جامعـة محمـد خيضـر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فـرع: الحقــوق

تخصص: قانون أسرة

رقم: .....

إعداد الطالبتين:

(1). خنتوش سليمة

(2). سكيــو ناديــة

يوم:2023/06/19

فك الرابطة الزوجية لعدم النفقة في التشريع الجزائري

لجنة المناقشة:

مستاري عادل	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد خيضر بسكرة	رئيسا
لمعيني محمد	أستاذ محاضر أ	جامعة محمد خيضر بسكرة	مشرفا
نسيغة فيصل	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد خيضر بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2022 – 2023

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمْ

اهداء . . .

" أستهل أسطري هذه بحمد الله تعالى

حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه

أهدي عملي هذا الى من قال فيهما الرحمن

" . . . وقُلْ رَبِّي ارحمهُما كما ربّياني صغيرًا... "

أشكر والدتي قرة عيني " أمي الحبيبة"

على جميـل صبرهـا وحسـن عونـها

وأقول . . .

أطال الله عمرك وأمدّك بالصحة

والعافية وأدعوا الله أن يعينني

على برّك وردِّ احسانك

الرحمة لوالدي الذي

ألبسني ثوب العلم...

وإلى أخوتي والأحبة على قلبي "

ابتسام

اهداء . . .

" ما أجمل أن يجود المرء بأغلى ما لديه

والأجمـل أن يهـدي الغالي للأغلى

هي ذي ثمرة جهدي أجنيها اليوم

وأهديها بكل حب الى ...

أبي الغـالي حفظـه الله

أمي العزيزة أمدها الله بالصحة والعافية

زوجـي الفاضـل ...

أولادي حفظهم الله ورزقهم الحظ والحكمة

والى كل عزيزٍ من الأهل والأصحاب "

نادية

شكـــر وتقديـــر

" عرفانا بالجميل واقرارًا بالفضل . . .

نتقدم بالشكر إلى أستاذنا الفاضل ومشرفنا

الدكتور" لمعيني محمد"

على تكرمه بالإشراف على اعدادنا هذه

المذكرة ومساندته لنا، والشكر موصول

أيضا الى كافة أعضاء اللجنة الموقرين

ونقول . . .

الحمد لله الذي أعاننا وجزاكم الله عنا كل خير"

بســـــم الله الرحمـن الرحيـم

قال الله تعالى

" وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"

الآية 227 من سورة البقرة

مقدمـــــة

حرص الإسلام على إعطاء عقد الزواج مكانة خاصة وعناية مميزة وطبيعة مختلفة عن بقية العقود ، كيف لا وقد وصفه بالميثاق الغليظ، لقوله سبحانه وتعالى «وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا"[1]، فهو العقد الذي تنشأ بموجبه الأسر التي هي أساس المجتمعات وسبب وجودها فالأسرة هي اللبنة الأولى والقاعدة الأساسية في بناء المجتمع وبها تتكاثر الأمم و تزداد لقوله جلّ جلاله " يا يأَيُّهَا النّاسُ اتّقُوا رَبَّكُم الّذِي خَلَقَكُم مِن نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا ونِسَاءً[2]..."، لذا اعتبر الزواج رابطة مقدّسة ومنظومة قائمة بذاتها ترتكز على أسس وعلاقات صحيحة وسليمة من خلال مشاركة الحياة بين الزوجين وسعيهما لخلق الاكتمال بينهما وتحقيق الأمان، الاحترام، التقدير والقيام بالمسؤوليات المتبادلة اتجاه بعضهما واتجاه أسرتهما.

وحرصت الشريعة الإسلامية على تحقيق الاستقرار في الحياة الزوجية من خلال فرض مجموعة من الالتزامات والمسؤوليات المتبادلة التي تكون على عاتق كل من الزوجين، ومن بين أهّم ما أوجبه عقد الزواج على الزوج؛ النفقة على الزوجة والأبناء لكنّ تكاليف الحياة وعوارضها قد تؤدي إلى إعسار الزوج وعجزه عن القيام بواجبه في الإنفاق على الأسرة، وقد يمتنع عن ذلك عمدا بالرغم من يسره ، فيكون قد أشعل أولى شرارات الخصام مما قد يؤدي إلى اختلال كيان الأسرة وتزعزع استقرارها وعرض وجودها واستمرارها للخطر وتجد الزوجة نفسها أمام خيارين كلاها صعب؛ فإمّا السكوت وتحمّل الضرر اللاحق بها جراء عدم النفقة وإمّا رفض الوضع القائم واللجوء إلى القضاء لطلب فكّ الرابطة الزوجية.

إنّ إرادة فكّ الرابطة الزوجية لم تعد حكرا على الزوج، بل إنّ الفقه والقضاء أقرّا صورة أخرى للطلاق تتمثل فيما اصطلح على تسميته "التطليق" وهو طلاق عن طريق القاضي وبناء عليه تستطيع الزوجة أن تفكّ زوجيتها إذا ما أثبتت السبب الشرعي الذي تدّعيه، ولو لم يرغب الزوج في ذلك ، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة [3]، ومن بين

---

[1] سورة النساء، الآية 21

[2] سورة النساء الآية 01

[3] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 والمتضمن قانون الأسرة.

الأسباب التي عدّدها المشرع نجد عدم الإنفاق وهو الموضوع الذي سيكون محل دراستنا المتواضعة.

أسباب اختيار الموضوع:

تعددت أسباب اختيارنا للموضوع ولعلّ أهمّها ما يلي:

– ميولنا إلى مواضيع الأحوال الشخصية من جهة وتخصصنا في قانون الأسرة من جهة أخرى يجعلنا نولي اهتماما بهذا الموضوع وخاصة أنّه يمس كيان الأسرة واستقرارها.

– رغبة منا في تقديم إضافة ولو بسيطة ومتواضعة والمساهمة في إثراء موضوع الدراسة والبحث عن الحلول الممكنة.

– إنّ هذا الموضوع يفرض نفسه على المهتمين بمجال الأسرة سواء في العلوم الإنسانية أو العلوم الاجتماعية وبالأخص في العلوم القانونية لكونها أداة قانونية للوقاية والردع والعلاج.

أهمية الموضوع:

إنّ أهمية موضوع فك الرابطة الزوجية لعدم النفقة في التشريع الجزائري تظهر من خطورة الآثار المترتبة على عدم الإنفاق كسبب مبيح لطلب التطليق من جهة، وعلى انحلال عقد الزواج وما ينجرّ عنه من جهة أخرى؛ مما يجعلنا نولي دراستنا البحثية فائق الاهتمام والدقة والتمحيص.

إنّ فكّ الرابطة الزوجية بطريق التطليق يكاد يلقي بظلاله على الكثير من الأسر، وإن تعددت أسبابه فإنّ نتائجه واحدة وهي هدم الأسرة وتشتيت أفرادها، وإنّ الزوج بامتناعه عن القيام بالتزاماته الشرعية والقانونية تجاه زوجته بالإنفاق عليها سواء عجزا أو عمدا يجعل الزوجة عرضة للضياع وبضياعها يضيع الفرد والمجتمع.

كما تكمن أيضا أهمية الموضوع في حفظ واحدة من الضروريات الخمس وهي حفظ النفس من خلال إبراز حق الزوجة الشرعي والقانوني في الالتجاء إلى القضاء لرفع الضرر اللاحق بها، وخاصة أمام جهل الكثير من الزوجات المتضررات بهذا الحق وبطرق استيفاءه، فإذا كان ما سبق ذكره هو الجانب الواقعي للموضوع فإنّ الجانب العلمي للموضوع يتجسّد فيما يلي:

– يقدّم هذا البحث إضافة إلى الدراسات السابقة سواء من خلال طريقة طرح الموضوع أو من خلال جمع المادة العلمية.

– يعتبر هذا البحث أيضا إثراء لمكتبة كليتنا خصوصا ولعموم مصادر البحث القانونية.

– يعتبر هذا البحث تشخيصا للمشكلة البحثية من خلال تعرضنا لمختلف متغيرات الموضوع وحيثياته، ويساهم كذلك في إيجاد حلول تعالج مشكلة حقيقية تمسّ المجتمع الجزائري.

أهداف الموضوع:

نظرا للأهمية البالغة للموضوع، حاولنا من خلال دراستنا أن نضع صوب أعيننا مجموعة من الأهداف ونسعى إلى تحقيقها، ومن أهمها ما يلي:

– بيان مفهوم فك الرابطة الزوجية عموما والتطليق خصوصا في الشريعة الإسلامية والقانون.

– بيان مفهوم النفقة عموما والنفقة الزوجية خصوصا في الشريعة الإسلامية والقانون.

– بيان إجراءات التقاضي في دعوى التطليق لعدم الإنفاق.

– بيان دور النيابة العامة في دعوى التطليق.

– بيان دور القاضي في محاولات الصلح بين الزوجين.

– بيان خصوصية الطعن في الأحكام الصادرة في دعوى التطليق.

– بيان سلطة القاضي في تقدير سبب التطليق.

– بيان سلطة القاضي في تقدير الضرر والتعويض عنه.

الدراسات السابقة:

لقد تعرّض الكثير من الباحثين لموضوع فك الرابطة الزوجية بطريق التطليق للأسباب والحالات المنصوص عليها في قانون الأسرة ومن بين هذه الدراسات مايلي:

– محمد غويني وعبد الحفيظ حميدي، وكان عنوان دراستهما " فك الرابطة الزوجية بالتطليق بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة " (مذكرة ماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2020)، وقد تطرق الباحثان إلى موقف كل من الشريعة والقانون من فك الرابطة الزوجية بطريق التطليق وإلى إجراءات الدعوى فكانت الدراسة عامة تضم

كل أسباب التطليق، ولهذا كان موضوع بحثنا أكثر تخصصا وتفصيلا حيث عالج سببا واحدا هو عدم الإنفاق.

– شريفة بن عيسى، وعنوان دراستها " التطليق وإجراءاته من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08–09 «، (مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016)، وقد تناولت فيه الباحثة مفهوم التطليق وأسبابه في الفقه الإسلامي، وتطرقت إلى إجراءات دعوى التطليق بصفة عامة لكل أسباب التطليق وأما دراستنا للإجراءات فأردناها أن تعالج بالتفصيل وسائل إثبات عدم الإنفاق، كما أردنا أن نبرز أيضا الدور الايجابي القاضي في هذه الدعوى.

– سي بوعزة إيمان، وعنوان مقالها «سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق"(مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد الثاني، العدد الرابع، 2017)، وتناولت الباحثة بالدراسة السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي في تقدير الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، فكان إثراءً لبحثنا وحاولنا أن نضيف إليه السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر والتعويض عنه.

الإشكاليـــــة:

وحرصا منّا على معالجة الموضوع من كافة الجوانب ارتأينا أن نطرح الإشكالية التالية:

كيف نظّم المشرع الجزائري دعوى التطليق بسبب امتناع الزوج عن الإنفاق؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات منها:

ماهو مفهوم كل من فك الرابطة الزوجية والنفقة؟

وماهي إجراءات دعوى التطليق لعدم الإنفاق؟

المنهج المتبع:

لقد اعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي لإعطاء وصف دقيق وتفصيلي للموضوع من خلال تفحّص جميع جوانبه بعد تحديد المشكلة تحديدا دقيقا للوصول إلى النتائج المرجوّة.

هيكل الدراسة:

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا الخطة الثنائية، حيث قسمنا الدراسة إلى فصلين أحدهما نظري والآخر تطبيقي وخاتمة.

فكان الفصل الأول يتناول الإطار المفاهيمي لكل من فك الرابطة الزوجية والنفقة حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، وتناولنا بالدراسة مفهوم فك الرابطة الزوجية بالتطرق إلى صورها وموقف الشريعة والقانون منها (مبحث أول)، ثم تناولنا مفهوم النفقة والنفقة الواجبة على الزوج (مبحث ثان).

أما الفصل الثاني فعالجنا فيه الإطار الإجرائي لدعوى التطليق لعدم الإنفاق وقسمناه كذلك إلى مبحثين، استعرضنا إجراءات دعوى التطليق لعدم الإنفاق (مبحث أول)، ثم تطرقنا إلى السلطة التقديرية للقاضي في هذه الدعوى (مبحث ثان).

وفي الأخير وضعنا خاتمة تضم كل ما توصلنا إليه من نتائج واقتراحات.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لفك الرابطة الزوجية والنفقة

إن الزواج ترابط شرعي وميثاق أسري بين رجل وامرأة كانا بعيدين قبل انعقاده وأصبحا بفضله زوجين قريبين مجتمعين تحت سقف واحد، وعماد هذا الترابط هو المودة وغايته مرضاة الله عز وجل وتكوين أسرة في الحلال وفق ضوابط شرعية وقانونية للظفر بحياة زوجية هانئة، وبما أن هذه العلاقة تشتمل على طرفين هما الزوج والزوجة، ولأن القوامة للزوج وهو راعي هذه الاسرة فعليه احتواءها وكفايتها من كل النواحي والجوانب، من خلال توفير كل ضروريات العيش ومتطلبات الحياة وإلا فَقَدَ هذا الزواج معانيه السامية وانهار على أكمله ولن يبقى هناك شيء اسمه أسرة وعائلة وأولاد.

وكما نعلم أن انشاء هذه العقود يكون رضائيا في بادئ الأمر أما انتهاؤها فقلما يكون كذلك، فإن حدث خلل في جوانب هذه العلاقة وعزم أحد الزوجين على انهائها، فما عليه سوى سلك الطريق الذي يراه مناسبا له، واختيار إما الطلاق أو التطليق أو الخلع، وبما أن دراستنا هذه تتعلق بانحلال عقد الزواج بالتطليق لعدم الانفاق، فإننا مقيدون بهذا الاطار، وعليه فقد قمنا بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين اثنين، خصصنا الشق الأول فيه لدراسة فك الرابطة الزوجية بين الشريعة والقانون، أما الشق الثاني فللنفقة الواجبة على الزوج، حيث سنبين فيه الانفاق على الأسرة وأهميته، وذلك لكون النفقة من الالتزامات المادية المترتبة على عقد الزواج وهي من أهم الأسباب التي تؤدي الى استمرار العلاقة بين الزوجين أو إلى ازالتها.

المبحث الأول: فك الرابطة الزوجية بين الشريعة والقانون

تبنى الأسرة على المودة والرحمة والسكن، فان انعدمت أحد هذه الأسس الثلاث انعدمت معها حياة الزوجين مما يضطر بكل واحد منهما اللجوء الى استعمال حقه في انهاء العلاقة التي كانت تجمعهم وفق الطرق التي منحها لهم الشرع والقانون، فتُزال الزوجية بينهم إما بالطلاق (المطلب الأول) أو بالخلع (المطلب الثاني) أو بالتطليق (المطلب الثالث) وهذا ما سوف نستعرضه فيما يلي.

المطلب الأول: الطـــلاق

رغم كون الطلاق أبغض الحلال عند الله إلا أن ديننا الحنيف قد أجازه وفق ضوابط شرعية واضحة وصريحة وهو ما أخذ به المشرع الجزائري وعمل به حيث نظّم قواعده من خلال وضع أحكام وأسس لإنهاء عقد الزواج فكان ذلك ضمن قانون الاسرة الجزائري، لذا فقد تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين أساسين هما:

الفرع الأول: مفهوم الطلاق

الطلاق هو أول صورة لحل الرابطة الزوجية والوسيلة التي يلجأ لها الأزواج لحل علاقتهم ببعضهم البعض، وللتعمق أكثر وتوضيح معنى الطلاق سنتناول في هذا الفرع تعريفه ودليل مشروعيته وكل من أركانه وشروطه.

أولا ـ تعريف الطلاق

لغة: طلقت البلاد بمعنى فارقتها، والطالق من الإبل التي طلقت في المرعى وقيل هي التي لا قيد عليها[1]، ويأتي الطلاق برفع القيد مطلقا حسيا كان أم معنويا كما يأتي أيضا بمعنى الترك والمفارقة والتسريح[2].

[1] هشام ذبيح، (أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الاسرة فيها على حماية الأبناء)، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الاول، العدد 9، 2018، ص 221

[2] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري والامر المعدل له، الاصالة للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الثانية، بدون سنة طبع، ص136

والطلاق هو حل الوثاق مشتق من الإطلاق وهو الإرسال والترك، وفلان طلق اليد بالخير أي كثير البذل[1].

اصطلاحا: هو رفع قيد الزواج في الحال أو المآل بلفظ مخصوص والطلاق الذي يكون في الحال هو الطلاق بالثلاث، أما الطلاق في المآل فهو الذي يتم بالطلاق الرجعي [2] وهو تعريف الحنفية، أما المالكية فقد عرفوه على أنه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته[3].

وقد عرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 48 من قانون الأسرة " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"، فكلمة حل جاءت هنا شاملة لكل صور الطلاق.

ثانيا ـ أدلة مشروعية الطلاق

من الكتاب: في قوله تعالى ((الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعدّ حدود الله فأولئك هم الظالمون)) [4] وقوله أيضا ((يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة)) [5] وكذلك في قوله ((لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين))[6].

من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم ((.... ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلّق)) وأيضا في قوله ((أبغض الحلال إلى الله الطلاق)) [7].

---

[1] مصطفى بن العدوى، احكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، مكتبة ابن تيمية القاهرة، الطبعة الاولى، 1988، ص 09

[2] محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي القاهرة، الطبعة الثالثة، 1957، ص 279

[3] أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية مصر، 2004، ص 18

[4] سورة البقرة، الآية 229

[5] سورة الطلاق، الآية 01

[6] سورة البقرة الآية 236

[7] حديث اخرجه أبو داوود رقم:2177 ، 2178 وابن ماجه 2018 والبيهقي 322/7 والحاكم 196/2 وغيرهم

وقال أيضا ((لا تطلقوا النساء إلا من ريبة، فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات)) [1].

من الإجماع: اجمع فقهاء الإسلام على أن الطلاق أمر مشروع فوضعوا أحكاما تضبط صدوره عند لزومه لأن فيه إنهاء الزواج القائم بشرع الله [2].

ثالثا ـ حكم الطلاق

للطلاق خمسة أحكام وهي[3]:

1 ـ مباح: إذا احتاج الزوج إليه لسوء خلق المرأة أو كراهته لها.

2 ـ مستحب: إذا احتاجت الزوجة إليه لسوء خلق الرجل أو إذا فرطت المرأة في حقوق الله الواجبة كالصلاة أو إذا تضررت الزوجة ببقاء النكاح لبغضٍ أو غيره أو نحو ذلك.

3 ـ واجب: إذا تعذرت العشرة بين الزوجين ولا يمكن الإصلاح بينهما، وتضرر كل منهما ببقاء الزوجية قائمة.

4 ـ مكروه: إذا لم تكن الحاجة ماسة إليه وأن حال الزوجين مستقيم.

5 ـ محرم: إذا طلق زوجته من غير حاجة أو أن يطلقها في حيض أو نفاس أو في طهر جامعها فيه، أو يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو كلمات، أو أنه وقع في حرام أو زنا أو نحوه [4].

ويرى المالكية أن الطلاق من حيث الجواز فهو جائز وتعتريه الأحكام الأربعة وهي الحرمة والكراهة والندب والوجوب.

رابعا ـ أركان وشروط الطلاق

للطلاق أربعة أركان سنتطرق لها حسب الترتيب التالي: المطلق – المطلقة – الصيغة – القصد.

1 – المطلِّق: وهو الزوج حيث أنه يملك حق إيقاع الطلاق في الحدود التي رسمها الشرع الإسلامي له [5] وقد يكون هو نفسه المطلق أو رسولا عنه أو وكيلا لأن الطلاق حق شخصي للزوج ولا أحد يستطيع إيقاعه ما لم يكن موكلا من قبله أو رسولا عنه، وذلك حسب القاعدة

---

[1] محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص 284

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 21

[3] محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الاسلامي، الجزء الرابع، بدون دار طبع، سنة 2009، ص 178

[4] محمد التويجري، نفس المرجع، ص 179

[5] محمد ابو زهرة، نفس المرجع، ص 288

الشرعية "من ملك تصرفا يملك الإنابة فيه إن كان قابلا للإنابة " [1] هذا الشرط الأول ، أما الشرط الثاني الذي اشترطه الفقهاء هو أن يكون بالغا عاقلا فطلاق الصبي لا يقع؛ لأنه لا يدرك المصلحة إلا من يكون بالغا حتى وان كان مميزا [2].

ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء أن الولي لا يمكنه إيقاع الطلاق عن الصبي أو المجنون رغم أنه يملك حق تزويجهما وقد أجاز المالكية طلاق الولي نيابة عن الصغير أو المجنون إذا كانت هناك ضرورة أو مصلحة[3].

والشرط الثالث هو أن يكون لدى المطلق نية الطلاق وقاصدا إيقاعه وأن يكون غير مكره لأن طلاق الإكراه طلاق فاسد، لقول علي رضي الله عنه ((لا طلاق لمكره))[4]، وقوله صلى الله عليه وسلم ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))[5].

وكان قد اختلف الحنفية وجمهور الفقهاء في وقوع طلاق المكره من عدمه حيث اعتبره الجمهور لا يقع لأن المكره غير راض بالطلاق وإنما أُجبر عليه عكس الحنفية الذين اعتبروا وقوعه لأنه قصد الطلاق واختاره؛ وبما أنه اختاره فهذا كاف لإيقاعه [6].

وأما طلاق الهازل وهو الذي لا ينوي الطلاق ولا يقصده إنما ذكره لمجرد اللعب والهزل فيقع عند أغلب علماء الفقه حيث قال المالكية "ولزم ولو هزل" [7].

---

[1] محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص 292

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الاول، طبعة 2002، ص226

[3] العربي بلحاج، نفس المرجع، ص226

[4] محمد الامين عثامنة، (إجراءات فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري)، مذكرة ماستر، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015، ص 18

[5] حديث رواه ابن ماجة وابن حبان والدار قطني والطبراني والحاكم من حديث ابن عباس

[6] العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 228

[7] عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجية في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار الفكر القاهرة، الطبعة 2، 1986، ص310

وهذا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله ((ثلاث جدهم جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة))[1].

أيضا طلاق السكران لا يقع عند أغلب العلماء رغم اختلاف حججهم لأنه فاقد الإرادة أشبه بالمجنون وما ينطق به لا يعبر عن قصد وتصميم حيث يقول ابن تيمية أن إيقاع طلاق السكران قول ليس له حجة صحيحة يعتمد عليها[2].

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق في مواده المتعلقة بالطلاق لشروط المطلق وإنما أحالنا إلى نص المادة 222؛ التي تنص على أنه" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وبالتالي الأخذ بما نص عليه المذهب المالكي بعدم وقوع طلاق الصبي الصغير(مع إجازه طلاق الولي) والمجنون ومن في حكمه والمكره والسكران والغضبان والمخطئ والساهي والناسي[3].

2 – المطلقة: وهي محل الطلاق أو من يقع عليها الطلاق وهي الزوجة حيث يقع الطلاق إذا كان النكاح قائما بينها وبين زوجها حقيقة أو حكما ومعنى قائم حكما بأن تكون المرأة معتدة من طلاق رجعي أو من طلاق بائن لم يكن المكمل للثلاث واعتبر نكاحا قائما حكما في أثناء العدة لأن علاقتها مع زوجها لم تنته بعد، وأيضا المعتدة من فرقة اعتبرت فسخا لم ينقض العقد من أساسه ولم يزل الحل كالفرقة برِدَّة الزوجة[4].

وعليه فالشروط التي يجب أن تتوفر في المطلقة هي:

– قيام الزوجية صحيحة لأن الطلاق شُرِّع للزواج الصحيح.

– أن تكون في طهر لم يمسها الزوج فيه ولا في حيض قبله جماع أو طلاق[5].

وبالتالي فلا يقع الطلاق بالنسبة:

– للمتزوجة في عقد زواج فاسد حيث يجب التفريق بين الزوجين وفسخ العقد بقوة القانون.

---

[1] حديث رواه ابو هريرة وأربعة من الصحابة

[2] عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص331

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 230

[4] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 292

[5] العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 247

– للمطلقة قبل الدخول بها والتي لم تتم الخلوة بها.

– للمعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى حتى ولو كانت في فترة العدة[1].

3 – الصيغة: وهي ما يقع به الطلاق بكل ما يدل على إنهاء العلاقة الزوجية سواء كان ذلك باللفظ الصريح كأنت طالق ونحوه، أو كان بالكناية كقول الزوج لزوجته ألحقي بأهلك أو أنت علي حرام ونحو ذلك إذا قصد الطلاق[2].

وعليه اتفق الفقهاء على أن الألفاظ التي يقع بها الطلاق صنفان لفظ صريح ولفظ كناية ومنهم من اعتبر اللفظ ركن من أركان الطلاق كالمالكية حيث اعتبروا بأن الصريح في الطلاق هو لفظ الطلاق فقط، أما الشافعية فاعتبروا الصريح منه هو لفظ "الطلاق، الفراق والسراح" لأن هذه الألفاظ مذكورة في القرآن الكريم.

فالألفاظ الصريحة تكشف عن إرادة المطلق في إيقاع الطلاق ودالة عليه بذاتها ولا تحتاج إلى قرينة تؤيدها أو كما قال الفقهاء هو اللفظ الذي يستعمل في الطلاق ولا يستعمل في غيره.

أما الكناية في الطلاق فيقصد بها كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ولم يقصره العرف على الطلاق وإنما كل لفظ يحتمل معنيين فمثلا إذا قال الرجل لامرأته الحقي بأهلك أو أنت خلية، فقصده يكون إما الطلاق أو معنى أخر غير الطلاق كأن يقصد طردها من المنزل فقط.

وقد أخذ المالكية بألفاظ الكناية وقالوا أنها قد تكون كناية ظاهرة وهي ما جرت العادة أن يطلق بها لغة أو شرعا كلفظ الفراق، التسريح أو أنت بائن، فهذه الألفاظ تأخذ حكم لفظ الطلاق الصريح وقد تكون كناية محتملة بمعنى خفية كقول الرجل لأمرأته الحقي بأهلك فهذا اللفظ لا يقع به الطلاق إلا إذا نوى الزوج إيقاعه به[3].

وصيغة الطلاق قد تكون منجزة أي يقع الطلاق بها في الحال أو معلقة على شرط، إذا تحقق وقع، أو مضافة إلى المستقبل كقول الزوج لأمرأته أنت طالق بعد شهرين مثلا[4].

---

[1] محمد الأمين عثامنة، المرجع السابق، ص 19

[2] محمد التويجري، المرجع السابق، ص 192

[3] احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص ص 25

[4] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 297

أما عدد الطلقات فقد اختلف الفقهاء في وقوع طلاق الثلاث بلفظ واحد كأن يقول الرجل لزوجته أنت طالق ثلاثا أو أن يكرر لفظ أنت طالق ثلاث مرات، فيرى جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى وقوع هذا الطلاق ثلاثا فإذا اقترن بالثلاث أو تكرر اللفظ ثلاث مرات وقع ثلاث طلقات[1].

ويقول بعض العلماء أن الطلقات لا تقع دفعة واحدة بل تقع على دفعات فالطلاق المقترن بالعدد لفظا أو إشارة ينبغي بمقتضى نص الآية في قوله تعالى ((الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان))[2]، ألا يقع إلا طلقة واحدة لأنه دفعة واحدة [3] وهذا ما دلت عليه الآية الكريمة واستشهدوا بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال طلق ركانة ابن عبد يزيد امرأته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها؟ فقال: طلقتها ثلاثا، فقال: في مجلس واحد؟ قال نعم، قال ((فإنما تلك واحدة، فراجعها إن شئت)) فراجعها.

ومن خلال هذا الحديث اعتبر الرسول صلى الله عليه وسلم الطلاق ثلاثا في مجلس واحد على سبيل التتابع أو على سبيل وصف الطلاق بالعدد، طلقة واحدة[4].

وقد استقر القضاء في الجزائر على اعتبار الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة؛ طلاقا واحدا ومثله الطلاق المكرر في مجلس واحد أو المتتابع وهذا حتى يتسنى للمطلقين تجربة حياة الطلاق[5].

وعن عدد الطلقات فقد حذا المشرع الجزائري في قانون الأسرة حذو الشريعة الإسلامية وذلك في المادة 51 حيث نصت أنه "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره...."

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 252/251

[2] سورة الطلاق، الآية 01

[3] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 304

[4] محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 307

[5] العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 253

4 – النية (القصد): إن التعبير عن الإرادة يتخذ مظهران؛ مظهر يعبر عنه باللفظ وهو المظهر الخارجي ومظهر داخلي وهو القصد أو نية المرء، والأصل أن الإرادة الظاهرية هي دليل على الإرادة الداخلية[1].

ورغم الاختلاف بين علماء الدين في وقوع الطلاق بمجرد النية دون التلفظ به إلا أنه يكاد يكون الإجماع على أن من طلق في نفسه فلا عبرة لطلاقه ولا يقع، حيث يرى جمهور الفقهاء أن الطلاق لابد فيه من لفظ مخصوص يدل عليه فلو نوى الزوج الطلاق بقلبه فلا طلاق ما لم ينطق به.

وأدلتهم في ذلك ما روي عن عطاء وجابر ابن زيد: من طلق في نفسه فليس بشيء؛ وعن قتادة والحسن: من طلق في نفسه فليس طلاقه ذلك بشيء.

وبالتالي من نوى الطلاق ولم يلفظ به أو لفظ به ولم ينوه فليس طلاقا حتى يلفظ به وينويه[2].

الفرع الثاني: الإرادة في الطلاق

يتم الطلاق إما برغبة من الزوج وبإرادته المنفردة، وإما بتراضي الزوجين واتجاه ارادتيهما لإنهاء زواجهما.

أولا ـ الطلاق بإرادة الزوج المنفردة

وهو الطلاق الذي يوقعه الزوج بمجرد التلفظ بكلمة الطلاق على أن تكون إرادة الزوج متجهة لإيقاع هذا الطلاق وألا يكون في حالة غضب مطبق أو سكر أو إكراه [3] أو تهديد أو تحت كل ضغط قد يعدم إرادته، ويكون ذلك دون الحاجة إلى موافقة الزوجة [4].

ونصت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...".

---

[1] عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 306

[2] عبد الرحمان الصابوني، نفس المرجع، ص ص 307

[3] هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 225

[4] محمد كربوب، (الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية والاشكالات التي تثيرها)، دائرة البحوث القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد 3، ص 59

وقد جعل الطلاق بيد الرجل لأنه أكثر إدراكا وتقديرا لعواقب الأمور وأبعد عن النزوات في إنهاء عقد الزواج ولا يقدم عليه إلا بعد أن يزنه بميزان العقل لأنه يعلم تماما ما سوف يرتبه الطلاق عليه من تبعات مالية واجتماعية[1].

ويشترط أن يقع الطلاق من زوج بالغ، عاقل وكامل الأهلية وألا يقع إلا بألفاظ دالة وصريحة كلفظ أنت طالق وغيرها من الألفاظ الصريحة التي تؤدي إلى إنهاء العلاقة والرابطة الزوجية [2].

والطلاق بإرادة الزوج المنفردة **من حيث وقوعه نوعان،** طلاق رجعي وطلاق بائن:

1 – الطلاق الرجعي: هو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد ومهر جديدين؛ ومن غير حاجة إلى رضاها مادامت في العدة وكان الطلاق دون الثلاث وعلى المرأة أن تعتد في بيت زوجها [3].

وسمي رجعي نسبة إلى الرجعة وهي اسم مصدر رجع وهو نقيض الذهاب ويقال رجعته عن الشيء أي رددته وتتم المراجعة بوطء الزوج زوجته ما دامت في فترة العدة [4].

فالطلاق الرجعي لا يزيل الحل (كون المرأة حلالا لزوجها) بل ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج وله أن يراجعها في أثناء العدة في أي وقت شاء لأن هذا الطلاق لا ينهي الزواج بمجرد صدوره بل ينهيه بعد انتهاء العدة من غير مراجعة [5] وهذا ما جاءت به المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق تحتاج إلى عقد جديد".

2 – الطلاق البائن: وهو الطلاق الذي تنفصل به الزوجة من زوجها نهائيا [6] ولا يحق للزوج إرجاعها إلا بعقد ومهر جديدين **وهو قسمان:**

---

[1] احمد حسين فراج، أحكام الأسرة في الاسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب)، الدار الجامعية بيروت، 1998، ص30

[2] يوسف دلاندة، دليل المتقاضين في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، دار هومة، الطبعة الثانية، 2008، ص 51

[3] احمد حسين فراج، نفس المرجع، ص 76

[4] هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 226

[5] محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص 312

[6] محمد التويجري، المرجع السابق، ص 211

أ – **الطلاق البائن بينونة صغرى:** وهو الطلاق الذي لا يستطيع الزوج بعده أن يعيد المطلقة إليه إلا بعقد ومهر جديدين وبرضاها ويكون عدد الطلقات إما طلقة أو طلقتين[1] والمقصود بعقد ومهر جديدين هو أن يتقدم لها خاطبا ويكون لها مطلق الحرية بأن تقبل به كزوج أو ترفضه وبالتالي يكون قبولها ردا على إيجابه، فهذا الطلاق يزيل الملك في الحال بمجرد صدوره ولا يبقي للزوجية من أثر بعده إلا العدة وما تعلق بها ولكن لا يزيل الحل ويستطيع مطلقها الزواج منها مرة أخرى[2].

وحالات الطلاق البائن بينونة صغرى هي كالتالي:

– إذا كان قبل الدخول

– إذا كان الطلاق دون الثلاث طلقات

– الطلاق على مال

– الطلاق لرفع الضرر عن الزوجة[3].

ب – الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو ما كان مكملا للثلاث وهو مزيل الملك والحل معا؛ والحل هو كون المرأة حلالا للزوج وله أن يتزوجها، أما الملك فهو الحقوق الزوجية الثابتة لكل واحد منهما على صاحبه [4] ، وتعد المطلقة من المحرمات على المطلق مؤقتا حتى تتزوج زوجا آخر غيره ويدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا ثم يطلقها وتنقضي عدتها [5]، وهذا مصداقا لقوله تعالى ((فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا آخر....)).

ويكون الطلاق بائن بينونة كبرى في الحالات التالية:

– الطلاق المكمل للثلاث وهو أن يطلق الزوج زوجته طلقتين سابقتين ثم يتبعهما بالطلقة الثالثة.

– طلاق الثلاث بلفظ واحد وهو قول الزوج لامرأته أنت طالق ثلاثا أو أنت طالق ويكررها ثلاث مرات وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يلزم المطلق حيث ذهب جمهور الفقهاء ومنهم

---

[1] هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 226

[2] احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 154

[3] محمد التويجري، المرجع السابق، ص ص 211

[4] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 312

[5] احمد حسين فراج، المرجع السابق، ص 82

الأئمة الأربعة بوقوع الطلاق ثلاثا والزام المطلق بما تلفظ به وبالتالي لا تحل له زوجته حتى تنكح زوجا غيره [1] .

وتنص المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري" لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، إذن في حالة قيام الزوج بطلاق زوجته مرة ثالثة بعد أن كان قد طلقها مرتين فإنه لا يمكن بل ولا يجوز له شرعا أن يرجعها إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها زوجها بعد البناء [2] .

إذن فالشروط التي يجب توفرها في الزواج الثاني حتى تستطيع المرأة العودة إلى زوجها الأول إن رغب بها هي:

أ- أن يكون زواجا صحيحا شرعا دون وجود نية التحليل لدى الزوج الثاني هذا ما اشترطه الإمام مالك في إرادة الزوج المحلل للزوج الأول، وليس إرادة الزوجة واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ((لعن الله المحلل والمحلل له)) فاللعن هنا يدل على النهي، والنهي يدل على فساد المنهى عنه[3].

ب- أن يدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا بعد عقد صحيح، حيث قال الإمام مالك لا يحل المطلقة إلا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حج أو اعتكاف.

ج- أن يكون الزواج بعد انتهاء عدة الزوج الثاني [4] .

ونجد أن المشرع الجزائري سار على نفس خطى الشريعة الإسلامية وهذا من خلال ما نصت عليه المادة 51 سالفة الذكر.

ثانيا ـ الطلاق بتوافق إرادتي الزوجين

وهو اتجاه إرادة ورغبة الزوجين إلى إنهاء الرابطة الزوجية من خلال الاتفاق فيما بينهما وتراضي منهما ما لم يخالف اتفاقهما النظام العام أو يمس بحقوق الآخرين [5] وذلك بعد اقتناع الزوجين أن استمرار حياتهما الزوجية معا صارت مستحيلة، وكثيرا ما يحدث هذا النوع من الطلاق بين

---

[1] هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 227

[2] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 50

[3] احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 161

[4] احمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 162

[5] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 259

الأقارب والعائلات التي تفضل المحافظة على العلاقات التي بينهما ويتم نتيجة تنازلات متبادلة بين الزوجين حفاظا على الحياة الخاصة للأسرة ومراعاة لمصلحة الأولاد إن وجدوا [1].

والطلاق بالتراضي يتم تجسيدا للاتفاق المتوصل إليه من طرف الزوجين والمحكمة حال اتفاق الطرفين وإجرائها لمحاولة الصلح بينهما، فما عليها إلا المصادقة على الاتفاق المسبق الذي حصل بينهما وهو الطلاق، وكل ما تم الاتفاق عليه ما لم يخالف القانون والنظام العام [2] ، وقد اعتبرت المحكمة العليا من خلال بعض من قراراتها الصادرة في الطلاق بالتراضي أن صورة هذا الأخير هي مجرد إشهاد الطرفين في الطلاق وليس عقد صلح ينهي نزاعا قائما وان دور القاضي يكون بتوثيق إرادة الطرفين في إحداث الأثر القانوني ولا يتعد إلى مراقبة صحة ما اتفقا عليه، وان طلاق التراضي لا يوصف لا بالابتدائية ولا بالنهائية [3] .

وقد جاء في قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 أن عقد الزواج يحل بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين....

المطلب الثاني: الخلـــــع

وهو الصورة الثانية لحل الرابطة الزوجية في الشريعة الاسلامية بعد الطلاق وهذا الحق ممنوح للزوجة دون الزوج حيث بموجبه تفتدي نفسها بمال لقاء خلاصها من زوجها لسبب أو لآخر وسنفصل في هذا المطلب وفي أحكام الخلع حسب الشريعة والقانون من خلال تناولنا لمفهومه وأركانه والآثار المرتبة عنه.

الفرع الأول: مفهوم الخلع

كتصرف انفرادي منها، تلجأ الزوجة لطلب الخلع لفض وانهاء علاقتها بزوجها مهما كان دافعها لذلك، وعليه سوف نتناول تعريف الخلع ودليل مشروعيته وأيضا نتطرق لكل من لأركانه وشروطه.

---

[1] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والفقه في الجزائر، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2007، ص24

[2] باديس ذيابي، نفس المرجع، ص 28

[3] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 62

أولا – تعريف الخلع

لغة: الخلع بفتح الخاء في اللغة معناه النزع والإزالة، فيقال خلع فلان ثوبه؛ إما بضم الخاء فهو طلاق المرأة مقابل عوض تلتزم هي بأدائه[1].

ويقال خلع الرجل زوجته خلعا أي أزال عصمتها [2].

اصطلاحا: خلع هو فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة [3].

وهو إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها من مهر[4].

وكان قد عرفه المالكية بأنه طلاق بعوض لكل ما يشمل الطلاق من ألفاظ صريحة أو كناية ظاهرة أو أي لفظ آخر إذا كان بنية الطلاق[5].

وأيضا عرفه الحنفية بأنه إزالة ملك النكاح بلفظ أو ما في ما معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة[6].

أما المشرع الجزائري فقد عرفه في المادة 54 من قانون الأسرة فقال " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمه صداق المثل وقت صدور الحكم".

ثانيا ـ دليل مشروعية الخلع

من الكتاب: قال تعالى ((الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان.....)) فهذه الآية جاءت بأحكام الطلاق وأحكام الخلع وهي تبين صراحة أنه عند خشية الزوجين عدم إقامة حدود الله فيما بينهما كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بيتها أو مع زوجها أو حدوث كره

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 261

[2] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 168

[3] محمد التويجري، المرجع السابق، ص 226

[4] عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 395

[5] محمد الامين عثامنة، المرجع السابق، ص 43

[6] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 59

بينهما مما قد يؤدي إلى عدم مراعاة فيه أحكام الله التي شرعها للزوجين فهنا يستطيع الزوج أن يأخذ من زوجته مالا ليطلقها وهذا ما يصطلح عليه بالخلع [1].

من السنة: عن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته قالت: نعم، قال رسول الله ((اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)) [2].

وهذا أول خلع في الإسلام حيث أن زوجة ثابت ابن قيس كانت تبغضه أشد البغض وكان يحبها أشد الحب لكن الرسول صلى الله عليه وسلم بعد أن طلبت فرق بينهما عن طريق الخلع[3].

من الإجماع: أجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالف إلا بكر ابن عبد الله المزني؛ ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه[4].

وأما المشرع الجزائري فقد جعل الخلع حقا خالصا للزوجة مقابل ما يملكه الزوج من حقه في الطلاق بإرادته المنفردة ولم يقيدها بسبب أو شرط وأطلق لها كامل الحرية في فك الرابطة الزوجية من خلاله.

ـ حكم الخلع

الخلع حكمه حكم الطلاق وهو الحظر كأصل عام ولكن قد يختلف حكمه في بعض المواضع منها، فقد يكون:

واجبا: إذا علمت الزوجة بمانع شرعي يحول دون استمرار الزوجية ولكن الزوج يرفض الطلاق مع عدم قدرة الزوجة على إثبات المانع، ومثال ذلك استيفاء الزوج عدد الطلقات ولكنه يصر على معاشرتها ويصر على الإنكار أيضا فهنا ما على الزوجة سوى خلعه للتخلص منه[5].

---

[1] عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 497

[2] حديث أخرجه البخاري برقم 5273

[3] هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 230

[4] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 170

[5] هشام ذبيح، نفس المرجع، ص 229

مكروها: وهو حين تطلب الزوجة من زوجها الطلاق بدون سبب أو عذر حيث استدل القائلين بكراهية الخلع بحديث النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه ثوبان ((أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة))[1].

مندوبا: وذلك إن كانت الزوجة تتأذى ببقائها معه.

مباحا: إذا كرهت خلق زوجها أو خافت أن تأثم إذا تركت حقه.

محرما: في حالة استقامة حال الزوجين وعدم وجود خلاف وشقاق بينهما أو قيام الزوج بعضلها لإلحاق الضرر بها أو منعها حقوقها فتضطر لطلب الخلع[2].

ويرى الفقهاء أن الخلع وبما أنه ينعقد بإيجاب وقبول من الطرفين، أنه معاوضة من جانب المرأة لأنها تبذل بدلا للحصول على مقابل لحريتها، ويمينا لأن الزوج علَّق طلاق زوجته على قبول ذلك البدل[3].

ثالثا ـ أركان وشروط الخلع

للخلع أربعة أركان وهي: الزوج – الزوجة – العوض – الصيغة.

1 – الزوج: وهو المخالع ويشترط فيه أن يصح منه الطلاق، وكما نعلم أن شروط صحة الطلاق هي البلوغ والعقل وعدم الإكراه[4] ، فمن جاز طلاقه جاز خلعه لأن من جاز طلاقه بدون مقابل فطلاقه بمقابل يجوز بالأولى؛ وجمهور الفقهاء لم يفرقو بين الطلاق والخلع من حيث أهلية الزوج[5].

---

[1] حديث رواه ابو داود

[2] محمد التويجري، المرجع السابق، ص 227

[3] دليلة آيت شاوش، انهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الاحوال الشخصية العربية)، اطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص325

[4] احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 381

[5] عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 546

ولقد اختلف جمهور الفقهاء في مسألة خلع الصبي والمجنون بين مؤيد ومعارض فنجد أن الحنفية اعتبروا خلع الصبي وطلاقه باطل وأيضا الشافعية حيث قالوا لا يصح خلع الصبي والمجنون كما لا يصح طلاقهما، أما المالكية فقالوا أن موجب الخلع زوج مكلف لا صبي ولا مجنون[1].

وبالنسبة للسفيه فقد ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز خلعه وذلك بناء على صحة طلاقه لان كل من صح طلاقه صح خلعه ، وأيضا المريض مرض الموت فقد اتفق الأئمة الأربعة على جوازه وانه نافذ قياسا على طلاقه لكن المالكية مع قولهم بصحة الخلع قضاء، ذهبوا إلى عدم جوازه ديانة لأنه يؤدي إلى إخراج وارث من الميراث في مرض موته[2].

2 – الزوجة: وهي المختلعة ويشترط فيها أن تكون زوجة للمخالع في عقد صحيح شرعي فالأصل في المخالعة أنها لا تكون إلا بين الزوجين [3] وأن تكون الزوجة محلا للطلاق فلا يصح للزوج أن يخلع زوجته في حالة كونها مطلقة طلقة بائنة ولا بعد الردة ولا في النكاح الفاسد لزوال الملك بالبينونة أو بالردة أو بفساد النكاح حسب الحالة؛ ولكن يصح له أن يخالعها إن كان الطلاق رجعي لأنه يملك مراجعتها[4].

ويشترط أيضا أن تكون بالغة، عاقلة وراشدة إذا كانت هي من ستخالع بنفسها وأن تكون أهلا للتبرع [5] لأنه في بعض من الحالات قد تكون الزوجة غير كاملة الأهلية ولا تملك حق التصرف في أموالها وبالتالي لا تلزم ببذل المال إلا بموافقة ولي المال أو لصغر سنها فلا تملك حق المخالعة شرعا ولا قانونا لعدم بلوغها سن الرشد المدني الوارد المادة 40 من القانون المدني[6].

3 – العوض: أو ما يسمى ببدل الخلع وهو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها وخلاص نفسها منه[7].

---

[1] هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 249

[2] هشام ذبيح، نفس المرجع، ص 250

[3] عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص552

[4] عبد الحكيم سيد سالمان، الطلاق والخلع في ضوء الفقه والقضاء، دار عماد للنشر والتوزيع مصر، الطبعة الثانية،2009، ص 96

[5] احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 371

[6] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 266

[7] احمد حسين فراج، المرجع السابق، ص 139

والعوض جزء أساسي من مفهوم الخلع فإذا لم يتحقق العوض لا يتحقق الخلع وكل ما يصلح مهرا يصلح بدلا للخلع[1] ويصح أن يكون العوض فيه نقدا كالذهب أو الفضة أو الدراهم وإما عينا كالدار والسيارة والمزرعة....، أو منفعة كأن ترضع ولده أو يسكن دارها سنة مثلا؛ وأيضا يصح أن تسقط حقا من حقوقها كأن تعفيه عن نفقة ولده الصغير وتتحملها عنه[2].

أما **مقدار العوض** فهناك ثلاثة أقوال قالها الفقهاء:

القول الأول: انه لا يجوز اخذ الزوج من زوجته أكثر مما أعطاها إذا كان النشوز من جانبها.

القول الثاني: يجوز أن يأخذ أقل أو أكثر مما أعطاها ما دام ذلك بالتراضي بين الزوجين.

القول الثالث: لا يجوز أخذ الزيادة ديانة ويجوز قضاء.

وحسب الفقرة الثانية من المادة 54 من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد اخذ بالرأي الثاني وهو رأي الشافعية والمالكية والظاهرية والجعفرية [3] وذلك في حال اتفاق الزوجين على المقابل المالي، أما إذا لم يحدث الاتفاق فيتدخل القاضي ويحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

4 – الصيغة: ويقصد بها اللفظ الذي ينعقد به الخلع وهو خالعتك وباينتك وفارقتك وطلقي نفسك على كذا...

وعند المالكية ألفاظه هي الخلع، الفدية والصلح والمبارأة فهي ألفاظ تؤدي نفس المعنى الذي هو بذل المرأة العوض عن الطلاق[4].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول لابد من صيغة للخلع فلا يصح بالمعاطاة كان تعطيه مالا وتخرج من منزله دون أن يقول لها اختلعي على كذا أو خالعتك على ذلك فالإيجاب والقبول بالقول لابد منه[5].

---

[1] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 333

[2] محمد التويجري، المرجع السابق، ص 231–232

[3] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 171

[4] احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 383

[5] هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 257

أما وقت الخلع فيجوز في أي وقت حال الطهر وحال الحيض، لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل دفع الضرر الذي يلحق المرأة بطول العدة، وبما أن الخلع شرع لإزالة الضرر اللاحق بالزوجة جراء سوء العشرة فهو إذن أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاهما بأدناهما وقد أطلق الله تعالى وقت الخلع ولم يقيده بزمن دون زمن[1]؛ وذلك في الآية الكريمة ((إن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به، تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون)) [2].

ويرى جمهور العلماء أن الخلع طلاق بائن لقوله صلى الله عليه وسلم ((خذ الحديقة وطلقها تطليقة)).

بينما يرى أحمد بن حنبل وداود من الفقهاء وعثمان ابن عفان وابن عمر من الصحابة أنه فسخ[3] لقوله تعالى ((الطلاق مرتان))، أما المشرع الجزائري فقد اعتبر الخلع طلاقا بائنا وليس فسخا عكس ما ذهب له الشافعية والحنابلة في اعتباره فسخا[4].

الفرع الثاني: أسباب وآثار الخلع

قد تتعدد أسباب الخلع ولكن أهمها هو ما سوف نستعرضه فيما يلي، هذا بالإضافة الى ما قد يخلِّف حال حدوثه من نتائج وآثار جرّاء خلع الزوجة لزوجها.

أولا – أسباب الخلع

- خشية المرأة من تقصيرها في حقوق زوجها وقيامها بما تؤثم عليه يوم القيامة
- عدم إطاقة المرأة لزوجها وكراهيتها وبغضها الشديد له
- دمامة خلق الزوج مما يخلق في نفس الزوجة نفورا اتجاهه[5]

---

[1] محمد التويجري، المرجع السابق، ص 229

[2] سورة البقرة، الآية 229

[3] عبد الحكيم سيد سالمان، المرجع السابق، ص 102

[4] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 173

[5] هشام ذبيح، المرجع السابق، ص 231-233

– كره المرأة لزوجها لنقص دينه كتركه للصلاة عمدا أو ترك العفة فإن لم يستجب لنصحها له ولم يستقم لذلك فلها خلعه[1].

وهناك من جعل للخلع أنواع وحصرهم في نوعين، وهما الخلع الاتفاقي وذلك الصادر عن حَكَمي الصُّلح، وهناك من قال أن **نوعي الخلع** هما:

1 – الخلع بدون عوض: وهو قول الزوج لزوجته خالعتك لكن لا يذكر العوض، فيرجع فيه إلى نية الزوج فان نوى الطلاق كان طلاقا وان لم ينوه به لم يكن طلاقا.

2 – الخلع بعوض: وهو قول الرجل لامرأته خالعتك على كذا ويذكر العوض فإذا قبلت الزوجة يقع طلاقا دون الحاجة إلى نية الطلاق[2].

ثانيا ـ آثار الخلع

1 – أن الطلاق يقع بائنا عند جمهور الفقهاء بشرط أن يكون الزوج أهلا لوقوع الطلاق وأن المرأة هي التي اختارت الخلع بدون إكراه ولا ضرر[3].

2 – أن تلتزم الزوجة ببدل الخلع الذي اختارت تقديمه لزوجها سواء كان نقديا أو عينيا.

3 – أن يسقط حقها الشرعي المالي الثابت وقت الخلع كالمهر والنفقة المتجمدة مع بقاء حق الأولاد قائم لأنه لا يجوز التنازل عنه[4].

4 – إنهاء العلاقة الزوجية.

5 – لا رجعة على المختلعة أثناء العدة لأنها بائن[5].

---

[1] محمد التويجري، المرجع السابق، ص 229

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 380

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 270

[4] عبد الحكيم سيد سالمان، المرجع السابق، ص 103

[5] محمد التويجري، نفس المرجع، ص 233

المطلب الثالث: التطليـق

التطليق أو ما يصطلح عليه بطلاق القاضي هو صورة أخرى من صور انحلال العلاقة الزوجية استُحدِث حصرا لرفع الضرر عن المرأة عند تحقق أحد من أسبابه التي حددها المشرع الجزائري في قانون الاسرة؛ وقبول طلب المرأة بالتطليق من زوجها متوقف على سلطة القاضي التقديرية وذلك بعد دراسة طلبها والتمحيص في دواعيه والتحقق من أسبابه فعلا، ونجد أن المشرع قد ساير فقهاء الشريعة الإسلامية في بعض أسبابه بل وزاد عنها أخرى، وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب لكل من مفهوم التطليق وأسبابه في كل فرع على حدى.

الفرع الأول: مفهوم التطليق

أعطى المشرع الحق للزوج في طلب الطلاق متى شاء دون قيد أو شرط وبالمقابل أيضا سمح للزوجة أن تطلبه ولكن وفق شروط محددة جاءت بها المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، لذا سنعالج أولا في هذا الفرع تعريف التطليق ودليل مشروعيته وحكمه والحكمة منه.

أولا – تعريف التطليق

لغة: التطليق كلمة مشتقة من طلق تطليقا وطلق امرأته فصلها عنه وحل عقد الزواج بينهما[1].

ويعني طلقت المرأة زوجها وتطليقها منه معنى خَلاَّها من قيد الزواج وتطليق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم[2].

والتطليق من الطلاق كلاهما سواء في المعنى لغة وشرعا، إلا أن المشرع الجزائري استحدثه للتفريق بينه وبين الطلاق ويسمى أيضا التفريق القضائي[3].

---

[1] هشام ذبيح، المرجع السابق، ص227

[2] هشام ذبيح، التطليق لعدم الانفاق في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 6، العدد 2، تاريخ النشر 2021/06/20، ص447

[3] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 154

اصطلاحا: هو رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها فالتطليق [1] هو منح الزوجة حق طلب الفرقة من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون عن طريق القضاء كلما أثبتت أنها متضررة من الحياة الزوجية[2].

ونجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون لم يضعو تعريفا شاملا ودقيقا للتطليق وإنما أشاروا إلى الحالات أو الأسباب التي تؤدي بالزوجة إلى طلب التطليق حيث يكون هذا الأخير أمام القاضي الذي يثبته بحكم[3].

وأشار المشرع إلى التطليق في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري وبأن عقد الزواج يحل بالطلاق الذي يكون بإرادة الزوج أو أن يكون بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من نفس القانون.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف التطليق وإنما اكتفى بالتطرق إلى الأسباب التي يمكن للزوجة أن تتخذ منها سندا أو عذرا لطلب فك الرابطة الزوجية في حال توفر أحد منها.

ثانيا ـ دليل مشروعية التطليق والحكمة منه

من القرآن: عند العودة إلى القرآن الكريم لا نجد دليلا صريحا على مشروعية التطليق إلا أن هناك آيات تدل ضمنيا على ذلك كقوله تعالى ((وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا.....))[4]، وقوله أيضا ((وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما))[5].

فمن خلال هاتين الآيتين الكريمتين نجد أن الله تعالى قد أمر بالإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان ونهى عن الضرر في الآية الأولى؛ وأن الفرقة مشروعة بين الزوجين بالتطليق وغيره

---

[1] شريفة بن عيسى، (التطليق واجراءاته من خلال قانون الإجراءات المدنية،09/08)، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2016، ص 11

[2] هشام ذبيح، التطليق لعدم الانفاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 447

[3] سارة معروف، (التطليق لعدم الانفاق دراسة مقارنة بين الفقه وقانون الاسرة الجزائري)، مذكرة ماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة، تخصص قانون اسرة، 2019، ص 21

[4] سورة البقرة، الآية 231

[5] سورة النساء، الآية 130

في الآية الثانية، وأنهما إذا تفرقا فإن الله يغني كل منهما من سعته الواسعة ويعوضهما بما هو خير لهما[1].

من السنة: قال الرسول صلى الله عليه وسلم ((لا ضرر ولا ضرار))، فمن خلال هذا الحديث نهانا عن الضرر وألا يضر بعضنا البعض عموما، والضرر الواقع من أحد الزوجين على الآخر يعتبر من جملة الضرر المنهى عنه فتجب إزالته[2].

والضرر خلاف النفع والضرار من الاثنين، والضرر كل ما يلحق الأذى ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك لذا يجب إزالته وفقا للقاعدة الفقهية "الضرر يزال" ولا يكون ذلك إلا بالتفريق إذا توفرت الأسباب[3].

من الإجماع: منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا تم الاتفاق بالإجماع على جواز الفرقة بين الزوجين وتقييدها بما يخدم مصلحتهما معا [4]، فالطلاق مشروع باعتباره ضرورة والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة إليه فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه[5].

الحكمة من التطليق

لم يهمل الإسلام جانب المرأة وحقها في الطلاق، فقد أثبت لها الحق في الطلاق بواسطة القاضي من خلال رفع دعواها أمام القضاء طالبة تطليقها من زوجها إذا كان هناك سبب شرعي كإعساره بنفقتها وغيابه عنها مدة سنة أو أكثر أو إيذائه لها مما يجعل دوام العشرة مستحيلا، فأوجب على القاضي أن يجيبها إلى طلبها ويفرق بينهما متى تحقق من صحة دعواها [6].

ويمكن إبراز الحكمة من طلب الزوجة التطليق حسب التالي:

---

[1] هشام ذبيح، التطليق لعدم الانفاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 448

[2] سارة معروف، المرجع السابق، ص 22

[3] محمد غويني وعبد الحفيظ حميدي، (فك الرابطة الزوجية بالتطليق بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة)، مذكرة ماستر، تخصص شريعة وقانون، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، 2020، ص 10

[4] محمد غويني وعبد الحفيظ حميدي، نفس المرجع، ص 11

[5] نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للنشر الجزائر، 2012، ص 15

[6] احمد حسين فراج، المرجع السابق، ص 30

1 – حفظ حقوق المرأة ورفع مستوى الكرامة الإنسانية من خلال منع الرجل من ذلها لأن طلاق بيده هو فقط.

2 – تحريم كل أساليب الإضرار والإيذاء بمختلف صور عدم الإنفاق أو عيب مستحكم أو غياب أو حبس أو فاحشة.

3 – تغيير نظرة الرجل إلى المرأة بكون الزواج وصلة إنسانية تقوم على المودة والتراحم والتكامل النفسي والمادي والجسدي[1].

4 – توسُع المشرع الجزائر في أسباب التطليق إنما هو حماية لحقوق المرأة كي لا يبقى الطلاق حكرا على الرجل يستعمله وقت وكيف ما شاء، وهذا عملا بالقاعدة الفقهية "درء المفاسد أولى من جلب المصالح" [2].

ثالثا ـ طبيعة التطليق

التطليق هو رخصة منحها المشرع للزوجة من خلال رفع أمرها للقضاء لفك الرابطة الزوجية مع إخضاع رفض أو قبول طلبها للسلطة التقديرية للقاضي[3].

ومن خلال آراء فقهاء الشريعة الإسلامية نجدهم قد اختلفوا فيما إذا كان طلب الزوجة بفك الرابطة الزوجية هو فسخ أم طلاق، حيث يرى الأحناف أن كل فرقة من جانب الزوج ولا يمكن أن تكون من جانب الزوجة كالفرقة بسبب الايلاء هي طلاق؛ أما التي تكون من جانب الزوجة ولا يمكن أن تكون من جانب الزوج كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته هي فسخ[4].

أما الشافعية والحنابلة فقالوا أن الفرقة التي تقع من الزوج أو نائبه تعتبر طلاقا وما عداها يعتبر فسخا.

---

[1] شريفة بن عيسى، المرجع السابق، ص 14

[2] محمد الغويني وعبد الحفيظ حميدي، المرجع السابق، ص 13

[3] شريفة بن عيسى، نفس المرجع، ص 15

[4] محمد الأمين عثامنة، المرجع السابق، ص 22

وذهب المالكية إلى أن الفرق بين الطلاق والفسخ يكمن في السبب الذي أدى إلى الفرقة فإن كانت من زواج صحيح (وكانت من الزوج أو الزوجة أو القاضي) عُدّت طلاقا، أما إن كانت غير راجعة لأحدهم فتعتبر فسخا[1].

ونجد أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح الطلاق في المادة 57 من قانون الأسرة وهذا دلالة على أخذه بالمذهب المالكي واعتبار التطليق طلاقا لا فسخا وبالتالي جعل ما تطلبه الزوجة من فرقة طلاقا؛ وما يُثبت ذلك أنه فصل مواد الفسخ عن مواد الطلاق حيث جاءت الأولى في فصل النكاح الفاسد والباطل (المواد من 32 إلى 35)، أما الثانية (المادة 57) فجاءت في فصل الطلاق[2] .

الفرع الثاني: أسباب وشروط التطليق

رغم أن المشرع الجزائري رخّص للزوجة طلب التطليق، إلا أنه قيد هذا الترخيص بتحقق وتوافر أسباب وشروط لقيامها بذلك، وهذا ما سوف نتعرض له بالشرح في هذا الفرع.

أولا ـ الأسبـــاب

حصر فقهاء الشريعة الإسلامية أسباب التطليق في حالات معينة وهي عدم الإنفاق، العيوب التناسلية، غيبة الزوج أو حبسه، الهجر في المضجع وكل ضرر معتبر شرعا، أما المشرع الجزائري فقد أضاف اليها أسبابا أخرى وتفرد بها حيث أنه في تعديله الأخير لقانون الأسرة لسنة 2005 أصبحت أسباب التطليق عشرة أسباب بعد أن كانت سبعة فقط؛ فما على الزوجة إلا إثبات السبب الذي زعزع كيانها وحياتها الزوجية لدى الجهة القضائية المختصة، ولهذه الأخيرة السلطة التقديرية في القبول أو عدم القبول؛ وهذه الأسباب محصورة في نص المادة 53 من ذات القانون، والتي سنتطرق لها تباعا على النحو الآتي:

[1] محمد الغويني وعبد الحفيظ حميدي، المرجع السابق، ص 14

[2] هشام ذبيح، (حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية)، أطروحة دكتوراه، قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2020، ص 32

1 – التطليق لعدم الإنفاق: ويكون هذا الطلب بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، فلكي تطلب الزوجة التطليق قياسا على الحالة الأولى لابد لها من توفر شرطين أساسيين هما:

أ– أن يكون الزوج ملزما بالنفقة عليها بموجب حكم قضائي.

ب– ألا تكون عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج[1] .

وسنأتي على التوسع في تفصيل هذه الفقرة في المبحث القادم كون هذه الجزئية هي صميم مذكرتنا.

2 – العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج: لم يحدد المشرع الجزائري هذه العيوب ولا شك أن المراد بها بالخصوص العيوب الجنسية وكذلك الأمراض الجسمية التي من شأنها الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج؛ وفي حالة كون هذه الأمراض غير قابلة للزوال فرق القاضي بينهما في الحال أما إذا كانت هناك إمكانية لزوالها فيتم تأجيل الدعوى لمدة لا تتجاوز السنة وذلك لأجل العلاج فإن بقيت العلة فرق بينهما[2] ؛ هذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، هذا مع اتفاق الجميع أن التفريق بين الزوجين في هذه الحالة يكون بتوفر شرطين:

أ– عدم العلم بالعيب عند العقد

ب– عدم الرضا بعد العلم به [3].

أما في الشريعة الإسلامية فهناك ثلاثة مذاهب في التفريق للعيوب والأمراض التي قد يكون أحد الزوجين مصابا بها.

حيث قال أصحاب المذهب الظاهري أنه لا تفريق بين الزوجين لعيب في أحدهما؛ وقال مذهب الأحناف للزوجة أن ترد النكاح إذا وجدت بزوجها عيبا تناسليا يمنعه من الاتصال الجنسي في

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 32

[2] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 157

[3] سليمان ولد خسال، نفس المرجع، ص 158

حين أن الزوج لا يملك هذا الحق، بينما أعطى جمهور الفقهاء الحق لكل من الزوجين في طلب التفريق لعيب يجده أحدهم في الآخر، ولكن وقع بينهم الاختلاف في تعداد هذه العيوب[1].

والعيوب المتعارف عليها، منها ما يصيب الرجال ومنها ما يصيب النساء، ومنها ما هو مشترك بين الجنسين، وهي عموما: الجنون، البرص، الجذام، الجب، الخصاء، الرتق والقرن... الخ.

3 – الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر: والمقصود بالهجر هو هجر الزوج فراش زوجته كنوع من أنواع التأديب والتهذيب في حدود شرع الله مصداقا لقوله تعالى ((.. واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا..))[2] فهذا الهجر بهدف الإصلاح لتعود الزوجة إلى رشدها وطاعة زوجها في غير ما نهى الله عنه دون نشوز أو عصيان منها [3]، فإن تجاوزت مدة الهجر أربعة أشهر جاز لها طلب التطليق للضرر وعليها إثبات هذا الضرر أمام القضاء.

4 – الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، وفي هذه الفقرة لم يحدد المشرع لا مدة العقوبة ولا نوع الجريمة التي تخوّل للزوجة طلب التطليق وإنما ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، وكما هو معروف أن الجرائم التي تمس بالشرف هي جريمة هتك العرض، جريمة الاعتداء على المحارم، جريمة الزنا...الخ؛ فمتى تمت إدانة الزوج وحكم عليه بحكم نهائي بتطبيق العقوبة عليه وطلبت الزوجة التطليق كان لها ذلك، مع الحكم لها بالتعويض حسب نص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري[4].

5– الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة: من خلال هذه الفقرة نجد أن المشرع الجزائري اشترط في هذه الغيبة أن تكون مقرونة بـــ:

– ألا يكون هناك عذر مقبول لغيبته عن زوجته

– أن تتضرر بغيابه

---

[1] عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 648

[2] سورة النساء، الآية 34

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 288

[4] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 56

– أن تكون الغيبة في بلد غير الذي تقيم هي فيه

– أن تمر سنة كاملة تضرر فيها الزوجة، ومدة سنة هي نفس المدة التي أخذ بها المالكية[1]؛ فإن تحققت هذه الشروط فمن حق الزوجة طلب التطليق.

6 – مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه: والمتعلقة بالتعدد وشروطه، حيث أن المشرع الجزائري وضع لشرط التعدد وجود مبرر شرعي للزوج يدفعه للزواج بأخرى مع ضرورة توفر شروط ونية العدل بين زوجاته، فيجب عليه إعلام زوجته التي في عصمته بإقدامه على الزواج بأخرى، والجديدة بأنه متزوج ويريد التعدد، ثم يتقدم بطلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، أما المادة 8 مكرر فنصت على أنه في حالة قيام الزوج بالتدليس وإخفاء أمر زواجه وعدم حصوله على موافقتهما المسبقة فلكل زوجة منهما الحق في طلب التطليق.

7 – ارتكاب فاحشة مبينة: لم تبين هذه الفقرة المقصود بالفاحشة المبينة وقد جاء المصطلح بصيغة النكرة، وعليه فقد ينصرف القصد منه إلى الخيانة الزوجية، أو الى الجرائم الأخلاقية كالزنا أو الاغتصاب وغيرهما....، ولكي يكون طلب التطليق في هذه الحالة مؤسس لابد من توفر الشروط التالية:

أ – أن يكون الفعل المرتَكب مخلا بالحياء والآداب العامة

ب – أن يكون الزواج صحيحا شرعا وقانونا والعلاقة الزوجية قائمة ومرتَكب الفعل هو الزوج نفسه[2] ؛ وهذا التطليق إذا ما وقع يكون بائنا قانونا[3].

8 – الشقاق المستمر بين الزوجين: ويقصد به الخصام الشديد والدائم بين الزوجين الذي يحول دون استمرار حياتهما الزوجية والعيش معا بطمأنينة تحت سقف واحد، وعبئ إثباته يقع على الزوجة، وقد أعطى المالكية في هذه الحالة الخيار للمرأة بين أن تبقى في كنف زوجها أو أن تطلق عليه؛ وهذا الطلاق يقع بائنا قانونا[4].

---

[1] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 45

[2] محمد غويني وعبد الحفيظ حميدي، المرجع السابق، ص 55

[3] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 165

[4] سليمان ولد خسال، نفس المرجع، ص 166

9 – مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج: وجاء النص على هذه الشروط في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري التي سمحت للزوجين باشتراط كل ما يريانه ضروريا وملائما لإتمام زواجهما ويأتي ذكر هذه الشروط إما في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، وكأمثلة عن بعض هذه الشروط ذكر المشرع ثلاثة منها؛ شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة وأضاف في المادة 37 الفقرة ثانية من نفس القانون الأموال المشتركة بينهما؛ وذلك لكونها الأصل والسبب في نشوب أكثر المشاكل الزوجية في الواقع.

10 – كل ضرر معتبر شرعا: لم يحدد المشرع الجزائري نوع الضرر وإنما وصفه بأن يكون معتبر شرعا وأن يصدر من الزوج شخصيا ويكون قاصدا به الإضرار بها.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وافق الشريعة الإسلامية في حق المرأة في طلب التطليق إذا توفرت أسبابه مع بقاء السلطة التقديرية للقاضي في القبول من عدمه[1].

ثانيا ـ شروط التطليق

لتحصل الزوجة على التطليق عند رفع طلبها إلى القاضي لأي من الأسباب السالف ذكرها لابد من تحقق شروط للاعتداد به وهي:

أ – أن يتم في المحكمة أمام القاضي كونه هو المخول قانونا للتفريق بينهما

ب – أن يكون بطلب من الزوجة كونها هي المتضررة

ج – لا يتم اللجوء إليه إلا إذا تعذر الاتفاق فعلا بين الزوجين وتوفرت الأسباب التي جاءت محصورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري[2].

[1] محمد الغويني وعبد الحفيظ حميدي، المرجع السابق، ص 44

[2] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 154

المبحث الثاني: النفقة الواجبة على الزوج

إن أسباب وجوب النفقة هي الزواج أو القرابة أو الملك، وبما أن بحثنا هذا هو عن فك الرابطة الزوجية، فإننا سنختص تحديدا بدراسة النفقة بسبب الزواج وكل ما يشملها من عناصر والأحكام المتعلقة بها، وعليه فإننا سنتطرق الى النفقة وتعريفها عموما في (المطلب الأول)، والنفقة الزوجية بما في ذلك نفقة الأولاد في (المطلب الثاني)، أما (المطلب الثالث) فسيكون عن طلب الزوجة التطليق لعدم نفقة زوجها عليها ورأي الشرع والقانون في هذه المسألة.

المطلب الأول: النفقـــة

أمر الإسلام أولياء الأمور بالإنفاق وكفاية من هم تحت رعايتهم، فالأصل مجبر بالإنفاق على فرعه والفرع على أصله إذا اقتضى الأمر، ومنه فالزوج وبما أنه راعي الأسرة فهو المخول قانونا والملزم بالنفقة على أفراد عائلته لأنهم بحاجة الى ذلك، وللتفصيل أكثر في النفقة الواجبة على الزوج خصصنا هذا المطلب للتحدث عن مفهومها وكيف تقدر من طرف القاضي، وتاريخ بدء سريان استحقاقها، وأيضا الآثار المترتبة عن امتناع الزوج عن آدائها لزوجته في حينها.

الفرع الأول: مفهوم النفقة

تعتبر النفقة من الآثار المادية للزواج وهي من أشد الضروريات فيه وعامل من عوامل نجاحه، فقد تجعل الزواج يستمر ويدوم أو قد تنهيه إذا امسك الزوج يده عن الانفاق.

أولا ـ تعريفها

لغة: النفقة في اللغة جاءت بمعنى الإخراج والذهاب، يقال نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع[1]، ويأتي النفوق بمعنى الهلاك؛ وإما من النفاق وهو الرواج يقال نفقت السلعة نفاقا إذا راجت، ويسمى المال الذي ينفقه الإنسان على غيره نفقة لما في ذلك من هلاك المال ورواج الحال[2].

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 169

[2] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 115

اصطلاحا: يعرفها الفقيه ابن عرفة وهو من فقهاء المالكية بأنها قِوَام مُعْتَادِ حالِ الادميِّ دون سرف[1].

وأما الحنفية فقالوا أنها الإدرار على الشيء بما يقوم به بقاؤه أو هي الطعام والكسوة والسكن[2].

وقيل أنها كفاية من يمونه خبزا أو أدما وكسوة وسكنى وتوابعها، وهذا هو التعريف الأنسب للنفقة لشموله لأنواع أخرى من النفقات الواجبة[3].

اذن فهي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج[4].

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يعرف النفقة وإنما حدد لنا مشتملاتها من خلال نص المادة 78 "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

ثانيا ـ دليل وجوب النفقة

إن النفقة واجبة وذلك من خلال هذه الأدلة الشرعية:

من الكتاب: في قوله تعالى ((لينفق ذو سعة من سعته ومن قُدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها...))[5] ، وأيضا قوله ((الرجال قوّامون على النساء بما فضّل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم...))[6]

ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى جعل للرجل حق القوامة على المرأة لأنه موكل بالنفقة عليها والإحسان إليها وضمان العيش الكريم لها.

---

[1] جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة، دار هومة للطباعة، الطبعة 3، 2018، ص 278

[2] أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، اطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان،2014، ص 264

[3] زين العابدين عبد الجبار، أثر عدم النفقة في الفرقة الزوجية في الفقه، مجلة كلية الآداب، العدد 101، ص 285

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 169

[5] سورة الطلاق، الآية 07

[6] سورة النساء، الآية 34

من السنة: ما روي عن عائشة رضي الله عنها[1] قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؛ فقال ((خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك)).

وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع عن جابر قال ((ألا واستوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله فاستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف))[2].

من الإجماع: اتفق جل علماء الإسلام بأحقية المرأة في النفقة وعلى وجوب إخراج هذه النفقة من مال الزوج، وأنه في حال امتناعه عن القيام بها يفرض لها القاضي نفقة إن شكت أمرها إليه[3].

ومن التشريع: ما جاءت به مواد قانون الأسرة من المادة 74 إلى المادة 77 حيث أشارت كلها إلى وجوب النفقة على الزوج أو على الأب في حالة نفقة الأولاد.

ثالثا ـ عناصر النفقة

نصت المذاهب الأربعة على مشتملات النفقة وحدد كل مذهب العناصر التي يراها ضرورية وواجب أن تتوفر عليها، فيرى الحنفية أن النفقة يجب أن تتكون من الخبز، الادام، الملبس والمسكن والخادم، ومقدار كل منهم هو الكفاية، وقال المالكية بـأن عناصرها تتمثل في أربع "الطعام، الشراب، الكسوة والمسكن"، أما عند الحنابلة فتتكون من الطعام، الكسوة، السكن والخادم واعفاف من يجب له النفقة؛ في حين أن الشافعية قالوا أنها تتكون من" الطعام، الادام، الكسوة السكنى وآلة التنظيف كالمشط والدهن والخادم إذا كانت ممن يخدم وأضافوا أيضا نفقة الزينة واستبعدوا نفقة العلاج وغالبهم استبعد أيضا حتى نفقة الزينة[4].

وفي قانون الأسرة الجزائري، وفي المادة 78 منه ذكر بأنها تشمل:

---

[1] احمد حسين فراج، المرجع السابق، ص 155

[2] حديث رواه الترميذي

[3] نصيرة رميلي، (النفقة ومشمولاتها)، مذكرة ماستر، تخصص القانون الخاص، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2020، ص 10

[4] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 269/268

– **الغذاء:** فعلى الزوج أن يوفر لزوجته ما يكفيها من أصناف الطعام والشراب وإن لم يفعل فله أن يعطيها نقودا لتشتري به ما تحتاجه[1].

– **الكسوة:** وهي النوع الثاني الذي اشتملته النفقة ولكن المشرع لم يحدد لنا مقدارها وضوابطها[2].

– **العلاج:** وهو تطبيب الزوجة ومداواتها، فثمن علاجها يقع على زوجها لأن الضرورة للعلاج أكثر من ضرورة الطعام والشراب والزينة؛ وهنا خالف المشرع جزائري المذاهب الأربعة الذين استبعدوا العلاج من النفقات الواجبة على الزوج.

– **السكن:** على الزوج أن يسكن زوجته في سكن ملائم يتناسب مع حالهما ومتوفر على جميع المرافق الضرورية للحياة من غرف ومطبخ وحمام وأثاث، وفيما تعلق بالسكن مع أهل الزوج فهذا يعود إلى الشروط المتفق عليها أثناء العقد[3].

– **الضروريات في العرف والعادة:** وهو ما تعارف عليه الناس وصار ضروريا لا كماليا عندهم ولا يمكن الاستغناء عنه وفي إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية وفي حدود طاقة الزوج بلا إسراف ولا تقصير[4].

ونجد أن المشرع الجزائري عند تعداده لعناصر النفقة قد أوردها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر وخاصة في العنصر الأخير الذي جاء ليشمل كل ما يقضي به الشرع والعرف أنه من الضروريات وكل المستحدثات التي تطرأ على المعيشة والنفقات عامة[5].

الفرع الثاني: تقدير النفقة وتاريخ استحقاقها

ان تقدير النفقة أمر متنازع فيه بين المذاهب الأربعة، ونظرا للأهمية التي تكتسيها سوف نتناول رأي كل مذهب في أساس تقديرها وأيضا تاريخ استحقاقها.

---

[1] نصيرة رميلي، المرجع السابق، ص 25

[2] حليمة مشوات، حق الزوجة في النفقة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا، اطروحة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة وهران،2013، ص 45

[3] لخضر عكراش وعلي غفاري، (نفقة الزوجة في الفقه المالكي وقانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة)، مذكرة ماستر، تخصص احوال شخصية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2015، ص 36

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 173

[5] أحمد شامي، المرجع السابق، ص272

أولا – تقدير النفقة

اختلف تقدير النفقة من مذهب إلى آخر حيث يرى جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة بأن نفقة الزوجة تقدر بحال الزوجين كفاية وما جرت العادة عليه مع مراعاة ظروف الحال وما تفرضه من تغيرات[1].

وأما الشافعية فقالوا إن نفقة الزوجة مقدرة بحال الزوج يسرا وعسرا فعلى الزوج الموسر في كل يوم مدَّان من الطعام، وعلى الفقير مدّ، وعلى المتوسط مدّ ونصف؛ وضبطوا الفقير بأنه مسكين الزكاة وأن الواجب قوت البلد[2].

وجاء في المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، فتقدير النفقة قانونا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص على حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم الطلب، وبالتالي يجب مراعاة حالة الزوج المالية وتغير الأسعار في السوق وظروف المعاش وأن يضمن النفقات الضرورية كحد أدنى مهما كان وضعه المادي [3] ؛ فإن كان غنيا حكم عليه القاضي بنفقة اليسار وان كان معسر حكم عليه بنفقة الإعسار وهذا حتى لو كانت الزوجة ميسورة الحال[4].

ولا يراجع القاضي تقديره للنفقة المحكوم بها لفائدة الزوجة إلا بعد مرور سنة من الحكم، غير أن له كامل السلطة التقديرية وكاستثناء من زيادة أو إنقاص قيمتها وذلك تبعا للظروف الطارئة التي قد تطرأ على أحوال الزوج، فقد يزيدها إذا تحسن حاله أو حدث غلاء في المعيشة، وقد ينقصها إذا تدهور حاله ولم يعد قادرا حتى على دفع قيمة التقدير الأول للنفقة، هذا على ألا تقل على الحد الأدنى اللازم للقيام بضروريات حياة[5].

---

[1] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 277

[2] زين العابدين عبد الجبار، المرجع السابق، ص 287

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 174

[4] زينب مدرق نار ويدعى بوبير، (النفقة وتقديرها في القانون الجزائري)، مذكرة ماستر، تخصص الاحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015، ص23

[5] أحمد شامي، نفس المرجع، ص 282

لم يتطرق المشرع الجزائري صراحة إلى طريقة استيفاء النفقة ولكن وكما هو متعارف عليه فقهيا أن استيفائها يكون بطريق التمكين الذي يعتبر الأصل في الإنفاق على الأسرة وهي التزام المُنفِق بآداء واجباته المالية؛ أو عن طريق التمليك وهو عند تماطل الزوج في آداء ما يلزم عليه من نفقة فتطالبه الزوجة بفرض نفقة لها وإذا ما رفض ذلك ترفع أمرها للقاضي[1].

ثانيا ـ تاريخ استحقاقها

تناول المشرع الجزائري تاريخ استحقاق النفقة في المادة 80 من قانون الأسرة فجاء فيها "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، فالقاضي يحكم للزوجة بالنفقة بعد قيامها برفع دعوى ابتداءً من تاريخ إيداعها لدى المحكمة إلى غاية تاريخ صدور الحكم ولا يجوز له أن يحكم بنفقة لما قبل رفع الدعوى ولا لما بعد صدور الحكم إلا في الحالة التي يتضمن فيها حكم المحكمة الطلاق؛ ففي هذه الحالة يجوز الحكم بنفقة مستقبلية للأولاد أو في إطار التدابير المؤقتة بحكم استعجالي فيحكم للزوجة أو أولادها بنفقة مؤقتة والتي تنتهي بالفصل في موضوع النزاع بصفة نهائية[2]، وسنفصِّل في إجراءات رفع الدعوى في الفصل القادم.

وقد سمح القاضي الحكم بالنفقة لمدة سنة قبل رفع الدعوى إذا ما قدمت الزوجة بينة عن امتناع زوجها عن الإنفاق خلال تلك الفترة.

ثالثا ـ آثار الامتناع عن الإنفاق

إذا حدث وامتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته وطلبتها منه ولم يفعل فان امتناعه هذا يترتب عليه آثار هي:

- حق الزوجة في رفع دعوى قضائية تطلب فيها فرض نفقة لها.
- حق الزوجة في طلب التطليق لعدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوب النفقة.
- تطبيق العقوبة الجنائية على الزوج كما نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات[3].

---

[1] نصيرة رميلي، المرجع السابق ص36

[2] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 119

[3] سليمان ولد خسال، نفس المرجع، ص 120/119

المطلب الثاني: نفقة الزوجة والأولاد

نتناول في هذا المطلب الشروط التي يجب أن تتوفر في الزوجة التي تستحق أن ينفق زوجها عليها، ومتى يسقط عنه الحق في ذلك، وأيضا سنتكلم عن المرأة العاملة ومتى يتوجب على الأم أخذ دور الأب في الانفاق على الأولاد.

الفرع الأول: النفقة الزوجية

لتستحق الزوجة نفقة زوجها عليها لابد من توفر شروط محددة نص عليها المشرع الجزائري

أولا ـ شروط استحقاق النفقة:

جاءت هذه الشروط ضمن المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون"، إذن فشروط استحقاق النفقة الزوجية هي:

– **الدخول بالزوجة:** والدخول الذي يرتب حقها على الزوج في النفقة هو الخلوة الصحيحة سواء تمت فيها المخالطة الجنسية فعلا أو لم تتم لسبب قد يعود لعجز من الزوج عن فعل ذلك[1].

– **العقد الصحيح[2]:** ويكون ذلك بزواج صحيح شرعا مستوفي لكل الأركان والشروط التي نص عليها الشرع والقانون.

– **أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة:** فإن كانت صغيرة السن فهي بذلك غير صالحة لتحقيق الأغراض الزوجية من استئناس أو خدمة، لذا فلا نفقة لها[3].

ثانيا ـ مسقطات النفقة

تطرقنا إلى شروط وجوب النفقة ورغم ذلك فهناك حالات قد تُسقِط حق الزوجة في الحصول على النفقة ونلخص هذه الحالات في الأسباب التالية:

---

[1] زينب مدرق نار ويدعى بوبير، المرجع السابق، ص37

[2] حليمة مشوات، المرجع السابق، ص 90

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 172

– نشوز الزوجة وهو عصيان المرأة لزوجها والترفع عن مطاوعته ومتابعته أو رفضها اللحاق به حيث يتواجد، أو السفر معه، أو التي تخرج دون إذن من زوجها، أو ترفض المبيت في فراشه إذا دعاها إليه[1].

– الزوجة المعقود عليها بعقد فاسد أو بناء على شبهة

– الزوجة المريضة قبل الزفاف والتي لا يمكنها الانتقال إلى بيت الزوجية

– الزوجة الصغيرة التي لا تصلح للمعاشرة[2].

– الزوجة المحبوسة (المسجونة) ولو ظلما وذلك لفوات التمكين لزوجها وتفويتها لحقه في الاستمتاع بها[3].

– الزوجة المرتدَّة وهي التي خرجت من دين الإسلام فرِدَّتُها سبب في فسخ الزواج[4].

ثالثا – نفقة المرأة العاملة (المحترفة)

المحترفة هو مصطلح يطلق على المرأة التي تمتلك حرفة أي الممتهنة لعمل له مدخول مالي، فالمشرع لم يتناول صراحة حالة الزوجة العاملة فيما إذا كان عملها يمنع عنها استحقاقها للنفقة أم تبقى مستحقة لها ما دامت في عصمة زوجها.

ومن حيث المبدأ فإن عمل الزوجة خارج البيت لا يمكن اعتباره سببا من أسباب سقوط حقها في النفقة إلا في حالة قيام الزوج بمنعها عن العمل ولكنها لم تمتثل لمنعه وواصلت العمل، لأنه في هذه الحالة تعتبر ناشزا وبالتالي قد يكون رفضها هذا سببا في سقوط النفقة عنها[5].

---

[1] هند بنت سعد القحطاني، أثر الإعسار في فسخ عقد النكاح،2018، ص 3058/3057

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي القاهرة، الطبعة الثانية، 1971، ص 298/297

[3] نصيرة رميلي، المرجع السابق، ص 54

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 178

[5] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (احكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار هومة، الطبعة الثالثة معدلة،2018، ص 114

وقد تضع المرأة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق شرط العمل وتطبيقا لما نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري فهذا الشرط لا يسقط حقها في النفقة ولو كانت ميسورة[1]؛ بسبب رضا الزوج بعملها ولم يمنعها منه أول مرة لأن برضاه قد أسقط حقه في الاحتباس الكامل واكتفى بالناقص منه[2].

الفرع الثاني: نفقة الأولاد

الإنفاق على الأولاد حق مكفول لهم شرعا وقانونا ولا يشترط اليسار في وجوبه عليهم، وإنما تشترط القدرة فقط ولو كان الوالد معسرا؛ ولا يسقط الوجوب في هذا النوع من النفقة إلا إذا كان الأب أو الابن عاجزا ففي هذه الحالة تكون نفقته على غيره من الأصول والفروع، هذا ما اتفق واخذ به الفقهاء عموما[3].

أما المشرع الجزائري فقط تطرق لنفقة الأولاد في المادة 75 من قانون الأسرة حيث ذكرت" أن نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع جعل نفقة الأولاد ما لم يكن لهم مال على الأب ولكن فرق من حيث استحقاقها بين نفقة الذكور ونفقة الإناث.

أولا ـ نفقة الذكور

عند قراءة المادة السالفة الذكر نجد أن المشرع قرر أن نفقة الذكور تستمر إلى غاية سن الرشد وهو سن 19 سنة وفقا لما جاء في المادة 40 من القانون المدني، بمعنى أنها تسقط عنه ببلوغه هذا السن ولكن استثنى كون هذا الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة؛ ففي هذه الحالات يواصل الوالد الإنفاق على أولاده بصفة عادية، وبمجرد أن يصبح للولد مدخول مادي ويستطيع الكسب فان نفقته تسقط من على والده.

---

[1] نصيرة رميلي، المرجع السابق، ص 48

[2] حليمة مشوات، المرجع السابق، ص 116

[3] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 419

ثانيا ـ النفقة على الإناث

تجب نفقة البنت على الأب منذ ولادتها إلى يوم زواجها والدخول بها أين ينتقل هذا الواجب إلى زوجها [1] ؛ إذن فالمشرع الجزائري لم يقيد نفقة البنت بالسن وإنما قيدها بالزواج فحتى إن بلغت سن الرشد ولم تتزوج يستمر والدها في الإنفاق عليها إلى أن تتزوج، وهذا ما يدل على حرص المشرع على حقوق الأولاد وبالأخص الإناث.

ثالثا ـ نفقة الأم على أولادها

الأصل كما ذكرنا سابقا أن النفقة تكون واجبة على الأب ولكن كاستثناء أورده المشرع الجزائري في المادة 76 من قانون الأسرة ذكر انه" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك "

ومعنى ذلك أن تكون ذات مال أو دخل تستطيع من خلاله مواصلة الإنفاق على الأولاد حين عجز والدهم عن فعل ذلك، أما إذا كان كِلا الأبوين عاجزا فإن وجوب النفقة ينتقل إلى الأقارب[2].

المطلب الثالث: طلب التطليق لعدم الانفاق

بعد أن تطرقنا فيما سبق الى مختلف طرق فك الرابطة الزوجية وعلى اختلاف دواعي وأسباب الزوجين، سنأتي على دراسة الرأي الفقهي والقانوني في طلب الزوجة الانفصال عن زوجها بالتطليق لعدم انفاقه عليها، سواء لامتناعه عمدا أو لعدم قدرته على ذلك وهذا حسب الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الموقف الفقهي للتفريق لعدم الانفاق

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في أمر التفريق بين الزوجين لعدم الانفاق عند طلب الزوجة له، بين مؤيد ومعارض له وذلك حسب الرأيين التالية:

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 115

[2] سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 121

أولا ـ الرأي المؤيد

وهو القول الذي يوافق طلب الزوجة للطلاق لعدم انفاق زوجها عليها ولا يعارضه لأنه حق من حقوقها طالما أن زوجها مقصر فيه، وأصحاب هذا الرأي هم الأئمة الثلاث مالك والشافعي وأحمد مع وجود شيء من الاختلاف بينهم في التفصيل، فقالوا يجب على القاضي إذا ثبت له ذلك ان يقضي بتطليقها على زوجها [1] واستدلوا على رأيهم بقوله تعالى ((ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا)) ، ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله نهى الازواج عن إمساك الزوجات للإضرار بهن لأن في إمساكهم ودون إنفاق ضرر لهن، فالمعسر حين يمسك زوجته ثم يتركها بلا نفقة ولا يرضى أن يطلقها يكون بهذا معتد عليها وعلى حق من حقوقها، وهذا ما نهانا الله عنه، فإذا ما رفعت شكواها للقاضي ورفض زوجها الطلاق فللقاضي أن يأمره بتطليقها[2].

و**من السنة** استدلوا بما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ((خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غني واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، فقيل من أعول يا رسول الله قال: امرأتك ممن تعول، تقول أطعمني وإلا فارقني)) ، ووجه الدلالة في هذا الحديث أن الزوجة حين الإعسار لها أن تطلب من زوجها إما الإنفاق عليها أو الطلاق[3]. ومعنى الإعسار هو الافتقار والمعسر نقيض الموسر فالإعسار هو عدم القدرة على النفقة بمال ولا كسب وهو العجز عن الإنفاق أو سداد الدين أو زيادة في ديون الشخص والتزاماته على ثروته ودخله[4].

من الإجماع: أن القاضي يفرق بين الزوج وزوجته عند ثبوت عيب من العيوب التي تتصل بمباشرة أحدهما للآخر وذلك لما فيه من ظلم في بقاء الزوجة مع زوجها بوجود ذلك الوضع ولا شك أن ظلم عدم الإنفاق أشد وقعا، لذا وجب التفريق بينهما إذا طلبت الزوجة ذلك[5].

---

[1] احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 169

[2] عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 835

[3] عبد الرحمان الصابوني، نفس المرجع، ص 837

[4] هند بنت سعد القحطاني، المرجع السابق، ص 3051

[5] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 349

وكان اختلاف الأئمة الثلاثة في أن الإعسار يجب إثباته بالدليل أو بإقرار الزوج به، أما الشافعية فيثبت الإعسار عندهم بالبينة أو بإقرار الزوج به[1].

والرضا بالبقاء رغم علم الزوجة بإعسار زوجها يسقط عنها طلب التفريق عند مالك أما الشافعي وأحمد فيريان أنها إذا قبلت البقاء مع زوجها رغم علمها بإعساره لفترة ما هذا لا يعني قبولها بالإعسار كل الاوقات والأزمنة لأن الحاجة إلى الانفاق تتجدد آنًا بعد آن[2].

وإذا لم يكن للزوج مال ظاهر وادعى أنه معسر ولكن لم يثبت ذلك، أو لم يصرح بإعساره أو يساره ورفض الإنفاق أيضا، فللمالكية قولان الأول يطلقها في الحين، أما الثاني يسجن لمدة حتى يعدل عن رأيه ويقبل الانفاق[3].

وفي حال كان له مال ظاهر وامتنع عن الإنفاق فإن الأئمة الثلاثة اتفقوا أنه لا يحق للزوجة أن تطلب التطليق من القاضي لأنها تستطيع أن تنفق من ماله[4]، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لهند زوجة ابي سفيان((خذي من ماله ما يكفيك)).

وبالتالي فان كان الزوج موسرا فللزوجة أخذ النفقة من ماله ولو كان دينا على آخر أو وديعة أودعها غيره أو بأي طريقة تتيسر لها سواء كان حاضرا أو غائبا بإذنه أو بدون اذنه[5].

ثانيا ـ الرأي المعارض

وهو رأي الحنفية فهم يعارضون فكرة التفريق للإعسار لأنه إذا كان الزوج معسر فهو غير ظالم لعدم انفاقه وبالتالي لا يظلم بإيقاع الطلاق عليه [6] وإنما يجب على الزوجة الصبر حتى يوسر الزوج وتتعلق نفقتها بذمته [7] وذلك لقوله تعالى ((لينفق ذو سعه من سعته ومن قدر عليه رزقه

---

[1] نورة منصوري، المرجع السابق، ص 24

[2] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 352

[3] أحمد شامي، المرجع السابق، 268

[4] شريفة بن عيسى، المرجع السابق، ص 22

[5] احمد حسين فراج، المرجع السابق، ص155

[6] مادي يسمينة وصينية منديل، (التطليق لعدم الانفاق في قانون الأسرة الجزائري)، مذكرة ماستر، القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية،2015، ص 14

[7] هشام ذبيح، التطليق لعدم الانفاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 453

فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما تاها سيجعل الله بعد عسر يسرا))[1]، فالتفريق في هذه الحالة بسبب تدني مستوى الزوج المعيشي يعد نوعا من كفران العشير فيستحيل دوام عسر أو يسر الزوج وإنما حال المرء يتغير مع متغيرات الزمن وعليها تفهّم حاله هذا ومساندته لا التخلي عنه.

أما **من السنة** فقد استدلوا أن نساء النبي صلى الله عليه وسلم عندما سألنه ما ليس عنده فاعتزلهن شهرا، وبالتالي فإن هذا الاعتزال يدل على أنه ليس على المرأة أن تطالب زوجها بما ليس عنده وإن فعلت فستكون ظالمة وتستحق العقاب عن ذلك وإلا لما اعتزل النبي زوجاته[2].

من المعقول: التفريق يؤدي إلى ابطال الزواج، أما تأخير النفقة فيؤدي إلى الحفاظ على العلاقة الزوجية[3].

وقد وصف المالكية أن الفرقة بسبب العجز عن الانفاق هي طلاق بائن إذا كانت قبل الدخول أما إذا كانت بعد الدخول فهي طلاق رجعي وللزوج مراجعة زوجته إذا تحسن حاله وأيسر خلال فترة عدتها[4]، أما الإمامين أحمد والشافعي فقد قالا أنها فسخ ولا تحتسب من عدد الطلقات.[5]

وهناك **رأي ثالث** وهو رأي ابن القيم من الحنابلة فهو يرى أنه لا تفريق للإعسار بين الزوجين إلا في حالتين:

– إذا كان الزوج قادرا على الانفاق على زوجته وامتنع ولم ينفق ولم تستطع الزوجة أخذ نفقتها منه فلها طلب الفسخ.

– وفي حالة تغرير الزوج بزوجته عند عقد الزواج وأوهمها بثرائه ثم اتضح انه فقير معدم فهنا أيضا لها ان تطلب الفسخ ، أما اذا تزوجت وهي تعلم بحاله وأنه معسر أو كان موسرا لكن أصابه الاعسار فلا يحق لها طلب الفسخ[6].

---

[1] سورة الطلاق، الآية 07

[2] بلقاسم شتوان، امتناع الزوج عن الانفاق وحق الزوجة في طلب التفريق شرعا وقانونا، بدون دار وسنة طبع، ص 151

[3] شريفة بن عيسى، المرجع السابق، ص 19

[4] محمد غويني وعبد الحفيظ حميدي، المرجع السابق، ص 21

[5] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص353

[6] عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 835

ثالثا ـ شروط التفريق لعدم الانفاق

حدد الأئمة الثلاث شروطا للتفريق لعدم الانفاق هي:

– المطالبة بفسخ النكاح حق للمرأة فقط وليس لأحد غيرها.

– ثبوت عجز الزوج عن النفقة بأنواعها المختلفة في الحال أو في المستقبل كأن يكون في حال فتتغير حاله الى وضع يعجز فيه عن الانفاق.

– أن تجهل الزوجة وقت ابرام العقد حالة الزوج وأنه معسر وغير قادر على الانفاق[1].

– ألا تجد الزوجة من ينفق عليها من أقربائه الذين تلزمهم نفقته[2].

أما مقدار النفقة الموجبة للتفريق فقد حددها الفقهاء الثلاثة بالقوت الضروري الذي لولاه لما استطاعت الزوجة الحياة [3]، فقالوا يكفي الخبز فقط دون الحاجة إلى الأدام، فإن كان عاجزا حتى على الخبز جاز لها طلب التفريق، فالإعسار الموجب للتفريق هو العجز عن النفقة الضرورية في أدني حالاتها وأنه اضافة الى الخبز، الكسوة أيضا التي تستر العورة حتى ولو كانت المرأة غنية ، هذا وقد اتفقوا على أنه لا يجوز لها طلب التفريق على النفقة القديمة الماضية[4].

وبخصوص المدة فقال المالكية بأن الزوج المعسر يؤجل لمدة يراها القاضي كافية لليأس من قدرته مستقبلا عن الانفاق، حيث قدرها البعض منهم بمدة شهر، أما الشافعية فيؤجل المعسر عندهم ثلاثة أيام فقط، ولا يؤجل أبدا عند الإمام احمد[5].

الفرع الثاني: موقف القانون من التطليق لعدم النفقة

أقر المشرع الجزائري للزوجة الحق في طلب التطليق في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة حيث جاء فيها " يجوز للزوجة إن تطلب التطليق للأسباب التالية:

---

[1] بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 155/154

[2] هشام ذبيح، التطليق لعدم الانفاق في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 454/453

[3] دليلة آيت شاوش، المرجع السابق، ص 111

[4] عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 846

[5] نورة منصوري، المرجع السابق، ص 24

– عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمه بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79و 80 من هذا القانون "، وبتحليل هذه الفقرة نجد أنه ليكون للزوجة الحق في طلب التطليق لابد أن تتوفر الشروط التالية:

1 – امتناع الزوج عن الانفاق مما يدفع بالزوجة اللجوء الى القضاء للمطالبة بحقها في النفقة.

2 – صدور حكم بوجوب النفقة على الزوج، ويكون هذا الحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به وصادر عن هيئة قضائية وطنية، ويتم تبليغ هذا الحكم الى الزوج بواسطة محضر قضائي الذي يثبت امتناع الزوج عن تنفيذ منطوق الحكم [1] في محضر رسمي صادر عنه.

3 – عدم علم الزوجة بإعسار زوجها وقت الزواج؛ فان كانت على علم وقبلت الأمر فقدت حقها في التطليق لعدم الانفاق بسبب قبولها بوضعه ويقع عبئ الاثبات هنا على عاتق الزوج بكل وسائل الاثبات[2].

4 – ضرورة مراعاة نصوص المواد 78، 79 و80 من قانون الأسرة الجزائري حيث تكون النفقة الممتنع عنها الزوج تدخل ضمن الأصناف المشار إليها في هاته المواد من غذاء وكسوة وعلاج، وسكن أو أجرته وكل ما هو ضروري في العرف والعادة، وألا تطالبه بما ليس له قدره عليه[3].

وبعد قراءة عناصر هذه الفقرة نلاحظ أنه يؤخذ على المشرع الجزائري كونه:

1 – لم يفرق بين عسر وعدم قدرة الزوج وبالتالي امتناعه عن الانفاق، وبين يسره وقدرته على ذلك وامتناعه عمدا.

2 – لم يفرق بين ثراء الزوجة وفقرها في التفريق للإعسار[4].

3 – لم يبين وصف وطبيعة هذا التفريق للإعسار هل هو طلاق بائن ام طلاق رجعي وإنما اكتفى بوصفه أنه طلاق لا فسخ، وبما أنه كذلك فهذا يعني أنه ينقص من رصيد طلقات الزوج،

---

[1] هشام ذبيح، التطليق لعدم الانفاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 455

[2] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 271

[3] محمد الأمين عثامنة، المرجع السابق، ص 25

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 279

على خلاف بقية التشريعات العربية التي حددته بأنه طلاق رجعي وبالتالي يستطيع الزوج مراجعة زوجته متى تحقق يساره وأثبته أمام القضاء وأنفق عليها فعلا في الواقع[1].

4 – لم يعر اهتماما للمدة أو المهلة التي يمكن أن تمنح للزوج من تاريخ الحكم عليه بوجوب النفقة وتاريخ رفع زوجته للدعوى، وهذا ما يحيلنا الى ما جاء في المادة 331 من قانون العقوبات والتـي نصت " يعاقب بالحبس من ستة أشهر الى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 دج الى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن آداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه الى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة اليهم"، وعليه فالمدة الممنوحة للزوج هي شهرين متتاليين[2].

5 – لم يحدد مقدار النفقة التي يعسر بها الزوج كحد أدنى والذي يصلح كسبب لتأسيس دعوى الطلاق[3].

6 – لم يتطرق لمسألة إن وجدت الزوجة من ينفق عليها غير زوجها كأب أو أخ الزوج مثلا شرط أن يكون مقتدرا على الانفاق وغير ممانع له، فهل يكون لها نفس الحق فيما لو لم يكن هناك من ينفق عليها[4].

---

[1] محمد الغويني وعبد الحفيظ حميدي، المرجع السابق، ص 23

[2] نورة منصوري، المرجع السابق، ص 29

[3] سارة معروف، المرجع السابق، ص 25

[4] هشام ذبيح، التطليق لعدم الانفاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 457

الفصل الثاني

الإطار الإجرائي لدعوى التطليق لعدم الإنفاق

يعتبر حق اللجوء إلى القضاء حقا دستوريا كرسه المشرع الجزائري لكل مواطن دون تمييز ولا استثناء، وتكمن فكرته في إعطاء الحق لأي شخص مسه ضرر سواء بحقوقه الشخصية أو الموضوعية اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بحقوقه، وجبر أي ضرر لحق به في إطار النزاع القائم وإنصاف أصحاب الحقوق قضائيا.

وعليه يحق للزوجة المتضررة من عدم إنفاق زوجها أن تتقدم أمام القضاء للمطالبة بحقها في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق متى تحققت الشروط الموضوعية المنصوص عليها في المادة 53 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري وفق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08- 09.([1])

تعرض دعوى التطليق أمام القاضي المختص نوعيا وإقليميا للنظر في موضوع النزاع والفصل فيه وفق ما خول له المشرع من سلطة تقديرية.

ولتحقيق أهداف هذا الفصل ارتأينا تقسيمه إلى مبحثين لنتناول في المبحث الأول إجراءات التقاضي في دعوى التطليق، بينما نخصص المبحث الثاني لدراسة السلطة التقديرية للقاضي في دعوى التطليق لعدم الإنفاق.

([1]) قانون رقم 08- 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، 2008.

المبحث الأول: إجراءات التقاضي في دعوى التطليق لعدم الإنفاق

تسمح الإجراءات للهيئة القضائية مراقبة صحة أو عدم صحة أي حالة قانونية، كما ترمي إلى إنجاز الحقوق بصورة فعالة، وإن دعوى التطليق كما تخضع لأحكام موضوعية نجد نصوصها في قانون الأسرة فإنها كذلك تخضع لأحكام إجرائية مصدرها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وسنتناول فيما يلي إجراءات التقاضي في دعوى التطليق في كل مرحلة من مراحلها ابتداء من رفع دعوى التطليق وشروطها (المطلب الأول)، إجراءات مباشرة دعوى التطليق (المطلب الثاني)، وأخيرا الأحكام الصادرة في دعوى التطليق وطرق الطعن فيها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى التطليق وشروطها

تمر دعوى التطليق بمرحلة رفع الدعوى كمرحلة أولى وفي هذا المطلب سوف نتناول إجراءاتها ولكن قبل ذلك يجب استعراض الشروط الواجب توفرها في الدعوى حتى تكون مقبولة والجهة القضائية المخولة للنظر في الدعوى حسب مقتضيات قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول: شروط دعوى التطليق

لقد تناول قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنظيم شروط قبول الدعوى كما تناول أيضا مسألة الاختصاص القضائي للمحاكم حسب موضوع الدعوى وسيأتي تفصيله فيما يلي:

أولا- شروط قبول الدعوى:

الدعوى هي الأداة الفنية التي رسمها القانون للشخص متى توافرت شروط قبولها، تكون صالحة لنظرها أو سماعها قبل الفصل في موضوعها، ويقصد بشروط قبولها تلك الشروط اللازمة لكي تنظر المحكمة في الدعوى فيحكم بقبول الدعوى إذا كانت الشروط متوافرة كما يحكم بعدم القبول في حالة تخلف أي شرط من الشروط.

لقد تناولت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذه الشروط المتمثلة في الصفة والمصلحة: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي مالم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...".

1-الصفة : هي الرابطة القائمة بين المدعي و الحق المعتدى عليه من جهة و بين المدعى عليه من خلال ارتباطه بهذا الاعتداء على الحق([1])، فلابد أن يكون لأطراف الدعوى في المسائل الأسرية الصفة في التقاضي ، وهي إثبات وجود العلاقة الزوجية بين طرفي النزاع بتقديم عقد

([1]) سليمان بارش ، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، الجزء الأول، دون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ، 2006، ص9.

زواج يثبت ذلك وفي دعوى التطليق ترفع الدعوى من الزوجة ضد زوجها أي ترفع من ذي صفة على ذي صفة، ويعتبر ذا صفة للتقاضي أمام المحكمة صاحب الحق نفسه عندما يكون كامل الأهلية أو وكيله بوكالة رسمية وقانونية ([1]). ويترتب على فقدان صفة المدعي أو صفة المدعى عليه أن يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الغير ممن يكونون أطرافا في الدعوى ولا يجوز له أن يحكم برفض الدعوى أو شطبها وهو ما نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 13 قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه".

وإذا سهى أو أخطأ قاضي الحكم و قبل الدعوى ثم فصل فيها دون أن يتحقق من توفر صفة المدعي أو المدعى عليه فإنه يحق للخصم أو محاميه أن يطعن في هذا الحكم بالاستئناف بسبب مخالفة القانون ويطلب إلغاء الحكم و من جديد الحكم بعدم قبول الدعوى([2]).

2-المصلحة : هي تلك المنفعة التي يحصل عليها الفرد من رفع الدعوى أو هي الباعث أو الدافع على رفع الدعوى و تجدر الإشارة أنه في حالة قيام الصفة كرابطة إجرائية فإن المصلحة المعتد بها هي مصلحة صاحب الحق المرفوعة الدعوى لفائدته([3]).

ويشترط المشرع في المصلحة أن تكون قانونية ، شخصية و مباشرة وكذلك أن تكون قائمة و حالة([4]) .

ويعتبر شرط المصلحة في دعوى التطليق أن تثبت وتبرر الزوجة مصلحتها من رفع الدعوى ضد زوجها وهي إزالة الضرر الواقع عليها جراء عدم إنفاق زوجها من خلال طلب فك الرابطة الزوجية حسب ما قررته المادة 53 فقرة 01 من قانون الأسرة.

ثانيا- قواعد الاختصاص القضائي:

الاختصاص هو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة ويقابله عدم الاختصاص وهو فقدان هذه السلطة واختصاص المحكمة معناه نصيبها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها.

([1]) عبد العزيز سعد ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دون طبعة، دارهومة،2013 ، ص 17.

([2]) عبد العزيز سعد ، نفس المرجع ، ص 53.

([3]) سليمان بارش ، مرجع سابق ،ص 15.

([4]) فريجة حسين ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2010 ، ص 16.

1-الإختصاص الإقليمي: على المتقاضي التأكد من الجهة المختصة بالنظر في النزاع الذي يرغب في طرحه أمامه وذلك بالاتجاه إلى المعايير المشار إليها في المادة 37 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ([1])، حيث وضع المشرع الجزائري قاعدة عامة تقرر أن المدعي يسعى وراء المدعى عليه؛ و بذلك أعطى الاختصاص للمحكمة التي تقع في دائرتها موطن المدعى عليه، كل هذا مشروط بعدم وجود نص يحدد الجهة المختصة بنظر ذلك النزاع ، وهو ما أضافه المشرع في المادة 37 السابقة الذكر كما يلي : "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه و إن لم يكن له موطن معروف ... مالم ينص القانون على خلاف ذلك".

وجاءت المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لتحدد الجهات المختصة بنص القانون للنظر في بعض الدعاوى على سبيل الحصر و من بينها دعاوى الطلاق حيث نصت على أنّه :"... في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية و السكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن ...) وعليه يجب على الزوجة أن تتقدم أمام المحكمة التي يقع ضمن دائرة اختصاصها مسكن الزوجية لرفع دعوى التطليق و هو ما نصت عليه المادة 426 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : "تكون المحكمة مختصة إقليميا ... في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي..." وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/12/29([2]) الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي للجهة القضائية، في دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية ، يكون أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية".

إذا رفعت دعوى التطليق في غير مكان مسكن الزوجية فإنه على الزوج أن يثير الدفع لعدم الاختصاص الإقليمي كدفع أولي قبل الإقدام على تقديم أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول بموجب نص المادة 47 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص

([1]) سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (نصا – شرحا – تعليقا – تطبيقا)، الجزء الأول ، دون طبعة، دار الهدى ، الجزائر ، 2011 ، ص 99.

([2]) ملف رقم 44041 ، قرار بتاريخ 1986/12/29 ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، العدد 02 ، 1994، ص51.

الإقليمي، قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول". ويجب أن لا يكتفي المدعى عليه بالدفع بعدم الاختصاص الإقليمي دون الخوض في الموضوع على سبيل الاحتياط([1])

2-الإختصاص النوعي: تختص المحكمة الابتدائية بالفصل في جميع الدعاوى المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة، وهو ما نصت عليه المادة 32 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام... ".

ويختص قسم شؤون الأسرة بالنظر في بعض الدعاوى دون غيرها من الأقسام الأخرى حيث تناولها المشرع على سبيل الحصر، سواء عددا أو وصفا مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي إلى القضاء بعدم اختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع متى لم تكن مختصة بموجب نص المادة 423 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن ثم فأي نزاع شملته هذه المادة أو ما يكون منشقا منه يتعين طرحه أمام قسم شؤون الأسرة. وعليه فإن دعوى التطليق ترفعها الزوجة أمام قسم شؤون الأسرة حسب ما نصت عليه هذه المادة: " ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة ...".

الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى التطليق

لقد حددت المواد 436، 437 و438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات رفع الدعوى حيث نصت المادة 436 على وجوب إيداع عريضة افتتاح الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة في حين تطرقت المادة 437 إلى الحالة التي يكون فيها المدعي ناقص الأهلية وتطرقت المادة رقم 438 إلى وجوب التبليغ الرسمي لعريضة افتتاح الدعوى إلى كل من المدعى عليه (الزوج) وإلى النيابة العامة بوصفها طرف أصيل في الدعوى.

أولا- تقديم عريضة افتتاح الدعوى:

إن عريضة افتتاح الدعوى هي الوسيلة القانونية التي يعدها المدعي لإخبار المدعى عليه و إحاطته علما بما يدعيه و بما يقدمه من طلبات([2]).

لقد نصت المادة 14من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن تكتب العريضة الافتتاحية على ورقة ويوقعها المتقاضي (الزوجة) أو وكيلها و أن تكون الورقة مؤرخة وتقدم إلى أمانة

([1]) سائح سنقوقة ، مرجع سابق ، ص 116.

([2]) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 15.

الضبط من أجل تسجيلها ، تنتج الدعوى آثارها بمجرد تسجيلها و إيداع الرسم بحيث تحدد لها جلسة فورا([1]) تجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية القديم كان يجيز للمدعي رفع دعوى بموجب تصريح شفوي .

أما بالنسبة لمضمون العريضة الافتتاحية فقد حددته المادة 15 قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مجموعة من البيانات اللازمة ورتبت على الإخلال بها جزاء يتمثل في عدم القبول شكلا. يجب أن تتضمن العريضة إضافة إلى تحديد الجهة المختصة بالنظر في الدعوى، اسم ولقب الزوجة المدعية وعنوانها واسم ولقب الزوج المدعى عليه وموطنه، وكذلك أن تتضمن العريضة على عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل القانونية التي تؤسس عليها الدعوى والتي من أجلها تطلب التطليق بالاعتماد على ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة 53 قانون الأسرة مع الإشارة إلى الوثائق والمستندات المؤيدة للدعوى المرفقة بالعريضة.

ثانيا- التبليغ الرسمي للعريضة:

يقصد بالتبليغ الرسمي ذلك التبليغ لنسخة من سند أو عقد قضائي أو غير قضائي الذي يقوم به المحضر القضائي مقابل محضر التبليغ بناء على طلب الشخص المعني شخصيا أو بناء على طلب ممثله القانوني أو الاتفاقي وفقا للأوضاع و الأشكال القانونية المذكورة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ([2]) .

فتقوم الزوجة عن طريق التكليف بالحضور بدعوة زوجها إلى الحضور أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى ويسلم التكليف بالحضور بواسطة المحضر القضائي الذي يحرر محضرا عند تسليم نسخة من العريضة الافتتاحية إلى الزوج وذلك وفق ما نصت عليه المادة 19 قانون الإجراءات المدنية والإدارية. إن إجراءات التبليغ سواء بالنسبة لعريضة افتتاح الدعوى أو بالنسبة لتبليغ محضر تسليم التكليف بالحضور هي مراحل مرتبة ترتيبا قانونيا حيث أن الإخلال بها يعرض محضر التبليغ إلى الطعن ببطلانه وبطلان إجراءات التبليغ.

نص المشرع في المادة 438 قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه، ويجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط". لقد ذكر المشرع طريقين لتبليغ النيابة العامة بالعريضة الافتتاحية عن طريق التكليف بالحضور؛ بواسطة المحضر

([1]) فريجة حسين ، مرجع سابق ، ص 17.

([2]) عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص20.

القضائي أو بواسطة أمين الضبط ، و إن الوسيلة المثلى هو عرض أمين ضبط قسم الملفات المجدولة على وكيل الجمهورية قبل تاريخ الجلسة بيوم أو يومين وهذا تطبيقا لمبدأ تبسيط الإجراءات حتى يتسنى له الاطلاع على محتوى النزاع و مراقبة طلبات الأطراف إن كانت لا تتنافى مع النظام العام([1]).

لقد جاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/02/03 يؤكد أن تبليغ النيابة العامة مسألة تتعلق بالنظام العام حيث نص القرار على ما يلي :" بالرجوع إلى ملف القضية، والقرار المطعون فيه الصادر حولها ، فإنّه يتبيّن منها أنّه رغم أن النزاع يتعلق بالطلاق فإن الملف لم يبلغ إلى النائب العام مما يعد خرقا لإجراءات جوهرية تتعلق بالنظام العام الذي يعرض القرار المطعون فيه للنقض"([2]).

لقد أعطى المشرع للنيابة العامة مركزا قانونيا في الدعاوى المتعلقة بقسم شؤون الأسرة بموجب المادة 03 مكرر قانون الأسرة، حيث اعتبرها طرفا أصيلا في الدعوى: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/10/11:"يجب إطلاع النيابة العامة باعتبارها طرف أصليا على قضايا الأحوال الشخصية "([3]).

ويرى المستشار عمر زودة أن الأصل أن النيابة العامة من حقها أن تتدخل في جميع القضايا أمام المحاكم كطرف منضم ولكن تدخلها يكون جوازي، وأن ما استحدثه المشرع في هذا النص هو أنه جعل تدخلها أمام المحاكم في قضايا الأسرة أمرا وجوبيا أي أن المشرع يريد أن ينص على وجوب إطلاع النيابة العامة على مستوى المحاكم الابتدائية على جميع قضايا الأسرة التي تخضع لقانون الأسرة وليس خصما في هذه الدعاوى([4]) . ويضيف بأنه إذا اعتبرت النيابة العامة طرفا أصليا بالتالي فإنّها تأخذ مركز الخصم – خصم الزوج أو خصم للزوجة أو خصم

([1]) سهيل محمد لمين ، الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الاجتهاد القضائي ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر، 2012 ، ص16.

([2]) ملف رقم 34762 ، قرار بتاريخ 1984/02/03 ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1989 ص108.

([3]) ملف رقم 401317 ، قرار بتاريخ 2006/10/11 ،غرفة الأحوال الشخصية ،مجلة المحكمة العليا ، العدد 02، 2007، ص489.

([4]) عمر زودة ، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة (الأمر رقم05-02) ، مجلة المحكمة العليا ، العدد02 ، 2005 ، ص 44.

للزوجين– إلا أنّه لا يجوز لها أن تصبح طرفا في دعوى الطلاق أو التطليق لما يمس بدورها في المجتمع و تصبح محل شبهة على اعتبار أنها ممثلة للمجتمع ولا تتبنى في دفاعها سوى تحقيق المصلحة العامة في حين دعوى التطليق تهم مصلحة الزوجين فقط وعليه فإن النيابة العامة ليست طرفا أصليا بصفة مطلقة في جميع القضايا المتعلقة بمنازعات الأسرة بل تكون على سبيل الاستثناء فقط كما هو الحال في بعض القضايا 114 و102 و182 قانون الأسرة ([1]).

في حين يرى بعض رجال القانون أن اقتصار النيابة العامة في الجلسة على دور ملاحظ يلتمس تطبيق القانون فقط دون ابداء ملاحظات أخرى أو رأي مكتوب يلتمس تطبيق القانون فقط يتنافى مع الغاية المرجوة من تطبيق هذا النص([2]) ، وهو مالا يتوافق مع ما يراه المستشار عمر زودة بأن النيابة العامة تعمل كمستشار فني للقاضي ، تبدي رأيها بما يتوافق مع التطبيق السليم للقانون و تتوقف عند هذا الحد دون أن تستهدف مصلحة أحد الخصمين .

في حين يرى بعض الفقهاء أن دور النيابة العامة هو حماية المجتمع من خلال حماية كيان الأسرة مما يستوجب على النيابة العامة اتخاذ دور إيجابي في الجلسة كأن تتدخل في مرحلة الطلاق و تقدم مقترحاتها بشأن الصلح بين الزوجين كما يمكن لها السعي لتبليغ الطرف الغائب وتحديد عنوانه([3])

المطلب الثاني: إجراءات مباشرة الدعوى

تنشأ الخصومة بإيداع عريضة افتتاح الدعوى كتابة ضبط المحكمة، ثم تعلن إلى المدعى عليه بواسطة المحضر القضائي وتكليفه بالحضور إلى المحكمة التي تنظر في القضية في الجلسة المحددة لذلك وتكون على الخصوم (زوج وزوجة) الحضور أمام المحكمة لإبداء أقوالهم وتقديم مستنداتهم.

يقوم القاضي بمتابعة القضية لإصدار الحكم فيها كما يقوم أيضا بعملية الصلح بين الزوجين([4]) لإصلاح ذات البين ومحاولة ثني الزوجة عن طلبها و التراجع عن المطالبة بالتطليق إن كان ذلك ممكنا ، وسنوضح ذلك كما يلي :

([1]) عمر زودة ، نفس المرجع ، ص41..

([2])حمليل صالح وصديقي الأخضر ،إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري ، مجلة الحقيقة ، العدد 28، جامعة أدرار،2014 ، ص28.

([3]) سهيل محمد لمين، مرجع سابق ، ص 33

([4])بوكايس سمية ، مدى فعالية إجراء الصلح في دعاوى الطلاق ، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد ، المجلد السادس ، العدد الأول ، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2021 ، ص 39.

الفرع الأول: إجراء محاولات الصلح

نظم المشرع الجزائري أحكام الصلح في المواد 456إلى 466 من القانون المدني فعرّفه في المادة 459 منه بأنّه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

وإستحدث المشرع نصوصا قانونية في القانون 08-09 المواد من 439 إلى449 التي تنظم إجراءات الصلح بين الزوجين دون أن يعطي تعريفا له ، وكذلك قانون الأسرة لم يتطرق إلى تعريفه ، فنصت المادة 49 منه ضمنيا على وجوب إجراءه :" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى" ، وعرفه الفقهاء بأنه : "إجراء يسعى من خلاله القاضي إلى إيجاد حل ودي بين الزوجين و وضع حد للنزاع القائم بينهما من أجل استمرارية الحياة الزوجية"([1]) ، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1991/06/18 :"أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون"([2]). وما يدل على وجوب هذا الإجراء هو صيغة الأمر في المادة 439: "محاولات الصلح وجوبية.." لاستعمال لفظ "وجوبية" ما من شأنه إلزام القاضي القيام به، فالمشرع يخاطب القاضي لا المتقاضين ولكنه لم يرتب جزاء على مخالفته الأمر، ولم يسمح المشرع للقاضي بأن يفوض غيره للقيام بمحاولة الصلح واعتبرها من مهامه الأساسية مثلها مثل مهمة الفصل في النزاع. وتخضع إجراءات الصلح لشروط شكلية تتمثل في سرية جلسة الصلح و تواجد أطراف الصلح و كذلك المدة الزمنية لجلسة الصلح المقدرة بثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى ([3]).

إن سرية الجلسة نص عليها المشرع في المادة 439 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والغاية من ذلك هو الحفاظ على أسرار الأسرة وحرمتها فلا يحضرها إلا الأطراف والقاضي وأمين الضبط دون الدفاع.

إن حضور الزوجين لجلسة الصلح أمر بديهي لأنهما المعنيين به ولا يمكن لأي كان أن يعوض حضورهما ولو بموجب وكالة خاصة فهذا غير وارد في قانون الأسرة، وهذا ما جاءت به

([1]) يوكايس سمية ، مرجع سابق، ص 34.

([2]) ملف رقم 75141 ، قرار بتاريخ 1991/06/18 ، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ، العدد1، 1993، ص 65.

([3]) تومي نوال ، أحكام الصلح و دوره في قضايا فك الرابطة الزوجية ، مجلة القانون و العلوم السياسية ، المجلد السابع، العدد الثاني ، المركز الجامعي صالحي أحمد ، النعامة ،2021 ، ص317.

المحكمة العليا في القرارين التاليين ؛ بتاريخ 2013/05/09 بأنه :"استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة و المواريث بالمحكمة العليا على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية شخصيا جلسات محاولة الصلح"([1]) و كذلك بتاريخ 2008/01/16 حيث جاء فيه أنه: "لا يجوز أن ينوب أحد عن الزوجين في محاولة الصلح"([2]) . كما أجاز المشرع وبناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح حسب المادة 440 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لم يحدد المشرع عدد الجلسات الواجب انعقادها وترك الأمر لتقدير القاضي حسب الحالة وهو ما أكده القرار الصادر ب 03/13/ 2014 الذي جاء فيه : "استقرار اجتهاد غرفة شؤون الأسرة و المواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه "([3]) ،و لم ينص المشرع على قواعد خاصة ببطلان إجراءات الصلح .

أما عن نتائج محاولات الصلح فهي واحدة من هاتين الحالتين:

الحالة الأولى: نجاح محاولة الصلح واتفاق الزوجين على حسم النزاع ؛حيث يقوم القاضي بإثبات ما اتفق عليه الطرفان في محضر الجلسة الذي يوقعه كل من القاضي و أمين الضبط و الطرفان ، و ذهب الفقه إلى أن عقد الصلح يعتبر موجودا منذ الاتفاق عليه و إنما إثباته في المحضر أمر إلزامي ليكتسب الصلح الصفة القضائية وليكون سندا تنفيذيا ([4]) . وهو ما نص عليه المشرع في الفقرة الثالثة المادة 443 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ولا يكون هذا المحضر قابلا لأي وجه من أوجه الطعن ([5])وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في القرار الصادر بتاريخ 1994/04/19 بقولها :"...لأن الحكم المذكور لا يقبل الاستئناف لكونه قد تضمن صلحا بين

([1]) ملف رقم 0779888 ، قرار بتاريخ2013/05/09 ، غرفة شؤون الأسرة والمواريث ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 01 ، 2013 ، ص286 .

([2]) ملف رقم 417622، قرار بتاريخ 2008/01/16 ، غرفة شؤون الأسرة والمواريث ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 01 ، 2009 ، ص302

([3]) ملف رقم 0870291، قرار بتاريخ 2014/03/13، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، مجلة المحكمة العليا،العدد02، 2014 ، ص 268.

([4]) حليمة جبار ، دور القاضي في الصلح و التوفيق بين الأطراف على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص (باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات) ، 2009، ص 605.

([5]) تومي نوال ، مرجع سابق ، ص321.

الأطراف لا غير، الأمر الذي يتعين عليه نقض القرار المطعون فيه"([1])، ويعتبر هذا المحضر الرسمي حجة بما جاء فيه ويستطيع كل من الطرفين أن يلزم الآخر بما تم عليه الصلح([2]).

الحالة الثانية: فشل محاولة الصلح لسببين؛ إما تخلف أحد الزوجين عن جلسة الصلح دون عذر بالرغم من مهلة التفكير، أو بسبب عدم الاتفاق بين الزوجين. فيحرر القاضي محضر عدم الصلح ويبيّن فيه مساعي الصلح وتواريخ محاولات الصلح وجلساتها و يوقّع عليه كل من القاضي و أمين الضبط و الأطراف، ويلحق هذا المحضر بملف الدعوى ثم يحيل الطرفين إلى مناقشة الموضوع ، وعلى القاضي أن يشير في حكمه ؛أنّه قد تمّ عقد جلسات محاولة صلح بين الزوجين قبل أن يحكم بفك الرابطة الزوجية وإلاّ عرّض حكمه للنّقض من طرف المحكمة العليا([3]).

الفرع الثاني: مناقشة موضوع الدعوى

بعدما تبيّن للقاضي طيلة مدة الصلح القانونية أنّه تعذّر عليه التوفيق بين إرادة كلا الزوجين فإنّه يلتزم بتحرير محضر عدم الصلح ، الذي يوضّح فيه كل المساعي التي لجأ إليها أثناء محاولة الصّلح ليباشر بعدها مناقشة دعوى التطليق المطروحة أمامه في جلسة علانية ،ثم يستمع من جديد لكل واحد منهما و يصدر حكمه وفقا للإجراءات العادية([4]).

تتم مباشرة الخصومة من طرف أشخاص الدعوى و القاضي من خلال جملة من الأعمال الإجرائية ، بحيث تمارس الخصومة من طرف أشخاص الدعوى (الزوج والزوجة) بواسطة الطلبات والدفوع ، أما القاضي فيباشر الخصومة من خلال إجراءات التحقيق التي يقوم بها لتهيئة القضية للفصل و كذلك من خلال الحكم الذي يصدر بشأنها ، و يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى و مذكرات الرّد([5]).

عريضة افتتاح الدعوى يطلق عليها اسم العريضة الافتتاحية أو المطالبة القضائية وكذلك الطلب القضائي، ويتكون هذا الطلب من ثلاث عناصر وهي الخصوم والمحل والسبب، ويقصد بالخصوم المدعي والمدعى عليه.

([1]) ملف رقم 103637 ، قرار بتاريخ 1994/04/09 ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001 ، ص 94.

([2]) حليمة جبار، مرجع سابق ، ص 617.

([3]) تومي نوال ، مرجع سابق ، ص321.

([4]) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص357.

([5]) فريجة حسين ، مرجع سابق ، ص27.

أما المقصود بالمحل أو الموضوع في الطلب القضائي فهو ما يطلبه المدعي من القضاء و هو موضوع القرار المطلوب إصداره ؛ فإذا تعلق الأمر بالدعوى المنشئة كدعوى التطليق فإن موضوع هذا الطلب هو التطليق و يترتب على عدم تحديد موضوع الطلب القضائي البطلان لأنه إجراء جوهري([1]).

أما عنصر السبب في الطلب القضائي فيقصد به مجموع الوقائع المولّدة للحق المطالب به فلا يخرج أن يكون تصرفا قانونيا أو واقعة مادية ولا يجوز للقاضي أن يقوم بتغيره أو تعديله طبقا لمبدأ حياد القاضي المتفق عليه فقها وقضاء، ويكون سبب الطلب القضائي في دعوى التطليق هو إخلال الزوج لواجباته الزوجية كضرب الزوج ضربا مبرحا لزوجته أو عدم الإنفاق عليها و إهمالها([2]).

و بمقتضى مبدأ الطلب القضائي فيمنع على كل من القاضي و الخصوم و الغير تغيير نطاق الخصومة من حيث عنصر الأشخاص و المحل والسبب([3]) ، وكذلك هو الشأن في الاستئناف فقد نصت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/06/30 على عدم جواز تقديم طلبات جديدة أمام المجلس وهذا نص القرار :"متى كان من المقرر قانونا أن الطّلبات الجديدة لا تُقبل في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاصة أو كانت بمثابة دفاع في الدعوى الأصلية وهذا تجسيدا لمبدأ التقاضي على درجتين فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، حيث يعتبر طلب الزوج في رجوع زوجته لمحل الزوجية و طلب هذه الأخيرة التطليق أمام المجلس القضائي طلبين جديدين إذا كان موضوع الدعوى طلب الزوج التعويض لعدم امتثال الزوجة للحكم القاضي عليها بالرجوع لمحل الزوجية "([4])

ويجب التفريق بين تعديل الموضوع الذي يجيزه المشرع وبين تغيير الموضوع الذي لا يجيزه المشرع حيث ؛ يمكن تعديل موضوع النّزاع بناء على تقديم طلبات عارضة إذا كانت هذه الأخيرة مرتبطة بالادعاءات الأصلية، وهذا ما أقرّته المحكمة العليا في قرارها الصّادر بتاريخ 1984/04/16: "إنّ القضاء بالاستجابة إلى الطلبات المتعلقة بتوابع العصمة المقدمة لأول مرة أمام قضاة الاستئناف لا يعتبر قضاءً في طلبات جديدة باعتبار أنّها مشتقة من الطلب الأصلي

([1]) عمر زودة ، الطلب القضائي ،المجلة القضائية ، العدد 01 ، 1994، ص316.

([2]) عمر زودة ، الطلب القضائي ، نفس المرجع ، ص320.

([3]) عمر زودة ، الطلبات العارضة ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، 1999، ص 49.

([4]) ملف رقم 42870، قرار بتاريخ 1986/06/30، غرفة الاحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، العدد02، 1989، ص88.

الذي هو فك العصمة الزوجية "([1]). إلاّ أنّه لا يجوز تغيير موضوع الدعوى من دعوى خلع بعد انعقاد الخصومة إلى دعوى تطليق ويتعيّن على المحكمة التقييد بالدعوى التي انعقدت الخصومة بشأنها وهو ما جاء في اجتهاد المحكمة العليا في 2013/05/09([2]).

إنّ الطلبات العارضة قد تكون إما طلبات إضافية أو طلبات مقابلة حيث أن الطلب الإضافي يرمي إلى تعديل الطلب الأصلي ويقدم سواء من طرف المدعي أو من طرف المدعى عليه([3]) أما الطلب المقابل فيقدمه المدعى عليه ردًا على طلب المدعي ويهدف من ورائه إلى الحصول على حكم ضد المدعي ، فهو يطلب إلى جانب رفض الدعوى ، تحسين مركزه القانوني فهو وسيلة دفاع و هجوم ؛ وتسمى أيضا بدعوى المدعى عليه لأنّها تتضمن وقائع دعوى جديدة مرفوعة من المدعى عليه في مواجهة المدعي و بذلك يتحول مركز المدعى عليه الأصلي إلى مدعي و المدعي الأصلي إلى مدعى عليه ([4]).

وفي هذا الخصوص تنصّ المحكمة العليا في اجتهادها على أنّه لا تستطيع الزوجة التي رفع الزوج ضدها دعوى الرجوع أن تقدم طلبا مقابلا يتضمن الخلع أو التطليق بل إن هذين الطلبين لا يقدمان إلا بموجب دعاوى مستقلة ؛وهذا ما عالجه القرار المؤرخ في 2011/09/15:" ترفع دعوى التطليق أو دعوى الخلع بدعوى مستقلة ، لا يكون التطليق أو الخلع محل طلب مقابل، مالم يوافق الزوج عليه من دون شرط أو قيد حيث أن الثّابت في قضية الحال أن الزوج رفع دعوى ضدّ زوجته طالبا رجوعها إلى بيت الزّوجية الّذي غادرته رفقة أهلها، بينما الزوجة رفضت طلباته و بالمقابل طالبت الحكم بتطليقها للضّرر مع الحقوق و إحتياطا طلبت الطلاق عن طريق الخلع و عرضت مبلغا مقابلا مع طلبها بحقوق اخرى"([5]).

تقدم الطّلبات الإضافية و الطّلبات المقابلة بواسطة مذكّرة مكتوبة أو تقّدم شفاهة بالجلسة في حضور الخصم و إذا كان هذا الأخير غائبا عن الجلسة فيجب حينئذ أن يبّلغ بها و يجب أن لا

([1])ملف رقم 32719، قرار بتاريخ 06/04/1984، غرفة الاحوال الشخصية ، المجلة القضائية، العدد02، 1989 ص 64.

([2])ملف رقم 0850047، قرار بتاريخ 2013/05/09،غرفة شؤون الاسرة، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02 ، 2013 ، ص 292 .

([3]) سائح سنقوقة ، مرجع سابق ، ص 82.

([4])عمر زودة ، الطلبات العارضة ، مرجع سابق ، ص 54.

([5])ملف رقم 6447108 ، قرار بتاريخ 2011/09/15 ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، مجلة المحكمة العليا ،العدد 01 2012 ، ص 309.

يُقضى بها عليه في غيبته لأنّ ذلك سيمس بحقوق الدّفاع ، ممّا يترتب عليه بطلان العمل الإجرائي([1]).

إنّ وسائل الدّفاع التي يقرّرها القانون بصفة عامة هي الدفوع وهذه الدفوع لا تضيف شيئا جديدا للخصوم إذْ أنّها تهدف إلى تفادي الحكم بما يدعيه الخصم الآخر، فالنّزاع يتحدّد بالادعاءات وليس بالدفوع ، لأنّ الدفوع يقصد بها فقط رفض ما يدعيه أو يطلبه الخصم الآخر سواء كان ذلك بصفة وقتية أو بصفة دائمة أو لعيب في الشكل أو لأنّ المدعي لم يكن له الحق في رفع الدعوى بصدد هذا الطلب([2]). وبهذا فإنّ الدّفع الموضوعي يعدّ وسيلة دفاع بحتة، حيث يقتصر المدعى عليه على إنكار الحق المُطالب به.

وإنّ الجهة القضائية ملزمة بأن تدوّن في حكمها كل الدّفوع والطّلبات المقدمة إليها وبأن تناقشها لأنّ عدم تسجيل هذه الدفوع و الطلبات يؤدي بالجهة القضائية التي تعرض عليها الدعوى إثر استئناف أو على إثر طعن بالنقض يؤدي بالمجلس أو بالمحكمة العليا أنّه يستحيل عليها تسليط رقابتها على الحكم أو القرار–وسيأتي شرح وتفصيل ذلك فيما بعد– و تظهر كأنّها لا تبالي بطلبات ودفوع الطرف المستأنِف وتستخفّ بمصالحه وحقوقه([3]) ، وهذا ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989 الّذي ينصّ على أنّه: " يجب على القضاة الفصل في الطلبات و الدفوع المقدمة من أطراف النّزاع ، حتى لا يُحرم المجلس الأعلى من ممارسة رقابة الأحكام الشرعية و القانونية ، والقضاء بما يخالف هذه المبادئ ، يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية و القانون([4]).

المطلب الثالث: الحكم الصادر في دعوى التطليق لعدم الإنفاق وطرق الطعن فيه

إنّ أهمّ وربّما أصعب عملٍ يقوم به القاضي في فصل القضايا المطروحة أمامه هو تحرير الحكم أو القرار الذي يشكّل آخر مرحلة من مراحل الفصل، فيقتضي هذا العمل أن يركّز القاضي كلّ مجهوداته الفكرية ليتعرض إلى كلّ مسألة من المسائل المختلفة المتنازع من أجلها مهما كانت أهمّيتها والّتي يكون قد قدّمها كل واحد من الأطراف أي المدعي و المدعى عليه([5])

([1])عمر زودة ، الطلبات العارضة ، مرجع سابق ، ص67.

([2]) فريجة حسين ،مرجع سابق ، ص 45.

([3]) طالب احمد ، الأخطاء الشكلية والموضوعية في الأحكام القضائية، مجلة المحكمة العليا ، العدد01، 2003، ص 28.

([4]) ملف (العدد03 ، 1989 ، ص 65)، دليل البحث في مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق و الدراسات القانونية والقضائية ، الطبعة الأولى ،2021 ، ص364.

([5]) طالب أحمد ، مرجع سابق ،ص41.

إنّ المحكمة التي تصدر الحكم قد تتعّرض للوقوع في الخطأ أو السهو وإنّ الخصم قد يرجو فرصة للطعن في الحكم الصّادر ضدّه لتدارك ما شاب الحكم من نقص، لذلك وضع المشرّع نظاما للطّعن في الأحكام وأورد طرقا للطعن على سبيل الحصر، وكذلك هو الأمر في دعوى التطليق لعدم الإنفاق فقد يقتنع ويرضى كل من الزوج والزوجة بالحكم الصادر وقد يرفضه أحدهما أو كلاهما عن طريق الطعن فيه، وهذا ما سوف نعالجه من خلال التطرق إلى طبيعة الحكم الصادر في الدعوى (الفرع الأول) وطرق الطعن فيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحكم الصادر في دعوى التطليق لعدم الإنفاق

في هذه المرحلة الأخيرة من مراحل دعوى التطليق تجد الزوجة نفسها أمام أحد الحكمين؛ إمّا حكما يرفض دعواها وإمّا حكما يؤيّد دعواها ويحكم لها بالتطليق. فإذا رفض القاضي الدعوى لعدم التّأسيس ، بسبب عجز الزوجة عن إثبات السبب الذي استندت إليه في طلب التطليق فإنّه يمكنها أن ترفع الدعوى من جديد للمطالبة بالتطليق قصد تدارك ما فاتها من وسائل إثبات ولا يمكن للزوج أن يدفع بسبق الفصل في الدعوى، لأنّ قضايا الحالة لا يُثبِت الحجية ما دامت العشرة الزوجية بين الطرفين متطورة من حين لآخر ولا تستقر على حالة معينة و إلا قلنا أنّ العشرة الزوجية صار محكوما عليها بالأبدية وهذا ما لا يستقر شرعا ولا قانونا .([1])

أمّا إذا استطاعت الزوجة إثبات عدم إنفاق زوجها بالوسائل و الشروط المنصوص عليها قانونا و قضاء فإنّ القاضي يُصدر حكمه في الدعوى بالتطليق بناء على سلطته التقديرية، مما يجعله حكما منشئا وليس كاشفا ؛ وهو ما دعا بعض الفقه إلى المطالبة بأن تكون أحكام التطليق قابلة للاستئناف خلافا للحكم بالطلاق الكاشف([2]) .

إنّ المشرع الجزائري من خلال النصوص الّتي أقرّها في قانون الأسرة أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حاول المحافظة على حقوق الزوجين المتنازعين من جهة وحقوق الأولاد من جهة أخرى وذلك سواء خلال مدة إجراءات التقاضي قبل الفصل في الدعوى من خلال التدابير المؤقتة الاستعجالية، وكذلك بعد الفصل في الدعوى بالتطليق من خلال الآثار المترتبة عنه مثل: العدة، النفقة، الحضانة، التعويض والنزاع حول متاع البيت.

([1])عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص82.

([2]) سعادي ليلى ، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري ، أطروحة دكتورا في علوم القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2015 ، ص457 .

أولا- التدابير الاستعجالية المؤقّتة قبل الفصل في الدعوى:

إن إجراءات التقاضي في دعوى التطليق تستغرق الوقت و الجهد وتؤثر على الاستقرار النفسي وخاصة على الأولاد و تؤدي إلى تشردهم و إهمالهم من غير نفقة ولا سكن ممّا استدعى تدخل المشرّع لحماية هاته الفئة الضعيفة على الأقل في الجوانب المادية ، وهو ما نصّت عليه المادة 57 مكرر: " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التّدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلّق منها بالنّفقة والحضانة والزيارة والسكن "، وقد أكّدت ذلك المادة 444 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت على أنه : " يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتّفق عليه الزوجان عند الأمر بالتّدابير المؤقتة "، وكذلك المادة 451 من نفس القانون و التي جاء فيها ما يلي: "...و يمكن للقاضي أن يتّخذ كلّ التّدابير الّتي يراها ملائمة...".

إنّ ما ذكرته المادة 57 مكرر من تدابير لم يكن على سبيل الحصر بل جاء على سبيل التخصيص لأنّه يتعلّق بالأولاد كما يمكن أن يكون موضوع كل هذه التدابير المؤقتة كل مسألة أخرى تهمّ طرفي النّزاع " الزوج والزوجة «ممّا يحتاج إلى السرعة وعدم التأخير للفصل في الأشياء الخاصّة بالزوجة من الألبسة والحليّ وغيرهما مما يعدّ ضروريا.

وسوف نستعرض أهم التدابير المؤقتة والاستعجالية التي قد يأمر بها قاضي شؤون الأسرة خلال سير دعوى التطليق:

1-الاستعجال في موضوع النّفقة: يتحقّق كلّما ثبت من الملف أنّ حاجة طالب النّفقة ملحّة لانعدام أي مورد آخر للرّزق ولا يستطيع الانتظار دون إنفاق ، فتكون النفقة وقتية لا دائمة بشرط ألا يثور دفع أو نزاع بعدم استحقاقها كأن تكون الزّوجة ناشزا مثلا([1]).

2- الاستعجال في موضوع الحضانة: فيجب ربطه دوما بمصلحة المحضون وعلى القاضي أن يقدّر الظّروف ويتّخذ أفضل الحلول و أصلحها للحفاظ على المحضون من خلال إسناد الحضانة إلى من يراه أهلا لها في انتظار حسم موضوع النّزاع([2])

([1]) سعادي ليلى ، مرجع سابق ، ص 444

([2]) سعادي ليلى ، نفس المرجع ، ص 446.

3- الاستعجال في موضوع الزيارة: الحق في الزيارة المؤقتة يعطى لأحد الزوجين الذي لا يمارس الحضانة بموجب أمر استعجالي متى تأكّد القاضي من صحة الادعاءات و استنباط عنصر الاستعجال من وقائع القضية([1])

4- الاستعجال في موضوع السكن: و لكونه مسألة غاية في الأهمّية ؛لاسيما أنّ الغالب الأعمّ هو بقاء الزوجة طول مدة النّزاع خارج بيت الزّوجية، فإنّ القاضي يفصل بموجب أمر على عريضة تقدّمها الزوجة مسبَّبة وموقَّعة إلى كتابة ضبط المحكمة موازاة مع دعوى التطليق مباشرة من أجل طلب البقاء في مسكن الزّوجية أو تمكينها من نفقة الإيجار إلى غاية البتِّ النهائي في النّزاع ، فيكون منطوق الحكم كما يلي : " ...تمكين المدّعية في دعوى التطليق من حقّ البقاء المؤقّت في السكن أو مبلغ إيجار بقيمة معينة" ([2])

ثانيا – الآثار المترتّبة على الحكم بالتطليق:

إن الآثار القانونية المترتّبة عن التطليق أوردها قانون الأسرة في مواد متفرقة تنحصر بين المادتين 58 و76 منه؛ منها العدة، النفقة، التعويض، الحضانة، حق الزيارة و التنازع حول الأمتعة، وهي كالآتي:

1 – **العدة :** إذا صدر الحكم بالطلاق تدخل المطلّقة في عدّتها ابتداء من تلك اللّحظة وتقع عليها بعض الالتزامات كملازمة بيت الزّوجية مدّة عدّتها ولكنّ ما يجري به العمل بين النّاس خلاف ذلك ، إذ أنّ المطلّقة تأخذ أغراضها و تلتحق بأهلها لتقضي عدّتها هناك ([3]). وللمطلّقة المعتدّة الحقّ في النّفقة مدّة عدّتها إذ يجوز أن يُحكم لها بمبلغ إجمالي كما هو معمول به من طرف المحاكم ، كما يجوز أن يُحكم لها بمبلغ شهري و مبلغ النفقة يُحكم به للّزوجة المطلّقة حتى ولو كان الطلاق على مسؤوليتها الكاملة([4])؛ حيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ2006/07/02 :"لا طلاق بدون عدّة و بدون منح نفقة عنها ما دامت العدّة من النّظام العام "([5]) ، و إنّ مسألة تقدير مبلغ النّفقة متروك للسّلطة التّقديرية لقاضي الموضوع .

([1]) سعادي ليلى ، نفس المرجع ، ص 448

([2]) سعادي ليلى ، نفس المرجع ، ص 450.

([3]) نورة منصوري ، مرجع سابق ، ص82.

([4]) يوسف دلاندة ، مرجع سابق ، ص66.

([5]) ملف رقم 358348 ، قرار بتاريخ 2006/07/12 ، غرفة شؤون الأسرة والمواريث ، مجلة المحكمة العليا ، العدد02 ، 2006 ،ص 449 .

2 – السكن: إنّ حقّ الزّوجة المطلقة في السّكن مكفول بموجب المادة رقم 72 قانون الأسرة فجاءت الفقرة الثانية منه بالصيغة:"...وتبقى الحاضنة في بيت الزّوجية..." بمعنى أنّه كون المطلّقة حاضنة فلها أن تبقى في بيت الزّوجية لممارسة الحضانة ، و للقاضي أن يعيّن من يستفيد من مسكن الزّوجية، إلا أنّه في حالة عدم تمكّن الأب من إيجاد سكن لإيواء الحاضنة فإنّ القانون أوجب عليه دفع الإيجار الذي يتمّ تحديد قيمته من طرف القاضي([1]).

3 – نفقة الإهمال: إذا لم يقم الزوج بالإنفاق على زوجته المدخول بها يحق لها طلب نفقة إهمال، و تستحق النّفقة من تاريخ رفع الدعوى ، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفعها و للقاضي أيضا سلطة تقدير مبلغ هذه النفقة شهريا مراعيا في ذلك حال الزوجين([2]).

4 – التعويض: ويحكم القاضي بإلزام الزوج بدفع مبلغ من المال نقدا أو عينا تعويضا للزوجة عما أصابها من ضرر و تبقى سلطة تقدير هذا المبلغ لقاضي الموضوع([3]).

5 – النزاع حول متاع البيت: إنّ في حالة إنكار أحد الزوجين و خاصة الزوج وجود المتاع المتنازع عليه فإنّ المحكمة العليا قضت بوجوب تطبيق قاعدة :"البيّنة على من ادعى و اليمين على من أنكر" فإذا ادّعت الزوجة بأنّها خلّفت بدار الزّوجية متاعا معتادا للنّساء و أنكر فإنّه يجوز أن توجّه له اليمين و إن أدّاها برئت ذمّته و إذا نكل حُكم عليه بتمكين زوجته من الأشياء المطالب بها([4]) ، وإقامة البيّنة تجوز بكل الطرق القانونية مثل: فواتير الشراء وشهادة الشهود وغيرهما.

6 – الحضانة وتوابعها: والّتي تتمثّل في إسناد الحضانة، النفقة، السكن والزيارة، وإذا ادّعت الزوجة أنّها حامل بعد تطليقها ووقعت الولادة قبل تمام عشرة أشهر من يوم التفريق الفعلي بين الزوجين فينسب الولد إلى أبيه دون خلاف. ويتم إسناد الحضانة للأم أو من حدّدتهم المادة 64 من قانون الأسرة ، وإنّه علاوة على وجوب توفير السكن للحاضنة فإنّ القاضي يُلزم الأب بالإنفاق على أولاده المحضونين و للقاضي سلطة تقدير قيمة هذه النفقة و أمّا حق الزيارة فهو مكفول قانونا للطرف الذي لا يمارس الحضانة([5]) .

([1]) يوسف دلاندة ، مرجع سابق ، ص71.

([2]) نورة منصوري ، مرجع سابق ، ص84.

([3]) يوسف دلاندة ، مرجع سابق ، ص67.

([4]) يوسف دلاندة ، نفس المرجع ، ص76.

([5]) نورة منصوري ، مرجع سابق ، ص ص93 –98.

الفرع الثاني – طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى التطليق:

الطعن بوجه عام هو التظلم من الحكم، يرفع ممن صدر عليه بهدف إعادة النظر فيه بإلغائه جزئيا أو كليا أو تعديله، وكأصل عام فإن طرق الطعن الخاصة بحكم التطليق هي نفسها طرق الطعن في الأحكام القضائية الصادرة في القضايا الأخرى، وتباشر طرق الطعن إما من أجل سحب الحكم الذي أصدرته عن طريق المعارضة أو الاستئناف أو يرفع الطعن بالنقض بقصد نقض الحكم المطعون فيه إذا رأت المحكمة العليا أنّ الحكم الصادر جاء مخالفا للقانون.

ونستعرض طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى التطليق كما يلي:

أولا– الطعن بالمعارضة:

هو طريق عادي للطعن في الأحكام الغيابية ، ترفع في نفس المحكمة التي أصدرت الحكم و يُفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع و القانون ويكون الحكم الصادر في المعارضة حضوريا و غير قابل للمعارضة من جديد([1])، والأحكام الموصوفة قانونا بأنها أحكام غيابية هي فقط تلك الأحكام التي لا يكلّف الخصم فيها بالحضور شخصيا ولم يكن قد حضر هو أو ممثّله إحدى جلساتها ، ولم يكن قد قدّم مذكرة في الموضوع([2]). وعليه يجوز للزوج أن يطعن بطريق المعارضة في الحكم الصادر ضده في دعوى التطليق إذا صدر غيابيا في حقه.

ثانيا– الطعن بالاستئناف:

لقد أخذ القانون الجزائري بمبدأ التقاضي على درجتين و بمقتضاه يُطرح النّزاع على جهة الاستئناف لتفصل فيه من جديد، ولجهة الدرجة الثانية ما لمحكمة الدرجة الأولى من سلطة ، فهي تبحث وقائع الدعوى وتقوم باتخاذ ما تراه من إجراءات الإثبات و تقدير المستندات و تطبيق القاعدة القانونية التي تراها صحيحة، إلا أنّ هناك أحكاما صادرة عن المحاكم الابتدائية بصفة قطعية و حضورية ولكنّه وقع النّص على أنّها تصدر موصوفة بأنّها ابتدائية ونهائية ولا تقبل الطعن فيها بالاستئناف أصلا من بينها الأحكام الفاصلة بالطلاق([3]) فقد نصت المادة 57 من قانون الأسرة بأنّه : " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف". وعليه

([1]) حسين طاهري ، الدليل القانوني للمتقاضين ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ،الجزائر، 2007 ، ص146.

([2]) عبد العزيز سعد ، طرق و إجراءات الطعن في الأحكام و القرارات القضائية ، الطبعة الرابعة ، دار هومة ، الجزائر، 2007 ، ص260.

([3]) عبد العزيز سعد ، نفس المرجع ، ص33.

فإن الحكم الصادر في دعوى التطليق غير قابل للطعن فيه بالاستئناف في شقّه المتعلق بفك الرابطة الزوجية أماّ الشق المتعلق بالجوانب المادية للحكم كالنفقة، والتعويض والسكن فهي قابلة للطعن فيها بالاستئناف وكذلك الأمر بالنسبة للشق المتعلق بالحضانة و توابعها فيجوز الطعن فيها بالاستئناف، و هذا ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/03/20:" أنّ قضاة المجلس عدّلوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق بالخلع إلى الطلاق بتظليم الزوج يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلّا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون"([1])

ومن جهة أخرى نجد المحكمة العليا في قرار آخر بتاريخ 1993/02/27 أقرت بأنّ الفصل في دعوى التطليق من قبل المجلس القضائي يندرج ضمن اختصاصه مستبعدة تطبيق المادة 57 قانون الأسرة، فقد جاء في نص القرار ما يلي :" الاستئناف يرفع النّزاع برمّته أمام المجلس وقد طالبت المطعون ضدها في دعوى خاصة بالتطليق فضمت إلى دعوى الطاعن اللّذين أصدرت المحكمة بشأنهما الحكم المستأنف ، فالقضاء بالتطليق من طرف المجلس مندرج ضمن اختصاصاته شرعا وقانونا ، ذلك أنّ المادة 57 من قانون الأسرة ، إذا كانت لا تجيز الاستئناف في الحكم بالطلاق إلا فيما يتعلق منها بالجوانب المادية فلا تنطبق في قضية الحال لكون الحكم المستأنف لم يقض بالطلاق"([2]) . وتجب الإشارة في هذا الصدد أنّ هناك من يرى من رجال القانون أنّه كان يجب أن يكون الحكم بالتطليق قابلا للطعن فيه بالاستئناف ،لأنّه حكم مبنيّ في الأساس على وقائع موضوعية تتحقّق بعد توافر أدلة إثباتها كعدم الإنفاق، و أنّ دور القاضي يتطلب تحقيقا جديّا و مطابقة الوقائع على النص ، بالإضافة إلى موازنته بين طلبات الزوجة و دفوع الزوج وأن يسبّب حكمه تسبيبا كافيا ليس فقط استنادا إلى طلبات الزوجة و إنّما اعتمادا على ماله من سلطة تقديرية تحتمل الصّواب أو الخطأ لذلك ينبغي أن تكون هذه السلطة قابلة للرقابة بالطّعن فيها بالاستئناف([3]).

([1]) ملف رقم 72858، قرار بتاريخ 1991/03/20، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية ، العدد01، 1991 ، ص57.

([2])ملف رقم 89635، قرار بتاريخ 1993/04/27،غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية، العدد01، 1994 ، ص53.

([3]) منصوري نورة ، مرجع سابق ، ص79.

ثالثا- الطعن بالنقض:

إنّ الطعن بالنقض لا يُقصد به إعادة النّظر في الحكم المطعون فيه أمام المحكمة العليا و إنّما يرمي إلى النّظر ما إذا كانت الجهات القضائية – المحاكم و المجالس القضائية – قد طبّقت النصوص و المبادئ القانونية بصفة سليمة، لذا فالطعن بالنقض ينصب على القانون ولا يمسّ الموضوع([1]) ، إن المادة 57 قانون الأسرة تنص على أنّ الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق و التطليق و الخلع الغير قابلة للطعن فيها بالاستئناف بتطبيق قاعدة المفهوم المخالف يتبيّن أن هذه الأحكام تقبل الطعن بالنقض مباشرة دون حاجة إلى المرور بالدرجة الثانية وعليه يجوز الطعن بالنقض في الحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، على أنّ الطعن بالنقض لا يُوقف تنفيذ أحكامه ([2]) بمعنى أنّه يمكن للزوجين الحصول على نسخة تنفيذية من الحكم بالتطليق و ينفذ ما أمكن تنفيذه ويصبح الزوجان أجنبيان عن بعضهما البعض رغم الطعن بالنقض في الحكم.

([1]) طاهري حسين ، مرجع سابق ، ص147.

([2]) عبد العزيز سعد ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام المحكمة الابتدائية ، مرجع سابق ، ص 286.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في دعوى التطليق لعدم الإنفاق

لقد وسّع قانون الأسرة الجزائري من تدخل القاضي لإيجاد الحلول المناسبة للمشاكل التي فرضها تطور الزمن وهذا باستعمال سلطته التقديرية بالبحث عن العلاج المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يهدد مصالحها، و ظهر خلاف حول مسألة منح قاضي شؤون الأسرة هذه السلطة التقديرية بين معارض و مؤيد؛ فينكر الاتجاه الأول منح هذه السلطة للقاضي لأنه يرى أن ذلك يؤدي إلى الكثير من التضارب و عدم الاستقرار في العمل فضلا على إفساح المجال لتحكم القضاة وهذا ما يؤدي إلى ميل ميزان العادلة ، فيما يرى الاتجاه الثاني أنّها فكرة محكمة ، لكن لابد من وضع قيود قانونية لها قصد تفادي تمتعه بسلطة مطلقة تخلف آثار سلبية أي لا بد من منح سلطة تقديرية لقاضي شؤون الأسرة في حدود احترامه لقواعد الإثبات و طرق التحقيق القانونية. والمقصود بالسلطة التقديرية هي تلك الصلاحية المخوّلة لقاضي شؤون الأسرة في استخدام نشاطه الفكري في تقدير الوقائع القانونية المعروضة عليه ووسائل الإثبات مع إصدار حكم مناسب سواء بتطبيق القاعدة القانونية التي يقدّر أنّها هي التي تحكم النزاع المطروح أو بما أدى إليه اجتهاده عند عدم وجود نص يحكمه فيما يجوز فيه الاجتهاد ([1]).

وعندما تحيلنا المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أحكام قانون الأسرة لضرورة تأسيس الأسباب المدعّمة لطلب التطليق فهنا يبرز دور القاضي من خلال سلطته التقديرية في التّأكد من توافر أحد الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة وعلى مدى صحة إثباتها من طرف المدعية. وبناء على هذا النّص فتح المشرع للقاضي الباب على مصراعيه وأوسع من سلطته التقديرية، حيث أصبح له أن يكيّف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق وهذا ما تقيده كذلك المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث أقرت أن القاضي لا يتقيد بتكييف الخصوم، وهذا نصّها: "يكيّف القاضي الوقائع والتّصرفات محل النّزاع التكييف القانوني الصّحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم ".

وفي موضوع التطليق لعدم الإنفاق يملك قاضي الموضوع سلطة تقديرية خاصة بهذه الحالة من حالات التطليق، وسوف نحاول التّعرف فيما يلي على السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في تقدير وسائل الإثبات (المطلب الأول) وسلطته في تقدير التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة (المطلب الثاني).

([1]) حفيظة فظلة ، السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج و انحلاله ، أطروحة دكتورا في علوم القانون الخاص ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، 2020 ، ص16.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات

إن السبب الذي دفع الزوجة إلى طلب التطليق هو عدم إنفاق الزوج الذي ألحق بها ضررا وهو الضرر الذي يتعين على الزوجة إثباته للقاضي حتى يقضي لها بفك الرابطة الزوجية ويشترط في الضرر الموجب للتطليق ان يكون معتبرا شرعا ([1]) و هو ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1999/05/18 حيث جاء فيه :"من المقرّر قانونا أنّه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق و الضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليما وطبقوا صحيح القانون" ([2]).

إلى جانب ذلك اشترطت المحكمة العليا على الزوجة أن تثبت الضرر الخطير و المستمر الذي لحقها حيث أن عدم إنفاق الزوج على زوجته يتسبب في تضررها فهو ينصب على ما ذكرته المادة 78 قانون الأسرة من غذاء وكسوة و علاج وسكن و كل ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة و هذا ما جاء به القرار المؤرخ في 1984/12/17 ما يلي: "متى كان من المقرر شرعا أنّه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلّا بعد أن تثبت الضرر الخطير و المستمر الذي لحقها من بعلها"([3]).

إنّ إثبات الزوجة للضرر الذي تدّعيه وتطلب التطليق على أساسه أمر لازم شرعا وقانونا، لذلك عليها تقديم الدليل الذي يثبت هذا الضرر فإن عجزت عن ذلك رفضت دعواها أمّا إن ثبت للقاضي بالطرق الشرعية والقانونية حالة عدم الإنفاق كان القاضي ملزما بالحكم لصالح الزوجة بالتطليق تحقيقا للعدل وتطبيقا للقانون.

إن المشرّع الجزائري خالف الكثير من التشريعات العربية في هذه الحالة من حالات التطليق المتعلقة بعدم الإنفاق و قيّد سلطة القاضي التقديرية حيث جعل هذه الحالة ذات الطابع المقيّد

([1]) مكيد نعيمة ، إشكالات إثبات حالات التطليق المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، السنة الثانية عشرة ، المجلد 11 ، العدد 01، الجزائر ،2022 ، ص17.

([2]) ملف رقم 222134 ، قرار بتاريخ 1999/05/18 ،غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية ،عدد خاص ، 2001، ص 126.

([3]) ملف رقم 34767، قرار بتاريخ 1984/12/17، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية ، العدد01، 1990، ص 92.

لأنّه اشترط استخدام وسائل إثبات حددتها المادة 53 قانون الأسرة فقرة 1 ([1])، وقد جاء نصها كما يلي:"...لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ... ". وعليه فإن الزوجة التي تريد طلب التطليق تأسيسا على هذه الحالة ملزمة بتوافر شرطين أساسيين هما:

الشرط الأول: أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي سابق وتسعى الزوجة لتنفيذه وفقا للإجراءات و الشروط المنوّه عنها قانونا ، وفي حالة امتناع الزوج عن تنفيذ ما ألزم به بموجب حكم النفقة حكم القاضي بالتفريق بينهما على أساس عدم الإنفاق([2])

الشرط الثاني : فيتلخّص في ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج ، فإن كانت عالمة بإعساره فلا يجوز لها التطليق على هذا الأساس ، لأنهّ كان معسرا و تعلم به فإنّه لم يقع منه ظلم لأنّ الله لا يكلّف نفسا إلاّ ما آتاها ، وتبقى مسألة الإثبات بعملها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامّة وللقاضي السلطة التقديرية في اعتماد قول أيّ منهما([3]) فتكون سلطة القاضي في تقدير وسائل إثبات علم أو عدم علم الزوجة بإعسار زوجها سلطة واسعة و مطلقة. ويقع عبئ الإثبات على من يدعي ذلك.

لقد اعتبر القضاء أنّ عدم الإنفاق هو ضرر معتبر شرعا و اعتمدت على وصفه بهذه المصطلحات غالبية القرارات الخائضة في مجال التطليق فرغم أنهّا تأسست على عدم الإنفاق فإنها تحولت جميعها على أساس الضرر المعتبر شرعا ولعلّ مصدر نشوء هذه القاعدة القانونية هو ذلك القرار الذي يعود إلى تاريخ 1987/02/23 حيث جاء في تسبيب القرار أنّ السكن يعتبر من مشتملات النفقة و بما أنّه لم يصدر حكم يلزم الزوج بالسكن المنفرد فلا أساس لعدم الإنفاق و خاصة أنّ الزوجة كانت على علم بأنّ الزوج معسر ولا يستطيع تأمين مسكن خاص في بداية الزواج و بهذا فليس للزوجة حق في طلب التطليق ([4])

وبهذا يكون القرار قد اعتبر أنّ العلم بالإعسار وعدم وجود حكم يلزم الزوج بسكن منفرد يجعل طلب تطليق الزوجة في غير محله وبهذا عُدّ هذا القرار تطبيقا نموذجيا للفقرة الأولى من المادة 53 حيث أنّ القرارات التي جاءت بعده لم تكلّف نفسها عناء التسبيب الذي حمله هذا القرار.

([1]) مكيد نعيمة ، مرجع سابق ، ص27.

([2]) باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص32.

([3]) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص277.

([4]) باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص 33.

إنّ عبئ إثبات الضرر المعتبر شرعا المتمثل في عدم الإنفاق يقع على عاتق الزوجة المتضررة، و وسيلة الإثبات التي قيّدها بها المشرع هي استصدار حكم قضائي سابق لدعوى التطليق و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2014/09/11: "يجوز للزوجة طلب التطليق ، بسبب عدم الإنفاق و يتم إثبات عدم الإنفاق بحكم قضائي وليس بسماع الشهود"([1]) وبهذا تكون قد رفضت الشهادة كوسيلة إثبات لهذا الضرر و أقرت بأنّ المشرع لا يجيب على الزوجة طلبها بالتفريق إلّا بعد أن ترفع دعوى من أجل إلزام الزوج بالنفقة و امتناع هذا الأخير عن تنفيذها و هنا يجوز لها رفع دعوى التطليق ويعتبر الحكم القضائي الممتنع تنفيذه من طرف الزوج بمثابة قاعدة إثبات موضوعية تُعفي من تقررت لمصلحته و هي الزوجة عن الإثبات و ينتقل إلى الزوج([2]) .

ومن جهة أخرى نجد أن المحكمة العليا أجازت للزوجة أن تستعمل كوسيلة للإثبات ؛ الحكم النهائي في دعوى الإهمال العائلي ؛ فقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 مايلي : "إذا كان من الثّابت أنّ المطعون ضده أُدين جزئيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي ، وحكم عليه غيابيا بسنة حبس نافذ ، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار"([3])، وبهذا فإن القضاء يعتبر أن الزوج الذي حكم عليه في جريمة الإهمال العائلي قد أقام على نفسه الحجة بعدم الإنفاق .

وسوف نتطرق إلى نوعي الأحكام القضائية المستعملة في دعوى التطليق وهما؛ الحكم القضائي في دعوى النفقة والحكم في دعوى الإهمال العائلي:

([1]) ملف رقم 0934996، قرار بتاريخ 2014/09/11، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، مجلة المحكمة العليا ، العدد01 ، 2015، ص 251.

([2]) سي بوعزة إيمان ، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق ، مجلة الدراسات و البحوث القانونية ، المجلد الثاني ، العدد الرابع ، 2017 ، ص 283.

([3]) ملف رقم 34791، قرار بتاريخ 1984/11/19 ، غرفة الاحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية ، العدد03، 1989 ، ص76.

الفرع الأول –استعمال حكم نهائي في دعوى النفقة:

الأصل أنّ أداء النفقة يتم عن طريق التراضي ، لكن في حالة الامتناع عن آدائها يلجأ صاحب الحق إلى القضاء و من هنا فإنه يحق للزوجة المدخول بها اللّجوء إلى القضاء لمطالبة زوجها بأداء النفقة عليها ([1]).

أولا– مرحلة استصدار حكم ضد الزوج يقضي بالنفقة:

يجب أن تسير دعوى النفقة المرفوعة من طرف الزوجة ضد زوجها ضمن مجموعة من الإجراءات المنظمة حتى تكون صحيحة ومقبولة فترفع دعوى النفقة أمام قسم شؤون الأسرة في محكمة موطن المدعية –الزوجة– المطالبة بالنفقة وذلك حسب المواد 2/423 والمادة 5/426 وكذلك المادة 2/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتخضع كذلك دعوى النفقة للشروط الموضوعية المتمثلة في الصفة والمصلحة حسب المادة 13 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ترفع هذه الدعوى بموجب عريضة افتتاحية تسجل لدى كتابة الضبط بعد دفع الرسوم المحددة قانونا حسب المواد 14، 15 ،16 و17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما يجب إرفاق العريضة الافتتاحية بالوثائق والمستندات اللاّزمة طبقا لأحكام المادة 21 و22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مثل عقد الزواج وشهادة الحالة العائلية... ويتعين على الزوجة القيام بالتّبليغ الرسمي للمدعى عليه –الزوج–عن طريق التكليف بالحضور بالاستعانة بالمحضر القضائي وكذلك تبليغ النيابة العامة بنسخة من العريضة باعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في الدعوى حسب م 3 مكرر من قانون الأسرة.

وتنعقد الخصومة في أول جلسة بالمحكمة و تستمر إجراءات المحاكمة حتى صدور الحكم القاضي بإلزام الزوج بالنفقة الشرعية .و بعد أن يصبح الحكم نهائيا و حائزا على قوة الشيء المقضي به ولا يقبل أي طريقة من طرق الطعن يبلغ الزوج بالحكم و يطلب منه تنفيذه([2]) . تجدر الإشارة أنّ المشرع قد أعطى للدائن وسيلتين من أجل الحصول على حقه في استيفاء الدين فالأولى ذات طبيعة مدنية نصّ عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب الخامس منه

([1])عيادة الحسين ، الحماية القضائية للأسرة عبر النفقة الزوجية ، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية ، المجلد الثاني عشر ، العدد 02 ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ،2020 ، ص 358.

([2]) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 187.

وهي الحجز على المنقولات والعقارات، أمّا الثانية فهي ذات صبغة جزائية نصّ عليها قانون العقوبات.

فأما الوسيلة الأولى فيظهر فيها دور القاضي في حماية حق الزوجة في النفقة عند امتناع الزوج من تسديدها في إجبار الزوج من خلال إصدار القاضي حكم قضائي نهائي يتضمن الحجز على أمواله (المنقولة أو العقارية) وبيعها بالمزاد العلني واستيفاء حق الزوجة في النفقة من ثمن هذه الممتلكات. وهذه الوسيلة نصت عليها الكثير من التشريعات العربية و لكن للأسف المشرع الجزائري لم ينص على هذه الوسيلة المدنية في قانون الأسرة وبهذا فلا مجال لاستخدامها ، و يكون مفيدا صياغة مواد في قانون الأسرة يتضمن النظام القانوني الخاص بالحجز على أموال المدين بالنفقة ليكون بمثابة ضمانة من ضمانات حماية حق الزوجة في النفقة عند رفض أو امتناع الزوج المدين بها عن أداءها([1]). ولعلّ هذه الوسيلة تكون حلا أحسن من الوسيلة الجزائية التي تؤدي إلى حبس الزوج وخلق ضغينة بين الزوجين وانعكاس آثارها سلبيا على الأسرة وهذه الوسيلة كذلك لتجنب طلب الزوجة للتطليق.

ثانيا- مرحلة امتناع الزوج عن تنفيذ الحكم القاضي بالنفقة:

بعد أن تستصدر الزوجة حكما يتضمن منطوقه إلزام الزوج بدفع النفقة إلى زوجته و يكون هذا الحكم نهائيا و ممهورا بالصيغة التنفيذية تقوم بتبليغ هذا الحكم إلى الزوج عن طريق المحضر القضائي الذي يلزمه بدفع النفقة وذلك بتحرير محضر الإلزام بالدفع و مهلته عشرون (20) يوما وعند انتهاء هذه المدة يحرر المحضر القضائي محضر عدم الامتثال و ذلك في حالة عدم امتثال الزوج لتنفيذ الحكم الصادر ضده ، إلا أنّ هناك من يرى أنّه من الناحية العملية ، يتم اللجوء إلى تطبيق القواعد العامة للتنفيذ، في أجل خمس عشر(15) يوما تطبيقا لأحكام المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي تنص على أنه : "يجب أن يسبق التنفيذ الجبري ، التبليغ الرسمي للسند التنفيذي و تكليف المنفذ عليه بالوفاء، بما تضمنه السند التنفيذي في أجل خمسة عشر(15) يوما ..." فإذا لم ينفذ الزوج خلال هذه المدة حرّر المحضر القضائي محضرا بامتناع الزوج عن تنفيذ النفقة([2]) ، وهكذا يجب على الزوجة حساب مهلة الشهرين لرفع دعوى التطليق اعتبارا من تاريخ انقضاء مهلة 15 يوما المحددة في التكليف بالوفاء طبعا بعد تبليغ

([1]) عيادة الحسين ، مرجع سابق ، ص359.

([2]) أحمد شامي ، الطبيعة الفقهية و القانونية للتطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي و التشريعين الجزائري و المصري ، المجلد السادس ، العدد الأول ،2015 ، ص271-272.

الحكم تبليغا رسميا طبقا للمادة 406قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . إن مهلة الشهرين لم يحددها المشرع بل أقرها القضاة تطبيقا للمدة المنصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات و هو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 و الذي جاء فيه :"...متى كان من المقرر فقها و قضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتاليين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها..."([1]) .

إنّ الحكم الذي يلزم الزوج بدفع النفقة للزوجة و نفقة الأولاد قد يصـــدر أيضـــا عن محكمة الاستعجال، حيث جاء في قرار المحكمة العليا و المؤرخ في 2005/01/19 ما يلي : "قاضـي الاســـتعجال مختص للحكم للزوجة و للأبناء بنفقة ، قبل الفصـــل في الدعوى ، من حيث الموضوع"([2]) ،و قاضـي شؤون الأسرة هو الذي يمارس صـلاحيات قاضـي الاستعجال حسب نص المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

الفرع الثاني: استعمال حكم نهائي في دعوى الإهمال العائلي

لقد جاء اجتهاد المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2014/09/11 بما يلي :" ...الزوجة لم ترفع أي دعوى سابقة لدعوى التطليق التي تثبت إهماله لعائلته أو عدم الإنفاق عليها، أو أي دعوى أخرى تطالب فيها بالرجوع إلى مسكن الزوجية...لأن ترك الأسرة و عدم دفع النفقة يجب أن يثبتا بموجب حكم وليس بسماع شاهدين حول واقعة الترك أو الإهمال"([3]) ، باستقراء نص القرار نجد أن القضاء جعل من الحكم الصادر في دعوى الإهمال أي في كل من جريمة ترك الأسرة وجريمة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء وسيلة تثبت بها الزوجة الضرر المعتبر والمتمثل في عدم الإنفاق و تجعل أيضا هذا الحكم وسيلة إثبات الحالة الأولى من حالات التطليق حسب المادة 1/53 قانون الأسرة.

لم يرد تعريف الإهمال العائلي في قانون الأسرة الجزائري و لكن نصّ عليه قانون العقوبات الجزائري في القسم الخامس تحت عنوان ترك الأسرة ، حيث أنّ المشرع لم يعرف الإهمال و إنّما

([1]) ملف رقم 34791 ، مرجع سابق ، ص76.

([2]) ملف رقم 333042، قرار بتاريخ 2005/01/19، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، المحكمة العليا ، العدد01، 2005 ، ص 393.

([3]) ملف رقم 0934996، قرار بتاريخ : 2014/09/11 ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 01، 2015 ، ص 453-454.

اكتفى ببيان أركانه و صوره التي يأخذها في نصوصه المواد 330 إلى 331 من قانون العقوبات([1]) .

وتأخذ جريمة الإهمال العائلي عدة صور هي:

أولا- جريمة ترك مقر الأسرة:

هي الجنحة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 330 من قانون العقوبات:" أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة الالتزامات الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية وذلك بغير سبب جدي ولا تنقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية...». وفي موضوع دراستنا الزوج هو من ترك مقر الأسرة وتتطلب هذه الجريمة ركنين هما:

1 - **الركن المادي**: ويتطلب أربعة عناصر:

- الابتعاد جسديا عن مقر الأسرة بدون سبب جدي.
- وجود ولد أو عدة أولاد.
- عدم الوفاء بالالتزامات العائلية وهذه الالتزامات قد تكون مادية وتتمثل أساسا في النفقة وقد تكون معنوية.
- ترك مقر الأسرة لمدة تفوق الشهرين ، تحسب مدة الشهرين من يوم الترك إلى غاية تقديم الشكوى ، ويبقى لقاضي الموضوع تقدير صدق عودة الأب إذا عاد لمقر الأسرة ([2]).

2 - **الركن المعنوي**: فتتطلب هذه الجريمة قصدا جنائيا يتمثل فيما يلي:

-العلم بخطورة ترك الأسرة وبالنتائج الوخيمة التي قد تترتب عنها.

-اتجاه إرادة الجاني والمتمثل في الزوج إلى قطع الصلة بالأسرة.

([1]) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 ، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 49، بتاريخ 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات.

([2]) أحسن بو سقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص (جرائم ضد الأشخاص ، جرائم ضد الأموال بعض الجرائم الخاصة) ، دار هومة ، الجزائر ، 2013، ص 165-166.

ثانيا- جريمة التخلي عن الزوجة:

وهي الجنحة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 330 من قانون العقوبات: " الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته وذلك لغير سبب جدي ..." وتتطلب هذه الجريمة ركنين هما:

1 - الركن المادي: ويتطلب 3 عناصر هي:

- صفة الزوج و الزوجة ، زواج شرعيا و قائما و مسجلا بسجلات الحالة المدنية ([1]).
- ترك محل الزوجية ويتحقق هذا العنصر بمغادرة الزوج مقر إقامة الزوجين دون مبرر شرعي وجدي.
- المدة أكثر من شهرين، وتحسب من يوم التخلي عن الزوجة إلى غاية رفع شكوى التخلي.

2 - الركن المعنوي: اتجاه إرادة الزوج إلى التخلي عن الزوجة عمدا دون سبب جدي ([2]).

ثالثا - جريمة عدم تسديد نفقة محكوم بها قضاء:

وهي الجنحة المنصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات: "يعاقب بالحبس... كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقرّرة قضاء لإعالة أسرته وعن آداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى الزوجة أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم..."، وتتكون هذه الجريمة من ركنين هما:

1 - الركن المادي: ويتطلب عنصرين هما:

- صدور حكم قضائي يقضي بالنفقة، سواء كان صادر عن المحكمة أو المجلس القضائي ويكون حكما نهائيا غير قابل للطعن بالطرق العادية (المعارضة والاستئناف) أو كان الأمر القضائي الاستعجالي صادرا عن قسم شؤون الأسرة فيكون قابلا للتنفيذ رغم المعارضة والاستئناف. ويشترط أيضا أن يكون التبليغ الرسمي للسند وتكليف المنفذ عليه بالوفاء في أجل 15 يوم.
- امتناع المحكوم عليه من أداء كامل قيمة النفقة مدة شهرين، تحسب من تاريخ انقضاء 15 يوم المحددة في التكليف بالوفاء إلى غاية يوم رفع الشكوى وينبغي الإشارة أن المادة 614 قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أنّه لا يراعى الاجل المنصوص عليه في المادة 612 قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذا تعلق الأمر بتنفيذ أمر استعجالي أو حكم مشمول بالنفاذ المعجل.

([1])عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، دار هومة ، الجزائر ، 2013، ص ص19-28.

([2]) أحسن بو سقيعة، مرجع سابق ،ص171-172.

2 – الركن المعنوي: تتطلب جريمة عدم تسديد نفقة محكوم بها قضاء قصدا جنائيا يتمثل في علم الجاني بصدور حكم قضائي يلزمه بدفع النفقة و علمه بالتنبيه عليه بالدفع ، و اتجاه إرادته إلى الامتناع عن تسديد مبلغ النفقة وسوء النية في قضايا عدم تسديد النفقة مفترضة ، حيث يفترض في المتهم أنّه تعمد عدم التسديد، فيما يعتبر الإعسار هو السبب الوحيد الذي يمكن قبوله مبررا لعدم تسديد النفقة على شرط ألا يكون ناتجا على الاعتياد على السلوك أو الكسل أو السكر([1]) . و قد ثبت ذلك من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19: " ...أن المطعون ضدّه أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي –عدم دفع النفقة لمدة تزيد عن شهرين– و حكم عليه غيابيا بسنة حبس منفذة ، فإنّ قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ"([2]).

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر

بعد أن أعطى المشرع الجزائري للزوجة حق التطليق إذا تخلّف زوجها عن القيام بالنفقة الشرعية بموجب نص المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى وأثبتت الزوجة الشروط المنصوص عليها في هذه الحالة من حالات التطليق وحكم لها القاضي بقبول طلبها في شقه المتعلق بفك الرابطة الزوجية، أمّا الشّق المتعلق بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها فنجد طلبها أحيانا يُقبل وأحيانا أخرى يُقابل بالرفض، وهنا تظهر سلطة القاضي التقديرية في مسألة استحقاق الزوجة للتعويض عن الضرر من عدم استحقاقها.

ومن أجل التعرف على هذه السلطة التقديرية التي يملكها قاضي الموضوع ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول الأساس القانوني للتعويض عن الضرر وفي الفرع الثاني نتناول سلطة القاضي التقديرية ورقابة المحكمة العليا عليها.

الفرع الأول: الأساس القانوني للتعويض عن الضرر

لم يهتم المشرع الجزائري بوضع تعريف للتعويض عن الضرر بقدر التركيز على عناصره و طريقة تنفيذه ، كما لم يهتم كذلك فقهاء القانون بإدراج تعريف محدد للتعويض لوضوح فكرته و

([1]) أحسن بو سقيعة ، مرجع سابق ، ص185.

([2]) ملف رقم 34791، مرجع سابق ، ص76.

عناصره في مختلف التشريعات الوضعية فقيل أنّه هو الالتزام بإصلاح الضرر المادي و المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به بآداءات مالية وعينية([1]).

إن مصطلح التعويض لم يرد ذكره من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية عند الحديث عن جبر الضرر، ولكن الشريعة الإسلامية استعملت مصطلح " المتعة " أوجبت على الرجل أن يُمتّع مطلقته وذلك بتعويضها جراء ما أصابها بسبب فك الرابطة الزوجية.

لقد ظهر أثر الاختلاف في استعمال المصطلحين على الاجتهادات القضائية فلم يحسم القضاء الجزائري هذه المسألة باكرا، واختلطت عليه الأمور ولم يبين موقفا موحدا ولعلّ اجتهاده تطبيقا للمادة 222 قانون الأسرة جعلت المسألة دون نسق واحد واجتهاد موّحد. فمن القضاة من يرى أن المتعة و التعويض وجهان لعملة واحدة و عليه لا يمكن للقاضي الحكم بهما معا تطبيقا لمبدأ عدم جواز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد([2]) ،وهو ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1989 الذي جاء فيه :" إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها و هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة و بدفع مبلغ آخر كتعويض"([3])

في حين يرى البعض الآخر من القضاة أنّ المتعة هي من آثار الطلاق بعد الدخول وليس ذي صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي المذكور في المادة 52 من قانون الأسرة و بهذا يجوز الحكم بهما معا ضد الزوج ، و قد جاء تأكيد ذلك في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/04/07كمايلي : "من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ،نفقة إهمال ،نفقة متعة و كذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جرّاء الطلاق التعسفي و ينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة " ([4])

([1]) إسمهان عفيف ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض على الضرر ، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون شؤون الأسرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم بواقي ،2011، ص74.

([2]) نورة منصوري ، مرجع سابق ، ص89.

([3]) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 234.

([4]) ملف رقم 41560، قرار بتاريخ 1986/04/07، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية ، العدد02، 1989، ص69.

بل أكثر من ذلك فهناك من القضاة من اعتبر التطليق في حد ذاته عقاب للزوج و لا يجوز أن يُحكم للزوجة بالتعويض عن الضرر ولا يجوز أيضا أن يُجمع لها تعويضين عند ضرر واحد كما اعتبر أن الجمع بين التطليق و التعويض هو جمع ضررين للزوج ؛ ضرر بتفريقه قضائيا عن زوجته دون رضاه وضرر ضياع ماله بمنحها التعويض، وهذا ما أكّدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1993 كما يلي :"من المقرر شرعا أنّ المتعة لمن طلّقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم ، و من ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة ، ولمّا كان من الثابت في قضية الحال أنّ الزوجة أقامت دعوى التطليق و استجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه ، الذي يعدّ وحده عقابا للزوج بسبب إهماله فإنّ القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة"([1]).

و هكذا فقد تراوحت السلطة التقديرية للقاضي بين قبول التعويض و رفضه ، ففي القرار الصادر بتاريخ1998/07/21 أقرّت قبول التعويض للزوجة حيث جاء في القرار ما يلي : "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضا أنّه إذا تعسّف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها و متى تبيّن من قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضرّرها من ضرب الزوج و طردها و إهمالها مع أولادها و عدم النفقة عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق و التعويض معا لثبوت تضررها ..."([2]) في الأخير حسم المشرع الجدل المتعلق باستحقاق التعويض من عدمه بتنصيصه للمادة 53 مكرر من قانون الأسرة و التي جاء فيها جواز الحكم بالتعويض إلى جانب التطليق متى ثبت تضرر الزوجة وهذا نصه : " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "([3]).

إذا كانت هذه المادة هي الأساس القانوني الذي تستند إليه الزوجة لطلب التعويض عن الضرر الذي لحقها بسبب إهمال زوجها لها وعدم الإنفاق عليها ، فإن الأساس الشرعي للتعويض عن الضرر هو القاعدة الفقهية " لا ضرر ولا ضرار" والقاعدة " الضرر يزال " ، حيث أنّه من واجب

([1]) ملف (العدد02، 1993، ص41)، دليل البحث في مجلة المحكمة العليا ،قسم الوثائق و الدراسات القانونية والقضائية ، الطبعة الأولى ،2021، ص 548.

([2]) ملف رقم 4192665 ، قرار بتاريخ 1998/07/21، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية ، عدد خاص ،2001، ص116

([3]) حفيظة فظلة ، مرجع سابق ، ص388.

القاضي إزالة الضرر ما أمكنه ليرفع ما حصل من إنقاص الحقوق و بالتالي يعيد الاستقرار والتوازن المالي و النفسي و الاجتماعي ([1]).

وتظهر سلطة القاضي من خلال تقديره للضرر الذي أصاب الزوجة إن كان ضررا يستحق التعويض وكذلك من خلال تقديره أيضا مقدار هذا التعويض.

أولا – الضرر الموجب للتعويض:

إنّ الضرر مسألة موضوعية يجوز إثباته بكل الوسائل القانونية أو الشرعية و يخضع تقدير مدى صحتها أو حجيتها للقاضي، وهذا ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1999/05/18 حيث نصت على أنّه : " ممن المقرر قانونا أنّه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أنّ تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، و متى تبيّن من قضية الحال أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق و الضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليما و طبّقوا صحيح القانون"([2]).

إنّ القاضي يعتمد في تقديره لمدى قيام الضرر استنادا إلى معيارين أساسين أحدهما شخصي أو ذاتي و يتمثل في النية و الباعث و ثانيهما موضوعي و هو الموازنة بين الحقوق و الظروف التي أحاطت باستعمال الحق([3]) ، فالتعويض هنا يكون عمّا لحق الزوجة من ضرر من طرف زوجها بعدم إنفاقه عليها لكونها مسؤولة من زوجها الذي يفترض فيه النفقة طبقا لأحكام المادة 78 من قانون أسرة .

ثانيا – مقدار التعويض:

إن الأساس الذي يعتمد عليه القاضي في تقدير التعويض هو حجم وجسامة الضرر الحاصل للزوجة. ولابد للقاضي من بيان عناصر الضرر التي بموجبها يحكم بالتعويض و تقديره ولا يستلزم هنا تقدير القاضي لكل عنصر على حدى و إنّما يستطيع دمج كل هذه العناصر و تقديره تعويضا إجماليا مرة وأحدة ([4]) .

([1]) اسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص174.

([2]) ملف رقم 222134 ، قرار بتاريخ ، 1999/05/18، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، مجلة القضائية عدد خاص، 2001، ص126.

([3]) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص239.

([4]) حفيظة فظلة ، مرجع سابق ، ص389.

إنّ الاجتهاد القضائي استقر على أنّ مسألة تقدير مبلغ التعويض المحكوم به يستقل به قاضي شؤون الأسرة فيكفي أن يكون تقديره مبنيّا على أسس ثابتة بأوراق الدعوى المعروضة أمامه التي تبيّن حجم الأضرار المادية والمعنوية التي تكون قد لحقت الزوجة وذلك أنّ التعويض يقدر بمقدار الضرر وجودا وعدما. إن المعيار الذي يعتمده القاضي في تقدير التعويض هو المعيار الشخصي الذاتي لأنّ الضرر يختلف من شخص لآخر و كذلك يعتمد على المعيار الموضوعي حتى لا يكون إثراء للمضرور على حساب المسؤول عن الضرر([1]).

وفي الأخير يمكن القول أنّ القاضي له سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق لعدم الإنفاق ، وذلك لانعدام نص قانوني يبين للقاضي المعايير و الضوابط القانونية التي يعتمد عليها في التقدير، والقاضي هنا يعتمد على نشاطه الذهني في تقدير ذلك استنادا على عناصر الضرر التي له سلطة تقديرية في دمجها عند التقدير([2]). لم يحدد القانون للقاضي في سقفا أدنى أو أعلى للتعويض، كما لم يتبين له طريقة التعويض وكيفية تسديده من طرف الزوج، كما لم يبيّن له نوعه مما يعني أنّ التقدير يكون لمطلق سلطة القاضي.

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي

إن الحكم الصادر بناء على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة والمتعلق باستحقاق التعويض وتقديره هو حكم ابتدائي يقبل كل أوجه الطعن وعليه فإنّه يخضع للرقابة القضائية من طرف المحكمة العليا باعتباره يقبل الطعن بالنقض.

وبما أنّ الطعن بالنقض هو طريق من طرق الطعن غير العادية في الأحكام والقرارات النهائية الصادرة من المحاكم والمجالس القضائية و يختص بمراقبة مدى تطبيق القانون ، حيث يسمح فيه للأطراف برفع أمرهم للمحكمة العليا من أجل فحص مدى صحة تطبيق القواعد القانونية من طرف قضاة الموضوع ، وعليه فإنّ عمل المحكمة العليا هو الرقابة على سلطة القاضي التقديرية باعتبارها اجتهادا قضائيا ([3]). والتعويض عن الضرر باعتباره يمنح للمتضرر بناء على تقدير القاضي فإنّه يكون محل رقابة من طرف المحكمة العليا وإن كان مرّ بدرجتين قضائيتين.

([1]) إسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص211.

([2]) حفيظة فظلة ، مرجع سابق ، ص390.

([3]) إسمهان عفيف ، مرجع سابق|، ص223

سوف نتناول فيما يلي رقابة المحكمة العليا على النشاط الذهني التقديري للقاضي ورقابتها أيضا على تسبيب الأحكام القضائية:

أولا – الرقابة على النّشاط الذهني للقاضي:

إنّ المحكمة العليا في رقابتها على التكييف تراقب سلطة القاضي في إعطاء الواقع وصفا قانونيا محددا، دون أن تعيد النظر في الدعوى ،وتفسيرها والتي تتركها لاجتهاد القاضي و هي في رقابتها على مصادر السلطة التقديرية تراقب مسألة صحة إعمال القانون لأنّ الخطأ في التقدير يؤدي إلى الخطأ في التكييف وهذا الخطأ في إعمال القانون يوجب النقض([1]).

وعليه فإنّ المحكمة العليا لا تراقب سلطة القاضي التي يمارسها على الوقائع وكيف استنتج العناصر الفعّالة فيها وترك ما عدى ذلك ، ولا تراقب ما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الضرر ولا تعقب على صحتها في حد ذاته ، ولكن تراقب التكييف القانوني لهذه الوقائع من خلال رقابتها على مدى كفاية هذه الوقائع في تكوين الضرر وطبيعة الضرر الواقع هل هو ضرر قائم ومحقق أم هو مستقبلي وما نوع الضرر الذي اعتمد عليه القاضي في التكييف وترتيب الحق في التعويض ، هل هو مادي أم معنوي([2]).

ويتضح مما سبق أنّ المبدأ العام هو أن لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية مطلقة في تقدير الضرر والقول باستحقاقه التعويض مادام استند في تقدير ذلك إلى جملة أدلة لها أصل ثابت في أوراق الدعوى وهو ملزم ببيان عناصر الضرر التي تعدّ من صميم القانون لأنّه بموجبها يتم تكييف الوقائع وتقدير كفايتها لتكوين ركن الضرر فهذه العناصر هي التي يتم مراقبتها من طرف المحكمة العليا.

ومن جهة أخرى فإن المبدأ العام يقضي أنّ للقاضي سلطة مطلقة في تقدير مبلغ التعويض دون تعقيب من المحكمة العليا لأنّ ذلك يدخل في صميم اختصاص قاضي الموضوع الذي تكون له الدراية والإحاطة الكافية بحجم الضرر ومبلغ التعويض الذي يكفل جبر الضرر وترضية المضرور، غير أنّه من جانب آخر نجد أنّ هذا الإطلاق ترد عليه قيود تتمثل في ضرورة ذكر القاضي للعناصر التي استند إليها في تقدير التعويض، فبيان هذه العناصر هو من مسائل القانون

([1]) خالد مساعدية ،و رفيقة قصوري، التمييز بين الواقع و القانون لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي المدني ، مجلة الحقوق و العلوم سياسية ، المجلد التاسع ، العدد الثاني ، جامعة عباس لغرور ، خنشلة ، 2022 ، ص1154.

([2]) إسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص236.

التي تبسط المحكمة العليا رقابتها عليه. و بناء على ما سبق فإنّه توجد صعوبة في التمييز بين الواقع و القانون لذلك نجد أنّ المحكمة العليا تبسط رقابتها على الجانبين عند ممارسة القاضي لنشاطه التقديري([1]) ، و تعد الرّقابة الضمانة الأساسية لعدم تعسف القاضي في تقدير استحقاق التعويض أو تقدير قيمته كما تجعل القاضي بعيدا من كلّ الميول الشخصية و الذاتية و متقيّدا بالموضوعية التي هي غاية القانون الأساسية.

ثانيا ـ الرقابة على تسبيب الأحكام القضائية:

تخضع السلطة التقديرية للقاضي لجملة من القيود التي فرضها القانون و من ذلك التقيّد بالغاية التي رسمها القانون إضافة إلى التقيّد بالحياد وعدم القضاء بعلمه الشخصي و كذا ضرورة تسبيب الأحكام القضائية ، وهذا الأخير يعدّ وسيلة تقوم بواسطتها المحكمة العليا بمراقبة مدى صحة تطبيق القانون على الأحكام القضائية الصادرة، وذلك من خلال مراقبة الأسباب الواقعية والقانونية ،وهذا بغية التأكد من أنّ القانون طبق بالفعل بما يتماشى مع الواقع([2]).

إن المحكمة العليا و إن كانت محكمة قانون لا تراقب الواقع الذي يقدره القاضي بما له من سلطة تقديرية ، إلا أنّها تراقب التسبيب الذي يورده القاضي في فهمه للواقع على اعتبار أنّ قصور التسبيب مسألة قانونية توجب الطعن بالنقض بحكم المادة 358 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية([3]) ، ومثال ذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/06/18 بأنه: " من المستقر قضاء أنّ تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنّهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ قصورا في التعليل وبما أن من الثابت في قضية الحال ان قضاء المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض و النفقة المحكوم بها في محكمة أدل درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل..."([4])، وعليه فإن القاضي ملزم بتسبيب الأحكام الصادرة عنه في دعوى التطليق لعدم الإنفاق .

إنّ رقابة المحكمة العليا لا تقوم بفحص واقع الدعوى بل بمراقبة مدى صحة الاستدلال القضائي الذي قام به القاضي لحل النزاع عن طريق رقابة أسباب الحكم المتعلق بمنح التعويض

([1])خالد مساعدية و رفيقة قصوري، مرجع سابق، ص 1153.

([2]) إسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص240.

([3]) خالد مساعدية و رفيقة قصوري، مرجع سابق ، ص 1152.

([4]) ملف رقم 75029، قرار بتاريخ 1991/06/18، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث ، المجلة القضائية ، العدد2، 1994، ص65.

عند الضرر التي يتضح من خلالها أنّ الحكم أو القرار عادل وغير تعسفي وكفل للمضرور تعويضا يجبر الضرر المادي والمعنوي الذي ألمّ به.

وعليه فإنّه لا توجد سلطة تقديرية مطلقة وإنّما سلطة القاضي في جميع الحالات هي مقيدة برقابة المحكمة العليا على مدى صحة القياس القضائي الذي قام به القاضي بموجب سلطته القضائية ، وهي تطبيق على الواقع والقانون معا([1]).

([1]) إسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص242.

خـــاتمـــــة

لقد قمنا في دراستنا هذه بمحاولة الإلمام بموضوع فك الرابطة الزوجية لعدم الإنفاق في التشريع الجزائري، إذ أنّ الزوج وبحكم مسؤوليته الأسرية يقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات حتى يحقق مقاصد الحياة الزوجية وعلى رأسها الإنفاق على الزوجة، وعليه يحق للزوجة المتضررة من عدم الإنفاق أن تتقدم أمام القضاء للمطالبة بحقها في فك رابطة الزواج بطريق التطليق، متى تحققت الشروط الموضوعية المنصوص عليها في المادة 53 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة الجزائري، ووفق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها.

وبعد أن فصلنا في الجانب الشرعي والقانوني لمفهوم فك الرابطة الزوجية لعدم الإنفاق تطرقنا إلى الجانب الإجرائي لدعوى التطليق مستعينين بالقرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا وخلصنا إلى جملة من النتائج والاقتراحات.

أولا – النتائج:

– فك الرابطة الزوجية بالتطليق هو حل قانوني أقره المشرع لرفع الضرر عن الزوجة رغم امتلاكها الحق في فكها شرعا من خلال الخلع.

– ترفع الزوجة دعوى التطليق أمام قسم شؤون الأسرة في المحكمة التي يقع ضمن دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وتمثل النيابة العامة طرفا أصيلا في هذه الدعوى بموجب نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة.

– محاولات الصلح بين الزوجين إجراء وجوبي يقوم به القاضي وله سلطة مطلقة في تقدير عدد جلساتها وله صلاحية اتخاذ أي تدبير يراه مناسبا وضروريا لإنجاح الصلح.

– القاضي له دور إيجابي في التحقيق الجدي ومطابقة الوقائع على النص بالإضافة إلى موازنة بين طلبات الزوجة ودفوع الزوج وأن يسبب حكمه تسبيبا كافيا اعتمادا على ماله من سلطة تقديرية تحتمل الصواب والخطأ.

– إذا كان طلب التطليق غير مؤسس، وحكم القاضي برفض الطلب؛ يجوز للزوجة إعادة رفع الدعوى من جديد قصد تدارك ما فاتها من وسائل إثبات.

– للقاضي صلاحية اتخاذ ما يراه مناسبا وضروريا من التدابير المؤقتة أثناء فترة محاولات الصلح وعلى وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة غير قابل لأي طعن بهدف حماية حقوق الزوجين والأولاد كالنفقة، الحضانة، السكن، الزيارة ...

– الحكم الصادر في دعوى التطليق يكون غير قابل للطعن بالاستئناف في شقه المتعلق بفك الرابطة الزوجية ويمكن للزوجين الحصول على النسخة التنفيذية للحكم رغم الطعن بالنقض في الحكم، أما الشق المتعلق بالجوانب المادية والحضانة فهو قابل للطعن بالاستئناف.

– الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالتطليق لا يوقف تنفيذ أحكامه، ولكن قبول المحكمة العليا لهذا الطعن يلغي الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية ويؤدي إلى اختلال المراكز القانونية للزوجين وظهور إشكالات متعلقة بمسائل العدة، النفقة، الميراث...، وخاصة إذا أعادت المرأة الزواج بآخر.

– القاضي له دور إيجابي في التطليق بحيث هو من يملك السلطة في تقدير حالات التطليق حتى عندما يقيد المشرع الحالة بضوابط محددة يجب توافرها، لتبقى له وحده سلطة تقدير وجودها منعدمه حتى يعطي للزوجة إمكانية التحلل من زواجها.

– يعتبر الحكم القضائي الصادر ضد الزوج والقاضي بالنفقة والممتنع تنفيذه من طرف الزوج بمثابة قاعدة إثبات موضوعية تعفي الزوجة عن الإثبات، وكذلك هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر ضد الزوج بالإهمال وترك الأسرة وفقا لاجتهادات المحكمة العليا.

– مسألة إثبات علم الزوجة أو جهلها بإعسار الزوج وقت العقد هي مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة، والقاضي يملك سلطة مطلقة في تقدير وسائل الإثبات.

– انفراد المشرع دونا عن التشريعات العربية باشتراطه على الزوجة إقامة دعويين متباينتين واحدة لطلب النفقة والثانية لطلب التطليق.

– للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في بحث مدى قيام الضرر بسبب عدم الإنفاق واستحقاق التعويض عنه وكذلك تقدير قيمته.

– للقاضي سلطة تقدير واسعة في الحكم بالتعويض عن الضرر من عدمه حتى في حالة قيام الضرر وثبوته، لأن ثبوت إعسار الزوج وعجزه عن دفع النفقة لا يستوجب التعويض.

– لا رقابة للمحكمة العليا على النشاط التقديري للقاضي بخصوص قيام الضرر، أما عناصر الضرر فهي من مسائل القانون التي يستوجب على القاضي ذكرها في أسباب الحكم، فهي محل رقابة من طرف المحكمة العليا.

– إن أداة المحكمة العليا في اكتشاف صحة الاستدلال القضائي من فساده تتمثل في حتمية ذكر أسباب إصدار الحكم القضائي والتي من خلالها يتوصل إلى المنهج القانوني الذي سلكه القاضي في حل النزاع.

– وأخيرا لا توجد سلطة تقديرية مطلقة وإنما سلطة القاضي في جميع الحالات مقيدة برقابة المحكمة العليا على مدى صحة القياس القضائي الذي قام به القاضي بموجب سلطته القضائية وهي تطبق على الواقع والقانون معا.

ثانيا – الاقتراحات:

– توسيع الاختصاص الإقليمي في دعوى التطليق فيكون في المحكمة التي يقع ضمن دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، موطن الزوجة الدائنة بالنفقة، وكذلك المحكمة التي أصدرت الحكم في جريمة الإهمال وترك الأسرة، وهذا تخفيفا على الزوجة من عبئ الإجراءات.

– يجب أن يكون للنيابة العامة دور إيجابي في قضايا التطليق وعدم تشبثها بدورها التقليدي المتمثل في مجرد التماس تطبيق القانون أو إسناد النظر للمحكمة، مثل إلزام الزوج حضور جلسات الصلح ...

– نظرا للدور السلبي الذي يتخذه القاضي في محاولات الصلح والتي أصبحت مجرد إجراء روتيني وشكلي عبارة عن أسئلة وأجوبة فقط نقترح استحداث مكاتب تسوية النزاعات الأسرية كما في بعض التشريعات العربية، والهدف منها إلزام الزوجين اللجوء لها قبل عرض النزاع على القاضي، وأن تضم هذه المكاتب مختصين في علم النفس والاجتماع وعلوم الدين.

– يجب إعادة النظر في جواز الطعن بالاستئناف في أحكام التطليق لأنّها نتاج اجتهاد فكري للقاضي وليست مصادقة على إرادة الزوج في الطلاق كما هو الحال في الطلاق بإرادته المنفردة أو بتوافق إرادتي الزوجين أو بالخلع.

– يجب على المشرع النص على عدم قابلية الطعن بالنقض في أحكام التطليق في الجزء المتعلق بفك الرابطة الزوجية، لانّ قبول المحكمة العليا للطعن يؤدي حتما إلى تعارض بين الواقع والقانون والشرع.

– نقترح تعديل الفقرة الأولى من المادة 53 وعدم اشتراط استصدار حكم سابق بالنفقة وامتناع الزوج عن التنفيذ، بل فتح المجال لكل وسائل الإثبات المتاحة للزوجة وكذلك الإقرار القضائي للزوج بعدم النفقة.

– نقترح تفعيل المادة 76 من قانون الأسرة في حالة ثبوت عجز الزوج عن النفقة، وإلزام الزوجة الإنفاق على نفسها وعلى أولادها عند ثبوت يسارها.

– تمكين الزوجة المتضررة من اللجوء لصندوق النفقة والاستفادة منه في حالة ثبوت إعسار الزوج واعتباره دينا في ذمته، أما إذا كان الزوج موسرا اللجوء إلى التنفيذ الجبري على أمواله، وهذا لتفادي اللجوء للتطليق.

– لابد من إصدار قانون إجراءات التقاضي في مادة الأحوال الشخصية وضرورة العمل على التكوين الشرعي للقضاة وخاصة في قسم شؤون الاسرة.

قائمة المصادر

والمراجع

المصـادر:

أولا ـ القرآن الكريم

ثانيا ـ السنة النبوية الشريفة

ثالثا ـ القوانين:

– قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9يونيو سنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05–02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 والمتضمن قانون الأسرة.

– قانون رقم 08–09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، 2008.

– الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 49 بتاريخ 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات.

رابعا – الأحكام القضائية:

1– ملف رقم 44041، قرار بتاريخ 1986/12/29، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02، 1994.

2– ملف رقم 34762، قرار بتاريخ 1984/02/03، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 4، 1989.

3– ملف رقم 401317، قرار بتاريخ 2006/10/11، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2007.

4– ملف رقم 75141، قرار بتاريخ 1991/06/18، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، 1993.

5– ملف رقم 0779888، قرار بتاريخ 2013/05/09، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2013.

6– ملف رقم 417622، قرار بتاريخ 2008/01/16، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2009.

7- ملف رقم 0870291، قرار بتاريخ 2014/03/13، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، ال عدد02، 2014.

8- ملف رقم 103637، قرار بتاريخ 1994/04/09، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

9- ملف رقم 42870، قرار بتاريخ 1986/06/30، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية، ال عدد02، 1989.

10- ملف رقم 32719، قرار بتاريخ 06/04/1984، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية، ال عدد02، 1989.

11- ملف رقم 0850047، قرار بتاريخ 2013/05/09، غرفة شؤون الاسرة، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2013.

12- ملف رقم 6447108، قرار بتاريخ 2011/09/15، غرفة شؤون الاسرة والمواريث والاسرة، مجلة المحكمة العليا العدد 01 ،2012.

13- ملف (العدد 03، 1989، ص 65)، دليل البحث في مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، الطبعة الاولى، 2021.

14- ملف رقم 358348، قرار بتاريخ 2006/07/12، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2006.

15- ملف رقم 72858، قرار بتاريخ 1991/03/20، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، العدد 01، 1991.

16- ملف رقم 89635، قرار بتاريخ 1993/04/27، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، 1994.

17- ملف رقم 222134، قرار بتاريخ 1999/05/18، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

18- ملف رقم 34767، قرار بتاريخ 1984/12/17، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، العدد 01، 1990.

19- ملف رقم 0934996، قرار بتاريخ 2014/09/11، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2015،

20- ملف رقم 34791، قرار بتاريخ 1984/11/19، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، العدد 03، 1989.

21- ملف رقم 333042، قرار بتاريخ 2005/01/19، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المحكمة العليا، العدد 01 ،2005.

22- ملف رقم 0934996، قرار بتاريخ: 2014/09/11، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2015.

23- ملف رقم 41560، قرار بتاريخ 1986/04/07، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، العدد 02، 1989.

24- ملف (العدد 02، 1993، ص41)، دليل البحث في مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، الطبعة الاولى ،2021.

25- ملف رقم 4192665، قرار بتاريخ 1998/07/21، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

26- ملف رقم 222134، قرار بتاريخ 1999/05/18، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مجلة القضائية، 2001.

27- ملف رقم 75029، قرار بتاريخ 1991/06/18، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، العدد 2، 1994.

المراجـــــع:

أولا – الكتب:

1) أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص (جرائم ضد الأشخاص، جرائم ضد الأموال بعض الجرائم الخاصة)، دار هومة، الجزائر، 2013.

2) احمد حسين فراج، احكام الاسرة في الاسلام (الطلاق وحقوق الاولاد ونفقات الاقارب)، الدار الجامعية بيروت، 1998.

3) احمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية مصر، 2004.

4) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الاول، 2002.

5) باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2007.

6) بلقاسم شتوان، امتناع الزوج عن الانفاق وحق الزوجة في طلب التفريق شرعا وقانونا، بدون دار وسنة طبع.

7) جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، (مادة بمادة)، دار هومة للطباعة الجزائر، الطبعة الثالثة، 2018.

8) حسين طاهري، الدليل القانوني للمتقاضين، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

9) سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (نصا – شرحا – تعليقا – تطبيقا)، الجزء الأول، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2011.

10) سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الجزء الأول، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2006.

11) سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري والامر المعدل له، الاصالة للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الثانية، بدون سنة طبع.

12) سهيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2012.

13) عبد الحكيم سيد سالمان، الطلاق والخلع في ضوء الفقه والقضاء، دار عماد للنشر والتوزيع مصر، الطبعة الثانية، 2009.

14) عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجية في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار الفكر القاهرة، الطبعة 2، 1986.

15) عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دون طبعة، دارهومة، 2013.

16) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2013.

17) عبد العزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2007.

18) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (احكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار هومة، الطبعة الثالثة معدلة، 2018.

19) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي القاهرة، الطبعة الثالثة، 1957.

20) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي القاهرة، الطبعة الثانية، 1971.

21) محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بدون دار نشر، الجزء الرابع، الطبعة الاولى، 2009.

22) مصطفى بن العدوى، احكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، مكتبة ابن تيمية القاهرة، الطبعة الاولى، 1988.

23) نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للنشر والتوزيع الجزائر، 2012.

24) هند بنت سعد القحطاني، أثر الاعسار في فسخ عقد النكاح، بدون دار نشر، 2018.

25) يوسف دلاندة، دليل المتقاضين في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، دار هومة، الطبعة الثانية، 2008.

ثانيا – الرسائل الجامعية:

1) حفيظة فظلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج وانحلاله، أطروحة دكتوراه في علوم القانون الخاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2020.

2) هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2020.

3) سعادي ليلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في علوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.

4) دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الاحوال الشخصية العربية)، اطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2014.

5) احمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، اطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان،2014.

6) حليمة مشوات، حق الزوجة في النفقة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا، اطروحة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة وهران،2013.

7) إسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض على الضرر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم بواقي،2011.

8) محمد غويني وعبد الحفيظ حميدي، فك الرابطة الزوجية بالتطليق بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماستر، تخصص شريعة وقانون، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، 2020.

9) نصيرة رميلي، النفقة ومشمولاتها، مذكرة ماستر، تخصص القانون الخاص، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2020.

10) سارة معروف، التطليق لعدم الانفاق دراسة مقارنة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون اسرة، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019.

11) شريفة بن عيسى، التطليق واجراءاته من خلال قانون الإجراءات المدنية 09/08، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2016.

12) زينب مدرق نار ويدعى بوبير، النفقة وتقديرها في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص الاحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015.

13) لخضر عكراش وعلي غفاري، نفقة الزوجة في الفقه المالكي وقانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماستر، تخصص احوال شخصية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2015.

14) محمد الامين عثامنة، إجراءات فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015.
15) محمد قويدري، سلطة قاضي في فك الرابطة الزوجية (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري)، مذكرة ماستر، تخصص احوال شخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015.
16) ياسمينة مادي وصينية منديل، التطليق لعدم الانفاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2015.

ثالثا – المجلات:

1) مكيد نعيمة، إشكالات إثبات حالات التطليق المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، السنة الثانية عشرة، المجلد 11، العدد 01، الجزائر ،2022.
2) خالد مساعدية ورفيقة قصوري، التمييز بين الواقع والقانون لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي المدني، مجلة الحقوق والعلوم سياسية، المجلد التاسع، العدد الثاني، جامعة عباس لغرور، خنشلة، 2022.
3) بوكايس سمية، مدى فعالية إجراء الصلح في دعاوى الطلاق، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد السادس، العدد الأول، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، 2021.
4) تومي نوال، أحكام الصلح ودوره في قضايا فك الرابطة الزوجية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد السابع، العدد الثاني، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة ،2021.
5) محمد كربوب، الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية والاشكالات التي تثيرها، دائرة البحوث القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد 3، 2021.
6) هشام ذبيح، التطليق لعدم الانفاق في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 6، العدد 2، تاريخ النشر:2021/06/20.
7) عيادة الحسين، الحماية القضائية للأسرة عبر النفقة الزوجية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد الثاني عشر، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف،2020.

8) هشام ذبيح، أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الاول، العدد 9، 2018.

9) سي بوعزة إيمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات التطليق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد الثاني، العدد الرابع، 2017.

10) أحمد شامي، الطبيعة الفقهية والقانونية للتطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والمصري، المجلد السادس، العدد الأول، 2015.

11) حمليل صالح وصديقي الأخضر، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، العدد 28، جامعة أدرار، 2014.

12) حليمة جبار، دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص (باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات)، 2009.

13) عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة (الأمر رقم05-02)، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2005.

14) طالب احمد، الأخطاء الشكلية والموضوعية في الأحكام القضائية، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2003.

15) عمر زودة، الطلبات العارضة، المجلة القضائية، العدد 01، 1999.

16) عمر زودة، الطلب القضائي، المجلة القضائية، العدد 01، 1994.

17) زين العابدين عبد الجبار، أثر عدم النفقة في الفرقة الزوجية في الفقه، مجلة كلية الآداب، بدون تاريخ نشر، العدد 101.

فهـــرس

العنـــــــــــــــوان		الصفحة
الاهداء		
الشكـر		
المقدمة		01
الفصل الأول	الإطار المفاهيمي لفك الرابطة الزوجية والنفقة	07
المبحث الأول	فك الرابطة الزوجية بين الشريعة والقانون	08
المطلب الأول	الطـــــــلاق	08
الفرع الأول	مفهوم الطلاق	08
الفرع الثاني	الإرادة في الطلاق	15
المطلب الثاني	الخلـــــــع	19
الفرع الأول	مفهوم الخلع	19
الفرع الثاني	أسباب وآثار الخلع	25
المطلب الثالث	التطليـــق	27
الفرع الأول	مفهوم التطليق	27
الفرع الثاني	أسباب وشروط التطليق	31
المبحث الثاني	النفقة الواجبة على الزوج	36
المطلب الاول	النـفقـــــة	36
الفرع الأول	مفهوم النفقة	36
الفرع الثاني	تقدير النفقة وتاريخ استحقاقها	39
المطلب الثاني	نفقة الزوجة والأولاد	42
الفرع الأول	النفقة الزوجية	42

الفرع الثاني	نفقة الأولاد	44
المطلب الثالث	طلب الزوجة التطليق لعدم الانفاق	45
الفرع الأول	الموقف الفقهي للتفريق لعدم الانفاق	45
الفرع الثاني	موقف القانون من التطليق لعدم النفقة	49
الفصل الثاني	الإطار الإجرائي لدعوى التطليق لعدم الإنفاق	53
المبحث الأول	إجراءات التقاضي في دعوى التطليق لعدم الإنفاق	54
المطلب الأول	إجراءات رفع دعوى التطليق وشروطها	54
الفرع الأول	شروط دعوى التطليق	54
الفرع الثاني	إجراءات رفع دعوى التطليق	57
المطلب الثاني	إجراءات مباشرة الدعوى	60
الفرع الأول	إجراء محاولات الصلح	61
الفرع الثاني	مناقشة موضوع الدعوى	63
المطلب الثالث	الحكم الصادر في دعوى التطليق لعدم الإنفاق وطرق الطعن فيه	66
الفرع الأول	الحكم الصادر في دعوى التطليق لعدم الانفاق	67
الفرع الثاني	طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى التطليق	71
المبحث الثاني	السلطة التقديرية للقاضي في دعوى التطليق لعدم الإنفاق	74
المطلب الأول	سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات	75
الفرع الأول	استعمال حكم نهائي في دعوى النفقة	78
الفرع الثاني	استعمال حكم نهائي في دعوى الإهمال العائلي	80
المطلب الثاني	السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر	83
الفرع الأول	الأساس القانوني للتعويض عن الضرر	83

الفرع الثاني	رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي	87
الخاتمة		92
المراجع		97
الفهرس		106
الملخص		109

الملخــص

إن عدم إنفاق الزوج على زوجته يجعلها تتضرر ويدفعها الى طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق اللجوء الى القضاء، وهذه الصورة من صور الطلاق اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون على تسميتها بالتطليق، وقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 53 في فقرتها الأولى على الشروط الموضوعية لطلب التطليق لعدم الإنفاق وترك تنظيم إجراءات دعوى التطليق لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فكان هذا هو صلب دراستنا الموسومة "فك الرابطة الزوجية بسبب عدم النفقة في التشريع الجزائري" وقد تناولنا فيه الإطار المفاهيمي لكل من مصطلحي فك الرابطة الزوجية والنفقة وحاولنا الإجابة عن الإشكال الذي طرحناه والمتعلق بالإطار الإجرائي لدعوى التطليق، دون إغفال التطرق إلى الدور الإيجابي الذي يقوم به القاضي في محاولات الصلح بين الزوجين والسلطة التقديرية التي يملكها في تقدير سبب التطليق وتقدير الضرر والتعويض عنه.

Abstract

***The husband's failure to spend on his wife harms her and pushes her to seek the dissolution of the marital bond by resorting to the judiciary. And this form of divorce is agreed upon by the jurists of Islamic law and the jurists of law to call it "Tatliqu«. And the Algerian Family Code stipulated in Article 53 in its first paragraph the objective conditions for requesting divorce for lack of maintenance and leaving the regulation of the divorce case procedures to the Civil and Administrative Procedure Code. This was the core of our study tagged: "breaking the marital bond due to lack of alimony in Algerian legislation. In it, we dealt with the conceptual framework for each of the conditions for breaking the marital bond and alimony, and we tried to answer the problems that we raised related to the procedural framework for the " Tatliqu ". Without neglecting to address the positive role-played by the judge in reconciliation attempts between the spouses and the discretionary power that the judge possesses in assessing the cause of divorce and assessing the damage and compensation for it.