين شريفي , وكمال بوقروة , قانون الأسرة الجزائرية , دار بلقيس للنشر , الدار البيضاء الجزائر , الطبعة الأولى 2013.

34. نصر سلمان ,احكام الطلاق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري دار الفجر والطباعة و النشر الجزائر (د – ط).

35. نصر سلمان، و سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار هدى للطباعة و النشر عين مليلة (د.ط) سنة 2003.

36. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة و النشر الطبعة الثالثة 2011.

الرسائل:

- عبدوا أحمد , التفريق بين الزوجين للضرر والشقاق في الفقه الاسلامي , أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون , كلية الحقوق , جامعة سعد دحلب البليدة , السنة الجامعية 2012/2010.
- فريحاوي كمال , التفريق لضرر في قانون الأسرة الجزائري , دراسة مقارنة , بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير ,كلية الحقوق ابن عكنون , الجزائر السنة الجامعية , 2001/2000.

المجلات و الدوريات :

- المجلة القضائية ,2003 العدد 01.
- المجلة القضائية 1989، العدد 01.
- المجلة القضائية العدد 01.
- المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 3.
- المجلة القضائية لسنة 1997 – العدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1997 , العدد 1.
- نشرة القضاة – عدد 65 ص 315.
- نشرة القضاة 1999 العدد 400056.

التشريعات :

- قانون84-11المؤرخ في84/6/9 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بموجب الأمر05-02 المؤرخ في05/2/27.
- قانون (08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية المؤرخ في 2008/02/23.
- قانون المؤرخ في 2011/08/02 المتضمن لقانون العقوبات.

الفـــهرس

مقدمـــة.....أ

الفصـل الأول : التفريق للضرر بطلب من الزوجة

المبحث الأول : مفهوم الضرر وأنواعه.....6

المطلب الأول : التعريف اللغوي والاصطلاحي للضرر.....6

الفرع الأول : تعريف الضرر لغة.....6

الفرع الثاني : تعريف الضرر اصطلاحا.....8

أولا : التعريف الفقهي.....8

ثانيا : التعريف التشريعي.....8

1-قانون الاسرة الجزائري.....9

2-القانون المصري.....9

التعريف القضائي

1-المحكمة العليا (الجزائر) 10

2-تعريف محكمة النقض المصرية 10

المطلب الثاني : أنواع الضرر.....11

: الفرع الأول : الضرر المادي.....11

الفرع الثاني : الضرر المعنوي.....15

المبحث الثاني : مفهوم التفريق بين الزوجين والفرق بينه وبين غيره.....20

المطلب الأول : مفهوم التطليق بين الزوجين.....20

الفرع الأول : تعريف التطليق لغة.....21

الفرع الثاني : تعريف التطليق اصطلاحا.....21

المطلب الثاني : الفرق بين التطليق والطلاق والخلع والفسخ.....22

الفرع الأول : الفرق بين التطليق والخلع.....23

الفرع الثاني : الفرق بين التطليق والطلاق.....26

الفرع الثالث : الفرق بين التطليق والفسخ.....28

الفـصل الثـــاني :دعوى التطليق و الأثار المترتبة

المبحث الاول : دعوى التطليق.....32

المطلب الأول : الاختصاص النوعي والإقليمي في دعوى التطليق.....32

الفرع الاول : الاختصاص النوعي.....33

الفرع الثاني : الاختصاص الاقليمي.....37

المطلب الثاني : مراحل الخصومة في دعوى التطليق.....38

الفرع الأول : رفع دعوى التطليق وتبليغها.....39

أولا : دعوى التطليق.....39

ثانيا : تبليغ دعوى التطليق.....41

الفرع الثاني : الصلح والتحكيم في دعوى التطليق.....43

أولا : الصلح في دعوى التطليق.....44

ثانيا : التحكيم في دعوى التطليق.....45

الفرع الثالث : الحكم في دعوى التطليق.....48

أولا : الحكم.....49

ثانيا : طبيعة الاحكام القضائية الصادرة في شأن التطليق.....50

الاتجاه الاول : عدم جواز الطعن بالاستئناف.....51

الاتجاه الثاني : جواز الطعن بالاستئناف.....52

المبحث الثاني : الآثار المترتبة عن الحكم القاضي بالتطليق.....55

المطلب الأولى : الآثار المتعلقة بحقوق الزوجة.....55

الفرع الأول : العدة.....56

<u>أولا:</u> تعريف العدة.....56

الشرط الأول.....57

الشرط الثاني.....57

الفرع الثاني : التعويض.....59

التعويض لغة:.....60

التعويض في الاصطلاح 60

المطلب الثاني : الاثار المتعلقة بحقوق الاولاد.....63

الفرع الاول : الحضانة 63

أولا : تعريف الحضانة 64

ثانيا: اهداف الحضانة.....64

1-تعليم الولد.....64

2-تربيته عتى دين ابيه.....64

3- السهر على حماية المحضون خلقيا وصحيا.....65

4- سكن المحضون.....66

الفرع الثاني : النفقة.....67

النفقة لغة 67

الخاتمة.....71