جامعة زيان عاشور- بالجلفة-

كلية الحقوق والعلوم السياسة

قسم الحقوق

المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق وفق للتشريع الجزائري والمصري

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إعداد الطلبة :

- حسني حفيظة
- جلولي ريمة

إشراف الاستاذ:

د. جمال عبد الكريم

لجنة المناقشة:

1- د. محمد صدارة رئيسا

2- د. جمال عبد الكريم مشرفا

3- د. ناصر بن بوزيد مناقشا

السنة الجامعية :

2017/2016

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـــــــداء

إلى روحي أبي وأخي الطاهرتين

إلى من عملتني معنى الصبر والثبات و الثقة في النفس

و غرست في روحي الخير وحب الناس.....

إلى أمي الغالية

إلى من كان سندي في الحياة إخوتي و أخواتي

إلى أعز الناس إلى قلبي زوجي العزيز

إلى أساتذة كلية الحقوق عامة، والأستاذ المشرف

جمال عبد الكريم خاصة

إلى طلاب العلم

حفيظة

الإهـــــــــــداء

إلى من هما سبب في حضوري إلى الوجود، الوالدين الكريمين راجيا من الله تعالى أن يطيل عمرهما و يحفظهما من كل سوء،ويجنبهما كل مكروه.

إلى جدتي أطال الله في عمرها

إلى من قاسموني لبن الأمومة وشاركوني حلو الحياة ومرها إخوتي.

إلى من كانت سندا لي في الحياة وعلمتني معنى الصبر

وكانت مثلي الأعلى أختي كريمة.

إلى أختي التي لم تنجبها أمي و توأم روحي سهير.

إلى من وقفت بجانبي زوجة أخي

إلى سر بسمتي صديقاتي منى، مسعودة، إيمان، أميرة، أمينة،روميسة، عزيزة.

أهدي ثمرة جهدي.

ريمة

شكـــــــر و عرفـــــــان

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

(من أوتي معروفا فليذكره فمن ذكره شكره، ومن كتمه فقد نكره)

أولا وقبل كل شيء نحمد الله عزوجل ونشكره الذي وفقنا لهذا.

فهو أصل كل فضل ومصدر كل نعمة ومبعد كل نقمة

ميسر كل صعب.... ومن لا يشكر الأصل لا قبيل له بشكر الفرع.

نتقدم بالشكر الخالص إلى الدكتور المؤطر: جمال عبد الكريم

لقبوله الإشراف على هذا العمل ولسعة صدره وصبره وحسن توجيهاته.

كما نتوجه بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين

وافقوا على مناقشة هذه المذكرة

شكر خاص إلى كافة الأساتذة الذين كان لهم الفضل في بلوغنا هذا المستوى

شكر خاص لكل من قدم لنا يد المساعدة في إنجاز هذا البحث

قائـــــــــمة المختصـــــــرات

ق.أ.ج..... قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م.إ..... قانون الإجراءات المدنية والإدارية

د.س.ط.....دون سنة طبع

د.ط.....دون طبعة

ج.....جزء

م.....مجلد

ع.....عدد

م.ج.....مجلة قضائية

م.ع.....محكمة العليا

غ.أ.ش.....غرفة أحوال شخصية.

ن.ق.....نشرة القضاة

مقدمة

مقدمة

شرع الله سبحانه وتعالى الزواج لغايات، نبيلة وجعله من أسمى العقود وأعظمها أثرحيث تكون الأسرة هي عماد الأمم ويترتب عنه أحكام مختلفة منها: النسب، الميراث.....، وتنشأ به حقوق وواجبات بين الزوجين، غير أنه لكل أصل عام استثناء وهو أنه قد يحدث وأن يصيب بعض الأسر التفكك فيفقد الزواج معانيه السامية فتتحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق.

ومن عظمته سبحانه وتعالى أن جعل لنا في كتابه الكريم وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم الحل لكل المشاكل التي قد تواجه الإنسان فأباح سبحانه وتعالى فك الرابطة الزوجية إذا استحالت العشرة بين الزوجين.

حيث يعتبر الطلاق من أكثر المعضلات التي أولاها علماء الاجتماع، وعلماء النفس وعلماء الدين اهتماما بالغا، تحريا منهم عن الدوافع التي تتسبب في إيقاعه، من أجل وضع الحلول المناسبة للحد من انتشار هذا الطلاق الظالم، فهو الحل النسبي الذي يجمع إلى جانب الإيجابيات العديد من السلبيات، وفي جانب إحداث الأثر القانوني، لابد من أن تكون ايجابياته أكثر من سلبياته، فالطلاق عمل إيجابي في حركة العلاقة الزوجية، بالرغم من سلبياته التي تؤثر على الزوجين و الأولاد و المجتمع.

وفك الرابطة الزوجية قد يكون بالإرادة المنفردة للزوج (الطلاق)، حيث أظن الأصل فيه هو المنع والحظر وعدم الإباحة إلا إذا ادعت الحاجة إليه، لأنه تصرف يترتب عليه آثار شرعية والحق فيه مرتبط بتوفر السبب وإثباته، ومع ذلك فإنه يعتبر أبغض الحلال عند الله، لذلك تم ضبطه بجملة من الشروط و الإجراءات من أجل الحد منه، وترك أمر إيقاعه بيد الرجل لأنه أكثر رزانة في اتخاذ القرارات في أغلب الأحيان مقارنة بالمرأة، حيث نجد المشرع الجزائري ذكره في المواد[1] 47 و 48 من قانون الأسرة.

وقد يكون بطلب من الزوجة إذا تعذرت حياتها مع زوجها (التطليق)، حيث اعتبرت كبديل للطلاق تستعمله الزوجة متى توفرت حالة من حالات التطليق المنصوص عليها من خلال المادة 53 ق.أ.ج، التي جاءت على سبيل الحصر.

[1]- عدلت بالأمر05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وحررت في ظل قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984.

وقد يكون بواسطة الخلع المنصوص عليه في المادة 54[1] من نفس القانون.

فالقانون الأسرة الجزائري اهتم بالمرأة، وارتبط بقضاياها، ومشكلاتها أشد ارتباط، فكان متماشيا ومبادئ الشريعة الإسلامية السابقة لذلك.فأقر لها حقوقا تحفظ إنسانيتها وكرامتها منذ الولادة وحتى الوفاة، معترفا بحقها في فك الرابطة الزوجية، الأمر الذي غير من وضعية المرأة وعزز من مركزها، رغبة منه في حمايتها وترقيتها، وسط عائلتها والمجتمع، فلم تعد رهينة زوجها و أسيرة إراداته المطلقة في إحداث الطلاق.

وبناء على ماسبق تحاول إشكالية هذه الدراسة الإجابة على التساؤل الرئيسي الآتي:

هل ذهبت نصوص الطلاق الجزائرية والمصرية إلى نفس ماذهبت إليه أحكام الشريعة الإسلامية في التقييد أو التحرير الزوجة أم تمتعت بحق أصيل في فك الرابطة الزوجية كما تمتع بها الزوج؟

ويتفرع عن هذا التساؤل تساؤلات فرعية:

- **هل يمكننا القول أن المرأة في عصرنا هذا تخضع لنفس مبدأ العدالة والمساواة مع الرجل؟**
- **هل تتمتع المرأة بحرية معتبرة لفك الرابطة الزوجية؟**
- **ماهو المركز القانوني للمرأة في مواد الطلاق؟**

ولمعالجة هذه الإشكالات اخترت عنوان لمذكرتي: **المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق وفق التشريع الجزائري والمصري** موضوعا لبحثي.

- **أما عن أسباب اختياري لهذا الموضوع.**

السبب الكامن وراء اختياري هذا الموضوع يتمثل في العوامل التالية:

1- الميل الشخصي لكل المواضيع المتعلقة بالأسرة.

2- يكتسي موضوع البحث أهمية خاصة من ناحية مركز القانوني للمرأة وعلاقتها بالرجل والذي هو في هذه الحالة زوجها، حيث أصبحت هذه المرأة تستدرج إلى صندوق الاقتراع، ومن أجل هذا

[1]-الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

فررنا كتابة هذا الموضوع لأساهم في تبديد ما شاع حول الأحكام قانون الأسرة المستمدة من الشريعة، حيث إتهمت الشريعة بظلمها وكذا أحقيتها في ممارسة هذا الحق

3- إبراز النقص الموجود في النصوص القانونية التي تعالج هذا الموضوع في قانون الأسرة الجزائري.

4- جهل الناس بطرق الوقاية من الطلاق أو التطليق أو الخلع و التخفيف من انتشاره في المجتمع.

5- قلة الوعي بالآثار الخطيرة للطلاق بصفة عامة باعتباره يشمل الأسرة والمجتمع بأكمله.

الهدف من اختيار الموضوع:

1- بيان المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق.

2- إزالة الغموض الذي يشوب التطليق العملي للمادة 53 من أجل توحيد وجهة النظر القوانين العامة.

3- لفت انتباه المشرع إلى نقاط التي تم إغفالها من أجل تداركها لمساعدة القانون على تطبيق الصحيح لهذه المادة.

4- بيان الأسباب التي تخول الزوجة طلب التطليق و البحث في كل سبب من أسبابه.

5- بيان موقف الفقه في كل من الطلاق و التطليق والخلع المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري و قانون الأحوال الشخصية المصري.

6- المقارنة بين الخلع في الشريعة و القانون الجزائري والمصري.

منهج البحث:

لقد درج الباحث القانوني في البحوث المقارنة البدء بالجانب القانوني ثم التعرض بعد ذلك لرأي الفقه الإسلامي لسبب بسيط، وهو أن الفروع القانونية الأخرى لم تستمد قواعدها لا إجمالا ولا تفصيلا من قواعد الفقه الإسلامي، وهذا عكس قوانين الأحوال الشخصية التي هي في الأصل أحاديث نبوية أو اجتهادات فقهية و أحيانا آيات قرآنية مقنّنة، فلا مفرّ من بدء الدراسة بالفقه الإسلامي لأنّه هو الأصل.

لقد اعتمدنا المنهج المقارن على مستوى كل نقاط البحث ومواضيعه، ولن ينجح هذا المنهج إلا بالاعتماد، وفي نفس الآن على المنهج الاستقرائي في أهم أداة من أدواته، وهو المنهج التحليلي، كل هذا تم بالتعرض لمختلف الأحكام الفقهية و التشريع المصري و تحليلها ومقارنتها، خاصة بقانون الأسرة الجزائري.

ولمعالجة هذا الموضوع قمنا بتقسيم هذا البحث إلى فصلين وبدوره إلى مبحثين:

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

المبحث الأول: مركز المرأة في الطلاق الزوج بإرادته.

المبحث الثاني: مركز المرأة في الطلاق بالتراضي.

الفصل الثاني: مركز المرأة في طلاق الخلع و التطليق.

المبحث الأول: مركز المرأة في طلاق الخلع.

المبحث الثاني: التطليق بإرادة الزوجة.

و **خاتمة** تضمنت أهم النتائج مع بعض الإقتراحات.

الفصل الأول

مركز المرأة في طلاق الزوج وفي طلاقها بالتراضي

❖المبحث الأول: مركز المرأة في طلاق الزوج بإرادته المنفردة.

انتشر الطلاق في المجتمع بسبب تفاقم الخلافات الزوجية و لذلك ملك الشرع والقانون حق الطلاق للرجل وجعل العصمة بيده،وتماشيا وما شرعته المنظومة القانونية الأسرية الجزائرية مبينا الطلاق كصورة من صور الانحلال الزواج ، فقد تطرق في الباب الثاني من الكتاب الأول، في المادة 48 المعدلة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

حيث سنتناول في هذا المبحث قضية الطلاق من خلال المطالب التالية:المطلب الأول:ماهية الطلاق ودليل مشروعيته أما المطلب الثاني: أنواع الطلاق وشروطه.

❖المطلب الأول: ماهية الطلاق.

الفرقة المرادفة للطلاق:من الفعل(فرق) بين الشيئين،فَرْقاً و فُرْقاناً:فصل وميز احدهما من الأخر ومن بين الخصوم: حكم وفصل وفي التنزيل الحكيم: {فافرق بيننا وبين القوم الفاسقين}[1]،وفي حديث ابن عمر كان يُفَرَقُ الشَّكِّ ويجمع باليقين، ويعني في الطلاق،وهو أن يحلف الرجل على أمر قد اختلاف الناس فيه،ولا يعلم مَنِ المصيب منهم، فكان يفرق بين الرجل والمرأة احتياطا فيه وفي أمثالهن صور الشك[2] ، والفرقة تعني الافتراق والمباعدة.[3]

❖الفرع الأول: _تعريف الطلاق و عوامله.

سنتطرق في هذا الفرع:تعريف الطلاق لغة واصطلاحا و قانونا هذا بالنسبة للجزء الأول أما الجزء الثاني فموضوعه بعض عوامل الطلاق، النفسية، والاجتماعية.

---

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

[2] – ابن المنظور،لسان العرب ،دار المعارف ،مصر،دط، م4،ج36 ،مادة[طلاق]، ص، 3398.

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

أولا: تعريف الطلاق.

أ. لغة:

الطلاق لغة هو "حل القيد والطلاق" **وهو** الترك أو المفارقة، يقال طلق البلاد أي تركها و فارقها وطلقت القوم أي فارقتهم.[1]

وفي حديث ابن عمر:أن رجلا حج بأمه فحملها على عاتقه فسأله:هل قضى حقها؟ قال:

ولا طلقة واحدة، الطَّلْقُ:وجع الولادة، والطَّلْقةُ:المرّة الواحدة وقد طلقت المرأة تطلق طلقا، على ما لم يسلم فاعله، وطلقت بضم اللام، ابن الأعرابي: طلقت من الطلاق أجود، وطَلّقت بفتح اللام الجائز، ومن الطلق طلقت، وطلاق المرأة: بينونتها عن زوجها.وامرأة طالق من نسوة طُلُّقٍ، وطالقة من نسوة طوالق ،ورجل مِطْلاّق و مِطْلِيق ،طِلَّيق و طلقة .وعلى مثال همزة :كثير تطليق النساء،وفي حديث عمر والرجل الذي قال لزوجته : أنت خلَّية طالق ،الطالق من الإبل:التي طلقت في المرعى، وقيل:التي لا قيد عليها، وكذلك الخلَّية ،وطلاق النساء التخلي و الإرسال[2].

ب- اصطلاحا:

"هو رفع قيد النكاح في الحال و المآل بلفظ مخصوص ،سواء كان هذا اللفظ مخصوصا منطوقا مكتوبا أو مشار إليه أو به"[3]، ويعرف الطلاق اصطلاحا بأنه :إنهاء العلاقة الزوجية في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها صراحة أو دلالة[4]،كما عرفته الدكتورة مسعودة كمال كمايلي :لقد خصص العرف استعمال طلق فيرفع القيد المعنوي و أطلق في رفع القيد الحسي فيقال:طلق الرجل زوجته ولا يقال أطلقها كما يقال أطلق الرجل البعير بمعنى فك قيدها ولا يقال طلق البعير[5] .

---

[1]- بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، الجزائر، ط4،2005،ص:207.

[2] -ابن المنظور، مرجع سابق، ص، 2692و2693.

[3]- د- احمد فراج حسين ،أحكام الأسرة في الإسلام-الطلاق.الخلع. والحقوق الأولاد.النفقة الأقارب ،وفقا الأحداث التشريعات القانونية ،دار الجامعة الجديدة للنشر 2004 ، ص:12

[4] - بلحاج العربي ، مرجع سابق،ص:208.

[5] - د-مسعودة كمال، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري ،ديوان المطبوعات الجزائرية ،الجزائر ،سنة النشر 1986 ص:24.

ج- قانونا:

جاء في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري:مع مراعاة المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بالتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و54 من هذا القانون [1].

والملاحظ من خلال نص المادة 48 إن المشرع الجزائري عزف عن التبني تعريف قانوني للطلاق مكتفيا ببيان إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق ،ولم يتطرق حقيقة إلى تعريفه وبيان أركانه وشروطه وضوابطه ،محاولا التملص من أي التزام قد يقع على عاتقه جراء تبنيه تعريف الفقهي دون الأخر ، تاركا ذلك لما هو المقرر في الفقه الإسلامي على غرار مساءل فقهية أخرى[2]، ضمنها في المادة 222 من قانون الأسرة عندما نص على انه: "كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيا: العوامل المتسببة في الطلاق.

أ-العوامل النفسية:

يرى علماء النفس أن معظم حالات الطلاق ترجع إلى العوامل النفسية لا شعورية وتدخل في نطاق علم النفس،أي أن الشخص لا يرى حلا للازمات التي تتخلل بالضرورة الحياة الزوجية إلا الطلاق فهو شخص ليس بالسوي ،وان السبب الجوهري الذي يجعله بالضرورة يفكر بالطلاق ثم يهدد به ثم ينفذه هو مرض في نفسه وهو عدم نضجه العاطفي ،والزوج المريض نفسيا يستخدم في حياته الزوجية نفس أساليب الخاطئة التي اعتاد استخدمها من قبل ، وعدم الثقة والخوف من المسؤولية وحب التملك والغيرة يدفعه إلى الطلاق.

غير أن علماء النفس ينظرون إلى أعمق من ذلك فنراهم يدافعون بشدة عن الحقوق الفرد عما يطغى استخدام سلطان المجتمع ولا يراعي حق الفرد في التنمية ذاته لتحقيق إمكانياتها العاطفية مادام استخدام هذا الحق يلحق بالمجتمع أي الضرر ايجابي، هذا الضرر في الطلاق لا يقتصر

---

[1]- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وحررت في ظل قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984

[2]- محفوظ بن الصغير ،قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 ،دار الوعي للنشر و التوزيع ،2012 ص:23.

على الزوجين فقط بل يتعدى إلى الأطفال أن كانوا، كما لا يقتصر على الزوجين ضرر الطلاق على الطفل من الناحية النفسية فقط بل يتعداه إلى سلوكه الاجتماعي ، مما يؤدي إلى انحرافه ووقوفه ضد المجتمع الذي يعيش فيه[1].

ب- العوامل الإجتماعية:

1-أزمة السكن:

إن أزمة السكن في المراكز الحضارية الكبرى التي تعيشها بعض المجتمعات هي عوامل المشجعة على الطلاق فيها فالسكن مع أهل الزوج يطرح مشاكل عديدة للزوجين نظرا للصراع الذي يقوم بين الزوجة والحماة من جهة وبين الزوج والزوجة بسبب ذالك من جهة أخرى ويدعمه نقص الحرية التي يشعر بها الزوجان أو بالأحرى عدم شعورهما بالحياة الزوجية ككل نتيجة سكنهما مع أهل الزوج لاسيما إذا كانت أسرته كبيرة مما يدفع إلى الطلاق.

2-العامل الاقتصادي وأثره على الحياة الأسرية:

يعد العامل الاقتصادي من أهم الأسباب التي يستند عليها الطلاق لدى مجتمعاتنا العربية، إذا يمثل الدخل مؤشرا هاما يساهم في تقوية العلاقة و تأمين استقرارها، وبتدهوره يرى طرفا العلاقة إن سبل المعيشة عليهما ضاقت و هدفهما في تحقيق الحياة رغيدة مؤدية لأغراضها أصبحت مستحيلة وتعتليها مشاكلهم اليومية ،مما يكون الطلاق هو الحل.

3- عمل المرأة وتأثيرها على شخصيتها:

هناك الكثير من الباحثين الاجتماعيين الذين يجعلون عمل المرأة خارج البيت عاملا أساسيا من العوامل المساعدة على الطلاق للأنه يساعدها على الحصول على ميزانية خاصة بها تجعلها اقل اعتمادا على زوجها من الناحية المادية[2] ، كما تطور مركزها الاجتماعي ، الأمر الذي يشعرها بحريتها وقيمتها في المجتمع ويجعلها أكثر استعداد للمناقشة حول الحقوق الزوجية سواء

---

[1]- خوله ظريف ،المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق ،مذكر ماستر ،فرع الأحوال الشخصية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة 20 أوت 1955 ،سكيكدة ،سنة 2014-2015 ص12.

[2]- مسعودة كمال، مرجع سابق، ص52-53 و ص 56.

مع زوجها أو مع الغير، ونستخلص من هذا أن العمل المرأة خارج البيت يساهم في تغيير صورة الزواج والطلاق .

❖ الفرع الثاني: دليل مشروعية الطلاق والحكمة منه.

أولا: دليل مشروعيته.

شرع الإسلام الطلاق في تحقيق الأصل من أصوله وهو آن يكون وسطا بين الإفراط و التفريط حيث إستمد الفقهاء الدليل على مشروعيته الطلاق من الكتاب و السنة و الإجماع و القياس.

أ- من القرآن الكريم :

قوله عزوجل :{**يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العدة** }[1].

في الآية حكم عام للنبي صلى الله عليه وسلم و لأمة أجمع، فهو من الخاص الذي أريد به العموم.

ب- من السنة النبوية الشريفة:

-ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه طلق السيدة حفصة (رضي الله عنها)

ثم راجعها[2].

- وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنه انه طلق زوجته وهي حائض على عهد رسول الله فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

عن ذالك فقال"مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تظهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء الله امسك بعد وإن شاء طلق[3]".

---

[1]- الآية 01 ،سورة الطلاق.

[2]- عبد الله عبد الرحمان ألسعيدي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28)لسنة 2005،دار الأفاق المشرقة، المملكة الأردنية الهاشمية،ط1، 2012،ص:36.

[3]- د-نصر سليمان ،ا- سعاد السطحي ،أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ،دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع ،عين مليلة 2003،ص 08.

ج- الإجماع:

منذ عصر الصحابة رضوان الله عليهم حتى يومنا هذا انعقد إجماعهم على مشروعية الطلاق وبذلك يضاف إلى ما جاء في القرآن في الكريم والسنة النبوية[1].

ثانيا : الحكمة من مشروعية الطلاق

الأصل في الحياة الزوجية أن يكون مبناها على المودة والرحمة وذالك لقوه سبحانه وتعالى ((ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذالك لآيات لقوم يتفكرون[2])).

فإذا نخرت هذه المودة والرحمة وحل محلها النشوز والشقاق واستنفذت جميع وسائل الإصلاح الكفيلة بإرجاع المياه إلى مجاريها بين الزوجين وبقيت الوحشة مستحكمة فليس هناك محل احكم وأعدل من أن يفترقا إذ لا يعقل أن يعيش اثنان تحت سقف واحد وهما يكنان لبعضهما كل الكره والعداوة والبغضاء.

هذا وان في تشريع الطلاق على صورته الموجودة في شريعتنا السمحة حكما باهرة تأتي في طليعتها الحفاظ على المرأة من تلاعبات الزوج[3] .

حيث نجد الغرب قد أعاد أخيرا ونادى بإباحة الطلاق بعد أن أدركوا حاجتهم إليه فبعضهم أباحه على أن يكون بيد القاضي والبعض الأخر توسع فيه فأباحه مطلقا لأن الضرورة تقضيه لدرجة أن قال بعض المفكرين الغربيين " لولاان الموت وحده هو المخلص من الزواج لتنوعت صنوف القتل واتسعت مذاهبه".

حقا إن الطلاق قد يترتب عليه بعض الأضرار التي تصيب الأسرة خصوصا الأطفال ،ولكن هذا لا يعد شيء يذكر بجانب الضرر الأكبر التي تصاب به الأسرة والمجتمع إذا أبقينا على علاقة الزوجية رغم الكراهية والاضطراب والحياة الشاذة التي يعيشها الزوجان المتباغضان[1].

---

[1]- لم ينفرد الإسلام بإقرار الطلاق و إثبات مشروعيته،فهو من المبادئ المعترف بها بين الشعوب والأمم القديمة و إن اختلفت في نظمه وأسبابه ، فقد عرف حمو رابي الطلاق وجعله حق للزواج إذ تبين له عقم زوجته ولها استرداد كامل حاجاتها وجهزها ،كما عرفه اليونانيون وجعلوه من حق الرجل انظر إلى :عبد الرحمان ألسعيدي ،أحكام الزواج ،مرجع سابق، ص:130.

[2]- ألآية 130،سورة النساء .

[3]- د-نصر سليمان -ا-سعاد السطحي ،مرجع نفسه، ص:09-10.

وناشد الإسلام الأزواج الصبر والتحمل ومحاولة الإبقاء على الحياة الزوجية رغم ما قد يكون في الزوجات من صفات يكرهها الأزواج فقال تعالى: **{وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا}**[2].

وفي محاولات الإصلاح قال تعالى:**{وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما}**[3].

وبعد استنفاد وسائل الإصلاح و التوفيق فقد يكون الخير في الفرقة بين الزوجين وقد يكون الطلاق في بعض الأحوال هو المصلحة الحقيقية لكل من الزوجين وقد يكون الخير للمرأة في الطلاق .

❖ المطلب الثاني: أقسام الطلاق وشروطه.

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

❖ الفرع الأول: الطلاق الرجعي والبائن.

بالنظر إلى قانون الأسرة الجزائري وقانون الأحوال الشخصية المصري نجد نوعين من الطلاق،طلاق رجعي وطلاق بائن ولو أخذنا بحرفية النص لوجدنا أن المشرع الجزائري لم يميز بين الطلاق البائن والطلاق الرجعي ،وبفكرة عدم الوقوع الطلاق إلا بحكم قضائي،دعما منه لمركز المرأة قانونا، في الحين لو قلنا بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء وتبقى مسألة الإثبات هي التي تعتريها صفة الحكم القضائي ،فهذا أيضا حماية للمرأة ودعم لمركزها القانوني[4].

---

[1]– عاطف فؤاد صحصاح ،الخلع والطلاق بين الشريعة والقانون ،مرجع سابق ،ص:60.

[2] – الآية 19 ،من سورة النساء.

[3]–الآية، 35 من سورة النساء.

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

أولا: الطلاق الرجعي.

ذكر المشرع الجزائري في المادتين :49و50من قانون الأسرة الجزائري تطرق إلى نوعين من

أما موقف في التشريع المصري فنجد في قانون الأحوال الشخصية:

المادة 5: كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا[1] في هذا القانون والقانون رقم 25 لسنة 1920.

أ-حكمه و الحكمة منه:

سواء أكان أول الطلقات أم ثانيهما[2]، فإنه لا يغير شيئا من أحكام الزوجية ،ما دامت الزوجة في العدة،إلاّ أنه ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج ،فإذا وقعت الطلقة رجعية وكانت الأولى ،فلم تتبقى إلا طلقتان،وإن كانت الثانية لم يبقى له إلا واحدة ،لذلك تبقى الحقوق الزوجية ثابتة فترة العدة،وحلية المطلقة قائمة للزوج حق المراجعة إن أراد ذلك.

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

ب-مايرتبه الطلاق الرجعي :

يترتب عن الطلاق الرجعي مايلي :

1 لا طلاق إلا لعدة[3].

---

[1]- قانون الأحوال المصري

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

[3]- احمد ذيب،قواعد الطلاق وضوابط الفراق،قواعد و ضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد،دار هومة للنشر والتوزيع ،الجزائر دط، دسط،، ص:152.

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

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

4 الطلاق الرجعي لا يمنع التوارث.

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

ثانيا:الطلاق البائن.

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

أولا: الطلاق البائن بينونة صغرى:

البينونة الصغرى تكون في حالات الطلاق التي يجوز فيها الزوج أن يراجع زوجته ولكن بعقد جديد وبإرادة ورضاء الزوجة من جديد ولا يكون ذلك إلا بعد الطلقة الأولى أو الثانية.

والطلاق البائن بينونة صغرى يكون في الحالات الآتية:

1-الطلاق قبل الدخول بالزوجة،سواء حصلت الخلوة أم لا

2-الطلاق الذي يكون على مال تدفعه الزوجة

3-الطلاق الذي يكون بحكم القاضي ويشمل الطلاق[3] الضرر أو العيب أو لغيبة الزوج أوحبسه أو بسبب الشقاق بين الزوجين.

تعرض لها بالتفصيل المشرع المصري قانون الأحوال الشخصية رقم25لسنة 1929 في المواد 6-12-13-14.

[1]-محفوظ، بن صغير ، مرجع سابق، ص:62.

[2]-المرجع نفسه ،ص:62.

[3]- عاطف فؤاد صحصاح،الخلع والطلاق بن الشريعة والقانون،مرجع سابق ص:81-82.

المادة 6: إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق حينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة.

إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما

فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على والوجه المبين بالمواد: 7، 8، 9، 10، 11.

المادة 12:إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له ما ل تستطيع الإنفاق منه[1].

المادة13: إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا و أعذر إليه بأنه يطلقها فإذا انقضى الأجل ولو يفعل ولم يبدي عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة.

وإذا لم يمكن وصول الرسائل إلى غائب طلقها القاضي عليه بلا عذر أو ضرب أجل.

المادة 14:لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق[2] منه.

ثانيا:الطلاق البائن بينونة كبرى.

البينونة الكبرى تكون في حالة الطلاق المكمل للثلاث،كذلك لا يكون رجعيا سواء أثناء مدة العدة أو بعدها سواء بإرادة الزوج ((بالمراجعة)) أو بإرادة الزوجين بالعقد الجديد .

ولكن يشترط لكي تحل الزوجة لمن كان زوجها من جديد أن تنكح زوجا غيرة ويدخل بها فإن طلقها الزوج الأخير فيجوز أن يعقد عليها الزوج الأول في هذه الحالة فقط وهو مأخوذ من قوله تعالى:{فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره}[3].

[1]–المادة: 06 و12، من قانون الأحوال الشخصية المصري ،المعدلتين بقانون 100 لسنة1985.

[2]– المادة:13 و14، قانون الأحوال الشخصية المصري، المعدلتين بالقانون 100 لسنة1985.

[3]–الآية 230، سورة البقرة.

ومعنى الآية أن الزوج إذا طلق زوجته الطلقة الثالثة فإنها تحرم عليه تحريما مؤقتا لا يزول إلا بزواجها من غيره ومن أجل ذلك سمي بائنا بينونة كبرى.

ثالثا:القيود الواردة على الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ملّك الشارع حق الطلاق الرجل بإرادته المنفردة[1]، فهو يتصرف فيه بحرية،فلا تجوز الرقابة عليه فيما يفعل، غير أنّ الطلاق ليس حقا مطلقا لان الأصل عند بعض الفقهاء فيه الحظر، فلا بد أن يقيد بمدلوليه وبما شُرع لأجله والقيود القضائية فلا فرق في ذلك وسنتحدث هنا عن القيود القضائية التي وضعها المشرع الجزائري دعما منه لمركز المرأة قانونا ،مستخلصين بعض الإشكالات التي تنتج عن هذه القيود:

ا-الطلاق حق مقرر للزوج في قانون الأسرة:

أقر المشرع الجزائري للزوج حق الطلاق بمحض إرادته، إلاّ أنّه قيده باللجوء إلى القضاء منعا للتعسف،ودعما لمركز المرأة الذي لم يهدر حقها،فقد أعطاها ابتدأ حق قبول الزوج،وحق الاشتراط الجائز[2]،وحق الخلع و الافتداء،وحق طلب التطليق من القاضي في كل الحال تتقلب فيه المصلحة إلى المفسدة[3]. والملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال المادة 48 من قانون الأسرة أنه ساوى بين الرجل و المرأة في إيقاع الطلاق.

ب-محاولات الصلح:

"من المقرر قانونا أنّه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون"[4].

وعليه فالقاضي ملزم في أي دعوى طلاق معروضة أمامه للفصل فيها باستدعاء الأطراف إلى جلسة سرية لإجراء محاولات الصلح بينهما ، وهذا ما جاءت به المادة 49 من قانون الأسرة

---

[1]-المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]- المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري ،المعدلة بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005،حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 198 كمايلي :"للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كالشروط التي يريانها مالم تتنافى مع هذا القانون

[3]- المادة 53 و 54 من قانون الأسرة الجزائري، المعدلتين بموجب الأمر 05-25 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[4]- قرار المحكمة العليا،ملف رقم 75141 المؤرخ في 18 جوان 1991، المجلة القضائية ،العدد الأول ،1993،ص:65.

الجزائري، المتعلقة بإجراءات الطلاق ، فالحكم الصادر بالطلاق دون إجراء محاولات صلح يثيرها القاضي تلقائيا،يعتبر باطلا لمخالفته إجراء جوهريا.

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

ج-إثبات الطلاق بحكم قضائي:

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ،يتعين على القاضي تحرير محضر بين مساعي ومحاولات الصلح يوقعه مع كتاب الضبط والطرفين ، تسجيل أحكام الطلاق وجوبا في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

هذا مايبين أنه لا وجود للطلاق قبل الحكم به ، وبعد تسجيله يسري حكم الطلاق في مواجهة الغير.

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

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

[1]-عدلت بموجب الأمر 05-02 فبراير 2005.

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

جليّ ما أقره المشرع الجزائري من جعل الطلاق حق للزوج بإرادته المنفردة، دون أسباب يبديها، ودون أن يكون للقاضي فيها دورا إيجابيا، ما يفيد أنّ دور القاضي يدخل في الوظيفة الولائية لا القضائية، فقد قيده باحترام الشكل المقرر قانونا ، وجعل له صفة الإنشاء ، ذلك أنّه من المفروض أن القاضي يقرر وجود هذا الطلاق من عدمه فقط ، في حين أن القانون يذهب إلى وقوع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي عنه ، وليس من تاريخ تصريح الزوج به وبالتالي فإنّ أثاره تترتب من تاريخ الحكم[1].

د- مايمكن إبداؤه كإشكاليات بشأن مواد الطلاق في ق أ ج:

1- المادتين 49 و50 لم تميزا صراحة بين نوعي الطلاق الرجعي وطلاق الرجعي وطلاق البائن فمن البلاغة إعادة صياغة مواد الطلاق بما يتماشى و أحكام النوعين ، حتى لا نفع في جريمة الزنا.

2-للزوج أن يتلفظ بالطلاق ، وتطول إجراءات الحكم به طبقا لما جاءت به المادة 49،كما يمكن أن تنعقد جلسة الصلح وتنجح بعد انقضاء العدة الشرعية،والتي تحتسب من وقت التلفظ الزوج بالطلاق ،فيراجع الزوج زوجته دون الحاجة إلى عقد جديد طبقا للمادة 52من ق،أ ج،فيصبح الطلاق الرجعي طلاق بينونة صغرى من الناحية الشرعية ، أما من الناحية القانونية فهو طلاق رجعي ، وذلك ما يكشف لنا التناقض الذي واكبه المشرع الجزائري مخالفا به قواعد الشريعة الإسلامية، التي تلزم الزوج بعقد ومهر جديدين في طلاق البينونة الصغرى.

3- قد يؤدي تطبيق المادتين 49-50إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة: عدة شرعية تبدأ من وقت تلفظ الزوج بالطلاق ، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، ما يؤدي إلى تعارض فيما بين القانون والشريعة ، خاصة إذا أنقضت العدة الشرعية مع استمرار العدة القانونية[2].

---

[1]- بودفع علي،المركز القانوني للمرأة ، مرجع سابق

[2]- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص:25.

4- لزوم المطلقة لبيت الزوجية قانونا لا شرعا طبقا للمادة 61 من ق أ ج[1].

5- حلول مؤجل المهر شرعا لا قانونا.

6- يرث احدهما الأخر قانونا لا شرع.

❖ الفرع الثاني: شروط الطلاق.

لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بشروط المطلق [2]مما يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما جاءت به المادة 222 من قانون الأسرة ، إلاّ أنّه وبالرجوع إلى نص المادة 07[3]من قانون الأسرة الجزائري نجده قد منح في الفقرة الأخيرة منها كل من الزوجين اللذين لم يبلغا سن الرشد المدني صلاحية و أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة و إثبات النسب والحضانة والخلع وطلب الطلاق وغير ذلك[4] .

ولان في الشروط الطلاق دعم لمركز المرأة القانوني، ارتأينا المرور عليها على النحو التالي:

أولا : شروط المطلق

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

أ-اتفق فقهاء الشريعة على صحة الطلاق الواقع البالغ، والواعي، والمختار، وعلى عدم صحته من عديم الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز، ومن في حكمهما[5].

ب- طلاق المكره لا يقع ،قياسا على إسلام المكره تحت ضغط الإكراه ،و الإسلام من المصالح النافعة نفعا محضا، كذلك لا يقع طلاق المكره باعتبار الطلاق من الأعمال الضارة[1].

---

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

[2]- عالجها المشرع السوري في المواد 166-168 من قانون الأحوال الشخصية.

[3]- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984كمايلي :تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام (21)سنة، والمرأة بتمام (18)سنة.

[4]- محفوظ بن صغير،قضايا الطلاق ، مرجع سابق ،ص:47.

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

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

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

ثانيا : شروط المطلقة (المحل).

المطلقة هي المرأة التي يقع عليها الطلاق في العقد الزواج الصحيح[2]، فلا طلاق إلاّ على الزوجة الشرعية الموجودة تحت عصمة الزوج[3] ،والمشترط لإيقاع الطلاق عليها مايلي :

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

ب-صحة الزواج بالعقد الصحيح مستوفي الشروط و الأركان.

ج- ألا تكون المطلقة قبل الدخول، فلا طلاق على من تزوجت زواجا صحيحا وطلقت قبل الدخول، لأنها ليست من ذوات العدد ولا عدة لها[4]

د- أن تكون في طهر لم يجامعها فيه.

ثالثا: شروط الصيغة (اللفظ)

أجمع الجمهور الفقهاء على أّن الطلاق يكون باللفظ العربي أو بغيره ، وسواء باللفظ أم الكتابة أم بالإشارة ، واللفظ إمّا صريح وإمّا كناية

فاللفظ الصريح هو الذي ظهر المراد منه ، وغلب استعماله عرفا في الطلاق ، مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق، أمّا اللفظ الكناية فهو الذي يحتمل الطّلاق ويحتمل غيره ، ومثاله أن يقول الزوج لزوجته : ألحقي بأهلك ، أو أخرجي من البيت أو أنت بائن أو بتة[1].

---

[1]-مصطفى إبراهيم، المرجع نفسه، ص:126.

[2] - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص:54.

[3]-أحمد ذيب ، قواعد الطلاق،مرجع سابق ،ص:28.

[4]- محفوظ بن صغير، مرجع السابق، ص: 55

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

[1]–عبد الحميد الجياش ، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما ، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية ، لبنان ، ط1،2009،ص:201.

❖المبحث الثاني: مركز المرأة في الطلاق بالتراضي.

عرفت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري عقد الزواج بأنه:"عقد رضائي بين رجل امرأة يتم على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب[1]".

وعليه فإن الرضا ركن جوهري و أساسي لبناء أي علاقة زوجية، حيث وضحه المشرع الجزائري من خلال نص المادة التاسعة من القانون نفس التي نصت على :

"ينعقد الزواج بتبادل الرضا بين الزوجين".

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

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

❖المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي.

إن كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أنها أصبحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب ظرف من الظروف تجعل احدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار على هذه العلاقة فتكون بذالك إرادة الطرفين محدد من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق، فمنذ الوهلة الأولى يتبين إن هناك اختلافا بسيطا من حيث المفهوم بين هذه الصورة

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

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

والصورة المتمثلة في الطلاق بالإرادة المنفردة والاختلاف يمكن أساسا في موافقة الزوجة على الانفصال وودية إحداث الأمر[1].

❖ الفرع الأول: مقصود الطلاق بالتراضي.

يقصد به الطريق الذي منح للزوجين لفك الرابطة الزوجية ، حيث خولت لهما الحق الاتفاق على إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتهما المجتمعة، وهو منطق سليم لا يخالف الشرع ولا مقتضى العقل السليم، فما أوجدته الإرادتان بالاتفاق، جاز فكه و إزالته بالاتفاق.

أولا: تعريف الطلاق بالتراضي.

هو أن يتفق الزوجين على حل زوجيتهما بإرادتها المشتركة[2]، وذلك يعني أنه يمكن للزوجين بناء على رغبتهما المشتركة، أو بناء على طلب أحدهما و موافقة الآخر، أن يتطالقا بتراضيهما بالإحسان ودون خصام أو نزاع[3].

ومن خلال ما رأينا ، فالطلاق بالتراضي يسمح للزوجين، في مصلحة الأسرة و الأولاد، بالوصول إلى إيقاع الطلاق في مدة معقولة وبدون مفاخرة ولا فضائح[4]، فيكون من شروطه أن يتم بناء على طلب أحد الزوجين و موافقة الزوج الآخر كأن تتقدم الزوجة بدعوى زواجيه للمحكمة و الزوج بدعوى وجوبيه طالبين فك الرابطة الزوجية[5].

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

وعلى هذا فإن المشرع بتشريعه هذه الصورة لفك الرابطة الزوجية إنما قصد تمكين الزوجين من الاتفاق بحرية دون بحث القاضي عن الأسباب الانفصال.

---

[1]– د– بأديس ذيابي ، مرجع سابق ،ص:24.

[2]– بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص:258.

[3]–بلحاج العربي ، المرجع نفسه، ص:258.

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

[5]– محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق نص:259.

ثانيا:أسباب الطلاق بالتراضي.

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

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

ب- المحافظة على علاقة الأسرتين

ج- ضمان نسبي يقضي لحماية الأولاد من الضياع والانهيار.

حيث نجد انه هناك مجموعة من الأعراف و التقاليد تحكم في العلاقات الزوجية عموما، حيث نجدها الأكثر انتشارا في المجتمعات القديمة و المعاصرة، ذلك لأنه النوع الوحيد الذي يتم دون مخاصمة ونزاع، ولا يعرض الحياة الخاصة أسررها للتسرب والتفشي.

ثالثا :بعض صور الطلاق بالتراضي.

تبني الفقه الإسلامي صور الطلاق بالتراضي كمايلي:

أ-حالة الخلع الإتفاقي:

هو صورة من صور الطلاق بالتراضي؛ كونه عقدا ينعقد بإيجاب وقبول،غير أن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الطلاق بالتراضي لا يأخذ نفس صورة الخلع الإتفاقي، للأنه أجاز للزوجة اللجوء إلى الخلع دون التوقف على رضا الزوج أو موافقته، كما تختلف صورة الخلع الإتفاقي، عن الطلاق بالتراضي حسب ق،أ،ج من حيث الأثر الشرعي المترتب عن الخلع الإتفاقي وهو طلاق بائن على رأي جمهور الفقهاء، ومن ثم فلا رجعة إلا بعقد ومهر جديدين.[2]

[1]-يوسفات علي هاشم ،الخلع والطلاق بالتراضي، مرجع سابق،ص،46.
[2]-محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق ، ص:166 و167.

ب- حالة الطلاق على المال:

نجده في التشريع المصري:هو الذي تكون صيغته بلفظ من ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكناية في المقابل مال تدفعها الزوجة لزوجها.

وهو بهذا التعريف لايترتب عليه أحكام الخلع وإنما أحكام خاصة[1].

1- أوجه الاتفاق بين الخلع والطلاق على المال:

أ- قبول الزوجة للخلع والطلاق على مال أمر لابد منه، فإذا لم تقبل لم يصح الخلع ولا الطلاق على مال وإذا قبلت صح ذلك وترتبت الأحكام الشرعية عليه.

ب- الفرقة التي تقع بكل من الخلع والطلاق على مال هي طلاق بائن لأن قبول دفع البدل "العوض" إنما كان للتخلص من سلطان الزوج، ولا يتحقق ذلك للمرأة إلا بالطلاق البائن.

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

كما قد يأخذ الطلاق بالتراضي صورة مجردة من أي سبب ينتج من أحد الزوجين أو من كليهما، كأن تعترضهما عقبات وعوائق خارجة عن إرادتهما ، فتجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة فتكون في هذه الحالة إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق بالتراضي[2].

2-أوجه الاختلاف بين الخلع والطلاق على المال:

أ- الطلاق لا يسقط الحقوق المالية الثابتة للزوجين، للآن لفظ الطلاق لا ينبئ عن الإبراء من هذه الحقوق فلا يثبت به إلا ما اتفق الزوجان على أنه مقابل أو بدل أو عوض.

أما الخلع يسقط به هذه الحقوق للزوجين على أخر مرتبة على العقد الزواج الذي حصل الخلع منه.

---

[1]-عاطف فؤاد صحصاح، الخلع والطلاق بين الشريعة الإسلامية والقانون، ص:39.

[2]- محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص:168.

ب- إذا بطل البدل في الطلاق على المال وقع طلاقا رجعيا لأن لفظ الخلع كناية من كنايات الطلاق يقع بها طلاقا بائنا أما لفظ الطلاق الصريح يقع به طلاقا رجعيا.

أما إذا بطل البدل في الخلع وقع الطلاق بائنا[1].

ج- حالة تفويض الزوجة في الطلاق:

الأصل أن الطلاق بيد الزوج كما ذكرنا، والقاعدة هي صح طلاقه من الأزواج يكون له شرعا أن يفوض غيره فيه وعلى ذلك يجوز أن يفوض الرجل زوجته.

وقد عرف الفقهاء التفويض في الطلاق بأنه: إقامة الزوج زوجته مقامه في التطليق.

وقد يكون تفويض الزوجة عند إبرام العقد الزواج وقد تشترط الزوجة ذلك على زوجها في العقد وهو مايسمى"العصمة بيد الزوجة " وقد يكون ذالك خلال الحياة الزوجية وبعد العقد ولا فرق في ذلك[2].

رابعا: مبررات الطلاق بالتراضي:

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

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

وفي إطار تبرير الطلاق بالتراضي قضاءا، نستبدل بقرار لمجلس قضاء تلمسان الصادر بتاريخ 06 جويلية 1967 بأنه :"لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة

بينهما أن يتطالقا بتراضيهما، وفقا لإرادتهما المشتركة، وأن الطلاق بالتراضي ليس محرما شرعا بل يجده جوهره وأصله في الآيات من127 إلى129 من سورة النساء[3].

---

[1]-عاطف فؤاد صحصاح ، مرجع سابق، ص:40.

[2]--مرجع سابق، ص: 64.

[3]-يوسفات هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي ، مرجع سابق،ص:47.

❖ الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة الجزائري.

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

أولا : الإطار القانوني للطلاق بالتراضي.

من خلال نص المادة48 من ق.أ.ج[1]نستخلص أن المشرع الجزائري قد فتح للزوجين مجال الطلاق بالتراضي مع أنه تعرض له بإسهاب من خلال نصوص قانون الأسرة لسنة 2005 وبحلول سنة 2008 حاول المشرع استدراك إسهابه حول هذا النوع من الطلاق، وذلك نظرا لأهميته ولكثرة قضاياه، فنجد المشرع الجزائري بعد سنوات عدة من التهميش لهذه الصورة قد خصها ب09 مواد، ولقد كان التعريف القانوني الذي أورده المشرع في القانون 08-09 كافيا لتمييزه عن باقي أنواع الطلاق الأخرى حيث عالجه في الباب الأول من الكتاب الثاني، من خلال نص المادة 427 من ق.إ.م وإ التي نصت :الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة"[2].

جعل الطلاق حقا مشتركا يتفق الزوجان على إيقاعه، كما اتفقا على الزواج وإن كان في ظاهره فكرة طنانة جميلة[3]، تحتاج إلى دعم أهل التدبر والحكمة فكلما اختلفت الإرادتين في إيقاعه واستحال كل طرف إقناع الآخر بموضوعه، فيلتجأ كل منهما إلى المكر والخديعة، وعليه فإن الطلاق بالتراضي حلا لمشكل لم يحله القانون بإجراءات وتدابير، ونصوص تحفظ الزوج والزوجة من مكر الزواج ، دون المساس بحقوق الأولاد والمجتمع[4].

---

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

[2]- المادة 457 من ق.إ.م وإ بموجب القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

[3]-يوسفات هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي، مرجع سابق، ص: 48.

[4]-يوسفات هاشم ، مرجع نفسه، ص: 48و49.

ثانيا : الإطار القضائي للطلاق بالتراضي.

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

ومن المقرر أيضا أن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها و يترتب عليه إسقاط الحقوق و الإدعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة أخطأوا في تطبيق القانون، لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا للنزاع، وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح، لأن الصلح عقد ينهي به الأطراف نزاعا قائما طبقا لأحكام المادتين 459و462 من القانون المدني، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[1]

يستشف من هذا القرار أن المحكمة العليا اعتبرت:الطلاق بالتراضي هو عقد صلح ينهي نزاعا قائما بين الطرفين ، و دور القاضي يكمن في تجسيد الصلح والمراقبة صحته وسلامته، و أن الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف[2].

ويأخذ على هذا القرار أنه حاول توظيف بعض الشروط و الآثار التي لا تنسجم في الحقيقة وطبيعة صورة الطلاق بالتراضي، فاعتبار الطلاق بالتراضي تتويجا قضائيا لنزاع قضائي أيضا في الوقت الذي تتحدث فيه المادة 459 من القانون المدني عن الصلح الذي يسبق اللجوء إلى الحماية القضائية وينهي نزاعا لم يطرح بعد أمام القاضي، فالاقتباس من هذه قد يصلح في مجال تنازل كل من الطرفين عن حقوقهما على وجه التبادل، ولكن ليس معنى ذلك اتقاء لنزاع أو إنهاء له ، لأنه موجود ومطروح للنظر فيه من قبل القاضي، ويطرح القرار إشكالية أخرى تخص مصطلحين متشابهين لغويا وهما عقد الصلح المشار إليه على أنه الطلاق بالتراضي، وكذا الصلح

[1]– قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم :103637 الصادر بتاريخ 1994/04/19، م ق، ع خ، 2001، ص:94.
[2]-المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 05-02 لسنة 2005.

الذي يقوم به القاضي بحضور الطرفين في حدود ماهو مخول له القيام به طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة لإقناعهما بالعدول عن فكرة الطلاق حتى ولو كانت إرادتهما مشتركة في إيقاعه.

واستدراكا للثغرات المشار إليها سابقا نجد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/05/23 المؤسس طبقا للمادة 48 من ق.أ.ج الذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لكل من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير".[1]

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

ثالثا: آثار الطلاق بالتراضي.

أ- الأثر القانوني المترتب على الطلاق بإرادة الزوج المنفردة من إمكانية الرجعة دون عقد جديد قبل صدور الحكم بالطلاق، وبعقد جديد بعد صدور الحكم مالم يكن هذا الطلاق مكملا للثلاث، هو نفسه ينطبق على صورة الطلاق بالتراضي.[2]

ب- الطلاق بالتراضي حالة من حالات عدم استحقاق المطلقة التعويض، أما شرعا فتستحق كل مطلقة متعة الطلاق[3]،مال يكن الطلاق الواقع عليها طلاق على المال أو بواسطة الخلع، لأن المرأة في هذه الحالة هي الملتزمة بالفداء إذا تحررت من عصمة زوجها.

❖المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات.

من خلال التطورات التي شاهدتها مختلف التشريعات و احتكاك بالمنظومة الأسرية من جميع النواحي والجوانب، وتكريسا منها لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة واكبت إمكانية الطلاق بالتراضي، ومن هذا المنطلق سنتحدث في هذا المطلب عن بعض التشريعات التي أجازت هذه

[1]-م ع غ أ ش ، ملف رقم 243943 الصادر بتاريخ 2000/05/23، م ق، 2001، ص:112.
[2]- م ع غ أ ش، ملف رقم 49858 الصادر بتاريخ 1988/07/18، م ق، ع1992،1،ص:37.
[3]-محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص:178.

الصورة، الطلاق بالتراضي، بالنسبة للفرع الأول سنتحدث عن التشريعات العربية، أما الفرع الثاني فسنتطرق إلى التشريعات الأجنبية.

❖ الفرع الأول: الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات العربية

نرى أن بعض التشريعات العربية تبنت فكرة حق الاتفاق و التطالق بالرضا الطلاق بالتراضي منها:

أولا: مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

جاء في المادة114 من مدونة الأسرة المغربية نص:" يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة ولا تضر بمصالح الأطفال، عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما التطليق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه"[1].

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

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

ثانيا: التشريع التونسي.

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

1- بتراضي الزوجين.

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

[1]- المادة 114 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، بتنفيذ القانون رقم 03-70، الجريدة الرسمية، العدد 4184، الصادر بتاريخ 5 فيفري 2004.

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

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

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

❖ الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات الغربية.

أخذت مختلف القوانين الأجنبية الطلاق باتفاق الزوجين، باعتبار أن أسباب الفراق ترجع في الأصل إلى البداية التي ارتكنت على الرضا، حيث يعتبر الرضا جوهر و أساس عقد الزواج وعليه سنتطرق إلى بعض النماذج التشريعات الأجنبية التي تجيز صورة الطلاق بالتراضي، نذكر منها: التشريع الفرنسي، والروسي، و الإيطالي.

أولا: التشريع الفرنسي.

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

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

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

ب- موافقة آباء الزوجين على التفريق.

ج- ضمان مستقبل الأولاد وتأمين تعليمهم.

---

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

[2]- الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية، نقح بموجب القانون عدد لسنة 1993 المؤرخ في 1993/07/12

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

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

ثانيا:التشريع الإيطالي.

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

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

أ- تصديق المحكمة على الاتفاق.

ب- اتفاق الزوجين كتابة على التفريق.

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

ثالثا: التشريع الروسي.

لم يحدد القانون الصادر بتاريخ 1944 أسباب الطلاق في روسيا، بل أعطى الأمر للقاضي الذي يقدر الأسباب التي تدفع بالزوجين إلى طلب الطلاق، غير أن القضاء في الاتحاد السوفياتي يسير على اعتبار أن رغبة الزوجين تسير إلى أحداث الطلاق بإرادتهما المشتركة تحت طائلة عدم القدرة على المواصلة و الاستمرار.[3]

إن الذي منح المرأة حق الاشتراك و الاتفاق مع زوجها على الفرقة بالحسنى والرضا هو التشريع، ولذالك ينبغي علينا أن نميز بين تصرفات الأفراد، وبين النظريات والتشريعات، التي جاء

[1]-يوسف علي هاشم، الخلع والتطليق ، مرجع سابق ، ص:55.

[2]-المرجع نفسه ، ص: 56.

[3]-يوسفات علي هاشم ،نفس مرجع سابق،ص:56.

بها الدين ثم الإنسان، حتى نتمكن من صياغة القواعد والقوانين والتشريعات، الكفيلة بضمان حقوق كل من الزوجين دون اعتداد وأهم مبدأ الذكورة أو الأنوثة.[1]

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

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

الفصل الثاني

مركز المرأة في طلاق الخلع والتطليق

❖المبحث الأول: مركز المرأة في طلاق الخلع

للخلع أهمية كبيرة في حياة المرأة عموما، والعاملة بوجه الخاص، حيث يعبر المنفذ الشرعي والقانوني الوحيد الذي تتمسك به حالة بغضها لزوجها فهي إما أن تتفق مع زوجها على مقدار الخلع وتأخذ ذمتها منه، وإما أن يحكم القاضي بصداق المثل دون ضرر لأي أحد من الزوجين وهذا حسب التشريع الجزائري.

ولقد أثارت القوانين الصادرة في كل من الجزائر ومصر وغيرها من الدول جدلا واسع النطاق حول حماية المرأة وكان ردود أفعالهم ساخطة بحيث اعتبرها ظالمة في حقوقهم ومشجعة للمرأة في تدمير أسرتها وتشريد أطفالها دون عوائق ولقد صاغها المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري وذكرها أيضا المشرع المصري في نص المادة 20من قانون الأحوال الشخصية.

وتعريفا هذا الفصل، سنتناول في هذا الفصل الأول من الموضوع لمسائلتين أساسيتين: حيث سنتطرق في المبحث الأول إلى المرأة في طلاق الخلع، ثم نتعرض بعدها إلى المركز المختلعة في التشريع الجزائري والمصري في المبحث الثاني

❖المطلب الأول: مفهوم الخلع.

أي موضوع لابد ابتداء من تعريفه ،حتى يتسنى لنا معالجة الموضوع، معالجة شاملة، وعليه فقد تنوعت التعاريف الخلع بين الفقهاء القانون والشرع، وللخلع مدلول واسع بالنظر إلى كونه فرقة قضائية من طرف الزوجة مما يستدعي تحديد تعريفه ودليل مشروعيته في الفرع الأول وشروطه في الفرع الثاني.

❖الفرع الأول: تعريف الخلع ودليل مشروعيته

أولا: تعريف الخلع

أ-لغة[1]: بفتح الحاء- النزع فيقال خلع ثوبه ونعله ومنه خالعت المرأة زوجها مخالعة ، إذا، افتدت

[1]- ابن المنظور، لسان العرب، المجلد الثاني، دار صادر بيروت، ط 1،1997، ص:297.

منه بمال، وأما بضم الخاء فهو مصدر سماعى وليس إسما للصدر، وقد خص بإزالة الزوجية في اللغة.

الخلع مأخوذ من الثوب لان المرأة لباس الرجل معنى يقال خلع الثوب أو خلعت النعل إذا نزعته وخالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه وطلقها على الفدية وفي الدعاء ونخلع ونهجر من يكفرك أي تبغض وتبرأ منه ويقال خلعت الولي أي عزلته.

وسمي ذلك الفراق خلعا لأن النساء لباس للرجل والرجال لباس لهن, مصداقا لقوله تعالى:{**هنّ لباسٌ لكم وأنتم لباس لّهنّ**}[1].

ب- اصطلاحا:

تباينت تعريفات الفقهاء تبعا الإختلافهم في تكييفه فمن رآه فسخا عرفه بذلك، ومنهم من اعتبره طلاقا فجاء تعريفه مطابقا لمعنى الطلاق، فالحنفية والمالكية يرونه نوعا من الطلاق، أما الشافعية والحنابلة فقد إشترطو أن يقع الخلع بلفظ الطلاق أو بنية الطلاق حتى يقع طلاقا.

ج- قانونا:

هو تخلي الزوج عن حقوقه على زوجته مقابل قدر من المال وشراء المرأة لحريتها، يمارس مبدئيا حيث يغدو من المسلم به فشل الزواج بسبب عدم استجابة الزوجة بما أن الاستجابة ضرورية لاستمرار الزواج.

لقد أعطى المشرع الجزائري للمرأة إمكانية خلع نفسها من الزوج الذي لا ترغب فيه وهذا من خلال المادة 54 من قانون الأسرة التي نصت:"يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الإنفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق المثل وقت الحكم"[2].

فمن خلال هذه المادة يتبين أن بإمكان المرأة أن تتبع إجراء الخلع لفك الرابطة الزوجية إن رأت ضرورة لذالك، ولكن على شرط أن يتم الاتفاق بينها وبين الزوج في حالة عدم التوصل إلى الهدف

[1]- الآية 187 من سورة البقرة.

[2]-المادة 54من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

يتدخل القاضي لتحديد مبلغ الخلع وأعتمد المشرع الجزائري في ذلك معيار الصداق المثل في الفترة الزمنية التي يحكم في الدعوى غير أن المشرع الجزائري لم يبين المقصود بصداق المثل.

ونشير هنا إلى أن إدراج الخلع ضمن إجراءات عقد الزواج من قبل والاعتراف به ضمن قانون الأسرة الجزائري وبرزت أراء رفضه له اعتبارا من كونه خط من قيمة المرأة واعتبرها كعبد يسعى لشراء حريته.

فهناك من الآراء ما اعتبر الخلع قاعدة مهملة ولكن القانون الجزائري ارجع هذه القاعدة وأدرجها ضمن قانون الأسرة.

أما في القانون المصري فقد أعطى أيضا المشرع للمرأة إمكانية خلع نفسها وذكرها المشرع في المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية[1].

ففي مصر مثلا أثارت قضية الخلع ورضا الزوج عن ذالك في الآونة الأخيرة نقاشات عميقة سنة 1999 بمناسبة مراجعة قانون الأحوال المصري خاصة فيما يتعلق بوجوب قبول الزوج بالخلع.

ثانيا: أدلة مشروعيته.

ثبت طلاق الخلع بالكتاب والسنة العملية الشريفة و الإجماع،

أ- من الكتاب:

أما الكتاب فاستدلوا بقوله تعالى :{**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذو مما أتيتموهن شيئاً إلى أن يخافا ألا يقيما حُدودُ الله فلا تعتدُوها ومن يتعد حُدودُ اللّه فأولئك هم الظالمون**}[2].

1-المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية، من الباب الثالث،رفع الدعوى ونظرها ،القانون رقم 1 لسنة 2000 معدلا بالقانون رقم 91 لسنة 2000م

2- الآية 229 سورة البقرة.

ب- من السنة:

أخرج البخاري في صحيحه قال : حدثنا أزهر بن جميل، حدثنا عبد الوهاب الثقفي،حدثنا خالد بن عكرمة عن ابن عباس: أنّ امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعنب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"أتردين عليه حديقته"؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[1].

ج- الإجماع:

انعقد إجماع الصحابة على مشروعية الخلع وجوازه، وعلى ذلك علماء الأمة الإسلامية إذا توافرت شروطه الشرعية، فال القرطبي:"وعليه جمهور الفقهاء ، قال مالك:"لم أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عليه عندنا،وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسئ إليها ولم تأت من قبله وأحبت فراقه، فإنه يحل أن يأخذ منها كل ما افتدت به"[2].

ثالثا:حكم الخلع والحكمة منه:

أ- حكم الخلع:

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

1- الأصل في الخلع الإباحة:

كأن تكره الزوجة زوجها لسوء خلقه، أو لسوء فعله معها، أو لقةٍ في دينه، أو لقبحٍ في منظره، فتفرط لهذه الأسباب في حقه،مع قيامه هو لحقها عليه كما يجب، فتفدي نفسها نتيجة بغضها[3].

---

[1]-أبي محمد بن عبد الله بن سعد بن سعيد بن أبي جمرة الأزدي الأندلسي، صحيح البخاري،كتاب الطلاق،باب الخلع وكيفية الطلاق فيه،حديث رقم:5273.

[2]- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص:189.

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

2-ويكون مكروها:

كأن تكون الحياة الزوجية مستقيمة، لا تعكر صفوها أجواء المشاكل و الصراعات، وطلبت الزوجة الخلع لا لبغض ولا كراهية وإنما لغاية في نفسها لا جدوى منها، فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال :"**المختلعات هن المنافقات**"[1]

3- ويكون الخلع حراما:

إذا تعمد الزوج مضارة زوجته، والإساءة لها فعلا و قولا، وغير ذلك من الأسباب المنفرة و الدالة على نشوزه ومجافاته ترصدا في مخالعتها على شيء من مالها، فالخلع هنا حرام باطل ودليله قوله تعالى:{ **ولا تُعْضلُوهن لتذهبوا ببعض ماّ ءاتيتموهن**.....}[2].

2- الحكمة منه:

بداية يوصي الإسلام بالصبر والإحتمال و ينصح بعلاج ما عسى أن يكون من أسباب الكراهية، وذلك كما في قوله تعالى:{**وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا و يجعل الله فيه خيرا كثيرا**} (النساء 19)، والحكمة من تشريع الخلع تكمن في علاج العلاقة الزوجية التي استحكمها البغض وعدم الانسجام العاطفي، فهن عدالة الإسلام أن جعل للمرأة حق الخلع وهو حق تستعمله في حدود ما شرع لها ، فإذا خافت أن لا تقيم حدود الله المأمورة بها افتدت بنفسها للتخلص من قيود الزوجية.[3]

❖ الفرع الثاني: شروط الخلع.

المقصود بالشروط هو كل العناصر التي بتجمعها تحصل الزوجة على الخلع بمفهوم قانونالأسرة[4]،ويتدخل في ذلك فداء الزوجة نفسها بمقابل مالي، ملك العوض الذي هو من حق

---

[1]-أخرجه الترمذي،انظر: بن محفوظ الصغير ، مرجع سابق،ص:195.

[2]-الآية 19 من سورة النساء.

[3]محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص:190.

[4]-لحسين بن شيخ آث ملويا،المرشد في قانون الأسرة،مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا من سنة1982إلى سنة2014، دار هومة،الجزائر، دط،2014،ص:137.

الزوج، والقاضي الذي ينطق بالحكم وفي حالة التنازع حول مقدار العوض يحكم بصداق المثل[1].

1- في التشريع الجزائري:

أولا: أن تكون الزوجية قائمة حقيقية أو حكما.

فالخلع لا يصح إذا كان الزواج قد انحل كما لو حكم ببطلانه، أو كانت الزوجة بائنة من طلاق رجعي أي أنّ زوجها طلقها طلقة رجعية ولم يراجعها قبل انقضاء عدتها، فهنا الطلاق بائن، ومتى كانت الزوجية قائمة قياما مستوف لأركانه وشروطه،جاز الخلع قبل البناء أو بعده،إلا أن ماذهبت إليه المحكمة العليا(غرفة الأحوال الشخصية و المواريث) في قرار لها بتاريخ 2006/06/14 خلاف ذلك، بأن قالت بعدم جواز طلب الخلع من طرف الزوجة قبل الدخول، وأنّه لا يحق لها ذلك إلا بعد الدخول[2].

ثانيا:أن تطلبه الزوجة من القاضي.

على الزوجة طالبة الخلع رفع دعوى أمام القضاء حتى يحكم لها بما طلبت مقابل عوض تقدمه الزوج، وذلك كمايلي:

أ-تقديم عريضة افتتاح دعوى دون اشتراط ذكر الأسباب:

ككل دعوى ترفع أمام القضاء، لا بد وأن تتوفر على الشروط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها في المادة 13،14 و 15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، وعلى ذلك, فإنَّ انعدام الانسجام بين الزوجين واشتداد التنافر بينهما، بأن استحالت الحياة مع بعضهما، أو ليس من حق الزوجة طلب الخلع من القاضي؟ والجواب هاهنا يكون"بنعم"، ولا يحمل القاضي مسؤولية التحري عن السبب خاصة إذا أحجمت الزوجة عن ذكره[3].

---

[1]-المادة54 من قانون الأسرة الجزائري

[2]-لحسين بن الشيخ، رسالة في طلاق خلع مرجع سابق،ص:139.

[3]-مرجع نفسه، ص:153.

ب- أهلية التقاضي:

على طالبة الخلع أن تكون عاقلة، وبالغة، وواعية، ورشيدة أي بلغت سن الرشد القانوني والمتمثل في بلوغها سن التاسعة عشر (19)، طبقا للمادة 86 من قانون الأسرة والتي طابقت المادة 40 من القانون المدني الجزائري، جاء في هذه الأخيرة:" كل شخص بلغ سن الرشد ومتمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد محدد بتسع عشرة سنة كاملة ....."[1].

2- في التشريع المصري:

أ- أن يكون الزوج عاقلا بالغا، فإذا خلع الصبي امرأته وقع الخلع باطلا، لأن الصبي ليس له معتبر شرعا.

ب- أن تكون المرأة محلا للخلع أي تكون الزوجة في نكاح صحيح وبذلك يخرج من الخلع النكاح الفاسد فلا يصح فيه الخلع.

ج- قبول المرآة إذا كان الخلع على مال،لأن الخلع فرقة بين الزوجين نظير عوض تدفعه الزوجة

د-أن يرضى به كل من الزوجين لأنه يترتب عليه سقوط حقوق الزوج قبل زوجته[2].

❖ المطلب الثاني: مركز المختلعة في التشريع الجزائري والمصري.

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

[1]-المادة 40 من قانون المدني الجزائري.

[2]-عاطف فؤاد صحصاح،الخلع والطلاق بين الشريعة والقانون ،مرجع سابق،ص،16.

وفيما يلي سندرس: في **الفرع الأول:**تكييف الخلع وفي **الفرع الثاني:**الخلع في التشريع الجزائري والمصري.

❖ الفرع الأول: التكييف القانوني للخلع.

من خلال هذا الفرع سنتطرق إلى تحديد التكييف القانوني للخلع في التشريع الجزائري وكذلك في التشريع المصري.

أولا: الخلع في التشريع الجزائري[1].

رأينا مما سبق أن قانون الأسرة الجزائري نص على مشروعية الخلع ويتجلى ذلك واضحا من خلال المادة 54 من القانون 11/84 و الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 وأكد على قانونية، مثبتا ما سبق من أحكام قضائية حكمت بالخلع.

كما نصت المادة 48 من الأمر 02/05 على أنه الطلاق حل لعقد الزواج يتم بإرادة الزوج بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و 54 من هذا القانون.

-وانطلاقا من هذا النص القانوني، يمكن اعتبار أن التكييف القانوني للخلع كالطلاق على مال رغم الاختلاف الشرعي في مسألة، فهو يعتبر يمينا في جانب الزوج لأنه علق طلاق الزوجة على شرط قبول المال، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع، من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال، في مقابل التخليص نفسها من الرابطة الزوجية وسلطان زوجها التي أصبحت لا تطيق الحياة المشتركة معه.

وعليه لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته لتدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها، وعليه لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته لتدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها،أو تبرئته من مؤخر صدقها، كما يفعل بعض الجهلة في عصرنا طمعا في أموال زوجته، كما يؤخذ على المشرع الجزائري، تأثره الواضح بالمذهب الظاهري، في اعتباره الخلع حقا أصيلا للزوجة، يقابل الطلاق بإرادة المنفردة للزوج يمكنها من اللجوء إليه في أي وقت شاءت، إذا ما تبين لها مواصلة العشرة مستحيلة.

[1]-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء1، ديوان المطبوعات الجامعية،ط 1،2005،ص263،264.

ثانيا: الخلع في التشريع المصري

قام المشرع المصري بدوره في ضبط مواد الخلع، فنص عليها في القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث تنص المادة الثانية على مايلي:"للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع' فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه، وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها".

وعليه فإن المشرع المصري، نص على الخلع بصفة خاصة و أفرد له قانونا خاصاً سنة 2000 و اعتبر الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين، غير أنه وفي حالة عدم الاتفاق افتدت الزوجة نفسها بالتنازل على جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق فما على القاضي هنا إلى الحكم بطلاقها[1].

هذا عن الخلع، وبيان دلالاته في القانون والشريعة، ومدى الاختلافات الواردة فيه من حيث الأصل، والتكييف فقد كان المشرع الجزائري يفرض لوقوع الخلع موافقة الزوجة عليه، مما يدفع إلى وقوع لبس في الفهم،بينه وبين الطلاق بالتراضي،حيث تقع فرقة الخلع إلى بعد اقتران قبول الزوج بإيجاب الزوجة، وهو نفس التوجه الذي لوحظ على المشرع المصري.

❖ الفرع الثاني: الخلع في ق، أ، جزائري و ق، أ ، ش مصري.

أولا:تعريف الخلع قانونا.

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

[1]– القانون رقم 01 لسنة 2000 ينظم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

ثانيا: الأساس القانوني للخلع.

أ- الأساس القانوني للخلع في الجزائر.

تعتبر المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 02-05 لسنة 2005 هي الأساس القانوني لنظام الخلع، فبموجب هذه المادة تقرر نظام الخلع كأساس قانوني صحيح وقد سبق للمشرع ذكره في القانون 84-11، إلاَّ أنّه لم يبين كيفية تطبيقه. وقد ألغى المشرع رضا الزوج وجعل الخلع متوقفا على طلب المرأة، طبقا لما جاء تعديل المادة 54، وهذا يعد مخالفا لما يراه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من أن الأمر في قوله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقه" هو أمر إرشاد و إصلاح لا إيجاب.

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

وكما سبقت الإشارة إليه فإن نص المادة 54 لم يتعرض للشروط الواجب توافرها لصحة إيقاع الخلع[2]، واكتفت بالتأكيد على حق المرأة في مخالعة زوجها دون رضا زوجها، وللقاضي أن يحكم بالمقابل المالي للخلع عند عدم الإنفاق بين الزوجين على ذلك ومنه أصبح الخلع حقا أصيلا للمرأة بعد أن كان رخصة في ظل القانون 84-11 لسنة1984.

ب- الأساس القانوني للخلع في مصر.

تعتبر المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000م حيث نجد هذه المادة تقرر نظام الخلع كأساس قانوني صحيح وقد سبق وأن أورد المشرع ذكره في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية حيث نصت المادة:" للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فأن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة

---

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

[2] - يشترط قانونا للحكم بالخلع:

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

ب- فداء الزوجة نفسها وذلك بردها مهر زوجها.

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

دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق بالخلع إلا بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصلح بين الزوجين، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر و على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18 و 19 من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وانه لاسبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم ، ويقع الخلع في جميع الأحوال طلاق بائن، ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن[1].

ثانيا: تطور الخلع.

1- تطور الخلع في الجزائر:

ا- مرحلة ما قبل صدور القانون 48-11:

بعد استقلال الجزائر في05 جويلية 1962 بقي العمل بالتشريعات الأجنبية ساري المفعول باستثناء يتعارض مع السيادة الوطنية (la souveraineté nationale)على حين الانتهاء من وضع الأسس بناء دولة قوية، وحتى 05 جويلية 1975 حيث تمت جزاءرة التشريع الجزائري وألغيت جميع التشريعات الأجنبية، وبقي العمل في جميع القضايا تحضي الأسرة، وفق التشريعات التي أصدرتها الإدارة الفرنسية بأمر الصادر في 17 سبتمبر 1959م بلائحة تطبيقاته[2].

ففي السنوات الأولى من الاستقلال، حاول المشرع الجزائري استدراك الأمر بشكل تدريجي فصدر القانون224/63 المؤرخ فيلا 1963/06/09. خاص بتحديد سن الزواج واستمرار الوضع على هذا، ولم تكن النصوص القانونية تأخذ بأحكام الخلع حتى صدور القانون المدني، بموجب

[1]- المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية المصري، رقم 1 لسنة 2000، المعدل بالقانون رقم91 لسنة2000م.

[2]-مبروك المصري، محاضرة" تأملات في قانون الأسرة الجزائري، الملتقى السنوي السادس عشر، للعلاقة الشيخ سيدي عبد القادر بن محمد تحت عنوان " فقه الأسرة ودوره في بناء الحضاري للأمة"، زاوية سيد الشيخ ، بلدية فقارة الزوى سنة 2005، دائرة عين صالح ، ص 101.

الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26.المعدل مؤرخ بالقانون05-10[1]، حيث نصت المادة الأولى منه على:".....وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية"[2].

ب: مرحلة ما بعد صدور قانون 11/84.

مع بداية الثمانينات، وفي إطار الخلط الذي كان واقفا على المنظومة القانونية للأسرة، حيث تضاربت النصوص القانونية مع قرارات المجلس الأعلى آنذاك وأراء فقهاء الشريعة، مما دفع بالمشرع أن يتخذ قرارا فيصل حول قضية الأسرة و المجتمع فصدر قانون الأسرة الجزائري تحت رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404هـ الموافق ل09 يونيو 1984.

ومالم ينص عليه هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222، فهو لم يعتمد على مذهب معين، ولم يكتف بالأحكام الفقهية المذهبية، بل أصناف إلى ذلك الاجتهاد، وهذا شيء إيجابي إذا روعي مراعاة حقيقية وعلمية[3].

-وبرجوعنا إلى القانون 84-11، نجده قد نص في المادة 54 منه على: يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مالم يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بمالا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم وباستقرائنا للمادة 54 نجد أن المشرع لم يفك الإشكال المطروح على طاولة النقاش في مجال الخلع، من زاوية هل يشترط رضا الزوج في المسائل الخلعية أم لا؟

فالمشرع فهل لنا مسألة البدل أو العوض في الخلع، أي حالة النزاع في بدل الخلع الذي سماه"المال المتفق عليه" دون ن يوضع لنا المسألة هل الرضا الزوج اعتبار أثناء المخالعة أم لا؟

وللإجابة سنسرد فيما يلي قرارين للمحكمة العليا ينصان على مايلي:

1- قرار ملف رقم 36709 صادر بتاريخ 1985/04/22 الخلع-الحكم بالتطليق، بين الزوجين خلعا على المبلغ مالي قدره 3000 دج طعن بالنقص- لعدم رضا الزوج بالخلع- قبول الطعن-

[1]- القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق ل 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر 75 -58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني والمتمم والمنشور في الجريدة الرسمية، عدد 44 لسنة 2005.

[2]- باديس ذبياني، صور فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص: 72.

[3]-أنظر أحمد لعور- نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع طبعة 2007 ص:70.

إن المادة54 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبول من طرف الزوج ولا يمكن للقاضي فرضه عليه[1].

2- ملف رقم 83606 قرار بتاريخ 1992/07/21م : قضية (ع،م) ضد (ب،ن) من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

ج: مرحلة تعديل القانون بالأمر 01/02 المؤرخ في فبراير2005م.

تعد هذه المرحلة التي أراد المشرع من خلالها تحديد الإطار الحقيقي للخلع بحيث اعتبره حقا للمرأة تتمتع به بصفة مطلقة، فلما يملك الرجل حق فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة تملك الزوجة حق حلها بواسطة الخلع موازاة، حيث نص المشرع في المادة 01/54 معدلة بالأمر 05/02" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

ثالثا:أثار الخلع.

انطلاقا من اعتبار الخلع" اتفاق حول مال تدفعه الزوجة لزوجها بغية مخالعتها " وهذا من خلال ما أقرته مادة 54 من قانون الأسرة الجزائري و المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية المصري وكذلك أراء فقهاء الشريعة الإسلامية بأن من آثار الخلع مايلي[2]:

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

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

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

---

[1]-إن لفظ التطليق هذا المنصوص عليه في قرار المحكمة العليا،يورد لنا لبس في ضبط و تحديد الألفاظ القانونية الخلع فسببه واحد هو"الكره و البغض" وبمقابل، وعليه فالفرق بين الفرقتين واضح شرعا و قانونا.

[2]-العربي بختي، أحكام الطلاق، مرجع سابق، ص:103.

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

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

❖المبحث الثاني: التطليق بإرادة الزوجة

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

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

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

❖ المطلب الأول: التطليق بطلب من الزوجة

اعتبرت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري- المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 لسنة 2005 التطليق صورة من صور انحلال الزواج، وذلك بطلب من الزوجة عن طريق القضاء،وكما تضمنته المادة 53 من القانون نفسه، هو جملة الأسباب التي عدّها المشرع الجزائري، وهن أسباب موجبات لحقّ الزوجة في طلب التطليق، حصرتهن المادة في سبع فقرات قبل التعديل، وبعد التعديل وسع المشرع من جملة الأسباب لتصل إلى عشر فقرات.

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح"التطليق"في المادة53من قانون الأسرة للدلالة على انحلال الزواج بطلب من الزوجة، وذلك ما ذهب إليه المشرع المغربي في قانون الأسرة من مدونة الأحوال الشخصية[1]،خلافا للمشرع الإماراتي الذي استعمل مصطلح "التفريق" في المواد:122-153

من قانون الأحوال الشخصية[2]، أمَّا المشرع التونسي[3]، فلم يورد هذين المصطلحين بل عبر عن ذلك بانحلال عقد الزواج بناءا على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

و في هذا المطلب سنعرج على:

الفرع الأول: مفهوم التطليق وسلطة القاضي قي إيقاعه

أولا: تعريف التطليق.

أ- في اللغة[4]:

1- أصل كلمة تطليق تعود إلى طلّقّ-تطليقا-طُلُوقا، وطلاقا: تحرّر من قيده و نحوه.والمرأة من زوجها طلاقا: تحللت من قيد الزواج و خرجت من عصمته.

2- طَلِقّ،طلّقّا: تباعد.

---

[1]-مدونة الأحوال الشخصية المغربية، المواد من 94 إلى 113، قانون رقم 03-07.

[2]-قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم – 2005

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

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

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

ب- في الاصطلاح:

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

ج- قانونا:

التطليق divorce judicaire: هوان ترفع الزوجة دعوى إلى القاضي تطالبه فيها بالتفريق بينها وبين زوجها ويطلق عليه أيضا التطليق القضائي ويتم بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة وإسنادا على أمر نص عليه القانون على سبيل الحصر اعتبار من منه متضررة في الحياة الزوجية والقاضي يفرق بينها وبين زوجها طبقا للقواعد العادلة والإنصاف وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المواد 48ومادة 53 قانو25ن الأسرة الجزائري أما المشرع المصري فقد نص في المواد 4-5-6 من قانون 25 لسنة 1920على التطليق.

ثانيا: المبرر الشرعي لطلب التطليق.

لم تبق إرادة الزوج في إحداث الطلاق على إطلاقها، حيث قيدت بضابط يتمثل في الطلاق عن طريق القاضي والذي اصطلِح عليه تسمية "التطليق"، فالمرأة هنا لها حق طلب إنهاء الرابطة

---

[1]-نفس المرجع السابق،ص:563.

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

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

[4]-المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

الزوجية بناء على إرادتها، وذلك إذا طرأت على علاقتها مع زوجها أمورا تحول دون مواصلة الحياة الزوجية، فجعل لها المشرع الجزائري حق اللجوء إلى القضاء ليطلقها وأوجبت على القاضي إجابتها متى وجد السبب المقتضى لما طلبت وامتنع الزوج عن المفارقة بالمعروف[1].

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

وعليه فإن المركز القانوني الناشئ من عقد الزواج، قد ينقضي بسبب وقائع تمسكت بها الزوجة أمام الجهة القضائية، مما استوجب حصر تلك الوقائع، التي يقف على رأسها الضرر المعتبر شرعا، باعتباره يلخص ويشمل كل أنواع المظالم والتجاوزات، التي يمكن أن تصدر من الزوج تجاه زوجته، والتي تبرر لها طلب التطليق، سواء كان الضرر ظاهرا أو مضمرا، يتعلق بجانب حسن المعاملة، أو له تأثير سلبي على نفسية المرأة، وفي كل الحالات، يجب على القاضي بعد محاولة الإصلاح، أن يجيب الزوجة لطلبها.

ثالثا: سلطة القاضي في إيقاع الطلاق.

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

الأصل في الطلاق أن يكون بيد الزوج لا بيد أحدٍ غيره،ولو كان قاضيا، ولكن أجاز المشرع الجزائري–متماشيا والشريعة الإسلامية–للقاضي بما له من ولاية أن يقوم بالتفريق بين الزوجين نيابة عن الزوج عند تضرر الزوجة وظلم زوجها لها، فتكون مهمة القاضي رفع الحرج عن الزوجة

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

المظلومة و المتضررة من نشوز زوجها[1]، وذلك إذا أثبتت سبب من الأسباب التي ذكرتهم المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

ويلاحظ أن التطليق عن طريق القاضي الذي يمكن المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا و دون موافقة الزوج، يختلف عن الطلاق بإرادة الزوج، التي قيدها باللجوء إلى القضاء، فتكون مهمة القاضي هاهنا تقرير الطلاق من عدمه، غير أن ما ذهب إليه القانون عكس ذلك[2]،إذا اعتد بوقوع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي عليه، لابد من وقت تصريح الزوج به، الأمر الذي قد يوقع الزوجين في خطر الحرام.

❖ الفرع الثاني: مشروعية التطليق والحكمة منه.

من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعريض استنادا على وجود ضرر معتبرا شرعا[3]، و فيمايلي سنعرج على: دليل التطليق من القرآن الكريم و السنة النبوية.

أولا: حكم التطليق وأدلته.

لم ترد في القرآن الكريم ولا في السنة العلمية الشريفة أيات و أحاديث تدل صراحة على مشروعية التطليق، إلا أن هناك ما يدل على مشروعية ضمنيا و أن للمرأة حق طلب التطليق إذا تضررت ومن ذلك مايلي:

1- من الكتاب:

قوله تعالى:**{ولا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا}**[4].

وقوله تعالى في الآية 19 من سورة النساء:**{وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}**.

---

[1]-محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق، مرجع سابق، ص: 228.

[2]-المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

[3]-قرار رقم 135435 الصادر بتاريخ 23 أفريل 1996م .ق،ع1998،01،ص:129. نقلا عن: عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، حسب آخر تعديل بموجب قانون 05-09 المؤرخ في 04 مايو 2005، دار الخلدونية، الجزائر،ط1، 2007،ص:54.

[4]- الآية 231 من سورة البقرة.

2- من السنة:

قوله صلى الله عليه وسلم: (**لا ضرر ولا ضرار...**).

ثانيا: الحكمة من التطليق.

إن حقها في التطليق ثابت شرعا وقانونا ولكن من جهة أخرى الزواج عقد أبدي لازم ونعمة والطلاق والتطليق قطع لهذه النعمة، ولا يجوز قطع النعمة هذه إلا للضرورة.

فالحكمة من طلب الزوجة التطليق يمكن تبيانها من عدة أوجه منها:

1- حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية، وذلك بمنع الرجل من أن يسيء استعمال ما خوله له من القوامة على الأسرة[1].

2- تغيير نظرة الرجل إلى المرأة، فليست مجرد منفعة مالية يحوزها كما هو منطق الماديين وليست مجرد متعة شهوانية كما يقول أصحاب الغرائز، لكنها وصلة إنسانية رفيعة مرموقة تقوم على المودة و التراحم، و التكامل النفسي و المادي و الجسدي و الله عزوجل يقول:{ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**}[2].

3- تهذيب الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي عليهن، حيث أوصى الرسول بالنساء خيرا في الكثير من الأحاديث منها قوله: استوصوا بالنساء خيرا، وقوله: أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقاً، وخياركم لأهله.

4- تحريم كل أساليب الإضرار و الإيذاء، بمختلف صور من عدم إنفاق أو عيب مستحكم.

5- حماية الأسرة من التفكك و الانحلال و تشرد الأولاد، وما ينجر عن ذلك من مساوئ و أخطار متنوعة.

---

[1]-عبد الحافظ عبد ربه- الثورة الاجتماعية في الإسلام- دار الكتاب اللبناني،بيروت، 1980،ص100.

[2]- الآية 231 من سورة الروم.

❖المطلب الثاني: أسباب التطليق

تدل الإحصائيات التي أجريت في العالم العربي على أن الأسباب المفضية إلى الطلاق تعود إلى أسباب متعددة و متنوعة نذكر منها: عدم الإنفاق على الأسرة، والتي هي قضية مالية، يتولى الزوج مسؤوليتها بتوفير الاحتياجات الضرورية و اللازمة لأسرته ما يجعل الزوجة و الأولاد أكثر التصاقا برب الأسرة[1]، و في حال تملصه من مهمته يتشكل الخطر و يترتب الطلاق و يتشرد الأولاد، يضاف إلى ذلك سوء السلوك و سوء المعاملة اللذين يرتبان شقاقا يحول دون مواصلة الحياة الزوجية.

❖الفرع الأول: أسباب التطليق المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية و الأسرية.

أولا: التطليق لعدم الأنفاق.

1-موقف المشرع الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 1 من ق،أ على أنه:

" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية منها: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 80.79.78 من هذا القانون.

لقد نصت هذه المادة في فقرتها الأولى على حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في حالة عدم الإنفاق، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1984/11/19 في التطليق لعدم الإنفاق حيث جاء فيه:" من المقرر فقها و قضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الأنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها"[2].

---

[1]-العربي بختي، أحكام الطلاق، مرجع سابق،ص:103.

[2]- المحكمة العليا غ.أ.ش ،1984/11/19، ملف رقم م.ق 1989 ع 3،ص:76.

2-موقف المشرع المصري:

نصت المادة 04 انه إذا كان للزوج ما ظاهر لا يجوز للقاضي الحكم بالتفريق، لأنه يمكن أن ينفذ على ماله مباشرة أما مختلف الحالات و التي بإمكان القاضي ان يحكم فيها بالتطليق فلابد أن يتوفر فيها شرط أساسي و أولي، و هو ألا يكون لهذا الزوج مال ظاهر، وهذه الحالة قد تتحقق بحضور الزوج أو بغيابه ولكل حالة أحكامها:

الحالة الأولى: وهي حالة عدم إنفاق الزوج الحاضر و تتحقق في ثلاث صور:

1)- إذا كان الزوج حاضر ولم يدّع إعساره وأصر على عدم الإنفاق، في هذه الحالة يطلق عليه القاضي ودون إهمال[1].

2)- إذا ادعى الزوج إعساره وأثبته أمهله القاضي مدّة لا تفوق شهرا، فإن لم يستطع الاتفاق خلال هذه المدّة طلّق عليه القاضي ومباشرة[2].

3)- إذا ادعى الزوج إعساره، ودون إثبات طلّق عليه القاضي في الحال ودون إهمال[3].

الحالة الثانية: وهي حالة عدم الإنفاق الزوج الغائب مع الاحتفاظ دائما بشرط ألا يكون له مال ظاهر،وهذا مانصت عليه المادة 05 السابقة في هذه الحالة ينبغي التفريق بين عدة حالات وهي حالة الغيبة البعيدة والقريبة، والحالي الفقدان والحبس.

1)- إذا كانت الغيبة قريبة بحيث يمكن الوصول الإعلان إليه، بسهولة أعلن بالحضور أو بإرسال النفقة وضرب القاضي له أجلا لذالك[4].

---

[1]- الأحوال الشخصية،مرجع سابق، ص:415.

[2]- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق،ص:424.

[3]- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق و أثارهما، مرجع سابق، ص: 178.

[4]- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص: 563.

2)- إذا كانت الغيبّة بعيدة بحيث لايمكن أن يصله الإعلان إلا بعد مدة طويلة أو من الصعب وصوله إليه طلق عليه القاضي دون إهمال[1].

3)- إذا كان غائبا ومجهول المحل بحيث لا يعرف إذا كانت غيبته قريبة أو بعيدة طلق عليه القاضي في الحال دون إهمال ودون أعذار[2].

4)- إذا كان الزوج مفقودا ولم يترك نفقة طلق عليه القاضي في الحال دون إهمال ودون أعذار.

5)- إذا كان الزوج مسجونا وأثبتت الزوجة إعساره ضرب له أجلا وأعلم بذلك مثله مثل:

الغائب قريب الغيبة معلوم المكان، وبعد انتهاء الأجل دون إنفاق يطلق عليه القاضي.

ثانيا: التطليق للعيوب.

1- موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للعيوب.

وضع المشرع الجزائري عدة شروط حتى يمكن العيب الموجود بالزوج سببا للتفريق بين الزوجين بناء على طلب الزوجة، تتمثل هذه الشروط في:

1- أن يكون العيب موجودا بالزوج فقط دون الزوجة، لان العيوب إذا كانت في الزوجة فالزوج يملك طلاقها في أي وقت يريد بإرادته المنفردة.

2- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج، أي تمنع الدخول والاستمتاع.

3- أن لا تكون عالمة بحال زوجها قبل التعاقد، فإن تزوجته وهي تعلم بوجود العيب، سقط حقها في طلب التطليق[1].

---

[1]- حسن حسنين، أحكام الأسرة فقها وقضاء، ط1، دار الآفاق الغربية، القاهرة، ص: 284-285.

[2]- أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية و القانون، دار الجمهورية للصحافة، د. ب. ن، 2003ن ص: 397-398.

4- أن يتم إثبات ما تدعيه الزوجة بكافة و سائل الإثبات بالخبرة أو شهادة شهود، أو الإقرار أو غيرها.

2- موقف المشرع المصري:

أجاز المشرع المصري بدون للمرأة حق طلب التفريق للعيوب ولم يجز ذلك للزوج، لأنه أخذ هو الآخر برأي أبي حنيفة نصت المادة 09 من القانون رقم25 لسنة1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة1985 على مايلي :" للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منها بعد زمن طويل.

إذا بحثنا في العيوب الموجبة للتفريق من طرف الزوجة في التشريع المصري نجد قسمان، قسم كان يعمل به قبل صدور قانون رقم 25 لسنة 1920 وقسم جاء به هذا الأخير، ما كان يعمل به قبل القانون السابق هو ما جاء في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية[2]، وهذا القسم من العيوب مازال يعمل بها إلى جانب القانون المذكور حسبما جاء في المذكرة الإيضاحية له وما أيدته محكمة النقض المصري[3]،القاضية بالعمل بالعيوب الموجبة للتفريق بمقتضى مذهب الإمام أبى حنيفة وذلك وفقا للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية[4].نستخلص مما سبق أن المشرع المصري كان يأخذ بالعيوب التي تتصل بقربان الرجل لزوجته وهي العيوب التناسلية، بالإضافة إلى ماجاء القانون المذكور وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش معه الزوجة إلا بضرر، و بأخذ المشرع المصري قبل سنة 1920م بالراجح مذهب أبي حنيفة يكون قد اقتصر على العيوب التناسلية فقط، أما بعد إصدار قانون 1920/25 فإنه قد وسع من دائرة هذه العيوب، ووضع لها

---

[1]- بلحاج العربي ، صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص: 570-571.

[2]- لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، الصادر بها الأمر المايو ، المؤرخ في 15 ذي الحجة سنة134 الموافق 28 مايو 1897 والمعدلة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931.

[3]- طعن رقم 8 لسنة 1945، ق الأحوال شخصية جلسة 19-12-1975، والذي جاء فيه ما يؤكد العمل بالعيوب التناسلية وفقا لأرجح من مذهب أبي حنيفة إلى جانب العيوب المنصوص عليها بالقانون رقم 25—1920، وهذا ما أكدته مذكرته الإيضاحية ومما جاء في هذا الطعن.

[4]- تنص المادة 280 من لائحة المحاكم الشرعية على مايلي :تصدر الأحكام طبقا للمدون في هذه اللائحة و لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة..، نقلا عن عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية،ط1، الإسكندرية، ص: 658.

معيارا يجمعها دون حصرها، ويتمثل هذا المعيار في عنصرين اثنين أو لهما استحكام العيب وعدم الشفاء منه أو الشفاء منه بعد زمن طويل، أما المعيار الثاني فهو تضرر المرأة من هذا العيب و قد جاء القانون بأمثلة من العيوب العقلية كالجنون وأمثلة من العيوب المعدية والمنفرة كالجذام و البرص.

ثالثا: التطليق للهجر في المضجع.

1- موقف المشرع الجزائري:

يشترط التطليق للهجر في المضجع في القانون الأسرة الجزائري، توافر شروط أساسية معينة حتى يمكن للزوجة أن تلجأ للقضاء وهي:

أ- أن يهجرها زوجها في المضجع، و يترك فراش الزوجية و يدير لها ظهره و لا يعاملها معاملة الأزواج بل ينصرف عنها ويهمل وجودها.

ب- أن يستمر هذا الهجر لمدة تفوق أربعة أشهر متتالية بحيث لا يقع بين الشهر و الآخر أي اتصال بينهما ولو لمرة واحدة طيلة هذه المدة[1].

ج- أن يكون هذا الهجر عمديا و مقصودا و أن لا يكون هناك ما يبرره لا من الناحية الشرعية ولا من الناحية القانونية.

2- موقف التشريع المصري:

لم يفرد المشرع المصري مادة قانونية مستقلة خاصة بالهجر، وإنما اعتبر الهجر من بين الضرر الذي يقع على الزوجة من طرف الزوج و الذي نص عليه في المادة 6 من القانون 1929/25، واجتهادات محكمة النقض المصرية أن من أنواع الضرر الموجبة للتفريق ثبوت

[1]- نعيمة تبودوشت، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2000، ص: 153.

واقعة الهجر الزوج زوجته في الفراش والتي تكفي وحدها للحكم بالتفريق [1]، كما اعتبرت غيبة الزوج عن بيت الزوجة مع الإقامة في بلد واحد صورة من صور الهجر المحقق للضرر، و الهجر أهم أنواع الضرار، كما اعتبرت تراضي الزوج عمدا في الدخول بزوجته و الاستقرار في حياة زوجته لعدة سنوات ضرب من ضروب الضرر إذا كان السبب راجع إليه[2]، ويعتبر هذا بالتالي هجرا.

رابعا: التطليق للحكم بعقوبة.

1- موقف المشرع الجزائري:

في البداية تجدر الإشارة إلى أن المادة 4/53 من قانون الأسرة الجزائري تم تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02 حيث كانت تنص قبل التعديل على:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، حيث قام بحذف " العقوبة الشائنة"، كما قام بحذف العبارة الدالة على تحديد مدة العقوبة" أكثر من سنة.

وبتحليل نص المادة 4/53 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري وضع عدة شروط حتى تقبل دعوى التطليق و يحكم للزوجة بالتطليق، تتمثل هذه الشروط في:

أ- يجب أن يصدر ضد الزوج حكم في جريمة معينة، حائز لقوة الشيء المقضي، بحيث يصبح غير قابل للطعن فيه لا بالطرق العادية ولا الطرق غير العادية[3].

ب- أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، أي أن تكون الأفعال التي ارتكبها الزوج من تلك التي تمس شرف الأسرة و سمعتها.

---

[1]- أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق و أثارهما، مرجع سابق،ص: 231.

[2]- طعن رقم 65 سنة 52ق، جلسة 1984/06/26.

[3]- عبد العزيز سعد، مرجع سابق:ص:266.

ج- أن تستحيل مع هذه الجريمة مواصلة العشرة و الحياة الزوجية، فتتغير العلاقة بين الزوجين وتتوتر بسبب هذا الحكم، و يتحول الحب و المودة إلى بغض وكراهية[1].

2-موقف التشريع المصري:

أخذ المشرع المصري برأي ابن تيمية والذي يعطي الزوجة الحق في طلب التطليق للحبس[2]،وهذا ما جاء في المادة 14 من القانون رقم 25 لسنة1929[3] و التي نصت على مايلي: " لزوجة المحبوس عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة 3 سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه" .

يظهر من هذا النص شروط طلب التطليق للحبس في التشريع المصري و تتمثل فيمايلي:

أ- أن تكون العقوبة مقيدة للحرية، وهذا يعني استثناء العقوبات السالبة للحياة و العقوبات المالية و حتى عقوبة الحبس مع وقف التنفيذ.

ب- صدور حكم نهائي على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية، وهي الحبس و السجن و الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة[4].

د- أن ترفع دعوى التطليق بعد مضي سنة على التنفيذ الزوج عقوبة الحبس، و هذا قياسا على غيبة الزوج سنة فأكثر.

---

[1]- مرجع نفسه،ص:267.

[2]- محمد كمال الدين إمام ، أحكام الأحوال الشخصية، دراسة تاريخية و تشريعية و قضائية، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص: 151، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية،2001، ص:84، محمد أحمد شراح، محمد كما الدين إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1999،ص:127.

[3]- محمد السناري، قوانين الأحوال الشخصية ، مركز البحوث بمجموعة السواري، القاهرة،2000،ص21.

[4]- أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، مرجع سابق،ص: 425، حسن حسنين، مرجع سابق، ص: 317-318، أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص:343-344.

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

1- موقف قانون الأسرة الجزائري:

أجاز المشرع الجزائري التطليق للغياب حسب الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، غير أنه وضع شروطا لذلك، تتمثل هذه الشروط في:

أ- أن يغيب الزوج غيبة طويلة تفوق السنة، تحسب هذه المدة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى..

ب- أن يغيب الزوج عن زوجته دون عذر شرعي و قانوني مقبول دفعة لذلك، ذلك أنه لو غاب الزوج عن زوجته لمدة سنة أو أكثر بسبب تأديته الخدمة العسكرية، فإنه لا تقبل دعوى التطليق لغياب الزوج في مثل هذه الحالات[1].

ج- أن يغيب الزوج عن زوجته دون أن يترك لها مالا تنفقه على نفسها و أولادهما

2- موقف التشريع المصري:

لقد نص المشرع المصري على حق الزوجة في طلب التطليق على زوجها لغيبته عنها وذلك في المادتين 12 و13 من القانون رقم1929/25[2] والتي نصّها كالأتي:

المادة 12:" إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررّت من بُعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

المادة 13:" إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا و أعذر إليه بأنه يطلّقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلّقها.

---

[1]- تركماني نبيلة ، أسباب الطلاق و أثاره القانونية و الاجتماعية مرجع سابق، ص:59.

[2]- للاطّلاع على هذه المواد و التعليق عليها ارجع إلى كل من:- أحمد إبراهيم بك' واصل علاء الدين إبراهيم ، مرجع سابق، ص: 20. عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق،ص: 418.

ومن شروط التطليق وفقا للمادتين السابقتين[1]:

1- أن يغيب الزوج في بلد غير الذي تسكنه الزوجة[2].

2- أن تكون الغيبة سنة فأكثر، فلا تقبل دعوى التطليق للغيبة قبل مضي هذه المدّة و السنة و المقصودة هي السنة الشمسية وعدد أيامها 365 يوما[3].

3- أن يكون الغياب بدون عذر مقبول، وتقدير العذر يرجع إلى قاضي الموضوع.

4- أن تتضرر الزوجة من الغيبة و تطلب التطليق لأن التضرر من الغياب هو سبب الدعوى وليس الغياب في حد ذاته.

5- أن يتخذ القاضي الإجراءات اللازمة إذا كان الغائب معلوم المكان وتصله الرسائل بإعلامه وإمهاله فترة من الزمان قبل التطليق عليه.

سادسا: التطليق للضرر المعتبر شرعا و الفاحشة.

أ- التطليق للضرر المعتبر شرعا:

1- موقف قانون الأسرة الجزائري:

إن ما يميز المشرّع الجزائري في موضوع التطليق للضرر أنّه فصل كثيرا في صور الضرر وضع عدة أسباب تجيز للزوجة طلب التفريق، ثمّ أضاف في النقطة ماقبل الأخيرة وفي الفقرة6 من المادة53:" كل ضرر معتبر شرعا لا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين8 و 37 أعلاه"

---

[1]- أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين إبراهيم، مرجع سابق، ص: 417-418؛ مّعوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج1، ط6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص: 699؛ زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه المقارن ، معهد الدراسات الإسلامية بالزمالك، د،ت،ن، ص: 175؛ حسن حسانين، مرجع سابق، ص:304.

[2]- وهذا ما قضت به محكمة النقض المصريةّ، الطعن رقم 87 لسنة 54 قضائية، أحوال شخصية، جلسة 1988/02/26، نقلا عن أحمد إبراهيم بك ، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع نفسه، ص: 418.

[3]- طبقا للنص المادة 23 من القانون رقم 25 لسنة 1929 و التي تنص على: " المراد بالسنة في المواد من 12، 18 هي السنة التي عدد أيامها 365 يوما".

ولقد وضع المشرع عدة شروط لابد من توافرها حتى يحكم القاضي بالتطليق للضرر، تتمثل هذه الشروط في:

أ- أن يقع الضرر من الزوج

ب-أن يكون الزوج متعمدا الإضرار بزوجته، أي يقوم بالإضرار بها بإرادته الكاملة.

ج- أن يكون الضرر الذي أصاب الزوجة معتبر شرعا[1].

2- موقف القانون المصري:

كان القضاء المصري، كما أشرنا مرارا، يأخذ بالمذهب الحنفي قبل سنة1929، حيث لم يكن يأخذ بالتطليق للضرر[2]. لكن بعد صدور القانون رقم 1929/25 وجد المشرع المصري نفسه مضطرا لأخذ بالمذهب المالكي في هذا المضمار والذي يتماشى أكثر مع مقاصد الشريعة الإسلامية ومع الظروف الاجتماعية و المستجدات المعاصرة:" إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها طلقة بائنة إذا ثبت الضرر و عجز عن الإصلاح بينهما....."[3].

حيث نلاحظ ان المشرع المصري لم يأخذ بالمعيار المادي للضرر الواقع على الزوجة والموجب التفريق، إنّما أخذ بالمعيار الشخصي، أي مدى تحمل ذلك الضرر من طرف الزوجة ومدى تمكنها من مواصلة العشرة الزوجية به.

[1]- اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص: 146-147.

[2]- زكي الدين شعبان ، مرجع سابق، ص:536.

[3]- ارجع في مواد التفريق الضرر في التشريع المصري إلى:- أنور العمروسي، المرجع الوافي في القضاء الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الحديث الطبع و النشر ، القاهرة، 1963، ص 265- 266.

ب- التطليق للفاحشة:

1- موقف قانون الأسرة الجزائري :

أجاز المشرع الجزائري للزوجة حسب المادة 7/53 من قانون الأسرة، أن تطلب التطليق إذا ارتكب زوجها فاحشة مبينة، غير أن هذه الفقرة لم تحدد المقصود بالفاحشة المبينة، فقد تتصرف إلى الخيانة الزوجية أو الجرائم الأخلاقية، فمصطلح الفاحشة جاء بصيغة نكرة في هذه الفقرة لذلك لابد من إحالته إلى الشريعة الإسلامية والتي فصلت في ذلك على النحو السالف ذكره[1].

وحتى تقبل دعوى التطليق في هذه الحالة، لابد من توافر شروط معينة، تتمثل هذه الشروط في:

1- أن يكون هذا الفعل الذي ارتكبه الزوج مخلاً بالحياء و الآداب العامة، أي كل فعل منافٍ لمبادئنا الإسلامية ويعتبر فاحشة ومن الكبائر.

2- يجب أن يكون هذا ارتكب من طرف الزوج، كما يجب أن تكون العلاقة القائمة بين الزوجة طالبة التطليق و الزوج مرتكب الفاحشة المبينة، و مستوفٍ لكل أركانه و شروطه الشرعية والقانونية، ولا يزال قائما إلى حين رفع دعوى التطليق ، فلا تقبل دعواها إذا كان الزواج باطلاً[2].

❖ الفرع الثاني: البنود التي أضافها التعديل كأسباب للتطليق.

ركز قانون الأسرة الجزائري على سبع حالات تمكن الزوجة من طلب التطليق بناء على أي حالة منها، وفي ذلك ترشيح للمبدأ القائل بأن صورة التطليق هاته إنما وجدت للتيسير على الزوجة فك زوجيتها إن هي أرادت ذلك، ولأن المسألة لا تتعلق بالحق الأصيل، شرع القانون السبع حالات

---

[1]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص: 205.

[2]- نعيمة زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص:141.

المذكورة سلفا و التي توجب التطليق، وهي حالات مؤسسة في معظمها على ما خلص إليه فقهاء الشريعة في هذه القضية، وبموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتتم لقانون الأسرة أضاف المشرع حالات أخرى للمادة 53، و في مايلي سنعالج الحالات المضافة بموجب التعديل.

أولا: التطليق لمخالفة أحكام المادة الثامنة من ق.أ.ج والمادة 11 مكرر من ق.أ.ش،المصري.

1- موقف قانون الأسرة من التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل.

ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي هو مقبل على الزواج بها، أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

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

من خلال هذه المادة نستخلص عدة شروط لابد من توافرها لتعدد الزوجات وهي:

1- وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، و المشرع الجزائري في هذا الصدد لم يوضح ماهو المبرر الشرعي مما يجعل الأمر موكولا إلى الاجتهاد القضائي لتعريف هذه العبارة، فقد تكون المبررات مرض الزوجة مثلا أو عقمها[1] .

[1]- عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية و التطبيق في قانون 11/84 قانون الأسرة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد41، ج2، الجزائر، 2003، ص: 94.

2- ضرورة توفر شروط ونية العدل بين الزوجات، حيث استعمل المشرع الجزائري عبارة " شرط ونية العدل" ولعل تفيد شروط العدل المادي ، أي كل زوجة تتمتع ماديا بما تتمتع عبه الأخرى من اللباس والإنفاق ، أما نية العدل فهي موكولة إلى ضمير الزوج المقدم على الزواج ثانية.

3- إخبار الزوجة التي هي في عصمته برغبته في الزواج بأخرى.

4- وجوب تقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وعلى القاضي أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة والزوجة المراد الزواج منها، ويجب توفر العدل، وإذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول[1].

ولكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه رغم تشديده للحصول على هذا الترخيص،فقد يلجأ الزوج إلى الزواج العرفي ثم يطلب بتثبيته أمام المحكمة حتى ولو لم توافق الزوجة الأولى والزوجة اللاحقة، أو تعلما حتى.

2- موقف القانون المصري من التطليق للزواج بأخرى.

بعد50 عاما جاء تعديل قانون 20لسنة 1929م وذلك بقرار 44 لسنة 1979 الصادر بتاريخ 21 يونيو 1979، حيث أعطى الحق للزوجة في طلب التطليق دون تحميلها عبء الإثبات الضرر.

حيث جاء في نص القرار مايلي:" على الزوج أن يقدم للموثق إقرارا كتابيا يتضمن حالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبيّن في الإقرار إسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته وقت العقد الجديد ومحال إقامتهنّ، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب موصى به.

[1]- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية ، الجزائر، ط1، 2009،ص: 123.

في شهر ماي 1985 صدر حكم المحكمة الدستورية العليا ببطلان القرار بقانون رقم 44 لسنة1979[1].

وترتب على هذا البطلان سريان قوانين الأحوال الشخصية الصادرة في 1920-1929، ولهذا صدر قانون رقم 100 لسنة 1985 سرعا لكن هذا القانون لم يعطي الزوجة حقا وإنما ألزمها بإثبات الضرر المادي أو المعنوي.

حيث أن قرارات محكمة النقض المصرية أكّدت ضرورة إثبات الضرر لطلب التطليق للزواج بالأخرى ، حيث ومن بين ماجاء فيها :" التطليق للزواج بأخرى وفقا للمادة 11 مكررا من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بقانون 100 لسنة 1985، شرطه إثبات الزوجة وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى ممّا يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما وعلى الزوجة إقامة الدليل على إصابتها بضرر منهيا عنه شرعا مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق وليس مترتبا عليها منافيا لحسن العشرة بينهما، عدم اعتبار الزيجة الثانية هي المناسبة التي وقع الضرر مرتبطا بها، مؤداه أحقية الزوجة في طلب التفريق طبقا للقاعدة العامة في التطليق للضرر وفقا المادة 6 من المرسوم بقانون رقم25 لسنة 1929[2].

ثانيا: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين.

1- موقف قانون الأسرة الجزائري:

الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق استحدثه المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، حيث أمكن للزوجة المتضررة من طول الخصام والشقاق المستمر بينها وبين زوجها وسوء العشرة بينهما أن تلجأ للقضاء وتطلب التطليق[3].

---

[1]- الفضية رقم 28 لسنة 2 قضائية جلسة 1985، 4/5/4.

[2]- نقلا عن أحمد إبراهيم بك ، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم بك، مرجع سابق، ص: 494.

[3]- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق،ص: 205.

ومصدر هذه الفقرة المستحدثة هو الاجتهاد القضائي، لا سيما اجتهاد المحكمة العليا والتي جسدت ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار رقم 224655 الصادر بتاريخ 1999/06/15 والذي جاء فيه مايلي:

(من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا ومتى تبين- في قضية الحال- أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام و بتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون)[1].

فبمجرد رفع دعوى التطليق للشقاق للمرة الثانية بعد رفع الدعوى الأولى لعدم إثبات الضرر، يتعين على القاضي تعيين حكمين من أهل الزوجين وجوبا، بغية التوفيق و الإصلاح بينهما و هذا طبقا للفقرة الأولى من المادة 56 من ق.أ.ج[2].

2- موقف التشريع المصري:

أدرج المشّرع المصري النص على الشقاق بين الزوجين مع نفس النص الذي يتحدث عن الضرر، لان الشقاق واستمراره من شأنه الإضرار بالزوجين وهو صورة من صور الضرر.لكن هذا الضرر ليس بالضرورة مرتكب من طرف الزوج على الزوجة كما أنه و إذا ثبت الضرر الذي تشتكي منه الزوجة فإن القاضي يطلق حتما. أما إذا لم يثبت الضرر و تكررت الشكوى فهذا هو الشقاق الذي يستدعي من القاضي إتباع إجراءات معينة.

النصوص الكاملة التي تتحدث عن الشقاق والضرر وإجراءات التحكيم هي:11.10.9.8.7.6 من القانون رقم 25 لسنة1929م، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م:

[1]- م.ع،غ.أ.ش، ملف رقم 224655 الصادر بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، ع.خ، 2001،ص: 129.

[2]- تنص المادة 56 من ق.أ.ج على أنه:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي حكمين، حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

-المادة6:" إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق و حينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى و لم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين و قضى على الوجه المبين بالمواد[1] 11.10.9.8.7"

- المادة7:" يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن و إلا فمن غيرهم ممّن لهم خبرة بحالهما و قدرة على الإصلاح بينهما"

- المادة 8:" أ- يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألاّ تجاوز مدّة ستّة أشهر و تخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك. وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة.

ب- يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرّة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين".

-المادة 9:" لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تمّ إخطاره.

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على آية طريقة ممكنة".

-المادة10:" إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1- فإن كانت الإساءة كلّها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .

2- إذا كانت الإساءة كلّها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلتزم به الزوجة.

[1]- المواد:11.10.9.8.7.6 ، من قانون الأحوال الشخصية المصري، من قانون رقم25 لسن1929م، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985

3-إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4- وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقتراح الحكمان تطليقا دون بدل".

-المادة11:" على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بنيا عليها فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال و قدرة على الإصلاح وحلّفته اليمين المبيّنة في المادة 8 الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلّها أو بعضها و إلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كلّه مقتضى"[1].

ثالثا: التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج.

1- موقف قانون الأسرة الجزائري:

لقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنابلة، في أصل الاشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط، التي يريانها -الزوج والزوجة- ضرورية في العقد لكونها تعود بالمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما.

فأجاز المشرع الجزائري للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل مايريانه ضروريا، مالم يتناف مع أحكام قانون الأسرة الجزائري[2]، قد خص بالذكر صورتين للاشتراط على سبيل المثال لا الحصر؛ وهما تعدد الزوجات وعمل المرأة، ورتب على الإخلال بهما منح الحق للمرأة في طلب التفريق.

وجدير بالذكر أن هذا الشرط الأخير لا يتعارض مع مبدأ تعدد الزوجات طالما أن الاتفاق على هذا الشرط أمر جوازي ومتروك لإرادة الزوجين، وطالما أن قانون الأسرة يبيح مبدأ تعدد الزوجات كأصل عام، مع وضع بعض القيود عليه بهدف حماية الزوجتين السابقة و اللاحقة.

[1]-عبد الفتاح مراد، قوانين المكملة لها وفقا لأحداث التعديلات، مرجع سابق، ص:78ومايليها.

[2]- المادة 19 من ق.أ.ج تنص على:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.

الخاتمة

خاتمة:

لقد أحدث الإسلام تغيرا جذريا في حالة النساء من ناحية إحياء حقوقهن الطبيعية و إحلالهن من المجتمع في المكان اللائق بهن، فأصل أصولا جعلها في مستوى العقائد الأولية الضرورية.

فرفع مكانة المرأة وصانها من الاضطهاد و الاستبداد و التعسف الذي كان يلاحقها في السابق فضاعت حقوقها وفقدت كرامتها، وتبخرت إنسانيتها رغم أنها الأم و الزوجة و البنت، أما من الجانب القانوني فبعد تعديل قانون الأسرة- بموجب الأمر 05-02 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005- اكتسبت مركزا قويا من الناحية القانونية، حيث بتوفيق من الله أشرفنا على نهاية هذا البحث المتعلق بالمركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق في التشريع الجزائري و المصري فحاولنا الإحاطة بمختلف جوانب هذا الموضوع وهذا من خلال المزاوجة و المقارنة بين التشريع الجزائري والمصري وما جاء به الفقه الإسلامي.

وعلى ضوء ذالك توصلنا إلى النتائج و التوصيات التالي:

أولا: النتائج.

أ- من الناحية القانونية والنظرية في جانب قضايا الطلاق نجده أعطى للمرأة مركزا قويا ، لكنه من الناحية العملية و الواقعية، لا يزال هشا وضعيف في ظل تواجد مجموعة من النسوة اللاتي يعانين الجهل ويعشن تحت ظل ثقافة طاعة الرجل والصبر عليه ظالما ومتعسفا، لذا وجب دعم مركز المرأة من الناحية الواقعية، من زاوية تكبيل سيطرة الرجل اللاشرعية، الظالمة له ولزوجته وأولاده.

ب- التوعية والإرشاد في المساهمة في تقوية المراكز القانونية للزوجين.

ت- لم يفرق القانون بين الزوجة الغنية و الفقيرة في سلطة تقدير القاضي لتحديد مقابل المال في طلاق الخلع.

ث- يحتاج مركز المرأة القانوني في التطليق، والخلع إلى إعادة نظر و تعديل.

ج- تقف المرأة في الطلاق بالتراضي على قدم المساواة مع الرجل، وهو منطق سليم لا يجافي لا العقل و لا المنطق.

ثانيا: التوصيات.

ا- حماية المرأة من أثار الطلاق بإرادة قبل الزوج وهذا في إطار مراجعة المادة 48 من ق.أ،ج.

ب- يجب على المشرع الجزائري أن يتدارك الثغرات بالتعديل والنص عليها بصراحة عوض

السكوت عنها في ظل عدم وجود قضاة متخصصين في الشريعة حتى لا يفسر دائما الرجوع إلى المبادئ الفقه الإسلامي طبقا للأحكام المادة 222 من قانون الأسرة.

ت- هناك العديد من النقاط و المسائل المتعلقة بموضوع التطليق، أهملها وتركها المشرع مبهمة و غامضة دون تنظيم ولا توضيح، نتج عنه تضارب في الأحكام القضائية لذا وجب على المشرع أن يتدارك الهفوات التي وقع فيها و يذكر كل الأحكام و المسائل المتعلقة بالتطليق بشكل دقيق لا يدع مجالا للشك.

ث- المشرع الجزائري لم يهتم بموضوع الخلع رغم أهميته و ما قد يترتب عن التطبيق الخاطئ لفكرة الخلع من تشتيت الأسرة و تفريق الأولاد.

ج- تفعيل إجراء التحكيم في الخلع للحفاظ قدر للإمكان على أواصر الأسرة، و الاستعانة بالحكمين سواء من أهل الزوجين أو من أهل التخصص و الخبرة .

ح- ضرورة إنشاء محكمة للأسرة على غرار المحكمة الإدارية و تقسيمها إلى أقسام من بينها قسم خاص بالنزاعات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية لا يثقل كاهل القضاة و للوصول إلى تحقيق العدالة الموجود من اللجوء إلى القضاة.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع.

القرآن الكريم.

أولا : الكتب

1) **ابن المنظور**، لسان العرب، الطبعة الأولى، المجلد الثاني، دار صادر بيروت، 1997.
2) **ابن النجيم**،البحر الرائق،الجزء4، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية،الطبعة الأولى،دار ابن حزم،بيروت،1997.
3) **ابن رشد**، بداية المجهد ونهاية المقصد، ج2.
4) **ابن ضويان**،إبراهيم بن محمد بن سالم،منار السبيل في شرح الدليل،ج:2،مكتبة المعارف،الرياض،سنة النشر:1405،ط2.
5) **ابن قدامة**، الكافي في فقه ابن حنبل، ط5، 1998، المكتب الإسلامي، بيروت، ج3.
6) **ابن مفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي أبو إسحاق**، المبدع في شرح المقنع،ج:7، المكتب الإسلامي،بيروت،سنة النشر:1400.
7) **أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي** المعروف بالحطاب الرعينى، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط و تخريج الشيخ زكريا عميرات، ج5،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995م.
8) **أبى محمد بن عبد الله بن سعد بن سعيد بن أبي جمرة الأزدي الأندلسي**، صحيح البخاري،كتاب الطلاق،باب الخلع وكيفية الطلاق فيه،حديث رقم5273.
9) **أحمد إبراهيم بك**، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية و القانون، دار الجمهورية للصحافة، د. ب. ن، 2003.
10) **احمد ذيب**، قواعد الطلاق وضوابط الفراق،قواعد و ضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد،دار هومة للنشر والتوزيع ،الجزائر.
11) **احمد فراج حسين**، أحكام الأسرة في الإسلام–الطلاق و الخلع. والحقوق الأولاد.النفقة الأقارب ،وفقا الأحداث التشريعات القانونية ،دار الجامعة الجديدة للنشر 2004 .
12) **أحمد لعور– نبيل صقر**، الدليل القانوني للأسرة، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع طبعة 2007.

13) **أحمد نصر الجندي**، الطلاق و التطليق و آثارهما، دار الكتب القانونية، مصر 2004.

14) **البخاري**، الجامع الصحيح، ط3، 1987، دار ابن الكثير، بيروت، ج5، ص:2084.باب وجوب النفقة على الأهل والعيال رقم 5040.

15) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن بين الأحوال الشخصية والمذاهب الأربعة و السنية، و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية، لبنان.

16) **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، الجزائر، ط4، 2005.

17) **بن شيخ الرشيد**، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

18) **حافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القز ويني**، السنن، تحقيق شعيب الأرنئوط، محمد كامل قرة بللي، أحمد برهوم، ج3، دار الرسالة العالمية، ط1، سوريا،2009.

19) **حسن حسنين**، أحكام الأسرة فقها وقضاء، ط1، دار الآفاق الغربية، القاهرة.

20) **د-نصر سليمان** ،ا- **سعاد السطحي** ،أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ،دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع ،عين مليلة 2003.

21) **رمضان علي السيد الشرنباصي**، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2006.

22) **السمرقندي محمد ،بن أحمد**، تحفة الفقهاء، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ،بيروت سنة النشر 1405.

23) **الشعراوى أحمد بن غنيم بن سالم**، الفواكه الدواني على الرسالة ،ابن آبى زيد القيرواني،ج2،دار الفكر.ص:34.

24) **شوقي ضيف وآخرون**، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية ، مصر، ط4 .

25) **طاهري حسين**، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر،ط2001.

26) **عاطف فؤاد صحصاح**، الخلع والطلاق بين الشريعة الإسلامية والقانون.دار إيجي مصر للطباعة والنشر، د.ت.ن.

27) **عبد الحافظ عبد ربه**،الثورة الاجتماعية في الإسلام- دار الكتاب اللبناني،بيروت، 1980.

28) **عبد الحميد الجياش**، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما ، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية ، لبنان،ط1،2009.

29) **عبد العزيز سعد**، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،ط3،دار هومة، الجزائر،1996.

30) **عبد الفتاح تقية**، الإشكالات القانونية بين النظرية و التطبيق في قانون 11/84 قانون الأسرة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد41، ج2، الجزائر، 2003.

31) **عبد القادر بن حرز الله** ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط2007،1.

32) **عبد الله عبد الرحمان ألسعيدي**، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28)لسنة 2005، دار الأفاق المشرقة، المملكة الأردنية الهاشمية، ط1، 2012.

33) **العربي بختي**، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر ط1، 2013.

34) لحسين بن شيخ آث ملويا،المرشد في قانون الأسرة،مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا من سنة1982إلى سنة2014، دار هومة،الجزائر، دط،2014.

35) **مالك بن أنس**، المدونة الكبرى، د ر ط ، د.ت، ط، دار الصادر،بيروت،ج4.

36) **مبروك المصري**، محاضرة" تأملات في قانون الأسرة الجزائري، الملتقى السنوي السادس عشر، للعلاقة الشيخ سيدي عبد القادر بن محمد تحت عنوان فقه الأسرة ودوره في بناء الحضاري للأمة"، زاوية سيد الشيخ ، بلدية فقارة الزوى سنة 2005.

37) **محفوظ بن الصغير**، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 ،دار الوعي للنشر و التوزيع ،دط،2012 .

38) **محمد إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي**، لسان الحكام في معركة الأحكام، ألبابي الجلي:القاهرة، ط2، سنة النشر:1393-1973.

39) **محمد الخطيب الشربيني**، مغني المحتاج، د.ر.ط، د.ت، ط، دار الفكر، بيروت، ج3.

40) **محمد سمارة**، أحكام و أثار الزوجية شرح مقارن الأحوال الشخصية، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

41) **محمد كمال الدين إمام**، أحكام الأحوال الشخصية، دراسة تاريخية و تشريعية و قضائية، الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

42) **المرغيناني**،علي بن أبى بكر بن عبد الجليل، متن البداية المبتدئ في فقه الإمام أبى حنيفة

43) **مسعودة كمال**، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري ،ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر ،سنة النشر 1986.

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

45) **وهبة الزحيلي**، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، ج8، ط3، دار الفكر، سوريا،2012.

ثانيا: الرسائل و المذكرات.

1) **خوله ظريف**، المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق، مذكر ماستر، فرع الأحوال الشخصية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة 20 أوت 1955 ،سكيكدة ،سنة 2014-2015.

2) **نعيمة تبودوشت**، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2000.

3) **نعيمة زيتوني**، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.

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

5) **يوسفات علي هاشم**، الخلع و الطلاق بالتراضي، في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة ،كلية الحقوق، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، السنة الجامعية 2008-2009.

ثالثا: المقالات علمية.

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

رابعا:اجتهادات قضائية:

1) المحكمة العليا، غ،أ،ش،1988/06/18،ملف رقم 75141 م ق ،العدد الأول ،1993.
2) المحكمة العليا،غ،أ،ش، 1996/04/23 ،ملف رقم 135435 1996،م .ق،العدد الأول، 1998.
3) لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، الصادر بها الأمر المايو ، المؤرخ في 15 ذي الحجة سنة134 الموافق 28 مايو 1897 والمعدلة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931.
4) طعن رقم 8 لسنة 1945، ق الأحوال شخصية جلسة 19-12-1975،
5) المحكمة العليا غ.أ.ش ،1984/11/19، ملف رقم م.ق ، العدد الثالث، 1989.
6) المحكمة العليا غ.أ.ش ،1984/11/19، ملف رقم، العدد الثالث، .1989
7) المحكمة العليا، غ ،أ ،ش،1994/04/19، ملف رقم 103637 ، ع خ، 2001.
8) المحكمة العليا، غ، أ، ش ، 2000/05/23،ملف رقم 243943 ، 2001.
9) المحكمة العليا، غ أ ش،1988/07/18 ملف رقم 49858 العدد الأول،1992.
10) المحكمة العليا،غ.أ.ش، 1999/06/15،ملف رقم 224655 ، م ق ،ع.خ، 2001.

خامسا: القوانين و الأوامر.

1) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
2) قانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، و المتضمن القانون المدني الجزائري.
3) قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري.
4) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 26 فبراير 2008، و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

5) قانون الأحوال الشخصية المصري،91-2000 .
6) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، 28-2005.
7) قانون الأحوال الشخصية التونسي، المؤرخ في 13 أوت 1956.
8) قانون رقم 03-72، المتضمن مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

الفهرس

الفـــــــــهرس

المحتـــــــــوى	الصفحة
المقدمـــــة	4-1
الفصل الأول: مركز المرأة في طلاق الزوج وفي طلاقها بالتراضي	5
المبحث االأول: مركز المرأة في طلاق الزوج بإرادته	6
المطلب الأول: ماهية الطلاق	6
الفرع الأول: تعريف الطلاق وعوامله	6
الفرع الثاني: دليل مشروعية الطلاق و الحكمة منه	10
المطلب الثاني: أقسام الطلاق وشروطه	12
الفرع الأول:الطلاق الرجعي والبائن	12
الفرع الثاني: شروط الطلاق	19
المبحث الثاني: مركز المرأة في الطلاق بالتراضي	22
المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي	22
الفرع الأول: مقصود الطلاق بالتراضي	23
الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة الجزائري	27
المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات	29
الفرع الأول: الطلاق بالتراضي عند بعض التشريعات العربية	30
الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي في بعض التشريعات الغربية	31

الفصل الثاني: مركز المرأة في طلاق الخلع والتطليق	34
المبحث الأول: مركز المرأة في طلاق الخلع	35
المطلب الأول: مفهوم الخلع	35
الفرع الأول: تعريف الخلع و دليل مشروعيته	35
الفرع الثاني: شروط الخلع	39
المطلب الثاني: مركز المختلعة في التشريع الجزائري والمصري	41
الفرع الأول: التكييف القانوني للخلع	42
الفرع الثاني: الخلع في قانون الأسرة جزائري و في قانون الأحوال الشخصية المصري	43
المبحث الثاني: التطليق بإرادة الزوجة	48
المطلب الأول: التطليق بطلب من الزوجة	49
الفرع الأول: مفهوم التطليق وسلطة القاضي في إيقاعه	49
الفرع الثاني: مشروعية التطليق و الحكمة منه	52
المطلب الثاني: أسباب التطليق	54
الفرع الأول: الأسباب التطليق المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والأسرية	54
الفرع الثاني: البنود التي أضافها التعديل كأسباب التطليق	64
الخاتمـــــة	71-73
قائمة المصادر و المراجع	74-80