جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأحوال الشخصية

من إعداد الطالبة:

- حمر الراس رحمة

تحت إشراف

أ- لعلاوة سعاد

أعضاء لجنة المناقشة:

- د. رواق أمال ..... رئيسا
- أ. لعلاوة سعاد .....مشرفا ومقررا
- أ. عتيق نظيرة.....مناقشا

دورة جوان 2017

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول الله سبحانه وتعالى في محكم تنزيله "يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات والله بما تعلمون خبير" سورة المجادلة الأية11

يقول عماد الأصفهاني في بعض ما كتب" إني رأيت أنه لا يكتب إنسان جملة كتابها في لوحه إلا قال في عده لو غير هذا لا كان أحسن ، ولو زيد كذا لا كان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل وهذا من أعظم العبر وهو دليل على إستلاء النقص على البشر.

لمسة شكر و عرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى: "ولئن شكرتم لأزيدنَكم "

نشكر ونحمد المولى عز جل على توفيقه لنا في انجاز هذا العمل حمدا يليق بجلالته وعظمته فالحمد والشكر لله الواحد الأحد أولا وأخيرا.

فنتقدم بالشكر الجزيل إلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية وخاصة أستاذة تخصص الأحوال الشخصية الذين ساهموا في زرع بدرة البحث والإطلاع فينا.

وأخص بالشكر أستاذتي الغالية التي أشرفت على هذا البحث العلمي وتابعته من بداية إلى نهاية وذلك بالنصح والتوجيه القيمين، الأستادة لعلاوة سعاد.

كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل

رحمة

بسم الله الحمان الرحيم

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا بكل معاني الاحترام والعرفان

إلى من أخرجني من ظلمات الرحم إلى الوجود أبي وأمي.

إلى سندي ودعامتي في الحياة إخواني وأخواتي: سلمى، خولة، أسامة، هاشم.

إلى من أتقاسم معهم المحبة خالتي وزوجها والبرعم جاد المولى والكتكوت ساجد علي.

إلى صديقاتي : سارة، صفى، حسيبة، أمال، أمنة، فاطمة الزهراء ،منال

إلى زملائي وزميلاتي الذين ساعدوني من بعيد أو قريب وأخص بالذكر طلبة الأحوال الشخصية.

إلى أستاذتي الغالية "العلاوة سعاد" حفظها الله وبارك لها في عمرها وصحتها وأولادها.

إلى الأساتذة الذين لم يبخلوا علينا بمعلوماتهم القيمة.

إلى كل مسلم ومسلمة أهدي ثمرة جهدي.

مقدمة

يعتبر الطلاق أحد الحلول التي يلجأ إليها الزوجين في حالة كثرة المشاكل والخلافات بينهما وخاصة إذا أدت إلى إستحالة العشرة الزوجية بينهما،فالطلاق حقيقة إجتماعية وشرعية وإقتصادية وأضحى مع الأسف ممارسة يومية في عالمنا الإسلامي على غرار باقي العوالم فقد قال اللإسلام بالطلاق وفصل فيه ونظمه تنظيما دقيقا بالشكل الذي راعى فيها حماية الأسرة من الشتات والضياع وحفظ كيان المجتمع عندما قال تعالى:"الطلاق مرَتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحلَ لكم أن تأخذوا ممَا آتيتموهنَ شيئا إلاَ ان يخافا ألاَ يقيما حدود الله فإن خفتم ألاَ يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعدَ حدود الله فؤلئك هم الظَالمون "

وقد جاء قانون الأسرة الجزائري بتصنيف صور فك الرابطة الزوجية الى ثلاث، حسب تعديل الوارد في الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 في المادة 48 منه التي جاء فيها (...يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود مورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون). فهذه المادة ذكرت صور الطلاق بالتراضي ضمن حالات الطلاق الأخرى، ونظرا لأهمية هذه الصورة أولاها المشرع مكانة خاصة من خلال تنظيم أحكامها قي نصوص المواد من427 إلى 435 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 23فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وإنطلاقا من واقع المحاكم الجزائرية ونظرا لاكتظاظها بدعاوى الطلاق، الخلع، التطليق،والذي مرده أسباب عديدة، فإن الحاجة اليوم أصبحت ماسة أكثر من أي وقت مضى، إلى وضع منظومة قانونية قوية ودقيقة لإيجاد حلول عملية لضبط آليات فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي، في وقت تسعى فيه بعض الدول إلى تبسيط إجراءات

الطلاق لتفادي الوقوف أمام القضاء .وقصد معالجة هذا الموضوع كان لا بد من طرح إشكال لمعالجة موضوع بحثنا.

الإشكالية:

ماهي الأحكام الموضوعية والإجرائية للطلاق بالتراضي؟ وهل هي كفيلة بتحديد ضوابط لحماية كل من الزوجين والأبناء؟

وإذا كان الطلاق بالتراضي يستند للرغبة الإرادية للطرفين واللذين يستقلان بتقدير دوافعه وتوابعه، فهل ذلك يعني تجريد القضاء في أحقيته في فرض الرقابة عليه، وهل يعفي المحكمة من القيام بمحاولة إصلاح ذات البين بين الطرفين؟

و هل يكفي أن يكون الإتفاق عاما أي هل للزوجين حرية الإختيار في الخضوع إلى النظام القانوني لانحلال الرابطة الزوجية،وبين ضرورة وجود إتفاق بين الزوجين طالبي الطلاق بالتراضي حول جميع المسائل بما فيهاتوابع الطلاق؟

اهمية الموضوع:

يعد موضوع الطلاق بالتراضي من المواضيع ذات الأهمية البالغة، خاصة إذا خلفا من ورائهما أبناء فكان لابد من وضع ضوابط لحماية الأبناء خاصة وإرادة الزوجين وسلامتهما من العيوب عامة .

كما تكمن أهميته أيضا في إعتباره الصورة الوحيدة من حالات الطلاق التي تكون دون مشاكل بين الطرفين.

أسباب إختيار الموضوع:

ومما دفعني إلى إختيار موضوع الطلاق بالتراضي تحديدا رغبتي في مناقشة التعديل الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري، وهي طلب الزوجين الطلاق بالإرادة المشتركة، حيث أن التعديل مس المادة 48 من الأمر 05-02 ونفض الغبار عن هذا الموضوع الذي قلما تناوله الكتاب بأقلامهم والمشرعين بموادهم.

اهداف الموضوع:

إن الهدف من دراسة موضوع الطلاق بالتراضي هو الإجابة عن الإشكالية المطروحة ومحاولة التطرق إلى كل الجوانب الممكنة من دراسة هذا الموضوع، سواءا في الجانب الموضوعي أو الإجرائي والوصول إلى الحلول والنتائج الممكنة.

المنهج المتبع:

إن المناهج المتبعة في دراسة موضوع بحثنا تتمثل في المنهج التحليلي والمنهج الإستقرائي والمقارن وذلك باعتبار أن أساس الدراسة هي تحليل النصوص القانونية (الموضوعية والجرائية) واستقرائها، بالإضافة إلى المقارنة بين النصوص القانونية.

الدراسات السابقة:

إن حالة الطلاق بالتراضي تعاني من ندرة الكتابات فمن خلال بحثنا عثرنا على بعض الكتب التي تطرقت إلى الطلاق بالتراضي بصورة جد مختصرة من بينها كتاب بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري

كذلك باديس ديابي في كتابه صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، إضافة إلى عبد الفتاح تقية في كتابه قضايا شؤون الاسرة ، وهذه الكتب اقتصرت على تناولت مفهوم الطلاق بالتراضي وأهميته، كما توجد مذكرة ماجيستير ليسفات علي هاشم بعنوان الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، والتي تناولت

هذا الموضوع من جانبه الموضوعي والإجرائي إضافة إلى دراسته للموضوع في إطار تنازع القوانين، اما دراسة موضوعنا حصرناها في ظل التشريع الجزائري دون التطرق إلى تنازع القوانين في هذه الصورة .

معوقات البحث:

وككل الباحثين اعترضتنا جملة من الصعوبات أهمها:

ندرة المراجع المتعلقة بموضوع بحثي، وهذا لقلة الدراسات والكتابات المسلطة على هذا النوع من المواضيع، مما دفعنا إلى التنقل إلى مختلف جامعات الوطن، ورغم ذلك لم نجد المتعلقة ببحثنا لإنعدام الكتابة فيه، كما لم نلاقي التعاون من قبل بعض الجهات وخاصة عمال المكتبات .

إضافة إلى ضيق الوقت في الإنجاز الدقيق لهذا البحث إذ يتطلب وقتا أكبر وجهدا أوفر.

ورغم كل هذا لم تكن الصعوبات إلا حافزا للعمل أكثر والرغبة في إتمام البحث.

خطة البحث:

ولدراسة هذا الموضوع والتفصيل فيه فقد قسم إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول الجانب الموضوعي منه من خلال مفهوم الطلاق بالتراضي المبحث الأول، والذي هو بدوره قسم إلى مطلبين، تعريف الطلاق بالتراضي ودليل مشروعيته المطلب الأول، وكذا شروط الطلاق بالتراضي وطبيعته المطلب الثاني.

إضافة إلى أثار الطلاق بالتراضي المبحث الثاني الذي تطرق إلى مطلبين، وتضمن الآثار المالية المطلب الأول، أما الآثار غير المالية جاء بها المطلب الثاني .

أما الفصل الثاني عالج إجراءات الطلاق بالتراضي فتناول طلب الطلاق بالتراضي ودور القاضي في الصلح والتحكيم المبحث الأول، والذي قسم إلى مطلبين: طلب الطلاق بالتراضي المطلب الأول، وكذا دور القاضي في الرقابة والصلح والتحكيم المطلب الثاني، إضافة إلى الإستئناف والطعن بالنقض في أحكام الطلاق بالتراضي المبحث الثاني والذي بدوره قسم إلى مطلبين، الإستئناف في أحكام الطلاق بالتراضي المطلب الأول، والعن بالنقض في أحكام الطلاق بالتراضي المطلب الثاني.

الفصل الأول

مفهوم الطلاق بالتراضي وآثاره

يعتبر الطلاق بالتراضي صورة من صور انحلال الرابطة التي يلجأ إليها الزوجين ، خاصة عند كثرة الخلافات وفي حالة عدم وجود حل سواه، فتناولت هذه الصورة نص المادة 48 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005إلا أنه لم يأتي بمفهومه كما نص عليه قانون إ.م.إ فجاء في نص المادة427 .

وللوقوف عند هده الصورة نقسم هدا الفصل إلى مبحثين، مفهوم الطلاق بالتراضي تتناوله في (المبحث الأول) بينما لآثار المترتبة عنه تناولها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي.

لما كان إبرام عقد الزواج يتم بناء على رضا الزوجين واتفاقهما حسب نص المادة 4 ق.أ التي جاء فيما يلي (الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب). ومن خلال هذه المادة فإن الزواج لما كان عقدا رضائيا يمكن أن يكون انحلاله بناء على رضائية كل من الزوجين وإتفاقهما ويتناول هدا المبحث تعريف الطلاق بالتراضي(المطلب الأول) وبيان شروطه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الطلاق بالتراضي ودليل مشروعيته.

يتناول هذا المطلب تعريف الطلاق بالتراضي بشقيه اللغوي والاصطلاحي وكذلك دليل مشروعيته، إضافة إلى الفرق بينه وبين الصور الأخرى لانحلال الرابطة الزوجية وأهميته والفرق بينه وبين غيره من صورفك الرابطة الزوجية.

الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي.

يتناول هداالفرع تعريف الطلاق بالتراضي لغة واصطلاحا .

أولا: للغة.

إن التعريف اللغوي للطلاق بالتراضي يتطلب تعريف لفظي تركيبه اللغوي وهما الطلاق والتراضي .

أ. الطلاق.

من الفعل طَلَق الطَلَق: طلق المخاض عند الولادة. ابن السيدة : الطلق وجع الولادة.

والطلقة: المرَة الواحدة، وقد طلقت المرأة تطلق طلقا، وطلاق المرأة بينونتها عند زوجه.[1]

[1] ابن منظور جمال الدين محمد بن كرم، لسان العرب، بيروت، دار صادر، المجلد 10، ص 225. 226..

ب –رضي.

رضيَ، رضى ورضوانا ومرضاءً عنه وعليه رأى فيه مايسره وما يعجبه، تراضى ترضيا القوم: يتوافقون.[1]

ثانيا: اصطلاحا.

يتناول التعريف اصطلاحا، التعريف الفقهي والتشريعي والقضائي.

أ– **التعريف الفقهي.**

تعريف الطلاق بالتراضي لم يرد ذكره في اصطلاح الفقهاء في الكتب الفقهية، فقد اقتصروعلى تعريف الطلاق دون تميز بين صوره . [2]

- تعريف الحنفية: رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مخصوص.
- تعريف المالكية: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج لزوجته.
- تعريف الشافعية: حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.
- تعريف الحنابلة: حل قيد النكاح أو بعض

وفي الإجمال فالطلاق معناه إنهاء الرابطة الزوجية بلفظ قيد الطلاق صراحة أو ضمنا [3]

ب –**التعريف التشريعي.**

لقد جاء في النص المادة 48ق.أ (.....يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و54 من هذا القانون).

فهذه المادة نصت على صورة الطلاق بالتراضي ولم تتناول تعريفه غير أنه ورد ذكر تعريفه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حين وضح المقصود من الطلاق بالتراضي وكان الأولى إبرازه في قانون الأسرة، لأن تعريف الطلاق بالتراضي من مشتملات القوانين الموضوعية وليس القوانين الإجرائية. [4] ، وجاء هدا

---

[1] مجاني للطلاب، ط1، بيروت، دار مجاني، 2001، ص273. 274.

[2] أحمد محمد أحمد كليب، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية، ط1، الأردن، دار النفائس، 2010، ص 31.

[3] بوحملة نسرين وزبيلح حبيبة، صور فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة لكلا الزوجين ،إبرياحي مصطفى جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، كلية الحقوق ،2016–2015،ص 12، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماشر، فرع قانون الأسرة.

[4] بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ط1، المحمدية– الجزائر، 2012، ج1، ص 434.

التعريف في نصت المادة 427 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008 على أنه (الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة).

ويتضح من خلال هذا النص أن الطلاق بالتراضي هو أن يتفقا الزوجين على حل الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، على أن إستمراريتهما أضحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستقرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق بإحسان دون خصام أو نزاع. [1]

ولقد عرف المشرع الفرنسي الطلاق بالتراضي في مادته الثانية من القانون المدني المعدل في 26 ماي 2004 بأنه طلاق يكون بناء على طلب أحد الزوجين وموافقة الأخر أو بناء على طلب مشترك منهما على مبدأ فك الرابطة الزوجية بغض النظر عن الأسباب الكامنة وراء ذلك ،ولا يكون اتفاقا قابلا للتراجع أو الطعن. [2]

ومن خلال نص هذه المادة نلاحظ أن هناك تشابه بينها وبين نص المادة 427 ق.إ.م.إ سواء من حيث الإجراء المتبع أو من حيث اتفاق الزوجين وتوافر إرادة كل من الطرفين غير أن النص الفرنسي جعل من الطلاق بالتراضي غير قابل للطعن بالإستئناف أو الطعن بالنقض أما المشرع الجزائري في نص المادة 434 فجعل من الاتفاق الذي يتناوله طلب الطلاق بالتراضي قابل للطعن بالنقض .

ج- التعريف القضائي.

من خلال ملاحظة قرارات المحكمة العليا فيما يخص أحكام الطلاق بالتراضي فقد جعلته عبارة عن صلح يقام بين الطرفين ويقتصر دور القاضي في توثيق إرادة الطرفين في الحكم قضائي.

وهذا ما تجلى من خلال قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن منها القرار المؤرخ في 1994/2/19 المتعلق بالطلاق بالتراضي وجاء فيه ما يلي:

---

[1] باديس، ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، د.ط ، عين ميلة- الجزائر، دار الهدى، ص 28.

[2] يوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، يوسف فتيحة، جامعة أبي بكر بلعابد -تلمسان- كلية الحقوق، 2008-2009، ص 44، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص.

(من المقرر قانونا أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كلا منهما على وجه التبادل عن حقه.

ومتى يتبين -في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة العليا أخطأوا في تطبيق القانون، لأن الإستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا لنزاع وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح، لأن الصلح عقد ينهي به الأطراف نزاعا قائما طبقا لأحكام المادتين 459-462 من القانون المدني ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه) [1]

فمن خلال هذا القرار نجد أن المحكمة العليا اعتبرت الطلاق بالتراضي عقد صلح ينهي نزاعا قائما بين الطرفين لأن دور القاضي في هذه المسألة هو مراقبة صحة وسلامته الشروط المتفق عليها وعدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة ، كما سيأتي ذكره في الفصل الثاني من المذكرة.

فمن خلال هذا القرار يتبادر إ لى ذهننا إشكال حول ماإذا كان دور القاضي ينحصر فقط في مراقبة مدى صحة وسلامة الطلاق بالتراضي لإعتباره عبارة عن صلح بين الزوجين أم يقوم بإجراء الصلح المقرر قانونا.

الفرع الثاني : دليل مشروعية الطلاق بالتراضي.

لقد ورد دليل مشروعية الطلاق بالتراضي في الكتاب أما أدلة السنة والإجماع فتقتصر أدلتها على الطلاق دون تحديد لصورة الطلاق.

أولا: من الكتاب.

قال تعالى في سورة النساء: "وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الأنفس الشحَ وإن تحسنوا وتتقوا فإنَ الله كان بما تعملون خبيرا." [2]

وقال أيضا: "وإن يتفرقا يغن الله كل من سعته وكان الله واسعا حكيما". [1]

---

[1] قرار رقم 103637 مؤرخ في 1994/04/19 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،المجلة القضائية، عدد خاص، ص 94.

[2] الآية 127 من سورة النساء.

يتضح من خلال هذين الآيتين أن الطلاق بالتراضي جائز شرعا بل يجد جوهره في الآيتين التي سبق ذكرها [2]

ثانيا: من السنة.

روي حميد بن عبد الرحمن عن أبي موسى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك، ليس هذا المسلمين، تطلق المرأة من قبل عدتها". [3]

و قوله صلى الله عليه و سلم "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"[4]

وروي عن عمر رضي الله عنه: "أن البني صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها. [5]

فهذه الأدلة من السنة النبوية دلت على الطلاق دون تفريق بين صوره.

ثالثا: من الإجماع .

مند عصر الصحابة رضوان الله عليهم حتى يومنا هذا انعقد الإجماع على مشروعية الطلاق، وبذلك يضاف إلى ما جاء في القرآن الكريم والسنة .

قال جمهور الفقهاء خلاف الأولى وتعتريه الأحكام الخمسة بحسب الدفاع إليه وما يترتب عليه من طلب نفع أو ضرر، ومثاله انه يكون واجبا في حال كون الزوجية مجلبة للضرر الغالب المستديم، ويكون محرما في حال انتفاء الدافع وكونه –أي الطلاق– مجلبة للضرر للزوجين أو أحدهما. [6]

---

[1] الأية 130 من سورة النساء.

[2] بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط5، بن عكنون– الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء1، ص 260.

[3] محمد كمال الدين إمام ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرفة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، د.ط، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 362.

[4] عبد الفادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق،دط،الجزائر، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 14.

[5] خولة ضريف ، المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق، على بودفع جامعة 20 أوت 1955– سكيكدة– كلية الحقوق والعلوم الساسية، 2015–2016، ص 14، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال الشخصية.

[6] مراد كاملي، الوجيز في قانون الأسرة مطبوعة موجهة لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، جامعة العربي بن مهيدي أم لبواقي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009–2010، ص 53.

الفرع الثالث: الفرق بين الطلاق بالتراضي والصور الأخرى لانحلال الرابطة الزوجية.

لقد نصت المواد 48-53-54،على صور حل الرابطة الزوجية و هذا الفرع يبرز الفرق بينها وبين الطلاق بالتراضي، والفارق العام بين هذه الصور وغيرها من الصور.

أولا: الفرق بين الطلاق بالتراضي والطلاق بالإرادة المنفردة .

الطلاق بالإرادة المنفردة يمكن تعريفه بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته [1] وذلك بإرادة الزوج المنفردة.

فمن الوهلة الأولى يتبين أن هناك اختلافا بسيطا من حيث المفهوم بين صورة الطلاق بالتراضي والطلاق بالإرادة المنفردة والاختلاف يكمن أساسا في موافقة الزوجة على الانفصال وودية إحداث الأمر عكس ما نلحظه في افي الصورة الأخيرة، إذ عادة ما يلجأ الزوج للطلاق في ظل رفض الزوجة الانفصال، غير أن هذه التفرقة لا تغير في المسألة شيئا، وليس ضروريا أن تكون صورة تتضمن طلاقا بالتراضي طالما أن العصمة الزوجية أعطيت للزوج وإرادته كافية وحدها لإحداث الأثر القانوني دون الرجوع لموافقة الزوجة من عدمها فإرادة الزوجة في الطلاق ليست محل اعتبار وتوافرها من عدمه لا يغير في الموقف شيئا. [2]

وإنما يكمن الاتفاق والتراضي بين الزوجين على الآثار المترتبة عنه وقد يكون في الطلاق بالتراضي تنازل من أحد الزوجين على بعض الحقوق المترتبة عن الطلاق، وهذا يختلف عن الطلاق بالإرادة المنفردة فبمجرد وقوع هذا الأخير تترتب عليه الحقوق المقررة للزوجة وفقا لأحكامٌ ق.أ، كذلك يكمن الفرق بين الصورتين أيضا من حيث فصل القاضي في الموضوع إذ يكمن دور القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في تحديد مدى تعسف الزوج في الطلاق وتحديد الآثار المترتبة عن هذه الصورة من الطلاق، أما فيما يخص صورة الطلاق بالتراضي فيكمن دور القاضي في مراقبة صحة الاتفاق والشروط وعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة.

---

[1] مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة، ص 491.

[2] باديس دياببي، المرجع السابق، ص 28.

ثانيا: الفرق بين الطلاق بالتراضي والتطليق.

يمكن تعريف التطليق على أنه طريق لفك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، ليس بإرادتها المنفردة وإنما عن طريق القاضي وذلك إذا أثبتت وجود سبب شرعي يجعل الحياة الزوجية مستحيلة مع تضررها سواء ماديا أو معنويا والأساس في ذلك تجنب الحرج والتماشي مع روح الإسلام السمحة. [1]

يكمن الفرق بين هاتين الصورتين أن التطليق يتم بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة لأسباب معينة نص عليها المشرع على سبيل الحصر في نص المادة 53 ق.أ [2] وهذه الحالات هي (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.
2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية.
5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.
7- ارتكاب فاحشة مبينة.
8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
10- كل ضرر معتبر شرفا.)

بخلاف الطلاق بالتراضي الذي يكون بناء على طلب مشترك من طرف الزوجين، فإرادة الزوجين في هذه الصورة محل اعتبار وفي حالة انعدام إرادة أحد الطرفين نكون أمام صورة أخرى من صور فك الرابطة الزوجية.

---

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 35.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 273.

فالتطليق يكون بناء على إرادة الزوجة وإن وجدت معارضة من الزوج له طالما أنها متضررة، والقاضي يفرق بينها وبين زوجها طبقا لقواعد العدالة والإنصاف. [1]

أما حكم الطلاق بالتراضي يكون بعد التأكد من صحة الشروط المتفق عليها من طرف الزوجين كما سيأتي بيانه لاحقا.

ثالثا الفرق بين الطلاق بالتراضي والخلع.

عرف جمهور الفقهاء الخلع بتعريفات شتى كل حسب مذهبه وتصوراته، والراجح في قولهم أن المراد به هو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها ، [2] والخلع شرعا: "إزالة ملك النكاح ببذل تبذله المرأة لزوجها." [3]

فأول فرق يبرز بين الصورتين هي من حيث المفهوم فالطلاق بالتراضي هو اتفاق الزوجين بالإرادة المشتركة على الطلاق أما الخلع فهو حل عقد الزوجية في مقابل عوض تلتزم به المرأة كما جاء في تعريف الخلع .

وعليه من الخطأ الاعتقاد أن الخلع كالطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة 48 ق.أ لأن الخلع في الفقه المالكي هو الطلاق بعوض أو هو طلاق على مال ولا فرق بينهما ،فتدخل القاضي في الخلع يكمن في تحديد مقابل الخلع في حالة عدم اتفاق الزوجين على المقابل المالي للخلع حسب نص المادة 54 ق.أ

كما أن الخلع لا يشترط في تقديم طلبه شكلية معينة أو خاصة، في حين أن الطلاق بالتراضي اشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية شكلية معينة لتقديم طلب الطلاق بالتراضي التي سنأتي لذكرها لاحقا، إضافة إلى أن الطلاق بالتراضي كما ذكرنا سابقا يتم بموافقة الزوجين ولكن بدون مقابل كما هو الحال في الخلع، بعيدا

---

[1] بلحاج العربي،المرجع السابق، ص 273.

[2] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، مصر، دار الفكر العربي، 1997،ص 339.

[3] عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط1،لبنان_دار ابن حزم للنشر والطباعة والتوزيع، 1997، ص 52.

عن المشاكل القانونية، غير أن تدخل القاضي ضروري للتأكيد من وجود إرادتين متطابقتين، بصفة حقيقية وصحيحة، دون التعرض لأسرار الحياة الخاصة. [1]

فشروط الخلع المتفق عليها هي (أن تكون الزوجية قائمة حقيقية أو حكما، أن تطلبه الزوجة من القاضي، أن يتم الخلع مقابل عوض) .[2]

أما شروط الطلاق بالتراضي فهي (اتفاق الزوجين على الطلاق، تقديم طلب مشترك، تحديد الشروط المتفق عليها) وهذا ما نستشفه من خلال نص المواد من 427 إلى 431 ق.إ.م.إ. إضافة إلى الشروط العامة التي تتوفر في الدعوى (الأهلية، المصلحة، الصفة).

الفرع الرابع: أهمية الطلاق بالتراضي.

تكمن أهمية هذه الصورة سواء بالنسبة للأولاد أو الأسرة وهذا بالإستناد لمختلف النصوص القانونية المتعلقة بقانون الأسرة أو قانون .إ.م.إ.

فالطلاق بالتراضي يسمح للزوجين في مصلحة الأسرة والأولاد بالوصول إلى إيقاع الطلاق في مدة معقولة وبدون مفاخرة ولا فضائح .[3]

ويعد الطلاق بالتراضي من أنجع الطرق وأفضلها لحل الرابطة الزوجية، لما يعود به من أثار إيجابية على الأسرة عامة ، وعلى الأولاد خاصة فيما يخص الجانب النفسي والمعنوي، لاتسامه بالطريقة الودية بعيدا عن النزاعات والصراعات التي تعرفها أنواع أخرى، فالطلاق بالتراضي ينهي العلاقة الزوجية في هدوء ودون أية مشاكل بين الزوجين، وإيقاعه يكون في مده معقولة مما يجنب الأولاد الإحراج وكذا تأزم جانبهم النفسي، فيكون وقعه خفيفا فالطلاق بالتراضي يحافظ على العلاقات التي بنيت بينهما، وعلى التنازلات التي تقوم بين الطرفين لاختصار الوقت. [4]

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 264، 165.

[2] خولة ضريف، المرجع السابق، ص 48-50.

[3] بلحاج العربي،المرجع السابق، ص 259.

[4] أحمد الصغير مريم، إجراءات الصلح في قضايا الطلاق، عتيق نظيرة، جامعة 20 أوت 1955 -سكيكدة- كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ص 37-38، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية.

فالطلاق بالتراضي يختصر النزاع القضائي الطويل الأمد في المحاكم من أجل التوصل إلى حل واتفاق يتعلق بجميع الحقوق والآثار المترتبة عن الطلاق والتي تحضى بموافقة الزوجين .[1]

المطلب الثاني: شروط الطلاق بالتراضي وطبيعته القانونية.

يتميز الطلاق بالتراضي بعدة شروط كغيره من صور انحلال الرابطة الزوجية لهذا سنحاول في هذا المطلب التطرف إلى توضيح هذه الشروط بالإضافة إلى الطبيعة القانونية للطلاق بالتراضي.

الفرع الأول: شروط الطلاق بالتراضي.

يشترط لوقوع الطلاق بالتراضي أن تتوفر مجموعة من الشروط سواء بالنسبة للمطلق أو المطلقة، و شروط تتوفر في الصيغة كغيره من الصور الأخرى لانحلال الرابطة الزوجية، إضافة إلى شروط يجب توفرها لدى المطلقين معا وتخص فقط صورة الطلاق بالتراضي.

أولا: شروط المطلق.

المطلق وهو الزوج فيثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح ولصحة إيقاع الطلاق يجب توافر ما يلي:

أ- أن يكون زوجا أو وكيلا عنه، فلولم يكن المطلق واحد من هؤلاء فإنه لا يملك إيقاع الطلاق وعلى هذا لا يملك الوكيل إيقاع الطلاق على زوجة من له الوكالة عليه، ذلك أن الطلاق حق شخصي يملكه الزوج ولا يكون إلا بتوكيل أو إنابة صريحة منه. [2]

ب-أن يكون صادر عن ذي أهلية (بالغ وعاقلا) . [3]

ج- أن يكون الزوج خاليا من عوارض الأهلية، أو عيوب الإرادة أي أن يكون الطلاق باختيار الزوج دون إكراه أو غيره من عيوب الإرادة، ، [1] .

---

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 30.

[2] بلحاج العربي،المرجع السابق، ص 225-226.

[3] بوحملة نسرين، وزليج حبيبة، المرجع السابق، ص 21.

والملاحظ أن المشرع الجزائري سكت عن كل ما يتعلق بشروط المطلق مما يدع مجال الاجتهاد واسعا أمام القاضي طبقا لنص المادة 222 ق.أ

ثانيا: شروط المطلقة.

المطلقة: هي المرأة التي يقع عليها الطلاق في عقد الزواج الصحيح [2] ويشترط فيها الشروط التالية:

أ- أن تكون الزوجة محلا للطلاق أي ممن يقع عليها الطلاق وتتحقق المحلية بأن تكون زوجة حقيقية أو حكمية للمطلق، والزوجة الحقيقية هي التي لا يزال رباط زواجها الصحيح باقيا، ولم يطرأ عليه ما يرفعه في الحال والمآل، أما الزوجة الحكيمة، فهي المطلقة رجعيا مدة العدة، وكذلك المطلقة بائنا في مدة العدة، وكذلك المعتدة من فسخ الزواج بسبب لا ينقض العقد في أساسه. [3]

ب-ألا تكون حائضا ولا في ظهر مسها الزوج فيه، وكذلك ليكون الطلاق عن حاجة حقيقية ورغبة ملحة في الطلاق. [4]

ثالثا: شروط الصيغة.

اتفق الفقهاء على أن الطلاق يقع باللفظ العربي وغيره كالكتابة أو الإشارة ويقع باللفظ الصريح وكذلك بلفظ الكناية الخفية إن قصد الزوج إيقاع الطلاق بها واتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالكتابة والرسول ما دام المطلق عازما عليه ويقع بالإشارة المفهمة عند العجز عن النطق اتفاقا، وقال الحنفية إن كان يحسن الكتابة لم تصح إشارته ولا يصح الطلاق بالإشارة للقادر على الكلام. [5]

رابعا: شروط تتوافر في كلا المطلقين :

---

[1] مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن،ط1، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2011، ص 125-126.

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

[3] بلحاج العربي،المرجع السابق، ص 246.

[4] المرجع نفسه، ص 247.

[5] مراد كاملي، المرجع السابق، ص 59.

أ- أن يكون طلاق الزوجين بناء على إرادتهما المشتركة وهذه الإرادة هي السبب القانوني للطلاق. [1] في هذه الصورة ضرورة وجود الرضى حتى نقول عن الطلاق أنه طلاق بالتراضي فإذا انعدم هذا الرضى نكون أمام صورة أخرى من صور انحلال الرابطة الزوجية.

ب-الاتفاق بين الزوجين على شروط معينة عند تقديم طلب الطلاق بالتراضي، هذه الشروط تكون متعلقة بالآثار المترتبة عن الطلاق والتي تكون محور الاتفاق في صورة الطلاق بالتراضي. [2]

ج-أن ترفع دعوى الطلاق بالتراضي بناء على طلب الزوجين وذلك بعريضة واحدة موقعة من الطرفين معا (الزوج والزوجة). [3]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للطلاق بالتراضي.

نص ق.أ.ج عل إمكانية الإتفاق على الطلاق في نص المادة48، وقد جاء ق.إ .م.إ بتنظيم الطلاق بالتراضي من حيث إجراءاته في نص المادة 427 التي اعتبرته إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الطرفين إذ جاء فيها: (الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة).

كما نصت المادة428 على أ نه (في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط).

ونصت المادة429 من نفس القانون على الشروط التي يجب أن تتضمنها عريضة الطلاق بالتراضي.

بناء على تحليل النصوص القا نونية من ق.إم.إ، فقد إعتبرت الطلاق بالتراضي هو إجراء وليس إتفاق في حد داته.

أما المادة 48ق.أ نصت على إمكانية الإتفاق على الطلاق كم سلف ذكره، وبذالك يكون الطلاق بالتراضي إتفاق بين الزوجين على فك الرابطة الزوجية دون مشاكل ولا نزاعات ولا فضائح وبطريقة ودية، فالإتفاق على الطلاق يمكن أن يتخد صورتين:

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 259.

[2] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ط2، بن عكنون، -الجزائر- ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 94.

[3] بوضياف عادل ،المرجع السابق، ص 434.

الصورة الأولى:الإتفاق على الطلاق دون الإتفاق على الآثار المترتبة عنه،أي الإتفاق المبدئي على الطلاق ويوجد نزاع حول الأثاث.

الصورة الثانية:الإتفاق عل الطلاق وكدا الآثار المترتبة عنه، ولكن مايتصور أيضا أنه يمكن أن يتفق على بعض الشروط ويبقى النزاع في البعض الأخر.

فنجد أن المشرع الجزائري أوجب أن يتضمن الإتفاق جميع شروط الإتفاق الحاصل حول توابع الطلاق ، فالنص القانوني في لفظ (جميع شروط الإتفاق)غير محدد ويحتاج إلى دقة أكثر.

كما أن قرار المحكمة العليا الصادر في 1994/04/19 المذكور سابقا اعتبر الطلاق بالتراضي عبارة عن صلح ينهي نزاعا قائما بين الطرفين كما صدر في قرار أخر في 2000/05/23 مبني على أساس المادة 48 ق.أ إذ جاء فيه ما يلي:

(من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه ، إلا عن طريق دعوى التزوير) [1]

فهذا القرار اعتبر صورة الطلاق بالتراضي مجرد إشهاد قضائي عن رغبة الطرفين في إحداث الأثر القانوني ولا يتعدى إلى مراقبة صحة ما اتفق عليه، واعتبر هذا الاجتهاد أيضا أن الطلاق بالتراضي لا يوصف بالابتدائية ولا بالنهائية ولا يحق لأي أحد من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير. [2]

المبحث الثاني: آثار الطلاق بالتراضي.

إن الطلاق بالتراضي يعتبر صورة من صور الطلاق وعلى ذلك يترتب عليه من الأثار كغيره من الصور الأخرى لانحلال الرابطة الزوجية سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده، حددتها الشريعة ونظمها القانون غير أن الطلاق بالتراضي يقع بناءا على اتفاق الزوجين و يتم فيه الاتفاق على توابعه، و تتنوع هده الآثار بين الجوانب المالية من جهة(المطلب الأول) و الجوانب غير المالية(المطلب الثاني).

---

[1] ملف رقم 243943 قرار بتاريخ 2000/05/23 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، ص 112.

[2] باديس ديابي،المرجع السابق، ص 32.

المطلب الأول: الآثار المالية للطلاق بالتراضي.

إن الفرقة بين الزوجين بإرادتهما المشتركة ترتب آثارا مالية لكليهما بعد الطلاق تقع على عاتق الملتزم بها يجب الوفاء بها إلى مستحقها، كما أنه يجوز الاتفاق على إسقاط هذه الحقوق.

ولبيان هذه الآثار قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع: النفقة والسكن (الفرع الاول)، الميراث(الفرع الثاني)، متاع البيت(الفرع التالت).

الفرع الأول: النفقة والسكن.

تعتبر النفقة و السكن أثرا من آثار الطلاق للزوجة كحق من حقوقها أثناء فترة العدة و أثرا من آثاره بالنسبة للمحضون.

أولا: نفقة المعتدة وسكنها.

العدة في اصطلاح الفقهاء تربص تلتزم به الزوجة بعد زوال الزواج أو ما يقوم مقامه كالدخول في الزواج الفاسد ، يقصد بالتربص الذي تلتزم به الزوجة انتظارها وعدم التزوج من أخر حتى تنتهي تلك العدة التي حددها الشارع.[1]

والمعتدة من الطلاق قد تكون معتدة من طلاق رجعي او من طلاق بائن وتجدر الإشارة هنا أن الاتفاق بين الزوجين على عدم اعتداد المرأة يعد مخالفا للشريعة الإسلامية ويقع باطلا بطلانا مطلقا.

وفيما يلي نورد بإيجاز موقف الشريعة و القانون من نفقة المعتدة و سكنها في الحالتين.

أ-نفقة وسكن المعتدة من طلاق رجعي.

اتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي تجب لها نفقة الطعام والشراب والكسوة والعلاج والسكن سواء كانت حاملا أو حائلا [2] وذلك للأدلة التالية:

قوله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهنَ بالمعروف لا تكلف نفسَ إلا وسعها" [1]

---

[1] مصطفي إبراهيم الزلمي،المرجع السابق، ص 212-213.

[2] وفاء معتوق حمزة، الطلاق وأثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي،ط1، القاهرة، جمهورية مصر العربية، مكتبة القاهرة للكتاب، 2000، ص 331.

و قال جلَ شأنه: " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضارّوهن لتضيقوا عليهنَ وإنَ كن أولا ت حمل فأنفقوا عليهنَ حتَى يضعن حملهنَ" [2]

وقال تعالى أيضا: "لينفق ذو سعه من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلاَ ما أتاها "[3]

و نفقة المطلقة تكون بحسب حال الزوج المطلق أو المطلقة يسارا أو إعسار،ا فقد تعددت أراء المذاهب في دلك[4] .

مذهب الأحناف: ورد عنهم في هذه المسألة قولان:

القول الأول: أنه عند اختلاف الزوجين في اليسار والإعسار تكون النفقة بحالهما يعني وسط فوق نفقة المعسرين ودون نفقة الموسرين.

القول الثاني: أن النفقة تعتبر بحال الزوج المطلق فإذا كانت المطلقة موسرة والمطلق معسرا فإنها تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين، أما إذا كان المطلق موسرا والمطلقة معسرة فإنها تجب نفقة الموسرين.

عند المالكية: وافق المالكية الحنفية في رأيهم الأول فقالوا: إن النفقة معتبرة بحسب حال المرأة وحال الرجل يسارا وإعسارا ويعتبر حالهما بالنسبة إلى البلد.

مذهب الشافعي: وافق الشافعية الحنفية في رأيهم الثاني فقالوا إن نفقة المطلقة معتبرة بحال الزوج المطلق لا بحالها.

مذهب الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه المالكية والأحناف في رأيهم الأول وأن النفقة معتبرة بحالهما معا.

الظاهرية: اتفق الظاهرية مع الشافعية و الأحناف في قولهم الثاني على أن نفقة المرأة معتبرة بحسب حال المطلق فالموسر على قدر طاقته والمتوسط على قدرها وكذلك المعسر كانت الزوجة غنية أو فقيرة.

---

[1] سورة البقرة الآية 233

[2] سورة الطلاق الآية 6.

[3] سورة الطلاق الآية 7.

[4] وفاء معتوق حمرة، المرجع السابق، ص 352-353-354.

ومن خلال هذه الآراء نستنتج أن الفقهاء في نظرتهم للمسألة على قولين: [1]

القول 1: إن النفقة تعتبر بحال الزوج المطلق وهذا ما ذهب إليه الحنفية في قول الشافعية والظاهرية.

القول 2:أنها معتبرة بحالهما يسارا وإعسارا، إلى هذا ذهب الحنفية في القول الأخير والمالكية والحنابلة.

وقد نص المشرع الجزائري في ق.أ في المادة 78 منه على نفقة وسكن المعتدة.

ب –نفقة وسكن المعتدة من طلاق بائن.

لقد ميز الفقهاء في وجوب النفقة بين الحامل والحائل غير الحامل:

1–نفقة وسكن البائن الحامل.

اتفق جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية على أن للمعتدة من طلاق بائن وهي حامل النفقة والسكن ودليلهم على ذلك ما يأتي:

من القرآن الكريم قوله تعالى: " اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضارّوهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فانفقوا عليهنَ حتى يضعن حملهن" [2]

هذه الآية تبين بصريح العبارة في وجوب النفقة و السكن للمعتدة الحامل[3]

2–نفقة وسكن البائن الحائل.

اختلف الفقهاء في نفقة وسكن البائن الحائل أثناء العدة:

فدهب الأحناف، إلى أن لها السكن والنفقة، وذهب المالكية إلى أن لها السكن وليس لها النفقة، ووافقهم الشافعية في ذلك، أما الحنابلة، فقالوا لا سكن لها، وهو ظاهر المذهب، و أما ابن حزم الظاهري، فقد نفى حقها في السكن والنفقة مطلقا. [4]

---

[1] وفاء معتوق حمزة ، المرجع السابق،ص 355.

[2] سورة الطلاق ، الآية 6.

[3] رابح بغداد، الأثار المالية لانحلال الرابطة الزوجية، نظيرة عتيق، جامعة 20 أوت – سكيكدة– كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2015، ص10، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية.

[4] وفاء معتوق حمزة، المرجع السابق، ص 367–368.

ثانيا: نفقة المتعة.

اتفق الفقهاء على أن نفقة المتعة هي ما يدفعه الزوج لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق أو ما في معناه بشروط[1].

أ –المتعة كأثر للطلاق قبل الدخول.

ففي هذه المسألة اختلاف عند الفقهاء والمشرع والقضاء، فكل واحد أدلى بدلوه في هذه المسألة بالشكل الذي يدعم رأيه واجتهاده :

فالفقهاء قالوا أنه إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، ولم يفرض لها صداقا وجب عليه المتعة تعويضا لها عما فاتها وهو نوع من التسريح الجميل والتسريح بإحسان [2] ، مصداقا لقوله تعالى: "فإمساك لمعروف أو تسريح بإحسان" [3]

وأجمع الفقهاء على أن التي لم يفرض لها ولم يدخل بها لا شيء لها من النفقة غير المتعة مصداقا لقوله تعالى: "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهنَ فريضة ومتَعوهنَ على الموسع قدره وعلى المقتدر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين." [4]

فالمتعة تجب في حال الطلاق قبل الدخول أو قبل فرض المهر.

ب– المتعة كأثر للطلاق بعد الدخول.

من المعلوم أن المرأة إذا طلقت بعد الدخول تستحق المهر المسمى لها في العقد أو بعده أو مهر المثل إذا لم يكن في النكاح تسمية[5] أما المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري فإنه لم يتطرق إلى نفقة

---

1 المرجع نفسه، ص 272.

2 باديس ديلبي،المرجع السابق، ص99.

3 سورة البقرة، الآية 229.

4 سورة البقرة، الآية 236.

5 وفاء معتوق حمزة،المرجع السابق ، ص 272.

المتعة ولم يجعلها لا من آثار الطلاق قبل الدخول ولا من آثار الطلاق بعد الدخول[1] غير أن القضاء له اجتهاده في هدا الموضوع.

ج– موقف القضاء الجزائري من نفقة المتعة:

لم يحسم القضاء في الجزائر هذه المسألة واختلطت عليه الأمر ولم يتبن موقفا واحدا.

فقد رأى قضاة المحكمة العليا أن المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي عملة واحدة و هدا ما جاء في قرار المحكمة العليا:

(من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من الطلاق غير المبرر، ويسقط بتحملها جزء من المسؤولية فيه.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أن القرار المطعون فيه قضي بإسناد الظلم للزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة.

ومتى كان ذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة) [2]

ويتضح من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا اعتبروا المتعة تعويضا عن الطلاق الذي يكون بدون سبب بمعنى إذا كان الطلاق بتعسف الزوج وبهذا يتضح لنا أن المتعة تمنح للمطلقة التي يلحقها ضرر جراء هذا الطلاق غير المبرر، وأنه بما أن القرار المطعون فيه ظَلَم الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما وأن منح المطلقة التعويض يعرض القرار للنقض. [3]

ثالثا: نفقة وسكن المحضون.

تعتبر نفقة وسكن المحضون من الآثار المالية للطلاق سواء كان طلاق بالتراضي أو أي صورة أخرى من صور انحلال الرابطة الزوجية.

---

[1] باديس ديابي،المرجع السابق ، 100.

[2] قرار المحكمة العليا ملف رقم 39731 مؤرخ في 1986/01/27 المجلة.القضائية لسنة 1993،العدد04،ص64.

[3] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 101.

فالمشرع الجزائري نص على نفقة وسكن المحضون من خلال نص المادتين 72 ق.أ والمادة 75 ق.أ

حيث نصت المادة 72 ق.أ على أنه: (في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار .

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن)

المادة المعدلة جاءت أكثر وضوحا وصرامة من المادة قبل التعديل، فالألفاظ والمفردات التي خصت هذه المادة جعلت القضاة يحيدون عن مسألة إلزام الزواج بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار مستشهدين بكون المادة لم تحمل إلزاما صريحا وواجبا على المعني القيام به .[1]

من خلال استقراء المادة 72 ق.أ نلاحظ أنه يجب توافر شروط معينة لإمكانية تطبيقها هي :

– أن تكون الحاضنة هي أم المحضون المطلقة، وذلك بعد صدور حكم نهائي يقضي بالطلاق.

– كما يجب أن يكون المسكن الذي يوفره الأب ملائما لممارسة الحضانة. [2]

أما فيما يتعلق بنفقة المحضون فقد نصت المادة 75 ق.أ على أنه: (تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذ كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب).

فيتضح من خلال هذه المادة أن الأب ملزم بالنفقة على ولده في إطار عمود النسب وهذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة، ذلك رغم أن الأصل هو أن نفقة الولد وسكناه تكون من ماله، إن كان له مال فإن لم يكن له مال ألزم الأب بأن ينفق على ولده، ويسقط واجب النفقة على الأب المعسر، فلا بد أن يكون الأب معسر والابن محتاجا للنفقة إذ لم يكن له مال أو لكونه صغير السن أو ذا عاهة أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، أما البنت تظل النفقة عليها من طرف الأب لغاية زواجها لتصبح النفقة بعد ذلك واجبة على الزوج. [3]

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 139.

[2] رابح بغداد، المرجع السابق، ص 72–73.

[3] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 154.

وينبغي الإشارة في الأخير أن في الطلاق بالتراضي لا يجوز الاتفاق على التنازل عن نفقة وسكن المحضون لأنه حق متعلق بالمحضون وليس من الحقوق المتعلقة بالزوجة، فهدا الشرط يعتبر مخالفا ا للنظام العام، وبما أن سلطة القاضي في الطلاق بالتراضي تكمن في مراقبة صحة الشروط المتفق عليها من طرف الزوجين فإن له سلطة إبطاله مراعاة لمصلحة المحضون.

الفرع الثاني: الميراث.

إن إنهاء عقد الزواج ينهي التوارث بين الزوجين لانتهاء العلاقة الزوجية بعد فرقتهما إلا إذا كان ذلك بسبب الوفاة في فترة العدة وسنوضح ذلك فيما يلي.

أ- المطلقة الرجعية التي لم تنته عدتها بعد.

أجمع الفقهاء على أنه إذا طلق الرجل امرأته طلاقا رجعيا لم يسقط التوارث بينهما حتى لو كان الطلاق قد وقع في مرض أو صحة ذلك أن الزوج له حق إرجاع زوجته إلى بيت الزوجية مادامت لم تنقض عدتها بعد وذلك حتى بدون رضاها وبدون عقد جديد. [1]

ب-المطلقة التي انقضت عدتها .

إذا طلقت المرأة طلاقا بائنا أو رجعيا وبانت بانتهاء العدة وكان الزوج في صحة لا مرض سقط التوارث بينها وذلك بإجماع الفقهاء. [2]

ج- المطلقة طلاقا بائنا أثناء مرض الموت.

أجمع الفقهاء، على أنه إذا طلق الزوج زوجته في المرض الذي مات فيه وكان هذا الطلاق برضاها فإنها لا ترثه ويسقط التوارث بينهما .[3]

---

[1] نصر سلمان ،سعاد طلحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب والسنة (دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية)، ط1،الجزائر، دار حزم، 2012، ص286.

[2] المرجع نفسه، ص 286.

[3] نصر سلمان، سعاد طلحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية،(دراسة مقارنة مع قانون الأسرة)، دار الهدى للطباعة والنشر ، الجزائر، 2003، دط، ص203.

أما قانون الأسرة الجزائري نص في المادة 132 على أنه : (إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث).

و لا يجوز للطرفين الاتفاق على عدم التوارث بينهما في حالة كان أحد الزوجين عند الطلاق مريضا مثلا لأن هذا يعد مخالفا للشريعة الإسلامية التي تعطي للزوجين حق التوارث بينهما إذا توفى أحد الزوجين أثناء عدة المرأة لأنها تبقى في حكم الزوجة.

الفرع الثالث: متاع البيت.

عند الزواج يقوم كلا الزوجين بتوفير وسائل العيش اللازمة فالزوجة تفتني في سبيل ذلك ألبسة وافرشة ومصوغ وكل ذلك قد يكون في غالب الأحيان بمبالغ ضخمة ، وكذلك الشأن بالنسبة للزوج الذي يحضر لزفافه السنوات الطوال وينفق في سبيل ذلك المبالغ الطائلة حتى يكون جديرا باحتزام زوجته له وحتى يستأنف حياته الجديدة بشكل مريح.[1]

وقد يحدث الانفصال بعد الزواج الذي لم يخطر ببالهما أثناء كل هذه التحضيرات وقد يحدث هذا الطلاق لأسباب عديدة تؤدي إلى الفراق فتطفو مسألة الأثاث على السطح ويحدث النزاع حوله بين الزوجين ولحل هذه المسألة جاء المشرع الجزائري بالمادة 73 ق.أ ، وهي المادة الوحيدة التي خص بها المشرع متاع البيت والتي نصت على (إذا وقع النزاع بين الزوجين في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال .

والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين.)

من المادة نستشف أنها صنفت في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وبالتالي فالحديث عن الزوجة أو ورثتهالا يتصور منه انحلال الزواج بالوفاة، وإنما الحديث هو النزاع بين المطلقين حول أثاث بيت الزوجية، تم حدوث الوفاة أثناء النزاع لأحدهما ففي هذه الحالة يأتي الحديث عن ورثه كل واحد منهما ومسألة انحلال الزواج بالوفاة تخضع لقواعد الميراث المنوه عنه شرعا وقانونا. [2]

[1] باديس ديابي ، المرجع السابق، ص 163.

[2] باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 164

وبما أننا بصد دراسة صورة الطلاق بالتراضي والتي يكون فيها الاتفاق على بعض الآثار والتي من بينها متاع البيت إذ في الغالب يتم الاتفاق عند رفع دعوى الطلاق بالتراضي على تقسيم متاع البيت أو التنازل عنه وذلك لعدم مخالفة للشريعة الإسلامية لأنه من الحقوق التي يجوز التنازل عنها تفاديا للمشاكل والنزاعات التي تحدث عادة في قضايا الطلاق.

المطلب الثاني: الآثار غير المالية للطلاق بالتراضي.

آثار الطلاق بالتراضي غير المالية وهي الآثار المعنوية المترتبة عن الطلاق بصفة عامة وترتبط هذه الآثار بالناحية الشخصية للزوجين أو الأولاد وهي العدة والحضانة وحق الزيارة، والنسب.

الفرع الأول: العدة بعد الطلاق.

لاشك أن العدة لا تكون إلا بعد الفرقة الزوجية فهي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقها زوجها لانقضاء ما بقي من آثار بعد الفراق[1] فالعدة واجبة على الزوجة بمجرد إيقاع الطلاق، وسنوضح فيما يلي ضوابطها الشرعية.

أولا: حكمها ودليل مشروعيتها.

لقد أوجبت الشريعة الإسلامية العدة على الزوجة عند الافتراق بينها وبين الزوج سواء وقع الافتراق بالطلاق (بعد الدخول الحقيقي أو الحكمي في الزواج الصحيح) أو الوفاة أو الفسخ.

مع العلم أن الرجل يلزمه أيضا انتظار زمن مخصوص في مسائل، منها إذا طلق الرجل زوجته وأراد أن يتزوج غيرها ممن لا يجوز له الجمع بينهما كأختها أو عمتها أو خالتها فلا يجوز له ذلك إلا بعد انقضاء العدة سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، ومنه إذا كان الرجل متزوج أربعة وطلق إحداهن فلا يجوز له أن يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة من طلقها.[2]

[1] بلحاج العربي،المرجع السابق، ص 369.

[2] محمد زيد الألباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، ط1،شارع القنطاوي مقابل الصفارة الهندية، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2006،ج1 ، ص447.

فالحكمة من مشروعية العدة: هي التأكد من براءة الرحم وخلوه من أي حمل منعا من اختلاط الأنساب بعضها ببعض والحكمة من ذلك تكون لصالح الزوج الذي فارق زوجته حتى لا ينسب ولده لغيره ولصالح الزوج الذي يريد الزواج من هذه المرأة المطلقة لئلا ينسب إليه ولد من غيره.[1]

كذلك فالعدة هي فرصة يتدارك فيها الزوج أخطاءه، ومدة يتروى فيها، كما أنها فرصة يجرب فيها كل من الزوجين نفسه بالبعد عن صاحبه، وبالإضافة إلى هذا فإن زواج المطلقة على إثر طلاقها دون انتظار فترة معينة يثير كثيرا من الأقاويل والشبهات [2]

ويتجلى دليل العدة في قوله تعالى:" يا أيّها النبيّ إذا طلقتم النساء فطلقوهنّ لعدّتهنّ وأحصوا العدّة واتقوا الله ربّكم لا تخرجوهنّ من بيوتهن ولا يخرجنّ إلاّ أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه " [3]

وقوله تعالى" وبعولتهنّ أحقّ بردهنّ إن أرادوا إصلاحا "[4]

ثانيا: أنواع العدّة من الطلاق.

العدّة في قانون الأسرة الجزائري أربعة أنواع:

أ- عدّة الحامل:

نصّت عليها المادة 60 ق.أ ونصّت على أنّ عدّة الحامل تنتهي بوضع الحمل مهما قصرت أو طالت المدة بين الفرقة وبين وضع الحمل.

ب-عدّة المطلقة االمدخول بها غير الحامل هي ثلاث حيظات (ثلاث قروء) حسب نص المادة 58 ق.أ.

ج- عدّة المرأة التي لا تحيض أو اليائس من المحيض وهي ثلاثة أشهر [5] وهذا ما جاء به المشرع في ق.أ في نص المادة 58 ق.أ.

---

[1] باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص 111.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 370.

[3] سورة الطلاق، الآية 1.

[4] سورة البقرة، الآية 228.

[5] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 370.

الفرع الثاني: الحضانة وحق الزيارة.

تعتبر الحضانة حق وواجب في نفس الوقت فهي حق بالنسبة للمحضون وواجب بالنسبة للحاضن ويترتب على الحكم بالحضانة الحكم بحق الزيارة للذي لم تسند له الحضانة وهذا ما سنحاول توضيحه في هذا النوع.

أولا– الحضانة.

لقد جاء في نص المادة 62 ق.أ بتعريف الحضانة وذلك بقولها (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا...) كما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة بأنّه (ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك) إضافة إلى أن المادة 64 ق.أ أوضحت ورتبت أصحاب الحق في الحضانة.

1– أصحاب الحق في الحضانة.

لقد أوضحت المادة 64 ق.أ أصحاب الحق في الحضانة بقولها (الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجد للأم، ثم الجدة للأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة) .

غير أنّ المادة قبل التعديل كانت تقدم الجدّة للأم على الأب فالمادة قبل التعديل قدمت النساء في الحضانة لكونهنّ أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به.[1] والنساء كلهنّ لسن في نفس المرتبة في استحقاق الحضانة ولذا فإنّ المشرع جعلهنّ في مراتب مختلفة.[2]

ففي حالة اتفاق الزوجين في الطلاق بالتراضي على التنازل عن الحضانة مثلا الأم تتنازل عن حضانة ابنها للزوج ففي هذه الحالة يجب على القاضي قبل المصادقة على هذا الشرط مراعاة مصلحة المحضون في إسناده للحضانة وهذا ما جاءت به المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي نصّ على ما يلي:

(من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضرّ بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنّهم طبقوا صحيح القانون)[1]

---

[1] بلحاج العربي ، المرجع نفسه، ص 380.

[2] الغوثي بن ملحة، االمرجع السابق، ص 132.

كما أنّ تنازل الأم على الحضانة وتراجعها عن ذلك لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك.[2] كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا تبنى ما يلي:

(من المستقر عليه أنّ مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها، لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم.

ومتى تبيّن –في قضية الحال– أنّ تنازل الأم عن الحضانة لا يحرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادة 66 و67 ق.أ.

وأنّ قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه) [3]

2– شروط الحضانة.

هناك شروط خاصة بممارسة الحضانة يجب أن تتوفر في الحاضن سواء في النساء أو الرجال وهو ما أشار إليه المشرّع الجزائري في المادة 62 /2 ق.أ.

أ– الشروط الخاص.ة بالنساء

وهذه الشروط هي: ألاّ تكون متزوجة بأجنبي أو بقريب غير محرّم، أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون، و ألاّ تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا والأب مقصر، إضافة إلى العقل والبلوغ والقدرة،وأن تكون الحاضنة مستقيمة السلوك وأن تكون قريبة للطفل بمعنى من المحارم.[4]

ب– الشروط الخاصة بالرجال.

أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى، وكذلك إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.[5]

---

[1] قرار المحكمة العليا رقم 18934 مؤرخ في 1998/04/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص، ص 175.

[2] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 181.

[3] قرار المحكمة العليا رقم 220470 مؤرخ في 1999/04/20 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص، ص 181.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 382–383.

[5] باديس ديابي، المرجع السابق ، ص 139.

ثانيا/ حق الزيارة.

يقصد بحق الزيارة: هو الحق الممنوح لأحد الزوجين الذي لم يثبت له حضانة الطفل بزيارة ابنه القاصر.[1]

وعليه يجب معرفة مكان الزيارة ومدتها، و قد نصت المادة 64 ق.أ على ترتيب أصحاب الحق في الحضانة ونصت على أن القاضي عندما يسند الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فحق الزيارة المنوه إليه في المادة لم يكن حصريا على الأب والأم ممن لم تسند لهم الحضانة، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة مراعاة المحضون، فقد تقرر للجد أو العم أو الخال أو أي شخص آخر يهمه أن يظل المحضون على صلة به. [2]

1-مكان الزيارة.

يكون مكان الزيارة ذلك المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائدة ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، ولذلك لا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر لمسكن المطلقة مثلا، لأنها أصبحت أجنبية عنه .[3]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها وجاء فيه ما يلي:

(من المقرر شرعا أنّه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة ومما – تبيّن من قضية الحال– أنّ قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأنّ المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأنّ الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محدودة ومتى كان كذلك استوجب نقد القرار). [4]

2- مدة الزيارة.

---

[1] عبد الفتاح تقية ، قضايا شؤون الأسرة، دط، الأبيار –الجزائر، منشورات ثالة، 2011، ص143.

[2] باديس ديابي ، المرجع السابق، ص 159.

[3] المرجع نفسه، ص 160.

[4] قرار المحكمة العليا رقم 214290 بتاريخ 1998/12/15 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص ص 194.

لم يحدد القانون المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمنا ومكانا وما استقر عليه القضاء في الجزائر أنّ حق الزيارة تمنح في العطل والأعياد والمناسبات ومسألة العطل تحديدا يقصد بها الأسبوعية والموسمية، وبذلك جرى القضاء على أن الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرّة كل أسبوع، أي خلال العطلة الأسبوعية وأن أكثر من ذلك غير معمول به وغير متبنى من طرف القضاء. [1]

فقرار المحكمة العليا اعتبر القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، فقد جاء فيه ما يلي:

(متى أوجبت أحكام المادة 64 ق.أ على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثم فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب زيارة الأب مرتين كل شهر قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه) .[2]

الفرع الثالث: النسب.

سبق وأشرنا بأن الطلاق بالتراضي يرتب نتائج منها ما هو خاص بالزوجين ومنها ما ينصرف إلى الأولاد ومنها موضوع النسب وإن كان هذا الموضوع يطرح في الزواج والطلاق معا، والنسب يعتبر من أهم النتائج التي تترتب على الزواج والطلاق لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج. [3]

لقد أحاط الشارع الحكيم النسب وأولاه أهمية كبيرة لقوله صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش ..." فالولد للفراش دلالة على شرعية النسب.[4]

---

[1] باديس ديابي،المرجع السابق، ص 161.

[2] قرار المحكمة العليا رقم 59784 بتاريخ 1990/04/16 المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الرابع.

[3] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، القبة القديمة –الجزائر، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، 2008، ص 227.

[4] الغواثي بن الملحة،المرجع السابق، ص 146.

ونظرا لأهمية الموضوع، ومنعا لاختلاط الأنساب لم يعترف الشرع الإسلامي في موضوع النسب سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح، إذ جعله طريقا أصليا في ثبوت النسب، ومن ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحا، ولا نحتاج إلى إثباته بواسطة أخرى.[1]

وكما ذكرنا سابقا في الهدف من العدة هو براءة الرحم وتجنبا لاختلاط الأنساب، فقد اهتم المشرع الجزائري بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بذويهم مستنبطا أحكامه من الشريعة الإسلامية في المادة 40 من القانون 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 04 ماي 2005: حيث ورد فيها ان النسب يكون في الزواج الصحيح وما يلحقه من نكاح الشبهة أو كل زواج تم فسخه بعد الدخول أو الإقرار أو البيّنة وباستبدال المشرّع حرف (و) بحرف (أو) أزال الغموض عن المادة 40 ق.أ التي كان يفهم منها قبل التعديل أنّ إثبات النسب يقتضي اجتماع الأدلة الشرعية السابقة. [2]

فنصت المادة 41 ق.أ على أنه لا يثبت نسب الولد إلاّ من خلال الزواج الصحيح وقد نصت المادة على (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية).

ولكي ينسب الولد لأبيه لابدّ أن يكون المولود قد وضعته الزوجة الحامل بين أقل مدة الحمل وأقصاها وأقل مدة الحمل هي 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر حسب نص المادة 42 ق.أ، زيادة على أنّ الزوج قد يطلق زوجته قبل الدخول بها وبالتالي فإن الحمل لا ينسب إليه لعدم الدخول، في حين أن النص القانوني لم يشر إلى هذه الحالة .[3]

أما بالنسبة لثبوت النسب للمطلقة بعد الدخول من الناحية القانونية فإن الطلاق لا يثبت إلاّ بحكم طبقا للمادة 49 ق.أ التي تنص على أنه (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي...) .

وما يؤخذ على المشرع أنه لم يفرق بين المطلقة رجعيا والمطلقة طلاقا بائنا في حين نجد أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية ففرقوا بينهما والقاعدة في التشريع الجزائري استنبطها من المادة 43 ق.أ الولد ينسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال، إلا أن هذا يصطدم مع المادة 49 ق.أ التي مفادها

---

[1] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 227.

[2] بومجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، المدرسة العليا للقضاء– الدفعة السادسة عشر، 2005–2006، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء.

[3] بن شويخ الرشيد،المرجع السابق، ص 234.

أن الطلاق يكون بحكم القاضي وبالتالي صدور حكم الطلاق حتى وإن كانت أنجبته خلال مدة أكثر من 10 أشهر من تاريخ الانفصال الفعلي بين الزوجين قد يتضارب مع القواعد الأساسية للنسب. [1]

[1] بو مجان سولاف ، المرجع السابق، ص 19-20.

الفصل الثاني

إجراءات الطلاق بالتراضي

لقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إجراءات الطلاق بالتراضي تحت القسم الثالث من الباب الأول المتعلق بالإجراءات الخاصة بالمحكمة وفي الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام وأوضح بعد التعديل مفهوم الطلاق بالتراضي وإجراءاته.

ويتناول هدا الفصل إجراءات الطلاق بالتراضي بين الزوجين من خلال الوقوف على عدة مسائل تتعلق بداية بعريضة الطلاق و مضمونها و مرفقاتها ثم بيان دور القاضي في رقابة كل دلك خاصة ما تعلق بصحة إرادة الطرفين وخلوها من الموانع و كدلك الوقوف على دور القاضي في الصلح ، و هدا ما سوف يتناوله الفصل في المبحث الأول منه، ولما كان طلب الطلاق بالتراضي ينتهي عادة بحكم قضائي فسوف يتناول أيضا طرق الطعن في الأحكام الصادرة فيه في المبحث الثاني.

المبحث الأول: طلب الطلاق بالتراضي و دور القاضي في الرقابة و الصلح والتحكيم.

نصت المادة 427 ق.إ.م.إ بأن الطلاق بالتراضي إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية، و يتمثل هدا الإجراء في تقديم طلب مشترك في شكل عريضة و حيدة موقعة من الزوجين تشتمل على جملة من البيانات الضرورية نصت عليها المادة 429 من هدا القانون، كما نصت المادة 431 و المادة 432 منه على دور القاضي في رقابة هدا الطلب و دوره في رقابة صحة الرضا الدي أفرغ في هده الشكليات، ومحاولة الصلح بين الزوجين. ويتناول هدا المبحث كل هده العناصر في المطلبين التاليين: طلب الطلاق بالتراضي في المطلب الأول، و دور القاضي في الرقابة و الصلح في المطلب الثاني.

المطلب الأول: طلب الطلاق بالتراضي.

حتى يكون طلب الطلاق بالتراضي سليما ومقبولا وجب أن تكون إجراءاته سليمة.

و فيما يلي يتناول هدا المبحث هده الإجراءات في الفروع التالية: دعوى الطلاق بالتراضي في الفرع الأول و البيانات الواجبة في عريضة الطلاق بالتراضي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: دعوى الطلاق بالتراضي.

قبل رفع أي دعوى أمام القضاء لا بدّ من التعرف على مفهوم الدعوى والشروط الواجب توفرها لصحتها وذلك ضمانا لقبولها شكلا وموضوعا.

أولا: كيفية رفع دعوى الطلاق بالتراضي.

اختلفت تعريفات الفقهاء للدعوى القضائية وإن كان المشرع لم يعرفها وهو الأمر الذي يعدّ من اختصاصات الفقه لذلك نجد الفقهاء تعددت آراءهم وتنوعت تعريفاتهم، فعرفت الدعوة على أنها مصطلح مشتق من الكلمة اللاتينية القانونية actio بالمعنى المأخوذ عن الهولندية actie في أوائل القرن الثامن عشر وهي طريق قانوني متاح للحماية القضائية للحق أو المصلحة المشروعة، لذلك قيل أنه بهذا المعنى كل حق محمي بدعوى وقيل بأنه وسيلة لحماية الحق ضمن شروط محددة. [1]

[1] بوضياف عادل ، المرجع السابق، ص 7.

لقد نصت المادة 428 ق.إ.م.إ على أنه (في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط).

جاء هذا النص مبينا لأول إجراء يتعين على الزوجين اللجوء إليه في حالة إقدامهما على الطلاق تراضيا، وهو أن ترفع الدعوى بعريضة واحدة موقعة من الطرفين الزوج والزوجة أو من يوكل عنهما بوكالة رسمية خاصة ويتم إيداع العريضة بأمانة ضبط المحكمة المختصة نوعيا ومحليا عملا بنص المادة 426 ق.إ.م.إ. [1]

ولا يتعين بعد ذلك السير في الإجراءات التي تبنى على عريضة افتتاحية من شخص المدعي في مواجهة المدعي عليه، فلا مجال للتكليف بالحضور لأنّ العريضة تغني عن ذلك، [2] ويعلمهما كاتب ضبط المحكمة بتاريخ الجلسة .[3]

ولا يغني عن تقديم عريضة واحدة بتوقيع الطرفين الزوج والزوجة استعمال مصطلحي المدعي والمدعى عليه ولا طلبات المدعي وما يقابلها من طلبات مقابلة للمدعي عليه، ولا يمكن إلزام الخصم بتبليغ السندات لأن الأمر لا يستقيم منطقيا في تقديم عريضة واحدة من الخصمين، ولا يمنع من تقديم المستندات بعد ذلك في حال قدمها أحد الخصمين ليبقى الأمر في حدود التراضي لأن تقديم مستندات في غير زمن العريضة لا يوحي بعلم واطلاع الخصم الآخر بها لو كان الطلاق بالتراضي [4]

وفي حال خلو العريضة من توقيع أحد الزوجين أو من ينوب عليهما فللقاضي تقدير المسألة من ضرورة قيام علم الخصمين و ليس مجرد ادعاء احد الاطراف علم الطرف الاخر و قبوله بالطلاق بالتراضي و إلا تبين ارجاء القضية لجلسة اخرى من اجل توقيع الخصم الأخر ،و في حالة لم يتم توقيع العريضة من احد الزوجين فلا يمكن اعتباره طلاق بالتراضي وإلا فإنه وفي غياب التوقيع فيجب اعتبار الطلاق بإرادة طرف دون طرف آخر يعني إتباع الإجراءات القانونية في هذا الخصوص ومن تم التصدي سواء تأجيل القضية للقيام

---

[1] سائح شنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دط، عين ميلة– الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2011، ج1، ص 586.

[2] بوضياف عادل،المرجع السابق، ص 434.

[3] فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ،2013 ص171.

[4] بوضياف عادل،المرجع السابق، ض 434–435.

بإجراءات التبليغ أو عدم قبول الدعوى لعدم استفائها الشكلية في العريضة الافتتاحية أو لتخلف الشروط الشكلية في الدعوى القضائية. [1]

ثانيا: شروط دعوى الطلاق بالتراضي.

ينبغي لقبول الدعوى أن تتوفر مجموعة من الشروط سواء في الدعوى أو في رافع الدعوى وذلك بتحديد المحكمة المختصة ومدى توافر المصلحة والصفة والأهلية وكذلك عقد الزواج الرسمي.

أ- الاختصاص:

ويقصد بالاختصاص تلك السلطة التي خولها الشرع للهيئة القضائية للفصل في المنازعات التي تعرض عليه، [2] ولهذا سنتعرض للجهة القضائية المختصة إقليميا (محليا) ثم المختصة نوعيا بالفصل في مسألة الطلاق بالتراضي.

1-الاختصاص المحلي:

يقصد بالإختصاص المحلى هوولاية جهة قضائية النظر في القضايا التي تقع على الإقليم التابع لها، وبشكل عام يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، بالنسبة للدعاوى المنقولة ودعاوى الحقوق الشخصية العقارية، وفي جميع الدعاوى التي لم ينص القانون على اختصاص محلي خاص بها وعليه فإن المحكمة المختصة بالفصل في النزاعات، أو الخصومات التي تنشأ بين الزوجين عادة ليست دائما محكمة واحدة، [3] .

إذ نصت المادة 40 ق.إ.م.إ الفقرة الثانية على أن المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، هي المحكمة المختصة بالفصل في دعاوى الحضانة، والمحكمة المختصة بالفصل في دعاوى النفقة هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أو محل إقامة الدائن بالنفقة، وهو أمر استثنائي

---

1 بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 435.

2 المرجع نفسه، الصفحة 70.

3 بوسفات على هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، المرجع السابق، الصفحة 69.

لأن المشرع راعى هذا المركز الاقتصادي الضعيف لطالب النفقة –الزوجة والأطفال– [1] أما دعوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية فترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية.

وقد كان المشرع صريحا ، أثناء تحديده للاختصاص الإقليمي من خلال نص المادة 426 ق.إ.م.إ الفقرة 3،2،1 بقولها:

(تكون المحكمة مختصة إقليميا:

1– في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.

2– في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.

3– في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما...)

2– **الاختصاص النوعي.**

يعد الاختصاص النوعي من النظام العام ويمكن إثارته من طرف القاضي من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، [2] وبهذا الخصوص نصت المادة 36 ق.إ.م.إ (عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى) والاختصاص النوعي مادام متعلق بالنظام فلا يجوز للأفراد الإتفاق على تحديد الاختصاص فيه لجهة غير التي عينها وحددها القانون.

ب– **الصفة والمصلحة والأهلية.**

لقد نصت المادة 13 ق.إ.م.إ على شروط أخرى لقبول الدعوى وهي توافر المصلحة والصفة والأهلية بقولها (لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي والمدعى عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون)

[1] سائح شنقوقة، المرجع السابق، ص 107

[2] المرجع نفسه، ص 67.

1- المصلحة.

المصلحة هي تلك الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من جراء رفعه للدعوى .[1]

ولقيام المصلحة الحقيقية في دعوى الطلاق بالتراضي يجب أن تكون قانونية فالزوجان المتفقان على الطلاق، يجب أن يكون لهم من خلال دعواهم مصلحة قانونية [2] .

2- **الصفة.**

وهي تلك العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى (مدعيا كان أو مدعى عليه) بموضوع النزاع. [3]

فالدعوى لا تقبل إلا إذا كان المدعى عليه يدعي حقا، أو مركزا قانونيا لنفسه، ويكون جزاء الدعوى التي يكون القصد منها الحفاظ على مصالح الغير، أو ضمان احترام القانون هو عدم القبول، حتى ولو كانت لدى المدعي مصلحة في ذلك، وعليه فالصفة في الطلاق بالتراضي هي مصلحة الزوجان معا، ويتم رفع الدعوى من الزوج والزوجة [4] .

3- **الأهلية.**

الأهلية وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، فالمشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية القديم لم يميز بين المصلحة والأهلية والصفة وإن كان لم يسهم بشروط قبول الدعوى في حين نهج المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نهجا آخر فقد جعل من الصفة والمصلحة شرطين لقبول الدعوى المدنية ولم نجد المشرع قد خص الأهلية بنص خاص يوضح ماهيتها بصريح العبارة. [5]

أما التعديل الجديد لقانون الأسرة، والذي وجد من خلاله المشرع الجزائري سن الزواج، حيث يؤخذ ذلك من نص المادة 7 ق.أ من الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة التي تنص على أنه (تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...) ونصت 40 ق.م على أن سن الرشد هو 19 سنة، وتكتسب الزوجة أهلية

---

[1] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 28.

[2] بوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص 72.

[3] سائح شنقوقة ، المرجع السابق، ص 45.

[4] بوسفات علي هاشم، المرجع السابق ، ص 72.

[5] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 25.

التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات، والملاحظ أن توحيد سن الزواج يعتبر من بين مظاهر تحقيق المساواة بين الجنسين التي جاء به المشرع في آخر تعديل له. [1]

ج- عقد زواج رسمي.

كذلك من الشروط الواجب توافرها لرفع دعوى الطلاق بالتراضي هو وجود الرسمية في الزواج حتى تكون الدعوى مستوفية للشروط الشكلية والمقصود من هذا توافر عقد زواج مستوفى الشروط والأركان المنصوص عليها في المواد 9،9 مكرر ق.أ المعدل بموجب الأمر 02/05، كما تنص المادة 22 ق.أ على أنه (يثبت الزواج بمستخرج من سجلات الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي).

ولقد ساير القانون القضاء الجزائري وذلك من خلال هذه النصوص القانونية و التشريعة وتستنتج من خلال هذا أنه لقبول دعوى الطلاق بالتراضي شكلا يجب على الزوجين تقديم نسخة من عقد زواجهما مع طلب الطلاق بالتراضي. [2]

الفرع الثاني: البيانات الواجبة في عريضة الطلاق بالتراضي.

لقد نصت المادة 429 ق.إ.م.إ على أنه يجب أن تتضمن العريضة الافتتاحية للطلاق بالتراضي مجموعة من البيانات الإلزامية التي يجب مراعاتها عند تقديم هذا الطلب بقولها (يجب أ ن تتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي:

- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الدعوى.

- إسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ مكان ميلادها.

- تاريخ ومكان زواجهما، وعند الإقتضاء، عدد الأولاد القصر.

- عرض موجز يتضمن جميع شروط الإتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق ويجب أن ترفق العريضة، شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين).

---

[1] يوسفات علي هاشم، ص 74-75.

[2] المرجع نفسه، ص 75.

ويتضح من خلال النص الإجرائي أن المشرع حدد بيانات معينة ينبغي أن تتضمنها دعوى الطلاق بالتراضي وإلا رفضت الدعوى شكلا، لذلك ينبغي مراعاة ما جاء فيها وذلك من خلال ما يأتي:

أ- بيان الجهة القضائية التي يرفع أمامها الطلب: وذلك بغرض تحديد الجهة القضائية المعينة بالفصل في النزاع، اختصاصا (نوعيا ومحليا) كما أن ذلك من شأنه أن يبين مكان إقامة الطرفين أو أحدهما. [1]

ب- ذكر إسم ولقب وجنسية كلا من الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما: وذلك بغرض إعطاء صورة تتضمن البيانات المتعلقة بالزوجين، حتى يتبيّن القانون الواجب التطبيق، طبعا في حالة وجود نزاع في هذا الخصوص ، كما أنّ ذلك من شأنه أن يقود القاضي إلى معرفة خصوصيات الزوجين من عادات وتقاليد وديانة وهي أمور من الأهمية بمكان، لأنها تشكل مواجهات للقاضي أثناء نظره للنزاع وصولا إلى إصدار الحكم. [2]

ج- تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء، عدد الأولاد القصر: وذلك لأجل الفصل في النفقة أو توابع الطلاق من تعداد الأطفال القصر، لذلك تعين أن يبين عدد الأولاد القصر [3].

د- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق ، و يجب أن يحتوي الطلب على عبارات صريحة تفيد الطلاق بالتراضي وعرض موجز للإتفاق وتوابع الطلاق [4]

وعندما تستوفي عريضة طلب الطلاق بالتراضي المتبادل كل البيانات وعناصرها وتقدم إلى أمين الضبط لتسجيلها، وتحديد تاريخ الجلسة الأولى لهما يجب على طالبي الطلاق أن يرفقا عريضتيهما بوصل دفع رسم تسجيل الدعوى، وباستمارة عائلية وبمستخرج عن عقد زواجهما لإثبات صفة طرفي العريضة كزوجين.[5] ومن واجب أمين الضبط المكلف بمهام الضبط أن يخطر الطرفين في لحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض (لحضور الجلسة) حسب نص المادة 430ق.إ.م.

---

[1] سائح شنقوقة، المرجع السابق، ص 587.

[2] المرجع نفسه، ص 587.

[3] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 435.

[4] فريجة حسين ، المرجع السابق، ص170

[5] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية دط، الجزائر، دار هومة، 2013، ص 73-74.

المطلب الثاني: دور القاضي في الرقابة والصلح والتحكيم.

بعد كل الإجراءات التي يقوم بها الزوجين لتقديم طلب الطلاق بالتراضي والتي يراعيان فيها مجموعة من الشروط التي سبق ذكرها يأتي دور القاضي في نظره لهذا الطلب (دعوى الطلاق بالتراضي) وكذلك دوره في الصلح بينهما وهذا ما جاء توضيح في نص المادة 431 من ق.إ.م.إ التي جاء فيما يلي:

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

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

يثبت القاضي إرادة الزوجين، بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الإتفا ق النهائي ويصرح بالطلاق).

الفرع الأول: دور القاضي في الدعوى.

سنحاول من خلال نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحديد دور قاضي شؤون الأسرة في دعوى الطلاق بالتراضي سواء أثناء انعقاد الجلسة أو عند الحكم.

أولا – دور القاضي في الجلسة.

الأصل أنّ الدعوى تنظر في جلسة علنية، تعقد في قاعات الجلسات بالمحكمة وذلك بحضور النيابة العامة، باعتبارها طرف أصلي في الدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة، إضافة إلى كاتب الضبط ويجوز في حالة الاستعجال القصوى عقد جلسة في منزل القاضي ونظرا لخصوصية الخصومات والنزاعات الأسرية وحفاظا على أسرار الأسرة خصوصا الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين فهذه من الأمور التي تعقد من أجلها جلسة سرية مع الأخذ بعين الاعتبار الأحكام الإجرائية للطلاق بالتراضي، وتتخذ الإجراءات وفق مبدأ المواجهة كأصل عام،[1] طبقا للمادة 263 ق.إ.م.إ كما يلزم من القاضي في جانبها الإجرائي والشكلي، ومن ثم قبولها أو رفضها حسب الأحوال.[2]

[1] يو سفات علي هاشم، المرجع السابق، ض 75.

[2] سائح شنقوقة، المرجع السابق، ص 590.

كما يلزم من الزوج والزوجة شرح سبب اتفاقهما على الطلاق، فقاضي شؤون الأسرة لا يجوز له أن يقف موقف الحياد السلبي في دعاوى الطلاق بصفة عامة وخاصة الطلاق بالتراضي بل يجب أن يقوم بدور حيادي إيجابي، حيث يتعين عليه أن يراقب شروط قبول أوعدم قبول عريضة طلب الطلاق بالتراضي، وأن يراقب مدى اشتمال أو عدم اشتمال العريضة على كل البيانات والعناصر المطلوب توافرها في هذه العريضة كما يتعين عليه حسب نص المادة 431 ق.إ.م.إ أن يستمع إلى الزوجين بانفراد ثم مجتمعين حول أسباب طلب الطلاق وإنهاء العلاقة الزوجية وشروط ذلك، وأن يتأكد من توافر رضا كل منهما، وعدم خضوع أي واحد منهما إلى أي ضغط أو تهديد مادي أو معنوي .[1]

كما يكمن دور القاضي أيضا في تفحص الاتفاق من نواحيه كلها فيما يمس مصلحة الأولاد من جهة والنظام العام من جهة أخرى، فلا يمكن الاتفاق على أن يكون الطلاق بالتراضي مقابل ألا يمكن أحد الخصمين من الزيارة للأولاد أو كانت الشروط المتفق عليها تخالف النظام العام وهذا بأن لا تتزوج الزوجة بعد طلاقها أو العكس أو ما من شأنه أن يمنع ما هو جائز أو يجيز ممنوعا. [2]

ثانيا –دو رالقاضي في الحكم .

بعدما يتفحص القاضي الشروط المتفق عليها في الطلاق بالتراضي، يقوم بعد ذلك بإصدار حكم يثبت فيه الاتفاق الحاصل بالطلاق بالتراضي بين الزوجين، [3] ويقوم بيان تبعيات الطلاق حسب الاتفاق لتبعيات الطلاق وتعديل ما يمكن تعديله ،ففي هده هل يبقى عدم تطرق الاتفاق لتبعيات الطلاق ضرورة رفع دعوى قضائية مستقلة لتحديد هذه التبعيات ؟وهل يلزم القاضي بالتطرق لما لم يتطرق له الاتفاق ؟وهل القاضي في هده الحالة فقد الحياد ؟وبالتالي لم يعد يقوم بدور إيجابي وإنما تجاوزه إلى عدم الحياد[4].

[1] عبد العزيز سعد،المرجع السابق، ص 75.

[2] عادل بوضياف، المرجع السابق، ص 437.

[3] فريحة حسين، المرجع السابق، ص 171.

[4] بوضياف عادل ، المرجع السابق، ص 437.

الفرع الثاني : دور القاضي في الصلح.

قبل معرفة دور قاضي شؤون الأسرة في الصلح بين الزوجين في صورة الطلاق المتمثلة في الطلاق بالتراضي يجب أولا معرفة المقصود بالصلح بين الزوجين ثم بعد ذلك نتطرق إلى دور القاضي في إجراء الصلح في الطلاق بالتراضي.

أولا: مفهوم الصلح.

محاولة من المشرع الجزائري لوضع حد للنزاعات القائمة وبطريقة سليمة أو جد الصلح كحل بديل ووقائي، من خلاله تحافظ على العلاقات بين الأفراد وتصونها بإنهاء النزاع كلية ودحرها قبل وقوعها. [1]

حيث نصت المادة 459 ق.م على أن (الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه)، فهذه المادة اعتبرت الصلح عقد بموجبه ينهي النزاع القائم أو المحتمل الوقوع بين الأطراف كما يتضح أيضا من خلال هذه المادة أنها متطابقة إلى حد كبير مع التعريف الوارد في نص المادة 2044 من القانون الفرنسي، الأمر الذي يؤكد مدى تأثير القانون الفرنسي في القانون الجزائري. [2]

ثانيا: أهمية دور القاضي في الصلح.

بعد رفع الدعوى الطلاق بالتراضي، طبقا للأوضاع المقررة بصفة عامة في رفع الدعوى أمام المحاكم كما جاء في نصوص المواد 15،14،13، والمواد 430،429،428 ق.إ.م.إ. فإذا كان الطلاق بالتراضي يعتبر من صور فك الرابطة الزوجية حسب ما جاء في المادة 48 ق.أ فقد جاء في نص المادة 49 ق.أ

(لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدم محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى....)

وباستقرار نص هذه المادة للوهلة الأولى بتضح أن هناك تناقص بين هذه المادة والمادة 431 ق.إ.م.أ في المعنى حيث في هذه الأخيرة اعتبر أن الصلح يمكن للقاضي أن لا يقوم به إذ رأى عدم نفعه، ومتى كان

---

[1] أحمد الصغير مريم،المرجع السابق، ص 7.

[2] بلقاسم شتوان، الصلح في الشريعة والقانون ، ط1، المنصورة، دار الفكر والقانون، 2010، ض 34.

كذلك غير ممكن خاصته في ضل إصرار الزوجين على الطلاق، في حين نصت المادة 49 ق.أ. على أنه يوجب الصلح أكثر من مرة بغض النظر عن النتيجة المعروفة سلفا في بعض القضايا، فهو إجراء قبل أن يكون غاية ،ومناط اختلاف المادتين يكمن في أن المادة 431 ق.إ./.أ. تخص الصلح الحاصل والرامي إلى إثناء الزوجين عن الطلاق وإمكانية ذلك تظهر من خلال الاستماع لكلا الزوجين على إنفراد ولذلك فإن نص المادة 431 ق.إ.م. أعلاه تخص تحقيق الصلح والمادة 49 ق.أ تخص الإجراء بغض النظر عن منتهاه. [1]

وعلى القاضي في كل الأحوال السعي إلى الصلح ويتعين على القاضي تحرير محضر يثبت مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، [2] .

ونضيف إلى هذا أن قضاة المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 1994/04/19 اعتبرو الطلاق بالتراضي أنه عقد صلح ينهي نزاعا قائما بين الطرفين [3].

الفرع الثالث : في التحكيم .

قبل التطرق إلى إمكانية التحكيم من عدمه في الطلاق بالتراضي يجب التطرق إلى مفهوم التحكيم وإجراءاته ثم إلى التحكيم في الطلاق بالتراضي.

أولا: مفهوم التحكيم.

التحكيم هو طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة. [4] فالتحكيم ثابت في القرآن حيث قال تعالى "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما مَن أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفَق الله بينهما إنَ الله كان عليما خبيرا". [5]

---

[1] بوضياف عادل،المرجع السابق، ص 436.

[2] يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص 77.

[3] قرار رقم 16637 مؤرخ في 1994/04/19ن المرجع السابق، ص 94.

[4] جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وأثاره، ط1، مكتبة زيد الحقوقية والأدبية ، منشورات زيد الحقوقية، 2009، ص 38.

[5] سورة النساء، الآية 35.

وهذا ما جاء به المشرع في نص المادة 56 ق.أ. التي نصت على (إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن همتهما في أجل شهرين).

يتضح من خلال نص هذه المادة أن الحكمين يعينان من طرف القاضي فيقوم بتعين حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة وعلى الحكمين أن يبلغا القاضي بما آل إليه الصلح بين الزوجين بموجب تقرير في أجل لا يتجاوز مدة شهرين .

لهذا فالتحكيم يلجأ إليه القاضي إذا لم يكن هناك ضرر للخصوم أثناء الخصومة حسب نص المادة 446 ق.إ.م.أ.

ثانيا: إجراءات التحكيم.

إن التحكيم في الطلاق يختلف في المسائل التجارية وغيرها لأنه يتمتع ببعض الخصوصية التي تميز عن غيره من النزاعات فالإجراءات الخاصة بالتحكيم في الطلاق أدرجها المشرع ضمن القسم الثالث المتعلق بإجراءات الطلاق من الفصل الأول في قسم شؤون الأسرة من القسم الأول في صلاحيات قسم شؤون الأسرة من الفرع الثالث المتحلق بالصلح حيث خصص له المواد 446،447،448،449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فالصلح بواسطة حكمين مستمد من أحكام المادة 56 ق.أ ومن أحكام الشريعة الإسلامية فإذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة نتيجة غياب الخطأ المبرر للطلاق، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بين الزوجين حسب مقتضيات المادة 56 ق.أ السالفة الذكر، ويطلع الحكمان القاضي بما يعترظهما من إشكاليات وغيرها أثناء تنفيذ المهمة ويجوز للقاضي إلغاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، في هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة، أما إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن. [1]

[1] بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط4، باش جراح، الجزائر، منشورات بغدادي، 2013، ص 350.

من خلال تحليلنا للنصوص القانونية المتعلقة بالتحكم فيما يخص الطلاق نلاحظ بأن محضر الصلح الذي بعده الحكمين ليس به نفس الحجية والقوة التي أعطاها المشرع لمحضر الصلح الذي يتم أمام القاضي وفقا للمادتين 443و993 ق.إ.م.إ فمحضر الصلح الأول يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر منله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط عملا بالمادة 1004 من نفس القانون، بينمالا يحتاج المحضر الثاني أي مصادقة ليصبح سندا تنفيذيا. [1]

ثالثا: التحكيم في الطلاق بالتراضي.

من خلال استقرار النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق بالتراضي سواء في قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه لم يرد ضمنها النص على التحكم في الطلاق بالتراضي بحيث أن النصوص القانونية المتعلقة به اعتبرت هذه الصورة عبارة عن صلح في حد ذاته وهذا ما جعل دور القاضي في إجراء الصلح محصور في مراقبة مدى صحة الشروط المتفق عليها بين الزوجين عند الاتفاق على الطلاق الأمر الذي يجعل اللجوء إلى التحكيم أمرا بعيد عن الطلاق بالتراضي .

فالتحكيم هو نظام لتسوية النزاعات، وهو يستهدف إقامة العدل بين الخصوم والحفاظ على السلام بينهم، [2] لهذا لا داعي حسب رأيي إلى اللجوء إلى التحكيم ما دام الأطراف قد اتفقوا على الطلاق دون نزاع أو خصام.

الفرع الرابع: موانع الطلاق بالتراضي.

نصت المادة 432 ق.إ.م.إ على أنه ("لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته.

يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص) ، فالتقديم تضمه قانون الأسرة من خلال نص المادتين 99،100، ق.أ. فالتقديم هو إجراء تقوم به المحكمة وذلك بتعين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي لنقاص الأهلية أو فاقدها حسب نص المادة 99 ق.أ. فمن خلال محاولة شرح وتحليل هذه النصوص يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد قرر منع تقديم طلب الطلاق بالتراضي في حالتين:

---

[1] بربارة عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 350.

[2] جعفر مشيمش، المرجع السابق، ص 38،39.

أ- حالة ما إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم: فالمقدم وفقا لنص المادة 99 هو (المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة) .

فمن خلال نص هذه المادة والمادة 100 ق.أ فإن المعني هنا هو ذلك الشخص، أيا كانت جنسيته، الفاقد الأهلية أو ناقصها، وفي نفس الوقت عديم الولي أو الوصي، سبق وأن أصدر بشأنه حكم قضى بتعيين مقدم له، يتولى رعاية مصالحة. [1]

أما فيما يخص إثبات اختلال القدرات العقلية فيكون بموجب خبرة طبية يتولاها أخصائي وذلك بمراسلة المحكمة لطبيب مصدر الوثيقة حول صحتها من عدم ما دام مختصا في الأمراض العقلية، [2] لهذا إذا قدم طلب الطلاق بالتراضي من طرف الزوجين إلى قاضي شؤون الأسرة وثبت أن أحدهما واقع تحت وضع التقديم أو ثبت أن أحدهما يعاني من اختلال قدراته الذهنية فإنه يتعين على القاضي أن يحكم بعدم قبول هذه الدعوى بسبب قيام أحد هذين المانعين ولهما أن يرفعا الدعوى من جديد إذ زال السبب. [3]

وذلك بمراسلة المحكمة لطبيب مصدر الوثيقة حول صحتها من عدمه ما دام مختصا في الأمراض العقلية[4] لهذا إذا قدم طلب الطلاق بالتراضي من طرف الزوجين إلى قاضي شؤون الأسرة وثبت أن أحدهما واقع تحت وضع التقديم أو ثبت أن أحدهما وقع تحت وضع اختلال في قدراته الذهنية فإنه يتعين على القاضي أن يحكم بعدم قبول هذه الدعوى بسبب قيام أحد هذين المانعين ولهما أن يرفعا الدعوى من جديد إذا زال السبب.[5]

ب – حالة إذا تم تقديم طلب الطلاق بالتراضي ولاحظ القانون أن أحد الزوجين يعاني اضطرابا عقليا أو اختلالا في قدراته العقلية: ففي هذه الحالة يمكنه اللجوء لما نصت عليه المادة 425 ق.إ.م.إ وإذا تبين أن

[1] سائح شنقوقة،المرجع السابق، ص 593.

[2] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 437.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 76.

[4] بوضياف عادل، المرجع السابق، الصفحة 437.

[5] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 76.

أحد الزوجين يعاني مرضا عقليا فتكون أهلية الزوجين المدعى والمدعي عليه محل نظر ويطبق عليها ما تم تقديمه في الدفع بالبطلان. [1]

المبحث الثاني:الإستئناف والطعن بالنقض في أحكام الطلاق بالتراضي.

تنتهي دعوى الطلاق بالتراضي بصدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية، لكن يثار التساؤل بشأن طبيعة الأحكام الفاصلة فيه، حيث يستنبط من خلال النصوص القانونية والقرارات المحكمة العليا عند النظار في الطعون المعروضة عليها بشأن الأحكام الفاصلة في الطلاق بالتراضي حول مدى قابليتها لاستئناف والطعن بالنقض في أحكامه وهذا ما سنتعرض له في هذا المبحث، حيث نتانول في (المطلب الأول) الإستئناف في أحكام الطلاق بالتراضي، وفي (المطلب الثاني) الطعن بالنقض في أحكام الطلاق بالتراضي.

المطلب الأول:الإستئناف في أحكام الطلاق بالتراضي.

بعد قيام القاضي بإصدار حكم قضائي يقضي بفك الرابطة الزوجية وإعطاء الحقوق المترتبة عنه قد لا ينال هذا الحكم رضى أحد الطرفين مما يؤدي بأحد الطرفين إلى إستؤناف الحكم فهل أن أحكام الطلاق بالتراضي قابلة لاستئناف في جوانبه المادية والشخصية؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه.

الفرع الأول: الجوانب الشخصية.

إن الحكم الصادر في دعوى الطلاق والذي قضى بإقاع الطلاق هو ذو طابع استئنائي على أنه يحل الرابطة الزوجية بين الطرفين فيصبح من الناحية الشخصية كل زوج أجنبيا عن الأخر، فوضع كل منهما هو زوج مطلق، واعتبار الحكم الصادر في دعوى الطلاق هو ذو طابع إنشائي، هذا إذا تمسكنا بالقانون الوضعي لكن بتفسير عبارة نص المادة 49 ق.أ (لا يثبت الطلاق إلا بحكم.....) التي تبين بأن الحكم الذي يصدر في دعوى الطلاق يأتي ليأكد رغبة كل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية .[2]

[1] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 437.

[2] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 122.

وبالتالي فالأحكام المتعلقة بالطلاق بالتراضي غير قابلة لاستئناف دون معارضة يجعل المعارضة مقبولة دون استئناف ولا يمكن أن يجري على المعارضة النص الخاص باستئناف، وصرف ذلك على المعارضة تحميل للنص ما لا يحتمل خاصة وأن طريق المعارضة يختلف عن الإستئناف، [1] وبخصوص هذا جاءت المادة 433 ق.إ.م.إ بقولها (أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة لاستئناف).

فالنص (آمر) يقرر عدم قبول الأحكام الصادرة بالطلاق تراضيا للطعن بالإستئناف ولعل السبب الذي يجعل المشرع ينحني هذا المنحى، هو كون هذا النوع من الطلاق محاط بمجموعة من التدابير الإجرائية والموضوعية، التي تضمن حقوق كل من الطرفين ويكفي أنه أطلق عليه تسمية الطلاق بالتراضي، [2] والنص بعدم قابلية الأحكام الصادرة بالطلاق بالتراضي لاستئناف دون توضيح كما فعل المشرع في المادة 57 ق.أ يجعل الإستئناف غير مقبول إلا إذا كان منصبا على الجوانب المادية من الحكم الصادر بالطلاق بالتراضي. [3]

الفرع الثاني: الجوانب المادية.

نصت المادة 57 ق.أ (تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة لاستئناف فيما عد جوانبها المادية.....) .

فالمادة عددت على سبيل الحصر الصور التي تكون غير قابلة لاستئناف فيما عد جوانبها المادية وهي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والخلع ولم تذكر الصورة الرابعة المتمثلة في الطلاق بالتراضي، وفي ذلك تأكيد على أن هذه الصورة لا يسري عليها ما يسري على باقي الصور الأخرى، باعتبارها مجرد إشهاد فهي لا توصف بالابتدائية ولا بالنهاية، لا من حيث الطلاق ولا حتى من حيث الجوانب المادية.[4]

فصحيح أن المادة 433 ق.إ./.إ اكتفت بالقبول (أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للإستئناف) فهذه المادة لم توضح أو تميز بين الجوانب المادية والطلاق وأي منها لا تقبل الإستئناف، إلا أن قرارات المحكمة

---

1 بوضياف عادل، المرجع السابق، الصفحة، 437.

2 سائح شنقوقة، المرجع السابق، ص 594.

3 بوضياف عادل،الرجع السابق، الصفحة 437.

4 باديس ديابي، المرجع السابق، ص 33-34.

العليا وضحت مدى قابلية أحكام الطلاق بالتراضي لاستئناف من عدمها حيث باء في قرار المحكمة العليا الصادر في : 2012/06/14 مبني على أساس المادة 433 ق.إ.م.إ جاء في فيما مايلي:

(حكم الطلاق بالتراضي غير قابل للإستئناف حتى في جوانبه المادية.

يطعن بالنقص في حكم الطلاق بالتراضي) .[1]

ويتضح لنا أن ما ذهب إليه قضاه المحكمة العليا في هذا القرار كان أكثر دقه ووضوحا بحيث أنهم وضحوا أن جميع أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة لاستئناف بما في ذلك الجوانب المادية وتبقى فقط خاضعة للطعن بالنقض، فقضاة المحكمة العليا بهذا القرار أوضحوا في نص المادة 433 ق.إ.م.إ أن كل الجوانب المادية من نفقة وغيرها وكذا الجوانب المتعلقة بالطلاق غير قابلة لاستئناف في أحكام الطلاق بالتراضي.

فمن خلال النصوص القانونية وقرارات المحكمة العليا التي أوضحت لنا أن أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة لاستئناف من جميع الجوانب لأنه تم الإتفاق بين الطرفين على جميع الحقوق المترتبة عنه إلا أن هذا المبدأ يعد خرقا لمبدأ التقاضي على درجتين خاصة إذا قام أحد الزوجين بالإخلال بهذا الإتفاق لهذا يجب على المشرع معالجة ذلك من خلال إضافة نص قانوني يفصل ويوضح هذا المبدأ.

المطلب الثاني: الطعن بالنقض في أحكام الطلاق بالتراضي.

بعدما أوضحنا أن أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة لاستئناف إلا أن هذا لا يمنع من الطعن في أحكامه أمام المحكمة العليا وهذا ما حاول المشرع إيضاحه في نص المادتين 434-435 ق.إ.م.إ إلى أنه ينبغي الإشارة إلى أن الطعن بالنقض في أحكام الطلاق بالتراضي لا تقع على الشروط المتفق عليها من طرف الزوجين بل تقع على الأحكام التي يصدرها قضاة المجلس وتكون مخالفة للقانون أو مخالفة لإتفاق الزوجين ما لم تكن مخالفة لنظام العام وكذلك إذا لم تكن هذه الأحكام غير مسببة .

وقد أوضحت المادة 358 ق.إ.م.إ أوجه الطعن التي يؤسس عليها الطاعن طعنه كما يمكن للنيابة العامة أن تطعن بالنقض في حالة كانت أحكام القضاة مخالفة للقانون ما لم يطعن فيها أطراف الطلاق

[1] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 692461 بتاريخ 2012/06/14 الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، عدد 2، ص 265.

بالتراضي ورغم ذلك يجب مراعاة أجال الطعن بالنقض التي سنتناولها في (الفراالأول) وكذا مدى تأثير الطعن بالنقض على تنفيذ الأحكام وهذا سنوضحه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أجال الطعن بالنقض.

نصت المادة 434 ق.إ.م.إ على أنه : (يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم) .والملاحظ على هذه المادة أنها حددت بدأ سيران أجل الطعن بالنقض وهو من تاريخ النطق بالحكم وعلم الأطراف بمنطوق الحكم من طرف صاحب المصلحة.[1]

غير أن المادة المحتسبة لأجل الطعن بالنقض ترجع لنص المادة 354 ق.إ.م.إ التي نصت على أنه (يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا، ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاث أشهر، إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار) .

والملاحظ أنه في الطلاق بالتراضي لم ينص المشرع على تبليغ أحكامه أسوة بغيرها من الأحكام المدنية عموما وذلك أن المشرع ارتأى أن هذه الأحكام ولما كانت تصدر في مواجهة الزوجين، اعتبار لكونها رضائية فإن تبليغها من وإلى طرفيها، أضحى في حكم العبث الإجرائي الذي لا طائل من[2] .

والهدف من جعل المشرع ميعاد لاحتساب الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم لأن الحكم سيكون المصادقة على إرادة الأطراف، [3] وبذلك فلاحتساب أجال الطعن طبقا للمادة 354 ق.إ.م.إ أعلاه هي شهرين ويبدأ احتسابها من تاريخ النطق بالحكم.

الفرع الثاني: مدى تأثير الطعن بالنقض على أحكام الطلاق بالتراضي.

بعد صدور حكم الطلاق بالتراضي والحكم بأثاره فإن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم الصادر بالطلاق بالتراضي في جميع جوانبه وخاصة الجانب المادي الذي يثار الطعن بالنقض حوله .

---

1 سلئح شنقوقة، المرجع السابق، ص 595.

2 بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 438.

3 سائح شنقوقة، المرجع السابق، ص 595.

وهذا ما جاءت به المادة 361 ق.إ.م.إ حيث نص على أنه (لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير) وهذه المادة خصت جميع المواد المدنية أما فيما يتعلق بالطلاق بالتراضي فجاء المشرع بالمادة 435 ق.إ.م.إ التي نصت على أنه (لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم) .

فالنص جاء آمر يمنع تعطيل تنفيذ الحكم الصادر بالطلاق تراضيا، المطعون فيه بالنقض أو بمعنى أخر فإن الطعن بالنقض غير موقف لتنفيذ الحكم الصادر بالطلاق بالتراضي. [1]

وبالتالي فإن حكم الطلاق بالتراضي في جوانبه المادية يبقى خاضع للقاعدة العامة المكرسة في نص المادتين 348و361 ق.إ.م.إ فإنه لا مجال للحديث عن الآثار التي يمكن أن تزال بعد نقص الحكم واعتبار أن الطلاق بالتراضي غير قائم ذلك أن المصلحة في الطعن بالنقض غير متصورة لأنه طلاق بتراضي ولا يمكن تصور أحد الطرفين يقدم طعنا لإبطال هذا الحكم، ولأن الطعن بالنقض سينصب على الجوانب المالية ليس أكثر وهو الأمر المفصول فيه بنص المادة 348 ق.إ.م.إ

وبالرجوع إلى نص المادة 361 ق.إ.م.إ بخصوص أثار الطعن بالنقض نجد تناقض بينها وبين المادة 435 ق.إ.م.إ التي سبق الإشارة إليها التي نصت على أن الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ في هذه الحالة أي في حالة الأشخاص وعلى فرض أن هذا الاحتمال صحيح، فقد كان على المشرع وضع أحكام أكثر وضوحا، في هذا الباب، تفاديا لما قد يترتب من لبس في مثل هذه الأمور.[2]

وعلى غرار هذه الملاحظات فإنه نلاحظ من المادة السالفة الذكر أن الحكم الصادر بالطلاق بالتراضي يتعين تنفيذه بغض النظر عما إذا كان محل طعن بالنقض أم لا ، ومن تم فإنه لا فائدة ترجى من أي محاولة بغرض التماطل أو غيره في هذا الخصوص. [3]

[1] سائح شنقوقة، المرجع السابق، ص 597.

[2] المرجع نفسه، ص 597.

[3] المرجع نفسه، ص 598.

خاتمة

من خلال ما تم عرضه، يتضح جليا للشك، أن المشرع الجزائري قصر عموما في إطار تحديده للطلاق بالتراضي في المادة 48 المعدلة بالأمر 05-02 لأنواع الطلاق عموما وخص الطلاق بالتراضي بل مر عليه مرور الكرام وتفريعا عن هذا فقد أصبح من الازم النظر من طرف ذوي الإختصاص، في التشريع الأسري الحالي الصادر بموجب الأمر 05-02، فهو عموما يتضمن النصوص الموضوعية دون أن يتضمن النصوص الإجرائية، التي تقتضيه من حيث الشكل، ودون أن ننكر الدور الإجابي الذي لعبه المشرع الجزائري حديثا من خلال تعديله لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث خصص الكتاب الثاني منه للإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، وأورد الفصل الأول منه للإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة، وهذا من بين إيجابيات المشرع في هذا التعديل أنه ولأول مرة، قد نظم الإجراءات المنظمة للطلاق بالتراضي تفصيلا وعلى إنفراد وخص تسعة مواد بتوضيح آليات التقاضي فيه من المادة 427 إلى المادة 435 .

هذا مايبرز الأهمية الكبيرة لهذا النوع من الطلاق، نظرا للجوء الغير إليه من جهة، ونظرا لأنه النوع الوحيد الذي يختصر طول أمد النزاع، ويكرس المساواة والرضائية في الفرقة بين الزوجين .

وعليه فماستطعت أن أصل إليه من نتائج من خلال معالجتي للموضوع والتي توصلت فيها إلى مايلي:

النتائج:

1-الطلاق بالتراضي يندرج ضمن آليات فك الرابطة الزوجية.

2- الطلاق بالتراضي يتم وفق صورة إتفاق شامل يجمع بين إرادة الزوجين المشتركة في فك الرابطة الزوجية وبين الإتفاق على توابع الطلاق .

3-هدف المشرع من خلال استحداثه لصورة الطلاق بالتراضي في نص المادة 48 ق.أ هو رعاية لم شمل الأسرة، والحفاظ على استقرار الأولاد توظيفا للقاعدة الشرعية (لا ضرر ولا ضرار)، وتكريسا للمقاصد التحسينية للشريعة الإسلامية الغراء.

4-المشرع لم يكن واضحا ودقيقا في اشتراطه لوجوب أن تشتمل العريضة التي أفرغ فيها الإتفاق على مضمون هذا الإتفاق فيما يتعلق بتوابع الطلاق بل كان الكلام عاما.

5-يعتبر قانون الإجراءت المدنية والإدارية المرجعية الإجرائية لقضايا الطلاق ومن بينها الطلاق بالتراضي، في غياب قانون إجرائي خاص بنزاعات الأسرة.

6-أن إحصائيات الطلاق بالتراضي تأتي في المرتبة الثانية بعد الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو تفوقها أحيانا.

7- غياب وعدم تواجد قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة في الجزائر، مما رتب عن هذا الغياب تباينات أفرت إشكالات كثيرة في المجال العملي والتطبيقي .

8-ان آثار الطلاق بالتراضي هي نفس الآثار التي تترتب عليها حالات الطلاق المنصوص عليها قانونا وشرعا لكن الإختلاف أنه يجوز للزوجين التنازل عن بعض هذه الآثار دون مخالفة النظام العام والشرعة الإسلامية .

9- دور القاضي في الصلح في حالة الطلاق بالتراضي محصورة في مراقبة صحة الشروط المتفق عليها بين الزوجين بخلاف صلاحياته في الصلح فيما يخص الصور الاخرى للطلاق، ومع ذلك يبقى دوره في السعي الحثيث عبر عدة محاولات للإصلاح بين الزوجين.

التوصيات:

وعليه فإنه للإعتبارات القانونية المذكورة أعلاه،فقد آثارنا أن نعرض مجموعة من الحلول والمقترحات من ماتوصلت إليه من نتائج، أستخلصها على ضوء معالجتي لهذه الدراسة، في مادة الطلاق بالتراضي والإقتراحات:

- إقتراح نصوص جديدة سواءا من الجانب الموضوعي أو الإجرائي الخاصة بالطلاق بالتراضي تكريسا لضمان تنسيق العمل القضائي لهذه الصورة خاصة وباقي الحالات الأخرى للطلاق بصفة عامة.
- توضيح الطبيعة القانونية للطلاق بالتراضي في نص قانوني خاص بها .
- تحديد نصوص الصلح وتوضيحها خاصة فيما يتعلق في الصلح المتعلق بالطلاق بالتراضي.
- إنشاء قانون إجرائي خاص، يطلق عليه قانون إجراءات شؤون الأسرة ينظم منازعات الأسرة نظرا لطبيعة وخصوصية النزاع، وحماية حقوق التقاضي، وأيضا تسهيلا لمهمة قاضي الأحوال الشخصية في هذا المجال، باعتبار أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أصبح مثقلا بالقوانين الأخرى.

- أن يكون قاضي شؤون الأسرة. أو من يسند له قسم الأحوال الشخصية من القضاة متزوجا لكون أنه يتعامل مع عقد خطير، ومع إجراءات صلح مما يتطلب خبرة في هذا المجال.
- إستحداث نموذج دقيق يحدد جميع شروط الإتفاق على الطلاق بالتراضي.

- **القرآن الكريم**
- **السنة النبوية**

قائمة المعاجم :

ابن منظور، جمال الدين محمد بن كرم، لسان العرب، بيروت، دار صادر، المجلد 10.

- مجاني للطلاب، الطبعة الخامسة، بيروت، دار مجاني، 2001.

الكتب

- أحمد محمد أحمد كليب، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية، الطبعة1، الأردن، دار النفائس، 2010.
- الغوثي بن ملحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة2، بن عكنون، –الجزائر– ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.
- باديس، ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، د.ط ، عين ميلة– الجزائر، دار الهدى.
- بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الرابعة، باش جراح، الجزائر، منشورات بغدادي، 2013.
- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الخامسة، بن عكنون– الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء1.
- بلقاسم شتوان: الصلح في الشريعة والقانون ، الطبعة1، المنصورة، دار الفكر والقانون، 2010.
- بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، القبة القديمة ،الجزائر، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، 2008.
- بوضياف عادل: الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية، ط1، الجزائر 2012، الجزء1.
- جعفر مشيمش: التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وأثاره، الطبعة1، مكتبة زيد الحقوقية والأدبية ، منشورات زيد الحقوقية، 2009
- سائح شنقوقة: لشرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د ط، الجزائر، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، 2011، الجزء 1.

- عامر سعيد الزيباري: أحكام الخلع في الشريعة الإسلاية،ط1،لبنان ،دار ابن حزم للنشر والطباعة والتوزيع، 1997.
- عبد العزيز سعد: إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية ، د ط، دار هومة،2012
- عبد الفتاح تقية ،قضايا شؤون الأسرة، د.ط، الأبيار –الجزائر، منشورات ثالة، 2011.
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، د ط، 2007.
- فريجة حسين: المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة2 ، 2013، ديوان المطبوعات الجامعية.
- محفوظ بن صغير: قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل 05-02، د ط ، الجزائر، دار الوعي للنشر والتوزيع،2012.
- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ط3، مصر، دار الفكر العربي، 1997.
- محمد زيد الألباني: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، الطبعة1،شارع القنطاوي مقابل الصفارة الهندية، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2006، الجزء1.
- محمد كمال الدين إمام ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الغرفة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، د.ط، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية.
- مراد كاملي: الوجيز في قانون الأسرة (مطبوعة)، جامعة العربي بن مهيدي أم لبواقي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010.
- مصطفى إبراهيم الزلمي: أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، الطبعة1، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2011.
- مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة.
- نصر سلمان ،سعاد طلحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب والسنة (دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية) ، دار حزم، الجزائر، ط1، 2012

- نصر سلمان سعاد طلحي، أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، الجزائر، دار هدى للطباعة و النشر، 2003..
- وفاء معتوق حمزة: الطلاق وأثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي. ط1، القاهرة، مكتبة القاهرة للكتاب، 2000.

الرسائل الجامعية :

- أحمد الصغير مريم: إجراءات الصلح في قضايا الطلاق، جامعة 20 أوت 1955 -سكيكدة- كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015.
- بوحملة نسرين وزبيلح حبيبة: صور فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة لكلا الزوجين، رسالة ماستر، قسنطينة1، 2015 – 2016.
- بومجان سولاف: إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، المدرسة العليا للقضاء- الدفعة السادسة عشر مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء 2005-2006.
- خولة ظريف، المركز القانوني للمرآة في قضايا الطلاق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، رسالة ماستر، 2015 – 2016 .
- رابح بغداد: الأثار المالية لانحلال الرابطة الزوجية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكيدة، رسالة ماستر، 2015.
- يوسفات على هاشم: الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلعابد- تلمسان، 2008- 2009.

النصوص القانونية

قانون رقم 84-11، المؤرخ في : 09 يونيو 1984، و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

قانون رقم : 08-09 المؤرخ في 23 فيفري سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

قانون رقم 07-05 قانون رقم : 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2008، حسب آخر تعديل، المتضمن القانون المدني.

قرارات و أحكام القضاء

- قرار المحكمة العليا ملف رقم 39731 مؤرخ في 1986/01/27 المجلة.القضائية لسنة 1993،العدد04.
- قرار المحكمة العليا رقم 18934 مؤرخ في 1998/04/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية.

قرار المحكمة العليا رقم 214290 بتاريخ 1998/12/15 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية

قرار المحكمة العليا رقم 59784 بتاريخ 1990/04/16 المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الرابع.

- قرار رقم 103637 مؤرخ في 1994/04/19 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص
- قرار المحكمة العليا رقم 220470 مؤرخ في 1999/04/20 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 692461 بتاريخ 2012/06/14 الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، عدد 2، ص 265.

فهرس المحتويات

العنـــــــوان	الصفحة
مقدمة	1
الفصل الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي وآثاره.	6
المبحث الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي.	7
المطلب الأول: تعريف الطلاق بالتراضي ودليل مشروعيته.	7
الفرع الأول: تعرف الطلاق بالتراضي.	7
أولا: لغة.	7
ثانيا: اصطلاحا.	8
الفرع الثاني: دليل مشروعيته .	10
أولا : من الكتاب.	10
ثانيا: من السنة.	11
ثالثا: من الاجماع.	11
الفرع الثالث: الفرق بين الطلاق بالتراضي والصور الأخرى لانحلال الرابطة الزوجية.	12
أولا: الفرق بين الطلاق بالتراضي والطلاق بالإرادة المنفردة.	12
ثانيا: الفرق بين الطلاق بالتراضي والتطليق.	13
ثالثا: الفرق بين الطلاق بالتراضي والخلع.	14
الفرع الرابع :أهمية الطلاق بالتراضي .	15
المطلب الثاني: شروط الطلاق بالتراضي وطبيعته.	16
الفرع الأول : شروط الطلاق بالتراضي .	16
أولا: شروط المطلق.	16
ثانيا: شروط المطلقة.	17
ثالثا: شروط الصيغة.	17
رابعا: شروط تتوافر في كلا المطلقين.	17

الفرع الثاني: الطبيعةا القانونية للطلاق بالتراضي.	18
المبحث الثاني: آثار الطلاق بالتراضي.	19
المطلب الأول : الآثار المالية للطلاق بالتراضي	19
الفرع الأول: النفقة والسكن.	19
أولا: نفقة المعتدة وسكنها.	19
ثانيا: نفقة المتعة	22
ثالثا: نفقة وسكن المحضون .	24
الفرع الثاني: الميراث .	25
الفرع الثالث: متاع البيت	26
المطلب الثاني: آثار غير مالية للطلاق بالتراضي	27
الفرع الأول : العدة بعد الطلاق	27
أولا: حكمها ودليل مشروعيتها	27
ثانيا: أنواع العدة.	28
الفرع الثاني: الحضانة وحق الزيارة.	29
أولا: الحضانة.	29
ثانيا: حق الزيارة.	31
الفرع الثالث: النسب.	33
الفصل الثاني: إجراءات الطلاق بالتراضي.	36
المبحث الأول: طلب الطلاق بالتراضي ودور القاضي في الرقابة والصلح والتحكيم.	37
المطلب الأول: طلب الطلاق بالتراضي.	37
الفرع الأول: دعوى الطلاق بالتراضي.	37
أولا: كيفية رفع دعوى الطلاق بالتراضي.	37
ثانيا: شروط دعوى الطلاق بالتراضي.	39
الفرع الثاني: البيانات الواجبة في عريضة الطلاق بالتراضي.	42

المطلب الثاني: دور القاضي في الرقابة والصلح والتحكيم.	44
الفرع الأول: دور القاضي في الدعوى.	44
أولا: دور القاضي في الجلسة.	44
ثانيا: دور القاضي في الحكم.	45
الفرع الثاني: دور القاضي في الصلح.	46
أولا: مفهوم الصلح.	46
ثانيا: أهمية دور القاضي في الصلح.	46
الفرع الثالث: في التحكيم.	47
أولا: مفهوم التحكيم.	47
ثانيا: إجراءات التحكيم.	48
ثالثا: التحكيم في الطلاق بالتراضي .	49
الفرع الرابع: موانع الطلاق بالتراضي.	49
المبحث الثاني: الإستئناف والطعن بالنقض في أحكام الطلاق بالتراضي.	51
المطلب الأول: الإستئناف في أحكام الطلاق بالتراضي .	51
الفرع الأول: الجوانب الشخصية	51
الفرع الثاني: الجوانب المادية	52
المطلب الثاني: الطعن بالنقض في أحكام الطلاق بالتراضي.	53
الفرع الأول: أجال الطعن بالنقض.	54
الفرع الثاني: مدى تأثير الطعن بالنقض على أحكام الطلاق بالتراضي.	54
خاتمة	57
قامة المصادر والمراجع	60
الفهرس	