الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة أكلي محند أولحاج

ـ البويرة ـ

كلية الحقوق و العلوم الادارية

Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique
Université Akli Mohand Oulhaj
–Bouira–

قسم: الحقوق

سنة ثانية ماستر تخصص: قانون الاسرة

الطلاق بالتراضي دراسة مقارنة الجزائر – المغرب – فرنسا

مذكرة تخرج في اطار الاعداد لنيل شهاة الماستر

من إعداد الطالب :

- الوافي نبيلة

تحت إشراف الأستاذ

د/ربيع زهية

2022\2021

شكر و تقدير

أتقدم بالشكر لكل من ساعدني ومد يد العون لي ولو بكلمة كما اخص بالشكر الدكتور ربيع زهية التي تفهمت ظروفي و احتوتني كأنني ابنتها حفظها الله ورعاها واطال في عمرها.

الإهداء

إلى والدي العزيزين

إلى من تكبدت عناء تربيتي و رعايتي أمي الحنونة

إلى سندي و عزوتي أبي العزيز

إلى زوجي الذي دعمني ماديا و معنويا

إلى فلذة كبدي و قرة عيني ولدي حاتم

إلى إخوتي و زوجاتهم المشكورين على دعمي

إلى توأم الروح اختي الحبيبة

الطالبة: الوافي نبيلة

مقدمة

مقدمة:

يعتبر اتصال المرأة بالرجل عن طريق الزواج اتصالا مبنيا على الإيجاب و القبول كمظهرين لرضا كل واحد منهما و قد نظر الإسلام إلى الزواج نظرة تقدير و رعاية بحيث أقامه على قواعد ثابتة من العدل و الإنصاف فوصفه عز وجل بالميثاق الغليظ و ذلك منوه عنه في كتابه العزيز بقوله تعالى:" و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة أن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ".[1]

و قد أحاطه الشارع الحكيم عقد الزواج بجمله من النواهي و الأوامر اللازمة لنجاحه و استمراره و بلوغ أهدافه إذ تحفظ به الأنساب و تصان به الأعراض و كما يسعى هذا الميثاق الغليظ إلى إقامة علاقات ود وتعاون بين الزوجين إلا انه و بالرغم من ذلك قد يحدث ما يعكر صفو هذا الزواج فيعدل به عن غايته و لا يتحقق أهدافه و مقاصده التي سطرها له الشارع الحكيم

فقد تحدث أمور تحدث شرخا في العلاقة الزوجية مما يؤدي إلى تنافر الطباع و سوء العشرة و تستحيل معه استمرارية ذلك الرابط القدسي.

فعند وقوع نزاع بين الزوجين لا شك إننا نكون أمام حل عقد الزواج و به نكون أمام إحدى الحالات التي نظمها المشرع و المذكورة في نصوص قانون الأسرة الجزائري وحسب ما نصت عليه المادة 48 من هذا القانون و ذلك بعيدا عن تعسف الطرفين وفق إجراءات معينة و هي الطلاق بالإرادة المفردة للزوج و التطليق فقد حصرت أسبابه و الطلاق بالتراضي الذي سنحاول مناقشته في جانبه الموضوعي و الإجرائي و من هنا يعد موضوع الطلاق بالتراضي من المواضيع ذات الأهمية البالغة فقد يتراضى الزوجان على فك رابطة الزوجية التي قد تكون خلفت نتيجتها أبناء فكان لابد من وضع ضوابط و أولويات لحماية مصلحة الأبناء و هو ما عبر عليه المشرع بمصلحة المحضون و كذا حماية إرادة الزوجين من الإكراه و الغلط و التدليس أو حتى في حالة تراجع احد الطرفين عن هذا الطلاق الاتفاقي.

---

[1] سورة الروم الاية 21

و من هنا يعد موضوع الطلاق بالتراضي موضوعا ذا أهمية بالغة و ذا خصوصية إجرائية و من المواضيع التي لم تتعد أقلام الكتب عليه رغم أن واقع الحال يبين لنا أن نسبة الطلاق بالتراضي يلي مرتبة الطلاق بالإرادة المنفردة حيث انه يتم بدون مخاصمة و يبني على إرادة الزوجين و من اجل معالجة هذا الموضوع يمكننا طرح الإشكالية التالية:

ماهية الطلاق الاتفاقي في ظل القوانين المقارنة المغرب و فرنسا؟

ما هي خصوصية إجراءات الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري؟

ما مدى مشروعية الطلاق بالتراضي؟

و هل يقف عند حدود رغبة الأطراف و إرادتهما الصريحة أم يمتد إلى مراقبة مدى نظامية هذا الاتفاق؟ و هل يعد هذا الاتفاق بمثابة العقد من حيث المحل و السبب و الأطراف؟

و هل يمكن للموثق أن يكون له دور في هذا العقد؟

و ما هي الأحكام الموضوعية و الإجرائية لهذا النوع من الطلاق؟

استجابة للتساؤلات المطروحة و تماشيا مع المنهجية في الدراسة و المتمثلة في المنهج التحليلي و المقارن و التي يطلبها هذا النوع من المواضيع و ذلك باعتبار أن أساس الدراسة هي نصوص قانونية وطنية مع مقارنة بالنصوص القانونية المغربية و الفرنسية.

و للإجابة على الإشكالية المطروحة ارتأينا أن نقسم البحث إلى فصلين الفصل الأول نتعرض فيه إلى الإطار المفاهيمي للطلاق بالتراضي(أو الاتفاقي و مشروعيته القانونية و الشرعية) الفصل الأول ثم إلى إجراءات الطلاق بالتراضي وفق القانون الجزائري مع مقارنته بقرينه المغربي و الفرنسي في الفصل الثاني.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للطلاق بالتراضي(أو الاتفاقي و مشروعيته القانونية و الشرعية)

الفصل الأول: الاطار المفاهيمي للطلاق بالتراضي

يعتبر الطلاق بالتراضي هو وسيلة جيدة للاحترام بين الزوجين، وتعفيهما من تضيع الوقت في المحاكم، ويحترم فيها الزوجان العشرة التي بينهما، وهناك العديد من الأسباب التي يتم تقديمها في العريضة لسبب الطلاق، منها عدم قدرتهما على التفاهم ومواصلة العيش سويًا.

ويتطلب حضور الزوج إلى الجهة المسؤولة للإفتاء في الدولة، وتعبئة الطلب المخصص للطلاق، ومراجعة المحكمة التسجيل الطلاق، ويضمن أيضًا القانون حق المرأة في طلب الطلاق في حالات غياب الزوج لمدة طويلة، أو إصابته بالعقم، وامتناعه عن النفقة، أو تعرض الزوجة للضرب والإهانة من قبل الزوج.

و سنتطرق في هذا الفصل إلى الاطار القانوني للطلاق بالتراضي و قسمناه إلى مبحثين تناول المبحث الأول مفهوم الطلاق بالتراضي و المبحث الثاني تحدثنا فييه عن التكييف القانوني للطلاق بالتراضي

المبحث الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي

قبل تحديد مفهوم الطلاق بالتراضي ،لا بد من إعطائه الطابع القانوني الذي يتسم به ، بل ويميزه عن غيره من أنواع الطلاق ،حيث أن الزواج يتم بإيجاب وقبول من الزوجين ،أو من يمثلهما، والأصل في كل عقد يتم بإرادتين ،أن ينتهي بالاتفاق إذا كانت طبيعته تجيز ذلك

تناول هذا المبحث مطلبين تعريف الطلاق المطلب الأول و تعريف الطلاق بالتراضي و اركانه المطلب الثاني

المطلب الأول: تعريف الطلاق بالتراضي

عندما يصبح استمرار الحياة الزوجية مستحيل ، أي ثبوت انعدام المودة والرحمة بين الزوجين لأسباب ومبررات ،فلا ريب على الزوجين إن تراضيا على حلها و تطرقنا في هذا المطلب إلى التعريف اللغوي في الفرع الأول و من ثم التعريف الفقهي في الفرع الثاني و أخيرا في الفرع الثالث التعريف القانوني للطلاق بالتراضي

الفرع الأول: التعريف اللغوي

لفظ الطلاق بالتراضي كغيره من الألفاظ التي تزخر بها اللغة العربية و التي لها معنيان الأول للطلاق و الثاني للتراضي و فيما يأتي بيان كل منهما:

أولا: الطلاق لغة

الطلاق في اللغة إزالة القيد والتخلي والطلاق من الإبل: التي طلقت في المرعى، وقيل: هي التي لا قيد عليها، وكذلك الخلية. وأسير مطلق، أي حل قيده وخلي عنه ، وطلاق النساء لمعنيين :أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال[1]

ثانيا: التراضي لغة

ارتضى يرتضي ، ارْتَضِ ، ارتضاءً ، فهو مُرتضٍ ، والمفعول مُرتضًى-:

•ارتضى الشَّخصَ /ارتضى الأمرَ رَضِيه، أي اختاره وقبِله-: ارتضى تسوية المشكلات، - ارتضاه لصُحْبته: اختاره ورآه أهلاً لها، - {وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ الَّذِي ارْتَضَى لَهُمْ [2]

الطلاق بالتراضي هو اتفاق بين الزوجين ويكون اتفاقا كتابيًا حول مبدأ الطلاق وحول آثار الطلاق : يعني النفقة، الحضانة، السكن وترفع دعوى الطلاق بالاتفاق بين الزوجين مباشرة إلى المحكمة الابتدائية بعريضة مشتركة بين الزوجين ويحررها محام أي بعريضة من أحدهما وصادق عليهما الثاني أمام قاضي الأسرة. مع العلم أن تكليف محامي غير وجوبي في الطور الابتدائي.[3]

---

[1] ، .ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ، ج 2/10 ص 136

[2] علي بن محمد الشريف الجرجاني ، التعريفات ، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر ، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان ، الطبعة الأولى ، 1983م. ص، 141.

[3] قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية – دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة – ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، سنة 2004 ، ص: 13.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

تنوعت تعريفات الطلاق في الفقه الاسلامي ومن بين تلك التعاريف نجد:

الطلاق عند الحنفية هو : » رفع قيد النكاح الصحيح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص»[1]

وعند المالكية : رفع حلية تمتع الزوج بزوجته[2] ، أو هو صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته[3]

وعند الشافعية : حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[4]

وهو عند الحنابلة : حل قيد النكاح [5]

وجميع هذه التعاريف تؤدي معنى واحد ، مؤداه أن الطلاق يرفع حلية الاستمتاع والاستمرار في العلاقة الزوجية ، غير أن أفضل تعريف في نظري للطلاق من حيث كونه جاءّ فيه بطريقة سهلة بسيطة هو تعريف الحنفية » رفع قيد النكاح جامعا مانعا مفصلا لأفراد المعرف الصحيح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص .»

ورفع قيد النكاح قد يكون في الحال أو المآل كما ذكر الحنفية ، ففي الحال إذا كان الطلاق بائنا ، فلو أراد الزوج إرجاع زوجته إلى عصمته فال بد من أن يعقد عليها عقدا جديدا ، ويجعل لها مهرا جديدا ، وال بد من رضاها بذلك ، لأن قيد النكاح قد ارتفع بمجرد الطلاق البائن ، وهذا إذا كان الطالق بائنا ببينونة صغرى لا كبرى .

ويرتفع قيد النكاح بالطلاق في المآل إذا كان الطلاق رجعيا ، فمن طلق زوجته طلاقا رجعيا فلا يرتفع النكاح في الحال بل ينتظر إلى حين انقضاء العدة ، ولذا يجوز للزوج أن يراجع زوجته ما دامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض ، فإن انقضت عدتها التحق بالبائن في الحكم للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بمقابل،

---

[1] ابن نجيم المصري ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة: الثانية ، ج3/3 ص 256

[2] أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي المالكي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار المعارف ، ج2 ص 542

[3] محمد بن أحمد بن محمد عليش ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر – بيروت– ، 1989م ، ج4/4 ص 86

[4] محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، ط/1 ، 1994م ، ج4/4 ص 312

[5] موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني ، نشر مكتبة القاهرة ، 1968، ج3/7 ص 196

وهو ما يعرف في الشريعة الإسلامية بالطلاق الخلعي والخلع لغة :الإزالة ,يقال خلع الرجل ثوبه خلعا (بفتح الخاء)أي إزالة عن جسده, وخلع الرجل زوجته خلعا(بضم الخاء)أي أزل عصمتها أو هو إنهاء عقد الزواج على بدل تدفعه الزوجة لزوجها[1].

تعرف خليل من المالكية في مختصره بأنه "الطلاق بعوض, وقال الدردير تعليقا على تعريف خليل "هذا هو الأصل فيه وقد يكون بلا عوض إذا كان بلفظ الخلع بدون عوض والجواب انه تعريف لأحد أنواع الخلع وترك تعريف النوع الأخر لكونه بديهيا"[2].

وعرفه ابن حزم من الظاهرية في المحلي : "هو الافتداء, إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو, والا لم يجبر هو وأجبرت هي وإنما يجوز بتراضيهما على الطلاق ويتأسس نظام الخلع[3] في القرآن الكريم بقوله تعالى:" ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا، إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به، تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"[4]

أي انه لا يحل للزوج أن يأخذ مما دفعه إلى زوجته من المهر شيئا ولو قليلا, إلا أن يخاف الزوجان سوء العشرة, وألا يراعيا حقوق الزوجية التي أمر الله تعالى بها, وأرادت الزوجة أن تختلع بالنزول عن مهرها أو بدفع شيء من المال لزوجها حتى يطلقها فلا إثم على الزوج في أخذه ولا على الزوجة في بذله[5]

---

[1] علاء الدين علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق : محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، 1375هـ ، ج429/8.

[2] خليل بن إسحاق بن موسى ، مختصر خليل، صححه و علق عليه احمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1426 – 2005م، ج1، ص 326

[3] علي ابن حزم الاندلسي، المحلى بالحجج و الاثار، المحقق خالد الرباط، دار ابن حزم، لبنان، 2016، ص 875

[4] سورة البقرة، الاية 229

[5] أبي الوليد :ابن رشد الحفيد "بداية المجتهد ونهاية المقتصد".دار الحديث القاهرة ج 2, سنة الطبع 1425هـ-2004م ص 68

وقد جاء في السنة النبوية صحيح البخاري "عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال جاءت امرأة ثابت ابن قيس ابن شماس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم افتردين عليه حديقته؟ .... قالت نعم، فردت عليه فأمره ففارقها[1].

كما أجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالف إلا بكر بن عبد الله المؤني ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه ولا خلاف بين المسلمين على من أراد أن يخالع امرأة على عوض فذلك جائز له, إذا خيف عدم إقامة حدود الله بينهما, أما الخلاف بين الفقهاء فهو حول جواز اخذ المال من الزوجة هل هو مشروط أم غير مشروط؟[2]

أن اخذ المال مشروط بوجود الشقاق بين الزوجين حين الخوف من عدم إقامة حدود الله. وحدود الله بين الزوجين هي ما فرضته الشريعة الإسلامية على كل منهما نحو شريكه الأخر وذلك بقوله تعالى "إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله[3]."

وقال بعضهم أن هذا وان ذكر في القران الكريم ولكن ليس على سبيل الشرط بل على انه الغالب من الأمر[4].

والذين قالوا يشترط الشقاق اختلفوا فيما بينهم هل هذا يجب أن يكون من احد الزوجين أم من كليهما, حيث قال الجمهور :لو خالع الرجل زوجته والأخلاق ملتئمة صح الخلع ولكن ذلك مكروه ودليل ذلك:

قوله تعالى : "فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا "[5]فهذا صريح بإباحة بإباحة وطيبة اخذ المال من الزوجة إذا كان ذلك برضاها دون أن يكون هناك أي

---

[1] محمد الكشبور. الوسيط في قانون الأحوال الشخصية مطبعة النجاح, الطبعة الخامسة 1412 – 2000 ص 310.

[2] ابن قدامة، المغني (كتاب الخلع) ، المسالة 5746، مكتبة القاهرة ، ج7، 1388هـ- 1968 ، ص 246

[3] سورة البقرة، الاية 229

[4] عبد الرحمان الصابوني" مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية " أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق, مطبعة جامعة دمشق 1382 هـ – 1962 م ص 489 ,506.

[5] سورة النساء، الاية 4

شرط من وجود شقاق أو خلاف أو غيره.

وقالوا إذا جاز للزوج أن يأخذ المال من زوجته على طلاقها في حال الشقاق والنزاع وهي غالبا الحالة التي تكون فيها مضطرة للخلاص من زوجها أفلا يجوز للزوج أن يأخذ من مالها لطلاقها وهي في حالة الرضاء والأخلاق ملتئمة أي في حالة الاتفاق فيما بينهما على الطلاق[1].

وقال الزيدية و الظاهرية والجعفرية:

لا يجوز للزوج اخذ المال إلا بوجود الشقاق, واستدلوا:

-1إن الأصل عدم حل اخذ مال الغير إلا بحق وفي موضوع الخلع حرم الله ذلك وأباحه في وضع معين حيث قال: "إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله" بعد أن ذكر التحريم بقوله : "ولا يحل لكم ..."ولم يكتف القران بذلك بل هدد من يخالف هذه الأحكام بقوله : "تلك حدود الله فلا تعتدوها"...

-2وقوله تعالى : "فان خفتم شقاقا بينهما فابعثوا..."اشترط الله أيضا وجود الشقاق بين الزوجين لبعث الحكمين للصلح أو التفريق, فإذا ما فرق فقد يحكم بعوض على الزوجة تدفعه لزوجها ولهذا اشترط الشقاق.

-3أن السنة النبوية بينت أحكام الطلاق بالتراضي في حادثة ثابت بن قيس اثر شكوى امرأة زوجها من سوء معاملتها فدل على أن مشروعية الخلع كانت بعد أن وجد الخلاف والشقاق بين الزوجين[2].

وردوا على حجج الجمهور بقولهم:

-1أما قوله تعالى :فان طبن لكم...فهذا في غير موضوع الخلع فلا علاقة له به, إنما ورد فيما إذا تركت الزوجة مهرها لزوجها بطيبة من نفسها والزوجية قائمة لا حين انفصالهما فالقياس مع الفارق.

-2وأما قولهم انه لما جاز في حال الشقاق اخذ مالها فيجب أن يجوز في حال الرضا

---

[1] محمد الصابوني "صفوة التفاسير"المجلد الأول, دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع, القاهرة, الطبعة التاسعة(بدون ذكر سنة الطبع)ص 146

[2] العمراني الكد"فقه الأسرة المسلمة في المهجر هولندا نموذجا"رسالة دكتوراه, جامعة محمد الأول, شعبة الدراسات الإسلامية, 2002-2003 ، الجزء الأول، المغرب ، ص 19

بالأولى فغير صحيح, لان الله نص في الخلع على اخذ المال مع الحظر بقوله : ولا يحل لكم...ونص على الإباحة في محل آخر وفي موضوع آخر وهو قوله : فان طبن...

قال الجصاص : فقول القائل لما جاز أن يأخذ مالها بطيبة من نفسها من غير خلع جاز في الخلع, قول مخالف لنص الكتاب إن باستعراض اختلاف آراء الفقهاء حول التراضي على الطلاق بمقابل بين جواز اخذ المال من الزوجة عند الطلاق بالتراضي (رأي الجمهور)وعدم جواز اخذ المال إلا بوجود الشقاق وعدم التوافق بين الزوجين على الطلاق (رأي الزيدية والظاهرية و الجعفرية) يوضح لنا بجلاء أن الشريعة الاسلامية, شريعة عامة وصالحة لكل زمان ومكان تواكب أحوال الناس وانه كما يمكن للزوجين الاتفاق على الطلاق بمقابل فانه من الممكن أيضا أن يتم الاتفاق على الطلاق بدون مقابل[1].

ذلك انه في فقه النوازل لم يذكر انه ثم التعرض لهذا النوع من الاتفاق وهذا يعود حسب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن الاتفاق بين الزوجين على الطلاق بدون مقابل يمكن الزوج من اللجوء إلى الطلاق, وهذا بالفعل ما تم تأكيده من قبل بعض قضاة التوثيق, في نظام مدونة الأحوال الشخصية, أنه عند الاتفاق بين الزوجين على الطلاق (بدون مقابل) فان الزوج يقوم بالطلاق, على أنهم لا يلجئون إلى الخلع إلا عندما تتنازل الزوجة عن حقوقها الشرعية عند الطلاق أو يتم الاتفاق حول المبلغ الذي ستدفعه الزوجة مقابل طلاق زوجها[2].

وبهذا يمكن للزوجين, في ظل الشريعة الإسلامية, الاتفاق على الطلاق بينهما واللجوء إلى الطلاق أو الخلع بدون عوض, على انه إذا ما أرادت الزوجة تعويض الزوج عن الضرر الذي من الممكن أن يلحقه جرأ فسخ عقد الطلاق فان لها, وفي إطار الاتفاق

[1] عبد الرحمان الصابوني "مدى حرية الزوجين في الطلاق" مرجع سابق ص ص 570-571.

[2] زكي الدين شعبان "الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية "منشورة الجامعة الليبية كلية الحقوق, الطبعة الرابعة 1398 هـ-1978 م ص 460

دائما, أن تدفع له العوض على الطلاق, حسب القاعدة الشرعية التي تقضي بأنه" لا ضرر ولا ضرار[1]."

وفي هذا الصدد يقول ابن عاشور"فالتخلص قد يكون مرغوبا لكلا الزوجين وهذا لإشكال فيه, وقد يكون مرغوبا لاحدهما ويمتنع منه الأخر فلزم ترجيح احد الجانبين, وهو جانب الزوج لان رغبته في المراة اشد, وإذا كان الطلاق شرع أصالة بيد الرجل, فانه عند الإضرار بالمراة, ورفض الزوج الطلاق يمكنها اللجوء إلى الخلع كحل مقابل دفعها مقدارا معينا من المال لزوجها [2]

مما يعني أن الشريعة الإسلامية أقرت الطلاق بالاتفاق بين الزوجين, سوءا تعلق الأمر بالطلاق بالاتفاق بدون مقابل والذي يعتبر استثناءا أو الخلع الذي يتم بتراضي الزوجين أصلا, فإذا لم يتم التراضي بينهما, فللقاضي إلزام الزوج بالخلع لان تابتا وزوجته رفعا أمرهما للنبي صلى الله عليه وسلم, والزمه الرسول بان يقبل الحديقة ويطلقها كما تقدم في الحديث[3]

الفرع الثالث: التعريف القانوني

نص المشرع الجزائري في المادة 48 [4]من قانون الأسرة الجزائري على أنه: ((مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين و 53 54 من هذا القانون)) [5]

---

[1] .حاشية الدسوقي الجزء 2 ، مرجع سابق ص 349,

[2] محمد الطاهر ابن عاشور، تفسير التحرير و التنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 2007، ص 586

[3] عبد الرحمان الصابوني "مدى حرية الزوجين في الطلاق" مرجع سابق ص 570

[4] المادة 48 تنص "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي**...."

[5] –المادة 48 من القانون رقم 11 –84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق 09 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم –05 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005

يلاحظ من نص المادة 48 من قانون الأسرة أن المشرع لم يتجه إلى تعريف الطلاق في هذه المادة، او حدد حالاته، وحصرها في ثلاث حالات وهي: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، الطلاق بتراضي ٍ و ان كان المشرع الجزائري قد أشار في المادة الزوجين، والطلاق بطلب من الزوجة، أو 47 من قانون الأسرة الجزائري إلى أن الطلاق يعتبر سبباً من الأسباب التي تنحل بها الرابطة الزوجية[1] اذا اتجهنا إلى الفقه فإننا نجده يعرف الطلاق بالتراضي على أنه :" إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمناً[2]. "

كما يعرف بأنه " اتفاق بين الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما بإرادتهما المشتركة، ويتم ذلك بناء على طلب أحدهما وموافقة الآخر، أو بناء على طلبهما المشترك[3]. "

فالطلاق بالتراضي إذن هو ذلك النوع من الطلاق الذي تنتهي فيه الرابطة الزوجية باتفاق الزوجين، فهو يتم بدون خصام أو نزاع، وهذا النوع من الطلاق يختلف عن أنواع الطلاق الأخرى من حيث كونه يتفق فيه الطرفان على جميع آثاره .كما أكد المشرع الجزائري أن الطلاق بالتراضي– وباقي أنواع الطلاق الأخرى – لا تثبت إلا بحكم قضائي[4] بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي في مدة لا تتجاوز 03 أشهر وفي هذا السياق قررت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانونا أن الطلاق يمكن ان يتم بتراضي الزوجين، ولا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون [5].

---

[1] –المادة 47 من قانون الأسرة ، المرجع السابق

[2] بن شويخ رشيد، مذكرات في شرح قانون الأسرة الجزائري لطلبة السنة الرابعة حقوق، جامعة البليدة، السنة الجامعية 2006/2005 .ص 186

[3] تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد ، 2 2007 ،ص.225.

[4] –المادة 49 من قانون الأسرة ، المرجع السابق

[5] /18 /07 1988بتاريخ، 498558 رقم ق

فقد أراد المشرع الجزائري ألا يقع الطلاق خارج المحاكم، ومن ثمة التحكم في هذه الظاهرة التي أصبحت تتفاقم في المجتمع الجزائري.

المطلب الثاني: تعريف الطلاق بالتراضي و اركانه

الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقاً لأحكام مدوّنة الأُسَرة. ويجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب.

الفرع الأول: التراضي كركن من اركان الزواج

أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج وهو القائم الذي يقوم عليه ويتوقف وجوده عليه وأختلف في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول وهناك من يسميه الصيغة وهناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج و هذا الاختلاف هو لفظي فقط أما المعنى فهو واحد، ولقد نصت المادة 16 من ميثاق حقوق الإنسان على أنه " لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه " ونصت المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة 10 من العهد الدولي لحقوق الإنسان[1] الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على " لا ينعقد زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه "، ونصت المادة 16 من اتفاقية إلغاء التميز ضد المرأة لسنة 1975 على " للمرأة الحرية في اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل " و نجد أن معظم التشريعات العربية قد سارت في هذا النهج وكمثال عن ذلك المشروع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية نص

[1] العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966

في مادته 23 على أنه " ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام. [1]

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري ركن الرضا وإنما اكتفى فقط في الفقرة الأولى من المادة العاشرة بتحديد قسمي الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يحوز به التعبير عن الإيجاب والقبول، وعدم تعريف المشرع الجزائري لركن الرضا يتركنا نذهب إلى التعريف الذي وضعه له الفقه ومن بين تلك التعريفات نجد السيد سابق يعرّفه " بأنه توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا " [2]ويعرّفه الدكتور بدران أبو العينين بدران بأنه " الإيجاب والقبول الصادرين من التعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما[3]

ومن خلال اطلاعنا على هذه التعاريف ونص المادة 10 من قانون الأسرة نستخلص أن ركن الرضا في عقد الزواج ينقسم إلى قسمين وهما الإيجاب والقبول.

أولا: الإيجاب: يتفق الفقهاء على أن الإيجاب هو ما يصدر من أحد العاقدين يدل على أنه يود الارتباط بعلاقة زوجية مع طرف العقد الآخر ويسمى بالتالي موجبا ويكون أولا وغالبا ما يصدر من الزوج أو وكيله فيقول لولي الزوجة زوجني(أو أنكحني) وليتك فلانة، ولا مانع أن يكون الإيجاب من ولي الزوجة كما حدث مع نبي الله شعيب الذي عرض إحدى ابنتيه على نبي الله موسى، قال تعالى في سورة القصص: " ... قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك وما أريد أن أشق عليك ستجدني إنشاء الله من الصالحين "[4] أي أنه عرض عليه ابنته على مهر أن يخدمه ثماني سنين وإن أتم عشرا فمن عنده[5].

---

[1] المادة09 من قانون الأسرة السابق

[2] السيد السابق، فقه السنة، المجلد2، ط1، دار الفتح، 1983، مصر ، ص 234

[3] بدران أبو العينين، الزواج و الطلاق في الشريعة الاسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، مصر ، 1998، ص 56

[4] سورة القصص، ص 27

[5] السيد سابق ، مرجع سابق، ص 238

ثانيا: القبول: يعرف الفقهاء القبول بأنه الكلام الذي يصدره المتعاقد الثاني الذي وجه له الإيجاب يدل على موافقته على ما أوجبه الموجب ويسمى القابل، وغالبا ما يكون من ولي الزوجة فيقول مثلا قبلت أن أزوجك وليتي ولا مانع أن يكون القبول من الزوج أو وكيله ففي القصة السابقة قال نبي الله موسى ردا على عرض سيدنا شعيب قال تعالى على لسانه: " ... قال ذلك بيني وبينك أيما الأجلين قضيت فلا عدوان علي والله على ما نقول وكيل "[1] أي لقد قبلت عرضك والله شاهد على ما نقول.[2]

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الطلاق بالتراضي

الطلاق بالتراضي أو الاتفاقي هو نوعٌ من أنواع الطلاق الذي جاء به قانون الأسرة في الجزائر ؛ حيث يتمّ الطلاق وديّاً بين الزوجين، و من شروط وقوع هذا الطلاق ما يلي:

1- ان يتم بناء على طلب أحد الزوجين و موافقة الزوج الآخر أو بناء على طلبهما المشترك كأن تتقدم الزوجة للمحكمة بدعوى جوازية و الزوج بدعوى وجوبية طالبان فك الرابطة الزوجية.

2- يشترط في الزوجين الأهلية الكاملة 19 سنة و عدم الاصابة بالجنون و العته و السفه.[3]

3- يشترط كذلك على القاضي اجراء محاولة صلح و ذلك ليتأكد على عزم الزوجين على الطلاق كما يمكن ان يتفقا على آثار الطلاق كحضانة الاولاد و حق الزيارة و نفقة الاولاد و تحديد النفقة غير انه يشترط في كل ذلك ان لا يكون هذا الاتفاق منافيا لمصلحة الاولاد و الا حكم القاضي بخلاف ذلك.

اما ما يتعلق بالتعويض فلا يكون في الطلاق بالتراضي و اذا قضت المحكمة بخلاف ذلك فيكون ذلك معرضا للنقض. [4]

---

[1] سورة القصص، الاية 28

[2] بدران أبو العينين ، المرجع السابق ،ص 60

[3] بدران أبو العينين مرجع سابق ص ص 65- 66

[4] السيد سابق، مرجع سابق، ص ص 77- 78

المبحث الثاني: التكييف القانوني للطلاق بالتراضي

ان الزواج رابطة تتخللها حقوق وواجبات بين الزوجين، غير أنه في بعض الأحيان تتــخلل تلك الرابطة مشاكل ،منها ما ينتهي بها الأمر إلى حلول ودية، إلا أن بعض المشاكل تأخذ منحى آخر، مما قد تؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية الثابتة بموجب إقرار بالزواج أو بموجب عقد رسمي، والمبنية على أركان قانونية،

و في هذا السياق سنتطرق في المطالب إلى كل من الطلاق بالتراضي في التشريعات السماوية المطلب الأول و من ثم الطلاق بالتراضي في التشريعات الوضعية في المطلب الثاني

المطلب الأول: الطلاق بالتراضي في التشريعات السماوية

أباحت الديانات السماوية الثلاث الانفصال كجزء من الزواج، ومن لا يقبل به يبطل عقده، و كان الطلاق شائعا، وكان معروفا أيضا في الجاهلية حيث كان الرجل يغضب علي امرأته فيطردها خارج بيته فتقيم عند والدها، بينما الطلاق في الإسلام هو أبغض الحلال، فالأديان السماوية الثلاثة اهتمت بالتفاصيل الصغيرة المتعلقة بالعلاقة بين الرجل والمرأة، لذلك أصبح الطلاق من الأمور الرئيسية في الديانات الثلاث التي اهتمت بتوضيح موقفها منه.

و يتفرع هذا المطلب إلى فرعين الطلاق الاتفاقي عند اليهود و المسيح الفرع الأول و ثم الطلاق الاتفاقي في الفقه الإسلامي الفرع الثاني

الفرع الأول: الطلاق الاتفاقي عند اليهود و المسيح

ان الطلاق الاتفاقي أي الطلاق الذي يلجأ إليه الطرفين بتراضيهما دون تعليقه على شروط محددة و عرف هذا الطلاق قبل الإسلام فتحدثت عنه الديانات السماوية الأخرى كاليهود و المسيح و هذا ما سنتطرق اليه فيما يلي:

أولا: الطلاق الاتفاقي عند اليهود

مارس اليهود الطلاق علي نطاق واسع، وخولت القوانين العبرية القديمة للرجل أن يطلق زوجته، ولم تسمح للمرأة بطلب الطلاق من زوجها، ولم تحصل علي ذلك الحق إلا في عصور متأخرة، إذ أباح كل من القرائين والربانيين للزوجة طلب الطلاق بوجود

سند شرعي موجب يقنع القاضي ليحكم بالطلاق مثل: إذا تزوج الزوج عليها دون علمها، أو تقصيره في واجباته الشرعية، أو مرضه بمرض مزمن ميؤوس من شفائه، وإذا كان عقيما، أو امتناع الزوج عن الإنفاق علي زوجته دون مبرر، إذا كان غير نظيف[1].

وللرجل الحق في تطليق زوجته في حال وجد فيها عيوباً خلقية مثل: العمش، والحول، والحدب، والعرج، والعقم، وعيوب الاخلاق مثل: الوقاحة، والثرثرة، والشكاسة، والعناد، والإسراف، والنهمة، والزني أقوي الاعذار عندهم فيكفي فيه الاشاعة، ويمنع علي الرجل العودة والزواج من طليقته مرة ثانية إلا بعد زواجها من شخص آخر، كما أتي في كتاب "دفريم" التشريعي، وأخذت بقية قوانين الطلاق من التوراة عبر النقل الشفوي لهذه القوانين والأعراف ما يعني عدم وجود نصوص توراتية مكتوبة تنظم عملية الطلاق من الناحية الشرعية[2].

وتجري عملية الطلاق ذاتها في مقر الحاخامية ذات الصلاحية الحصرية في منح الطلاق والمصادقة عليه في إسرائيل، ويقوم الزوج بالتوقيع منفردا علي وثيقة الطلاق ويكون الطلاق بالتراضي وموافقة طرفي العلاقة وفي حال اتفق الزوجان علي الطلاق، وحين يكون من العسير التعرف بالضبط علي شخصية وأسماء الزوجين الراغبين في الطلاق فيكون ذلك من الحالات التي توجب الشريعة اليهودية القيام بعملية طلاق مزدوجة "مرتين"

وإذا كان الإسلام واليهودية قد أجازا الطلاق فإن المسيحية حرمته إلا في حالة علة الزني، ويعترف القس بولا منير أن المسيحية هي الديانة التي شذت عن الديانات الأخري في عملية الطلاق فقد جاء في الإنجيل علي لسان المسيح تحريم الطلاق وتحريم زواج المطلقين والمطلقات "من طلق امرأته إلا لعلة الزني فقد جعلها زانية ومن تزوج مطلقة فقد زني"، وفي إنجيل مرقس "من طلق امراته وتزوج بأخري يزني عليها

[1] محمد احمد محمود حسن اليهودية التبشيرية في الكتب المقدسة والي اليوم خطورتها وترابطها مع الشيوعية، ، ط 1 ،زاد المعرفة، بيروت، ص 214

[2] ول ديورانت قصه الحضارة، ، ترجمه محمد بدران، مجلد 4 ،ط 2 ،مطبعه اللجنة للتأليف والنشر، القاهرة، 1955 ،ص 33

وإذا طلقت المرأة زوجها وتزوجت بآخر ارتكبت جريمة الزني" وقد علل الإنجيل هذا التحريم القاسي بأن "ما جمعه الله لايصح أن يفرقه الإنسان"[1]

1-الربانيون: يبيحون للرجل أن يُطلق زوجته لغير ما سبب، أو لسبب تافة، ولا تدخل للقاضي في ذلك الطلاق إلا بتوثيقه فقط، كما أنه لا أثر لرضا الزوجة في وقوع الطلاق، حيث لا يُشترط رضاها ليقع الطلاق.

2-القراءون: يبيحون للرجل أن يُطلق زوجته بشرط توافر مسوغ يُقدره القاضي، فإذا ما تراضى الزوجان على الطلاق، فلا يُشترط وجود ذلك المسوغ.

وقد تطلب الزوجة الطلاق من الرجل، وقد تُجاب إليه، ولكن إذا توافر المسوغ أو السند الذي يطمئن إليه القاضي ليحكم بالطلاق، ومن أسباب ذلك الطلاق:

- إذا تزوج الزوج عليها غدراً بها.
- تقصير الزوج في واجباته الشرعية.
- مرض الزوج مرض مزمن ميؤوس من شفاؤه.
- إذا كان الزوج عقيما أو عنيناً.
- امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته دون مبرر.
- إذا كان نتن الأنف أو الفم.[2]

ثانيا: الطلاق الاتفاقي عند المسيح

حددت المسيحية شروطاً صعبة للطلاق تكاد أن تصل إلي المستحيل وهو ما يجعل الأمر معقدا، وكان من نتيجة هذا التشدد في المسيحية في أمر الطلاق تمرد

[1] محمد احمد محمود الحسن، مرجع سابق ص 218

[2] محمد حافظ صبري المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود في شرع اليهود ونظائرها من الشريعة الإسلامية الغراء ومن القانون المصري والقوانين الوضعية الأخرى، ، ط 1 ،مطبعه أمين هندية، القاهرة، ص 204

بعض المسيحيين علي دينهم وهروبهم من وصايا أناجيلهم رغبة في التخلص من التشريعات التي تعوقهم، في حين يعتمد المسيحيون في الغرب علي قوانين مدنية تبيح لهم الطلاق كما يحدث في الولايات المتحدة الأمريكية وغيرها من البلدان وهو ما جعل المحافظين يشكون من هذه الفوضى التي أصابت هذه الرابطة المقدسة ويرون أن المسألة تهدد الحياة الزوجية ونظام الأسرة بالانهيار حتي أعلن أحد قضاة الطلاق المشهورين هناك أن الحياة الزوجية ستزول من بلادهم وتحل محلها الإباحة والفوضى في العلاقة بين النساء والرجال في زمن قريب إذ لا دين ولا حب يربطهما بل الشهوات والتنقل في وسائل المسرات[1].

ورغم أن الإنجيل استثني من تحريم الطلاق ما إذا كان السبب "علة الزني" فإن أتباع المذهب الكاثوليكي يؤوِّلون هذا الاستثناء ويقولون:" ليس المعني هنا أن للقاعدة شذوذا أو أن هناك من القضايا ما يسمح فيه بالطلاق، فلا طلاق في شريعة المسيح والكلام هنا (في قوله إلا لعلة الزني) وفي هذه الحالة يحل للرجل أن يترك المرأة. في حين يري أصحاب المذهب البروتستانتي إجازة الطلاق في أحوال معينة منها حالة زني الزوجة وخيانتها لزوجها وبعض حالات أخري ولكن يحرمون علي المطلق والمطلقة أن ينعما بحياة زوجية بعد ذلك[2].

أما أتباع المذهب الأرثوذكسي قد أجازت مجامعهم الملية في مصر الطلاق إذا زنت الزوجة كما نص الإنجيل وأجازوه لأسباب أخري منها العقم لمدة 3 سنين والمرض المعدي والخصام الطويل الذي لايرجي فيه صلح، وهذه أسباب خارجة علي ما في الإنجيل، وهو الأمر الذي أنكره المحافظون من رجال هذا المذهب اتجاه الآخرين إلي إباحة الطلاق لهذه الأسباب كما أنكروا إباحة الزواج للمطلق أو المطلقة بحال من الأحوال.[3]

---

[1] زكي على السيد أبو غضه المرأة في اليهودية والمسيحية والإسلام، ، دار الوفاء، الطبعة الأولى، مصر،2003 ص 2

[2] القس صموئيل المشرقي مكانه المرأة في المسيحية، ، دار المحبة، بيروت، 1965 ،ص75

[3] محمد حسين منصور النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، ، منشأه المعارف، الإسكندرية، ص 29

الفرع الثاني : الطلاق الاتفاقي في الفقه الاسلامي

إن الشريعة الإسلامية لم تترك جانبا من جوانب الحياة إلا وأحاطته بكامل العناية وفائق الرعاية، خاصة ما يتعلق بشؤون العباد، فيما تولى الفقهاء تبيان كل الأحكام الخاصة بالفرد سواء تلك المستنبطة من القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة، التي تحث على ضرورة حفظ الأسرة عن طريق تنظيم العلاقة التي تجمع الرجل بالمرأة في إطار شرعي يضمن ذلك، انطلاقا من الخطبة وما يرتبط بها من أحكام وصولا إلى الزواج ذلك الميثاق الغليظ، وقيام كل طرف بواجباته واحترام حقوق الطرف الآخر حتى يتم خلق نوع من التوازن في أدوارهما، بهدف الحفاظ على استقرار حياتهما المشتركة[1].
لكن قد يطرأ ما يحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق، ويستفحل الخصام بصفة دائمة، مما يستدعي البحث عن حل، خاصة إذا لم يتم التوصل إلى الصلح بسبب الشقاق المستمر، ليتم حل هذا الميثاق بالطلاق[2].
وإذا كان غالبا ما يتم حل هذا الميثاق دون إرادة أحد الطرفين أو بإرادتهما لكن مع تعميق الخلاف بينهما، فإنه مع ذلك، قد يتم عن طريق اتفاقهما وإرادتهما المشتركة في توقيعه، وهو ما يصطلح عليه الطلاق بالاتفاق، و هو مستجد هام نظمته قانون الأسرة الجزائري في مادة وحيدة وفريدة، كتعبير صريح منها لنظام التراضي بين الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما، وكاستجابة لرغبة الزوجين اللذين لا يودان إشهار أسباب الخلاف والنزاع بينهما عن طريق مساطر قضائية قد تطول، على عكس مدونة الأحوال الشخصية الملغاة التي لم يكن ثمة أي نص تشريعي يشير صراحة أو ضمنا إلى حل ميثاق الزوجية بتراضي طرفيه، بل كانت المبادرة تأتي دائما من الزوج أو وكيله أو من فوض له ذلك طبقا للقانون، واستثناءا للمرأة متى ملكت هذا الحق.[3]
والحكمة من تشريع الطلاق الاتفاقي ترجع إلى الحكمة من تشريع الطلاق بصفة عامة، الذي لم يشرع إلا لرفع الضرر والمشقة وتجاوز الخلافات والشقاق الذي يتخلل الأسرة، ويصيبها بالشلل، فلم تعد المودة والرحمة والانسجام تعرف طريقا إليهما ليبقى الحل

[1] محمد رشيد رضا حقوق النساء في الإسلام، ، ط 1 ،المكتب الإسلامي، بيروت، 1974، ص227
[2] على السبكي نظام الأسرة في الإسلام، ، ط1 ،دار المعرفة، بيروت، 1982 ،ص 2
[3] علي عبد الواحد وافي المرأة في الإسلام، ، ط2 ،دار النهضة العربية مصر، ص ص 97- 98

الأمثل بين الزوجين هو الانفصال بطريقة ودية ورضائية، حرصا منهما على عدم تصعيدالوضع[1].

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الزوجين يتمتعان بدرجة عالية من الوعي والمستوى الثقافي، الذي يسمح لهما بالتفكير بعقلانية وتدبر، وتجنبا منهما لأي مواجهة أثناء حل ميثاق الزوجية، وعدم رغبتهما في كشف سبب خلافهما أو المتسبب فيه حرصا وحفاظا منهما على أسرار حياتهما الزوجية.

ويعتبر هذا النوع من الطلاق، البديل النموذجي والحضاري لظاهرة التصادم ونشوء الخلافات أثناء إنهاء الرابطة الزوجية[2]

يعتبر الطلاق الاتفاقي نوعا جديدا من أنواع الطلاق الذي نظمته القوانين الوضعية، لذلك فإن القرآن الكريم لم يخصه بأحكام خاصة به، لهذا وجب الاحتكام إلى النصوص العامة المنظمة للطلاق والمتمثلة خصوصا في قوله سبحانه وتعالى: "فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[3]، وكذلك قوله عز وجل: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف" [4] وفي قوله عز وجل: "وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا" [5] وقوله جل جلاله: "وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما"[6]

ويرى أحد الفقهاء بأن الطلاق الاتفاقي يجد سنده في النصوص الشرعية التي تحث على احترام العهود والمواثيق، يقول تعالى في كتابه العزيز: "ياأيها اللذين آمنوا أوفوا بالعقود[7] ويقول عز وجل في آية أخرى: "وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا إن الله يعلم ما تفعلون"[8]

---

[1] محمد مصطفى شلبي أحكام الأسرة في الإسلام، ، الدار الجامعية للطباعة، القاهرة، ص 473

[2] محمد زيد الابياني شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، ط2 الجزء الأول ،مطبعه علي سكر، مصر، 1911 ،ج1 ،ص 218

[3] سورة البقرة، الاية 229

[4] سورة البقرة 228

[5] سورة النساء ، الاية 19

[6] سورة النساء ، الاية 130

[7] سورة المائدة، الاية 1

[8] سورة النحل الاية 91

ومن البديهي، أن الوفاء بالعهد في الشريعة الإسلامية، مسألة دينية قبل أن تكون قانونية.

فالطلاق الإتفاقي هو قبل كل شيء عقد يتم بين طرفين يتفقان فيه على إنهاء الرابطة التي تجمعهم برباط مقدس بطريقة ودية وحبية، ويجب أن يلتزم كل طرف بما تعهد به في العقد، لأن العقد شريعة المتعاقدين.[1]

المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي في التشريعات الوضعية

أخذت مختلف القوانين الوضعية الطلاق باتفاق الزوجين ،باعتبار أن أسباب الفراق يرجع أصلها إلى مبادئ اللقاء المبنية على الرضا ،حيث يعتبر الرضا جوهر عقد الزواج و سناخذ نماذج الطلاق الاتفاقي في القانون الفرنسي و القانون المغربي و تناولنا في هذا المطلب الطلاق الاتفاقي في التشريعات الغربية (فرنسا) الفرع الأول و الطلاق الاتفاقي في التشريعات العربية (المغرب) الفرع الثاني

الفرع الأول: الطلاق الاتفاقي في التشريعات الغربية (فرنسا)

عرف عام 1792 بعد أن انتصرت التشريعيات على نظم الكنيسة التي تحرم الطلاق لأي سبب كان . وفي عام 1804 عدلت المجموعة المدنية لفرنسا أحكام الطلاق ،وأبقت على الطلاق بالاتفاق مع بعض القيود التي تقلل من حدوثه وأهم هذه القيود ما يلي:

- 1 الرضا التام من الزوجين على طلب التفريق،وذلك بأن يعبرا عن إرادتهما ثلاث مرات خلال تسع أشهر أنهما اتفقا على الطلاق.
- 2 موافقة آباء الزوجين على التفريق.
- 3 ضمان مستقبل الأولاد وتأمين تعليمهم .
- 4أن لا يقع الطلاق إلا بحكم القاضي بعد أن يتأكد من توافر هذه الشروط .

وعليه فإذا كانت الحرية الفردية هي أصل عقد الزواج في التشريع الفرنسي،ويتجلى ذلك من اعتراف المجلس الدستوري الفرنسي الذي قد اعترف صراحة بالقيمة

[1] فاضل الأنصاري العبودية والرق والمرأة بين الإسلام الرسولي والإسلام التاريخي، ، ط1 دار الأهالي للنشر ، القاهرة، ص28

الدستورية لحرية أحد في جاء حيث Valeur constitutionnelle de la liberté du mariage الزواج قراراته أنه"حرية الزواج هي أحد عناصر الحرية الفردية."[1]

وسنضرب مثالاً حديثا في المسألة ،حول آخر أحداث قصر الايليزي بفرنسا حيث قرر الرئيس الفرنسي نيكولاي ساركوزي ، الانفصال عن زوجته سيسيليا بالتراضي وذلك بعد 5 أ شهر بعد وصوله إلى قصر الايليزي ،وهما لم يدليا بأي تعليقً حيث وضعا حداً ، أنجبا خلالهما ابنهما – لوي [2]

الحياة زوجية استمرت 11عاماً وعلى هذا أصدرت الرئاسة الفرنسية بيانا بتاريخ2007/10/15 يؤكد أن الثنائي الرئاسي نيكولاي و سيسيليا ساركوزي تطلقا بالتراضي بعد أن تأكد من خيارات[3]

الفرع الثاني: الطلاق الاتفاقي في التشريعات العربية (المغرب)

يعتبر الطلاق الاتفاقي من أنجع الوسائل لإنهاء العلاقة الزوجية التي أتت به مدونة الأسرة المغربية بالمادة 114 التي تنص على انه :

يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنها العلاقة الزوجية دون شروط ،أو بشروط لاتتنافى مع أحكام هذه المدونة ،ولاتضر بمصالح الأطفال.[4]

عند وقوع هذا الاتفاق،يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطليق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه.

تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما امكن ،فإذا تعذر الإصلاح ،أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه.

---

[1] دنوني هجيرة ، محاضرات في قانون الأسرة المقارن القيت على طلبة ماجستير تخصص قانون الأسرة سنة 2006– 2007 جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ص ص 17– 18– 19

[2] مجلة الاتحاد، مصر عدد 11850 الصادر يوم السبت 06 ذي الحجة 1428 الموافق ل 15 ديسمبر 2007

[3] مقال بعنوان ساركوزي على خطا سيسيليا تؤكد خيانتها جريدة الشروق اليومي صادر بتاريخ 19– 10– 2007، الجزائر ص 12

[4] وفاء معتوق حمزة، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، دار القاهرة، الطبعة الأولى 2000، ص:40،39.

بموجب هذه المادة أمكن الاتفاق على الطلاق باختيار الطرفين ،مع أن الحالة التي يتفق فيها الطرفين على الطلاق بدون شروط لا تطرح اي إشكال لكن المادة 114 من مدونة الأسرة قيدت الأطراف بضرورة عدم المساس بحقوق الأطفال .[1]

وذلك يقتضي: أولا تحديد مقدار نفقة الأبناء مع توسعة الأعياد بقدر معقول دون غبن أحد الطرفين للآخر، وذلك باعتماد مبدأ التوسط والاعتدال مع الاستئناس بدخل الطرفين ومستواهما المعيشي .

ثانيا: تحديد تعويض عن سكن المحضون ما لم يتضح من خلال المناقشات أن الزوجة تتوافر على سكن وتتنازل عن التعويض بإرادتها الحرة.[2]

ثالثا تحديد حق الزيارة للأطفال وتنظيمها بين الطرفين بما في ذلك العطل المدرسية .

وبذلك فإن القضاء يلجأ غالبا إلى حث الطرفين على تغيير بنود الاتفاق إذا لم تشمل هذه النقط قصد تبيينها حتى تكون موضوع الإشهاد .

للزوجة كامل الصلاحية والحق في أن تتنازل عن مستحقاتها عن الطلاق دون قيد أو شرط ، شريطة أن يكون هذا التنازل صادرا بإرادتها الحرة دون إكراه أو ضغط.

الطلاق في حالة الطلاق الاتفاقي لايعتد به إلا من تاريخ توثيقه برسم عدلي لدى العدول .

[1] محمد الكشبور، يونس الزهري، حسن فتوح، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء الطبعة الأولى 2006، الرباط، المغرب، ص: 10.

[2] أحمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول 1998، (بدون ذكر المطبعة)دار البيضاء، الجزائر، ص: 176.

وذلك بعد صدور الحكم بالإشهاد على الاتفاق على الطلاق واستصدار شهادة بعدم الطعن بالاستئناف، بعد استنفاد أجل الاستئناف .

وإذا أغفل الطرفين توثيق الطلاق داخل أجل تحدده المحكمة لا يتعدى 15 يوما اعتبر كأن لم يكن[1]

[1] عبد الواحد شعير، مدونة الأسرة خارطة الطريق، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2003، ص: 88

خلاصة الفصل:

إن الزواج في نظر الاسلام ارتباط ديني و دنيوي بين رجل و امرأة لمدى الحياة.إلا أنه قد يطرأ ما يفسد العلاقة بين الزوجين لسبب من الأسباب فتسوء العشرة بينهما فتنشأ حالات من الكراهية و التباغض و يستعصي الصلح بينهما.فيصبح الحل الوحيد هو إنهاء العلاقة الزوجية رغم ما يقال من أن أبغض الحلال عند الله الطلاق

.إلا أنه وفي إطار مواكبة مختلف التشريعات للتطور الحاصل على كافة الميادين ،والتنسيق ببعضها البعض مما أثر على نظام الأسرة كذلك فبدأت تتدحرج حول هذا النظام ،باعتبار أنها تشريعات جاءت لتكريس مبدأ المساواة بين الزوجين

الفصل الثاني:

إجراءات الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري

الفصل الثاني: إجراءات الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري

إن إجراءات الطلاق بالتراضي بين الزوجين لكي تكون إجراءات صحيحة فإنها تتطلب منا أن نتناول عدة مسائل تتعلق بعريضة طلب الطلاق و مضمونها و مرفقاتها، و دور القاضي في ذلك، و أن نتناول الحديث بشأن موانع طلب مثل هذا الطلاق و خصائص الفصل فيه و الحكم الصادر بشأنه

و سنطرق في هذا الفصل إلى مبحثين الشروط الإجرائية و سير دعوى الطلاق بالتراضي كمبحث اول و من بعدها حكم الطلاق بالتراضي و توابعه كمبحث ثاني

المبحث الأول: الشروط الإجرائية و سير دعوى الطلاق بالتراضي

تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد موضوعية تتصل بالحقوق والالتزامات، وقواعد إجرائية شكلية تبين الإجراءات والشروط التي تمكن الأشخاص من الوصول إلى حق من الحقوق ، كبيان كيفية رفع الدعوى إلى المحكمة، وكيفية التحقيق في القضية والفصل فيها، وطرق ومدد الطعن في الأحكام، والإجراءات المتبعة في تنفيذها

تناول هذا المبحث مطلبين الشروط الموضوعية و الشكلية لدعوى الطلاق بالتراضي المطلب الأول و تليه سير الدعوى و الهيئة الناظرة في الدعوى كمطلب ثاني

المطلب الأول: الشروط الموضوعية و الشكلية للدعوى الطلاق بالتراضي

نص المشرع الجزائري على إجراءات الطلاق بالتراضي في المواد من 427 إلى 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

تطرق هذا المطلب إلى الشروط الموضوعية للدعوى الفرع الأول و من ثم الشروط الشكلية للدعوى كفرع ثان

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لدعوى الطلاق بالتراضي

تنقسم الشروط القانونية إلى شروط موضوعية تتصل بالحقوق والالتزامات، وشروط إجرائية (شكلية) تبين الإجراءات والشروط التي تمكن الأشخاص من الوصول إلى حقوقهم

أولاً : الإختصاص Compétence الاختصاص هو توزيع العمل القضائي ،بين جهات القضاء المختلفة ، فهو السلطة الممنوحة لمحكمة ما للنظر ،و الفصل في نزاع معين [1]،و عليه سندرس الاختصاص المحلي و الاختصاص النوعي

-أ **الاختصاص المحلي** : لقد نص المشرع الجزائري على الاختصاص بصفة عامة أمام المحاكم بالمادة: 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء فيها "يؤول الاختصاص الإقليمي (المحلي) للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، و ان لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[2]

يعني ولاية جهة قضائية لنظر القضايا التي تقع على الإقليم التابع لها، و بشكل عام يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، بالنسبة للدعاوى المنقولة ودعاوى الحقوق الشخصية العقارية، وفي جميع الدعاوى التي لم ينص القانون على اختصاص محلي خاص بها المادة 13 ق إ م و إ . وعليه فإن المحكمة المختصة بالفصل في النزاعات ،أو الخصومات التي تنشأ بين الزوجين و قد قضي في هذا الشأن أنه "من المقرر أن دعاوى الطلاق ، أو العودة إلى مسكن الزوجية ، ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية أثناء تحديده للاختصاص الإقليمي وقد كان المشرع الجزائري صريحا :

---

[1] طاهري حسين، الوسيط في شرح القانون الإجراءات المدنية مدعما باجتهاد المحكمة العليا ط2 جديدة و ملقحة وفقا لأحدث النصوص القانونية دار الريحانة للنشر و التوزيع الجزائر 2004، ص 08

[2] قانون رقم: 08 . 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 ،الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 ،المتضمن قانون الإجراءات 1 المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 ،سنة 2008.

خلال نص المادة 1/442و2و3 ق إ م و إ بقولها:" تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه .

في موضوع الطلاق أو الزواج بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما "...[1]

الاختصاص النوعي: لقد عقد المشرع الجزائري الاختصاص النوعي في موضوع المسائل والمنازعات المتعلقة بالأسرة لقسم شؤون الأسرة الذي نص عليه ضمن الفصل الأول من الباب الأول من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وجعله خاضعاً لإجراءات القواعد الموضوعية لقانون الأسرة المنصوص عليها من المادة 423 إلى 499 من نفس القانون .[2]

يشرف على هذا القسم قاض متخصص، منحه القانون صلاحيات قاضي الاستعجال 12، من أجل اتخاذ الإجراءات التحفظية الاستعجالية والوقائية المتعلقة بشؤون الأسرة ومنازعاتها أثناء 13سير الخصومة[3]

الاختصاص النوعي من النظام العام ، إذ لا يمكن تجاوزه بأي حال ، و للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه ، و في أي حالة كانت عليها الدعوى ، و هذا الخصوص تنص المادة36 ق إ م و إ "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام ،تقضي به الجهة القضائيةً في أية مرحلة كانت عليها الدعوى تلقائيا." [4]

ومن جهة أخرى كان للقضاء وجهة نظر أخرى بأنه "متى كان مقررا قانونا ان المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام ، و هي تفصل في جميع القضايا

---

[1] حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2004 ص 09

[2] المادة 423 من القانون رقم 08 –09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق 25 فبراير سنة 2008م، المتضمن قانون الأجراءات المدنية والادارية ،الصادر في 17ربيع الثاني عام 1429هـ الموافق ل 23ابريل 2008م ،عدد 21.

[3] بن شويخ رشيد، مذكرات في شرح قانون الأسرة الجزائري لطلبة السنة الرابعة حقوق، جامعة البليدة، السنة الجامعية2006/2005 .

[4] مامون الكزبري. نظرية الالتزامات والعقود، الجزء الأول بيروت 1972 ص 64.

المدنية والتجاريةً ، فإن إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يعد أو دعاوى الشركات التي تختص بها محلياً لهذه الفروعً نوعيا اختصاصا ، بل هو تنظيم إداري بحث، و من ثم فإن النعي عن القرار بخر ق قواعد الاختصاص النوعي غير سليم يتعين رفضه الصفة والمصلحة والأهليةً يشترط في القانون الجزائر ي ، وقضاء الأسرة لقبول أي دعوى أمام القضاء عموماً بوجه خاص توافر الصفة والمصلحة طبقا لنص المادة 13 ق إ م و إ والتي تنص "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ،وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون[1]

انعدام الصفة في المدعي أو يثير القاضي تلقائيا في المدعى عليه.

انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون كما يثير تلقائيا "

وسنعالج هده المسائل في النقاط التالية :

المصلحة انطلاقا من المبدأ " لا دعوى من غير مصلحة ، والمصلحة مناط الدعوى " وإنما هي شرط لقبول أي طلب فلا تعد المصلحة شرطا ،أو دفع ،ً كان الطرف الذي يقدمه والمصلحة هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها ، من الاتجاه إلى القضاء ،أو هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية من التجائه للقضاء .ولقيام المصلحة حقيقة – في إطار دعوى الطلاق بالتراضي – يجب أن تكون قانونية ، الزوجان المتفقان على الطلاق ، يجب أن يكون لهمً من خلال دعواهم مصلحة قانونية ، وتتمثل المصلحة القانونية للزوجة طالبة الخلع طبقا لنص المادة 222 ق أج في عدم قدرتها على العيش مع الزوج وأنها ست الشرعية أي القانونية ،أما مصلحة الزوجان اللذان يتفقان على الطلاق بإرادتهما المنفردة ،ً والخالية من الضغوطات تتمثل في تبرير عدم قدرتهما على العيش معا ، وللقاضي السلطة التقديرية في تقرير ذلك الصفة في دعوى الطلاق بالتراضي ،هي العلاقة التي تربط

[1] المادة 13 من القانون رقم 08– 09 المؤرخ في 18 صفر 1429الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 الكتاب الأول الاحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية الباب الأول الدعوى الفصل الأول شروط قبول الدعوى.

أطراف الدعوى بموضوعها ، وهي ترجع إلى القانون الإجرائي لمسألة من صميم الموضوع. [1]

لا تقبل الدعوى إلا إذا كان المدعي يدعي حقا ، ويكون القصد منها الحفاظ على مصالح الغير ، أو ضمان احترام القانون هو عدم القبول ،حتى لو كانت لدى المدعي مصلحة في ذلك وعليه ،فالصفة هي المصلحة الشخصية المباشرة ، فرافع دعوى الخلع هو الزوجةً صاحبة الحق المراد حمايته، أما في الطلاق بالتراضي فالصفة هي مصلحة الزوجان معا ،ويتم رفع الدعوى من الزوج أو الزوجة الأهلية: هي صلاحية الشخص لا كتساب الحقوق ،والتحمل بالالتزامات ، أو هي صلاحيته لاكتساب المركز القانوني لخصم ،ومباشرة إجراءات الخصومة . وتجدر الإشارة إلى أن المادة 07 من القانون 11/84[2] تنص على أن إكتمال أهلية الرجل بـ 21سنة والمرأة ب 18 سنة وكان هذا التحديد منتقد من طرف الكثير من الفقه الجزائري ، فالمرأة التي تعتبر كاملة الأهلية بتمام 18 سنة في قانون الأسرة ،هي قاصرة بموجب أحكام المادة 40 من القانون المدني[3] والتي لم يشملها التعديل، الذي يحدد سن الرشد بتمام 19 سنة كاملة ،لكل من الرجل والمرأة على حد السواء . أما التعديل الجديد لقانون الأسرة ، ّ والذي وحد من خلاله المشرع الجزائري سن الزواج حيث ،يؤخذ ذلك من نص المادة 07 من الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة[4] التي تنص على أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..[5]

[1] محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دار النشر العربية، القاهرة، طبعة 1990، ص:7.

2 المادة رقم 07 قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

[3] المادة 40 في الامر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1359 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني العدل و المتمم

[4] المادة 07 الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005

[5] تشوار الجيلالي، مذكرات في قانون الأسرة الجزائري لطلبة السنة الرابعة حقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2007/2006

عقد الزواج الرسميٍ أمر يبحث فيه القاضي أثناء رفع الدعوى – أي الرسمية في عقد الزواج ، حتى تكون الدعوى مستوفية شروطها الشكلية – والمقصود بها إبرام عقد الزواج بأركانه وشروطه م9 و 9 مكرر المعدلة من الأمر05-02ً ، وفي هذا أمام موظف مؤهل قانونا تنص المادة 05 من القانون63 /244 "لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج ، وأن يطالب بما يترتب على الزواج من آثار إذا لم يقدم نسخة من عقد الزواج مسجل أو مقيد في سجلات الحالة المدنية " ." كما تنص في هذا السياق المادة 1/22 ق أج يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي" ولقد ساير القانون ،القضاء الجزائري[1]

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لدعوى الطلاق بالتراضي

أولا: شكل العريضة الافتتاحية:

لعريضة افتتاح الدعوى شكل يميزها عن بقية المقالات والكتابات المتعارف عليها، والتي يمكن لأي شخص أن يكتبها، "فبالنسبة إلى شكل عريضة رفع أو افتتاح الدعوى ورد النص عليها في المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على أن يكون رفع الدعوى أمام المحكمة (قسم شؤون الأسرة)بعريضة مكتوبة وموقعة من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد أطراف الدعوى ثم تودع بأمانة الضبط لتسجل بتاريخ ورودها وليوضع عليها رقمها التسلسلي[2]

ولذلك فبمجرد تسجيل عريضة افتتاح الدعوى أمام ضبط المحكمة يقيدها في سجل خاص، كما يضع لها رقما يميزها ويقوم أمين الضبط بتحديد تاريخ أول جلسة، ويحتفظ بالنسخة الأصلية ويسلم للمدعي أو محاميه بقية النسخ بعدد أطراف الدعوى لتبليغها للمدعى عليهم" .غير ان كان قد تعرض في المادة أن ما ينبغي ملاحظته هنا فهو أن القانون الجديد 14من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى الشروط المتعلقة بشكل

[1] بن عومر محمد الصالح، القضاء الاستعجالي في شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بشار، 2007/2006 ،ص. 70 وما بعدها.

[2] عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوي شؤون ألسرة أمام أقسام المحاكم االبتدائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الج ازئر، دون طبعة، سنة 2013 ،ص 16

العريضة من حيث الكتابة والتاريخ والتوقيع، والإيداع بأمانة الضبط فإنه لم يتعرض إلى جزاء الإخلال بها ونسيانها أو إهمالها جهلا أو سهوا[1]"

عريضة افتتاح دعوى الطلاق هي عريضة يقدمها الزوج في حالة أصبحت الحياة الزوجية مستحيلة وأراد فك الرابطة الزوجية بإرادته خاصة إذا أخلت الزوجة بواجباتها

بعد أن عرفت المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[2] الطلاق بالتراضي بأنه إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة، جاءت المادة 428 بعدها و نصت على أنه في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط .معنى ذلك أن طلب الطلاق بالتراضي و بالإرادة المشتركة للزوجين يوجب على الزوجين المتراضيين أن يقوما بتحرير عريضة مشتركة واحدة تشتمل على اسم المحكمة و على اسم و لقب و توقيع و عنوان كل منهما.و إن كان أحدهما لا يحسن او لا يستطيع التوقيع يشار إلى ذلك في العريضة و يضع بصمته عليها.ثم يقدمانها إلى أمانة الضبط بقسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة ليقوم بتقييدها في سجل الدعاوى و بإعطائها رقما تسلسليا و تاريخا حسب ورودها بالإضافة إلى بيان تاريخ الجلسة المحددة للحضور للفصل في الطلب.[3]

أ- البيانات الخاصة بالعريضة:

[1] المرجع نفسه، ص 16

[2] الكتاب الثاني – في الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية ،الباب الأول – في الإجراءات الخاصة بالمحكمة وفي الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام ،الفصل الأول – في قسم شؤون الأسرة القسم الثالث – في إجراءات الطلاق الفرع الأول – في الطلاق بالتراضي المادة 427

[3] عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة (موفم للنشر – الجزائر – 2012 (الطبعة الثالثة، ص 338.

لكي تكون العريضة المخصصة لطلب الحكم بالطلاق بناء على الرغبة المشتركة للزوجين و الموقعة منهما معا صحيحة و مقبولة يجب حسب نص المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [1]أن تتضمن البيانات التالية:

* بيان اسم الجهة القضائية المرفوعة أمامها الدعوى و المقدم إليها طلب الطلاق بالتراضي.

* بيان اسم و لقب و عنوان و جنسية كل واحد من الزوجين و تاريخ و مكان والدته.

* بيان تاريخ و مكان زواجهما، و عدد الأولاد القاصرين عند الاقتضاء

* .عرض موجز يتضمن شروط الاتفاق الحاصل بينهما و المتعلق بتوابع الطلاق إن وجدت .

و عندما تستوفي عريضة طلب الطلاق بالتراضي المتبادل كل بياناتها و تقدم إلى أمين الضبط لتسجيلها و تحديد تاريخ الجلسة الأولى لها يجب على طالبي الطلاق أن يرفقا عرضيتهما بوصل دفع رسم تسجيل الدعوى و باستمارة عائلية و بمستخرج عن عقد زواجهما. حيث يقوم أمين الضبط بعد ذلك بإخطار الزوجين حالا بتاريخ جلسة حضورهما أمام قاضي شؤون الأسرة للنظر في طلبهما و إصدار حكم بذلك و يسلم إليهما على الفور استدعاء لهذا الغرض.[2]

فالبيانات المنصوص عليها في المادة 15 يجب أن تتضمنها كل عريضة مهما كانت الجهة القضائية، ومهما كان الفرع وتطبق هذه الأحكام على عريضة الطعن بالمعارضة، وفقا لنص المادة 330 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ترفع

[1] الكتاب الثاني – في الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية < الباب الأول – في الإجراءات الخاصة بالمحكمة وفي الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام < الفصل الأول – في قسم شؤون الأسرة < القسم الثالث – في إجراءات الطلاق < الفرع الأول – في الطلاق بالتراضي < المادة 15

[2] –عبد السلام ذيب،، مرجع سابق ، ص 340

المعارضة حسب الأشكال المقررة لعريضة افتتاح الدعوى، تضمنتها جميع العرائض التي ترفع أمام الأقسام الاستعجالية بالمحاكم أو المجالس[1]

المطلب الثاني: سير دعوى و الهيئة الناظرة في دعوى الطلاق بالتراضي

يعد الصلح في إطار الرابطة الزوجية واجبا 439 ق إ م و إ الصادر سنة 2008 التي تنص على "محاولات الصلح وجوبية ،وتتم في جلسة سرية "عليهً ، وبناء سيتم التطرق إلى إجراءات الصلح ،و كذا انعقاد الجلسات أمام القضاء في إطار فك الرابطة الزوجية الطلاق بالتراضي

و سنتطرق في هذا المطلب إلى تشكيلة جلسة قسم شؤون الأسرة في الفرع الأول و دور القاضي في الصلح و التحكيم كفرع ثان

الفرع الأول: تشكيلة جلسة قسم شؤون الاسرة

أولاً : الصلحً

قبل أن ينظر قاضي شؤون الأسرة في دعوى فك الرابطة الزوجية، و يقوم بإجراء عدة محاولات صلح في جميع الدعاوى استنادا إلى نص المادة 439 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذلك لا يكون الطلاق بالتراضي استثناءا، لأن هناك اتفاق متبادل، بل يجب التأكد مرة أخرى في مدى صلاحية الحياة الزوجية للبقاء، ، وهو ما أكدته المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و محاولة إيجاد خيط من المودة والرحمة ولو كان رفيعا [2]، التي جاء فيها: "يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة...، و يحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا."...

بعد رفع دعوى الطلاق بالتراضي ، للأوضاع المقررة بصفة عامة في رفع طبقا الدعوى أمام المحاكم ،كما جاء بيانه في المادتين 14، 15و439 ،440 ق إ م و إ

---

[1] هالل العيد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة تحليلية ومقارنة ومحين مع النصوص الجديدة والنظام الجامعي الجديد L M D ،منشورات ليجوند، الجزائر، الجزء الأول، الطبعة الأولى سنة 2017 ،ص 110.

[2] وردة بوزيد، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة 2 القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية–2010– 2011 ،ص 42

ومن خلال ما تضمنته المادتين14و 439 ق إ م و إ ،فإذا كان الطلاق بالتراضي يدخل ضمن طرق فك الرابطة الزوجية، بالطلاق المنصوص عليه في المادة 48 من الأمر 02/05 ، فلقد جاء نص المادة1/49و2 من نفس الأمر بقوله " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاث أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ". يتعين على القاضي تحرير محضر يثبت مساعي ونتائج محاولات الصلح ، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، وعليه استنتاجا من خلال نص المادة جاء 49 ق أ ج ، يجبر القاضي كذلك بمحاولات الصلح التي يجريها حال فرقة الطلاقً بالتراضي في المسألة حيث نصت المادة 1/1ق إ م و إ "يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على انفراد ،ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كانً ذلك ممكنا[1]

لكن يجب حضور الزوجين معا إلى جلسة الصلح ولا يكفي حضور أحدهما دون الآخر .أما بالنسبة لعدد محاولات الصلح، قد يثار تساؤل حول عدد محاولات الصلح التي يمكن للقاضي أن يجريها في الطلاق بالتراضي و لاسيما و أن نص المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء على صيغة العموم:"...و يحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا"، ولم يستعمل المشرع مصطلح –عدة محاولات صلح– كما فعل في نص المادة 49 من قانون الأسرة.

بالتالي إذا تبين للقاضي أثناء جلسة الصلح، أن أحد الزوجين في حالة اضطراب عقلي أو ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير صراحة عن إرادته في الطلاق والموافقة عليه، يمكن إجراء خبرة طبية من طرف طبيب مختص بغرض التحقق من السلامة العقلية و القدرات الذهنية، وهو ما توضحه المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في إطار اتخاذ تدابير التحقيق أكد الطبيب اختلال في

[1] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق) (دار هومة – الجزائر – 2007 (16 الطبعة الأولى، ص62

القدرات الذهنية، يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى شكلا لانعدام الأهلية طبقا لنص المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

ثانيا :انعقاد الجلسة (الطلبات و الدفوع) الأصل أن الدعوى تنظر في جلسة علنية ، تعقد في قاعات الجلسات بالمحكمة وذلك بحضور النيابة العامة ،باعتبارها طرف أصلي في الدعاوي المتعلقة بشؤون الأسرة ،إضافة إلى كاتب الضبط ويجوز في حالة الاستعجال القصوى عقد الجلسة حتى في منزل القاضي لخصوصية الخصوماتً على أسرار الأسرة خصوصا ونظرا والنزاعات الأسرية، وحفاظا حالة طلب الزوجة من زوجها ، فهذه من الأمور التي يمكن أن تعقد الجلسة من أجلها سرية ، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الأوامر تصدر في جلسة علنية لنص المادة 263 ق إ م ا وتتخذ الإجراءات وفق مبدأ المواجهة كأصل عام ، كما يلزم كل من الزوجة والزوجة بشرح سبب اتفاقهما على الطلاق، حيث الجلسة للقاضي ،فتلزم الزوجة المخالعة بأن تشرح دعواها في هدوء ، كما يلزم الخصوم بالمحافظة على احترام الواجب للعدالة ، وعليه فإذا خولو هذه الالتزامات يجوز للقاضي أن يلفت نظرهم وينذرهم في أول الأمر ، فإذا لم يمتثلوا وعادوا إلى إخلالهم بالنظام جاز الحكم عليهم بغرامة مدنية لا تتجاوز مائة دينار[2]

عوارض الجلسة :بعد أن تقدم الزوجة او، وكيلها القانوني (المدعي) طلبها بفك الرابطة الزوجية ومبررات الطلب أمام القاضي ، يحق للزوج(المدعى عليه) مواجهة هذا الطلب بواسطة الدفوع . والدفوع هي وسيلة دفاعية بحتة يرمي بها المدعي عليه ،للإجابة على طلبات الخصم قصد تفادي الحكم بها أو تأخير الفصل فيها .وتوجد ثلاث أنواع من الدفوع يتم التمييز بينها وفق محلها ، فحين نناقش مدىً تأسيس الإدعاء موضوعا ،تسمى بالدفوع الموضوعية ،وحين تتعلق بإجراءات الخصومة[3]

---

[1] عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، 1 ج01 ،ط 01 ،كليك للنشر، الجزائر، 20

[2] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، édition Encyclopédie، الجزائر،2003 ،ص.113.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل (دار هومة – الجزائر – 2007 (الطبعة الرابعة، ص 1

الفرع الثاني: دور القاضي في الصلح و التحكيم

يحتفظ القاضي بدوره الايجابي حتى في قضايا الطلاق بالتراضي حيث يقوم بمحاولة الصلح بين الزوجين إذا كان ذلك ممكنا ويتأكد من رضائهما كما له أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت 5النظام العام ثم يثبت إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق

نصت المادة 49 من قانون الأسرة على أنه "لا ينبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجرا القاضي دون أن يتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ، يتعين على القاضي تحرير محضر ببين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين" [1]

إن قاضي شؤون الأسرة لا يجوز له أن يقف موقف الحياد السلبي في دعاوى الطلاق بصفة عامة و خاصة الطلاق بالتراضي بل يجب أن يقوم بدور حيادي إيجابي، حيث يتعين عليه أن يراقب شروط قبول أو عدم قبول عريضة طلب الطلاق بالتراضي و أن يراقب مدى اشتمال أو عدم اشتمال العريضة على كل البيانات المطلوب توفرها في هذه العريضة كما يتعين عليه حسب نص المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن يستمع إلى الزوجين بانفراد ثم مجتمعين حول أسباب طلب الطلاق و إنهاء العلاقة الزوجية و شروط ذلك، و أن يتأكد من توفر رضاء كل منهما و عدم خضوع أي واحد منهما إلى أي ضغط أو تهديد مادي أو معنوي، كما يتعين عليه أن يحاول إجراء الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا، و تبصيرهما بالعواقب الوخيمة للطلاق سواء عليهما أو على أولادهما و أفراد أسرة كل واحد منهما .و لا يقف دور قاضي شؤون الأسرة عند هذا الحد، بل عليه أيضا أن ينظر مع الزوجين و مع ممثليهما في ما حصل بينهما مما يتعلق بشروط الاتفاق على الطلاق و له سلطة أن يلغيها أو يعدل فيها، خاصة إذا كانت هذه الشروط تتعارض مع مصالح الأولاد كأن يتفقا على إسقاط النفقة عن الأب بالرغم من اقتداره و عدم عمل الأم أو تخالف النظام العام او أحكام

[1] عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط4 ،منشورات بغدادي، الجزائر 2008..، ص 79

الشريعة الإسلامية كأن يتفقا على احتفاظ الأم بحضانة الأولاد شريطة أن لا تعيد الزواج مرة أخرى[1]

441، 442 ، 443من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفيات إجراء هذا الصلح من سرية الجلسة والاستماع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين إلى إمكانية حضور أحد أفراد العائلة عملية الصلح وكذا إمكانية ندب قاضي أخر لسماع أحد الزوجين المتخلف عن جلسة الصلح لوجود مانع وكذا إمكانية منح القاضي الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة وغيرها كما نصت المادة 56 من قانون الأسرة على أنه : " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما . وبعين القاضي الحكمين . حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين وبينت المواد 446 ،447، 448 ، 449من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفيات إجراء التحكيم وكل ذلك تحت سلطة وإشراف 3القاضي وفي هذا حماية للأسرة من التفكك[2]

[1] ناصر متيوي مشكوري ومحمد بوزلافة"دور القاضي في العقود الدولية"مجلة القانون والاقتصادعدد19السنة2002 ص 163

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، 2005م ص 80

المبحث الثاني: حكم الطلاق بالتراضي و توابعه

الحكم هو القرار الصادر عن محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت إلىها وفق قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية سواء كان فاصلا في موضوع الدعوى أو في مسألة متفرعة عنها، والحكم في الموضوع هو الخاتمة الطبيعة لكل خصومة عرضت على القاضي.

و سنتطرق في هذا المبحث إلى حكم دعوى الطلاق بالتراضي و الطعن فيه كمطلب اول و بعدها اثار الحكم بالطلاق بالتراضي كمطلب ثان

المطلب الأول: حكم دعوى الطلاق بالتراضي و الطعن فيه

سنتناول في هذا المطلب فرعين صدور حكم الطلاق بالتراضي الفرع الأول و طرق الطعن في حكم الطلاق بالتراضي الفرع الثاني

الفرع الأول: صدور حكم الطلاق بالتراضي

أولا: رفع الدعوى أمام المحكمة

- ترفع دعوى الطلاق أمام المحكمة بالطرق المنصوص عليها في المادة 14 وذلك إما بإيداع عريضة كتابية مؤرخة وموقعة من المدعي أو من ينوب عنه أو وكيله.
- تودع في محضر المحكمة برقم من النسخ مساوية لعدد الأطراف، أي يجب أن تكون هذه العريضة
- تستند إلى عدد الأطراف كما هو مذكور في النص، أي يجب أن تكون واسعة.

- يتم فتح قضية الطلاق من جانب واحد مكتوبة، موقعة ومؤرخة وفقًا لعدد أطراف الدعوى[1].
- وبحسب وجوب فتح القضية باللغة العربية يوقع عليها المدعي (الزوج) وتاريخ إيداعها.
- والتاريخ المحسوب على أساسها هو تاريخ تسجيل العريضة أما بالنسبة لتحريره، فلا قيمة له.
- يترتب على عدم احترام البيانات المنصوص عليها في القانون عقوبة عدم القبول.
- ويثير هذا الدفع بطلب فتح الدعوى من حيث ما نصت عليه المادة 15 من حكم لصالحه[2].
- ويمكنه يُصرح صراحةً أو ضمنيًا بعدم رفعه، على سبيل المثال: يمكن (للزوجة) الادعاء بعدم قبول الدعوى شكلاً.
- عدم تقديم بيان جوهري بالمعلومات المنصوص عليها، يجب تقديم دفاعها في هذا المقال وعدم الالتزام به

ثانيا: **إجراءات سير دعوى الطلاق بالتراضي**

- نلاحظ من نص المادة 49 من قانون شؤون الأسرة أن المشرع أقر بأن الطلاق ليس نهائيا إلا إذا صدر حكم قضائي في شأنه.
- ولم يشر إلى طبيعة حكم القاضي، سواء كان حكما ثابتا للطلاق.
- على الرغم من أن الزوج وقعها قبل الحكم بإرادته، أم أنه حكم إفشاء بالطلاق للزوج، ونعتقد أن حكم القاضي مصدر الطلاق.
- لأن النص دل على ضرورة الشروع في الصلح خلال ثلاثة أشهر قبل الحكم، والاستعانة بالصلح أثناء دعوى الطلاق وأثناء الفتنة بين الزوجين كما دلت عليه النصوص الشرعية.

[1] باديس الذبياني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء الجزائري دار الهدى عين مليلة الجزائر ص 95

[2] فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986 ، ج326/1.

- أما إذا طلق الزوج طوعا فيصبح الصلح غير مجد إلا بالطلاق غير قابل للرجوع، فيستخدم الصلح للمراجعة بعد الطلاق وعدم تجنب وقوع الطلاق[1].
- جاءت الشريعة الإسلامية بإجراءات الصلح والتحكيم بين الزوجين كوسيلة للحفاظ على الحياة الزواج بشكل خاص والمجتمع بشكل عام.
- وهذا ما استمده المشرع الجزائري من الصلح الذي كان يجب أن يقوم به القاضي والصلح من قبل اثنين من المحكمين.
- عند استيفاء الشروط المذكورة في المدعي والمدعى عليه، تم قبول دعوى الطلاق وعلى القاضي أن يباشرها.
- بناءً على أحكام قانون الأسرة الجزائرية، وخاصة المادتين 49 و 56 اللتين تنصان على وجوب المصالحة.
- وإذا كان من الضروري اللجوء إلى التحكيم، وهما إجراءان أساسيان قبل النطق بالحكم[2].
- يتضح من نص المادة 49 من قانون الأسرة أن إرادة المشرع تميل إلى إخضاع قضية إثبات الطلاق للقضاء.
- إذا رغب الزوج في التطليق فعليه أن يرفع الدعوى بإعلانها في وصيته، ثم يجمع القاضي بين الزوجين للتصالح.
- وإذا لم ينجح فيحدد موعدًا للإعلان إلا أن المشكلة أن تنشأ في هذه الحالة مسألة إثبات رغبة الزوج في الطلاق خارج المحكمة بحكم قضائي وبأثر رجعي.

- يشرع قانونا أن للزوج حق التطليق من جانبه، وفقا للشرع في عصمة الزوج.
- ومن ثم الحكم ببقاء الصلات الزوجية بين الزوجين حتى بعد أن يكشف الزوج إلى زوجته، إرادة الطلاق فهو مخالفة صريحة لحكم الشريعة.

[1] عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، بن عكنون ، الجزائر ، انسيكلوبيديا للنشر ، 2003 ، ص: 33.

[2] لمطاعي نور الدين ، عدة الطالق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية ، أطروحة دكتوراه ، الجزائر ، كلية الحقوق ، سنة 2006 ، ص: 51

- تعتبر الأدلة بمعناها القانوني بمثابة إثبات أمام المحاكم بالطرق التي يحددها القانون.
- حيث يتركز الدليل على الواقع القانوني لوجود واقعة قانونية متنازع عليها بين المتقاضين.[1]

الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم الطلاق بالتراضي

اقر المشرع الجزائري من خلال قانون.إ.م.إ طرقا لتظلم الخصوم وجعل منها طرق طعن العادية وهي المعرضة والاستئناف وغير عادية الطعن بالنقض وغيرها حيث سنختصر الحديث في المذكور اعلاهم.

أولا:. المعارضة : وهي طريق من طرق الطعن في الأحكام الغابية ، إذ يجوز لكل من صدر حكم في غيب أن يتقدم إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار طالبا منها سحبه وإعادة نظر الدعوى من جديد و هي لا تكون إلا من الخصم الغائب ، تطبيقا لقاعدة لا يقضى على شخص بغير أن يسمع ، وهنا الإشكال يثور أن المعارضة تجعل الحكم السابق كأن لم يكن وفقا لنص المادة 327من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا أن هذا الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية تترتب عليها أثار باعتبار أن عقد الزواج له خصوصياته ، إذ أنه عقد أبدان وليس عقد أموال وأن الطلاق يخضع لهاته الخصوصية ،[2] ومن هاته الآثار :

النفقة ، العدة ، الميراث ، النسب ، الحضانة ، وأن هاته الآثار يجب مراعاتها حتى لا نصطدم بمبادئ الشريعة الإسلامية ، فقانون الأسرة يتصل اتصالا وثيقا بالعقيدة ويمس الجانب الديني فيها ، إذ من وقت الطلاق هل المرأة والرجل يعتبران زوجان أم مطلقان وما نوع الطلاق هل هو طلاق رجعي أم بائن ؟ ، ولهذه الخطورة والأهمية كان على القضاء أن يتدخل باجتهاده حتى يمكن للقاعدة الإجرائية خدمة القاعدة الموضوعية، ويتدارك المشرع النقص الموجود في التشريع .[3]

---

[1] رشيد بن الشويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، القبة ، الجزائر ، الطبعة الأولى 2008 ،ص :180.

[2] لمطاعي نور الدين ، مرجع سابق ، ص: 60-61.

[3] المرجع السابق ص 63

ثانيا: الاستئناف : هو إعادة طرح النزاع من جديد أمام الدرجة الثانية، والاستئناف بالنسبة لموضوع الطلاق بكل أنواعه سواء كان بإرادة الزوج أو بتراضي منهما أو بطلب من المرأة فإنه لا يجوز إلا في الأمور المادية وفقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة وهنا نقول أن هذا النص الإجرائي بالنسبة للاستئناف أنه بالفعل قد خدم الموضوع ، وهنا كان على المشرع أن يقضي في المعارضة بمثل هذا النص.

أما بالنسبة للدعاوي التي لم يفصل فيها بالطلاق فإنه يجوز استئنافها وهذا ما أقرته مجموعة من قرارات المحكمة العليا ، إذ لم يشملها نص المادة 57 من قانون الأسرة ، من ذلك : القرار الصادر بتاريخ 1993/04/27م ملف 89635 ، إذ مما جاء في هذا المبدأ . دعوى التطليق . الفصل فيها من قبل المجلس القضائي يندرج في اختصاصه استبعاد تطبيق نص المادة 57 من قانون الأسرة ، وكذلك القرار الصادر بتاريخ 1992/12/22م ، إذ يجوز للزوجة طلب التطليق لعيب في 2الزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج[1]

ثالثا: الطعن بالنقض: هو طريق غير عادي يكون في الاحكام والقرارات النهائية ويطرح امام المحكمة العليا والتي يقتصر دورها على تقرير المبادئ السليمة في النزاع المعروض امامها دون ان تفصل فيه فهي إما ان تؤيد الحكم او القرار وترفض الطعن واما ان تقبل الطعن وتبطل الحكم محل الطعن وتعيد القضية والاطراف للفصل فيها من جديد ،وهذا ما اقره المشرع الجزائري في الطلاق بالتراضي حيث جعل الطعن بالنقض هو السبيل الوحيد لمراجعة الحكم في جانبه المادي فقط وهذا من خلال نص المادة433 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بنصها {احكام الطلاق غير قابلة للاستئناف} معتبرا ان هناك اتفاق ورضا مسبق بين الاطراف .

المطلب الثاني: اثار الحكم بالطلاق بالتراضي

للزوجين التراضي على تنظيم علاقاتهما الشخصية عند اتفاقهما على سلوك مسطرة الطلاق الاتفاقي، والذي يظهر فيه دور الإرادة بشكل جلي، من خلال اتفاق الزوجين

[1] أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ، الطبعة الثالثة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001 . ص:132

على مستحقات الزوجة بعد الطلاق، سواء عن طريق الزيادة فيها أو الإنقاص منها أحيانا، أو التنازل عنها بالمرة أحيانا أخرى.

و سنتناول في هذا المطلب العدة كفرع اول و التعويض و الحضانة كفرع ثان

الفرع الأول: العدة

المعروف أن العدة تبدأ من تاريخ النطق بالحكم وهي إما عدة أقراء ثلاثة ، أو عدة أشهر ثلاثة أو حمل وفقا لما نصت عليه المادة 58 بقولها : { تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق }[1]. ونصت المادة 60 على أن عدة الحامل بوضع حملها .ومن المعروف أن كل طلاق يوقعه القاضي فهو طلاق بائن وأنه بانتهاء العدة تتحلل المرأة من كل آثار الزوجية ، إذ تصبح أجنبية عن الرجل وهنا قد تنتهي العدة والحكم بالطلاق يكون لم يبلغ للأطراف بعد وحتى لو بلغ فإن أجل الطعن هو شهران وفقا لنص المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهنا قد لا يرفع الطعن وتكون المرأة قد تزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية .[2]وأنه في حالة ما إذا رفع الطعن وأن القرار بالطعن رأى عيبا في هذا الحكم وألغي وأعيدت القضية من جديد إلى نفس الجهة التي أصدرت حكم الطلاق ، وهنا بعد هذا الإلغاء لحكم الطلاق فما هي وضعية كل من الرجل والمرأة تجاه الآخر أيعتبران زوجين مادام أن حكم الطلاق قد ألغي أم يعتبران مطلقين ، الأدهى والأمر إن كانت الزوجة قد تزوجت بزوج ثاني فهل هذا الزواج الثاني يعتبر صحيح أم باطل ؟ ، وكيف نتصور امرأة في رقبة زوج وهي تخاصم في زوجها السابق عن الطلاق في ظل تشريع قانون الأسرة ؟ . وهنا إن قلنا أن الزواج الثاني يعتبر باطل فنكون قد تجنينا على أحكام الشريعة الإسلامية وحتى على القانون وإن قلنا أنه صحيح فإن الزوج الأول بعد النقض قد يرجع القضية للجدول ويطالب بالرجوع وحتى أنها إذا لم

[1] محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة فقهية وتشريعية وقضائية، الطلاق والخلع وآثار الفرقة، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2003، ص: 172.

[2] سعاد الأخريسي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، "مسار التعديلات ومطالب الحركة النسائية"، الطبعة الأولى سبتمبر 2005، (دون ذكر المطبعة) ص: 198.

تتزوج فإنه بمجرد الطلاق وانتهاء العدة تصبح المرأة أجنبية عن هذا الرجل ، وعليه فلا يمكن أن يتخاصما حول انحلال عقد الزواج وإنما تكمن المخاصمة في الأمور المادية فقط ، وهنا كان على المشرع أن يسد هذا الباب بنص يجعل بأن الطعن بالنقض غير جائز فيما يخص انحلال العقد حسما لهذا الإشكال. [1]

الفرع الثاني : التعويض و الحضانة

اولا– التعويض:

إذا اتجهت إرادة الطرفين إلى الطلاق واتفقا على ذلك بأن أدركا استحالة استمرار العشرة الزوجية بينهما فإن القاضي لا يملك سوى الإشهاد لهما على الاتفاق الحاصل بينهما، فإذا تنازلت المطلقة على حقها في التعويض فإنه يشير إلى ذلك في الحكم وقد يعرض عليها المطلق مبلغ مالي مقابل الطلاق بالتراضي فتقبل به وعليه ذكر ذلك في الحكم.[2]

قد اتفق جمهور الفقهاء على أن المعتدة من طلاق بائن تستحق كل من السكنى والنفقة إذا كانت حاملا مصداقا لقوله سبحانه وتعالى: "اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن

أما غير الحامل فقد اختلف فقهاء المذاهب في مسألة استحقاقها للسكنى والنفقة في فترة عدتها إلى ثلاث أقوال[3]:

فذهب الرأي الأول إلى أن لها السكنى دون النفقة وهو قول الشافعية والمالكية، حيث أنه من المقرر في الفقه المالكي أن السكنى واجبة على الزوج ، ولكل مطلقة مدخول بها سواء كانت رجعية أو بائنا حاملا أو غير حامل، أما النفقة فلا تستحقها إلا أن تكون البائن حاملا ودليلهم على أن البائن غير الحامل تستحق

[1] محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار الفكر ، (دون ذكر الطبعة)، ص: 53.

[2] نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر ،2006 ،ص113.

[3] بلحاج العربي،قانون الأسرة،ديوان المطبوعات الجامعية،2007 ،ص212، 2

السكنى دون النفقة لقوله سبحانه وتعالى: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"، فالله تعالى لما ذكر السكنى للمطلقات أطلقه بالنسبة لكل مطلقة بائن كانت أو رجعية، ولما ذكر نفقة المطلقات قيدها بأن تكون المطلقة حاملا وذلك في قوله عز وجل: "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن."

فدل ذلك على أن المطلقة طلاقا بائنا إذا لم تكن حاملا لا تستحق النفقة وتستحق السكنى بدليل الآية الأولى

وقوله جل جلاله في آية أخرى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن" فالآية تدل على أن الله سبحانه وتعالى جعل للمطلقة المعتدة، السكنى فرضا وحقا لازما، لا يجوز للزوج أن يمسكه عنها[1].

ودليلهم كذلك ما رواه مسلم عن أبي سلمة بن عبد الرحمان عن فاطمة بنت قيس، أن أبا عمر بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال: والله ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكرت ذلك فقال: "ليس لك عليه نفقة"، فأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكثوم ولم يذكر فيها إسقاط السكنى فالحديث قد نفى حق النفقة للمطلقة البائن غير الحامل، ولم ينف حقها في السكنى، فدل ذلك على أنها واجبة كما جاءت بذلك الآيات السابقة.

أما الرأي الثاني فهو للإمام أحمد بن حنبل والذي يرى عدم استحقاقها للنفقة والسكنى أثناء عدتها، واستدل بما رواه ابن ماجة عن الشعبي قال: قالت فاطمة بنت قيس، طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا سكن لك ولا نفقة أما الاتجاه الثالث فهو لأبي حنيفة والذي يرى وجوب النفقة والسكنى للمطلقة البائن غير الحامل ما دامت في العدة ،[2] ويستند في ذلك على قوله تعالى: "لا تخرجوهن من بيوتهن"، أي ليس للزوج أن يخرجها من مسكن النكاح ما دامت في العدة، وكما يبقى لها هذا الحق فكذلك يبقى لها حق النفقة وأما عن حديث فاطمة بنت قيس فهو لم يطمئن لقولها

[1] أحمد لعور،نبيل صقر ،الدليل القانوني للاسرة ،دار الهدى،عين مليلة الجزائر 2007، ص48، 49.

[2] نبيل صقر ، المرجع السابق ص 193.

فقال، لا ندع كتاب الله وسنة نبينا لقول امرأة لا تدرى أحفظت أم نسيت ومن خلال كل ما سبق فأعتقد بأن سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة، هو اختلافهم في حديث فاطمة بنت قيس، فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما رواه ابن ماجة عن الشعبي، وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة، فقد احتجوا بما رواه مسلم عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعموم قوله تعالى: "اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"، وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الإسكان.[1]

ثانيا – الحضانة:

من القرارات التي يجب على الزوجين اتخاذها عند إنهاء الرابطة الزوجية بالاتفاق فيما بينهما، ما يتعلق بمسؤوليتهما وواجباتهما نحو أطفالهما.
وإن كان المشرع المغربي منح حرية للزوجين في تدبير كل ما يتعلق بحقوق أطفالها, فإن التزام الدولة الجزائرية باتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتها طبقا للقانون، فرضت عليه جعل الاتفاق المبرم بين الزوجين يخضع لمراقبة القضاء.[2]

إن الوعي بأهمية إيلاء الأطفال عناية خاصة باعتبارهم عنصرا أساسيا من العناصر المكونة للأسرة, جعله يفرد لهم مادة خاصة بالحقوق الواجب القيام بها من طرف أبويهما أثناء قيام الحياة الزوجية، على أن تتوزع فيما بينهما في حالة الانفصال, ومن أبرز الحقوق التي تطرح بشكل حاد عند الطلاق، حق الطفل في النفقة والحضانة[3].

فللأبوين الاتفاق على من سيتحمل واجب الحضانة من خلال التشاور والتوافق، وقد رغب القرآن الكريم في التشاور والتراضي بين الأبوين بعد طلاقهما في شأن فصام ولدهما "فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما, لذلك يكون

[1] بلحاج العربي المرجع السابق ،ص82
[2] أحمد لعور و نبيل صقر ،الدليل القانوني للأسرة ،دار الهدى، عين مليلة الجزائر 2
[3] يوسف دلاندة، قانون الأسرة. دار بلقيس، الدار البيضاء ،الجزائر،2

التشاور أولى عندما يتعلق الأمر بالحضانة، وهكذا للام ان تتنازل عن حقها في الحضانة لفائدة الأب، ويستثنى من ذلك ما إذا تبين أن تنازل الأم عن حضانة ولدها في غير مصلحته، على اعتبار أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون. كذلك إذا التزم الأب بأن لا يطالب بسقوط حضانة مطلقته ولو تزوجت أو سافرت فإن ذلك يلزمه ولا يبقى له الحق في أن يطلب الحكم بسقوط حضانة الأم. مع ضرورة مراعاة مصلحة الطفل وقد اعتبر الفقهاء هذه المعاملة من قبيل الصلح

ومن أجل تفعيل مقتضيات اتفاقية حقوق الطفل اقر قانون الأسرة المساواة بين المحضون سواء كان ذكرا أو أنثى عند انتهاء مدة الحضانة التي تستمر إلى بلوغ سن الرشد القانوني، ومنح للطفل المحضون حرية التعبير، عند اختيار من يحضنه من الأبوين بعد بلوغه سن الخامسة عشر وذلك من أجل تكوين شخصية منسجمة النمو ومكتملة التفتح والتي لن تكتمل إلا باحترام علاقاته الشخصية مع أقاربه, وحقه في زيادة الأقارب من جهة الوالدين معا[1].

فهذا الحق يحد من ممارسة الأبوين لسلطتهما على أبنائهما، لوجود عاملين أساسيين يبرران هذه المقاربة وهما:

-ظاهرة استبعاد الأطفال من محيطهم العائلي، وهذا ضد احتياجاتهم إلى محيط عائلي، ثقافي، اجتماعي يشعرون من خلاله بانتمائهم إلى ثقافتين لهم حقوق وعليهم التزامات نحوها وبالتالي حقهم في الرعاية والتنشئة في هاتين الثقافتين المختلفتين.

-احترام علاقة الطفل بالآخرين خاصة الجد والجدة [2]

لان تنظيم حق الزيارة بين الزوجين يعتبر من أهم الحقوق التي تضمن للطفل الارتباط بمحيطه العائلي والحفاظ على هويته وروابطه الخاصة مع أبويه, وإن كان إنهاء العلاقة الزوجية أمر لابد منه فيجب ألا ينعكس ذلك على وضعية الطفل وحقه في أن يبقى له اتصالات مباشرة مع أبويه معا.

[1] معن خليل عمر، علم اجتماع الأسرة دار الشروق للنشر و التوزيع ط 1 1994، عمان ص 45

[2] سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ط2، دار البعث للطباعة و النشر الجزائر 1989 ص 86

وقد سعت مدونة الأسرة لتفعيل حق الطفل في زيارة أقاربه, بعد أن سمحت للزوجين تنظيم زيارة المحضون باتفاق بينهما، حق غير الحاضن من الأبوين في زيارة واستزارة المحضون وللأبوين الاتفاق الحبي بينهما على تنظيم هذه الزيارة عن طريق تبليغ هذا الاتفاق الى المحكمة لتضمينه في مقرر إسنادها وتسجيل مضمونه.

وأقرت للمحضون صلة الرحم بأصوله التي يجب أن تستمر حتى بعد وفاة أحد والديه، بحلول جد وجدة المحضون من جهة أي والدي المتوفي في الاستفادة من حق الزيارة[1].

و يعتبر هذا مظهر حضاري يتم عن وعي كبير بروح المسؤولية وعن بعد النظر الوالدين وحمايتهما لمصلحة الأطفال، حيث يكون المحضون بالأساس هو المستفيد الأول من تلك الزيارة نظرا لآثارها النفسية على سلوكه، فتحديد الزيارة عن طريق الاتفاق بين الزوجين المطلقين يجب أن يكون أصلا، ولا يمكن أن يطالب ذلك التحديد من القضاء إلا بكيفية استثنائية، وفي حالة تعذر الوصول إلى مثل ذلك الاتفاق، انطلاقا من أن الأبوين أحن على الطفل وأحرص على مصلحته من غيرهما ومن ضمن الالتزامات التي يجب الاتفاق عليها ما يتعلق بتمدرس الأطفال الذين يوجدون تحت الحضانة، فقد تم التنصيص على هذا الالتزام في الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الطفل، وفي المادة 54 من مدونة الأسرة، إضافة إلى ما تضمنه القسم الخاص بأحكام الحضانة، وإن كانت المقتضيات الخاصة بالحضانة لم تتطرق للمقابل المادي للحضانة، فإن المشرع قد اعتبر التعليم للأولاد عنصرا من عناصر النفقة عندما نص أن النفقة تشمل التعليم للأولاد مع مراعاة المادة 168 مما يخضعها مبدئيا لما تخضع له هذه الأخيرة من أحكام خاصة ما يلي[2]:

تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم القاضي بالنفقة بما في ذلك الاقتطاع من المنبع وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة.

---

[1] بوشيبة خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء دفعة 18 الجزائر 2007- 2010 ص 79

[2] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، édition Encyclopédie، الجزائر،2003 ،ص.113.

-لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتفق عليها أو المحكوم بها قبل مرور سنة إلا في ظروف استثنائية

وإن كان حق الطفل في النفقة لا يقل أهمية عن حقه في الحضانة فقد أحاط المشرع اتفاق الزوجين على النفقة، بمعايير تهدف إلى حماية حقوق المستفيد من النفقة هذه الحماية تتجلى في تقدير النفقة وإعطائها صفة دين ممتاز إذ نصت المادة 189 من مدونة الأسرة تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات، بالإضافة إلى تكاليف التعليم للأولاد[1].

ويجب الأخذ أثناء تحديد النفقة الواجبة المعايير التي قررها المشرع والمتمثلة في مراعاة التوسط عند تقديرها ودخل الملزم بها ارتفاعا وانخفاضا، وحال مستحقها ومستوى الأسعار والتقلبات التي تعتريها والأعراف والعادات السائد ة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة تحقيقا للغاية من سنها ورعيا لمبدأ لا ضرر ولا ضرار, وذلك من خلال اعتبار تكاليف سكن المحضون من واجبات النفقة وإن كانت مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة.

إن وضع هذه المعايير العامة ستمكن من استيعاب ظروف النفقة، ووضعيتها في دول المهجر واستقبال هذه المقتضيات من قبل القضاء الأجنبي. خاصة بعد أن منحها القانون المغربي صفة دين ممتاز، فسواء تعلق الأمر بنفقة الزوجة أو الأطفال، فقد منح لها صفة دي ممتاز على المنقولات المملوكة للمدين بالنفقة[2]

[1] محمد حسنين التنفيذ القضائي في قانون الإجراءات المدنية مكتبة الفلاح الكويت الطبعة 2 1984 ص 100

[2] محند اسعد القانون الدولي الخاص الجزء 2 القواعد المادية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1989 ص 57

غير ان المشرع الفرنسي حذا حذوا اخر من خلال تعديل 2017 للقانون المدني الفرنسي حيث جعل سلطة الطلاق بالتراضي مشتركة بين بين قاضي شؤون الاسرة والموثق الذي اصبح له دور في تحرير عقد الطلاق بين الزوجين حيث اعتبر المشرع الفرنسي بان الطلاق بالتراضي هو عقد يتفق فيه الاطراف على كل الجوانب المتعلقة بتوابع الطلاق خاصة فيما يخص النفقة والحضانة ،مما يستشف ان المشرع الفرنسي اعتبر الطلاق بالتراضي عقد يمكن ابرامه عند الموثق بإرادة الاطراف الحرة.

خلاصة الفصل:

لقد تطرقنا في هذا الفصل إلى إجراءات الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري أي الشروط الإجرائية لسير دعوى الطلاق بالتراضي بنوعيها الموضوعية و الشكلية و كذا دور القاضي في الصلح و التحكيم في هذا النوع من الطلاق و الحكم بالطلاق بالتراضي و الذي هو عبارة عن قرار يصدر من الجهات القضائية في اطار القوانين الإجرائية من طرف محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا و كلك على الاثار حكم الطلاق الاتفاقي من العدة و التعويض المالي للزوجين و كذا حضانة الاطفال

خاتمة

خاتمة:

تتناول الدراسة موضوع من بين الموضوعات الإجرائية المهمة التي تناولها المشرع في قانون الأسرة وقانون الإجراءات الإدارية والمدنية، ألا وهو الطلاق بالتراضي باعتباره مسألة من المسائل الأسرية التي تطرح الكثير من الإشكالات،

و أيضا من خلال دراستنا تجلى لنا أنه على الرغم من إفراد المشرع الجزائري لقسم خاص بالإجراءات التي يجب إتباعها أمام المحاكم إلا أنها في غاية الصعوبة بالنسبة للمتقاضين خاصة وأن في قضايا شؤون الأسرة لابد من معرفة القواعد الموضوعية والإجرائية معا لارتباطهما في قضايا الأسرة، لان الجانب الشكلي المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يكفي وحده، إذ لابد من الإلمام بالجانب الموضوعي المنصوص عليه في قانون الأسرة .ولقد حرص المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يضع قواعد مشتركة بين جميع القضايا، تمثلت في الإجراءات المتعلقة بالدعوى، كشروط قبول الدعوى وشكل عريضة افتتاح الدعوى والبيانات الخاصة بها، كما أن الإختصاص العام للمجالس القضائية يتحدد من اختصاص المحاكم التابع لها

الطلاق بالتراضي لا يتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية و لقد خصص له المشرع قواعد إجرائية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هو عبارة عن فك الرابطة الزوجية بالارادة المشتركة للزوجين و بدون وجود نزاع بيم الطرفين كما ان له خصوصية في الإجراءات الخاصة به و التي تتميز بها عن باقي الأنواع الأخرى من طرق فك الرابطة الزوجية و هذا فيما يخص بقيد الدعوى و شكل الطلب أو عريضة الدعوى و التكليف بالحضور و كذلك السلطة التقديرية للقاضي

عدم قبول احكام الطلاق بالتراضي للاستئناف في شقيها و قابلية احكام الطلاق بالتراضي للطعن بالنقض من جهة و من جهة أخرى لا يتوقف تنفيذها.

التوصيات:

ضرورة إعادة النظر في المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث تتكيف مع المادة 7 من قانون الأسرة.

– إعادة صياغة المادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث يمكن تقديم طلب الطلاق بالتراضي امام الموثق باعتبار ان ان الطلاق بالتراضي هو طلاق واقع باتفاق وتراضي إرادة الزوجين.

– تفعيل نص المادة 446 الإجراءات المدنية والإدارية التي خصها المشرع في موضوع الصلح والتحكيم، وذلك لما للصلح من أهمية في فض النزاعات والأزمات التي تهدد كيان الأسرة الجزائرية.

–

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

1. المصادر:

القران الكريم

2. المراجع:

الكتب:

- ابن قدامة، المغني (كتاب الخلع) ، المسالة 5746، مكتبة القاهرة ، ج7، 1388هـ- 1968 ، ص 246
- ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة: الثالثة – 1414 هـ، ج 2/10 ص 136
- ابن نجيم المصري ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الاسلامي ، الطبعة: الثانية ، ج3/3 ص 256
- أبي الوليد :ابن رشد الحفيد "بداية المجتهد ونهاية المقتصد".دار الحديث القاهرة ج 2, سنة الطبع 1425هـ- 2004م ص 68
- أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ، الطبعة الثالثة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001 . ص:132
- أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي المالكي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار المعارف ، ج2 ص 542
- أحمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول 1998، (بدون ذكر المطبعة)دار البيضاء، الجزائر، ص: 176.
- أحمد لعور،نبيل صقر ،الدليل القانوني للاسرة ،دار الهدى،عين مليلة الجزائر 2007، ص48، 49.
- باديس الذبياني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء الجزائري دار الهدى عين مليلة الجزائر ص 95
- بدران أبو العينين، الزواج و الطلاق في الشريعة الاسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، مصر ، 1998، ص 56
- بلحاج العربي،قانون الأسرة،ديوان المطبوعات الجامعية،2007 ،ص212

- بن شويخ رشيد، مذكرات في شرح قانون الأسرة الجزائري لطلبة السنة الرابعة حقوق، جامعة البليدة، السنة 2006/2005 .الجامعية
- بن عومر محمد الصالح، القضاء الاستعجالي في شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بشار، 2007/2006 ،ص. 70 وما بعدها.
- بوشيبة خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء دفعة 18 الجزائر 2007-2010 ص 79
- حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2004 ص 09
- خليل بن إسحاق بن موسى ، مختصر خليل، صححه و علق عليه احمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1426 – 2005م، ج1، ص 326
- رشيد بن الشويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، القبة ، الجزائر ، الطبعة الأولى 2008 ،ص :180.
- زكي على السيد أبو غضه المرأة في اليهودية والمسيحية والإسلام، ، دار الوفاء، الطبعة الأولى، مصر،2003 ص 2
- سعاد الأخريسي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، "مسار التعديلات ومطالب الحركة النسائية"، الطبعة الأولى سبتمبر 2005، (دون ذكر المطبعة) ص: 198.
- سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ط2، دار البعث للطباعة و النشر الجزائر 1989 ص 86
- السيد السابق، فقه السنة، المجلد2، ط1، دار الفتح، 1983، مصر ، ص 234
- طاهري حسين، الوسيط في شرح القانون الإجراءات المدنية مدعما باجتهاد المحكمة العليا ط2 جديدة و ملقحة وفقا لاحداث النصوص القانونية دار الريحانة للنشر و التوزيع الجزائر 2004، ص 08
- عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، ج01 ،ط 01 ،كليك للنشر، الجزائر، 20

- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط4 ،منشورات بغدادي، الجزائر 2008..، ص 79
- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة (موفم للنشر – الجزائر – 2012 (الطبعة الثالثة، ص 338.
- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، سنة 2013 ،ص 16
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل (دار هومة – الجزائر – 2007 (الطبعة الرابعة،
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، 2005م ص 80
- عبد الواحد شعير، مدونة الأسرة خارطة الطريق، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2003، ص: 88
- علاء الدين علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق : محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، 1375هـ ، ج429/8.
- على السبكي نظام الأسرة في الإسلام، ، ط1 ،دار المعرفة، بيروت، 1982 ،ص 2
- علي ابن حزم الاندلسي، المحلى بالحجج و الاثار، المحقق خالد الرباط، دار ابن حزم، لبنان، 2016، ص 875
- علي بن محمد الشريف الجرجاني ، التعريفات ، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر ، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان ، الطبعة الأولى ، 1983م. ص، 141.
- علي عبد الواحد وافي المرأة في الإسلام، ، ط2 ،دار النهضة العربية مصر، ص ص 97- 98
- عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، بن عكنون ، الجزائر ، انسيكلوبيديا للنشر ، 2003 ، ص: 33.
- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، édition Encyclopédie، الجزائر،2003 ،ص.113.

- فاضل الأنصاري العبودية والرق والمرأة بين الإسلام الرسولي والإسلام التاريخي، ، ط1 دار الأهالي للنشر ، القاهرة، ص28
- فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986 ، ج326/1.
- القس صموئيل المشرقي مكانه المرأة في المسيحية، ، دار المحبة، بيروت، 1965 ،ص75
- مامون الكزبري. نظرية الالتزامات والعقود، الجزء الأول بيروت 1972 ص 64.
- محمد احمد محمود حسن اليهودية التبشيرية في الكتب المقدسة والي اليوم خطورتها وترابطها مع الشيوعية، ، ط 1 ،زاد المعرفة، بيروت، ص 214
- محمد الصابوني "صفوة التفاسير"المجلد الأول, دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع, القاهرة, الطبعة التاسعة(بدون ذكر سنة الطبع)ص 146
- محمد الطاهر ابن عاشور، تفسير التحرير و التنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 2007، ص 586
- محمد الكشبور. الوسيط في قانون الأحوال الشخصية مطبعة النجاح, الطبعة الخامسة 1412 – 2000 ص 310.
- محمد الكشبور، يونس الزهري، حسن فتوح، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء الطبعة الأولى 2006، الرباط، المغرب، ص: 10.
- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، ط/1 ، 1994م ، ج4/4 ص 312
- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار الفكر ، (دون ذكر الطبعة)، ص: 53.
- محمد بن أحمد بن محمد عليش ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر – بيروت– ، 1989م ، ج4/4 ص 86

- محمد حافظ صبري المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود في شرع اليهود ونظائرها من الشريعة الإسلامية الغراء ومن القانون المصري والقوانين الوضعية الأخرى، ، ط 1 ،مطبعه أمين هندية، القاهرة، ص 204
- محمد حسنين التنفيذ القضائي في قانون الإجراءات المدنية مكتبة الفلاح الكويت الطبعة 2 1984 ص 100
- محمد حسين منصور النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، ، منشأه المعارف، الإسكندرية، ص 29
- محمد رشيد رضا حقوق النساء في الإسلام، ، ط 1 ،المكتب الإسلامي، بيروت، 1974، ص227
- محمد زيد الابياني شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، ط2 الجزء الأول ،مطبعه علي سكر، مصر، 1911 ،ج1 ،ص 218
- محمد مصطفى شلبي أحكام الأسرة في الإسلام، ، الدار الجامعية للطباعة، القاهرة، ص 473
- محمود محمد عوض سلامة، حسم الخلافات الزوجية عن طريق الخلع، دار النشر العربية، القاهرة، طبعة 1990، ص:7.
- معن خليل عمر، علم اجتماع الأسرة دار الشروق للنشر و التوزيع ط 1 1994، عمان ص 45
- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني ، نشر مكتبة القاهرة ، 1968، ج3/7 ص 196
- نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر ،2006 ،ص113.
- هلال العيد، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، دراسة تحليلية ومقارنة ومحينة مع النصوص الجديدة والنظام الجامعي الجديد L M D ،منشورات ليجوند، الجزائر، الجزء الأول، الطبعة الأولى سنة 2017 ،ص 110
- وفاء معتوق حمزة، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، دار القاهرة، الطبعة الأولى 2000، ص:40،39.

- ول ديورانت قصه الحضارة، ، ترجمه محمد بدران، مجلد 4 ،ط 2 ،مطبعه اللجنة للتأليف والنشر، القاهرة، 1955 ،ص 33
- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق) (دار هومة – الجزائر – 2007 (16 الطبعة الأولى، ص62

المذكرات الجامعية:

- بن شويخ رشيد، مذكرات في شرح قانون الأسرة الجزائري لطلبة السنة الرابعة حقوق، جامعة البليدة، السنة الجامعية 2006/2005 .ص 186
- تشوار الجيلالي، مذكرات في قانون الأسرة الجزائري لطلبة السنة الرابعة حقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2007/2006
- دنوني هجيرة ، محاضرات في قانون الأسرة المقارن القيت على طلبة ماجستير تخصص قانون الأسرة سنة 2006– 2007 جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ص ص 17– 18– 19
- زكي الدين شعبان "الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية "منشورة الجامعة الليبية كلية الحقوق, الطبعة الرابعة 1398 هـ–1978 م ص 460
- عبد الرحمان الصابوني" مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية " أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق, مطبعة جامعة دمشق 1382 هـ – 1962 م ص 489, 506.
- العمراني الكد"فقه الأسرة المسلمة في المهجر هولندا نموذجا"رسالة دكتوراه, جامعة محمد الأول, شعبة الدراسات الإسلامية, 2002–2003 ، الجزء الأول، المغرب ، ص 19
- قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية – دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة – ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، سنة 2004 ، ص: 13.
- لمطاعي نور الدين ، عدة الطالق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية ، أطروحة دكتوراه ، الجزائر ، كلية الحقوق ، سنة 2006 ، ص: 51
- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة فقهية وتشريعية وقضائية، الطلاق والخلع وآثار الفرقة، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2003، ص: 172.

- وردة بوزيد، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة 2 القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية- 2010- 2011 ،ص 42

المواد القانونية:

- المادة 48 تنص "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي....**"
- المعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966
- المادة 13 من القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 18 صفر 1429الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 الكتاب الأول الاحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية الباب الأول الدعوى الفصل الأول شروط قبول الدعوى.
- المادة 07 الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005
- قانون رقم: 08 . 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 ،الوافق ل 25 فبراير سنة 2008 ،المتضمن قانون الإجراءات 1 المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 ،سنة 2008.
- المادة 48 من القانون رقم 11 -84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق 09 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم -05 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005
- المادة 423 من القانون رقم 11 -84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق 09 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم -05 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005

- المادة رقم 07 قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005
- المادة 40 في الامر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1359 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني العدل و المتمم

المجلات:

- تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد ، 2 2007 ،ص.225.
- مجلة الاتحاد، مصر عدد 11850 الصادر يوم السبت 06 ذي الحجة 1428 الموافق ل 15 ديسمبر 2007
- مقال بعنوان ساركوزي على خطا سيسيليا تؤكد خيانتها جريدة الشروق اليومي صادر بتاريخ 19- 10- 2007، الجزائر ص 12
- ناصر متيوي مشكوري ومحمد بوزلافة"دور القاضي في العقود الدولية"مجلة القانون والاقتصادعدد19لسنة2002 ص 163

الفهرس

فهرس المحتويات: الصفحة

مقدمة.....أ

الفصل الأول: الاطار القانوني للطلاق بالتراضي

المبحث الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي..... 02

المطلب الأول: تعريف الطلاق بالتراضي.....02

الفرع الأول: التعريف اللغوي.....03

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للطلاق بالتراضي..... 04

الفرع الثالث: التعريف القانوي للطلاق بالتراضي.....09

المطلب الثاني: تعريف الطلاق بالتراضي و اركانه..... 11

الفرع الأول: التراضي كركن من اركان الزواج..... 11

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الطلاق بالتراضي.....13

المبحث الثاني: التكييف القانوني للطلاق بالتراضي..... 14

المطلب الأول: الطلاق بالتراضي في التشريعات السماوية..... 14

الفرع الأول: الطلاق بالتراضي عند اليهود و المسيح..... 14

الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي في الفقه الإسلامي..... 17

المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي في التشريعات الوضعية..... 20

الفرع الأول: الطلاق الاتفاقي في التشريعات الغربية فرنسا..... 20

الفرع الثاني: الطلاق الاتفاقي في التشريعات العربية المغرب 21

خلاصة الفصل الأول 23

الفصل الثاني: إجراءات الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري

المبحث الأول: الشروط الإجرائية و سير دعوى الطلاق بالتراضي..... 24

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للدعوى في الطلاق بالتراضي..... 24

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للدعوى في الطلاق بالتراضي..... 24

الفرع الثاني: الشرط الشكلية للدعوى في الطلاق بالتراضي..... 27

المطلب الثاني: سير دعوى و الهيئة الناظرة في دعوى الطلاق بالتراضي..... 30

الفرع الأول: تشكيلة جلسة قسم شؤون الأسرة..... 30

الفرع الثاني: دور القاضي في الصلح و التحكيم 31
المبحث الثاني: حكم الطلاق بالتراضي و توابعه..... 33
المطلب الأول: حكم دعوى الطلاق بالتراضي و الطعن فيه..... 33
الفرع الأول: صدور الحكم بالطلاق بالتراضي 33
الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم الطلاق بالتراضي..... 36
المطلب الثاني: اثار الحكم بالطلاق بالتراضي..... 38
الفرع الأول: العدة 38
الفرع الثاني : التعويض و الحضانة..... 39
خلاصة الفصل الثاني..... 46
خاتمة 47
قائمة المصادر المراجع.....50
الفهرس..... 57