



جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية



الطلاق بالإرادة المنفردة في

القانون الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د. تشوار جيلالي

من إعداد الطالب:

شوقور فاضل

لجنة المناقشة:

أ.د حميدو زكية	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د تشوار جيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د نعوم مراد	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي مغنية	مناقشا
د. علال آمال	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة تلمسان	مناقشا
د. بوخاتم أسية	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية: 2021-2022



جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية



الطلاق بالإرادة المنفردة في القانون الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د. تشوار جيلالي

من إعداد الطالب:

شوقور فاضل

لجنة المناقشة:

أ.د حميدو زكية	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د تشوار جيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د نعوم مراد	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي مغنية	مناقشا
د.علال آمال	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة تلمسان	مناقشا
د.بوخاتم أسية	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية: 2021-2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فِإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ
بِإِحْسَانٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ
شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ
أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ
بِهِ ۚ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ
حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾

سورة البقرة، الآية 229.

شكر وتقدير

أشكر الله جل جلاله الذي سخر لنا نعمة العلم والمعرفة، وأحمده حمدا كثيرا الذي ساعدني وأمدني بالقوة والعزيمة لإتمام هذا العمل العلمي. وأشكر خاتم الأنبياء والمرسلين محمد صلى الله عليه وسلم، الذي بلغنا الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة.

يشرفني ويسرني أن أتقدم بفائق التقدير والإحترام وخالص الشكر والإمتنان إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور "تشوار جيلالي" الذي تقبل عناء الإشراف على هذه الرسالة، والذي أمدني بالكثير من التوجيهات العلمية الدقيقة والنصائح والملاحظات القيمة رغم كثرة مشاغله والتزاماته. فبارك الله في علمه ودينه وصحته ورزقه وعائلته. وأطال الله عمره إن شاء الله.

وأتوجه بجزيل الشكر الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة المحترمة الذين قبلوا عناء وجهد قراءة هذه الرسالة، وإثرائها بمناقشاتهم وتوجيهاتهم القيمة: الأستاذة الفاضلة حميدو زكية، الأستاذ الفاضل نعم مراد، الدكتورة الفاضلة علال آمال، الدكتورة الفاضلة بوخاتم آسية.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساعدني على إنجاز هذا العمل.
وشكري الخاص إلى زوجتي التي يعود إليها الفضل في إنجاز هذا العمل.
والحمد لله وما توفيقني إلا بالله سبحانه وتعالى.

إهداء

أهدي هذا العمل إلى روعي ووالدي وأختي نسمة رحمة الله عليهم.

وإلى زوجتي التي وقفت دوماً بجانبني.

وإلى كل أفراد عائلتي لا سيما إخوتي وأخواتي وأبنائهم.

إلى كل طالب علم.

شوقور فاضل

مقدمة

عقد الزواج مشروع بالإجماع¹، حثت عليه الشريعة الإسلامية السمحاء لأن قوام المجتمع هو الأسرة التي تبنى به، فحمل الزواج أسمى المعاني في القرآن الكريم، فقد قال الله سبحانه وتعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعًا ۗ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا"²، فلفظ اليتامى في هذه الآية ينصرف إلى اليتيمة التي تكون في حجر وليها وتشاركه ماله، فيعجبه مالها وجمالها، فإذا أراد وليها أن يتزوجها بدون أن يقسط أو يعدل في صداقتها، فقد نهي عن ذلك إلا أن يقسط لها، وأمر أن ينكح ما طاب له من سواها النساء³، وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى، فكذلك فخافوا في النساء، فلا تنكحوا منهن إلا ما لا تخافون أن تجوروا فيه منهن، من واحدة إلى الأربع⁴.

وقال الله سبحانه وتعالى: "وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۗ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ"⁵، فقد قصد بهذه الآية زوجوا أيها المؤمنون من لا زوج له، من أحرار رجالكم ونسائكم، ومن أهل الصلاح من عبيدكم ومماليكم⁶، ووجه الدلالة في الآيتين السابقتين أن الله سبحانه وتعالى شرع الزواج وحث عليه فجعل كل من الزوجين سكن للآخر بقوله تبارك وتعالى: "هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا"⁷، وبقوله عز وجل: "وجعل منها زوجها لیسکن إليها"⁸.

وجعل الله تبارك وتعالى كلا من الزوجين لباسا للآخر بقوله عز وجل: "هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ هُنَّ"⁹، فأصل اللباس الثياب، لذلك سمي امتزاج كل واحد من الزوجين بصاحبه لباسا، لانضمام الجسد وامتزاجهما وتلازمهما تشبيهه بالثوب¹⁰، أي بمعنى أن كل زوج ستر لصاحبه¹¹،

¹ أنظر، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، عالم الكتب، بيروت، 1983، ص 6.

² سورة النساء، الآية 3.

³ أنظر، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، ج6، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006، ص 23، 24.

⁴ أنظر، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري من كتابه جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج2، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994، ص 389.

⁵ سورة النور، الآية 32.

⁶ أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري... المرجع السابق، ج17، ص 159.

⁷ سورة الأعراف، الآية 189.

⁸ سورة الأعراف، الآية 189.

⁹ سورة البقرة، الآية 187.

¹⁰ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام... المرجع السابق، ج2، ص 316.

¹¹ أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري... المرجع السابق، ج1، ص 503.

وبذلك يكون قد جعل الله سبحانه وتعالى كل واحد من الزوجين لزوج له لباساً، لأنه سكن له يسكن إليه¹.

كما دعت السنة النبوية إلى الزواج وحثت عليه، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء"². وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الدنيا متاع، وخير متاعها، المرأة الصالحة"³.

وكل هذا يبرز بجلاء أهمية عقد الزواج في الإسلام، فجعله الله سبحانه وتعالى ميثاقاً غليظاً، وجعله سكناً للزوجين ومبعث ألفة ومحبة واستقرار بين الزوجين⁴، وجعله وسيلة لحفظ النوع الإنساني، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم"⁵. ففي الزواج راحة حقيقية للرجل والمرأة على حد السواء، فهو مظهر من مظاهر الرقي الإنساني، وهو راحة النفس الفاضلة ومستقرها وأمنها وسكنها⁶. وهو فاتحة الأسرة ومبدأ انبثاقها إلى الوجود وأساس تكوين الأجيال البشرية وهو المبدأ الأساسي الذي بموجبه يتواجد البشر ويتكاثرون ويعمرون الأرض ويحفظون النوع الإنساني⁷.

والزواج ليس عقداً تكون الزوجة محلاً له ويكون المهر بدلاً لها وإنما هو ميثاق غليظ⁸ وشركة روحية رأس مالها الحب المتبادل والاحترام المتبادل وربحها انجاب جيل جديد صالح⁹.

¹ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج2، ص 317؛ أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري...، المرجع السابق، ج1، ص 502.

² أنظر، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، حديث رقم 1400، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تافت نفسه إليه ووجد مؤنة، واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، م1، ط1، دار طيبة للنشر والتوزيع، 2006، ص 630.

³ المرجع نفسه، حديث رقم 1467، باب خير متاع الدنيا المرأة الصالحة، كتاب الرضاع، ص 672.

⁴ أنظر، وفاء معتوق حمزة فراس، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، دار القاهرة، مصر، 2000، ص 39.

⁵ أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، حديث رقم: 2050، كتاب النكاح، باب في تزويج الأبيكار، ط1، ج3، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009، ص 395.

⁶ أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ط، ص 20، 21.

⁷ أنظر، العربي بحتي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 180، 183.

⁸ "وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا"، سورة النساء، الآية 21.

⁹ أنظر، مصطفى إبراهيم الزلي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011، ص 97.

والأهمية الاجتماعية البالغة التي يكتسبها الزواج تنبع من كونه يقي المجتمع من الظواهر والآفات الخطيرة ويهدف إلى صيانة المجتمع والفرد من الوقوع في الرذائل والمنكرات ويصونه من عواقب هذه الأمراض الاجتماعية¹. والزواج في الإسلام هو الزواج الإنساني وهو فطرة اجتماعية صاحبت المجتمع البشري في عهوده المختلفة².

إن استقرار الحياة الزوجية غاية يحرص عليها الدين الإسلامي من خلال رباط الزواج باعتباره أقدس الروابط وأوثقها، فهذا الرباط يبنى على المودة والمحبة والرحمة والسكينة والانسجام والحب المتبادل بين الزوجين. ولكن قد يخطئ المرء في اختيار شريكة الحياة، أو قد تجبر المرأة على الزواج أو قد يحدث الخلاف بين الزوجين تتحول الحياة بينهما إلى عذاب وربما استحالت واستنفذت كل وسائل الإصلاح وهنا أباح الإسلام الطلاق³.

وكثيرا ما يحدث بين الزوجين من الأسباب والدواعي التي تجعل من الطلاق ضرورة لازمة لتحقيق الخير والاستقرار العائلي والاجتماعي لكل منهما. لأنهما قد يكتشفان بعد الزواج تباينا في الأخلاق وتنافر في الطباع فيكون الطلاق أمرا لا بد منه للخلاص من رابطة الزواج التي أصبحت لا تحقق المقصود منها⁴. إذ أنه لا ينبغي أن تكون هناك زوجية قائمة على أساس القهر والإجبار، فإذا تباينت طبائع الزوجين واختلفت أخلاقهما فلا يتم الترابط والانسجام بينهما، حينئذ لا مصلحة للمجتمع في إبقاء على مثل هذه الزوجية المضطربة⁵، والحل يكمن في الطلاق الذي شرعه الإسلام الذي لم يقرر هذا الحق مطلقا بل رسم له منهجا بعد أن بغضه إلى النفوس ونفر منه واعتبره أبغض الحلال⁶. فالطلاق ضرورة توجبها الحياة الزوجية إن لم يستقم أمرها وتؤكد الزوجان أنه لا سبيل إلى استمرارها إلا بمعصية لأمر الله ونهيه⁷. وهو أبغض الحلال عند الله، وإنما شرع

¹ أنظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008، ص 5.

² العربي بختي، المرجع السابق، ص180.

³ أنظر، أماني علي المتولي، الضوابط القانونية والشرعية للمشكلات العلمية لأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2010، ص213.

⁴ أنظر، ناجي بلقاسم علاي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص58.

⁵ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص 6.

⁶ العربي بختي، المرجع السابق، ص 220.

⁷ أنظر، عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ط2، دار الفكر، 1968، ص 10.

للضرورة والضرورات تقدر بقدرها. والإسلام يأبى أن ينهار على الزوجين والأولاد بلحظة واحدة بناء استغرق اكماله سنوات بكلفة باهظة¹.

ولعل من بين الحكم وراء تشريع الطلاق رغم أن عقد الزواج شرع للبقاء والإستمرار، أنه يقع أن تنقلب المودة والعشرة الحسنة بين الزوجين إلى كره، وإلى صراع يجعل من استمرار الحياة الزوجية أمراً عسيراً، لأن طبيعة النفس البشرية متغيرة لا تقف على حال معين. لذلك شرع الله عز وجل الطلاق والخلع وجعل منهما ملاذين للزوجين ينهيان بهما خلافاتهما إذا استحالت عليهما مواصلة حياتهما الزوجية، وتعذر عليهما العيش معا في كنف المودة والسكينة والإستقرار. وبذلك يكون الطلاق علاجاً وحلاً للخلافات المستعصية الحلول بين الزوجين، بل يكون هو السبيل الوحيد والأفضل لإنهاء معاناتهما جراء تنافرهما وتباغضهما واستحكام العداوة والكره بينهما، ولئن أجازت الشريعة الإسلامية الطلاق والخلع فإنها وضعت لهما ضوابط وحدود تضمن بهما حقوق كل زوج وحقوق الأطفال، وتراعي كرامتهم.

وقد عرفت الحضارات القديمة الطلاق، ففي شريعة حمورابي كان للمرأة الحق في الطلاق إذا كرهت الزوج، ورأت استحالة العيش معه². وكان الطلاق مسموحاً به لكل من الرجل والمرأة، فيحق للزوج أن يطلق دون التقيد بأسباب الطلاق. أما المرأة فكانت مطالبة بأن تقدم لزوجها المبررات التي دفعتها لطلب التطلق. وعرف قانون حمورابي نوعان من الطلاق: الطلاق المؤقت عندما يؤسر الزوج ويحق فيه للزوجة أن تتركه والنوع الثاني هو الطلاق البائن يكون إذا ترك الزوج زوجته كراهة³.

أما عند اليونان فكان الزواج في العصر القديم عبارة عن شراء، يبيع الأب ابنته للخاطب الذي يشتريها، وبعد ذلك ألغي نظام الشراء في الزواج غير أن الزوج كان له مطلق السلطة على الزوجة، له أن يضربها، أو يجسها، دون أي رقيب، وكانت له السلطة المطلقة كذلك في أن يطلق زوجته، وفي تزويجها بعد أن يطلقها لمن أراد في حياته، أو أن يوصي بها إلى شخص آخر بعد مماته⁴. فكان للزوج الحق في تطلق زوجته متى شاء وله الحق المطلق للتنازل عما يملك، وكان

¹ مصطفى إبراهيم الزلي، المرجع السابق، ص 97.

² أنظر، أحمد دكار، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 68.

³ العربي بختي، المرجع السابق، ص 42.

⁴ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 27.

حدوث الطلاق يرتبط بالزنا والعقم¹. واعتبر أفلاطون وأرسطو الطلاق ظاهرة شاذة وتصرفا غير سوي يهدد كيان الأسرة والمجتمع وطالبا بتقييده. وكان للزوج أن يوقعه متى شعر بالحاجة إليه دون القيام بأية إجراءات بل أكثر من ذلك للزوج الحق في أن يزوج المرأة التي طلقها لمن يريد وهو حي، وأن يوصي بها إلى شخص آخر بعد وفاته².

بينما عند الرومان كان الطلاق يقع برضا الزوجين أو برضا الزوج وحده، فكان التشريع الروماني يبيح حق اخراج الزوجة من المنزل بدون سبب³، وكان الطلاق شائعا عند القبائل الرومانية القديمة فنظمته قوانين الألواح الاثني عشر تنظيما ملحوظا⁴، وكان في أول الأمر حقا للزوج يمارسه بدون رضا الزوجة وبدون سبب يقتضيه. وفي العصر الكلاسيكي أصبح للمرأة حق تطليق الزوج، وقد كثر الطلاق في هذا العصر. وفي عصر الإمبراطور قسطنطين قيدت حرية الزوجين في الطلاق لأتفه الأسباب ولما جاء جوليانوس أعاد إطلاق حرية الزوجين في الطلاق. وأما جوستينيان فقد قيد حرية الزوجين في الطلاق. فلم يبيح الطلاق إلا للأسباب التي تقتضيه كزنا الزوجة أو الجنون أو العقم أو العجز الجنسي⁵.

أما المسيحية فحرمت الطلاق، وبنيت تحريمه على أساس التعاليم والمواعظ المنسوبة للمسيح عليه السلام ومن هذه المواعظ: "من طلق امرأته بغير علة الزنا فقد جعلها زانية، ومن تزوج مطلقة فقد زنا"⁶. وقد تفاوتت وجهات النظر حول الطلاق في المجتمعات المسيحية التي تعتنق المذهب الكاثوليكي واعتبرت أن الزواج لا يقبل الانحلال بالطلاق ولو بسبب الخيانة الزوجية التي يعتبرونها سببا للتفريق الجسدي دون الطلاق. وكانت الكنيسة الأرثوذكسية أكثر الكنائس المسيحية توسعا في السماح بالتطليق. أما البروتستانت فقد أجازوا الطلاق في حالتين أساسيتين: الحالة الأولى: حالة الزنا وتكون بناء على الطلب الزوج أو الزوجة. والحالة الثانية: وتمثل في تغيير الدين إذا طلب الطرف الآخر التطليق⁷.

¹ أحمد دكار، المرجع السابق، ص 69.

² العربي بختي، المرجع السابق، ص 76.

³ أحمد دكار، المرجع السابق، ص 69.

⁴ العربي بختي، المرجع السابق، ص 89.

⁵ أنظر، محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان، 2010، ص 160، 161.

⁶ أحمد دكار، المرجع السابق، ص 70.

⁷ العربي بختي، المرجع السابق، ص 124-126.

وفي الجاهلية كان الطلاق معروفا لدى العرب فكان الرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا ما ارتبعتها وهي في العدة، وإن طلقها مائة مرة أو أكثر، كما عرف العرب نظام الطلقات الثلاثة، فكانت الزوجة تبين بالطلقة الثالثة ولا رجعة فيها. وكما كان الزواج من حق المرأة واختيارها كان الطلاق من حق الزوجة تطلبه متى شاءت¹.

وجاء الإسلام فشرع الطلاق ووضع له ضوابط ليكون حلا وعلاجاً ووقاية وليس عقوبة²، متى بلغت الحياة الزوجية مبلغاً لا يرجى معه استمرارها، وأصبحت نقمة على الزوجين بعد أن كانت نعمة³. وقد كانت مسألة الطلاق محل بحث مستفيض من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى والمعاصرين، ويتجلى اهتمامهم بدراسة الطلاق في وضعهم لأحكام شرعية تنظمه مستندين في ذلك على الكتاب والسنة، وقد وضعوا له تعريفات اختلفت من مذهب إلى آخر. فعرف الطلاق⁴ في الفقه الحنبلي بأنه: "مصدر طلقت المرأة بفتح اللام وضمها أي بانث من زوجها فهي طالق وطلقها زوجها فهي مطلقة وأصله التخلية يقال طلقت الناقة إذا سرحت حيث شاءت وحبس فلان في السجن طلقاً بغير قيده وشرعاً حل قيد النكاح أو بعضه أي بعض قيد النكاح إذا طلقها طليقة رجعية"⁵. أما في الفقه الحنفي فجاء تعريفه كالتالي: "وهو لغة: رفع القيد، لكن جعلوه في المرأة طلاقاً وفي غيرها إطلاقاً، فلذا كان أنت مطلقة بالسكون كناية وشرعاً رفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو المآل بالرجعي بلفظ مخصوص هو ما اشتمل على الطلاق"⁶.

وفي نفس السياق عرفه بعض فقهاء الشافعية بأنه: "لغة حل القيد والإطلاق، ومنه ناقة طالق أي مرسله بلا قيد، وشرعاً حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، وعرفه المصنف في تهذيبه بأنه

¹ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 50.

² تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص 6.

³ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 10.

⁴ الطلاق لغة مشتق من طلق الرجل امرأته تطليقاً فهو مطلق فإن كثر تطليقه للنساء قيل مطليق ومطلاق والإسم الطلاق، وطلقت هي تطلق من باب قتل، وفي لغة من باب قرب، فهي طالق بغير هاء، وقال الفارابي نعمة طالق بغير هاء إذا كانت مخلاة ترعى وحدها فالتركيب يدل على الحل والإنحلال، يقال أطلقت الأسير إذا حللت إيساره وخليت عنه فانطلق أي ذهب في سبيله، أنظر، أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير معجم عربي-عربي، مكتبة لبنان، بيروت، 1987، ص 142، 143.

والطلقة المرة الواحدة، وقد طلقت المرأة تطلق طلقاً، وطلاق المرأة بينوتنها عن زوجها وامرأة طالق من نسوة طلق وطالقة من نسوة طواقي، أنظر، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، م 10، دار صادر، بيروت، ص 225.

⁵ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ص 232.

⁶ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحسكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص 205.

تصرف مملوك للزوج بلا سبب فيقطع النكاح"¹. كما عرفه ابن رشد المالكي بقوله أن: "الطلاق مأخوذ من قولك أطلقت الناقة فطلقت إذا أرسلتها من عقال وقيد، فكأن ذات الزوج موثقة عند زوجها فإذا فارقتها أطلقها من وثاق، ويدلك على ذلك قول الناس هي في حبالك إذا كانت تحتك، يراد أنها مرتبطة عندك كارتباط الناقة في حبالها...والطلاق حل العصمة المنعقدة بين الزوجين، وهو أمر جعله الله بأيدي الأزواج وملكهم إياه دون الزوجات"².

وعليه، فإن الطلاق شرعا عند الحنابلة حل قيد النكاح أو بعضه، وعند الأحناف رفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو المآل بالرجعي، أما عند الشافعية فهو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، بينما عند المالكية فهو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين. ومن ذلك يتبين أن التعريفين الأولين اعتبارا النكاح قيذا يمكن حله أو رفعه بالطلاق، بينما اعتبر التعريفان الأخيران أن الطلاق هو حل لعقد النكاح أو العصمة المنعقدة بين الزوجين. كما يظهر من التعريفين اللغوي والشرعي للطلاق أن هناك علاقة عموم وخصوص بينهما، فالتعريف اللغوي أعم لاشتماله على معنى التخلية والإرسال ورفع القيد سواء كان حسيا أو معنويا، بينما التعريف الشرعي هو أخص لأنه يخص رفع القيد المعنوي دون القيد الحسي³.

وعرفه الأستاذ عبدالرحمن الصابوني على أنه هو الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادرة من أهله في محله قاصدا لمعناه أمام شهود⁴، ويعرفه وهبة الزحيلي على أنه حل قيد النكاح، أو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، أو رفع النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص⁵.

والطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، فقد تضمن القرآن الكريم العديد من الآيات التي تدل على مشروعية الطلاق، ومن تلك الآيات قوله عز وجل: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ

¹ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إل معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2000، ص 455.

² أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، ج1، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1988، ص 497.

³ وفاء معتوق حمزة فراس، المرجع السابق، ص 33.

⁴ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 74.

⁵ أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الأحوال الشخصية، ج 7، ط 2، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985، ص 356.

فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ¹. وقوله تبارك وتعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا"²، فقد حملت هذه الآيتان من القرآن الكريم دلالات قاطعة على أن الطلاق مشروع في كتاب الله عز وجل، ووجه الدلالة في مشروعية الطلاق في الآية الأولى أن الشارع الحكيم أجاز الطلاق فجعله مرتان أو إمساك بمعروف، ووجه الدلالة في مشروعيته في الآية الثانية أن تطلق المرأة لعدتها.

كما تضمنت بعض الأحاديث النبوية دلالات قاطعة على مشروعية الطلاق في السنة، ويظهر ذلك في قول الأوزاعي: "سألت الزهري: أي أزواج النبي صلى الله عليه وسلم استعادت منه؟ قال: أخبرني عروة عن عائشة رضي الله عنها أن ابنة الجون لما أدخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ودنا منها قالت: أعوذ بالله منك، فقال لها: لقد عدت بعظيم، إلحقي بأهلك"³؛ وفي قول مالك عن نافع: "عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"⁴؛ وعن ابن عمر قال: "كانت تحتي امرأة أحبها وكان أبي يكرهها، فأمرني أن أطلقها فأبيت، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا عبدالله بن عمر طلق إمرأتك"⁵. ومن خلال هذه الأحاديث تتبين مشروعية الطلاق في السنة النبوية الشريفة.

وقد أجمع فقهاء الأمة الإسلامية على مشروعية الطلاق، واستولى على حيز كبير من الاهتمام في كتبهم. فجعل الإسلام الطلاق من حق الرجل وحده، لأنه أحرص على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها من المال بما يحتاج إلى انفاق مثله أو أكثر منه إذا طلق وأراد عقد زواج آخر، وعليه أن يعطي المطلقة ما يؤخر عادة من المهر، ومتعة الطلاق، وأن ينفق عليها مدة العدة، وقد

¹ سورة البقرة، الآية 229.

² سورة الطلاق، الآية 1.

³ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، حديث رقم: 5254، كتاب الطلاق، باب من طلق، وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق؟، ط1، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 2002، ص 1838، 1839.

⁴ المرجع نفسه، حديث رقم: 5251، باب الطلاق، ص 1338.

⁵ أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، ص 1258.

تطول على رأي بعض الفقهاء، ولأنه يكون أصبر على ما يكره من المرأة فلا يسارع إلى الطلاق لكل غضبة يغضبها، والمرأة أسرع منه غضبا وأقل احتمالا، وليس عليها من تبعات الطلاق ونفقاته مثل ما عليه، فهي أجدر بالمبادرة إلى حل عقدة الزوجية لأدنى الأسباب، أو لما لا يعد سببا صحيحا إن أعطى لها الحق.

وأما الخلع فقد جعل مخرجا للمرأة من الزوجية إذ كرهت الزوج لسبب غير الأسباب التي يثبت لها بحق طلب الفسخ وأن تفتدي بما تبذله من العرض عما بذله لها من مهر وغيره وما أنفقه عليها ليرضى بحل عقدة الزوجية ويكون غير مغبون ولا مظلوم، وحكم هذا الخلع حكم الطلاق البائن الذي ليس للرجل فيه حق الرجعة بدون قبول المرأة¹.

وقبل التطرق إلى موضوع الدراسة من زاوية القانون لا بأس أن نشير من زاوية إجتماعية بأن الجزائر تشهد تحولات إجتماعية كبيرة تصاحبها ظواهر استقطبت اهتمام الساسة والباحثين ورجال القانون، نظرا لما أفرزته من نتائج سلبية تركت أثرا بالغا على الأسرة والمجتمع الجزائريين. والطلاق بجميع صوره عموما يشكل أحد وأبرز هذه الظواهر، نظرا للأرقام المتصاعدة والمخيفة التي تسجل بالمحاكم الجزائرية.

ففي إحصائيات صادرة عن الديوان الوطني للإحصائيات سجلت الجزائر وفقا لأحد التقارير 65637 حالة طلاق سنة 2017 مقابل 340000 زواج سنة 2017 أي بمعدل 19,32% طلاق سنة 2017، و65690 حالة طلاق سنة 2018 مقابل 332000 زواج سنة 2018 أي بمعدل 19,80% طلاق سنة 2018، و65967 حالة طلاق سنة 2019 مقابل 315000 زواج سنة 2019، أي بمعدل 20,94% طلاق سنة 2019. حيث يلاحظ ارتفاع من سنة إلى أخرى في عدد حالات الطلاق، وبالمقابل يلاحظ انخفاض من سنة إلى أخرى في عدد الزواجات، مما يطرح الكثير من علامات الإستفهام حول هذه الأرقام المرعبة نوعا ما.

وهذه الأرقام تحتل عدة قراءات، لعل أهم هذه القراءات أن الأسرة الجزائرية أصبحت عرضة للتفكك أكثر من أي وقت مضى، والأسباب التي أدت إلى هذا الوضع كثيرة يصعب تحديدها

¹ أنظر، محمد رشيد رضا الحسيني، حقوق النساء في الإسلام نداء للجنس اللطيف، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2005، ص 110، 115.

لارتباطها بعدة عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية، فبدءا من التحولات الاقتصادية للبلاد وما صاحبها من تحولات إجتماعية وانتهاء إلى التطورات التكنولوجية التي جعلت من العالم قرية صغيرة وما صاحب كل هذا من تأثيرات على ذهنية الفرد الجزائري. هذا الوضع غير الكثير من المفاهيم المتعارف عليها اجتماعيا.

وللإشارة فقد كان الطلاق في المجتمع الجزائري أقرب إلى الأمر المحذور، وكان ينظر إلى المرأة المطلقة في أغلب الأحيان على أنها هي المذنبة وهي في الواقع ضحية لتسلط بعض الأزواج. بل أن بعض الزوجات كن يتحملن على مريض ظلم أزواجهن وحيثهم ويفضلن أن يكن زوجات على أن يكن مطلقات تجنبا لنظرة المجتمع التي تحمل في ثناياها اتهاما للمرأة المطلقة يجعل منها عبئا على أهلها. غير أن التطور الذي عرفه المجتمع الجزائري كان له الفضل الكبير في تغيير تلك النظرة. إذ أصبح بإمكان المطلقة أن تندمج في المجتمع بعد طلاقها دون أن يشكل ذلك عائقا يكبح طموحاتها لا سيما بعد صدور نصوص تشريعية تعمل على ترقية حقوق المرأة في المجتمع الجزائري.

ومن بين أسباب الطلاق وفقا لبعض الدراسات تطور مراكز المرأة الاجتماعية وخروجها إلى ميدان العمل وحصولها على الاستقلال الاقتصادي وشعورها بقيمتها وشخصيتها في الحياة، مشاركة أقارب الزوج في المسكن من بين الأسباب القوية في حدوث ظاهر الطلاق، اختلا الميول وأفكار بين الزوجين، وسن الزوجة عند الزواج إذا كانت في سن صغيرة لعدم نضجها الكافي وقت زواجها مما يجعلها عاجزة عن تفهم الحياة الزوجية وتحمل مصاعبها ومشكلاتها وعدم القدرة على فهم الزوج والتوافق معه، عدم التوافق الجنسي بين الطرفين¹.

ولدراسة الطلاق من زاوية القانون الجزائري ينبغي أولا إلقاء نظرة على تطور التشريع في المجال الأسري الذي عرف عدة محطات. فبعد الإستقلال، صدر القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 الذي نص على مواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية ما عدا موادها الفرنسية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة. وتلاه صدور القانون رقم 244/63 المؤرخ في 29 جوان 1963 المتضمن تحديد سن الزواج، وقد عدل هذا القانون بالأمر 72/69 الذي تضمن إستثناء لما نصت عليه المادة 5 من القانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 يونيو 1963

¹ ناجي بلقاسم علاي، المرجع السابق، ص 31-32.

والمتعلق بإثبات الزواج¹. وبعد ذلك تم إلغاء العمل بالقوانين الفرنسية بموجب المادة الأولى من الأمر رقم 29/73 المؤرخ في 05 جويلية 1973 المتضمن إلغاء القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1962 والرامي إلى التمديد، حتى إشعار آخر لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر سنة 1962² والتي نصت على أنه: "يلغى القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1962 والمتضمن التمديد حتى إشعار آخر لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر سنة 1962". كما ألغت المادة 2 منه جميع النصوص السابقة لتاريخ 3 جويلية سنة 1962 والتي جدد العمل بها بموجب القانون رقم 157/62، وقد دخل هذا الأمر في حيز التنفيذ اعتبارا من 05 جويلية سنة 1975 بموجب المادة 4 منه. وبعد ذلك صدر القانون المدني بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975³ والذي نص في المادة 1 منه على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". وقد فسح هذا النص المجال للعمل بأحكام الشريعة الإسلامية في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية في غياب نص قانوني ينظمها.

وأمام هذا الفراغ التشريعي في مجال شؤون الأسرة ونظرا للضرورة الملحة لتنظيم المسائل الأسرية في قانون خاص يترجم الأهمية الكبرى التي تحظى بها الأسرة توجهت الإرادة التشريعية آنذاك إلى وضع قانون الأسرة مستندة فيه على أحكام الشريعة الإسلامية بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984⁴.

وبعد حوالي عشرين سنة من تطبيق القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، ظهرت أصوات تنادي بضرورة تعديله. وأمام مد وجزر بين تيار المحافظين الداعين إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في جميع المسائل الأسرية والذين قالوا بأن أي تعديل يتنافى مع ذلك هو من

¹ القانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 يونيو 1963 والمتعلق بإثبات الزواج، الجريدة الرسمية، 1969/09/19، عدد 80، 1969، ص 1186.

³ الأمر رقم 29/73 المؤرخ في 05 جويلية 1973 المتضمن إلغاء القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1962 والرامي إلى التمديد، حتى إشعار آخر لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر سنة 1962، الجريدة الرسمية، 1973/08/03، عدد 62، 1973، ص 878.

³ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، 1975/09/30، عدد 78، 1975، ص 990.

⁴ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، 12 يونيو 1984، عدد 24، 1984، ص 910.

قبيل الإنكار للهوية الجزائرية القائمة أساسا على الدين الإسلامي، وبين تيار متحرر يرى بأن قانون الأسرة لا يلبي المطالب النسوية الداعية إلى تحقيق حماية أكثر لحقوق المرأة التي لحقها الحيف والجور جراء تطبيق النص الأصلي لقانون الأسرة، والذين دعوا إلى مراعاة التحولات والتطورات الاجتماعية في أي نص جديد يتعلق بالأسرة ولو كان ذلك على حساب الثوابت الشرعية¹، صدر تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ 9 جوان سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة².

في هذا الإطار ترى الأستاذة خدام هجيرة أن تعديل قانون الأسرة كان نتيجة لحاجات المجتمع المتجددة، ولظروف العصر المتطورة وتماشيا مع الإتفاقيات الدولية، وانطلاقا من تصاعد حدة المطالبة بضرورة تغييره من طرف بعض الهيئات والأحزاب السياسية والجمعيات النسائية³. وتؤكد الأستاذة بوخاتم أسية أن تعديل قانون الأسرة بموجب أمر رئاسي كان يهدف إلى تفادي استغلال وضعية المرأة، ومنع المزايدات السياسية الإيديولوجية، وجمعا للإتجاهات المتباينة. وكانت التعديلات التي مست قانون الأسرة استجابة لمطامح المرأة وسعيا لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في مسائل الزواج والطلاق ولو نسبيا⁴.

وفعلا كان تأثر المشرع الجزائري في إعدادة لتعديل قانون الأسرة بمبادئ الإتفاقيات الدولية باديا للعيان، لا سيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي دعت إلى المساواة بين الجنسين في جميع مجالات الحياة، بما فيها المساواة في إبرام عقد الزواج وانحلاله. وقد حاول المشرع الجزائري إرساء مبدأ المساواة بين الزوجين في الكثير من المسائل الأسرية، فلئن جعل عقد الزواج عقدا رضائيا ركنه الوحيد هو الرضا في مساعيه الحثيثة لتجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين من جهة، ولتعزيز مكانة المرأة في الأسرة والمجتمع من جهة أخرى، بموجب المادة 4 من ق.أ التي أكدت على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."، والمادة 9

¹ وقد طرح هذا الموضوع قبل أن يصدر في شكل أمر رئاسي جدلا سياسيا وإعلاميا واسعا، وقد حظي بحصة معتبرة من النقاش والدراسة، أنظر، دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري -دراسة سوسيوقانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم، رسالة ماجستير في علم الاجتماع القانوني، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014، ص 73.

² الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ 9 جوان سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، 2005/02/27، عدد 15، 2005، ص 18.

³ أنظر، خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2018، ص 18، 19.

⁴ أنظر، بوخاتم أسية، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016، ص 5.

منه التي نصت على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". وبالمقابل فإنه حاول تجسيد ذلك المبدأ في تنظيمه لمسألة انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، إذ حافظ على حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة، ومنح للزوجة حق مخالعة نفسها بمقابل ولو بدون موافقة الزوج¹، جاعلا بذلك الإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة هي الأساس وهي الموجه لمصير أي دعوى من دعاوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أو بالطلاق الخلعي. ورغم ذلك فإنه حاول التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية الغراء في تنظيمها لمسائل الأحوال الشخصية وبين المبادئ التي دعت إليها بعض الإتفاقيات الدولية رغم التعارض الصارخ في بعض النقاط بين الأحكام الشرعية وتلك المبادئ.

وتنظيم المشرع مسألة الطلاق تميزت باقتضاب النصوص القانونية التي خصه بها تارة وغموضها تارة أخرى مما نتج عنه إشكاليات قانونية تطلبت تدخل القضاء وأحيانا الفقه لتدارك الناقص منها ولتفسير الغامض منها. فجاء الباب الثاني من قانون الأسرة تحت عنوان انحلال الزواج بدأه المشرع بالمادة 47 التي نصت على أن الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق أو الوفاة. وقد قسم المشرع هذا الباب إلى ثلاثة فصول تضمن الفصل الأول تحت عنوان الطلاق 12 مادة من المادة 48 إلى المادة 57 مكرر. وتضمن الفصل الثاني تحت عنوان آثار الطلاق 15 مادة مقسمة إلى 4 مواد للعدة من المادة 58 إلى المادة 61، و 10 مواد للحضانة من المادة 62 إلى المادة 72 منها المادة 63 ملغاة، ومادة وحيدة للنزاع في متاع البيت تمثلت في المادة 73. بينما نظم المشرع في الفصل الثالث النفقة ب 7 مواد من المادة 74 إلى المادة 80.

وقد شكل الطلاق بالإرادة المنفردة أحد مظاهر تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية، فخصه المشرع الأسري بالمادة 48 من ق.أ التي نصت على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج... أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون."، والمادة 54 من ق.أ التي نصت على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل

وقت صدور الحكم."

¹ ترى الأستاذة خدام هجيرة على أن المرأة حظيت باهتمام المشرع حيث أنه من بين المواد التي كرسها لها المساواة بينها وبين الرجل في إلغاء موافقة الزوج على الخلع، التعويض عن الطلاق، خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 19.

وكانت هذه المواد غير كافية لتنظيم مسألة من الأهمية بمكان أسالت حبرا كبيرا بين فقهاء القانون. إذ لا يكفي تنظيم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بنص مقتضب وترك المجال رحبا أمام القضاء لإعمال وظيفته التفسيرية للنصوص القانونية، وهو الأمر الذي ينطبق تماما على النص الذي نظم به مسألة الخلع والتي تمثل طلاقا بالإرادة المنفردة للزوجة¹.

وفي حقيقة الأمر ونتيجة لذلك النقص والغموض اللذان شابا مسألة الطلاق، فإن جميع المسائل المرتبطة بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة طرحت إشكالات عملية تصدى لها القضاء بتفسير النص القانوني المشوب بالغموض أحيانا وبإيجاد الحلول للمسائل التي لم تنظم من أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من ق.أ.أحيانا أخرى.

ولئن كان عقد الزواج في قانون الأسرة عقدا رضائيا يتطلب تطابق إرادتي الزوج والزوجة لإبرامه، فإن المشرع وضع قواعد قانونية من شأنها أن تفك تلك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة إما للزوج أو الزوجة.

وقد ذهبت الإرادة التشريعية في تنظيمها للطلاق إلى وضع قواعد موضوعية في قانون الأسرة جعلت من الحكم القضائي هو الوسيلة الوحيدة لإثبات الطلاق، وألزمت القاضي بإجراء محاولات الصلح قبل الفصل في موضوع دعوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة²، وحاولت تنظيم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق الخلعي، وحددت آثار هذا النوع من الطلاق الشخصية والمالية. كما تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قواعد إجرائية³ تقيد الإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق.

وتكتسي هذه الدراسة أهمية بالغة لكونها تتعلق بموضوع له انعكاسات خطيرة على المجتمع إذا ما وظف لغير الغايات المسطرة له فقها وقانونا، والذي يتمثل في مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة في القانون الجزائري سواء بإرادة الزوج المنفردة أو بإرادة الزوجة خلعا، ولعل المتأمل في الأرقام التي

¹ "إذ اعتبره المشرع الجزائري حقا أصيلا للزوجة بنصه صراحة في المادة 54 من قانون الأسرة"، أنظر، عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغتربة للأسرة، أطروحة دكتوراه في العلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2018، ص 10.

² تنص المادة 49 ف 1 من ق.أ.أعلى أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

³ الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، عدد 47، المؤرخة في 09/06/1966، المعدل بالقانون رقم 08/09، المؤرخ في 25/02/2008، الجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخة في 23/04/2008.

تتضمنها الإحصائيات الصادرة عن الجهات الرسمية سيقف عن كذب عن ارتفاع في عدد حالات الطلاق بالإرادة المنفردة مما يندر بمشاكل أسرية كفيفة بخلق اختلافات في توازن المجتمع الأسري، وتظهر تلك الأهمية في دراسة القواعد القانونية المنظمة لهذا النوع من الطلاق، والبحث في مدى نجاعتها للحد من هذه الظاهرة من عدمه، والوقوف على الأسباب التي أدت بالمشرع إلى اختيار المقاربة القانونية بخصوص هذا النوع من الطلاق والتي انعكست في القواعد القانونية التي تضمنها قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

على هذا الأساس تهدف هذه الدراسة إلى البحث عن دور الإرادة المنفردة في فك الرابطة الزوجية وعن حدودها في ذلك في ضوء الأحكام التي وضعها المشرع الجزائري لهذا النوع من الطلاق وفي ضوء الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الأصلي لقانون الأسرة. ودراسة الطلاق بالإرادة المنفردة تقود إلى طرح عدة أسئلة أهمها كيف نظم المشرع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق الخلفي باعتباره طلاقاً بالإرادة المنفردة للزوجة؟ وما هي المواضع التي تتقاطع فيها الأحكام التشريعية المنظمة لهذه الصورتين من الطلاق مع الأحكام الشرعية التي وضعها لهما فقهاء المذاهب السنية؟ ولئن اشترط المشرع أن يكون الطلاق تحت إشراف القضاء وأن يثبت بموجب حكم مما يعني التقيد بالقواعد الإجرائية التي تنظم هذا النوع من الدعاوى فإن السؤال الذي يطرح هو فكيف قيدت القواعد الإجرائية الإرادة المنفردة لكل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية؟ وإذا كانت تترتب على قوع الطلاق بالإرادة المنفردة آثار شخصية ومالية فما هي هذه الآثار؟

للإجابة على هذه الأسئلة وغيرها سيتم الإعتماد على المنهج الاستنباطي لتحليل وتفسير كل مسألة من المسائل التي ستكون محلاً لهذه الدراسة. ولارتباط موضوع هذه الدراسة بأحكام الشريعة الإسلامية سيتم الاستعانة بالمنهج المقارن لدراسة بعض نقاط الاختلاف ونقاط التشابه بينهما. كما لا يمكن الإستغناء عن المنهج الإحصائي في هذه الدراسة لضرورة الإعتماد عليه لتحليل الإحصائيات المستقاة من جهات رسمية حول نسب الطلاق والصلح وإسناد الحضانة وإسقاطها والنفقة.

ولأجل ذلك كله سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى بابين:

الباب الأول: دور الإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق في القانون الجزائري.

الباب الثاني: تقييد القواعد الإجرائية للإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق والآثار المترتبة عنه.

الباب الأول

دور الإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق

في القانون الجزائري

عندما يتعذر على الزوجين مواصلة الحياة الزوجية يجدان نفسيهما أمام خيار فك تلك الرابطة، فإذا اتفقا على الانفصال كان لهما ذلك عن طريق الطلاق بالإتفاق أو ما يصطلح على تسميته الطلاق بالتراضي الذي اعتبره المشرع صورة من صور الطلاق. غير أنه لسبب أو لآخر قد يتشبث أحدهما باستمرار الرابطة الزوجية في حين يرفض الزوج الآخر استمرارها. وأمام هذا الوضع وحتى لا يجبر أحد الزوجين على مواصلة حياة زوجية لا يرجى منها تحقيق المقاصد من الزواج شاءت الإرادة التشريعية أن تترك المجال رحبا للإرادة المنفردة لأحد الزوجين بإعطائه الحق في اللجوء إلى القضاء لإنهاء تلك الرابطة. فمنح المشرع للزوج الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة. وبالمقابل أجاز للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي دون موافقة الزوج.

وقد تبني المشرع الجزائري ما ذهب إليه أحكام الفقه الإسلامي من أن للزوج الحق في طلاقه لزوجته، وأدرج الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج كصورة من صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة (الفصل الأول).

وحتى لا تفرض على الزوجة حياة بائسة بسبب تسلط الزوج وظلمه أو بسبب كرهها له وخوفها من ألا تقيم حدود الله أجازت لها الشريعة الإسلامية إنهاء معاناتها عن طريق الخلع. وبدوره أجاز لها المشرع أن تلجأ للطلاق الخلعي لتضع به حدا لرابطة زوجية لم يعد يرجى منها تلك المقاصد السامية للزواج بموجب قانون الأسرة بدون موافقة الزوج (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

دعا الإسلام إلى الزواج ورغب فيه لما فيه من فوائد تعود بالنفع العام على الأفراد والمجتمع الإسلامي، ومقاصد يجب مراعاتها، كحفظ النسل والمساكنة، وإذ جعل منه عقدا على وجه الدوام، فإنه لم يغفل أن هذه الرابطة قد تتعرض لهزات تجعل من استمرارها أمرا غير متاح، فقد يكتشف أحد الزوجين أنه أساء الاختيار. وقد تطفو بوارد الشقاق والكراهية بين الزوجين، تصل إلى

حد القطيعة بينهما، لذلك شرع الطلاق وأباحه وجعله بيد الزوج. إذ من غير المعقول، أن يستمر هذا العقد بين زوجين يضمنان لبعضهما الكره والبغضاء، بل أنه من غير الممكن لأطفال يعيشون في كنف أسرة يسودها التوتر والنزاع أن ينشأوا نشأة سليمة لعدم توفر أهم أسبابها الهدوء والطمأنينة. ومثلما وضعت الشريعة الإسلامية لعقد الزواج أحكاما، نظمت كذلك الطلاق بإرادة الزوج المنفردة بجملة من الأحكام، وقانون الأسرة الجزائري بدوره تضمن قواعد قانونية تنظمه، ستكون محور الدراسة في الفصل الأول.

ومن جملة الأحكام الشرعية التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية تلك التي تختص بكل نوع من أنواع الطلاق، فالطلاق أنواع من حيث الأثر، ومن حيث الوصف الشرعي، ومن حيث التنجيز والتعليق والإضافة، ومن تلك الأحكام ما عنيت بوضع نظم من شأنها أن تنهي عقد الزواج، تتشابه مع الطلاق في مواضع وتختلف عنه في مواضع أخرى، لذلك تستدعي دراسة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بالضرورة أولا البحث في أنواعه، وتمييزه عن النظم المشابهة له (المبحث الأول).

وللطلاق في الشريعة الإسلامية أركان يقوم عليها، ولكل ركن شروط، وإضافة إلى ذلك وضعت له قيودا شرعية، كما قيده المشرع الجزائري بقواعد قانونية تضمنت أحكاما تحد من إرادة الزوج في إيقاعه، وعليه ينبغي دراسة تلك الأركان إضافة إلى تلك القيود الشرعية والقانونية التي تحد من إرادة الزوج المنفردة في إيقاعه (المبحث الثاني).

وأمام اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية بين من يذهب إلى القول بعدم توقف جواز الطلاق على سبب يقتضيه، وأن هناك من الأسباب ما تجعله واجبا أو مستحبا، ومن يرى بأنه ما شرع الطلاق إلا لضرورة أو حاجة، ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى اعتبار أن من يطلق زوجته بدون سبب يدعو إلى ذلك يعد من قبيل التعسف في استعمال الحق في الطلاق. وقد تبنت أغلب القوانين الأسرية العربية ومنها قانون الأسرة الجزائري هذا الرأي، فجعلت من هذا النوع من فك الرابطة الزوجية طلاقا تعسفيا (المبحث الثالث).

المبحث الأول

أنواع الطلاق وتمييزه عن النظم المشابهة له

قام فقهاء الشريعة الإسلامية بتقسيم الطلاق إلى عدة أنواع باعتبارها متنوعة¹، ووضعوا لكل نوع أحكاما شرعية تنظمه، وعلى أساس أن قانون الأسرة الجزائري يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، يثار التساؤل حول مدى تبنى هذا القانون لهذه الأنواع من الطلاق، كل هذا يدعو إلى التقصي حول هذه الأنواع في الشريعة الإسلامية وفي النظام القانوني الأسري في إطار محاولة الإحاطة بمفهوم واضح للطلاق (المطلب الأول).

إضافة إلى تنظيمه لطرق فك الرابطة الزوجية بما فيها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، تضمن قانون الأسرة الجزائري بعض النظم المشابهة له كالفسخ واللعان تلتقي في كونها من الوسائل الكفيلة بوضع حد لعقد الزواج، وتفترق في عدة أوجه، لذلك يعد التمييز بين الطلاق باعتباره محور البحث في هذا الفصل والفسخ، وبينه واللعان من مقتضيات المنهجية السليمة للبحث في مفهوم الطلاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أنواع الطلاق

ينقسم الطلاق إلى عدة أنواع، فمن حيث الأثر أو الرجعة ينقسم إلى رجعي وبائن، ومن حيث التنجيز والتعليق والإضافة ينقسم إلى منجز ومضاف إلى وقت ومعلق، كما ينقسم من حيث الوصف الشرعي أو الموافقة للسنة وعدمها إلى سني وبدعي. ولكل نوع من هذه الأنواع مفهوم وأحكام تميزه عن غيره، الأمر الذي يدعو إلى التساؤل التالي: ماهو مفهوم وأحكام كل من الطلاق الرجعي والبائن والطلاق المنجز والمضاف إلى وقت والمعلق والطلاق السني والبدعي؟

للإجابة على ذلك ينبغي دراسة مفهوم وأحكام الطلاق الرجعي والطلاق البائن (الفرع الأول) والطلاق المنجز والمضاف إلى وقت والمعلق (الفرع الثاني) والطلاق السني والبدعي (الفرع الثالث).

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 425.

الفرع الأول

أنواع الطلاق من حيث الأثر أو الرجعة

عندما يقع الطلاق قد يكون له أثر لا ينهي العلاقة الزوجية تماما، فتكون المطلقة في حكم الزوجة وللزوج أن يراجعها ويكون هذا الطلاق رجعيا. كما قد يكون له أثر ينهي العلاقة الزوجية وتصبح المطلقة أجنبية عن مطلقها لا يمكن أن يعيدها إلى عصمته إلا بشروط ويكون هذا الطلاق طلاقا بائنا.

إن محاولة التمييز بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن تقود إلى التساؤل عما هو مفهوم كل من الطلاق الرجعي والطلاق البائن؟ وما هي الأحكام التي تنظم كل نوع منهما؟
إن البحث في أنواع الطلاق من حيث الأثر أو الرجعة يستدعي دراسة مفهوم وأحكام كل من الطلاق الرجعي (أولا) والطلاق البائن (ثانيا).

أولا-الطلاق الرجعي:

الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يقتضي حل رباط الزوجية في المستقبل، بحيث يجوز للرجل أن يعيد زوجته قبل مجيء الوقت المستقبل¹. وعلى هذا الأساس يجوز للزوج الذي طلق زوجته بعد الدخول تحت ثلاث طلاقات، لم يسبقه طلاق أصلا، أو كان مسبقا بطلقة واحدة، أن يراجعها مادامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين وبدون رضاها لأن الرجعة في الواقع ما هي إلا استدامة الملك القائم، ولأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك والحل²، لقوله عز وجل: "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ"³. ويعرفه ابن رشد على أنه: "الطلاق الذي

¹ أنظر، عبدالفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص 25.

² الملك هو ما يملكه الزوج من الحقوق على زوجته و ما تملكه الزوجة عليه من الحقوق و الحل هو أن زوجته حلال له، أنظر، علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008، ص 192.

³ سورة البقرة، الآية 228.

يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها¹.
وقد أجمع الفقهاء على أن للزوج حق رجعة زوجته في الطلاق الرجعي مادامت في عدتها دون رضاها² مصداقا لقوله عز وجل "وبعولتهن أحق بردهن في ذلك"³، وقوله سبحانه وتعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"⁴، "فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا"⁵. ويقصد بالإمساك بالمعروف الرجعة⁶. وثبتت مشروعية الرجعية في السنة النبوية الشريفة حيث روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها ثم راجعها⁷. والحكمة من الرجعة أنه قد يطلق الرجل امرأته ثم يندم لقوله عز وجل "لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا"⁸، فالرجعة وسيلة جعلتها الشريعة الإسلامية السمحاء بيد الزوج لنتيح له التدارك وإنقاذ كيان الأسرة من الإختيار.

وفقا لما جاء في الفقه المالكي تكون الرجعة في طلاق غير بائن بخلع أو بت أو بكونه قبل الدخول⁹، أي في كل طلاق نقص عدده عن الثلاث ما لم يكن معه فداء أو لم يكن على وجه المبرأة أو الفدية إذا كانت الزوجة مدخولا بها، ما دامت في عدتها، وتكون العدة بثلاثة أقراء والأقراء هي الأطهار على مذهب الإمام مالك¹⁰.

¹ أنظر، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، 2009، ص 588.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 612؛ أنظر، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ط1، مكتبة السوادى، جدة، 2000، ص 357؛ أنظر، أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط1، ج4، دار القلم، دمشق، 1997، ص 376؛ أنظر، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة المسمى خلاصة المختصر ونقاوة المعتصر، ط1، دار المنهاج للنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص 494؛ أنظر، علاء الدين أوبوكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986، ص 181؛ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ط3، ج10، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، 1997، ص 553.

³ سورة البقرة، الآية 228.

⁴ سورة البقرة، الآية 229.

⁵ سورة البقرة، الآية 231.

⁶ علاء الدين أوبوكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ص 181.

⁷ رواه أبو داود، أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1258.

⁸ سورة الطلاق، الآية 1.

⁹ أنظر، أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج2، مؤسسة العصى للمنشورات الإسلامية، الجزائر، 1992، ص 175.

¹⁰ أنظر، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام، ط1، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 306.

أما الفقهاء الحنابلة فيرون أنه للزوج الذي طلق امرأته بعد الدخول أقل من ثلاث بغير عوض رجعتها ما دامت في العدة رضيت أم كرهت¹، وشروطها أن تكون بعد الدخول أو الخلوة، وأن يكون النكاح صحيحا، وأن يكون الطلاق دون الثلاث وأن يكون الطلاق بغير عوض². في حين يقول فقهاء الحنفية بأن الرجعة هي استدامة الملك القائم بلا عوض ما دامت في عدة الدخول حقيقة ومنعه من الزوال، حيث لا رجعة في عدة الخلوة³. أما فقهاء الشافعية فيرون أنه إذا طلق الحر امرأته بعد الدخول طليقة أو طلقتين، فله أن يراجعها قبل العدة، فإن انقضت العدة لم يملك رجعتها، وإن طلقها قبل الدخول لم يملك كذلك الرجعة⁴. وإذا اعترفت جميع المذاهب السنية بحق الزوج في رجعة زوجته المطلقة أثناء عدتها، فإن التساؤلات التي تطرح كيف نظمت تلك المذاهب الرجعة؟ وما هي آثار الطلاق الرجعي؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من الطلاق الرجعي؟ والإجابة على ذلك ستكون في ثنايا دراسة كيفية الرجعة (أ) والإشهاد عليها (ب) والبحث في آثار الطلاق الرجعي (ج) والطلاق الرجعي في القانون والقضاء الجزائريين (د).

أ- كيفية الرجعة:

تكون الرجعة من طلاق رجعي إما بالقول كقول الزوج ارتجعتك وراجعتك ورددتك ومسكتك⁵، أو بالفعل كالوطء والقبلة والمباشرة للذة وما أشبه ذلك⁶. وقد اختلف الفقهاء فيما تكون به الرجعة، حيث يرى الشافعية أن الرجعة لا تكون إلا بالقول فقط⁷، فحرموا إستمتاع

¹ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع... المرجع السابق، ص 357.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف... المرجع السابق، ج 5، ص 342.

³ أنظر، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبدالرحمن الحنفى الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار في فروع الفقه الحنفى، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص 228.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب... المرجع السابق، ج 4، ص 374.

⁵ أنظر، محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 5، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003، ص 24؛ أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة... المرجع السابق، ص 494؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع... المرجع السابق، ج 5، ص 342؛ أنظر، عبد الحميد الشرواني و أحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، ج 8، مطبعة مصطفى محمد، مصر د.س.ط، ص 147.

⁶ أنظر، ابن جزى، القوانين الفقهية، دار الكتب، الجزائر، 1987، ص 187.

⁷ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب... المرجع السابق، ج 4، ص 376؛ أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة... المرجع السابق، ص 494؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 612.

الزوج بمطلقة الرجعية¹، ولم يجيزوا له وطأها، جاء في الأم للإمام الشافعي: "قال وإذا جامعها بعد الطلاق ينوي الرجعة أو لا ينويها، فالجماع جماع شبهة لا حد عليهما فيه، ويعزر الزوج والمرأة إن كانت عاملة، ولها عليه صداق مثلها، والولد لاحق، وعليها العدة"²، فإذا وطئها ولم يراجعها حتى انقضت عدتها لزمه المهر، لأنهم يشبهون ذلك بوطء الشبهة، أما إذا راجعها فهناك روايتان: إحداهما: يجب المهر، لأنه وطء في نكاح قد تشعث³، وثانيهما لا يجب لأنه بالرجعة قد زال التشعث⁴.

ويرى مالك وأصحابه أن الرجعة تكون بالقول والفعل مع نية الرجعة⁵، حيث يعتبرون المطلقة الرجعية كالزوجة في ثبوت النفقة والكسوة والإرث إلا في تحريم الإستمتاع والدخول عليها والأكل معها⁶، إذ جاء في المدونة أنه لا يدخل عليها ولا يأكل معها ولا يرى شيئاً من شعرها، ولا ينظر إليها أو إلى شيء من محاسنها تلذذا وإن كان يريد مراجعتها حتى يراجعها، وإذا وطئها في العدة وهو يريد بذلك الرجعة وجعل أن يشهد فهي رجعة وإلا فليست برجعة له⁷.
أما أبوحنيفة، فيقول بأن الرجعة تكون بالقول وبالفعل مع النية وبدونها⁸، فإذا وطئها، أو لمسها لشهوة كان مراجعاً له، أما إذا لمسها لغير شهوة فهو غير مراجع لها⁹، فعند الحنفية الطلاق

¹ أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة...، المرجع السابق، ص 494؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 6، دار المعرفة، بيروت، ص 19.

² أنظر، محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 6، ط 1، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 2001، ص 621.

³ شعث من باب تعب تغير وتلبد لقلة تعهده بالدهن، والشعث أيضا الإنتشار والتفرق كما يتشعث رأس السواك، وفي الدعاء "لم الله شعثكم" أي جمع أمركم؛ أحمد بن محمد بن علي بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص 120.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 375.

⁵ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 612؛ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 175، 176؛ أنظر، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى رواية سحنون بن سعيد التنوخي، ج 2، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 232؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ص 307؛ أنظر، تاج الدين بھرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المالكي، الدرر في شرح المختصر، ط 1، دار النوادر، لبنان، بيروت، 2014، ص 1131، 1132.

⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، ج 1، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1988، ص 545؛ تاج الدين بھرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المالكي، المرجع السابق، ص 1137.

⁷ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 7، 232.

⁸ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 612؛ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 228.

⁹ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج 3، ص 182؛ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 229؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 19.

الرجعي لا يحرم الوطاء وقد استشهدوا في ذلك بقوله عز وجل: "وبعولتھن أحق بردهن" فالبعل هو الزوج، والمباعدة هي المجامعة وفي ذلك إشارة إلى أن وطاء المطلقة الرجعية حلال¹.

في حين يرى الحنابلة أن الرجعة تكون بالوطء بالنية وبدونها²، إذ أنه يباح في مذهبهم لزوج المطلقة الرجعية وطؤها والخلوة بها والسفر بها، ولها أن تتزين له، وعلى خلاف الحنفية لا تعتبر مباشرتها بالقبلة واللمس والنظر إلى فرجها بشهوة والخلوة بها والحديث معها مراجعة لأن كل ذلك لا يرقى أن يكون وطئا³.

ومجمل القول في هذه المسألة ما جاء به ابن رشد الحفيد: "وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة، فإن قوما قالوا لا تكون الرجعة إلا بالقول فقط، وبه قال الشافعي، وقوم قالوا: تكون رجعتها بالوطء، وهؤلاء انقسموا إلى قسمين: فقال قوم: لا تصح الرجعة بالوطء إلا إذا نوى بذلك الرجعة، لأن الفعل عنده ينتزل منزلة القول مع النية، وهو قول مالك، وأما أبو حنيفة، فأجاز الرجعة بالوطء إذا نوى بذلك الرجعة ودون النية، فأما الشافعي، فمقاس الرجعة على النكاح وقال: قد أمر الله بالإشهاد، ولا يكون الإشهاد إلا على القول"⁴.

إضافة إلى تعرض المذاهب السنية الأربعة إلى كيفية الرجعة، أخذت مسألة الإشهاد على الرجعة حيزا من إهتمام فقهاءها، واختلفوا في ذلك، فكيف كانت مواقفهم من هذه المسألة؟

ب- الإشهاد على الرجعة:

يندب الإشهاد على الرجعة عند المالكية⁵، ويجب عند الشافعية⁶ في القديم، لقوله عز

¹ شمس الدين السرخسي، المبسوط... المرجع السابق، ج6، ص 19.

² موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع... المرجع السابق، ص 357؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع... المرجع السابق، ج 5، ص 343؛ أنظر، بماء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المكتبة العصرية، بيروت، 1997، ص 410؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 559.

³ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع... المرجع السابق، ج 5، ص 343؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 560؛ أنظر، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج9، ط1، ص 156.

⁴ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 612.

⁵ أحمد الدردير، الشرح... المرجع السابق، ج2، ص 178؛ تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المالكي، المرجع السابق، ص 1140.

⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 612؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 559؛ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع

وجل: "فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ"¹، إذ يقول ابن رشد: " فأما الإشهاد فذهب مالك أنه مستحب، وذهب الشافعي أنه واجب"². وقال الشافعي أنه ينبغي لمن راجع أن يشهد شاهدين عدلين على الرجعة³، ويندب في الجديد⁴ وأصح القولين أنه تصح من غير إشهاد⁵، ويستحب عند الحنفية⁶ لأن الرجعة حسبهم هي استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك على نقيض الشافعي الذي يراها بأنها استدامة من وجه وإنشاء من وجه لأن الملك عنده قائم من وجه زائل من وجه. أما الحنفية، فالملك عندهم قائم من كل وجه لذلك لا يشترطون الشهادة لجواز الرجعة في حين يشترطها الشافعي لذلك⁷، وتستحب الشهادة كذلك عند الحنابلة. فالإحتياط أن يشهد، والإشهاد ليس بشرط للرجعة، لأنها تتم بدون رضا الزوجة، وهي لا تفتقر بذلك إلى قبول، فلم تفتقر إلى شهادة، كسائر حقوق الزوجة، ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد، غير أنه يستحب⁸.

تترتب على الطلاق الرجعي آثار تختص به، وتميزه عن الطلاق البائن، فما هي هذه الآثار؟

ج- آثار الطلاق الرجعي:

الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات⁹ التي يملكها الزوج، فإن كانت الطلقة الأولى بقيت له طلقتان، وإن كانت الطلقة الثانية بقيت له طلقة واحدة، وبانتهاء العدة تنتهي الرابطة الزوجية. فإذا انتهت عدتها ولم يرجعها قبل انتهائها في الطلاق الأول والثاني تبين بينونة صغرى، وفي الطلاق الثالث تبين بينونة كبرى بمجرد وقوعه حيث لا يمكن له إرجاعها في العدة، ولا يحل بالطلاق

السابق، ج3، ص 181؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج6، ص 19؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 559.

¹ سورة الطلاق، الآية2.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 612.

³ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج6، ص 623.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 378؛ عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المنهاج...، المرجع السابق، ج8، ص 148.

⁵ أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة...، المرجع السابق، ص 494.

⁶ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 229؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج6، ص 19.

⁷ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 181.

⁸ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 342، 343.

⁹ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 180.

الرجعي المؤجل من المهر لأحد الأجلين: الموت أو الطلاق، والمطلقة طلاقاً رجعياً يلحقها طلاق الرجل وظهاره وإيلاؤه ولعانه¹.

أما الخلع فيلحق المطلقة رجعياً حسب الحنابلة² والشافعية في رواية ولا يلحقها في رواية أخرى³، ويرث أحدهما صاحبه إذا مات في العدة⁴. كما أن للمطلقة طلاقاً رجعياً أثناء عدتها الحق في النفقة والكسوة والسكن⁵، إذ يقول ابن قدامة: "والرجعية زوجة يلحقها طلاقه، وظهاره، وإيلاؤه، ولعانه، ويرث أحدهما صاحبه، بالإجماع، وإن خالعهما صح خلعه، وقال الشافعي، في أحد قولي: لا يصح، لأنه يراد للتحريم، وهي محرمة، ولنا أنها زوجة صح طلاقها"⁶.

بعد الوقوف على الأحكام الشرعية للطلاق الرجعي، ينبغي الإجابة عن التساؤل التالي: هل اعترف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي؟

د- الطلاق الرجعي في القانون والقضاء الجزائريين:

خلافاً لما جاء به الفقه الإسلامي لم ينص المشرع الجزائري صراحة على الطلاق الرجعي، ومرد ذلك إلى أنه لم ينظم الطلاق الذي يتلفظ به الزوج خارج أروقة المحاكم بنصوص قانونية مثلما فعل بعض المشرعين العرب⁷. ورغم ذلك، فإنه أشار إلى إمكانية المراجعة في المادة 50 من قانون

¹ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 374؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 343، موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 554.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 343، موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 554.

³ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 375؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 554.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 375؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج6، ص 24؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 343، موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 554.

⁵ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 178؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 554؛ تاج الدين بمرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المالكي، المرجع السابق، ص 1137.

⁶ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 554.

⁷ خلافًا للمشرع الجزائري، تبني المشرع السوري الطلاق الرجعي في نص المادة 94 من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على أنه: "كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل ومانص على كونه بائناً في هذا القانون"، وبينت حكمه في المادة 118 من نفس القانون التي جاء فيها أن: "الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط. تبين المرأة و تنقطع الرجعة بإقتضاء عدة الطلاق الرجعي". و لم يختلف موقف المشرع المصري من الطلاق الرجعي عن موقف المشرع السوري حيث نصت المادة 5 من القانون المصري على أنه: "كل طلاق يقع رجعياً الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما

الأسرة والتي جاء فيها: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". وهذا النص يدعو إلى التساؤل عن موقف المشرع الجزائري من الطلاق الرجعي، حيث يرى الأستاذ المصري مبروك أنه في نظر المشرع الجزائري أن حكم القاضي بالطلاق هو الفيصل في الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى، فكل طلاق قبل حكم القاضي رجعي، وكل طلاق بعد حكم القاضي بائن. ويرى أن هذا التقسيم منطقي بالنسبة لما ورد في نص المادة 49 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر"، ليتساءل أخيراً: "فمن أين أتى بهذه الأحكام؟ أمن الفقه الإسلامي؟ فهذا مالم يقل به أحد من سلف الأمة ولا من خلفها. أم أنه استأنس بالقانون الفرنسي الذي يجعل الطلاق أمام القاضي وبیده؟"¹.

أما الأستاذ عمر زودة، فيرى أنه وحتى يمكن معرفة موقف المشرع الجزائري من الطلاق الرجعي، ينبغي التفرقة بين الرجعة التي تقع أثناء محاولة الصلح وتلك التي تقع بعد الإعلان عن الطلاق، حيث يرى أن: "الرجعة التي تقع قبل الإعلان عن الطلاق من قبل القاضي لا تدخل في مفهوم الرجعة التي يملكها الزوج في الطلاق الرجعي، لأن الطلاق لم يقع بعد وتبعاً لذلك يستطيع الزوج أن يعيد الزوجة إلى بيت الزوجية في أي وقت مادامت العلاقة الزوجية ما تزال قائمة"².

أما بخصوص الرجعة التي تقع بعد الإعلان عن الطلاق، فيرى الأستاذ عمر زودة أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الرجوع الذي يقع بعد صدور الحكم بالطلاق بناء على إرادة الزوج والذي تكون فيه الفرقة دائماً رجعية مالم تكن مكتملة للثلاث، ومن ثمة يحق للزوج أن يراجع زوجته دون الحاجة إلى عقد جديد. والرجوع الذي يقع بعد الفرقة التي تقع بناء على طلب الزوجة في حدود ما ورد في المادة 53 من قانون الأسرة والتي تقع بائنة، بحيث إذا أراد الزوجان استئناف الحياة الزوجية، فهما يحتاجان إلى عقد جديد، غير أن المشرع الجزائري نص صراحة على أنه من راجع

نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم 25 لسنة 1920". كما نظم المشرع المغربي الطلاق الرجعي في المادة 123 من مدونة الأسرة التي نصت على أن: "كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالإتفاق والخلع والمملك"، وفي المادة 124 من المدونة التي نصت على أنه: "للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة. إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقاً رجعياً أشهد على ذلك عدلين، ويقومان بإخبار القاضي فوراً. يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه".

¹ أنظر، المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 141.

² أنظر، عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، انسكلوبيديا، الجزائر، 2003، ص 35.

زوجته، بعد صدور الحكم بالطلاق، فيحتاج إلى عقد جديد، سواء كان طلاقاً صادراً بناءً على إرادة الزوج أو تطبيقاً بناءً على طلب الزوجة. وبذلك يكون قد سلب من الزوج أحد حقوقه الإرادية، والمتمثل في حقه في إرجاع زوجته أثناء عدة الطلاق الرجعي دون الحاجة إلى عقد ومهر جديدين، وهذا الحكم مخالف لما استقر عليه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن الطلاق الذي يصدر بناءً على إرادة الزوج يقع رجعيًا¹.

أما الأستاذة عبد العزيز سمية فقد خلصت إلى أن قانون الأسرة الجزائري لا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة ما دامت القاعدة العامة تقضي بأن طلاق القاضي طلاق بائن ولا يقبل الطعن بالإستئناف².

وعطفاً على ما سبق ذكره، يمكن القول أن المشرع الجزائري في المادة 50 من قانون الأسرة لا يعترف إلا بالطلاق الذي يكون بموجب حكم قضائي، فمراجعة الزوج لزوجته قبل صدور الحكم أثناء محاولة الصلح لا تحتاج إلى عقد جديد، والمراجعة هنا لا يقصد بها الرجعة في طلاق رجعي لأنها في هذه الحالة ما هي في الواقع إلا استمرار للحياة الزوجية لعدم وقوع الطلاق بموجب حكم قضائي كما يقتضيه قانون الأسرة، لذلك لا يحتاج الزوج إلى عقد جديد.

أما من راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق فيحتاج إلى عقد جديد، بحيث اعتبر المشرع الجزائري في هذه الحالة الطلاق الصادر بموجب حكم قضائي طلاقاً بائناً، ومن ثمة فهو لا يعترف بالطلاق الرجعي رغم أنه رتب أحد آثاره على الطلاق الصادر بموجب الحكم القضائي، وذلك بموجب المادة 132 والتي نصت على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث". فإذا كانت وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق تتيح للزوج الحي منهما الميراث، وهذا لا يثير أي إشكال في الحالة التي لم يكن الزوج قد تلفظ فيها بالطلاق. أما إذا تلفظ الزوج بالطلاق وانقضت العدة ثم توفي قبل صدور الحكم بالطلاق، فإن الزوجة تكون قد بانث شرعاً، وبالتالي شرعاً لا ترثه، أما إذا كانت الوفاة في عدة الطلاق بموجب حكم القاضي الذي يكون بائناً، فإن الزوجة المطلقة ترثه، وهذا مخالف للأحكام الشرعية التي تقضي بأنه لا يرث الحي من الزوجين الميراث إذا كانت الوفاة في عدة من طلاق بائن.

¹ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 37، 38.

² أنظر، عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية و آثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في القانون فرع عقود، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محمد أولحاج البويرة، 2015، ص 123.

وإجمالاً يمكن القول أن المشرع الجزائري جاء بأحكام حرمت الزوج من حقه في مراجعة زوجته في الطلاق الرجعي، دون عقد جديد وبدون رضاها، وألغت مرحلة من المراحل التي وضعتها الشريعة الإسلامية للطلاق والتي تمثلت في وقوعه رجعيًا، فبائنا بينونة صغرى، ثم بائنا بينونة كبرى، والتي تهدف إلى إعطاء الزوج فرصة إرجاع زوجته حفاظًا على استقرار وتماسك الأسرة. وبذلك يكون قد خالف الشريعة الإسلامية في مسألتين: المسألة الأولى اعتباره للطلاق الذي يكون بالإرادة المنفردة للزوج طلاقًا بائنًا، وهو في حقيقة الأمر طلاق رجعي ما لم يكن مكملًا للثلاث، والمسألة الثانية، استحقاق الحي من الزوجين للميراث في العدة من طلاق بائن، خلافًا لما يراه فقهاء الشريعة الإسلامية. لذلك يستحسن أن يقوم المشرع الجزائري بإعادة صياغة هذه الأحكام وفقًا لمقتضيات أحكام الشريعة الإسلامية بدءًا من الإقرار بالطلاق اللفظي للزوج إلى غاية اعتباره طلاقًا رجعيًا ما لم يكن مكملًا للثلاث يترتب الآثار التي سبق الإشارة إليها.

وكان للمحكمة العليا موقف واضح بشأن الطلاق الرجعي، حيث اعترفت للزوج بحقه في مراجعة زوجته أثناء عدتها بدون عقد ومهر جديدين، وبدون رضاها، وهو ما ينسجم مع أحكام الشريعة الإسلامية. ويمكن الوقوف على ذلك من خلال قراءة القرار الصادر بتاريخ 10 فبراير 1986 الذي قضى بأنه: "من المتفق عليه فقهاء وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق.

أما الطلاق البائن، فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها.

إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقًا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقًا بائنًا¹.

كما قضى قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 09 ماي 2007 بأن: "مراجعة الزوج زوجته خلال فترة العدة، جائز شرعًا وقانونًا، ما دامت العصمة بيده"².

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 10/02/1986، ملف رقم 39463، المجلة القضائية، 1989، عدد 1، ص 115.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 09/05/2007، ملف رقم 395557، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 2، ص 299.

تجدر الإشارة إلى أن هذا القرار رفض الطعن بالنقض الذي تقدمت به الطاعنة بواسطة وكيلها المحامي ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة والذي قضى بإلغاء الحكم المستأنف فيه والقضاء من جديد بإلزام المدعية في الطعن بالرجوع إلى البيت الزوجي مع إلزام المدعى عليه في الطعن بأن يدفع لها نفقة إهمال بواقع 2000 دينار جزائري شهريا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية الرجوع الفعلي أو الإمتناع، وقد استندت في طعنها الرامي إلى نقض القرار المطعون فيه على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: المأخوذ من انعدام الأساس القانوني للقرار وفقا للمادة 233 ف3 من قانون الإجراءات المدنية: إن إلزام المجلس الطاعنة بالرجوع مسببا قراره بكون العصمة بيد الزوج رغم أن الطاعنة أثبتت تلفظ الزوج بالطلاق في تصريحاته الموجودة في مذكراته الجوابية، وما دام أن الطلاق قد وقع فإنه يستوجب توافر إرادتين متطابقتين بمواصلة الحياة الزوجية وليس إرادة الزوج فقط، لذلك اعتبرت الطاعنة أن تسبب المجلس لقراره دون أساس قانوني وبذلك يكون قد خالف الصواب مما يعرضه للنقض.

الوجه الثاني: المأخوذ من قصور الأسباب وفقا للمادة 233 ف3 من قانون الإجراءات المدنية:

بدعوى أن المجلس سبب القرار المطعون فيه تسبب واحد وهو كون العصمة بيد الزوج وليس أي نص قانوني يفيد ذلك مما يتعين نقض القرار محل الطعن.

الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة في تطبيق القانون الداخلي المتعلق بالأحوال الشخصية وفقا للمادة 233 ف5 من قانون الإجراءات المدنية: إدعت فيه الطاعنة أن التسبب الوحيد للقرار المطعون فيه خالف تطبيق القانون الداخلي المتعلق بالأحوال الشخصية أمام إلزام الطاعنة بالرجوع إلى البيت الزوجي رغم أنها محرمة شرعا وقانونا أمام ثبوت قيام المطعون ضده بالطلاق وهنا يفترض أخذ إرادة الطاعنة ومدى استعدادها للرجوع وليس فقط إرادة الزوج.

لتقرر المحكمة العليا أن القرار المطعون فيه جاء معللا ومؤسسا بما فيه الكفاية وذلك لأن المطعون ضده أي الزوج تمسك بالرجوع ما دامت العصمة بيده وأن الطلاق الذي صدر منه رجعي ما دام تراجع عن ذلك وسعى إلى إرجاعها في خلال مدة عشرين يوما قبل فوات مدة العدة شرعا، حيث أن قضاة الإستئناف طبقوا القانون تطبيقا سليما لما قضوا باستئناف الحياة

الزوجية لأن العصمة بيد الزوج وأن الطلاق لم يقع لذلك قررت المحكمة العليا رفض الطعن بالنقض موضوعاً.

إن أهم ما يمكن استخلاصه من هذا القرار هو أنه اعترف بالطلاق الرجعي وبحق الزوج في مراجعة زوجته دون حاجة إلى عقد ومهر جديدين وبدون رضاها، وأكثر من ذلك فقد اعترف بالطلاق الذي تلفظه الزوج، وبذلك يكون هذا القرار قد تبنى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة وكونه رجعي ما لم يكن مكملًا للثلاث.

ثانياً- الطلاق البائن:

هو الطلاق الذي لا يملك الزوج فيه أن يرجع زوجته إليه بعد طلاقها إلا بعقد ومهر جديدين، سواء كانت في عدتها أم بعد انتهاء عدتها¹، يقول ابن رشد: "وأما الطلاق البائن: فإنهم اتفقوا على أن البينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول، ومن قبل عدد التطبيقات، ومن قبل العوض في الخلع، على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتي بعد. واتفقوا على أن عدد الذي يوجب البينونة في طلاق الحر ثلاث تطبيقات إذا وقعت مفترقات"²، وينقسم الطلاق البائن إلى طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى.

أ- الطلاق البائن بينونة صغرى:

الطلاق البائن بينونة صغرى هو ذلك الطلاق الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين³، وبما أنه يزيل قيد الزوجية بمجرد صدوره، فإن المطلقة تصير أجنبية عن زوجها، فإذا أعادها عادت بما تبقى من عدد الطلقات⁴. ويكون الطلاق بائناً بينونة صغرى وفقاً للمذهب الحنفي طلاق غير المدخول بها: لأن المطلقة قبل الدخول لا تعدد لقوله عز وجل: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا"⁵، ولا يكون في هذه الحالة

¹ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 180.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 588.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 432.

⁴ أنظر، السيد سابق، فقه السنة، ج 2، نظام الأسرة-الحدود و الجنايات، ط 1، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 1977، ص 237.

⁵ سورة الأحزاب، الآية 49.

الطلاق رجعيًا لانتفاء العدة، وإذا كان الطلاق على مال، والطلاق بالكناية المقترن بلفظ ينبئ عن الشدة أو البينونة أو الحرمة¹.

بينما حسب فقهاء المالكية يكون الطلاق البائن بينونة صغرى في طلاق غير المدخول بها، وطلاق الخلع، والمبارأة وهي التي يملكون بها المرأة أمر نفسها ويجعلونها واحدة بائنة من غير خلع، وما عدا ذلك فطلاق رجعي². ويتفق الشافعية والحنابلة مع المالكية على أن الطلاق البائن هو كل طلاق قبل الدخول، أو كان على مال كالخلع، ما عدا المبارأة، وما عدا ذلك فهو طلاق رجعي³. وبناء على ما سبق ذكره، يمكن القول أن الفقهاء قد اتفقوا على أن طلاق غير المدخول بها، والطلاق الرجعي الذي انتهت فيه العدة دون مراجعة الزوج زوجته ما لم يكن مكملًا للثلاث، هو طلاق بائن بينونة صغرى. أما الطلاق على مال فهو عند جمهور الفقهاء طلاق بائن بينونة صغرى، بينما ذهب بعض الفقهاء إلى القول أنه طلاق رجعي، في حين ذهب البعض إلى القول أنه فسخ⁴ كما سيأتي عرضه في فصل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة.

من آثار الطلاق البائن بينونة صغرى زوال الملك لا الحل بمجرد صدوره، ونقص عدد الطلقات، ومنع التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما قبل الآخر قبل انتهاء العدة أو بعدها. كما لا يصح ظهار الزوج وإيلاؤه ويجري اللعان بينهما⁵، ولا يحل له الإستمتاع بها ويحل بالطلاق البائن الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين الموت أو الطلاق⁶. وللزوج أن يعيد المطلقة طلاقًا بائنًا بينونة صغرى إلى عصمته بعقد ومهر جديدين، ويملك الزوج على زوجته ما بقي من طلقات، ولا تجب على الزوج النفقة للزوجة المطلقة طلاقًا بائنًا بينونة صغرى⁷، حيث يقول ابن جزي: "فإذا انقضت العدة بانته منه فلم يملك رجعتها إلا بإذنها وسقطت عنه النفقة والكسوة، وأما البائن فتبين منه ساعة الطلاق"⁸.

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 432.

² ابن جزي، المرجع السابق، ص 181.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 436.

⁴ عبدالرحمن الصابوني، مدى حرية... المرجع السابق، ص 146.

⁵ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج 3، ص 187.

⁶ السيد سابق، المرجع السابق، ص 237.

⁷ أنظر، طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 106.

⁸ ابن جزي، المرجع السابق، ص 181.

من خلال استقراء ما جاء في المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري: "... ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، يتبين أن المشرع الجزائري يعتبر حكم القاضي بالطلاق بجميع صورته سواء كان طلاقاً بالإرادة المنفردة للزوج أو طلاقاً بالتراضي أو بالتطليق أو الخلع طلاقاً بائناً بينونة صغرى، مع الإشارة إلى أنه لا يعترف إلا بالطلاق الذي يقع بحكم القاضي¹، ويترتب على ذلك أن الزوج لا يستطيع إرجاع زوجته إلى عصمته إلا بعقد جديد. ويكون المشرع الجزائري بذلك قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية بجعل طلاق الزوج بإرادته المنفردة طلاقاً بائناً، لأنه شرعاً كما سبقت الإشارة إليه طلاق رجعي ما لم يكن مكملًا للثلاث.

وقد قضى قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 20 فبراير 1991 على أنه: "من المقرر قانوناً أنه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الطاعن راجع مطلقته بعقد جديد متوافر على جميع أركان الزواج حسب المادة 50 من قانون الأسرة أصبح واجباً نقض الحكم المطعون فيه بدون إحالة لعدم جدية بقاءه"².

ب- الطلاق البائن بينونة كبرى:

أما الطلاق البائن بينونة كبرى فهو باتفاق الفقهاء³ الطلاق المكمل للثلاث، وهو يزيل الملك والحل⁴، ولا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها أو يموت عنها، بعد انقضاء عدتها منه⁵، مصداقا لقوله عز وجل: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"⁶، ولما روته عائشة: أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن رفاعة طلقني، فبت في طلاق، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي، وإنما معه مثل، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى يذوق"

¹ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 37.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/02/20، ملف رقم 73630، المجلة القضائية، 1993، عدد 3، ص 60.

³ ابن جزري، المرجع السابق، ص 181؛ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج 3، ص 187.

⁴ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج 3، ص 187.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 432.

⁶ سورة البقرة، الآية 230.

عسيلتك، وتدوقي عسيلته"¹. ويجب ألا يكون ذلك الزواج بنية تحليلها، لأنه جاء عن عبد الله بن مسعود: "لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحل والمحلل له"².

ويرتب الطلاق البائن بينونة كبرى جميع آثار الطلاق البائن بينونة صغرى³ إلا في أمرين: الأول: أن البينونة الكبرى لا محل بعدها بالإتفاق لوقوع طلاق آخر، والثاني: أن المرأة في البينونة الكبرى لا يمكن أن ترجع إلى زوجها الأول حتى تتزوج بزواج آخر غير⁴.

أما في قانون الأسرة، فقد نصت المادة 51 منه على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". ويكون بذلك المشرع الجزائري قد اعتبر أن صدور ثلاث أحكام متتالية بطلاق الزوج لزوجته بمثابة ثلاث طلاقات متتالية، مما يترتب عليه وقوع الطلاق بائنا بينونة كبرى. وبذلك لا يستطيع الزوج مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلا آخر بعده، ويدخل بها، ويطلقها أو يتوفى عنها بعد انتهاء عدتها.

غير أنه يكتنف موقف المشرع الجزائري نوع من الغموض في هذه المسألة، فهو لم يوضح صراحة على أن يقصد بمن طلقها ثلاث مرات متتالية صدور ثلاثة أحكام من جهة ولم يبين من جهة أخرى موقفه بشأن هذا النوع من الطلاق إذا وقع باللفظ المتكرر ثلاث مرات أو إشارة، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ بن شويخ الرشيد: "ونرى أنه يعتبر اللفظ المقترن بعدد الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة، خصوصا وأن الطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بواسطة حكم قضائي، ولا يثبت إلا من خلاله"⁵. أما الأستاذ المصري المبروك فيرى أنه: "فهو يقرر بأن الطلاق الثلاث تحرم به الزوجة، ولا يجوز مراجعتها إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر ثم يطلقها أو يموت عنها بعد البناء. وهذا الحكم في مجمله موافق للشريعة الإسلامية. أما فيما يخص الطلاق الثلاث بلفظ واحد (طالق ثلاث) والطلاق المتتابع (أنت طالق أنت طالق أنت طالق) وطلاق المعتدة، فلم يأت النص عليها

¹ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح...، المرجع السابق، حديث رقم: 5260، ص 1340؛ أنظر، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيرها، ويأها، ثم يفارقها، وتنقض عدتها، حديث رقم: 111، ص 652

² أنظر، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصحيح و هو سنن الترمذي، حديث رقم: 1120، ج 3، ط 1، مطبعة مصطفى الباني الحلبي وأولاده، مصر، 1968، ص 419.

³ السيد سابق، المرجع السابق، ص 238.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 441.

⁵ أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 178.

في هذا القانون مع أنه قد نص على (ثلاث مرات متتالية) فماذا يقصد بهذه العبارة؟"، ليخلص في الأخير إلى القول بأن الظاهر أن المشرع الجزائري يقصد بذلك أن يطلق الزوج ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق، ومعنى هذا حسبه أنه لم يشر إلى قضية الطلاق الثلاث بلفظ واحد والطلاق المتتابع¹.

والواضح انطلاقاً من فلسفة المشرع الجزائري التي تشترط أن يثبت الطلاق بحكم قضائي أنه قصد من تبنيه في المادة 51 لأحد آثار الطلاق البائن التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، أن الزوج يستطيع مراجعة زوجته بعقد جديد بعد الطلاق القضائياً لأول، وبعد الطلاق القضائي الثاني، والذي يكتسي كل منهما وصف الطلاق البائن بينونة صغرى. أما بعد الطلاق الثالث بموجب حكم قضائي الذي يليهما، فلا يمكن له مراجعتها إلا بالشروط التي نصت عليها المادة 51 ق.أ، وبذلك تبين الزوجة بينونة كبرى. فالمشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق اللفظي، ومن ثمة فهو لم يتطرق إلى الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو متتابع، خلافاً للمشرع المصري والمغربي الذان اعترفاً بالطلاق الشفهي، والذان نظماً الطلاق اللفظي المقترن بعدد بموجب المادة 3 من قانون الأحوال الشخصية المصري والتي نصت على أن: "الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة"، وبموجب المادة 92 من مدونة الأسرة المغربية التي نصت على أن: "الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحداً".

إضافة إلى تقسيمهم للطلاق إلى طلاق رجعي وطلاق بائن، ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين أنواع الطلاق من حيث الصيغة.

الفرع الثاني

أنواع الطلاق من حيث الصيغة

الأصل في الطلاق في الشريعة الإسلامية أنه يقع لفظاً بالصيغة الدالة عليه من الزوج الذي يكون أهلاً لإيقاعه، والصيغة قد تكون منجزة فيكون الطلاق منجزاً، وقد تكون مضافة إلى زمن فيكون الطلاق مضافاً لا يقع إلا ببلوغ ذلك الزمن، كما قد تكون معلقة فيكون الطلاق معلقاً على شرط.

وعلى هذا الأساس ينقسم الطلاق من حيث الصيغة إلى طلاق منجز، وطلاق مضاف،

¹ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 159.

وطلاق معلق¹، فما هو مفهوم كل من هذه الأنواع من الطلاق من حيث الصيغة؟
للإجابة على هذا التساؤل ينبغي البحث في مفهوم كل من الطلاق المنجز (أولاً)، والطلاق
المضاف (ثانياً)، والطلاق المعلق (ثالثاً).

أولاً: الطلاق المنجز:

هو الطلاق الذي خلت صيغته من الإضافة أو التعليق²، والصيغة المنجزة هي التي ليست
معلقة على شرط، ولا مضافة إلى زمن مستقبل، بل يكون قصد من أصدرها وقوع الطلاق في
الحال³، أي تنجيزه. والمراد بتنجز الطلاق تحقيقه في الحال، فالطلاق المنجز هو الأصل في الطلاق
لأن الحاجة التي شرع الطلاق لها تقتضي تنجيزه⁴، كقول الزوج لزوجته: أنت طالق، أو مطلقة أو
طلقتك، فيقع بمجرد التلفظ به وتترتب آثاره بمجرد صدوره متى صادف زوجاً أهلاً لإيقاع الطلاق
وزوجة محلاً لوقوعه⁵.

ثانياً: الطلاق المضاف:

هو ما اقترنت صيغته بوقت يقصد وقوع الطلاق فيه⁶، فقد تكون الإضافة إلى وقت في
المستقبل⁷، كما قد تكون إلى وقت في الماضي⁸:

أ- الطلاق المضاف إلى وقت في المستقبل:

وهو الطلاق الذي اقترنت صيغته بوقت في المستقبل، كأن يقول الرجل لزوجته أنت طالق
غداً، أو آخر الشهر، أو في الشهر القادم، وحكمه عند الأحناف⁹ وقوع الطلاق عند مجيء أول
جزء من أجزاء الزمن الذي أضيف إليه¹⁰، بشرط أن يكون الزوج أهلاً للطلاق¹ وأن تكون المرأة

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 441.

² أنظر، محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 66.

³ السيد سابق، المرجع السابق، ص 222.

⁴ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 254.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 441.

⁶ محمد أحمد سراج ومحمد كمال، المرجع السابق، ص 66؛ السيد سابق، المرجع السابق، ص 224.

⁷ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 441.

⁸ أنظر، أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطبيق و آثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 130.

⁹ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفى الحصكفي، المرجع السابق، ص 209.

¹⁰ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 441.

محلا لوقوع الطلاق عليها عند صدور صيغة الطلاق المضاف، وأن تظل المرأة كذلك حتى حلول الوقت الذي أضيف إليه الطلاق، وهي قبل ذلك زوجة تحكمها جميع قواعد الحياة الزوجية². وإلى ذلك ذهب الشافعية³ والحنابلة⁴. وخلافا لذلك، ذهب المالكية إلى القول بوقوع الطلاق المضاف إلى أجل يبلغه العمر عادة، في الحال أي طلاقا منجزا⁵.

ب-الطلاق المضاف إلى وقت في الماضي:

وهو الطلاق الذي اقترنت صيغته بوقت في الماضي، ومثاله كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق أمس، إذ يميز الأحناف في هذه الحالة بين أمرين الأول أنه إذا كان الزوج يملك إيقاع الطلاق، وقع طلاقه في الحال، كمن قال لزوجته التي تزوجها أول أمس: أنت طالق أمس، فيقع طلاقه لأنه في أمس كان يملك إيقاع طلاقه عليها، ويعتد بوقت صدور لفظ الطلاق، والثاني إذا قال لزوجته أنت طالق وتزوجها اليوم كان طلاقه لغوا لأنه لا يملك إيقاع الطلاق عليها قبل أن يتزوجها⁶. أما عند الشافعية فإما أن يقصد أن يقع الطلاق في الحال ففي هذه الحالة يقع في الحال، أو يقصد أنها طلق أمس وهي الآن معتدة فيصدق بيمينه وتكون عدتها من أمس إن صدقته ومن وقت الإقرار إن كذبت⁷.

¹ أنظر، أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ط1، ج2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 72.

² وإن قال لها أنت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد، وذلك بوقوعه في أول جزء منه، فإن نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء"، أنظر، أبو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي، الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية، ط1، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2006، ص 186؛ محمد أحمد سراج ومحمد كمال، المرجع السابق، ص 66.

³ قال أنت طالق في شهر كذا، أو في غرته، أو أوله.. وقع بأول جزء منه"، أنظر، محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ط1، دار المنهاج للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005، ص 423؛ " إذا قال: أنت طالق في غد، طلقت بطلوع فجره" أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 343.

⁴ "ومتى جعل زنا ظرفا للطلاق، وقع الطلاق في أول جزء منه، مثل أن يقول: أنت طالق اليوم، أو غدا، أو في سنة كذا، أو شهر المحرم لما ذكرنا"، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 409.

⁵ ابن جزري، المرجع السابق، ص 185؛ جاء في الشرح الصغير: "كقوله لها: أنت طالق بعد سنة مثلا، فبعدية السنة أمر محقق عادة، ويبلغه عمرها عادة، فينجز عليهما من الآن"، أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 169.

⁶ قال المرغيناني: "ولو قال: أنت طالق أمس، وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء؛ لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للملكية الطلاق فيلغو... ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة؛ لأنه ما أسنده إلى حالة منافية، ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا، فكان إنشاء، والإنشاء في الماضي إنشاء في الحال، فيقع الساعة"، أنظر، برهان الدين أب الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ط1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، 1417، ص 178، 179؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق...، المرجع السابق، ص 130.

⁷ أنظر، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتان على منهاج الطالبين في فقه الشافعية، ج3، ط3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1956، ص 351؛ محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، منهاج الطالبين...، المرجع السابق، ص 423.

ويرى المالكية أنه إذا أضافه إلى الزمن الماضي قاصدا الإنشاء كقوله أنت طالق أمس فإنها تطلق في الحال¹، وإذا ادعى أنه قال ذلك هازلا، وهو يريد الإخبار بطلاقها كذبا، لا يصدق قضاء، ولكن يصدق عند المفتي²، بينما يرى الحنابلة أنه إذا قيد الطلاق بالزمن الماضي، إذا قال: أنت طالق أمس، أو قبل أن أتزوجك، يقع الطلاق إذا نوى في الحال وإذا لم ينو لم يقع لأنه لا يملك رفع الإستباحة في الزمن الماضي³.

ثالثا: الطلاق المعلق على شرط:

هو ما رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل بأحد أدوات الشرط، مثل إن، وإذا، ومتى، ولو ونحوها⁴، أو ما ربط حصوله بذلك الأمر المعلق عليه بأداة من أدوات الشرط، كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، تسمى الجملة الأولى جملة الشرط، بينما تسمى الثانية جملة الجزاء، فإذا دخلت الدار يقع الطلاق لتحقق الأمر المعلق بحصول مدلول جملة الشرط⁵. ويعرفه الحنفية اصطلاحا ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، ويسمى يمينا مجازا⁶، والتعليق إما أن يكون لفظيا بذكر أداة الشرط صراحة، أو معنويا لا تذكر فيه أداة الشرط صراحة، بل تكون موجودة من حيث المعنى، كقول الزوج: علي الطلاق لأفعلن كذا⁷. والتعليق قسمان: تعليق قسمي وهو التعليق الذي يقصد به ما يقصد من القسم للحمل على الفعل أو الترك أو تأكيد الخبر، مثل أن يقول لزوجته: إن خرجت فأنت طالق، وتعليق شرطي يكون القصد منه إيقاع الطلاق عند حصول الشرط، كقوله لزوجته: إن أبرأتني من مؤخر صدائك فأنت طالق⁸. وقد

¹ محمد أحمد سراج و محمد كمال، المرجع السابق، ص 67.

² ورد في حاشية الدسوقي: "...أو لهزله أي ينجز عليه الطلاق لأجل هزله كقوله أنت طالق أمس لأن ما يقع الآن لا يكون واقعا بالأمس فيكون هازلا بهذا الاعتبار"، أنظر، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، عيسى البابي الحلبي، ص 390؛ أنظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، م4، شركة دار الأرقم بن الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص 384.

³ قال صاحب كشاف القناع: "إذا قال: أنت طالق أمس. أو أنت طالق قبل أن أتزوجك ونوى وقوعه إذن أي حين التكلم وقع الطلاق في الحال لأنه مقرر على نفسه بما هو الأغلظ عليه. وإلا أي وإن لم ينو وقوعه إذن بأن أطلق أو نوى إيقاعه في الماضي، لم يقع الطلاق لأنه رفع للاستباحة، ولا يملك رفعها في الزمن الماضي"، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 272، 273.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 444؛ السيد سابق، المرجع السابق، ص 222.

⁵ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص30.

⁶ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص589.

⁷ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 444.

⁸ السيد سابق، المرجع السابق، 123.

ذهب الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ إلى أن الطلاق المعلق على شرط صحيح⁵.

وشروط الطلاق المعلق هي⁶:

1- أن يكون الأمر الذي علق عليه الطلاق غير موجود أي معدوما وقت التلفظ بصيغة التعليق، فلو كان موجودا كان طلاقا منجزا.

2- أن يكون الشرط الذي علق الطلاق عليه ممكن الوقوع في المستقبل غير مستحيل الوقوع.

3- أن تكون الزوجة حين صدور التعليق محلا للطلاق بأن تكون في عصمته، وأن تظل الزوجة محلا لوقوع الطلاق عند حصول الأمر المعلق عليه بأن تكون الزوجية قائمة بينهما أو أن تكون الزوجة معتدة من طلاق رجعي عند جمهور الفقهاء ومعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى عند الحنفية.

ولا يشترط عند حصول المعلق أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق، فلو طلق طلاقا معلقا ثم جن وحصل المعلق وقع الطلاق.

أما من زاوية القانون، لم يتطرق المشرع الجزائري للطلاق المنجز والمضاف والمعلق على خلاف المشرع المصري الذي نص في المادة 2 من قانون الأحوال الشخصية المصري: "لا يقع الطلاق الغير منجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير"، والمشرع السوري الذي نص في المادة 90 من قانون الأحوال الشخصية السوري: "لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه أو استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير".

ولعل السبب في سكوت المشرع الجزائري عن تنظيم ذلك يكمن في عدم تنظيمه للطلاق

¹ لمزيد من التفصيل أنظر، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 126.

² "فأما تعليق الطلاق، فهو الحلف به، وهو أن يجعل طلاقها معلقا على فعل من أفعالها، كقوله إن خرجت من الدار، فأنت طالق، أو على فعل من أفعاله هو، كقوله إن كلمت فلانا، فعلي الطلاق، فيلزمه ما نوى من عدده، أو على فعل من أفعال غيرهما، كقوله: إذا جاء فلان من سفره فأنت طالق، أو كان المحلوف عليه من قدر الله وليس من أفعالهما، كقوله إن لم تحملي في هذا الشهر، فأنت طالق.

ويقع الطلاق، في جميع ما تقدم، بوقوع شرطه الذي علق عليه، إلا أن يعلقه بأمر واقع في المستقبل لا محالة، كقوله إذا دخل شهر رمضان أو طلعت الشمس، فأنت طالق، فإنها تطلق للحال، كالناجز"، أنظر، محمد سكرحال المجاجي، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، ط1، ج2، دار الوعي، الجزائر، 2010، ص 77.

³ لمزيد من التفصيل، أنظر، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج4، ص 508 وما يليها.

⁴ لمزيد من التفصيل، أنظر، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج9، ص 59 وما يليها.

⁵ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 260؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 447.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 446؛ السيد سابق، المرجع السابق، ص 222، 223.

اللفظي الذي يقع خارج المحاكم، واعترافه فقط بالطلاق الذي يصدره القاضي بموجب حكم قضائي. ويذهب بعض الباحثين إلى القول بأنه أمام عدم تعرض المشرع الجزائري لمسائل الطلاق المعلق، وتركه هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي تطبيقاً لنص المادة 222 من ق.أ، يتعين على القاضي لحسن سير العدالة ضرورة البحث والإجتهد، والعمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة¹، التي اعتبرت أن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه، لا يعدو أن يكون إلا لغواً². وفي الواقع، إن عدم تنظيم المشرع الجزائري لمسألة الطلاق المنجز والطلاق المضاف والطلاق المعلق يدخل في سياق توجهه الذي يقضي بأن الطلاق لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، إذ أن تلفظ الزوج بالطلاق بصيغة التنجيز أو الإضافة أو التعليق لا يوقع الطلاق، وإنما حكم القاضي هو الذي يقرر وقوع الطلاق بناء على دعوى قضائية يرفعها الزوج وفقاً لمقتضيات القانون. وإذا كان الطلاق ينقسم من حيث الصيغة إلى طلاق منجز وطلاق مضاف وطلاق معلق كما سبق الإشارة إليه، فإنه ينقسم من حيث الوصف الشرعي إلى قسمين طلاق سني وطلاق بدعي.

الفرع الثالث

أنواع الطلاق من حيث الوصف الشرعي

قد يكون الطلاق موافقاً للسنة إذا توفرت فيه شروط الطلاق السني، وقد يكون طلاقاً مخالفاً لها إذا توفرت فيه شروط الطلاق البدعي. لذلك يتبادر إلى الأذهان التساؤل التالي ماذا يقصد بالطلاق السني والطلاق البدعي؟ والإجابة على هذا التساؤل تكون في دراسة الطلاق السني (أولاً) والطلاق البدعي (ثانياً).

أولاً: الطلاق السني:

يعرف الطلاق السني بالطلاق الذي أذن فيه الشارع، وهو الواقع طبقاً لتعاليم الشريعة الإسلامية، ويكون الطلاق للسنة إذا طلق الزوج زوجته طليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه،

¹ تنص المادة 93 من المدونة المغربية للأسرة على أن: "الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع".

² أنظر، سعادي لعل، الزواج والخلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص 278.

ويتركها فلا يتبعها طلاقاً آخر حتى تنقضي عدتها¹.

فعند المالكية الطلاق للسنة ما كان عارياً عن النهي في صفاته وأحواله، وهو ما كان واحدة كاملة، واقعة في طهر غير أطهار العدة، ولم يكن قد مسها فيه². فالطلاق السني هو ما اجتمعت فيه أربعة شروط: أن تكون المرأة طاهراً من الحيض والنفاس حين الطلاق، وأن لم يمسه زوجها في ذلك الطهر، وأن تكون الطلقة واحدة خلافاً للشافعي، وألا يتبعها طلاق آخر حتى تنقضي العدة خلافاً لأبي حنيفة³. أما عند الشافعية، فالطلاق السني هو طلاق مدخول بها ليست بحامل، ولا صغيرة ولا آيسة⁴. بينما السنة في الطلاق عند الحنفية نوعان سنة من حيث عدد سنة من حيث الوقت: فالسنة من حيث عدد نوعان حسن وأحسن فالأحسن أن يطلقها واحدة في وقت السنة ويدعها حتى تنقضي عدتها⁵، ويكون الطلاق الأحسن في وقت السنة بأن يطلق الرجل امرأته المدخول بها تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه⁶، والحسن أن يطلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار عند كل طهر واحدة⁷، أي أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار⁸. وطلاق السنة عند الحنابلة أن يطلق الرجل زوجته طاهراً من غير جماع واحدة، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها⁹.

ثانياً: الطلاق البدعي:

أما الطلاق البدعي فهو الطلاق الذي يوقعه الرجل على الوجه المحرم الذي نهي عنه الشارع، فإن طلقها ثلاثاً بلفظ واحد، أو متفرقات في طهر واحد، أو طلقها وهي حائض أو نفساء، أو في طهر جامعها فيه، ولم يتبين حملها، فإن هذا طلاق بدعي محرم، وفاعله آثم¹⁰.

¹ أنظر، عبد العزيز مبروك الأحمدى ونخبة من العلماء، الفقه الميسر في ضوء الكتاب و السنة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، 2004، ص 314.

² محمد سكحال المجاجي، المرجع السابق، ص 87.

³ ابن جزى، المرجع السابق، ص 180.

⁴ أنظر، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج8، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ص 5.

⁵ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج6، ص 3،4.

⁶ أنظر، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح القدير، ج3، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 2003، ص 447؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج6، ص 7.

⁷ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ص 3،4.

⁸ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج3، ص 448.

⁹ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 325.

¹⁰ عبد العزيز مبروك الأحمدى ونخبة من العلماء، المرجع السابق، ص 314، 315.

فعند المالكية الطلاق للبدعة ما كان مقرونا بصفة أو بحال منهي عنها، كمن زاد على الواحدة في لفظ متناسق، أو في مجالس متفرقة قبل أن تخرج من عدتها وقبل مراجعتها، أو طلق في الحيض، أو في طهر كان قد مسها فيه¹، وطلاق الثلاث في كلمة واحدة بدعة²، فالطلاق البدعي عندهم هو ما نقصت منه شروط الطلاق السني أو بعضها³.

أما الشافعية، فيعتبرون أن الطلاق البدعي هو طلاق مدخول بها في حيض أو نفاس، أو طهر جامعها فيه ولم بين حملها⁴. يقول النووي: "الطلاق في النفاس بدعي كالحيض، لأن المعنى المحرم شامل"⁵. ويذهب فقهاء الشافعية إلى القول بأنه لا بدعة ولا سنة في طلاق الآيسة والصغيرة، والتي ظهر حملها وغير الممسوسة، لأنه ليس في ذلك تطويل عدة، ولا ندم بسبب الولد⁶. كما أن طلاق غير المدخول بها في الحيض ليس بطلاق بدعة، لأنه لا يوجد تطويل في العدة⁷، وعندهم لا بدعة في عدد الطلقات⁸.

أما عند الحنفية، فطلاق البدعة نوعان أيضا، نوع يرجع إلى الوقت ونوع يرجع إلى عدد. أما الذي يرجع إلى الوقت، فنوعان أيضا أحدهما الطلقة الواحدة الرجعية في حالة الحيض إن كانت مدخولا بها، والثاني الطلقة الواحدة الرجعية في ذوات الأقراء في طهر جامعها فيه. وأما الذي يرجع إلى عدد، فهو إيقاع الثلاث أو الثنتين في طهر لا جماع فيه سواء كان على الجمع أو على التفريق واحدا بعد واحد⁹، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا¹⁰. والطلاق البدعي عند الحنابلة أن

¹ محمد سكرحال المجاجي، المرجع السابق، ص 86.

² أنظر، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، رسالة ابن أبي زيد القيرواني ومعها إيضاح المعاني على رسالة القيرواني، تحقيق أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، ص 129.

³ ابن جزى، المرجع السابق، ص 180.

⁴ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 8، ص 3؛ يقول الشيرازي: "وأما المحرم ف هو طلاق البدعة، وهو إثنان: أحدهما طلاق المدخول بها في حال الحيض من غير حمل، والثاني: طلاق من يجوز أن تحبل في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل"، أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 283.

⁵ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 8، ص 5.

⁶ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 8، ص 9، 8.

⁷ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 284.

⁸ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 167.

⁹ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، ج 3، ص 93، 94.

¹⁰ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج 3، ص 449.

يطلق الرجل زوجته حائضا، أو في طهر أصابها فيه، أما جمع الطلقات الثلاث في لفظ واحد أو بألفاظ متتابة ففيه ثلاث روايات¹.

مما سبق ذكره، يتضح أن الطلاق السني من حيث الوقت هو أن يطلق الرجل زوجته في طهر لم يمسه فيها، وأن طلاق البدعة من حيث وقت وقوعه هو أن يطلق الرجل زوجته في حالة الحيض، أو يطلقها في حالة طهر باشرها فيه²، حيث يقول ابن رشد الحفيد: "أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه فيها طلقة واحدة، وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي يمسه فيها غير مطلق للسنة، وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فقال: "مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمسه، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"³.

أما المشرع الجزائري، فلم يتطرق في قانون الأسرة لمسألة الطلاق السني والبدعي ولعل السبب في ذلك يرجع إلى عدم اعترافه بالطلاق الذي يتلفظ به الزوج خارج المحاكم، واشتراطه لوقوع الطلاق بضرورة أن ينطق به القاضي بموجب حكم قضائي بناء على دعوى الزوج بفك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة دون أن يكون لرفع الزوج دعوى الطلاق بعد أن مسها في طهر أو كانت في الحيض أي أثر على وقوع الطلاق، لأن وقوع الطلاق لا يكون إلا بموجب حكم القاضي. في سياق البحث عن مفهوم الطلاق فقها وقانونا، ينبغي تمييز الطلاق عن بعض النظم المشابهة له التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني

تمييز الطلاق عن بعض النظم المشابهة له

لا شك أن الرابطة الزوجية كما تنقضي بفكها بالطلاق، فإنها تنقضي بالفسخ واللعان، وإذا تشابهت هذه الأنظمة مع الطلاق في كونها تنهي عقد الزواج، إلا أنها تختلف عنه في عدة نقاط، وهو ما يدعو إلى التساؤل عما هي تلك الفوارق بين الطلاق والفسخ؟ وبين الطلاق واللعان؟

¹ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 330.

² أنظر، محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، المكتبة العلمية، بيروت، 2007، ص 292.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 591.

سيتم إبراز تلك الفوارق من خلال تمييز الطلاق عن الفسخ (الفرع الأول) وتمييزه عن اللعان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تمييز الطلاق عن الفسخ

تنحل الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري بالطلاق أو بالوفاة. بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع تبني فسخ عقد الزواج كنظام قانوني منه للرابطة الزوجية. وبحكم أنه تبني كل من الطلاق والفسخ فإنه من الواضح أنهما نظامان مختلفان، فما هي نقاط الاختلاف بين الطلاق والفسخ؟ للوقوف على نقاط الاختلاف بين الطلاق والفسخ يتعين تعريف الفسخ (أولاً)، ثم تحديد الفرق بينه وبين الطلاق (ثانياً)، وبعد ذلك دراسته على ضوء القانون والقضاء الجزائريين (ثالثاً).

أولاً-تعريف الفسخ:

الفسخ لغة هو النقض، وبابه قطع، يقال فسخ البيع والعزم فانفسخ أي نقضه فانتقض¹، ويقال فسخت العود فسخاً من باب نفع أزلته عن موضعه بيدك فانفسخ وفسخت الثوب ألقيته وفسخت العقد فسخاً رفعته²، وفسخ رأيه فسخاً أفسده، وفسخت البيع والنكاح انفسخ البيع والنكاح أي نقضته فانتقض، وفسخ الشيء: فرقه³، فالفسخ لغة له عدة معاني، فهو القطع، والنقض، والإزالة، والإفساد، والرفع.

أما اصطلاحاً، يعرف محمد أبو زهرة فسخ عقد النكاح بأنه: "عارض يمنع بقاء النكاح، أو يكون تداركاً لأمر اقترن بالإنشاء، جعل العقد غير لازم"⁴. ويعرفه الأستاذ وهبة الزحيلي بأنه: "نقض للعقد من أساسه وإزالة للحل الذي يترتب عليه"⁵. ويرى الأستاذ محمد محي الدين عبد الحميد أنه: "نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده، أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقاءه واستمراره"⁶. ويكون الفسخ بسبب الخلل المقارن لانعقاد الزواج في حالة ظهور عدم

¹ أنظر، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص 211.

² أحمد بن محمد بن علي بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص 180.

³ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان...، المرجع السابق، م 3، ص 45.

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 277.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 348.

⁶ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 242.

تحقق شرط من شروط صحة عقد الزواج بعد إبرامه كأن يتبين أن الزوجة أخت الزوج من الرضاع أو أنها معتدة من طلاق رجل آخر، وخيار الصغير أو الصغيرة بعد البلوغ فسخ عقد الزواج الذي عقده وليه أو وليها. وعند الحنفية للولي طلب فسخ الزواج الذي عقدته المرأة الكبيرة بنفسها مع زوج غير كفاء أو بأقل من مهر مثلها أو لها بدون رضا الولي. أما الفسخ بسبب خلل طراً على عقد الزواج، فيكون في حالة ردة أحد الزوجين عن الإسلام، إباء الزوجة الغير كتابية الإسلام بعد إسلام زوجها¹، ولوجود حرمة مصاهرة لم تكن وقت الإنشاء كأن يفعل الزوج بأحد أصول الزوجة أو فروعها، أو أن تفعل الزوجة بأحد أصول الزوج أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة، واللعان².

ثانياً-الفرق بين الفسخ والطلاق:

من خلال التعاريف السابقة يمكن القول أن كلا من الفسخ والطلاق من الطرق التي تنهي عقد الزواج، غير أنهما يختلفان في عدة نقاط، فمن الفسخ ما ينقض عقد الزواج من أصله فيزيل الحل والمملك معا، ومنه ما لا ينقضه من أصله وإنما يطرأ عليه فيمنع بقاءه واستمراره فيزيل الحل الذي كان يترتب عليه. أما الطلاق فلا ينقض العقد مطلقاً، إذ أن الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات مع بقاء الحل والمملك، أما البائن بينونة صغرى فينقص عدد الطلقات، ويحول به المملك دون الحل، والبائن بينونة كبرى يزول به الحل والمملك³.

ويكون الفسخ إما بسبب حالات طارئة على العقد تنافي الزواج كردة الزوجة أو إباؤها الإسلام، أو حالات مقارنة للعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل كخيار البلوغ لأحد الزوجين وخيار أولياء المرأة التي تزوجت من غير كفاء أو بأقل مهر عند الحنفية⁴. ولا يكون الطلاق إلا في نكاح صحيح لازم وهو حق للزوج يوقعه على زوجته بإرادته المنفردة، فليس من الضروري أن يكون له سبب⁵. وعليه، فإن الفسخ يكون في نكاح صحيح أو نكاح غير صحيح، بينما لا يكون الطلاق إلا في نكاح صحيح⁶.

¹ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 242، 243.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 287.

³ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 172.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 348.

⁵ أنظر، محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 270.

⁶ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 75.

وإذا كان الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته¹، فإن الطلاق فينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، كما أنه لا يقع في عدة فرقة الفسخ طلاق²، بينما في عدة فرقة الطلاق يقع الطلاق وينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته³. إضافة إلى ذلك لا يوجب الفسخ قبل الدخول للمرأة شيئاً من المهر، بينما في الطلاق قبل الدخول تستحق المرأة نصف المهر، وإن لم يكن لها مسمى تستحق نفقة المتعة⁴.

أما فيما يتعلق بضابط التفرقة بين الفسخ والطلاق، فإن أبو حنيفة ومحمد يريان أن كل فرقة بسبب من جانب الزوجة تكون فسخاً، بينما كل فرقة من جانب الرجل أو بسبب منه مختص بالطلاق تكون طلاقاً⁵. ويرى أبو حنيفة وصاحبه أن ردة الزوجة فسخ، في حين يرى محمد أن ردة الزوج طلاق، وأما إباء الزوج الإسلام فيراه محمد وأبو حنيفة طلاقاً ويراها أبو يوسف فسخاً⁶، فتكون الفرقة فسخاً حسبهم في حالة إباء الزوج الغير كتابية الإسلام، ردة أحد الزوجين، خيار البلوغ، عدم الكفاءة ونقصان المهر⁷.

أما عند المالكية، فتكون الفرقة طلاقاً في كل عقد فاسد اختلف على فساده ككنكاح الشغار والنكاح بدون ولي، وبالتالي فكل فرقة عن عقد فاسد عند المالكية صحيح عند غيرهم تكون طلاقاً. أما إذا كان مجعاً على فساده، فإن الفرقة تكون فسخاً كالعقد على محرمة أو خامسة⁸، كما تكون الفرقة طلاقاً إذا كان السبب راجعاً إلى الزوجين، وتكون فسخاً إذا كان السبب غير راجع لأحد الزوجين بحيث لو أرادا الإستمرار على حياتهما الزوجية المشتركة لما جاز لهما ذلك⁹. وفي هذا الشأن يقول ابن رشد: "واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث، وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث إلى قولين:

أحدهما: أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج مذهبه، أعني: في جوازه، وكان الخلاف

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 4، ص 156.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 349.

³ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 172.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 349.

⁵ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج 2، ص 21.

⁶ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 75.

⁷ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 4، ص 426.

⁸ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، م 4، ص 408.

⁹ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 78.

مشهورا فالفرقة عنده فيها طلاق، مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم، فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ.

والقول الثاني: أن الإعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق، فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح، كان فسحا: مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة، وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالغيب، كان طلاقاً¹.

بينما يرى الحنابلة والشافعية أنه تكون الفرقة بين الزوجين التي يوقعها الزوج أو نائبه طلاقاً وما عدا ذلك فهي فسخ²، وعند الشافعية كل فسخ بين الزوجين لا يقع به طلاق، ومن أنواع الفسخ عندهما اختيار الفرقة بالعتق، إختيار الفرقة لعنة الزوج، الفرقة للنكاح بمحرم، نكاح المتعة³.

ثالثاً- الفسخ في القانون والقضاء الجزائريين:

ورد مصطلح الفسخ في قانون الأسرة الجزائري في المادة 8 مكرر 1 التي جاء فيها أنه: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه"، وفي الفقرة 2 من المادة 33 من ق.أ التي نصت على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، وكذلك في المادة 34 منه والتي جاء نصها كالاتي: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الإستبراء"، وورد هذان النصان في الفصل الثالث بعنوان الزواج الباطل والزواج الفاسد.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على أن الرابطة الزوجية تنحل بالفسخ، حيث نصت المادة 47 من ق.أ: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، وهو ما لا ينسجم مع آراء الفقهاء التي ترى أن الرابطة الزوجية كما تنحل بالطلاق والوفاة تنحل كذلك بالفسخ باعتباره فرقة بين الزوجين⁴، خلافاً للمشرع الأسري المغربي الذي بين طرق انحلال عقد الزواج في المادة 71 من

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 598، 599.

² عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 77.

³ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 6، ص 472.

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 277؛ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 242.

المدونة المغربية التي نصت على أنه: "ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع".

وقد نظم المشرع الجزائري النكاح الفاسد والنكاح الباطل في المواد من 32 إلى 35 من ق.أ، حيث رتب في المادة 32 من ق.أ على عقد الزواج الذي يشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد البطلان، وكذلك في المادة 33 ف1 يبطل العقد الذي يختل فيه ركن الرضا. فوفقا لما جاء في المادة 32 يكون عقد الزواج عند اشتماله على مانع من موانع الزواج¹ عقدا باطلا، أما بخصوص بطلان عقد الزواج بسبب اختلال ركن الرضا فقد ساير المشرع الجزائري رأي الحنفية الذين قالوا بأن الإيجاب والقبول يمثلان ركن عقد الزواج²، ونص على أن تخلف هذا الركن أو اختلاله يؤدي إلى بطلانه وعدم ترتيبه لأي أثر، وقد اعتبر أن عقد الزواج الباطل لا يرتب أي أثر بما في ذلك التوارث بين الزوجين إذ وضعت المادة 131 من ق.أ حكما يقضي بأنه إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين.

بينما رتب في المادة 33 ف2 من ق.أ على تخلف أحد شروط صحته كالشاهدين أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه الفسخ قبل الدخول بدون صداق، وتثبته بعد الدخول بصداق المثل، أما الزواج بإحدى المحرمات وفقا لنص المادة 34 من ق.أ فيفسخ قبل الدخول وبعد الدخول، ولا يترتب عليه إلا ثبوت النسب ووجوب الإستبراء، وهنا ساوى المشرع بين الزوجين اللذان يعلمان بسبب بطلان زواجهما لكون الزوجة محرمة على الزوج واللذان يجهلان ذلك، مخالفا بذلك آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ رتب على ذلك جمهور الفقهاء وجوب الحد وعدم إلحاق النسب إذا كان الزوج يعلم بأن المرأة التي تزوجها محرمة عليه، أما إذا كان جاهلا فاعتبروا ذلك شبهة في حقه يدرأ عنه بها الحد ويلحقه النسب، بينما لم يفرق الأحناف بين من يجهل ومن يعلم فقالوا بأنه لا يوجب الحد لأن صورة العقد تكفي أن يدرأ بها الحد، غير أنهم اعتبروها كشبهة الفعل، يسقط بها الحد، ولا يثبت بها النسب³.

وتبعاً لذلك، فإن ثبوت النسب يكون في حالة عدم علم الزوجين بسبب بطلان عقد

¹ نظم قانون الأسرة موانع الزواج في المواد من 23 إلى 30 التي تضمنت الموانع المؤبدة بسبب القرابة والمصاهرة والرضاع والموانع المؤقتة.

² أنظر، زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كثر الدقائق في فروع الحنفية، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، ص 144.

³ عادل الأحمد عبد الموجود وآخرون، تكملة المجموع شرح المهذب، ج21، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص 240.

الزواج، أما في حالة علمهما بسبب بطلان عقد الزواج، فيعتبر ذلك من قبيل الزنا الموجب للحد، وإعمالاً للقاعدة الفقهية القائلة بأنه "لا يجتمع حد ونسب"¹، فإن ثبوت النسب يكون مخالفاً للشرع وهو ما أخذ به المشرع المغربي الذي رتب عليه النسب فقط عند حسن النية في الفقرة 2 من المادة 58 من مدونة الأسرة المغربية التي نصت على: "تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقاً لأحكام المادة 57 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه، أو بطلب ممن يعنيه الأمر. يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والإستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة". من خلال ما سبق ذكره يمكن القول أن الفسخ يرد على عقد زواج غير صحيح، أما الطلاق فيقع على عقد زواج صحيح.

وبالرجوع إلى القضاء الجزائري، فقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 18 جانفي 2000 المبدأ الذي يقضي بأنه: "من الثابت شرعاً أنه يفسخ الزواج بسبب الرضاع، وإن القرار المطعون فيه لما قضى بتأييد الحكم المستأنف فيه القاضي بفسخ الزواج المبرم بين الطرفين بسبب الرضاع طبق صحيح القانون"².

واعتبر أحد قرارات المحكمة العليا أن الأحكام بفسخ عقد الزواج الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى هي أحكام نهائية، حيث جاء في إحدى حيثياته: "لكن حيث إنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف فيه يتبين أنه قضى بفسخ عقد الزواج قبل الدخول المبرم بين الطاعن والمطعون ضدها وألزم الطاعن بدفع للمطعون ضدها مبلغ 80000 دج كتعويض عن مختلف الأضرار مع حفظ حق الطاعن فيما يخص الهدايا، وعليه فهو حكم نهائي فيما قضى به بفسخ عقد الزواج المبرم بين الطرفين وهو غير قابل للإستئناف فيما عدا جوانبه المادية وإن تكييفه من طرف المحكمة بالحكم الإبتدائي تكييف في غير محله".

وبقراءة متأنية لرأي المحكمة العليا الذي جاء في هذا القرار، يمكن القول أن قضاة المحكمة العليا في غياب النص القانوني أعطوا وصف الحكم بفسخ عقد الزواج وصف الحكم النهائي قياساً على أحكام الطلاق التي تصدر عن محاكم الدرجة الأولى، والتي لا تقبل الإستئناف إلا في الجوانب المادية، واعتبروا أن الفسخ هو طريق من طرق حل الرابطة الزوجية مسايرة لآراء الفقهاء، بخلاف ما أقره المشرع في المادة 47 من قانون الأسرة، والتي اقتصر حكمها على اعتبار الطلاق والوفاة

¹ أنظر، محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول عقد الزواج وآثاره، ط2، 2009، ص 64.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18/01/2000، ملف رقم 232324، المجلة القضائية، 2001، عدد1، ص 261.

كطريقين لحل الرابطة الزوجية.

وفي الواقع أن تقرير فسخ عقد الزواج يخضع لإعمال القاضي لسسلته التقديرية بناء على ما قدمه الطرف الذي يطالب بالفسخ من ادعاءات، إذ يقوم القاضي بفحص ما قدمه المدعي من أسباب وتحديد ما إذا كانت ترقى لأن تكون كافية للحكم بفسخ عقد الزواج من عدمه، لا سيما إذا تعلق الأمر بإثبات تخلف الصداق في عقد الزواج مثل ما ورد في حيثيات القرار الذي سبقت الإشارة إليه، والقاضي قد يخطئ وقد يصيب في تقدير أسباب الفسخ، مما يجعل وصف الحكم بفسخ عقد الزواج قبل الدخول بالنهايي مخالفا لمبدأ التقاضي على درجتين. مما سبق ذكره، يتضح أن الطلاق والفسخ نظامان قانونيان تبناهما المشرع الجزائري في قانون الأسرة، وهما نظامان ينهيان الرابطة الزوجية، غير أنهما يختلفان في عدة نقاط. وإضافة إلى الطلاق والفسخ تبنى المشرع الجزائري في قانون الأسرة اللعان، لذلك ينبغي تمييز الطلاق عن اللعان.

الفرع الثاني

ماهية اللعان وتمييزه عن الطلاق

من بين المسائل التي أخذت حيزا كبيرا من اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية مسألة اللعان، إذ أجازت الشريعة الإسلامية السمحاء للزوج أن يلاعن زوجته إذا توفرت أسبابه وشروطه. وهو يلتقي مع الطلاق في كونهما ينهيان عقد الزواج. غير أنهما يختلفان في عدة مواضع. فما هو الفرق بينهما؟

لتمييز الطلاق عن اللعان والوقوف على نقاط الاختلاف بينهما تستدعي الدراسة تعريف اللعان (أولا)، وآثاره (ثانيا)، والفرق بينه وبين الطلاق (ثالثا)، ثم موقف القانون والقضاء الجزائريين منه (رابعا).

أولا-تعريف اللعان:

اللعان لغة مصدر لاعن، من اللعن واللعن الإبعاد والطرده من الخير، وقيل: الطرد والإبعاد من الله¹، وهو مشتق من اللعن، لأن كل واحد منهما يلعن نفسه في الخامسة²، ويقال لعنه لعنا من

¹ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان...، المرجع السابق، م13، ص387.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص390.

باب نفع طرده أو أبعده أو سبه فهو لعين وملعون، ولاعن الرجل زوجته قذفها بالفجور¹، ولاعن امرأته في الحكم ملاءنة ولعانا، ولاعن الحاكم بينهما لعانا: حكم، والملاءنة بين الزوجين إذا قذف الرجل امرأته أو رماها برجل أنه زنى بها².

أما اصطلاحاً فهو في عرف الحنفية³ وعند الحنابلة في رواية شهادات مؤكدة بالأيمان يؤديها الزوجان مقرونة باللعن منه وبالغضب منها⁴، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها⁵. وعند الجمهور فهو يمين يحلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي ولد، وحلفها على تكذيبه⁶، ويكون اللعان في حالتين: أن يرمي الرجل امرأته بالزنا، ولم يكن له أربعة شهود يشهدون عليها بما رماها به، وأن ينفي حملها منه⁷. وعند الحنفية تطالبه الزوجة باللعان إذا قذفها بالزنا، فإن أبي حبس حتى يلاعن، أو يكذب نفسه فيحد، وإذا لاعن وجب عليها اللعان، فإن أبت حبست حتى تلاعن، أو تصدقه⁸. أما عند جمهور الفقهاء فإذا نكل الزوج أو رجع عن لعانه فيحد⁹ حد القذف، ويلحق به الولد، أما إذا نكلت الزوجة فيقام عليها حد الزنا¹⁰.

فإذا رمى رجل امرأته بالزنا، ولم تقر بذلك، ولم يرجع عن رميه¹¹، شرع الله لهما اللعان، وحكم اللعان ثابت بالكتاب والسنة والقياس والإجماع¹²، إذ لا خلاف بين المسلمين أن اللعان بين الزوجين من شرع المسلمين، رغم اختلاف الفقهاء في بعض الأحكام المتعلقة به¹³.

¹ أحمد بن محمد بن علي بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص 212.

² أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان...، المرجع السابق، م 13، ص 388.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 644.

⁴ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 390.

⁵ أنظر، أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق في الفقه الحنفي، ط 1، دار السراج، المدينة المنورة، 2011، ص 301؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 227، أسباب انحلال العقود غير المالية، م 2، ص 727.

⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 645؛ أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات...، المرجع السابق، ص 633.

⁷ السيد سابق، المرجع السابق، 272.

⁸ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 301.

⁹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 645.

¹⁰ أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، رسالة ابن أبي زيد...، المرجع السابق، ص 135؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 236.

¹¹ السيد سابق، المرجع السابق، ص 270.

¹² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 645.

¹³ أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات...، المرجع السابق، ص 630.

وثبتت مشروعية اللعان في القرآن الكريم في قوله عز وجل في سورة النور: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ﴾¹.

أما من السنة، فثبتت مشروعيتها في ما جاء في صحيح البخاري أنه حدثنا اسماعيل قال: حدثنا مالك عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمراً العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: "يا عاصم أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقنته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل، وعابها، حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم"، فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر: فقال: "يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم؟". فقال عاصم لعويمر: "لم تأتني بخير، قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة التي سألته عنها"، فقال عويمر: "والله لا أنتهي حتى أسأل عنها"، فأقبل عويمر حتى جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس، فقال: "يا رسول الله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقنته فتقتلونه، أم كيف يفعل؟". فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فائت بها"، قال سهل: "فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما فرغا من تلاعنها قال عويمر: "كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا، قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال ابن شهاب: فكانت سنة المتلاعنين"².

يتفق الفقهاء الأربعة على أنه إذا قال الرجل لإمرأته: يا زانية، وجب اللعان، إن لم يأت بأربعة شهداء، سواء قال يا زانية، أو رأيتك تزنين، أو زانيت، لأن الله تعالى أوجب الحد على الأجنبي بمجرد القذف، إذا لم يأت بأربعة شهداء، وأوجب اللعان على الزوج إن لم يأت بأربعة شهداء³. فيشهد الزوج أربع شهادات بالله أنه من الصادقين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، وتشهد هي أربع شهادات بالله إنه لمن

¹ سورة النور، الآية 6-10.

² أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح...، المرجع السابق، كتاب الطلاق باب اللعان، حديث رقم: 5308، ص 1352، 1353.

³ أنظر، أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، الإستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ، ط 1، م 17، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق، 1993، ص 208.

الكاذبين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا.

ويشترط في اللعان الشروط التالية:

- أن يكون النكاح صحيحا وأن تكون الزوجية قائمة عند الأحناف¹، بينما يرى المالكية أن اللعان يجب في كل نكاح يلحق فيه الولد حتى ولو كان فاسدا أو حراما².

- يرى بعض الفقهاء أن اللعان يكون في المسجد بمحضر الإمام في دبر الصلوات³ أو بعد عصر الجمعة⁴، وفي أي وقت كان في المسجد⁵، ويستحب أن يكون اللعان بحضور جماعة من المسلمين⁶.

- يجوز اللعان بين كل زوجين مسلمين حرين أو عبادين أو كان الزوج مسلما والزوجة كتابية حسب المالكية والشافعية والحنابلة في رواية⁷، لأن اللعان عندهم يمين. بينما يرى الحنابلة في رواية أخرى⁸ والحنفية أنه لا يجوز اللعان إلا بين مسلمين حرين عدلين⁹، لأن اللعان عندهم شهادة والمسلم الحر العدل أهل للشهادة.

- أن يقذف الملاحن زوجته بالزنا مع عدم إقامة البينة على صدقه¹⁰، وأن يترتب على هذا القذف الحد أو اللعان¹¹.

¹ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 241؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 149.

² أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات...، المرجع السابق، ص 639.

³ أنظر، القاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحضي، التنبهات المستنبطة على كتب المدونة والمختلطة، ط1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الدار البيضاء، المغرب، 2012، ص 180؛ مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص 354؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 11، ص 179.

⁴ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج 5، ص 66.

⁵ أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، الإستذكار...، المرجع السابق، م 17، ص 202، 203.

⁶ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 11، ص 174.

⁷ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 11، ص 122؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع...، المرجع السابق، ص 372.

⁸ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 11، ص 123؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع...، المرجع السابق، ص 372.

⁹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 644.

¹⁰ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 150.

¹¹ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 397.

أن تكذب الزوجة زوجها الملاحن وأن تنكر وجود الزنا منها، وعفتها منه¹، ويستمر ذلك إلى إنقضاء اللعان².

-ينبغي وجود الحاكم أو نائبه عند اللعان³، فليس لغيرهما أن يلاعن بين الزوجين عند الحنفية والمالكية والحنابلة⁴، ويقول الإمام النووي: "يشترط في لعان الرجل والمرأة أن يأمر الحاكم به"⁵.

ثانيا: آثار اللعان:

إذا تلاعن الزوجان سقط عنه حد القذف وسقط عنها حد الزنا⁶، بالإتفاق بين جميع الأئمة⁷، ويرى جمهور الفقهاء وقوع الفرقة بعد اللعان، وتقع تلك الفرقة مباشرة بعد انتهائهما من اللعان حسب المالكية⁸. بينما يرى الشافعية أن الفرقة تقع بلعان الزوج وحده⁹. أما الحنفية والحنابلة فيرون أن الفرقة لا تقع إلا بحكم حاكم¹⁰، وتكون الفرقة بين المتلاعنين أبدية عند الحنابلة¹¹ والشافعية¹² والمالكية¹⁵، فقد جاء في نيل الأوطار: "عن سهل بن سعد في خبر المتلاعنين

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج5، ص 150.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 399.

³ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 302.

⁴ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 235.

⁵ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج8، ص 352.

⁶ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبدالرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 241.

⁷ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 237.

⁸ القاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض البيهقي، المرجع السابق، ص 1199، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 647؛ أنظر، أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج 5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1996، ص 150؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 354؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج11، ص 145.

⁹ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج11، ص 145؛ أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج 5، ص 150.

¹⁰ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 647؛ أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج 5، ص 150.

¹¹ أنظر، عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير بابن قائد، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب لنيل المآرب، ط1، ج3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2007، ص 260.

¹² أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 472؛ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج8، ص 356.

قال: "فطلقها ثلاث تطليقات، فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند النبي سنة، قال سهل حضرت هذا عند النبي، فمضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا"²، فيكون التحريم مؤبدا³، ولا يتناكحان ولا يتوارثان⁴. أما للحنفية رأيين: يرى أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد أن فرقة اللعان فرقة بغير طلاق وتوجب حرمة مؤبدة، أما أبو حنيفة ومحمد فيريان أن فرقة اللعان هي فرقة بتطليقة بائنة، توجب حرمة مؤقتة إذا أكذب الزوج نفسه فجلد للحد، أو أكذبت المرأة نفسها بأن صدقته جاز النكاح بينهما ويجتمعان⁵.

واختلف الفقهاء في مسألة الفرقة بعد اللعان هل هي فسخ أم طلاق⁶، إذ يرى المالكية والشافعية والحنابلة أنها فسخ⁷. أما الحنفية فيرون أنها طلاق بائن⁸، ويستشف ذلك من قول الكاساني: "قال أبو حنيفة ومحمد: الفرقة الواقعة في اللعان فرقة بتطليقة بائنة، فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الإجتهد والتزوج ما دام على حالة اللعان، فإن أكذب الزوج نفسه فجلد الحد، أو أكذبت المرأة نفسها بأن صدقته، جاز النكاح بينهما ويجتمعان، وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد: هي فرقة بغير طلاق وإنما توجب حرمة مؤبدة."⁹، وبمجرد اللعان ينتفي نسب الولد عن

¹ جاء في الموطأ: "قال مالك: السنة عندنا أن المتلاعنين لا يتناكحان أبدا، وإن أكذب نفسه جلد الحد. وألحق به الولد، ولم ترجع إليه أبدا، وعلى هذا السنة عندنا التي لا شك فيها ولا اختلاف"، أنظر، مالك بن أنس، الموطأ، رواية يحيى بن يحيى الليثي الأندلسي، ط2، م2، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1997، ص 79.

² رواه أبو داود، أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1293.

³ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع...، المرجع السابق، ص 373.

⁴ مالك بن أنس الأصبجي، المدونة...، المرجع السابق، ص 354؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 402؛ أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات...، المرجع السابق، ص 637.

⁵ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 245.

⁶ "والأدلة الصحيحة الصريحة قاضية بالتحريم المؤبد وكذلك أقوال الصحابة، وهو الذي يقتضيه حكم اللعان ولا يقتضي سواه، فإن لعنة الله وغضبه قد حلت بأحدهما لا محالة، وقد وقع الخلاف هل اللعان فسخ أو طلاق؟ فذهب الجمهور إلى أنه فسخ، وذهب أبو حنيفة ورواية عن محمد إلى أنه طلاق"، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1294.

⁷ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 648، لقاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحضي، المرجع السابق، ص 1196؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج11، ص 147؛ أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، المقدمات...، المرجع السابق، ص 637.

⁸ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 648؛ لقاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحضي، المرجع السابق، ص 1198؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج11، ص 147.

⁹ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج5، ص 53.

الأب¹ ويلحق إلى أمه².

ثالثاً: الفرق بين اللعان والطلاق:

يتميز الطلاق عن اللعان في عدة نقاط أهمها ما يلي:

1- من حيث ماهية وحقيقة كل منهما:

عند جمهور الفقهاء يترتب على اللعان فرقة أبدية بين المتلاعنين بالفسخ³، فالمتلاعنان لا يلتقيان أبداً، بينما في الطلاق يستطيع الزوج إرجاع زوجته إلى عصمته بدون عقد ومهر جديدين وبدون رضاها في الطلاق الرجعي، وبعقد ومهر جديدين ورضاها في الطلاق البائن بينونة صغرى، وبعد أن تتزوج رجلاً آخر فيطلقها أو يموت بعد الطلاق البائن بينونة كبرى. وفي الطلاق الزوج هو الذي يطلق بينما يتم اللعان بين الزوجين معاً بحضور السلطان أو الإمام⁴.

2- من حيث أسباب كل منهما:

سبب اللعان أن يقذف الزوج زوجته بالزنا، أو ينفي نسب ولده منه⁵، أما أسباب الطلاق فتختلف حسب كل حالة طلاق.

3- من حيث آثار كل منهما:

يلحق الأولاد في حالة الطلاق بالزوج ويثونه في حالة وفاته، أما في اللعان فينتفي نسب الولد من أبيه وتسقط نفقته عنه، ويلحق نسبه بأمه ويثنها وترثه⁶، ويتوارث المطلقان إذا كانت الوفاة في عدة من طلاق رجعي، بينما لا يتوارث المتلاعنان. والفرقة بسبب اللعان فسخ لعقد

¹ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع...، المرجع السابق، ص 374.

² أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج 5، ص 158؛ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 302.

³ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج 5، ص 71.

⁴ جاء في موسوعة شروح الموطأ: "أن الملاعنة لا تكون إلا عند السلطان، وأنها ليست كالطلاق الذي للرجل أن يوقعه حيث أحب، وهذا ما لا خلاف فيه"، أنظر، عبد السند حسن بمامة، موسوعة شروح الموطأ، ط 1، ج 15، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، 2005، ص 135.

وجاء في الإستذكار " لا يختلفون أن من استخلفه الإمام على الأحكام من قاض وسائر الحكام أنه يقوم في اللعان إذا تحاكموا إليه فيه مقام الإمام"، أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، الإستذكار...، المرجع السابق، م 17، ص 203.

⁵ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 458، 459؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 229.

⁶ السيد سابق، المرجع السابق، ص 276.

الزواج عند جمهور الفقهاء. في قانون الأسرة الجزائري يرث أحد الزوجين الزوج الآخر المتوفي إذا كانت الوفاة قبل صدور الحكم أو كانت تلك الوفاة في عدة الطلاق سواء كان طلاقاً بالإرادة المنفردة، طلاقاً بالتراضي، تطبيقاً أو خلعا بموجب المادة 132 من قانون الأسرة، بينما يمنع من الميراث اللعان وفقاً للمادة 138 من نفس القانون¹.

رابعاً: موقف القانون والقضاء الجزائريين من اللعان:

ورد اللعان في قانون الأسرة الجزائري في المادة 132 كما ورد تحت مصطلح الطرق المشروعة في المادة 41، إذ لم يستعمل المشرع مصطلح اللعان بل استعمل مصطلح الطرق المشروعة وذلك لنفي نسب الولد. ولم يبين المشرع الجزائري كيفية إجراء اللعان وشروطه والآثار المترتبة عنه ما عدا مسألة الميراث إذ اعتبره مانعاً من موانع الميراث، وترك للقاضي استنباط أحكام اللعان من الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من قانون الأسرة.

وأمام تغاضي المشرع الجزائري عن وضع أحكام تنظم اللعان، كان من الضروري على القضاء الفصل في دعاوى اللعان المعروضة عليه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، متنبهاً آثار اللعان في الشريعة الإسلامية كفسخ عقد الزواج والتحریم المؤبد بين الزوجين وإلحاق النسب. وعليه، صدر قرار عن مجلس قضاء سعيدة بتاريخ 29 جويلية 1996 قضى بتأييد حكم محكمة سعيدة الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 1995 القاضي بفسخ عقد الزواج المؤرخ في 15 سبتمبر 1993 مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد بأمه.

وقد كان هذا القرار محل طعن بالنقض، على إثر ذلك أصدرت المحكمة العليا قراراً وضعت فيه مبدأ يقضي بأن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه، جاء فيه: "... كما جاء في القرار المنتقد بالإضافة إلى أن اللعان لا يتم أمام المحاكم، بل مكانه المسجد العتيق ولا يصح في غيره من المساجد وفي أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه، هذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا، مع أن الإمام مالك رضي الله عنه فقد حدده بيوم واحد من يوم العلم وإلا سقط الحق في المطالبة باللعان سواء لرؤية الزنا أو نفي الحمل..."².

¹ تنص المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

² المحكمة العليا، غ أش م، 1997/10/28، ملف رقم 172379، نشرة القضاة، 1999، عدد 54، ص 103.

كما قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها¹ بأن مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل، وقد تضمن ما يلي:

"عن الوجه الأول المأخوذ من انعدام الأسباب. بدعوى أن الطاعن قد تمسك بدعوى ملاءنة المطعون ضدها بشأن نسب الولد موضوع النزاع. ومع ذلك فالقرار المنتقد قد أيد الحكم المستأنف القاضي بالطلاق.

لكن حيث أن الحكم المستأنف والقرار المنتقد قد أجابا الطاعن بأن دعوى الملاءنة قد جاءت متأخرة جدا أو غير مقبولة لأنها محددة بوقت قصير والقرار المنتقد قد تبنى أسباب الحكم المستأنف إضافة إلى أن المدة المحددة للملاءنة التي أشار إليها قضاة الموضوع قد استقر بشأنها اجتهاد المحكمة العليا على ألا تتجاوز فترة أسبوع فقط من يوم رؤية الزنا أو من يوم العلم بالحمل الذي استمر حوله النزاع ما يقرب من عشرين سنة وعليه فالوجه غير مؤسس".

والجدير بالذكر أن المجلس الأعلى كان يرى أنه من المبادئ الشرعية، عدم قبول دعوى اللعان إذا أخرجت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا، فقد جاء في أحد قراراته: "حيث من المبادئ المستفادة في الشريعة أن من جملة شروط نفي الحمل أو الولد عند المالكية هو التعجيل باللعان بعد علم الزوج بالحمل أو الولد فإذا أخر لعانها ولو يوما واحدا بعد علمه بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا امتنع لعانه لها"².

وقد أكدت المحكمة العليا على أن دعوى اللعان التي يرفعها الزوج ضد زوجته لإنكار نسب حملها هي حق منحه القانون لكل زوج لإنكار النسب، ووضعت مبدأ يقضي بأنه لا تعد دعوى اللعان، المرفوعة من طرف الزوج لإنكار النسب، جريمة قذف من خلال قرارها المؤرخ في 2009/05/27³.

بعد عرض أنواع الطلاق وتمييزه عن بعض النظم المشابهة له، ستنم دراسة أركان الطلاق وحدود إرادة الزوج المنفردة في إيقاعه في المبحث الموالي.

¹ المحكمة العليا، غ أش، 2002/12/25، ملف رقم 296020، المجلة القضائية، 2004، عدد 1، ص 282.

² المجلس الأعلى، غ أش، 1985/02/25، ملف رقم 35934، المجلة القضائية، 1989، عدد 1، ص 83.

³ المحكمة العليا، غرفة الجنح و المخالفات، 2009/05/27، ملف رقم 439265، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 2، ص 370.

المبحث الثاني

أركان الطلاق وحدود الإرادة المنفردة للزوج في إيقاعه

الطلاق تصرف ينهي ويضع حدا لعقد الزواج، مما تترتب عليه آثار خطيرة تنعكس سلبا على المجتمع إذا ما أسيء إستعماله ووظف لغير الغايات والمقاصد التي شرع لها. لذلك أسهب فقهاء الشريعة الإسلامية في تنظيمه بالأحكام الشرعية، إذ وضعوا للطلاق أركاناً يقوم عليها، وأحاطوا كل ركن من أركانه بشروط.

ورغم أن الإسلام أجاز للزوج الطلاق، فإن أغلب الفقه على أنه لا يكون إلا لحاجة ومسوغات شرعية تدعو إليه، وعلى أن إرادة الزوج مقيدة في إيقاعه بالوقت وعدد، والمشعر الأسري الجزائري بدوره جعل الطلاق تحت إشراف القضاء، فلا طلاق إلا بعد محاولات صلح، ولا طلاق إلا بحكم قضائي، كل هذه القيود الشرعية والتشريعية بينت للزوج حدود إرادته المنفردة في إيقاع الطلاق.

وعليه يطرح التساؤلان التاليان: ما هي أركان الطلاق؟ وما هي حدود الإرادة المنفردة للزوج في إيقاعه؟

ستكون أركان الطلاق محور الدراسة في (المطلب الأول)، أما القيود الشرعية والتشريعية للطلاق فسيتم دراستها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أركان الطلاق

يعرف الركن على أنه لغة هو أحد الجوانب التي يستند إليها ويقوم بها، وركن الشيء جانبه الأقوى¹، وأركان الشيء أجزاء ماهيته والشروط ما توقف صحة الأركان عليها²، والركن اصطلاحاً هو الداخل في حقيقة الشيء المحقق لماهيته، أو ما يتم به الشيء، وهو داخل فيه³، والطلاق كسائر العقود باعتباره عقداً من عقود الإسقاطات له أركان يقوم عليها وضعها الفقه الإسلامي

¹ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص. 107.

² أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص. 91.

³ أنظر، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، علم أصول الفقه المقارن تحرير لمساته ودراساتها دراسة نظرية تطبيقية، ط1، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1999، ص 1963.

تتمثل في الزوج، الزوجة، الصيغة والقصد¹، وعليه يطرح التساؤل ما هي شروط كل ركن من هذه الأركان؟

وللإجابة على هذا التساؤل سيتم دراسة ركن الزوج في (الفرع الأول) وركن الزوجة في (الفرع الثاني)، أما ركن الصيغة فسيتم التطرق إليه في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الزوج

يعتبر الزوج الركن الأول في الطلاق. ولكي يقع طلاقه يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط التي تجعل منه أهلا لإيقاع الطلاق، الأمر الذي يقود إلى التساؤل عما هي الشروط التي يجب توفرها في الزوج ليقع طلاقه؟

اتفق الفقهاء على أن الزوج الذي يقع طلاقه هو العاقل البالغ² المختار³، وعليه فمن الضروري التطرق لشروط البلوغ والعقل في الزوج الذي يقع طلاقه (أولا) وشروط القصد (ثانيا) وشروط الإختيار (ثالثا).

أولا: البلوغ والعقل:

يشترط أن يكون الزوج الذي يقع طلاقه بالغاً عاقلاً، فما حكم طلاق الصبي، والمجنون، والمعته، والسفيه؟

أ- طلاق الصبي:

اتفق الفقهاء على عدم جواز طلاق الصبي، إذ لا بد من توفر كامل الأهلية في المطلق حتى يصح طلاقه⁴، وعلى ذلك يشترط المالكية في الزوج المطلق للإسلام، والعقل، والبلوغ، والطوع⁵،

¹ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على... المرجع السابق، م4، ص 275.

فقد جاء في الشرح الصغير أن أركان الطلاق أربعة: أهل يراد به موقعه زوجا كان أو نائبه، أو ولي الزوج إن كان صغيرا، وقصد، وعصمة مملوكة تحقيقا أو تقديرا ولفظ، أحمد الدردير، الشرح... المرجع السابق، ج2، ص 156.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 609؛ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 206؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع... المرجع السابق، ج5، ص 233؛ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب... المرجع السابق، ج4، ص 277.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 364.

⁴ السيد سابق، المرجع السابق، ص 211.

⁵ ابن جزري، المرجع السابق، ص 182؛ أحمد الدردير، الشرح... المرجع السابق، ج2، ص 156.

فقد جاء في المشهور عن مالك أنه لا يقع طلاق الصبي الغير البالغ¹ حتى يبلغ². وعند المالكية لولي الزوج الصغير أن يوقع الطلاق³. ولم يخالفهم في ذلك الحنفية⁴. وهو نفس ما ذهب إليه الشافعية، استنادا لما جاء في المهذب: "يصح الطلاق من كل زوج، بالغ، عاقل مختار... وأما الصبي فلا يصح طلاقه"⁵، وقد استدلووا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، والمجنون حتى يعقل"⁶. واعتبر الحنابلة أن الصبي الذي لا يعقل غير مكلف وهو في حكم المجنون لذلك لا يقع طلاقه، لما روي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال: "أكتموا الصبيان النكاح"، ولقوله صلى الله عليه وسلم "الطلاق لمن أخذ بالساق"، أما الصبي الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين وتحرم عليه فيقع طلاقه. وفي بعض الروايات عن الإمام أحمد بن حنبل أنه لا يجوز طلاق الصبي حتى يحتلم⁷ لقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم"، ويرى بعض فقهاء الحنابلة أن الطلاق يصح من ابن عشر سنين، فإذا بلغ عشرا، يتزوج، ويزوج ويطلق، وروى أبو الحارث عن الإمام أحمد رحمه الله: إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى ثنتي عشرة⁸.

وجملة القول في هذه المسألة أن الصبي كان مميزا أو غير مميز إذا نطق بالطلاق قاصدا إيقاعه

¹ ابن جزري، المرجع السابق، ص 182.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 609؛

جاء في حاشية الدسوقي: "وأشار لشروط صحته بقوله: (وإنما يصح طلاق المسلم) لزوجه ولو كافرة احترازا من الكافر فلا يصح منه (المكلف) أي البالغ العاقل ولو سفهيا فلا يصح من صبي ووقوعه عليه إذا ارتد بحكم الشرع لا أنه موقع له ولا من مجنون ولو غير مطلق إذا طلق حال جنونه ولا من مغمي عليه ولا من سكران بحلال لأن حكمه حكم المجنون"، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 365.

³ قال الدردير: "وأركانه أربعة أهل والمراد به موقعه من زوج أو وليه إن كان صغيرا"، أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 156.

⁴ قال الكاساني في البدائع: "أما الذي يرجع إلى الزوج فمنها أن يكون عاقلا حقيقة أو تقديرا فلا يقع طلاق المجنون و الصبي الذي لا يعقل"، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج 3، ص 99؛

كما جاء في كنز الدقائق: "ويقع طلاق كل زوج عاقل، بالغ، ولو مكراها، وسكران، وأخرس بإشارته، حرا، أو عبدا. لا طلاق الصبي، والمجنون، والنائم، والسيد على امرأة عبده"، أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 289.

⁵ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 277.

⁶ جاء في رواية الصبي حتى يبلغ، و في رواية حتى يكبر، وفي رواية أخرى حتى يعقل، أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، ط 1، ج 6، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، حديث رقم: 4403، ص 456.

⁷ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 349، 350.

⁸ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 8، ص 432.

غير مكره، فإن طلاقه عند جمهور الفقهاء لا يقع حتى يبلغ، ما عدا الحنابلة¹ الذين يجيزون طلاق الصبي الذي يعقل الطلاق. وغني عن البيان أن بلوغ الصبي عند فقهاء الشريعة الإسلامية يحدد تارة بالسن وتارة بعلامات البلوغ².

من زاوية قانون الأسرة الجزائري، فإنه لا يميز لمن لم يبلغ تسع عشرة سنة إبرام عقد الزواج، ويترتب على ذلك أنه منع طلاق الصبي سواء كان مميزاً أو غير مميز كأصل عام، غير أنه خول بموجب المادة 7 فقرة 2 من قانون الأسرة للقاضي أن يرخص بالزواج للقاصر أو القاصرة، الذين لم تكتمل أهليتهما، لمصلحة أو ضرورة متى تأكد من قدرتهما على الزواج. ورتب على ذلك اكتساب الزوج القاصر لأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات، الأمر الذي يدعو إلى التساؤل عن مدى جواز إيقاع الزوج القاصر المرخص له بالزواج من قبل القاضي للطلاق في قانون الأسرة؟

¹ أنظر، فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015، ص 174.

² عند الحنفية علامات بلوغ الذكر الاحتلام وإنزال المني وإحبال المرأة، وعلامات بلوغ الأنثى الحيض والحبل، فإذا تعذر تحديد البلوغ لتلك العلامات فإن بلوغها يحدد بالسن أي ببلوغها خمس عشرة سنة، وقيل ثمان عشرة سنة والأنثى سبع عشرة سنة، جاء في كنز الدقائق: "بلوغ الغلام بالاحتلام، والإحبال، والإنزال، وإلا فحتى يتم ثمان عشرة سنة، والجارية بالحيض، والاحتلام، والحبل، وإلا فحتى يتم سبع عشرة سنة، ويفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة سنة، وأدى المدة في حقه: إثنتا عشرة سنة، وفي حقه: تسع سنين"، أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 573.

أما عند المالكية تتمثل علامات البلوغ في إنزال المني مطلقاً في اليقظة أو في الحلم، والحيض والحبل بالنسبة للأنثى، إنبات شعر العانة الحشن، أما إن لم يظهر شيء من تلك العلامات كان بلوغ الصغير بتمام ثمان عشرة سنة وقيل يبلغ بمجرد الدخول في السنة الثامنة عشرة، وقيل كذلك سبع عشرة وخمسة عشرة، أنظر، محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ط1، ج6، دار الفكر للطباعة والنشر، 1984، ص 87؛ جاء في مختصر خليل: "والصبي لبلوغه بثمان عشر أو الحلم أو الحيض أو الحمل أو الإنبات"، أنظر، خليل بن اسحق المالكي، مختصر العلامة خليل، دار الفكر للطباعة والنشر، 1981، ص 204.

وعلامات البلوغ عند الشافعية الإماء بالنسبة للصبي و الحيض بالنسبة للأنثى، أما إذا لم يظهر من ذلك شيء فيكون بلوغ الذكر و الأنثى بتمام خمس عشرة سنة، جاء في المهذب أنه يحصل البلوغ عند الشافعية بخمسة أشياء، ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة، الإنزال، والسن والإنبات، واثنان تختص بهما المرأة، الحيض، والحبل، والسن بالنسبة للرجل والمرأة هو خمس عشر سنة، أبو اسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج3، ص 281؛ وقد جاء في الأم للشافعي: "قال الشافعي رحمه الله: ليس على الصبي حج حتى يبلغ الغلام الحلم، والجارية المحيض في أي سن ما بلغها، أو استكمالا خمس عشرة سنة، فإذا بلغا استكمال خمس عشرة سنة، أو بلغا المحيض أو الحلم، وجب عليهما الحج"²، محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج3، ص 373.

أما علامات البلوغ عند الحنابلة فهي إنزال المني يقظة أو مناما سواء كان باحتلام أو جماع أو غير ذلك، ونبات شعر العانة الحشن الذي يحتاج في إزالته إلى الموسى، وأبلوغ سنهما خمس عشرة سنة كاملة، وتزيد الأنثى على الذكر بشئتين: الحيض والحمل ويقدر وقت بلوغها بما قبل وضعها بستة أشهر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، م2، ص 315.

على خلاف المشرع المغربي¹، وضع المشرع الجزائري نصا في قانون الإجراءات المدنية يقضي بأنه إذا كان طالب الطلاق زوجا ناقص الأهلية، فإن وليه أو مقدمه هو المخول بتقديم الطلب باسمه². ويقصد بناقص الأهلية في القانون المدني³ الجزائري⁴ كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، وتكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفقا للمادة 83 من قانون الأسرة.

ومن خلال هذه النصوص يمكن القول أن المشرع الجزائري خول للزوج القاصر ناقص الأهلية أن يطلق بإرادته المنفردة لكن قيد ذلك بتقديم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه. وفي الواقع

¹ اشترطت مدونة الأسرة المغربية أن يكون الإذن بزواج الفتى أو الفتاة دون سن الأهلية مقرر معلل يبين فيه المصلحة و الأسباب المبررة لذلك، بعد الإستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والإستعانة بحبرة طبية أو إجراء بحث إجتماعي إذ تنص المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى و الفتاة المتمتعين بقواها العقلية ثمان عشر سنة شمسية"، وتنص المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليها في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الإستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والإستعانة بحبرة طبية أو إجراء بحث إجتماعي. مقرر الإستجابة لطلب الإذم بزواج القاصر غير قابل لأي طعن".

ويكتسب بذلك المتزوجان القاصران الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج طبقا لما تنص المادة 22 ف 1 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

ويذهب بعض الفقهاء المغاربة إلى أن أهلية التقاضي التي يكتسبها الأزواج القصر بموجب الإذن القضائي تحول للزوج القاصر طلب الإذن بالطلاق مثله مثل الزوج البالغ من المحكمة بالإعتماد على صريح مضمون الفقرة الأولى من المادة 22 التي تمنعه بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات، أنظر، محمد الكشيبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، ط3، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2015، ص 38.

ووفقا لهذا الرأي فالمشرع المغربي إعتبر الطلاق أثرا من آثار عقد الزواج، وهذا ما يؤكد الرأي القائل بأنه إذا تم الإذن بزواج القاصر، فإن المشرع المغربي يكسبه الأهلية المدنية في حدود ضيقة تنحصر في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، أخذا بالقاعدة التي تقول: "من فيه أهلية الزواج، فهو أهل لتحمل ما يترتب على ذلك من تبعات". ويذهب صاحب هذا الرأي إلى القول بأن ما ورد في المادة 22 من مدونة الأسرة لا يعدو أن يكون سوى استدراك من المشرع المغربي الذي طبق ما قضى به المجلس الأعلى المغربي على أن أهلية الزواج و الطلاق تختلف عنها في العقود الأخرى، من حيث أنه لا يشترط في الأهلية لإقامة الدعوى سن الرشد القانوني، أنظر، محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الزواج-إنحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة وتناجها، ط3، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2008، ص 109.

² تنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة".

³ القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.

⁴ تنص المادة 43 من القانون المدني على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقره القانون".

هذا التقييد يدعو للتساؤل هل وضع المشرع الجزائري الطلاق في فئة تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر المتوقفة على إجازة الولي أو الوصي، لكون الطلاق تصرف غير مالي قد تترتب عليه آثار مالية؟ وماهي الفائدة المرجوة من ذلك ما دام القاصر قد اكتسب أهلية التقاضي في كل ما يترتب عن عقد الزواج من حقوق وإلتزامات بموجب الإذن الذي منحه القاضي إياه، وبالتالي تتوفر فيه الصفة الأصلية لرفع الدعوى دون الحاجة إلى الصفة الإجرائية؟

وفي الواقع هذا القيد الشكلي لا يكتسي أهمية كبيرة ما دام أنه بإمكان القاضي التأكد من إرادة الزوج القاصر في طلب الطلاق أثناء محاولات الصلح أين يستمع إلى كل زوج على انفراد ثم معاً، وما دام أن ترخيص القاضي للقاصر بالزواج بعد التأكد من قدرته على الزواج هو اعتراف منه ببلوغ الزوج عن طريق الأمارات الطبيعية التي تتيح له المباشرة الجنسية. الأمر الذي ينسجم كلياً مع رأي فقهاء الشريعة الإسلامية القائل بأن البلوغ يكون إما بظهور علامات وأمارات طبيعية أو ببلوغ سن معينة. لذلك كان من الأحسن لو أن المشرع الجزائري خول للقاصر المرخص له بالزواج برفع دعوى الطلاق بنفسه بإلغاء نص المادة 447 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتعديل الفقرة 2 من المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات وفيما يتعلق بفك الرابطة الزوجية".

ب- طلاق المجنون والمعتوه:

المجنون في فقه الشريعة الإسلامية هو من أصيب باختلال في العقل، أفقده الإدراك تماماً، وكانت حالته في إضطراب¹، لا يقع طلاقه اتفاقاً²، عند الحنفية³، والشافعية⁴، والحنابلة⁵ والمالكية⁶. وطلاق المغمى عليه لا يقع أيضاً عند المالكية جاء في الشرح الصغير: "وإنما يصح من مسلم لا من كافر مكلف ولو سفيهاً، لا من صبي أو مجنون أو مغمى عليه"⁷. كما لا يقع طلاقه عند الحنفية والحنابلة الذين يرون أن من زال عقله بسبب يعذر فيه كالمجنون والنائم والمغمى عليه

¹ أحمد نصر الجندي، الطلاق...، المرجع السابق، ص 62.

² ابن جزري، المرجع السابق، ص 182.

³ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج 3، ص 99.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 278.

⁵ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع...، المرجع السابق، ص 334.

⁶ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 365.

⁷ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 156.

والمبرسم لا يقع طلاقه¹، ويضيف الحنفية المدهوش والمعتوه².

أما المعتوه فهو قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون³، والمعتوه إما أن يزول عقله فيكون حكمه حكم المجنون فلا يقع طلاقه، وإما أن يضعف عقله ولا يزول فيكون حكمه حكم الصبي المميز عند الحنفية. فلا يقع طلاقه وفقا للمالكية والشافعية، في حين يقول الحنابلة بعدم وقوع طلاق المعتوه⁴، جاء في فتح القدير: "ولا يقع طلاق الصبي وإن كان يعقل والمجنون والنائم والمعتوه كالمجنون"⁵.

وجملة القول في شرط العقل لوقوع الطلاق ما جاء في المغني: "أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر، أو فيما معناه، لا يقع طلاقه... وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه، فلا طلاق له... وسواء زال عقله لجنون أو إغماء، أو نوم، أو شرب دواء، أو إكراه على شرب خمر، أو شرب ما يزيل عقله شربه، ولا يعلم أنه مزيل للعقل، فكل هذا يمنع وقوع الطلاق، رواية واحدة، ولا نعلم فيه خلافا"⁶.

لم يرد في قانون الأسرة حكم طلاق المجنون والمعتوه، غير أنه من خلال قراءة بعض النصوص القانونية يمكن الوقوف على موقف المشرع الجزائري من ذلك. فبالرجوع إلى المادة 42 من ق.م.ج التي نصت على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون"، والمادة 85 من ق.أ التي جاء فيها: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته أو السفه"، يتبين أن المجنون والمعتوه فاقدين للأهلية، وتعتبر تصرفاتهما باطلة، وعلى هذا الأساس يمكن القول أن طلاق المجنون أو المعتوه لا يقع في القانون الجزائري.

ومن الشواهد التي تؤكد على ذلك ما جاء في نص المادة 437 ق.إ.م.إ التي توحى بتبني المشرع الجزائري لموقف الفقهاء القائل بعدم وقوع طلاق المجنون أو المعتوه لا باسمه ولا باسم من ينوب عليه لإقتصار الحكم الذي ورد فيها على ناقص الأهلية فقط دون فاقدتها. وبالرجوع إلى

¹ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج8، ص 432.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج 3، ص 100.

³ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج3، ص 486.

⁴ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 58.

⁵ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج3، ص 468.

⁶ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 345.

نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد بشأنه نص، للإشارة هناك من يذهب إلى القول أن عدم تعرض قانون الأسرة إلى طلاق المجنون والمعتوه مردّه إلى كون المجنون فاقدًا للتمييز فينوب عنه ولي متى رأى أن الطلاق يرفع عن الضرر سواء أكان هذا المجنون زوجًا أو زوجة¹. لكن تعقيبًا على هذا الرأي ألا يدعو هذا الموقف إلى التساؤل عن ماذا لو كان في طلاق المجنون أو المعتوه مصلحة للولي وليس في ذلك مصلحة الزوج المجنون أو المعتوه، كأن يطلب الولي طلاق من في ولايته لجنون أو عته ليستأثر بأمواله.

وقد ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى القول أنه: "حيث أنه من الشروط المقررة لإيقاع الطلاق من جانب الرجل بالإرادة المنفردة أن يكون بالغًا، عاقلًا لأن الطلاق شرع حيث تكون المصلحة في إيقاعه، وأن المجنون والمعتوه لا يقع منهما الطلاق لعدم إدراكهما وجه المصلحة، ولما كان البين من الحكم محل الطعن ومن باقي المستندات أن الزواج المطعون ضده محجور عليه... فإن المحكمة بقضائها بالطلاق إستنادًا إلى الإرادة المنفردة للزوج قد أخطأت في تطبيق القانون وتجاوزت حدود سلطتها لأنه بصدور حكم الحجر وثبوت عدم أهلية الزوج أصبح فاقد للتمييز وفقا لنص المادة 42 من القانون المدني ولم يعد أهلا لإيقاع الطلاق..."².

وفي نفس القرار أكدت على أن "...المقدم لا يمكنه إيقاع الطلاق نيابة عن المحجور عليه لأنه حق شخصي..."، غير أنها لم تر مانعا في "...أن المقدم إذا رأى المصلحة والضرورة تقتضيان إنهاء الرابطة الزوجية بين المحجور عليه وزوجته فلا يملك كمقدم إلا رفع الدعوى أمام قاضي شؤون الأسرة وفقا لنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأن المحكمة يقع عليها عبء إجراءات التحقيق واستعمال سلطتها التقديرية...".

تعليقا على هذا القرار يتبين أن المحكمة العليا ترى بأن طلاق المجنون والمعتوه لا يقع لافتقادهما لإدراك وجه المصلحة منه، وأن المقدم لا يمكنه إيقاع الطلاق نيابة عن المحجور عليه لأنها اعتبرت الطلاق حق شخصي. غير أنها حولت للمقدم أن يرفع دعوى الطلاق أمام قاضي شؤون الأسرة طبقا لنص المادة 437 من ق.إ.م.إ. والجدير بالذكر أن هذه المادة تضمنت حكم ناقص الأهلية. في حين ألحق هذا القرار المجنون والمعتوه بناقص الأهلية، لما قضى بتطبيق هذا النص على

¹ فاسي عبد الله، المرجع السابق، ص 175.

² المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2017/04/05، ملف رقم 1195456، مجلة المحكمة العليا، 2017، عدد 1، ص 171.

المحجور عليه لجنون، ويبدو أن المحكمة العليا طبقت النص الفرنسي¹ للمادة 437 من ق.إ.م.إ. الذي استعمل مصطلح "incapable" الذي يشمل عديم الأهلية وناقصها. والجدير بالتنويه كذلك أن قضاء المحكمة العليا استقر على أن الطلاق من المسائل الإرادية، لذلك فكل ما من شأنه أن يثير الشك في سلامة هذه الإرادة من العيوب الشرعية والقانونية كالجنون مثلا، يستوجب التصدي له بالبحث والتدقيق بواسطة أهل الخبرة قبل البت فيه. وقد تبنت المحكمة العليا هذا الموقف إثر طعن بالنقض قدمته الزوجة ضد حكم صادر عن محكمة الأربعاء ناث إيراثن بتاريخ 2005/09/07 الذي قضى بفك بالتصريح بالطلاق بين الزوجين بالإرادة المنفردة للزوج تحت مسؤوليته، وقد بنت الطاعنة ذلك الطعن بالنقض على ثلاثة أوجه، تمثل الوجه الأول عدم مناقشة القاضي لوثائق الملف الطبي الذي قدمته تدعيما لدفعها مما يمثل قصورا يصل إلى إنعدام التسبيب. بينما بنت الوجه الثاني على انعدام الأساس القانوني نتيجة لتصدي القاضي بالرفض لطلبها الإحتياطي المتعلق بتعيين طبيب لفحص المطعون ضده عقليا. أما الوجه الثالث فتمثل في أن قبول طلب طلاق من زوج مصاب بمرض عقلي مثبت بملف طبي مدفوع أمام المحكمة للمناقشة دون التأكد من ذلك بواسطة طبيب مختص يشكل خرقا للمادتين 42 و 43 من ق.م.، ويؤخذ هذا الوجه من الخطأ في تطبيق القانون.

وقد قضى القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي فصل في ذلك الطعن بأنه: "حيث أن الدفع التي أثارها الطاعنة بهذه الأوجه مؤسّسة، لأن اكتفاء الحكم المطعون فيه باستبعاد الملف الطبي ودفع الطاعنة بكون الزوج مجنون ومصاب بمرض عقلي بالقول: "أن الطلب الإحتياطي للمدعى عليها غير مؤسس وبالتالي يتعين رفضه"، فإنه فضلا عن كونه لا يرقى لأن يكون تسببا وفقا لما تنص عليه المادة 38 من ق.إ.م.، فإن الطلاق من المسائل الإرادية ومنه فإن كل ما يمكن أن يثير الشك في مدى سلامة هذه الإرادة من العيوب الشرعية والقانونية يستوجب التصدي له بالبحث والتدقيق بواسطة أهل الخبرة قبل البت فيه مما يعرضه للنقض"². وقد خلص قضاة المحكمة العليا إلى قبول الطعن شكلا، ونقض وإبطال الحكم المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف على نفس المحكمة مشكّلة من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون.

¹ l'article 437 stipule que : " la demande formée par l'époux incapable, est présentée en son nom et, selon le cas, par son tuteur ou du curateur".

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2008/03/12، ملف رقم 416686، نشرة القضاة، 2012، عدد 67، ص 274.

ج- طلاق السفية:

أما السفية، وهو خفيف العقل الذي يتصرف في ماله على خلاف مقتضى العقل السليم¹، فقد أجمع الفقهاء على وقوع طلاقه لأنه مكلف مالك محل الطلاق، جاء في الشرح الصغير: "وأشار لشروط صحته، وهي ثلاثة: الإسلام، والبلوغ، والعقل، بقوله (إنما يصح من مسلم) لا من كافر (مكلف) ولو سفية، لا من صبي أو مجنون أو مغمى عليه"². وجاء في مغني المحتاج: "أن يكون مكلفا فيصح من السفية والمريض أي ولو كان هازلا"³، ويقع طلاقه كما يقع طلاق الراشد وذلك رغم الحجر عليه في ماله لأن الحجر لا يمنع من التصرف في غير ما هو محجور عليه فيه. قال ابن قدامة: "فأما السفية، فيقع طلاقه، في قول أكثر أهل العلم، منهم القاسم بن محمد، ومالك، والشافعي، وأبو حنيفة وأصحابه"⁴. وقال صاحب كشاف القناع: "ويصح الطلاق من سفية ولو بغير إذن وليه"⁵، كما جاء في الدر المختار: "ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل ولو تقديرا. "بدائع"، ليدخل السكران ولو عبدا أو مكرها فإن طلاقه صحيح لا إقراره بالطلاق... أو هازلا لا يقصد حقيقة كلامها وسفيتها خفيف العقل أو سكران"⁶.

لم يرد في قانون الأسرة ما يفيد بوقوع أو عدم وقوع طلاق السفية، وقد نظم المشرع الأسري تصرفات السفية فجعلها غير نافذة بموجب المادة 85 من قانون الأسرة، مع الإشارة أن المشرع الجزائري وقع في تناقض حينما ألحق في هذا النص السفية بعديمي الأهلية، في حين أنه ألحقه بموجب المادة 43 ق.م.ج بناقصي الأهلية، وهو ما دفع ببعض الباحثين إلى القول بوجود إزالة هذا التناقض بتصحيح المادة 85 من ق.أ على نحو ينسجم مع نص المادة 43 من ق.م.ج، لأن التصرفات المالية للسفية هي التي خصها الفقه الإسلامي بحكم البطلان، في حين أجاز تصرفاته الشخصية كالزواج والطلاق⁷.

وفي الحقيقة ما جاءت به المادة 43 من ق.أ هو الأقرب إلى الصواب وهو ما ذهب إليه

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 367.

² أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص156.

³ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج4، ص 455.

⁴ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المغني، المرجع السابق، ج10، ص 350.

⁵ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 233.

⁶ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبدالرحمن الحنفى الحصكفي، المرجع السابق، ص 206.

⁷ عبدالفتاح تقي، المرجع السابق، ص 28.

بعض فقهاء القانون الجزائري¹، كون السفه هو تبذير المال على غير مقتضى العقل والشرع²، عكس الجنون والعتة الذي يعرف على أنه عاهة تلحق عقل الإنسان فتعدم فيه الإدراك والتمييز³، وأمام هذا التعارض هناك ثلاث فرضيات:

الفرضية الأولى: أن يكون السفه فاقدا للتمييز عديم الأهلية بموجب المادة 85 ق.أ، تطبيقا للمبدأ القائل بأن الخاص يقيد العام، ويترتب على ذلك القول بأن المشرع الجزائري لا يأخذ بطلاق السفه، مثلما يقول ويذهب إليه البعض، من أنه إن طلق رجل سفيه وكان محجورا عليه، فإن طلاقه لا يقع لكون تصرفاته غير نافذة، إذا استظهرت زوجته الحكم القضائي بالحجر عليه⁴، ونتيجة لذلك لا يشمل حكم المادة 437 ق.إ.م.إ التي تخول فقط للزوج ناقص الأهلية طلب الطلاق باسمه، على أن ترفع الدعوى من قبل وليه أو مقدمه.

الفرضية الثانية: أن يكون الزوج ناقص الأهلية بموجب المادة 43 من ق.م.ج، وفي هذه الحالة يمكن له طلب الطلاق، على أن تكون تلك الدعوى مرفوعة من قبل وليه أو مقدمه.

الفرضية الثالثة: بتطبيق ما جاء في المادة 222 ق.أ وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه يقع طلاق السفه.

غير أن الطلاق هو تصرف شخصي، تترتب عليه تبعات مالية كنفقة العدة ونفقة الإهمال، ناهيك عن الأموال التي يتكبدتها في حالة ما إذا تزوج ثانية بسبب طلاقه، إضافة إلى خطورة الطلاق بالنسبة لتصرفه في بعض الأموال. كل هذا يؤدي وفقا لرأي أحد الباحثين إلى القول بأنه من الثابت شرعا وقانونا أن من المصلحة المحجر على السفه في طلاقه، كما يحجر عليه في أمواله، إذ كيف لمن لا يحسن التصرف في أمواله، أن يحسن التصرف في بيته، وأن لا يسيء إلى زوجته فيطلقها⁵. ويتطابق هذا الرأي مع رأي الأستاذ عبد الرحمن الصابوني القائل بأنه من المصلحة أن يحجر على السفه في طلاقه كما يحجر على ماله نظرا لأن الطلاق ليس أقل أهمية وأضعف أثرا

¹ أنظر، بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 375، 376، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 158.

² بلحاج العربي، المرجع نفسه، ج1، ص 375.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 157.

⁴ فاسي عبد الله، المرجع السابق، ص 182.

⁵ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 33.

من التصرف في القليل من المال، والسفيه الذي لا يحسن التصرف في أمواله قد لا يحسن التصرف في بيته بالإساءة إلى زوجته وتطليقها، إضافة إلى أنه للطلاق تبعات مالية وقد يسبب له إعادة الزواج، وفي ذلك خسارة مالية له¹.

والراجع أن طلاق السفیه لا يقع، لأن الطلاق وإن كان تصرف شخصي غير أنه تنجر عليه تبعات وإلتزامات مالية يكون فيها السفیه المحجور عليه عاجزا عن القيام بها نتيجة لبطلان تصرفاته بموجب المادتين 101 و107 من ق.م.ج².

ثانيا: القصد:

يشترط فقها حتى يقع الطلاق أن يكون الزوج قد قصد ذلك، فقد يتلفظ به الزوج دون أن يقصده، كأن يتلفظ به وهو في حالة سكر، أو مخطئا، أو هازلا.

أ- طلاق السكران:

عرف الحنفية السكر على أنه سرور يزيل العقل فلا يعرف به السماء من الأرض³، أما عند الحنابلة فالسكران الذي يقع طلاقه هو الذي يخلط في كلامه وقراءته، ويسقط تمييزه بين الأعيان، ولا يشترط فيه أن يكون بحيث لا يميز بين السماء والأرض، ولا بين الذكر والأنثى⁴. وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه، هو الذي يجعله يخلط في كلامه، ولا يعرف رداءه من رداء غيره، ونعله من نعل غيره⁵. وقد يكون السكر بشرب دواء غير مطرب أو بشرب مسكر مطرب. فأما من سكر بشرب دواء غير مطرب كشارب البنج، فإذا كان الشرب للتداوي فلا يقع طلاقه، أما إذا كان بقصد السكر فيقع طلاقه. بينما يقول أبو حنيفة لا يقع طلاقه لأنه في حكم المغشي عليه، وأما إذا سكر بشرب مسكر مطرب وهو لا يعلم أنه مسكر، أو أكره عليه، لا يقع طلاقه لأن حكمه حكم المجنون والمغمى عليه والنائم والمعتوه، غير أنه إذا كان يعلم وشربه مختار عاصيا

¹ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 351.

² تنص المادة 101 من القانون المدني على: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"، وتنص المادة 107 من ذات القانون على أنه: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلّة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

³ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 444.

⁴ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج8، ص 435-436.

⁵ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 348.

كان متعديا¹. وقد اختلف في وقوع طلاقه، حيث يقول الشافعية أنه من شرب للتداوي فزال عقله، أو أكره على شرب الخمر حتى سكر، لا يقع طلاقه، أما من شرب الخمر لغير عذر، فسكر، فالمنصوص أنه يقع طلاقه، وهناك قولان: أحدهما لا يصح، وهو اختيار المزني وأبي ثور، لتشبيههم السكران بالنائم والمكره، والثاني: يصح، وهو الصحيح²، وقال الشافعي بلزوم الطلاق لمن طلق وقد شرب خمرا أو نبذا فأسكره، أما من شرب بنجا أو حريفا أو مرقدًا ليتعالج به من مرض فأذهب عقله فطلق لم يلزمه الطلاق³.

ويقول المالكية⁴ بوقوع طلاق السكران، فقد ورد في المهذب من الفقه المالكي وأدلته: "ويلزم الزوج ما أوقعه من طلاق، إذا كان مكلفا، ولو كان هازلا مازحا، أو سكران، كما يلزم النكاح والرجعة الهازل فيهما"⁵، وكذلك قال أبو بكر الخلال، والقاضي، وسعيد بن المسيب وعطاء، ومجاهد والحسن وابن سيرين، والشعبي والنخعي وميمون بن مهران، والحكم ومالك والثوري، والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه وابن شبرمة وأبي حنيفة، وصاحبيه وسليمان بن حرب، وعلي، ومعاوية وابن عباس. بينما يرى عثمان بن عفان رضي الله عنه وعمر بن عبد العزيز، والقاسم وطاوس، وربيعه، ويحي الأنصاري، والليث، والعنبري، وإسحاق، وأبي ثور⁶، والمزني⁷ وبعض أصحاب أبي حنيفة أنه لا يقع.

ويرجع هذا الاختلاف في حكم طلاق السكران هل حكمه هو حكم المجنون أم هناك فرق بينهما، فمن قال أن حكم السكران هو حكم المجنون قال بأن الطلاق لا يقع. وأما من قال بأن السكران قد أدخل الفساد على عقله بإرادته على خلاف المجنون الذي لا دخل لإرادته في فقد عقله قال بأن طلاقه يقع تغليظا عليه⁸. وقد جاء في البدائع للكاساني: "وأما السكران إذا طلق امرأته فإن كان سكره بسبب محذور بأن شرب الخمر أو النبيذ طوعا حتى سكر وزال عقله فطلاقه

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 445، 446.

² أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 278.

³ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج6، ص 641، 642.

⁴ ابن جزري، المرجع السابق، ص 182.

⁵ محمد سكال المجاجي، المرجع السابق، ص 74-75.

⁶ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 346، 347.

⁷ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 278.

⁸ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 609.

واقع عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن عثمان رضي الله عنه أنه لا يقع طلاقه وبه أخذ الطحاوي والكرخي وهو أحد قول الشافعي وجه قولهم أن العقل زائل والعقل من شرائط أهلية التصرف"¹. أما عند الحنابلة فهناك روايتان، حيث قال ابن قدامة: "وإن زال بسبب لا يعذر فيه كالسكران، ومن شرب ما يزيل عقله لغير حاجة، ففي صحته روايتان، وكذلك يخرج في قتله وقذفه وسرقة وزناه وظهاره وإيلائه"²، في رواية يقع وهو المشهور من المذهب، وفي رواية أخرى لا يقع³.

ب- طلاق المخطئ:

المخطئ هو الذي يريد أن يتكلم بكلام ما، فيسبق لسانه إلى الطلاق⁴، يقول المالكية بعدم وقوع طلاق المخطئ، جاء في حاشية الدسوقي: "لا إن سبق لسانه بأن قصد التكلم بغير لفظ الطلاق فزل لسانه فتكلم به فلا يلزمه شيئاً مطلقاً إن ثبت سبق لسانه وإن لم يثبت قبل في الفتوى دون القضاء"⁵. أما الشافعية فيرون أن طلاق المخطئ مجرد لغو، حيث جاء في مغني المحتاج: "ولو سبق لسان بطلاق بلا قصد لغا، ولا يصدق ظاهراً إلا بقريئة"⁶. كما جاء في المحرر في فقه الإمام الشافعي: "إذا سبق الطلاق إلى لسانه بلا قصد أو كان نائماً فمر بلسانه اللفظ فهو لغو، لكن لا تقبل دعوى سبق اللسان إلا إذا ظهرت قريئة تدل عليه"⁷. أما عند الحنابلة فطلاقه لا يقع، فقد جاء في المغني: "قال أبو بكر: لا خلاف عن أبي عبد الله، أنه إذا أراد أن يقول لزوجته: اسقيني ماء. فسبق لسانه فقال: أنت طالق، أو أنت حرة، أنه لا طلاق فيه"⁸. ويرى الحنفية أن طلاق المخطئ يقع⁹، لأن لفظ الطلاق صدر عنه عن يقظة وتمام عقل، مما يدل على قصد النطق به، وترتيب آثاره عليه، هذا إذا وصل الأمر إلى القضاء لإثبات الطلاق، أما إذا بقي الأمر ديانة ولم يصل إلى

¹ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 99.

² موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع...، المرجع السابق، ص 334.

³ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 8، ص 433.

⁴ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 664.

⁵ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 366.

⁶ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج4، ص 468.

⁷ أنظر، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراجعي القزويني الشافعي، المحرر في فقه الإمام الشافعي، ط1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، 2013، ص 1069.

⁸ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 357.

⁹ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 664.

القضاء، مع علمه يقينا بأنه أخطأ، فإن طلاقه لا يقع¹. حيث جاء في حاشية ابن عابدين: "أو مخطئا بأن أرد التكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق أو تلفظ به غير عالم بمعناه أو غافلا أو ساهيا بألفاظ مصحفة يقع قضاء فقط، بخلاف الهازل واللاعب فإنه يقع قضاء وديانة"²، وما جاء في البحر الرائق: "ولا أن يكون عامدا فيقع طلاق المخطئ وهو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فيسبق على لسانه الطلاق"³.

ج- طلاق الهازل:

الهازل هو الذي ينطق بالطلاق على سبيل اللعب واللهو⁴، فهو قاصد للفظ غير مرید للفراق⁵، فطلاق الهازل فيه قصد لما يتلفظ به ولكنه لا ينوي الطلاق ولا يقصده وإنما ذكر ذلك لمجرد اللعب والهزل⁶، فيقع طلاق الهازل عند الأحناف، وفقا لما جاء في البحر الرائق: "ولم يشترط أن يكون جادا فيقع طلاق الهازل به واللاعب"⁷. وفي البدائع: "وكذا كونه جاد ليس بشرط فيقع طلاق الهازل باللاعب"⁸، ويصح طلاق الهازل كذلك عند الشافعية، حسب ما جاء في التهذيب: "ويقع طلاق الهازل، والناسي، والجاهل"⁹. كما يقع طلاق الهازل عند المالكية، حيث ورد في مختصر العلامة خليل "ولزم ولو هزل"¹⁰، وفي حاشية الدسوقي: "ولزم ولو هزل كضرب أي لم يقصد بلفظه حل العصمة وهذا إنما يأتي في الصريح والكناية الظاهرة بأن خاطبها على سبيل المزح والملاعبة"¹¹. ويقع كذلك عند الحنابلة، لقول ابن قدامة في المغني: "وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه، أو لم ينوه: قد ذكرنا أن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية، بل يقع من غير قصد، ولا خلاف

¹ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 282.

² محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 4، 448-449.

³ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج 3، ص 426.

⁴ أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ط 3، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 229.

⁵ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 4، ص 439.

⁶ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 309.

⁷ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج 3، ص 426.

⁸ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج 3، ص 100.

⁹ أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، المرجع السابق، ص 75.

¹⁰ خليل بن اسحق المالكي، المرجع السابق، ص 137.

¹¹ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 366.

في ذلك. ولأن ما يعتبر له القول يكتفى فيه به، من غير نية إذا كان صريحا فيه، كالبيع وسواء قصد المزح أو الجد¹. وقد استدلت جمهور الفقهاء في ذلك بما جاء عن أبي هريرة الذي قال: قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد، النكاح، والطلاق، والرجعة"². كما جاء في رواية أنه لا يقع طلاق الهازل عند المالكية والحنبلة، إذ جاء في نيل الأوطار: "أما في الطلاق فقد قال بذلك الشافعية والحنفية وغيرهم، وخالف في ذلك أحمد ومالك فقالا: إنه يفتقر اللفظ الصريح إلى النية، وبه قال جماعة من الأئمة منهم الصادق والباقر والناصر"³، وقد استدلووا بقوله عز وجل: "وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"⁴، والهازل بالطلاق عندهم لا عزم لديه لإيقاعه.

ويرى الأستاذ عبد الرحمن الصابوني أنه يجب التفريق بين حالتين في طلاق الهازل، حيث لا يقع طلاقه إذا كان المجلس مجلس هو ولعب وهزل، ويلحق بذلك الصورية في الطلاق كأن يتفق الزوجان على الطلاق صوريا أمام القاضي، بغير قصد الطلاق، بل بقصد الاستفادة من معونة من جهة بر أو مساعدة من الحكومة كما هو الحال بالنسبة لطالبي السكن في بعض الصيغ السكنية في الجزائر⁵. ولا يقع الطلاق في هذه الحالة للقضاء على التلاعب والكذب والإحتيال في تصرفات المكلفين، بينما يقع طلاق الهازل في حالة إدعاء الزوج أنه طلق هازلا بعد وقوع الطلاق في حالة يختلف فيها هل كان جادا أم هازلا⁶.

لم ينظم قانون الأسرة الجزائري طلاق الزوج السكران، أو المخطى، أو الهازل، وسكت عن ذلك على اعتبار أن دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة تقدم على شكل عريضة مكتوبة تطبيقا للقواعد الإجرائية التي تنظم رفع الدعاوى، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لأن الطلاق لا يكون

¹ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 372-373.

² رواه الخمسة إلا النسائي، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، كتاب الطلاق، حديث رقم: 2873، ص 1267.

³ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1268.

⁴ سورة البقرة، الآية 227.

⁵ "ظهور حيلة جديدة يعتمدها الأزواج من أجل الظفر بسكن وهي الطلاق الصوري الذي يكون على الأوراق فقط من أجل إدراج ورقة الطلاق في ملف السكن، للاستفادة من شقة ثانية أي الاستفادة كلا الزوجين من شقة منفردة، وبعدها يسقط الطلاق ويتزوج الأزواج من جديد".

consulté le 18/12/2019 à <https://www.echoroukonline.com/أزواج-بممارسة-الاحتيايل-بالطلاق-الصور>, 10H02.

⁶ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 316-317.

إلا بحكم قضائي بعد إجراء القاضي لمحاولات الصلح، وعلى القاضي أن يتأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق، وأن يأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك وفقاً لمقتضيات المادة 450 ق.إ.م.إ، غير أنه شرعاً إذا تلفظ الزوج بالطلاق سكراناً أو هازلاً فالأرجح أن طلاقه واقع أما إذا كان مخطئاً غير قاصد الطلاق فالأرجح أن طلاقه شرعاً لا يقع.

ثالثاً: الإختيار:

من بين الشروط التي ينبغي توفرها في الزوج لوقوع طلاقه أن يكون مختاراً غير مكره على إيقاعه.

أ- طلاق المكره:

يشترط أن يكون المطلق مختاراً غير مكره، وقد ذهب المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ إلى أن طلاق المكره لا يقع، يقول ابن جزى: "وأما من أكره على الطلاق بضرب أو سجن أو تخويف فإنه لا يلزمه عند الإمامين وابن حنبل خلافاً لأبي حنيفة"⁴. وجاء في التهذيب: "وطلاق المكره لا يقع"⁵. وقد استندوا في ذلك على قوله صلى الله عليه وسلم: "وضع الله عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁶. وعن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لا طلاق، ولا عتاق في إغلاق"⁷، ويقصد بالإغلاق الإكراه. ويقول الحنابلة أنه لا يقع الطلاق ممن أكره على الطلاق بغير حق⁸، ويشترطون مع الشافعية⁹ للإكراه ثلاثة شروط هي: أن

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 609.

² أنظر، سليمان البجيرمي، حاشية سليمان البجيرمي على شرح منهاج الطالبين، ج4، مطبعة الباي الحلي و أبناؤه، مصر، 1345هـ، ص 4،5.

³ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المغني، المرجع السابق، ج10، ص 350.

⁴ ابن جزى، المرجع السابق، ص 182.

⁵ أنظر، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ط1، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، ص 75.

⁶ أنظر، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ط2، ج7، كتاب الخلع والطلاق، حديث رقم 15097، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 584-585.

⁷ رواه أحمد، و أبوداود وابن ماجه، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، كتاب الطلاق، حديث رقم 2874، ص 1268.

⁸ قال البهوتي: "ولا يقع الطلاق ممن أكره على الطلاق ظلماً"، أنظر، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج5، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2000، ص 366.

⁹ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 280.

يكون المكره -بكسر الراء- قادرا بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه، قاهرا له لا يقدر على دفعه، وأن يغلب على ظنه نزول الوعيد به، وأن الذي يخافه من جهته يقع به، إن لم يجبه إلى ما طلبه مع عجزه، وعن دفعه وهربه واختفائه، وأن يكون ما يهدده به وما يستتضر به ضررا كثيرا، كالقتل والضرب الشديد، والحبس والقيد الطويلين وأخذ المال الكثير¹.

وقد فرق أصحاب الشافعي بين أن ينوي الطلاق أو لا ينوي شيئا، فإذا نوى الطلاق هناك قولان أحدهما أنه لا يقع لأن اللفظ يسقط حكمه بالإكراه، وبقيت النية من غير لفظ والقول الثاني أنه يقع لأنه بالنية صار مختارا²، وأصحهما لزومه، وإن لم ينو فهناك قولان أصحهما عدم لزومه³.

بينما يقول أبو حنيفة أن طلاق المكره يقع، لأن تصرف المكره مما يلحقه الفسخ كالنكاح والبيع لم يصح منه، وإن كان مما لا يلحقه الفسخ كالطلاق والعتق فيصح منه كما يصح من الشخص المختار. وقد استدل في ذلك: "بقوله تعالى: **إِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**"⁴، حيث لم يفرق بين مكره ومختار فكان على عمومه، وبما روي عن علي كرم الله وجهه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي"، فدخل المكره في عموم الجواز، وبحديث "ثلاث جدهن وهزلهن جد الطلاق والنكاح والرجعة" والمكره لا يخلو من أن يكون جادا أو هازلا فيقع طلاقه⁵. قال صاحب التهذيب في فقه الإمام الشافعي: "وعند أبي حنيفة يصح طلاق المكره وعتقه ونكاحه"⁶، وقال صاحب كنز الدقائق في الفقه الحنفي: "ويقع طلاق كل زوج عاقل، بالغ، ولومكرها، وسكران، وأخرس بإشارته حرا، أو عبدا، لا طلاق الصبي، والمجنون، والنائم، والسيد على امرأة عبده"⁷.

وجملة القول في مسألة وقوع طلاق المكره ما قاله ابن عابدين: "لا يقع طلاق المكره على الطلاق أو على الحلف به كما لا ينفذ عتقه ولا سائر عقوده، وبه قال مالك وأحمد وأكثر الفقهاء

¹ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج8، ص 440.

² أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص280.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 609.

⁴ سورة البقرة، الآية 230.

⁵ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص438.

⁶ أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، المرجع السابق، ص 75.

⁷ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 269.

وقال أبو حنيفة: تصرف المكره أنه كان مما يلحقه الفسخ كالنكاح والبيع لم يصح منه، وإن كان مما لا يلحقه كالطلاق والعتق صح منه كما يصح من المختار¹.

أما في قانون الأسرة الجزائري، فقد نصت المادة 48 من ق.أ: "مع مراعاة المادة 49 أدناه، يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..."، وجاء في المادة 450 من ق.إ.م.إ: "على القاضي أن يتأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق، وأن يأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك". وبذلك يكون المشرع الجزائري قد جعل إرادة الزوج في الطلاق شرطا ضروريا لنفاذه، مما يجعل منه طلاقا بإرادة الزوج المنفردة بامتياز. وانطلاقا من الأحكام التي تضمنها النصان سابقا الذكر، يتضح أنه يتعين على القاضي رفض دعوى الطلاق إذا ما تبين له أن الزوج كان تحت إكراه لإنتفاء إرادته في إيقاع الطلاق، وذلك ينسجم تماما مع رأي جمهور الفقهاء بعدم وقوع طلاق المكره، وعلى هذا سار الحكم في القانون الجزائري، فمتى كان التصرف صادرا تحت تأثير الإكراه كان باطلا².

بعد دراسة الركن الأول للطلاق ينبغي دراسة ركنه الثاني المتمثل في الزوجة.

الفرع الثاني

الزوجة

يقع الطلاق على المرأة المعقود عليها بعقد زواج صحيح، ويستوي في ذلك أن تكون مدخولا بها، أو ليس مدخولا بها³، كما يقع على الزوجة المعتدة من طلاق رجعي لأنها في حكم الزوجات في الإرث في مذهب المالكية والشافعية والحنابلة⁴.

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 438.

² عبدالفتاح تقيبة، المرجع السابق، ص 30.

³ "و القرآن يدل - والله أعلم - على أنه من طلق زوجة له دخل بها أو لم يدخل بها ثلاثا، لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره"، محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج6، ص 467؛ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 275، 276.

⁴ قال ابن رشد: "وأما من يقع طلاقه من النساء، فإنهم اتفقوا على أن الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن، أو قبل أن تنقضي عددهن في الطلاق الرجعي"، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 611.

وقال الشيرازي: "ويجوز أن يطلق الرجعية، و يلاعنها، ويولي منها ويظهر منها، لأن الزوجية باقية"، أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 374، 375.

ويقول البهوتي: "والرجعية زوجة يلحقها الطلاق والظهار واللعان والإيلاء" منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 343.

على خلاف جمهور الفقهاء يرى الحنفية أنه إضافة إلى الزوجة المدخول بها والغير المدخول بها في زواج صحيح، والمعتدة من طلاق رجعي، فإن الطلاق يلحق المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أيضا لبقاء بعض أحكام الزواج من وجوب النفقة والسكن في بيت الزوجية وعدم حل زواجها برجل آخر في عدتها¹، واستثنوا في ذلك المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى لإنتهاء ما يملكه الزوج من طلاقها².

أما المعتدة من فسخ، فلا يلحقها طلاق باتفاق الفقهاء، غير أن الحنفية، الذين يعتبرون كل فرقة هي فسخ من كل وجه لا يقع الطلاق في عدتها، وكل فرقة هي طلاق يقع الطلاق في عدتها كالفرقة في الإيلاء واللعان والجب والعنة، واستثنوا من ذلك المعتدة من فرقة بسبب ردة أحد الزوجين والمعتدة من فرقة بسبب إباء الزوجة المشتركة الإسلام، إذ يقول ابن عابدين: "فصار الحاصل أن الطلاق يلحق في عدة فرقة عن طلاق أو إباء أو ردة بدون لحاق حرب"³.

ولا يصح أن تكون الأجنبية عند الحنابلة والشافعية محلا للطلاق سواء كان منجزا أو مضافا إلى زمن أو معلقا، وطلاقها لا يعدو أن يكون إلا لغوا لا يترتب عليه أي أثر⁴، ولو تزوجها المطلق بعد ذلك. فلو قال الرجل: إن نكحت فلانة فهي طالق، عم المطلق أو خص بالذكر امرأة ما، فإن الطلاق عندهم لا يتعلق بأجنبية أصلا، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا طلاق إلا بعد نكاح". بينما أجاز الحنفية والمالكية تعليق طلاقها، فاشتراط الحنفية تعليقه بشرط التزويج يستوي في ذلك أن يعمم المطلق جميع النساء أو يخصص، فلو قال: إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق، يقع الطلاق بمجرد تحقق الشرط المتمثل في زواجه منها. غير أن المالكية اشتروا لوقوع الطلاق تعليقا أن يخصص أما إذا عمم فلا يلزمه، كقوله: كل امرأة أتزوجها من بني

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 370.

² علي الخفيف، المرجع السابق، ص 92.

ويمكن الوقوف على ذلك من قول الكاساني: "وجملة الكلام فيه أن المرأة لا تحلو إما إن كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن أو خلع، فإن كانت معتدة من طلاق رجعي يقع عليها الطلاق سواء كان صريحا أو كناية لقيام الملك من كل وجه لأن الطلاق الرجعي لا يزول الملك ولهذا يصحظهاره وإيلاؤه ويثبت اللعان بينهما وهذه الأحكام لا تصح إلا في الملك وإن كانت معتدة من طلاق بائن أو خلع وهي المبانة أو المختلعة فيلحقها صريح الطلاق... ولأنها بالخلع والإبانة لم تخرج من أن تكون محلا للطلاق"، ويقصد الكاساني بالمرأة المبانة المرأة التي طلقت أول مرة أو ثانية بائنة أي البائن بينونة صغرى، حيث يضيف: "...فحل المحلية قائم لأنه لا يزول إلا بالطلقات الثلاث ولم توجد فكانت المبانة والمختلعة محلين للطلاق"، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 134، 135، 187.

³ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 549، 550.

⁴ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 92.

فلان، أو من بلد كذا أو في وقت كذا فهي طالق، فإذا تزوجها لزمه طلاقها¹.

ولا يلحق الطلاق المرأة المطلقة قبل الدخول من زواج صحيح، والمطلقة التي انتهت عدتها من طلاق رجعي، والمطلقة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى عند جمهور الفقهاء، والمعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى لانتهاء عدد الطلقات التي يملكها الزوج².

أما في قانون الأسرة الجزائري، فإنه لم يرد نص يحدد شروط الزوجة محل الطلاق³، غير أنه اشترط أن يكون الطلاق بموجب حكم قضائي، فعندما ينطق القاضي بحكم الطلاق يتم تسجيله وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة وفقا لأحكام المادة 49 من ق.أ. وبالتالي، لا يمكن لمن طلق زوجته أن يطلقها في عدتها لأن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري طلاق بائن، ولأن الرابطة الزوجية انتهت بالطلاق وأصبحت الزوجة أجنبية على الزوج.

وعلى هذا الأساس يقع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري على الزوجة التي يربطها بالزوج المطلق عقد صحيح تم إبرامه أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، لذلك يتعين على القاضي التأكيد من ذلك أثناء نظره في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بوثيقة عقد الزواج التي تثبت صفة الزوج طالب الطلاق والزوجة محل الطلاق. وفي حالة الزواج العرفي لا يعتد بالطلاق الذي يوقعه الزوج إلا بعد تثبيت عقد الزواج بموجب حكم قضائي، وبعد ذلك يتم تثبيت الطلاق. وكما يقع الطلاق على الزوجة المدخول بها في عقد زواج صحيح، فإنه يقع على الزوجة الغير المدخول بها في عقد زواج صحيح لأن المشرع الجزائري لم يشترط الدخول كشرط صحة لعقد الزواج، ولكنه اعتد به في طلاق غير المدخول بها التي تستحق نصف الصداق في المادة 16 من ق.أ. التي نصت على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

إن تعبير الزوج عن إرادته طلاق زوجته يكون بالصيغة الدالة على حل عقدة النكاح.

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 611.

² في هذا السياق يقول ابن جزى: "وأما المطلقة فهي الزوجة سواء كانت في العصمة أو في عدة من طلاق رجعي فينفذ طلاقها اتفاقا ولا ينفذ طلاق الأجنبية اتفاقا كذلك والبائن، ولو أضاف الطلاق إلى نصفها أو عضو من أعضائها نفذ خلافا للظاهرية"، ابن جزى، المرجع السابق، ص 183-182.

³ خلافا لذلك قام المشرع السوري بتحديد الزوجة التي تكون محلا للطلاق بنص المادة 87 من قانون الأحوال الشخصية السوري التي نصت على أن: "محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح، أو المعتدة من طلاق رجعي، و لا يصح على غيرهما الطلاق، ولو كان معلقا".

الفرع الثالث

الصيغة

حتى يقع طلاق الزوج لزوجته بإرادته المنفردة لا بد من صيغة تدل على الطلاق، وتعبير الزوج عن طلاقه قد يأخذ عدة أشكال، وعلى هذا الأساس يطرح التساؤل التالي: كيف يتم تعبیر الزوج عن الطلاق أو بعبارة أخرى كيف تكون الصيغة باعتبارها ركنا من أركان الطلاق؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية تظهر في اتفاق الفقهاء على أن الطلاق يقع باللفظ أو الكتابة أو الإشارة¹، وعليه فإن الصيغة الدالة على رفع رباط الزوجية تكون إما باللفظ (أولا) أو الكتابة (ثانيا)، أو الإشارة (ثالثا).

أولا: اللفظ:

يعتبر اللفظ هو الطريقة المستعملة في أغلب الأحيان للتعبير عن الإرادة، والزوج حينما يطلق زوجته يكون التعبير عن ذلك باللفظ عادة، وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن ألفاظ الطلاق قد تكون إما صريحة أو كناية².

أ-الطلاق باللفظ الصريح:

يقع الطلاق الصريح بلفظ صريح وتنحل به العصمة سواء نوى أو لم ينو حلها، واللفظ الصريح هو اللفظ الذي وضع في اللغة للدلالة على الطلاق عند بعض الفقهاء وكل لفظ ورد استعماله في الطلاق شرعا كلفظ الفراق والسراح عند البعض الآخر³. كما يعرف على أنه ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق⁴، وما لا يحتمل غيره من كل شيء⁵، وهو الذي ظهر المراد منه وغلب استعماله عرفا في الطلاق⁶، واختلف الفقهاء في الألفاظ التي يقع بها الطلاق الصريح وفقا لما يأتي تفصيله:

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 378.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 206؛ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 291.

³ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 241.

⁴ عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المنهاج...، المرجع السابق، ج8، ص 4-5.

⁵ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى...، المرجع السابق، ج5، ص 382.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 378.

تنحل العصمة عند المالكية باللفظ الصريح ولو لم ينو حلها كقول الزوج: الطلاق يلزمي، أو علي الطلاق، أو أنت الطلاق، ويقع طلقة واحدة وإن لم ينو شيئاً أما إذا نوى أكثر من طلقة واحدة فإنه يلزمه ما نوى¹. واللفظ الصريح يقع به طلاق صريح رجعي أو طلاق صريح بائن².

أما عند الحنابلة، فقد جاء في المقنع أن صريح الطلاق هو لفظ الطلاق وما تصرف منه³، وأضاف البهوتي في منتهى الإرادات غير أمر كطلقتك وغير مضارع كتطلقين وغير إسم فاعل كمطلقة بكسر اللام⁴. كما جاء في الإنصاف: "وقوله (وصريجه لفظ الطلاق وما يتصرف منه) يعني أن صريح الطلاق هو لفظ الطلاق وما تصرف عنه، لا غير. وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب"⁵، بينما جاء في المغني أن ألفاظ الطلاق الصريح في مذهبهم هي الطلاق والفرق والسراح وما يتصرف عنهن، ويقع الطلاق بمن نواه أو لم ينوه⁶.

بينما يرى الحنفية أن الطلاق الصريح هو أن يطلق الزوج زوجته بلفظ صريح لا يستعمل إلا فيه⁷، وهو ذلك اللفظ الذي يشتمل على حروف الطلاق، كقوله: أنت طالق، أو مطلقة بتشديد اللام، أو طلقتك⁸، ويقع به الطلاق وإن لم ينوه، لأنه لا يفتقر إلى نية، ولا يقع إلا طلقة واحدة، وإن نوى أكثر من ذلك⁹. ويقع الطلاق باللفظ الصريح رجعيًا بعد الدخول الحقيقي بالزوجة¹،

¹ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 162؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 378.

قال المجاجي: "فصريح اللفظ كقوله: أنت طالق، أو طلقتك، أو مطلقة مني، ومثله كل ما تصرف من لفظ الطلاق، مما يدل عليه في الوضع اللغوي"، محمد سكال المجاجي، المرجع السابق، ص79.

² قال أبو زيد القيرواني: "ومن قال لزوجته أنت طالق فهي واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك"، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، رسالة ابن أبي زيد...، ص 130.

وقال المجاجي: "فيقع واحدة بائنة في غير المدخول بها، ورجعية في غيرها، إلا أن ينوي أكثر، فيلزمه ما نوى"، محمد سكال المجاجي، المرجع السابق، ص 79.

³ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع...، المرجع السابق، ص 336.

⁴ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى...، المرجع السابق، ج5، ص 382.

⁵ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج8، ص 462.

⁶ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 355

⁷ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص457؛ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج1 و2، ص 95.

⁸ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، ج4، ص 309.

⁹ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 95.

الذي يراد به الوطاء². وقد جاء في حاشية ابن عابدين أن الصريح نوعان: صريح رجعي، وصريح بائن، فالصريح الرجعي: "أن يكون بحروف الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض، ولا بعدد الثلاث نصا ولا إشارة، ولا موصوف بصفة تنبئ عن البيونة أو تدل عليها"³، بينما يقع به بائنا قبل الدخول، أو بعد الخلوة دون الدخول الحقيقي، أو كان الطلاق بعوض كأن يقول لها طلقتك على مؤخر الصداق، أو بعد الدخول إذا كان الطلاق مقرونا بعدد الثلاث لا نصا ولا إشارة كقول الزوج لزوجته: أنت طالق ثلاثا، أو أنت طالق ويشير لها بثلاثة أصابع، إذ يقع ثلاثا في الحالتين، أو موصوفا بصفة تشعر بالبيونة أو تدل عليها كقول الزوج لزوجته أنت طالق طلاقا شديدا، أو طلاقا من الجبل، أو أنت طالق بائن، إذ يقع الطلاق في هذه الأحوال طلقة واحدة بائن. أما إذا قال لها: أنت طالق وبائن فالأول يكون رجعيا ويلحق به الثاني فيكون بائنا. غير أنه إذا كان اللفظ الصريح مشبها بعدد أو بصيغة تدل على البيونة كقوله لها: طلقتك طلقة الثلاث، فإن الطلاق في هذه الحالة يقع طلقة واحدة بائنة إذا نوى بها واحدة، وإلا وقعت ثلاثا⁴. حيث جاء في حاشية ابن عابدين أن الصريح البائن بخلاف الصريح الرجعي: "هو أن يكون بحروف الإبانة والطلاق، لكن قبل الدخول حقيقة، أو بعده، لكن مقرونا بعدد الثلاث نصا أو إشارة، أو موصوفا بصفة تنبئ عن البيونة أو تدل عليها"⁵.

أما عند الشافعية، فاللفظ الصريح هو ذلك اللفظ الذي لا يتوقف وقوع الطلاق به على نية، وللصريح عند الشافعية لفظ الطلاق وما اشتق منه، لأن الطلاق ثبت له عرف الشرع واللغة، كقول الزوج لزوجته: طلقتك، أو أنت طالق، أو مطلقة، أو يا طالق، ولفظا الفراق والسراح ثبت

وفي هذا يقول الكاساني في البدائع: "أما الصريح فهو اللفظ الذي لا يستعمل إلا في حل قيد النكاح وهو لفظ الطلاق والتطليق مثل قوله أنت طالق أو أنت الطلاق أو طلقتك... فلا يحتاج فيها إلى النية لوقوع الطلاق"، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج3، ص101.

كما جاء في كنز الدقائق في باب الطلاق الصريح: "هو: ك: أنت طالق، ومطلقة، وطلقتك. تقع واحدة رجعية وإن نوى الأكثر، أو الإبانة، أو لم ينو شيئا"، أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص270.

¹ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج1 و2، ص95.

² عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، م4، ص309.

³ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص460.

⁴ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، م4، ص310.

⁵ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص460.

لهما عرف الشرع¹، فهما صريحان كالطلاق، فالطلاق الصريح عندهم هو الذي يقع طلقة رجعية إذا لم يسبق للزوج طلاق زوجته قبلها اثنين أو لم يكن قد دخل بها ويكون بألفاظ الطلاق والسراح والفرار وهي مذكورة في القرآن الكريم²، كلفظ الطلاق وما اشتق منه لقوله عز وجل: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ"، والسراح الذي ورد في قوله عز وجل: "فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ"، "فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ"، والفرار الذي ورد في قوله عز وجل: "فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ"، والفرار لم يرد عدة مرات في القرآن بل تكرر معناه³، وتعتبر عندهم ترجمة الطلاق والفرار وبسائر اللغات لفظا صريحا⁴. جاء في الأم للأمام الشافعي: "فمن خاطب امرأته فأفرد لها إسما من هذه الأسماء فقال أنت طالق أو قد طلقتك أو فارتقتك أو قد سرحتك لزمه الطلاق ولم ينو في الحكم ونويناه فيما بينه وبين الله تعالى"⁵، جاء في معني المحتاج أن ترجمة الطلاق بالعجمية صريح على المذهب⁶.

ب- الطلاق بلفظ الكناية:

يعرف لفظ الكناية على أنه ما لم يوضع للطلاق واحتمله وغيره⁷ ولم يتعارفه الناس في إرادة الطلاق⁸، أو ما استتر المراد منه في نفسه، فالكناية في اصطلاح الفقهاء هي اللفظ الذي لم يوضع بخصوص الطلاق، بل وضع لمعنى يتعلق بالطلاق ولمعنى آخر فهو محتمل للأمرين، كأن يقول الزوج لزوجته: أنت بائن، ولأن لفظ بائن لغة يدل على الفراق، يحتمل قوله على أنه يقصد أنها مفارقة لأهلها بعيدة عنهم، كما يحتمل أنه قصد مفارقتها إياه وإنهاء العلاقة الزوجية، فإذا نوى الأول لم

¹ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 292.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص206.

³ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، ج4، ص 310، 311.

⁴ أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ص 1062؛ أبو حامد الغزالي، الخلاصة...، المرجع السابق، ص 482، 483.

⁵ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج6، ص 654.

⁶ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، معني المحتاج...، المرجع السابق، ج4، ص 458.

⁷ عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المنهاج...، المرجع السابق، ج8، ص 4-5؛ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ج1 و2، ص 95، 96.

⁸ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 380.

يقع الطلاق، أما إذا نوى الثاني وقع الطلاق لأنه قصد إيقاعه¹.

يقول ابن رشد أن الكناية عند مالك وأصحابه هي ما عدا اللفظ الصريح وهي عنده على ضربين: ظاهرة ومحملة²، وهي عند شمس الدين الدسوقي ظاهرة وخفية³، فالكناية الظاهرة هي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو في اللغة⁴، وهي "كل لفظ دال، في أصله اللغوي، على معنى القطع، وخصصه الناس في استعمالهم، بقطع عصمة الزوجية بالطلاق"⁵، ومن بين ألفاظ الكناية الظاهرة عند المالكية:

-لفظ اعتدي⁶، وألفاظ تدل على قطع العصمة: بته، أو حبلك على غاربك، أو قطعت العصمة بيني وبينك، أو عصمتك على كتفك، أو على رأس جبل⁷، وألفاظ: أنت حرام، أو ميتة، أو خلية، أو برية، أو أنا منك خلي، أو بري، أو بائن، أو وهبتك لأهلك أو بائنة⁸، ولفظ خليت سبيلك أو أدخلت فيقع الطلاق ثلاثا مطلقا إلا إذا نوى أقل⁹، ويقع طلقة واحدة إذا لم ينو أكثر في لفظ فارقتك وهي رجعية في المدخول بها¹⁰، وألفاظ: سائبة، أو ليس بيني وبينك حرام ولا حلال، أو وجهي من وجهك حرام، أو ما انقلب إليه من أهل حرام¹¹.

وأما الكناية الخفية عند المالكية، فهي كل كناية توهم قصد الطلاق، ينوي بها في أصل

¹ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، م4، ص 314، 315.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 206.

³ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 377.

⁴ ابن جزري، المرجع السابق، ص 183.

⁵ محمد سحاح المجاجي، المرجع السابق، ص 79.

⁶ يلزم فيه طلقة إلا لنية أكثر في المدخول بها، أما غير المدخول بها فهو كناية خفية لأنه لا عدة لها.

⁷ يقع بها الطلاق ثلاثا مطلقا في المدخول بها وفي غيرها على حد سواء، وبدون نية، أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 162-165؛ تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المالكي، المرجع السابق، ص 1076. وحكم هذه الألفاظ حكم الصريح، ابن جزري، المرجع السابق، ص 183.

فقد جاء في رسالة أبي زيد القيرواني: "ومن قال لزوجته أنت طالق البتة فهي ثلاث دخل بها أو لم يدخل"، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، رسالة ابن أبي زيد...، المرجع السابق، ص 131. وفي مختصر العلامة خليل: "والثلاث في: بته، وحبلك على غاربك"، خليل بن اسحق المالكي، المرجع السابق، ص 139.

⁸ تقع ثلاثا في المدخول بها وفي غيرها، إلا إذا نوى أقل، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 379.

⁹ تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المالكي، المرجع السابق، ص 1078.

¹⁰ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ص 162-165.

جاء في حاشية الدسوقي: "ولزم ثلاث إلا أن ينوي أقل مطلقا دخل أم لا في خليت سبيلك ويلزم واحدة إلا لنية أكثر في فارقتك دخل بها أم لا وهي رجعية في المدخول بها".

¹¹ يقع بها الطلاق ثلاث في المدخول بها، وينوي في غيرها، أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 163، 164.

الطلاق وفي عدده، كقول الرجل لامرأته اذهبي، أو انصربي، أو انطلقني، أو أنا لم أتزوج، أو قيل له: لك امرأة؟ فقال: لا، أو قال لها: أنت حرة أو معتقة أو الحقي بأهلك، فإذا ادعى عدم الطلاق صدق ولم يقع الطلاق، بينما إذا ادعى طليقة واحدة أو أكثر صدق، وإن ادعى أنه نوى الطلاق ولم ينو عددا لزمه الثلاث في المدخول بها وفي غيرها¹.

أما عند الحنابلة، فالكناية² نوعان: ظاهرة وعددها خمسة عشر، وخفية وعددها عشرون³، بينما جاء في المقنع أنها ثلاثة أنواع: ظاهرة وعددها سبع، وخفية وعددها إحدى عشر، ومختلف في بعضها هل هي ظاهرة أم خفية⁴. أما في المغني فثلاثة أقسام ظاهرة وعددها ستة، وخفية ومختلف فيها وهي ضربان: منصوح عليها وعددها عشرة، وضرب ثاني يتضمن ألفاظا مقيسة على الكنايات المختلف فيها المنصوص عليها⁵، وعموما فالكنايات الظاهرة سبع وهي أنت خلية، وبرية، وبائن، وبنة، وبتلة، وأنت حرة وأنت الحرج⁶، وفي رواية خمسة عشر إذ أحقوا بالكنايات الظاهرة الضرب الأول من الكنايات المختلف فيها⁷، أما الكنايات الخفية فنحو اخرجي، واذهي، وذوقي، وتجري، وخليتك، وأنت مخللة، وأنت واحدة، ولست لي بإمرأة، واعتدي، واستبرئي، واعتزلي وما شابهها⁸. وأما الكنايات المختلف فيها، فهي ضربان الضرب

¹ تاج الدين بمرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المالكي، المرجع السابق، ص 1078، أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 162-165.

² لا يقع الطلاق عند الحنابلة بألفاظ الكناية إلا بنية أو دلالة حال، كأن يأتي بها في حال الخصومة والغضب، أو جوابا لسؤالها، ومتى نوى بالكنايات الظاهرة الطلاق وقع ثلاثا وإن نوى واحدة، جاء في المقنع "ومن شرط وقوع الطلاق: أن ينوي بما الطلاق إلا أن يأتي به في حالة الخصومة والغضب فعلى روايتين. وإن جاءت جوابا لسؤالها الطلاق، فقال أصحابنا يقع بما الطلاق"، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع...، المرجع السابق، ص 336.

ويقع بما عددا ذلك من الكنايات أي بالكنايات الخفية و المختلف فيها ما نواه، فإن لم ينو عددا وقع واحدة، بماء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم المقدسي، المرجع السابق، ص 403-404.

قال البهوتي: "ولا يقع طلاق بكناية ولو ظاهرة إلا بنية لقصور رتبها عن الصريح، فوقف عملها على النية تقوية لها... فلا تتعين له بدون نية مقارنة للفظ: أي لفظ الكناية، فإن وجدت في ابتدائه وعزبت عنه في باقيه، وقع الطلاق"، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى...، المرجع السابق، ج 5، ص 390.

³ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى...، المرجع السابق، ج 5، ص 389-390.

⁴ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع...، المرجع السابق، ص 337.

⁵ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 367-369.

⁶ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، ج 8، ص 476، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع...، المرجع السابق، ص 337.

⁷ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى...، المرجع السابق، ج 5، ص 389.

⁸ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع...، المرجع السابق، ص 336.

الأول منصوص عليها وهي عشرة نحو الحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، وتزوجي من شئت، وحللت للأزواج، ولا سبيل لي عليك، ولا سلطان لي عليك، وأنت حرة، وغطي شعرك وقد أعتقتك، أما الضرب الثاني فيتضمن ألفاظ استبرئي رحمك، وحللت للأزواج، وتقنعي، ولا سلطان لي عليك، وهي مقيسة على ألفاظ الكناية التي سبق الإشارة إليها في الضرب الأول، وحكمها حكم الكنايات المختلف فيها المنصوص عليها¹.

وحتى يقع الطلاق بالكناية عند الحنفية لابد من توافر أحد الأمرين: النية، أو دلالة الحال الظاهرة التي تفيد المقصود من الكنايات، إذ جاء في الكنز الدقائق في باب الكنايات: "لا تطلق بها إلا بنية، أو دلالة الحال"²، وتنقسم الكنايات عند الحنفية إلى ثلاث أقسام³:

القسم الأول: ما يكون معناه جواب طلب التطليق، ولا يصحسبها للمرأة ولا ردا لها على طلب التطليق، ويشمل هذا ألفاظ إعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة⁴، وهناك من يضيف أنت حرة، اختاري، أمرك بيدك، سرحتك وفارقتك⁵.

القسم الثاني: قد يتلفظ الزوج بألفاظ تصلح لأن تكون جوابا للسؤال عن التطليق، أو تصلح لأن تكون ردا أو دفعا له، ومن بين الكنايات التي تدخل في هذا القسم اخرجي، اذهبي وقومي، تقنعي، تخمري استتري انتقلي انطلقني اغربي اعزبي من الغربية أو العزوبة⁶، فإذا قالت الزوجة

¹ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 368.

² أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 276.

³ قال ابن عابدين: "فالكنايات لا تطلق بها قضاء إلا بنية أو دلالة الحال وهي حالة مذاكرة الطلاق أو الغضب، فالحالات ثلاث: رضا وغضب ومذاكرة، والكنايات ثلاث: ما يحتمل الرد أو ما يصلح للسب، أو لا"، محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 528، 529.

⁴ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، م4، ص 314.

⁵ قال الحصكفي في الدر المختار: "نحو اعتدي و استبرئي رحمك، أنت واحدة أنت حرة، اختاري، أمرك بيدك، سرحتك وفارقتك لا يحتمل السب و الرد"، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفى الحصكفي، المرجع السابق، ص 214.

ويقع بها طلاقة واحدة رجعية، وإن نوى أكثر، لقول ابن عابدين: "وتقع رجعية بقوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة و إن نوى أكثر"، محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 534.

ويكون من تلفظ بهذه الكنايات إما في حالة غضب، أو أن يكون في حالة رضا، أو أن يكون في حالة مذاكرة الطلاق، فإذا قال الزوج لزوجته: اعتدي أو استبرئي رحمك أو أنت واحدة، إن كان في حالة غضب أو مذاكرة الطلاق و تلفظ بإحداها وقع عليه الطلاق قضاء سواء نوى أو لم ينو، أما إذا كان في حالة رضا فلا يقع الطلاق إلا بالنية، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفى الحصكفي، المرجع السابق، ص 214.

⁶ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفى الحصكفي، المرجع السابق، ص 214.

لزوجها: طلقني وقال لها: أخرجني، فيحتمل أنه أراد بها جوابها على سؤال الطلاق، كما يحتمل أنه قصد أن تخرج من المنزل حتى تهدأ، وتراجع عن سؤال الطلاق¹.

القسم الثالث: وهناك من ألفاظ الكناية ما يصلح جوابا للمرأة عن سؤال الطلاق، وما يصلح شتما لها²، مثل خلية برية حرام بائن ومرادفها كبتة وبتلة³.

وألفاظ الكناية عند الشافعية هي التي تشبه الطلاق، وتدل على الفراق، ومن ألفاظ الكناية وهي كثيرة عندهم قول الزوج لزوجته: أنت خلية وبرية وبتة وبتلة وبتان واعتدي واستبرئي رحمك والحقي بأهلك وحبلك على غاربك واغربي ودعيني⁴.

ويشترط الشافعية أن تقتزن النية بلفظ الكناية حتى يقع الطلاق، واختلفوا في هل يكفي اقتراها بأول اللفظ، أم هل يشترط بقاؤها إلى آخر اللفظ، وقد قاسوا ذلك بالصلاة، فمن قالوا

¹ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، م4، ص315.

لا يقع الطلاق بهذه الكنايات إلا بالنية، بغض النظر عن ما إذا كان في حالة غضب، أو في حالة مذاكرة الطلاق، أو في حالة رضا، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص214؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، م4، ص315.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص107.

³ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص214.

خلية التي تحتمل معنيين: خالية عن النكاح ويصلح جوابا لسؤالها الطلاق، وخالية عن الأدب والخير ويصلح أن يكون شتما لها، ومثل برية وبتان وبتة وبتلة، التي تصلح أن تكون جوابا لسؤال الطلاق إذا كانت بمعنى منفصلة عن النكاح، كما تصلح أن تكون شتما لها إذا كانت تعني منفصلة عن الأدب وحسن الخلق، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، م4، ص316.

ولا يقع الطلاق بهذه الألفاظ إلا بالنية في حالة الغضب و في حالة الرضا، أما إذا كان في حالة مذاكرة الطلاق فإنه يقع قضاء بدون النظر إلى النية، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص214؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، م4، ص316.

ويقع الطلاق بالألفاظ الواردة في القسم الثاني و القسم الثالث التي سبق الإشارة إليها بائنا و إن نوى اثنتين، وثلاثا إن نوى الثلاث، حيث جاء في كنز الدقائق: "فتطلق واحدة رجعية في: اعتدي، و: استبرئي رحمك، و: أنت واحدة. وفي غيرها: بائنة وإن نوى اثنتين. وتصح نية الثلاث"، أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص276..

⁴ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج8، ص26، 27.

فإن نوى الطلاق بهذه الألفاظ وقع، وإذا لم ينو لم يقع الطلاق لأنه يحتمل الطلاق وغيره، ويقسبون ذلك بالإمسك عن الطعام والشراب الذي يحتمل الصوم وغيره، فإذا نوى به الصوم كان له ذلك، أما إذا لم ينو لم يصوم، أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص295.

ويقع طلاقة رجعية في المدخول بها ما لم تكن مكتملة للثلاث، وبائنة في غير المدخول بها، محمود علي السرتاوي، المرجع السابق، ص247. قال النووي في الروضة: "وأما الكناية، فيقع بها الطلاق مع النية بالإجماع، ولا يقع بلا نية"، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج8، ص26.

بوقوع الطلاق بمجرد اقتران النية ببعض لفظ الكناية أو آخره، استندوا إلى صحة الصلاة بمجرد اقتران النية بجزء منها¹. بينما ذهب من قال بأن الطلاق لا يقع حتى تقترن النية بكل لفظ الكناية إلى عدم صحة الصلاة ما لم تقارن النية بجميع الصلاة²، ويرجح عندهم بقاؤها إلى آخره³. وكما يمكن أن تكون الصيغة الدالة على الطلاق باللفظ، قد تكون كذلك بالكتابة.

ج-الطلاق بالكتابة:

أجاز المالكية وقوع طلاق الزوج لزوجته بالكتابة واشترطوا أن يكون من كتب الطلاق عازما عليه لكي يقع الطلاق⁴، أما إذا كان من كتبه مترددا يشارور نفسه فإن طلاقه بالكتابة لا يقع⁵. أما الحنابلة، فقد قالوا بأن الطلاق يقع متى كتب صريحا بما يتبين ويظهر وإن لم ينو طلاق امرأته، على خلاف الشخص الذي ينوي تجربة خطه أو قلمه، إذ لا يقع طلاقه لأنه نوى غير ذلك، أما إذا كتب صريح طلاق إمرأته بشيء لا يتبين كأن يكتبه بإصبعه على وسادة، أو على الماء أو الهواء، فإن طلاقه لا يقع⁶.

بينما يرى الحنفية أن كتابة الأخرس طلاق امرأته جائز مثلما يجوز من ذلك للشخص الصحيح، لأن الأخرس عاجز عن الكلام⁷، وعندهم الكتابة على نوعين: مستبينة وهي ما يكتب على الورق والحائط والأرض على وجه يمكن قراءته وفهمه، وغير مستبينة وهي ما يكتب على الهواء والماء وكل شيء لا يمكن قراءته وفهمه، وبها لا يقع بها طلاق وإن نوى.

¹ جاء في حاشية البجيرمي: "ويقع بكنائته وهي ما يحتمل الطلاق وغيره بنية مقترنة بأولها وإن عزبت في آخرها" سليمان البجيرمي، المرجع السابق، ج4، ص5.

وقال النووي: "فلو اقترنت بأول اللفظ دون آخره، أو عكسه، طلقت على الأصح"، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج8، ص32.

² أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص296.

³ أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ص1064.

قال صاحب مغني المحتاج "وشرط نية الكناية اقتراها بكل اللفظ كما في المحرر وجرى عليها البلقيني فلو قارنت أوله وعزبت قبل آخره لم يقع طلاق"، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج4، ص462. وهو ما أورده الرافي في المحرر بقوله: "والنية في الكنايات ينبغي أن تقترن باللفظ، وهل يكفي اقتراها بأول اللفظ أو يشترط بقاؤه إلى آخره؟ فيه وجهان، رجح منهما الثاني"، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ص1046.

⁴ ابن جزري، المرجع السابق، ص184.

⁵ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص166.

⁶ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص249.

⁷ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج6، ص143-144.

أما الكتابة المستبينة فبدورها على نوعين: مرسومة وهي التي تكتب مصدرة ومعنونة باسم الزوجة مثل ما يكتب للغائب كالرسائل المعروفة، وغير مرسومة وهي التي تكتب غير مصدرة ومعنونة باسم الزوجة. فإذا كانت الكتابة مستبينة غير مرسومة، لا يقع بها الطلاق إلا بالنية، بينما إن كانت مستبينة مرسومة يقع الطلاق بها سواء نوى أو لم ينو¹. فإذا كتب في المستبينة المرسومة إمراي طالق، فهي طالق من وقت الكتابة سواء بعث بالكتاب أم لم يبعث، وإذا كتب لها إذا وصل إليك كتابي هذا فأنت طالق، فما لم يصل إليها لم يقع الطلاق، وأما إذا وصل إليها وقع الطلاق²، فحكم المستبينة المرسومة حكم الصريح إذا كان اللفظ صريحا إذ يقع الطلاق ولو من غير نية، وحكم المستبينة الغير مرسومة حكم الكناية ولو كان اللفظ صريحا، إذ لا يقع بها الطلاق إلا بالنية³.

ويرى الشافعية، أن كتابة الزوج طلاق امرأته بلفظ صريح لا يقع الطلاق به إلا بالنية⁴، لأن الكتابة تحتل إيقاع الطلاق كما تحتل مجرد تجربة الخط أو القلم، وإن نوى يقع بها الطلاق على الأرجح في مذهبهم لأنها حروف يفهم منها الطلاق⁵، واختلفوا حول مسألة وقوع الطلاق في حق الحاضر والغائب، رأي يرى أنه لا يقع إلا في حق الغائب لأن الكتابة تستعمل في العرف لإفهام الغائب، ورأي آخر يرى أنه يقع في حق الجميع لأنها كناية كسائر الكنايات يستوي فيها الحاضر والغائب⁶.

إضافة إلى ما سبق ذكره، فكما يقع الطلاق باللفظ أو بالكتابة، يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الطلاق قد يقع بالإشارة أيضا.

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 455، 456.

² شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج6، ص 143-144.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 382، 383.

⁴ أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراجعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ص 1065.

⁵ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 301.

حيث جاء في مختصر المزني: "ولو كتب بطلاقها فلا يكون طلاقا إلا بأن ينويه كما لا يكون ما خالف الصريح طلاقا إلا بأن ينويه فإذا كتب إذا جاءك كتابي فحتى يأتيها فإن كتب أما بعد فأنت طالق طلق من حين كتب وإن شهد عليه أن هذا خطه لم يلزمه حتى يقر به"، أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل المصري المزني، مختصر المزني في فروع الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998، ص 257.

⁶ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 301-302.

جاء في الخلاصة لأبي حامد الغزالي: "كتبة الطلاق في الغيبة مع النية وقت الكتابة طلاق في أصح القولين، وكذلك في سائر العقود التي تعتقد بالكناية، فإن كتب إلى الحاضرة بطلاقها كان طلاقا على أحد الوجهين"، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة...، المرجع السابق، ص 484.

د-الطلاق بالإشارة:

يقول المالكية أن الطلاق يقع بالإشارة المفهمة، التي يقطع من رآها بقصد الطلاق، بيد أو رأس ولو من القادر على الكلام، ولو لم تفهم المرأة منها طلاقاً لبلادتها¹، فإشارة الأخرس بالطلاق عندهم كالصريح، أما إشارة القادر على الكلام بالطلاق فكالكناية. غير أن الحنابلة يرون أنه يقع الطلاق بالإشارة المفهومة من الأخرس دون القادر على الكلام، وإذا أشار الأخرس بأصابعه الثلاثة لم يقع طلاقه إلا واحدة، ولا يصح طلاق القادر على الكلام بالإشارة في مذهبهم لقدرته على النطق². ويتفق معهم الحنفية الذين يجيزون استحساناً طلاق الأخرس الذي لا يكتب بالإشارة وكانت له إشارة تعرف في طلاقه ونكاحه وشراؤه وبيعه³، فعندهم يقع الطلاق بالكتابة المستبينة وبالإشارة المفهومة من الأخرس لأن الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ والإشارة المفهومة تقوم مقام العبارة⁴. ولم يخالفهم الشافعية في وقوع طلاق الأخرس بالإشارة، حيث يقولون بأنه يصح طلاقه بالإشارة فتكون إشارته صريحاً، لأنه لا يمكن أن يطلق إلا بالإشارة، فقامت الإشارة عندهم مكان العبارة. وأما القادر على الكلام، فلا يصح طلاقه بالإشارة حسبهم⁵. ويرى فقهاء آخرون من الشافعية أن إشارة الأخرس تكون صريحة لا تحتاج إلى نية إذا فهمها كل أحد بأنها طلاق، وتكون كناية تحتاج إلى النية إذا اختص بفهمها أنها طلاق الأشخاص الأذكياء والفتنون⁶. أما المشرع الجزائري، فقد أحجم عن تنظيم صيغة الطلاق في قانون الأسرة، وخلافاً لذلك نظم طريقة التعبير عن الإرادة في عقد الزواج بقوله في نص المادة 10 من ق.أ: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً. ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة أو الإشارة". وعلى هذا الأساس هناك من يرجح وقوع الطلاق بنفس الأسلوب الذي يقع به الزواج⁷، وباعتبار أن

¹ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 166.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 246.

³ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج6، ص144.

⁴ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص100.

⁵ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 301-302.

⁶ قال النووي: "وقال الإمام وآخرون: إشارته منقسمة إلى صريحة مغنية عن النية، وهي التي يفهم منها الطلاق كل واقف عليها، وإلى كناية مفتقرة إلى النية، وهي التي يفهم الطلاق بها المخصوص بالفطنة والذكاء"، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج8، ص 39.

⁷ سعادي لعلي، المرجع السابق، ص 273.

الطلاق يتطلب تعبير الزوج عن إرادته المنفردة لإيقاع الطلاق، فإن هذا التعبير وفقا لهذا الرأي يكون طبقا لما نصت عليه المادة 60 من ق.م.ج باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا. غير أنه لا يمكن أن يكون التعبير عن الطلاق باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه أو أن يكون ضمينا لعدة اعتبارات أهمها وجوب رفع دعوى الطلاق أمام قسم شؤون الأسرة بموجب عريضة افتتاحية مكتوبة يجب أن تتوفر فيها الشروط التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وضرورة إجراء محاولات الصلح، التي تسمح للقاضي بالتأكد من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق، من خلال تعبير الزوج أمامه عن تلك الإرادة إما باللفظ أو بالكتابة بالنسبة للقادر على الكلام أو بالإشارة بالنسبة للعاجز عن الكلام.

لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن دعوى الطلاق ترفع بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى لاسيما وجوب رفعها أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، وعلى هذا الأساس فإن المشرع جعل من الكتابة صيغة للطلاق عند رفع الدعوى، ولكن أثناء إجراء محاولات الصلح فلطالب الطلاق أن يعبر عن إرادته أمام القاضي بطرق التعبير التي نصت عليها المادة 60 من ق.م.ج.

وعلى النقيض من ذلك تضمنت مدونة الأسرة المغربية نصا وضع أحكاما لكيفية التعبير عن الطلاق، تمثل هذا النص في المادة 73 منها والذي جاء فيه: "يقع التعبير عن الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته الدالة على قصده". وعلى غرار ذلك نظم المشرع السوري مسألة التعبير عن الطلاق بموجب المادة 87 ف1 التي نصت على أنه: "يقع الطلاق باللفظ والكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة".

وكما أجاز الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إيقاع الطلاق باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، فإنهم أجازوا للزوج أن ينيب عنه زوجته أو غيرها في تطبيق زوجته.

هـ- النيابة في الطلاق:

تكون النيابة في الطلاق إما توكيلا أو تفويضا، يعرف الأستاذ محمد سمارة الوكالة على أنها "إقامة إنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم قابل للإنابة، وركنها الإيجاب والقبول، وبذلك يكون التوكيل في الطلاق إنابة الزوج شخصا آخر في تطبيق امرأته، ويعرف التفويض على أنه تمليك حق الطلاق للغير، ويشمل تمليك الزوج غيره طلاق زوجته، وتمليك الزوجة حق تطبيق

نفسها"¹. بينما يعرف محمد محي الدين عبد الحميد التفويض على أنه "تمليك الزوج زوجته تطبيق نفسها، فحسبه إذا سلط الرجل ثالثاً، أي شخصاً آخر غيره وغير الزوجة، على الطلاق سميت هذه الإنابة توكيلاً، بخلاف إذا سلط الزوج الزوجة نفسها، سميت الإنابة حينئذ تمليكا"². ويرى علي الخفيف بأنه يراد "بالتفويض في الطلاق جعل الزوج أمر تطبيق زوجته إليها، وجعله لغيره أن يطلق زوجته إن شاء"³. أما السرطاوي فيرى "أن التوكيل هو أن ينيب الزوج غيره في تطبيق امرأته، أما التفويض هو تمليك الزوج غيره في تطبيق امرأته، سواء كان ذلك الغير هو الزوجة نفسها أم غيرها"⁴.

يستخلص من هذه الآراء أن الإنابة في الطلاق هي أن ينيب الزوج شخصاً آخر لتطبيق زوجته، بينما التفويض هو تمليك الزوجة طلاق نفسها، وبالرجوع إلى المذاهب الفقهية، يجوز للزوج عند الحنفية أن يأذن لزوجته أو لغيرها بتطبيق زوجته إما بالتفويض أو التوكيل. وأما التفويض فله ثلاث ألفاظ: تخيير، وأمر بيد، ومشية⁵، فقله: طلقتي نفسك صريح ويقع بها الطلاق دون نية ويقع الطلاق به رجعيًا، وتصح فيه نية الثلاث⁶، وهو تمليك يتوقف على قبولها في المجلس ما لم تقم بما يقطعه بما يدل عن الإعراض، ولا يصح رجوع الزوج عنه.

فقد جاء في الإستذكار الجامع لمذهب الفقهاء: "وقال أبو حنيفة، وأصحابه: إذا قال لها: طلقتي نفسك، أو قال: أمرها بيدها، فهو على المجلس، وليس له الرجوع فيه"⁷. أما قول الزوج لزوجته: طلقتي ضرتك أو لأجنبي: طلق إمرأتي فيصح رجوعه عنه، ولا يقيد بالمجلس لأنه توكيل. أما قوله لها: طلقتي نفسك وضرتك فهو تمليك في حقها وتوكيل في حق ضرتها⁸، وقوله: إختاري أو أمرك بيدك فكناية، ولا يقع الطلاق بهما إلا بالنية⁹. جاء في الدر المختار: "قال لها إختاري أو

¹ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 286، 287.

² محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 300.

³ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 69.

⁴ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 228.

⁵ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 216.

⁶ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 4، ص 552-553.

⁷ أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، الإستذكار...، المرجع السابق، م 17، ص 77.

⁸ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 216.

⁹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 4، ص 552.

أمرك بيدك ينوي تفويض الطلاق لأنها كناية فلا يعملان بلا نية"¹، ويكون الطلاق بائناً².

كما يمكن للزوج أن يفوض شخصا أجنبيا لطلاق زوجته إذا علقه على المشيئة، كقوله له طلق زوجتي إن شئت³. أما إذا قال طلق زوجتي فهذه توكيل وليس تفويض، فقد ورد في البحر الرائق: "ولو قال لرجل طلق امرأتي لم يتقيد بالمجلس إلا إذا زاد إن شئت لأنه توكيل وأنه استعانة فلا يقتصر على المجلس"⁴. وجاء في الإستذكار الجامع لمذهب الفقهاء: "ولو قال لأجنبي: طلق امرأتي كان على المجلس، وبعده، وله أن ينهأ"⁵، والفرق بين التفويض والتوكيل:

إذا فوض الزوج الطلاق لزوجته أو غيره، فلا يستطيع الرجوع عنه، لأنه في التفويض لا يرجع ولا يعزل، حيث جاء في البدائع: "أما بيان صفته فهو أنه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجوع عنه ولا نهي المرأة عما جعل إليها ولا فسخ ذلك لأنه ملكها الطلاق ومن ملك غيره شيئاً فقد زالت ولا يته من الملك فلا يملك إبطاله بالرجوع والنهي والفسخ"⁶، أما إذا وكلها أو وكل غيره كقوله طلقتي ضرتك أو طلق امرأتي فيمكن له عزله ما دام لم يطلق⁷.

يمكن للوكيل أن يطلق في المجلس وغيره، ما لم يحدده الموكل بالمجلس أو زمان أو مكان معينين، أما المفوض سواء كان الزوجة أو غيرها، فلها أو له أن يطلق ما دام المجلس قائماً، أما إذا انقضى فيلغى التفويض، ما لم يحدده بمدة، أو علقه بمشيئته، كقوله طلقتي نفسك خلال شهر، حيث يمكن أن تطلق نفسها ما لم ينقضي الشهر، وكقوله طلقتي نفسك متى شئت، فلها أن تطلق نفسها متى شاءت⁸. في هذا السياق قال السرخسي: "وإنما توقت بالمجلس لأن إخبارها يتحقق في المجلس كمشيئتها واختيارها ولو قال لها طلقتي نفسك ولم يذكر فيه مشيئة فذلك بمنزلة المشيئة لها ذلك ما دامت في المجلس لأنه تملك للإيقاع منها وجواب التملك يقتصر على المجلس بخلاف ما

¹ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبدالرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 216.

² محمد سمارة، المرجع السابق، ص 288.

³ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 323.

⁴ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج3، ص 572.

⁵ أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمرى الأندلسي، الإستذكار...، المرجع السابق، م17، ص 77.

⁶ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 113.

⁷ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبدالرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 216.

⁸ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج4، ص 554.

لو قال لأجنبي طلق امرأتي فإن ذلك توكيل والتوكيل لا يتوقت بالمجلس¹.
لا يبطل التفويض بجنون الزوج، ويصح تفويض الزوج الطلاق لجنون ولصبي لا يعقل،
بخلاف التوكيل لو جن الزوج بعد التفويض لم يقع²، لأن التفويض تمليك، وهو لا يبطل بالجنون،
على خلاف التوكيل، فهو إنابة محضة، وهي تبطل بالجنون³.

ومجمل القول في الفرق بين التفويض والتوكيل عند الحنفية ما جاء في الدر المختار: "والفرق
بينهما في خمسة أحكام: ففي التمليك لا يرجع ولا يعزل ولا يبطل بجنون الزوج ويتقيد بمجلس لا
بعقل، فيصح تفويضه لجنون وصبي لا يعقل"⁴.

والتفويض يصح قبل الزواج، فإذا قال لإمرأة قبل أن يتزوجها إن تزوجتك فأمرك بيدك
تطلقين نفسك متى شئت، يكون لها تطليق نفسها متى شاءت لثبوت التفويض الغير مقيد بزمن
لها إذا تزوجها، ويصح عند إنشائه، فإذا قال لها تزوجتك، وإن تم الزواج فأمرك بيدك تطلقين
نفسك متى شئت، فقالت قبلت الزواج، يتم الزواج ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت، أو
إذا قالت زوجتك نفسي على أن يكون أمري بيدي أطلق نفسي متى شئت، فإذا قبل يتم الزواج
ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت⁵، يجوز التفويض عند العقد إذا كان الموجب هو الزوجة
أو وكيلها والقابل هو الزوج لأن في هذه الحالة يقع التفويض بعد أن أصبح زوجا، ولا يجوز
التفويض إذا كان الزوج هو الموجب لأنه لم يكن زوجا حين فوض فلم يكن له أن يطلق⁶، كما
يصح بعده عند الحنفية.

أما عند المالكية، النيابة في الطلاق أربعة توكيل وتخيير وتمليك ورسالة⁷، فالتوكيل عندهم هو
أن يوكل الرجل المرأة أو شخصا آخر على طلاقها، فلها أن تطلق بما وكلها عليه من طلاقة واحدة
أو أكثر، وله أن يعزلها ما لم تفعل ذلك، تعرف حاشية الدسوقي التوكيل على أنه جعل إنشاء

¹ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج6، ص 197، 198.

² محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبدالرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 216.

³ وزارة الشؤون والأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج29، وزارة الشؤون والأوقاف الكويتية، 1983، ص 45.

⁴ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبدالرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 216.

⁵ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 326، 327.

⁶ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 73.

⁷ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 405.

الطلاق بيد الغير باقيا منع الزوج من إيقاعه فله عزل الغير قبل إيقاعه اتفاقاً¹. جاء في المهذب من الفقه المالكي وأدلته: "وإذا وكلها بطلاق نفسها، فلها أن تطلق بعدد ما سمى لها من التطليقات، وله أن يرجع في التوكيل ما لم تطلق نفسها. وكذلك في توكيل الأجنبي"². ولا يملك أن يعزلها إذا تعلق بالتوكيل حق لها دفعا للضرر عنها، كأن يشترط عليها أنه إذا تزوج عليها فقد فوض لها أمرها أو أمر الداخلة عليها توكيلاً³. فقد جاء في حاشية الدسوقي: "والتوكيل جعل إنشاء الطلاق بيد الغير باقيا منع الزوج منه أي من إيقاعه فله العزل أي عزلها قبل إيقاعه اتفاقاً كما لكل موكل ذلك إلا لتلق حق لها زائد على التوكيل كإن تزوجت عليك فأمرك أو أمر الداخلة بيدك توكيلاً فليس له حينئذ عزلها والحق هنا دفع الضرر عنها"⁴.

أما التخيير وهو تفويض الطلاق لغيره بحيث ليس له عزله، وهو جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثاً نصاً أو حكماً حقاً لغيره، كقوله لزوجته اختاريني أو إختاري نفسك⁵، والتخيير هو أن يخيرها بين البقاء معه أو الفراق، فإذا اختارت الفراق يكون طلاقها بالثلاث إلا إذا خيرها في طلاقة واحدة أو اثنتين فلها أن توقعها⁶.

بينما التملك هو أن يملكها أمر نفسها وليس له أن يعزلها، فلها أن تفعل ما ملكها من طلاقة واحدة أو أكثر، وله أن يناكرها فيما زاد على الطلاقة الواحدة، وقبولها للتملك يكون بالقول بإيقاع الطلاق بلفظها، ويكون بالفعل بالقيام بما يدل على الفراق مثل نقل أثاثها، ويسقط تمليكها إذا ظهر ما يدل على خلاف الفراق من قول أو فعل، ولا يبطل سكوتها تمليكها حتى يوقفها السلطان أو حتى تترك زوجها يطأها⁷. جاء في حاشية الدسوقي: "أو تمليكا وهو جعل إنشائه حقاً لغيره راجحاً في الثلاث يخص بما دونها فليس له العزل ومن صيغه أمرك أو طلاقك بيدك وإنما كان له العزل في التوكيل دونهما لأنه في التوكيل جعلها نائبة عنه في إنشائه وأما فيهما

¹ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 406.

² محمد سكرحال المجاجي، المرجع السابق، ص 84.

³ أنظر، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك وبهامشه حاشية العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، ج2، دار المعارف، القاهرة، مصر، ص 595.

⁴ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 406.

⁵ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 406.

⁶ ابن جزري، المرجع السابق، ص 187.

⁷ ابن جزري، المرجع السابق، ص 186، 187.

فقد جعل لها ما كان يملك¹، وفي بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "والفرق عند مالك بين التملك وتوكيله إياها على تطبيق نفسها أن في التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق، وليس له ذلك في التملك"².

ففي التفويض على سبيل التخيير ليس للزوج أن يناكر الزوجة بعد الدخول فيما زاد على الطلقة على خلاف الزوجة قبل الدخول، إذ قال الدسوقي: "يعني أن الزوج إذا فوض الطلاق لزوجته على سبيل التخيير قبل الدخول بها فأوقعت أكثر من طلقة فله أن يناكرها فيما زاد عليها بأن يقول ما أردت إلا طلقة واحدة وأما بعد البناء فليس له منكرتها"³. أما إذا كان التفويض على سبيل التملك فللزوج منكرتها سواء كان ذلك قبل البناء أو بعده، فقد جاء في حاشية الدسوقي: "وأما المملكة إذا أوقعت أكثر من طلقة فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة قبل الدخول وبعده"⁴، وهو ما أكده ابن رشد بقوله: "والتملك عن مالك في المشهور غير التخيير، وذلك أن التملك، هو عنده تملك المرأة إيقاع الطلاق، فهو يحتمل الواحدة فما فوقها، ولذلك له أن يناكرها عنده فيما يفوق الواحدة، والخيار بخلاف ذلك"⁵.

كما يرى الشافعية أنه يجوز للزوج أن يفوض الطلاق إلى امرأته، ولها أن تطلق ما لم يتفرقا عن المجلس، أو يحدث ما يقطع ذلك، في قول لأبي العباس بن قاص، ولا تطلق إلا على الفور في قول لأبي إسحاق، وله أن يرجع قبل أن تطلق، وفي قول آخر ليس له أن يرجع⁶. وتفويض الزوجة طلاقها تملك في الجديد فيشترط لوقوعه تطبيقها على الفور، وإذا قال: وكلتك في طلاق نفسك، أو طلقتي نفسك متى شئت لم يشترط الفور، وفي قول تفويض الزوجة طلاقها توكيل فلا يشترط لوقوعه فور⁷، وإذا وكل الزوج غيره طلاق زوجته فلا يتقيد الوكيل بمجلس الوكالة، وله أن يطلق متى أراد ما لم تكن الوكالة مقيدة⁸، وسواء كان تفويض الزوجة أو الغير تملكاً أو توكيلاً فللزوج أن

¹ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 406.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 599.

³ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 408.

⁴ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 408.

⁵ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 599.

⁶ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 288، 289.

⁷ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج 4، ص 465.

⁸ أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، الإستذكار...، المرجع السابق، م 17، ص 77.

يرجع عن تفويضه ما لم يطلق من فوض إليه ذلك¹. فقد ورد في حاشية البجيرمي: "وله رجوع عن التفويض قبله أي قبل تطليقها كسائر العقود"².

بينما يرى الحنابلة أن إنابة الزوج الطلاق لزوجته أو لغيرها توكيل، سواء كانت بلفظ يفيد التملك أو لفظ يفيد التخيير، سواء كان ذلك التفويض للزوجة أو غيرها³، كما يرون أنه من صح طلاقه صح توكيله، ولأنه يصح توكيل الزوج لزوجته في طلاق غيرها، فمن باب أولى أنه يصح توكيلها طلاق نفسها. والوكيل غير مقيد بزمن لإيقاع الطلاق، إذ يمكنه أن يوقعه متى شاء ما لم يقيد الموكل بزمن كأن يقول له طلقها اليوم⁴، ولا يمكن الوكيل أن يطلق لبدعة أي في حيض أو في طهر وطئ فيه، لأن فعل فالطلاق الذي أوقعه لا يقع وهو حرام. كما لا يملك أن يطلق أكثر من طلقة واحدة إلا إذا وكله الزوج في ذلك، فإذا قال الزوج لزوجته طلقي نفسك فعندهم توكيل، لا تملك الزوجة أن تطلق نفسها أكثر من طلقة واحدة إلا إذا جعله الزوج لها. ويبطل التوكيل برجوع الزوج عنه وبما يدل عليه كالوطء. كما تملك أن تطلق الزوجة نفسها ثلاث طلاقات إذا وكلها الزوج أمر طلاقها بقوله: طلاقك بيدك أو: وكلتك في طلاقك، أما إذا خير الزوج زوجته أو غيرها بقوله اختر أو اختاري من ثلاث ما شئت أو ما شئت، فلا يملك الوكيل أن يطلق إلا اثنتين فأقل⁵.

فإذا كانت النيابة في الطلاق وفقا لما جاء به الفقه الإسلامي إما عن توكيلا أو تخيرا أو

¹ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 365.

² وقال الشافعي: إذا ملك الرجل أمرها غيرها، فهذه وكالة، وله أن يرجع قبل أن يوقعه، ومتى أوقعه قبل رجوعه وقع، سليمان البجيرمي، المرجع السابق، ج 4، ص 13.

قال النووي: "وللزوج أن يرجع فيه قبل أن تطلق نفسها إن جعلناه توكيلا، وكذا إن جعلناه تملكيا على الصحيح"، محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 8، ص 46، 47.

قال ابن رشد: "وعند الشافعي أن التملك إذا أراد به الطلاق كالوكالة، وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق"، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 600.

³ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 365.

⁴ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 238.

⁵ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى...، المرجع السابق، ج 5، ص 370-372.

جاء في الإنصاف: "وإن قال لإمرأته "أمرك بيدك" فلها أن تطلق نفسها ثلاثا. وإن نوى واحدة. وهو في يدها ما لم يفسخ أو يظأ"، وإن قال لها "اختاري نفسك" لم يكن لها أن تطلق أكثر من واحدة، إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك، وليس لها أن تطلق إلا ما دامت في المجلس، ولم يتشاغلا بما يقطعها، إلا أن يجعله له أكثر من ذلك، وإن جعل لها الخيار اليوم كله، أو جعل أمرها بيدها، فردته، أو رجع فيه، أو طفها، بطل خيارها"، وإن قال "طلقي نفسك" فقالت "اخترت نفسي"، ونوت الطلاق وقع، وليس لها أن تطلق أكثر من واحدة، إلا أن يجعل لها أكثر منها"، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 8، ص 491-495.

تفويضا أو تمليكا، فهل اعترف المشرع الأسري الجزائري بذلك في قانون الأسرة؟
لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى مسألة النيابة في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة وفي باقي صور فك الرابطة الزوجية، مما يدفع إلى التساؤل هل في غياب النص الذي ينظم هذه المسألة ينبغي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب ما جاء في نص المادة 222 من ق.أ؟ ففي هذه الحالة تكون النيابة جائزة وفقا لما تراه المذاهب السنية، ونتيجة لذلك فللزوجة في قانون الأسرة أن ينيب غيره في طلاق زوجته، كما له أن يملك زوجته طلاقها.

غير أنه بالنظر إلى بعض أحكام قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية لاسيما تلك التي نظمت مسألة الصلح حيث يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم يستمع إليهما معا، فإنه يبدو أن الوكالة في الطلاق غير جائزة. والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري ألغى المادة 20 من قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 والتي كانت تجيز الوكالة في الزواج، لذلك من باب أولى أنه لا تقبل الوكالة في مسائل الطلاق، لأنه تصرف خطير تترتب عليه تبعات سلبية على الأسرة والمجتمع لا سيما إذا كان للزوجين أطفال. مما يجعل حضور الزوج الراغب في الطلاق حتمية لا مفر منها للتأكد من إرادته في إيقاعه، تمليها خطورة الطلاق من جهة ومقتضيات المادة 450 من ق.أ.م.إ التي تفرض على القاضي التأكد من إرادة الزوج في الطلاق، والذي له أن يتخذ كل التدابير التي يراها ضرورية في ذلك.

للإشارة كان الأستاذ بلحاج العربي يرى قبل تعديل قانون الأسرة أنه كما يجوز التوكيل بالزواج في القانون الجزائري بموجب المادة 20 من ق.أ، يجوز التوكيل بالطلاق، طالما أن الزوج يملك هذا التصرف أصالة عن نفسه¹.

وقد كانت المحكمة العليا تقرر وتعترف بجواز النيابة في الطلاق حيث جاء في أحد قراراتها²: "حيث أن المحكمة العليا سبق لها أن قضت الطلاق الواقع عن طريق الوكالات الخاصة، ويجب الأخذ بقضاء المحكمة العليا"، وجاء فيه أيضا: "حيث أنه بالإطلاع على ملف قضية الطعن تبين وأن الزوج قد وكل والده نيابة عنه لمتابعة إجراءات التقاضي في دعوى الطلاق موضوع النزاع وكان ذلك بناء على وكالة رسمية مرفقة، وأن الوكالة تحدث آثارها القانونية في دعوى الطلاق خلافا

¹ بلحاج العربي، الوجيز...، المرجع السابق، ص 226.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15/11/1914، ملف رقم 110096، المجلة القضائية، 1994، عدد 03، ص 79.

لما تدعيه المدعية في الطعن".

ولم يستقر قضاء المحكمة العليا على هذا المبدأ، فتغير موقفها من هذه المسألة وتحول من جواز النيابة في الطلاق إلى منعها وهذا ما يمكن استنباطه مما جاء في بعض قراراتها:

"حيث بالفعل من المقرر قانوناً أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي طبقاً للمادة 49 من قانون الأسرة، وأن هذا الإجراء هو محاولة الصلح بين الطرفين وكاستثناء لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين ولا يصح فيه النيابة، ومتى تبين أن هذا الإجراء قام به شخص آخر غير الزوج يشكل مخالفة للمبدأ المذكور ويعد خطأ في تطبيق القانون لا سيما المادة 49 من قانون الأسرة الذي يتعين الإستجابة للوجه المثار نظراً لوجهته"¹.

"حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة توجب إجراء محاولات للصلح قبل القضاء بحل عقد الزواج سواء بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع وهو إجراء جوهري وفقاً لنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويتم وفقاً للإجراءات المنصوص عليه في المادة 440 وما بعدها من نفس القانون وبالتالي لا يمكن بأي حال إيقاع الطلاق مهما كان وصفه في غياب الزوج طالب حل عقد الزواج وعدم حضوره جلسة الصلح والإستماع إليه. كما لا يمكن أن ينيبه أحد في جلسات الصلح مهما كان نوع الوكالة عامة أم خاصة رسمية أم غير رسمية لأن الغاية من حضور جلسات الصلح فضلاً عن محاولة إصلاح ذات البين هو تأكيد المحكمة من إرادة الزوج في طلب حل عقد الزواج وفقاً لنص المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخاصة التأكيد من أن هذه الإرادة صحيحة خالية من عيوب الإرادة وخاصة الإكراه وأن المحكمة بقضائها بالخلع دون حضور المدعية المطعون ضدها واكتفائها بإبانة محاميها لها الوكيل عنها بوكالة رسمية قد خالفت جوهرية في الإجراءات فعلاً وعرضت بذلك حكمها للنقض"².

ويبدو أن هذا التغير في موقف المحكمة العليا يرتبط بالتطور التشريعي لتنظيم مسألة الإجراءات المدنية، فب النظر إلى تاريخ القرارين يمكن ملاحظة أن القرار الأول صدر سنة 1994 أين كان الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، والمعدل بالأمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 هو الساري المفعول، وكان الصلح في

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16/01/2008، ملف رقم 417622، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 01، ص 302.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 10/07/2014، ملف رقم 0950026، المجلة القضائية، 2014، عدد 02، ص 280.

دعاوى الطلاق جوازيًا في ظل هذا الأمر، لذلك أجازت المحكمة العليا النيابة في الطلاق. بينما صدر القرار الثاني سنة 2014 في ظل القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي ألغى الأمر رقم 66-154 بموجب المادة 1064 منه، حيث أصبح الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية إلزاميًا في ظله، وعليه فحضور الزوج طالب الطلاق لجلسة الصلح إلزامي وهو ما يفسر تغيير المحكمة العليا لموقفها وتوجهها إلى منع الوكالة في دعاوى الطلاق.

أما مسألة تمليك الزوجة الحق في إيقاع طلاقها، فلم ينظمها المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأمام غياب القواعد الموضوعية والإجرائية التي تنظم هذه المسألة يبدو أن المشرع الجزائري لم يعترف للزوجة بهذا الحق، في عدم عثورنا على حكم يبين موقف القضاء من هذه المسألة، ورغم أن قانون الأسرة يحيلنا بموجب المادة 222 من ق.أ. عند عدم وجود النص إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز تمليك المرأة الحق في إيقاع الطلاق.

وفي الحقيقة إن تمليك الزوجة الحق في إيقاع الطلاق في المجتمع الجزائري قد يكون سببًا آخر في تفشي ظاهرة الطلاق خاصة مع ضعف الوازع الديني والأخلاقي، وإساءة استعمال هذا الحق من شأنه أن يرتب نتائج تعود بالسلب على الأسرة والمجتمع.

خلافًا لذلك، نظمت بعض القوانين العربية هذه المسألة، إذ نظمت مدونة الأسرة المغربية تمليك الزوج لزوجته حق إيقاع الطلاق في المادة 89 التي جاء في فقرتها الأولى: "إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقًا لأحكام المادتين 79 و 80 أعلاه.". أما المشرع السوري فأجاز للزوج أن ينيب غيره في إيقاع الطلاق بموجب المادة 87 ف 2 التي نصت على أنه: "للزوج أن يوكل غيره بالتطبيق وأن يفوض المرأة بتطبيق نفسها".

بعد دراسة أركان الطلاق، من منظور شرعي وقانوني، والوقوف على أن الزوج الذي يقع طلاقه هو الزوج المكلف البالغ العاقل المختار، ينبغي الإجابة على التساؤل التالي: ما هي حدود إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق؟

المطلب الثاني

حدود الإرادة المنفردة للزوج في إيقاع الطلاق

إذا بلغت الحياة الزوجية طريقا مسدودا لا يرجى بعده تحقيق المقاصد والغايات من الزواج، أحلت الشريعة الإسلامية للزوجين الفرقة، ونظمت الطلاق ووضعت له ضوابط تحمي الأفراد وحقوقهم، وتحافظ على استقرار المجتمع المسلم وكيانه، وتكفل التوازن في حقوق كل من الزوجين وواجباته، إذ جعلت الطلاق بيد الرجل في حدود وقيود تجعله بمنأى عن أن يكون نتيجة لغضب جامح أو ثورة عارضة أو سوء حكم. فقيده المشرع منه بأن يكون على وضع معين، وبأن تكون الفرقة النهائية البتة بعد فترة من الزمن، وبأن يكون للزوج سبيل إلى وصل ما قطع في مرات معدودات حتى يكون إصرار الزوج عليه مع كل هذا دليل على نفرة النفوس واليأس من وصل حبل المودة بينهما¹.

ووضع قانون الأسرة الجزائري قيودا للطلاق أملا في الحد من انتشاره خارج الأطر التي رسمها له وحتى يكفل للأسرة استقرارها.

فكيف قيدت الشريعة الإسلامية الطلاق؟ وكيف قيده المشرع الأسري؟

للإجابة على ذلك سيتم دراسة القيود الشرعية للطلاق (الفرع الأول) ثم القيود التشريعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القيود الشرعية للطلاق

إن الإسلام وإن جعل الطلاق حقا للزوج، لم يتركه مطلقا يستعمله كيفما شاء ويوقعه في أي وقت أراد، بل جعل له قيودا، وانطلاقا من هنا يطرح التساؤل التاليان: هل منحت الشريعة الإسلامية للزوج الحق المطلق في إيقاع الطلاق حتى ولو بدون أسباب؟ وهل له الحق في إيقاعه متى شاء؟

في الحقيقة يتمثل أول قيد شرعي في وجوب أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة شرعا (أولا) أما القيد الشرعي الثاني فيتمثل في أن يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه وأن يكون في ثلاث طلقات متفرقات (ثانيا).

¹علي الخفيف، المرجع السابق، ص 25.

أولاً: أن يكون الطلاق حاجة مقبولة شرعاً:

اختلف الفقهاء حول الأصل في الطلاق، حيث يرى بعضهم أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأنه مشروع في نفسه، إلا أن المنع فيه لغيره¹، قال القرطبي في تفسيره: "فدل الكتاب والسنة وإجماع الأمة أن الطلاق مباح غير محذور. قال ابن المنذر: و ليس في النهي عن الطلاق ولا في المنع منه خبر يثبت"². وقد استدلل القائلون بأن الأصل في الطلاق الإباحة بقوله تعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً"³، ووجه الدلالة في ذلك أن قوله لا جناح يرفع الإثم والحرَج وبذلك كان الطلاق مباحاً⁴، وبقوله عز وجل: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ"⁵، ووجه الدلالة في ذلك أن الطلاق غير مقيد بسبب أو حاجة، كما استدلوا بأن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره بمراجعتها⁶، وكانت حفصة صوامة قوامة، والنبي صلى الله عليه وسلم لا يفعل شيئاً محظوراً⁷.

وعلى خلاف ذلك، يرى البعض الآخر أن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا للضرورة القصوى والحاجة الملحة⁸. وقد ورد في المغني لابن قدامة أن القاضي يقول أن في الطلاق من غير

¹ قال السرخسي في المبسوط: "وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغوضاً في الأصل عند عامة العلماء، "شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج6، ص 2.

² أنظر، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع...، المرجع السابق، ج4، ص 55، 56.

³ سورة البقرة، الآية 236.

⁴ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 175.

⁵ سور الطلاق، الآية 1.

⁶ أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن، ج3، ط، رقم الحديث: 20161، دار الرسالة العلمية، دمشق، 2009، ص 179.

⁷ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 88.

⁸ أنظر، رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص 38، 39؛ أنظر، جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 184، 186.

قال ابن عابدين: "وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر، بمعنى أنه محذور إلا لعارض يبيحه"، محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 428.

وقال ابن قدامة في المتنع: "وهو حل قيد النكاح، ويباح عند الحاجة إليه"، أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المتنع...، المرجع السابق، ص 334.

قال ابن همام: "وقوله لأن الأصل في الطلاق هو الحظر لأنه قطع النكاح الذي هو سنة فيكون محظوراً"، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج3، ص 447، 448.

حاجة إليه روايتان، إحداهما أنه محرم، لأن فيه ضرر بالزوج والزوجة على حد سواء، وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه، فكان حراما كإتلاف المال، والثانية أنه مباح¹.

وقد استند القائلون بأن الأصل في الطلاق الحظر إلى قوله تعالى: "فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَغْيًا فَلَا تُبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا"²، والطلاق بدون حاجة تدعو إليه بغي وظلم لا يجوز في الإسلام³، وقوله تعالى: "فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا"⁴، ووجه الدلالة في ذلك حث للرجال على الصبر إذا رأوا من زوجاتهم ما يكرهون⁵. وقد استدلو كذلك بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عبد الله بن عمر قال: قال الرسول الله صلى الله عليه وسلم: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"⁶، ولقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، إذ أن في الطلاق من غير حاجة إليه هدم للمصلحة التي أقامها الشرع، وتبديد للأسرة وإلحاق ضرر كبير بها⁷. وعن ثوبان رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أبما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"⁸، ووجه الدلالة في ذلك أن سؤال المرأة الطلاق من زوجها محرم عليها تحريما مشددا، لأن من لم يرح رائحة الجنة لن يدخل إليها أبدا⁹.

ويرجح بعض الفقهاء المعاصرين أن الأصل في الطلاق الحظر، حيث يرى الأستاذ وهبة الزحيلي بأنه: "هذا هو الراجح لاتفاقه مع مقاصد الشريعة، ولمخاطر الطلاق المتعددة"¹⁰، وهو الأمر الذي يؤكد السرتاوي بقوله: "ومما سبق يتبين رجحان القول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة إلا للحاجة تدعو إليه"¹¹. وهو نفس الموقف الذي تبناه محمد أبو زهرة حين قال: "والحق أن الأصل هو الحظر، ولا يباح إلا للحاجة ولكن هذه الحاجة تكون نفسية، وقد تكون مما يجب

¹ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 323،324.

² سورة النساء، الآية 34.

³ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 91.

⁴ سورة النساء، الآية 19.

⁵ محمود علي السرتاوي، المرجع السابق، ص 174.

⁶ أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، المرجع السابق، رقم الحديث: 2018، ص 180.

⁷ محمود علي السرتاوي، المرجع السابق، ص 175.

⁸ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع...، المرجع السابق، ج3، رقم الحديث: 11871، ص 484.

⁹ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1258.

¹⁰ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 401.

¹¹ محمود علي السرتاوي، المرجع السابق، ص 176،177.

ستره، وهي في كل أحوالها، أو جلها، لا يجوز أن تعرض بين أنظار القضاء، ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شدا وجذبا"¹، ولم يخالفهم في ذلك الأستاذ عبد الرحمن الصابوني بقوله: "ولهذا فإننا نرجح الرأي القائل أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا للحاجة تدعو إليه مما تتعذر معها المعيشة الزوجية المشتركة"².

وحظر الطلاق كأصل إلا للحاجة أو سبب أو ضرورة تدعو إليه يرجع لعدة اعتبارات أهمها أن الطلاق بغير سبب من شأنه حل عقد الزواج الذي أحاطته الشريعة الإسلامية كغيره من العقود بجملة من الشروط والقيود، والذي وصفه الله سبحانه وتعالى بالميثاق الغليظ لذلك ليس من السهل حله أو نقضه لأي سبب كان³، فالطلاق بلا سبب ودون حاجة يكون حمقا وسفاهة رأي، ولا يعدو أن يكون سوى مجرد كفران النعمة، وإخلاص الإيذاء بالزوجة وأهلها وأولادها⁴.
يترتب على القول بأن الأصل في الطلاق الحظر وعلى مخالفة قيد وقوع الطلاق لحاجة مقبولة شرعا، وقوع الطلاق من غير حاجة أو سبب يدعو إليه، غير أنه يؤثم المطلق عليه ديانة⁵.
ففي هذا السياق يقول الأستاذ وهبة الزحيلي أنه: "إذا حدث الطلاق من غير حاجة أو سبب يدعو إليه، فإنه يقع بالإتفاق، ولكن المطلق يأثم"⁶.

أما في بعض القوانين الأسرية العربية⁷ ومنها قانون الأسرة الجزائري فيترب على مخالفة هذا القيد وقوع الطلاق مع الحكم على الزوج المطلق بدون مسوغ شرعي بالتعويض وذلك لتعسفه في استعمال حقه في الطلاق إضافة إلى أنه يكون شرعا آثما لإساءته استعمال الطلاق.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 285.

² عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية... المرجع السابق، ص 100.

³ أنظر، مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق-دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، 2010، ص 119.

⁴ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار... المرجع السابق، ج4، ص 428.

⁵ أنظر، عماد عبد العاطي عبد الفتاح هدى، ضوابط إيقاع الطلاق شرعا دراسة فقهية مقارنة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015، ص49.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 401.

⁷ جاء في المادة 70 من مدونة الأسرة المغربية: "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال."، وجاء في المادة 84 منها: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه..."

وفي الحقيقة إن الشريعة السمحاء وإن منحت الحق للزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، فإنها وضعت له قيودا تكفل عدم الإضرار بالزوجة أهمها أن يكون هذا الطلاق مبرر بمسوغ يدعو عليه كأن تخل الزوجة بالتزاماتها الزوجية بطريقة لا تتحقق بها المقاصد من الزواج. وانطلاقا من هنا يمكن القول أن الطلاق محذور أصلا ولا يباح إلا كعلاج للمشاكل المستعصية الحلول بين الزوجين إذا بلغت الحياة الزوجية طريقا مسدودا لا يمكن معه استمرار الزوجين معا. ولأن الإسلام يحث على عدم إهدار حقوق الإنسان وحماية كرامته، فإنه من غير المعقول أن يضع الطلاق بيد الرجل لإهدار حقوق الزوجة والمساس بكرامتها ما لم يكن لذلك داع شرعي يبرر ذلك الطلاق. لذلك ليس للزوج أن يطلق حسب أهوائه بل ينبغي عليه أن يستند إلى مبررات شرعية قوية، وإلا كان في طلاقه الذي يقع شرعا بدون مسوغ آثما.

ثانيا: قيد الوقت وعدد: أن يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه وفي ثلاث طلقات متفرقات:
 شرع الله الطلاق وجعل له حدودا وقيودا ينبغي على الزوج إذا ما أقدم عليه أن لا يتعداها، وتمثلت تلك القيود في قيد في الزمن بأن يقع الطلاق في طهر لم يجامع الزوج زوجته فيه، وقيد في عدد بأن يقع الطلاق في ثلاث طلقات متفرقات.

أ- قيد الوقت: أن يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه:

إذا أوقع الزوج الطلاق في حال الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه، كان الطلاق عند جمهور العلماء حراما شرعا¹، وعند الحنفية مكروها تحريميا، وهو ما يسمى بالطلاق البدعي. أما المالكية فقالوا بتحريم الطلاق في الحيض أو النفاس، وبكراهة الطلاق في طهر مسها فيه أو الطلاق بأكثر من طلقة². والعلة والحكمة من تحريم الطلاق في مدة الحيض أو في النفاس أو في الطهر الذي جامعها فيه تتمثل في أن:

- رغبة الزوج في الزوجة تقل وتفتقر زمن الحيض والنفاس وكذلك الطهر الذي مسها³، فالطلاق لا يكون إلا عند عدم موافقة الأخلاق، حيث يصعب ظهور ذلك في حالة إيقاعه الطلاق في زمن الحيض أو في طهر مسها فيه حسب السرخسي الذي يرى: "والمعنى فيه أن إباحة

¹ عماد عبد العاطي عبد الفتاح هدى، المرجع السابق، ص 49؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 402-403.

² شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 361، 362.

³ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج 3، ص 94.

الإيقاع للتقصي عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الأخلاق وذلك لا يظهر بالإيقاع حالة الحيض لأنها حال نفرة الطبع عنها وكونه ممنوعا عنها شرعا فرما يحمله ذلك على الطلاق وكذلك في الطهر الذي جامعها فيه لأنه قد حصل مقصوده منها فتقل رغبته فيها فلا يكون الإيقاع دليل عدم موافقة الأخلاق فأما في الطهر الذي لم يجامعها فيه تعظم رغبته فيها فلا يقدم على الطلاق إلا لعدم الأخلاق"¹.

في طلاق الزوج زوجته في الحيض إضرار بها بتطويل فترة العدة²، إذ يرى ابن رشد أنه: "إنما نهي المطلق أن يطلق في الحيض لأنه إذا طلق فيه طول عليها العدة وأضر بها لأن ما بقي من تلك الحيضة لا تعتد به في أقرائها فتكون في تلك المدة كالمعلقة لا معتدة ولا ذات زوج ولا فارغة من زوج، وقد نهي الله تعالى عن إضرار المرأة بتطويل العدة"³.

إذا طلق الزوج زوجته في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل لم يأمن أن تكون حاملا، فيندم على مفارقتها مع الولد⁴، لأنه قد تحمله شفقتة على الولد على تحمل سوء خلقها، وفي الطلاق في طهر مسها فيه تلبس أمر العدة عليها لأنها لا تدري أنها حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالأقراء⁵، ويمكن الوقوف على ذلك من قول ابن رشد: "وإنما نهي أن يطلق في طهر قد مسها فيه لأنه إذا فعل ذلك لبس عليها العدة فلم تدر بما تعتد إن كانت تعتد بالوضع أو الأقراء لإحتمال أن تكون قد حملت من ذلك الوطاء فكره أن يدخل عليها اللبس في العدة"⁶. وقد اختلف الفقهاء في حكم مخالفة هذا القيد بأن يطلق الزوج زوجته في حال الحيض أو النفاس أو في حال الطهر الذي مسها فيه، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع الطلاق⁷، فذهب المالكية إلى القول أنه إضافة إلى وقوع الطلاق فإنه يجبر من أوقع الطلاق في الحيض على مراجعة زوجته⁸. في هذا السياق قال أبو زيد القيرواني: "وينهى أن يطلق في الحيض، فإن طلق لزمه،

¹ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج6، ص 7.

² شمس الدين السرخسي، المرجع نفسه، ج6، ص 5.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد...، المرجع السابق، ص 277، 278.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 284.

⁵ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج6، ص 5.

⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد...، المرجع السابق، ص 278.

⁷ محمود علي السرتاوي، المرجع السابق، ص 192، 193؛ عماد عبد العاطي عبد الفتاح هدى، المرجع السابق، ص 52؛ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 292.

⁸ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 329.

ويجبر على الرجعة ما لم تنقض العدة"¹، فإن أبي هدد بالسجن وإن أبي بعد تهديده بالسجن سجن وإذا أبي الإرتجاع هدد بالضرب أما إذا أبي الإرتجاع بعد تهديده بالضرب ضرب، فإن لم يراجع ارتجعها له الحاكم².

بينما يرى الحنفية أنه إذا طلق الرجل امرأته حال الحيض وقع الطلاق، ويستحب له أن يراجعها فإذا طهرت وحاضت ثم طهرت، إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها³، ويرى الكاساني أنه من الأفضل أن يراجعها، لأنه إذا راجعها أمكنه أن يطلقها للسنة، ولو امتنع عن الرجعة فلا يجبر عليها⁴.

كما ذهب الشافعية إلى القول بأنه إن طلقها في الحيض أو الطهر الذي جامع فيه وقع الطلاق، والمستحب أن يراجعها⁵، ولا يخالفهم في ذلك الحنابلة الذين قالوا إن طلق للبدعة فيه أثم، ووقع طلاقه⁶، فالسنة عندهم في الطلاق أن يطلقها واحدة في طهر لم يصبها فيه، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها، وإن طلق المدخول بها في حيضها أو طهر أصابها فيه فهو طلاق بدعة محرم ويقع، ويستحب رجعتها⁷، ولا يجب ذلك في ظاهر المذهب⁸.

وقد استدل جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة في وقوع الطلاق في وقت الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه بحديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي صلى الله عليه وسلم، فقال: "مره فليراجعها، أو ليطلقها طاهرا أو حاملا"⁹. وفي رواية عنه: "أنه طلق امرأة له وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي صلى الله عليه وسلم، فتغيظ فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم قال: ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر، فإن بدا له أن

¹ أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، رسالة ابن أبي زيد... المرجع السابق، ص 130.

² شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 362، 363.

³ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح... المرجع السابق، ج 3، ص 461، 462.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع... المرجع السابق، ج 3، ص 94.

⁵ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب... المرجع السابق، ج 4، ص 285.

⁶ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 327.

⁷ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع... المرجع السابق، ص 335.

⁸ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 328.

⁹ أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، وإنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعته، حديث 1471، ص 675.

يطلقها فليطلقها قبل أن يمسه، فتلك العدة كما أمر الله تعالى¹. وفي هذا السياق قال ابن رشد: "فإن الجمهور إنما صاروا إلى أن الطلاق إن وقع في الحيض اعتد به، وكان طلاقاً لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر: "مره فليراجعها" قالوا: والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق"². أما الباقر والصادق وابن حزم من أهل الظاهر وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الطلاق لا يقع³، وقد استدلوا بقوله عز وجل: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ"⁴، والمطلق في حال الحيض أو الطهر الذي وطئ فيه لم يطلق لتلك العدة التي أمر الله بتطبيق النساء لها⁵. فقد جاء في المغني: "والشيعة قالوا: لا يقع طلاقه، لأن الله تعالى أمر به في قبل العدة، فإذا طلق في غيره لم يقع، كالوكيل إذا أوقعه في زمن أمره موكله بإيقاعه في غيره"⁶. كما استدلوا عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد" في رواية⁷. وفي رواية أخرى عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"⁸. فإن الله لم يشرع الطلاق في زمن الحيض أو في طهر جامعها فيه، ولا أذن فيه، فهذا النوع من الطلاق مخالف لشرع وأمر الله والرسول صلى الله عليه وسلم⁹.

ب- قيد عدد: أن يكون في ثلاث طلاقات متفرقات:

شرع الله عز وجل الطلاق ثلاث مرات، وأبت السنة إلا أن تكون هذه الطلاقات متفرقة، وقد كان لجمهور الفقهاء مواقف واضحة من جمع الطلاقات الثلاث مرة واحدة، بلفظ واحد مقترنا

¹ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، باب النهي عن الطلاق في الحيض وفي الطهر بعد أن يجامعها ما لم بين حملها، حديث رقم: 2857، ص 1259.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 593.

³ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1262؛ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 194؛ عماد عبد العاطي عبد الفتاح هدى، المرجع السابق، ص 53؛ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 293.

⁴ سورة الطلاق، الآية 1.

⁵ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1262.

⁶ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 327.

⁷ أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المرجع السابق، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور، حديث رقم: 1718، ص 821.

⁸ أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المرجع السابق، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور، حديث رقم: 1718، ص 822.

⁹ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1262.

بعدد الثلاث، كقوله: أنت طالق ثلاثا، أو مدلولا عليه بالإشارة كقوله: أنت طالق مع الإشارة بأصابع ثلاث، أو مكرر ثلاث مرات في مجلس واحد، كقوله أنت طالق أنت طالق أنت طالق أنت طالق وفقا للتفصيل التالي:

ذهب الحنفية إلى القول بأن الطلاق السني الأحسن من وجه عدد هو أن يطلق الزوج زوجته واحدة في طهر لا وطء. والطلاق السني الحسن من وجه عدد أن يطلقها ثلاثا مفرقة في ثلاثة أطهار أو أشهر¹. والبدعي من حيث عدد بأن يطلقها بجمع الطلقات الثلاث بكلمة واحدة، أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد، فقد جاء في شرح فتح القدير: "وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا"².

وعلى نقيض ذلك، لا يجوز عند المالكية أن يطلق عند كل طهر طلقة لأنه طلاق بدعة، فطلاق السنة عندهم أن يطلق طلقة في أول الطهر إلى انقضاء العدة³، ولا يجوز عندهم أن يطلقها ثلاثا في كلمة واحدة، فإن فعل لزمه ذلك⁴، بدليل قوله تعالى: "تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"⁵، وقوله عزوجل: "وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ"⁶.

أما الشافعية، فلا بدعة عندهم في عدد، فقد جاء في البدائع: "وقال الشافعي لا أعرف في عدد الطلاق سنة ولا بدعة بل هو مباح وإنما السنة والبدعة في الوقت فقط"⁷، وإذ يرون أنه لا بدعة في جمع الطلقات الثلاث لما جاء في المهذب: "وإن جمعها في طهر واحد، جاز"⁸. وفي مغني المحتاج: "ولا يحرم جمع الطلقات"⁹، فإنه من الأفضل تفريقهن على الأقرء، أو الأشهر إذا لم تكن من ذوات الأقرء¹⁰. ويستدلون في ذلك بما روي عن عويمر العجلاني أنه قال عند رسول الله صلى

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 433.

² كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج3، ص 449.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد...، المرجع السابق، ص 278.

⁴ المرجع نفسه، ص 277.

⁵ سورة البقرة، الآية 229.

⁶ سورة الطلاق، الآية 1.

⁷ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 94.

⁸ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 286.

⁹ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج4، ص 502.

¹⁰ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج8، ص 9.

الله عليه وسلم حين لاعن امرأته: "كذبت عليها إن أمسكتها، فهي طالق ثلاثاً"، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا سبيل لك عليها"، ولو كان جمع الثلاث محرماً لأنكر عليه¹. وهم بذلك يختلفون مع المالكية حول هذه المسألة، وهذا ما يؤكد ابن رشد الحفيد الذي قال: "فإن مالكا ذهب إلى أن المطلق ثلاثاً بلفظ واحد مطلق لغير السنة، وذهب الشافعي إلى أنه مطلق للسنة"². وقد اختلفت الروايات حول جمع الطلقات الثلاث عند الحنابلة، ففي رواية عن الإمام أحمد أنه غير محرّم، وهو مذهب الشافعي، وفي رواية ثانية أنه بدعة ومحرّم، وهو مذهب مالك وأبو حنيفة، وفي رواية ثالثة يطلقها واحدة، ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاث حيض، فمتى شاء راجعها³.

يترتب عن مخالفة هذا القيد عند جمهور الفقهاء أن الطلاق بجمع الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة يقع ثلاث طلقات⁴، فقد ذهب جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلاث⁵. وفي ذلك قال ابن رشد: "جمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة، وقال أهل الظاهر وجماعة: حكمه حكم الواحدة، ولا تأثير للفظ في ذلك"⁶، وقال ابن عابدين في حاشيته: "وقد ثبت النقل عن أكثرهم صريحاً بإيقاع الثلاث ولم يظهر لهم مخالف فماذا بعد الحق إلا الضلال"⁷.

بينما يرى ابن تيمية وابن القيم وجماعة من المحققين إلى أن الثلاث إذا أوقعت في وقت واحد بلفظ واحد أو ألفاظ متتابعة يقع طلقة واحدة، وقد ذهب بعض الظاهرية وبعض الإمامية إلى القول بأنه لا يقع به شيء⁸، يقول ابن عابدين: "عن الإمامية: لا يقع بلفظ الثلاث ولا في حالة

¹ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 287.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 592.

³ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 330، 331.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 287؛ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 334؛ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 96؛ أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، رسالة ابن أبي زيد...، المرجع السابق، ص 129؛ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1265؛ ابن جزري، المرجع السابق، ص 181.

⁵ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج3، ص 451.

⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 589.

⁷ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 435.

⁸ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1265.

الحيض لأنه بدعة محرمة"¹.

كما ذهب جماعة من أصحاب ابن عباس وإسحاق بن راهويه أن المطلقة إن كانت مدخولة وقعت الثلاث، وإن لم تكن مدخولة فواحدة².

وقد استدل القائلون بوقوعه ثلاث طلاقات بقوله عز وجل "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فِإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"³، ففي هذا إشارة منه إلى أن هذا التعديد إنما هو فسحة لهم، فمن ضيق على نفسه لزمه⁴، كما في ظاهر هذه الآية جواز إرسال الثلاث أو الثنتين دفعة أو مفرقة ووقوعها⁵، كما استدلوا بحديث سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه: "سئل عن رجل طلق امرأته مائة، قال: عصيت ربك، وفارقت امرأتك، لم تتق الله فيجعل لك مخرجاً"⁶. وبحديث الحسن قال: حدثنا عبد الله بن عمر: "أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض، ثم أرد أن يتبعها بتطليقتين آخرتين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "يا بن عمر ما هكذا أمرك الله تعالى فقد أخطأت السنة، والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء، وقال فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم فراجعتها، ثم قال: إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك، فقلت: يا رسول الله رأيت لو طلقته ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها قال: لا، كانت تبين منك وتكون معصية"⁷.

واستدل القائلون بوقوعه طلقة واحدة بحديث ابن عباس قال: "طلق أبو ركانة أم ركانة فقال له رسول الله: راجع امرأتك، فقال: إني طلقته ثلاثاً، قال: قد علمت، راجعها"⁸، وفي هذا الحديث دليل على أن الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة يقع طلقة واحدة. وبحديث ابن عباس: "كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر،

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 434.

² محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1265.

³ سورة البقرة، الآية 229.

⁴ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج4، ص 59.

⁵ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1265.

⁶ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق البتة وجمع الثلاثة واختيار تفريقها، حديث رقم 2868، ص 1264،

⁷ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق البتة وجمع الثلاثة واختيار تفريقها، حديث رقم 2861، ص 1263،

⁸ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق البتة وجمع الثلاثة واختيار تفريقها، ص 1263.

طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيته عليهم فأمضاه عليهم¹، ففي هذا الحديث دليل على صحة وقوع طلاق الثلاث واحدة في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم وزمن خلافة أبي بكر وسنتين من خلافة عمر. أما القائلون بعدم وقوعه، فاستدلوا بقوله عز وجل "فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ"²، حيث يشترط وقوع الثالثة أن تكون في حال يصح من الزوج فيها الإمساك، ومن حق كل مخير بينهما أن يصح كل واحد منهما، وإذا لم يصح الإمساك إلا بعد المراجعة لم تصح الثالثة إلا بعدها لذلك، وإذا لزم في الثالثة لزم في الثانية³، ومن طلق ثلاثا في كلمة فلا يلزم لأنه غير مذكور في القرآن⁴.

وقد استدل القائلون بالفرق بين المدخولة والغير المدخولة برواية عن طاووس أن أبا الصهباء قال لابن عباس: أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من إمارة عمر، قال ابن عباس: بلى كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من إمارة عمر، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال: أجزوهن عليهم⁵، وفي ذلك أعظم حجة لهم، ووجه الدلالة أنه إذا قال الزوج لزوجته الغير مدخولها: أنت طالق تبين منه، أما إذا قال: ثلاثا لغا عدد لوقوعه بعد البيونة⁶.

على غرار أحكام الشريعة الإسلامية التي قيدت إرادة الزوج في إيقاع الطلاق بقيود شرعية، قام المشرع الجزائري بوضع حدود لتلك الإرادة حينما جعل طلاق الزوج بالإرادة المنفردة تحت مراقبة القضاء.

¹ أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، حديث رقم: 1472، ص 677.

² سورة البقرة، الآية 229.

³ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1267.

⁴ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج 4، ص 60.

⁵ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق البتة، حديث رقم: 2872، ص 1264.

⁶ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، كتاب الطلاق، ص 1267.

الفرع الثاني

القيود التشريعية للطلاق

تبنى المشرع الجزائري الموقف الذي يقول بأن الأصل في الطلاق الحظر، ويتجلى ذلك من خلال المادة 52 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وهو بذلك يرتب على الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة تعويضا للزوجة عن الضرر اللاحق بها متى كان هذا الطلاق بدون سبب معقول أو مسوغ شرعي. فالطلاق وفقا لنص المادة السابقة لا يكون إلا لحاجة وضرورة تدعو إليه، فمن جهة اعترف بحق الزوج في الطلاق استنادا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن جهة أخرى جعله تحت رقابة القضاء، ولما جعله خاضعا لرقابة القاضي، وضع لإرادة الزوج في إيقاعه قيودا فجعل من إجراء محاولات الصلح أمرا وجوبيا قبل النظر في موضوع دعوى الطلاق (أولا)، وجعل من حكم القاضي الوسيلة الوحيدة لإثباته (ثانيا) فيما عدا بعض الحالات كالطلاق العرفي (ثالثا).

أولا: وجوب إجراء محاولات الصلح:

جعل المشرع الجزائري من الصلح وسيلة بديلة لحل النزاعات، وقيد الطلاق في قانون الأسرة بوجوب إجراء محاولات الصلح قبل النظر في دعاوى الطلاق، ومنه لا بد من الإجابة على التساؤلات التالية:

ما هو مفهوم الصلح؟ وما هي أحكامه في دعاوى فك الرابطة الزوجية؟

وعلى هذا الأساس ستم دراسة مفهوم الصلح (أ) وأحكامه في دعاوى فك الرابطة الزوجية (ب).

أ- مفهوم الصلح:

إن الحديث عن الصلح كإجراء وضعه المشرع الجزائري بين يدي القاضي لمحاولة رأب الصدع وإصلاح ذات البين بين الزوجين، يقود إلى الوقوف على تعريفه ومشروعيته.

1- تعريفه:

الصلح لغة من صلح بالضم لغة وهو خلاف فسد وصلح يصلح فهو صالح وأصلحته

فصلح وأصلح أتى بالصلاح وهو الخير والصواب، وصالحه صلاحا والصلح إسم منه وهو التوفيق وأصلحت بين القوم وفتت، وتصلح القوم واصطلحوا¹، والصلاح: ضد الفساد؛ صلح يصلح ويصلح صلاحاً وصلوحاً؛ ورجل صالح في نفسه من قوم صلحاء ومصلح في أعماله وأمره، وقد أصلحه الله، وهذا الشيء يصلح لك أي هو من بابئك. والإصلاح: نقيض الإفساد. والمصلحة: الصلاح. والمصلحة واحدة المصالح. والاستصلاح: نقيض الاستفساد.

وأصلح الشيء بعد فساده: أقامه، وأصلح الدابة: أحسن إليها فصلحت، والصلح: تصالح القوم بينهم، والصلح: السلم، وقد اصطلحوا وصلحوا وصلحوا وتصلحوا واصلحوا، مشددة الصاد، قلبوا التاء صاداً وأدغموها في الصاد بمعنى واحد، وقوم صلوح: متصالحون، كأنهم وصفوا بالمصدر، والصلاح، بكسر الصاد: مصدر المصالحة، والعرب تؤنثها، والاسم الصلح، يذكر ويؤنث، وأصلح ما بينهم وصلحهم مصالحة وصلحاً².

والصلاح ضد الفساد، والصلاح بالكسر مصدر المصالحة والإسم الصلح يذكر ويؤنث، والإصلاح ضد الإفساد، والإستصلاح ضد الإستفساد³.

مما سبق ذكره، يمكن القول أن الصلح لغة هو بمعنى التوفيق وإزالة الفساد، أو قطع النزاع والتوفيق بين الخصوم وإحلال السلم بينهم⁴.

أما اصطلاحاً، فقد اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الصلح عقداً ينهي النزاع والخصومة، إذ عرفه الحنفية لغة على أنه اسم من المصالحة وشرعاً عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة⁵. وعرفه المالكية بأنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه⁶. أما الشافعية فيعرفونه على أنه عقد يحصل به التوفيق ورفع النزاع⁷. بينما يعرفه الحنبلية لغة على أنه هو قطع المنازعة،

¹ أحمد بن محمد بن علي بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص 132.

² أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان...، المرجع السابق، م 2، ص 516، 517.

³ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص 154.

⁴ أنظر، مصطفى الخن ومصطفى البغا وعلي الشريحي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج 6، دار القلم، دمشق، ص 169.

⁵ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 8، ص 405.

⁶ أنظر، محمد بن عرفة الورغمي التونسي، المختصر الفقهي، ط 1، ج 6، مؤسسة خلف أحمد الجبوتور، 2014، ص 477.

⁷ مصطفى الخن ومصطفى البغا وعلي الشريحي، المرجع السابق، ص 169.

وشرعا معاهدة يتوصل بها إلى إصلاح بين متخاصمين، ويكون في الأموال وغيرها¹.

ويرى الأستاذ إدريس الفاخوري أن الصلح هو خلاف الفساد بقوله: "للصلح أهمية كبيرة في نظر الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لأن الصلح هو خلاف الفساد، والإسلام إنما جاء لمحاربة الفساد".

أما في القانون الجزائري، فقد ألزم المشرع الجزائري القاضي بإجراء محاولات صلح في جميع دعاوى فك الرابطة الزوجية، ووضع قواعد إجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية توجهه في إجراء محاولات الصلح، غير أن القانونين سالفين الذكر لم يضعوا تعريفا للصلح، واكتفى المشرع الجزائري بتعريفه في المادة 459 من القانون المدني التي جاء فيها: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه".

2- مشروعية الصلح:

الصلح جائز ومشروع، وقد ثبتت مشروعيته في القرآن والسنة والإجماع.

ثبتت مشروعية الصلح في قوله عز وجل: "وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا"²، فقوله "والصلح خير" لفظ عام يقتضي أن الصلح الذي تسكن إليه النفوس، ويزول به الخلاف خير على الإطلاق أو خير من الفرقة، أو من الخصومة³. ويدخل في هذا المعنى جميع ما يقع عليه الصلح بين الرجل وامرأته في مال أو وطء أو غير ذلك⁴، خير وهو مشروع لأن الله شرع كل ما فيه خير، وقال عز وجل: "لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ جُورَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتٍ

¹ عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي، المرجع السابق، ص 5.

² سورة النساء، الآية 128.

³ أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، ط4، دار المعرفة بيروت، لبنان، 2007، ص 333.

⁴ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج7، ص 165.

اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا"¹. إن الإصلاح بين الناس الذي ورد في هذه الآية عام في الدماء والأموال والأعراض، وفي كل شيء يقع التداعي والإختلاف فيه بين المسلمين². فقد جعل الله مجرد الأمر بالصدقة أو المعروف أو الإصلاح بين الناس خيرا، ثم رغب فيها بقوله "ومن يفعل" لأن فعلها أقرب إلى الله من مجرد الأمر بها³، فالله عزوجل يجازي من يفعل ذلك بالأجر العظيم، وهذا دليل على مشروعية الصلح من القرآن الكريم.

وثبتت مشروعية الصلح كذلك في السنة حيث جاء في الحديث أنه حَدَّثَنَا الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ الْخَلَّالُ قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو عَامِرٍ الْعَقَدِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا كَثِيرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ عَوْفِ الْمَرْيُ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا"⁴.

كما أجمع المسلمون على مشروعية الصلح، حيث قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في حضور الصحابة رضي الله عنهم: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن"⁵، ولم ينكر عليه أحد منهم⁶.

ب- أحكام الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية:

نظم المشرع الجزائري الصلح في مسائل الطلاق في قانون الأسرة في المادة 49 التي نصت على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"، وقد جاء في النص قبل التعديل أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر". وبمقارنة النصين، يتضح جليا أن المشرع الجزائري أولى أهمية كبيرة للصلح بإقراره في التعديل إجراء

¹ سورة النساء، الآية 114.

² أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج7، ص 128.

³ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير...، المرجع السابق، ص 329.

⁴ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع...، المرجع السابق، ج3، كتاب الأحكام، رقم الحديث: 1352، ص 625، 626.

⁵ السنن الكبرى للبيهقي، ج6، كتاب الصلح، حديث رقم: 11320، ص 109.

⁶ مصطفى الخن ومصطفى البغا وعلي الشريحي، المرجع السابق، ص 170.

عدة محاولات بدل محاولة الصلح، ويرمي من خلال ذلك إلى إعطاء الزوجين عدة فرص لرأب الصدع بينهما وإنقاذ زواجهما من الإنهيار، أملا في تجنب الطلاق¹ من جهة، ومن جهة أخرى توجيه القاضي إلى إجراء محاولات صلح جدية تهدف إلى وضع حد للخلاف بين الزوجين وإنقاذ الزواج من الإنهيار، بدلا من إجراء محاولة صلح واحدة شكلية ليتجنب القاضي تعريض حكمه للنقض فقط.

في الواقع، فالقاضي هو الذي يملك مفاتيح إنجاح هذه المحاولات لاضطلاعها بإدراتها، ولا يتأتى ذلك النجاح إلا إذا بذل قصارى جهده واستعمل جميع الوسائل التي يتيحها له القانون بجدية وبإيمان وصدق عميقين متحليا بالصبر وعدم التسرع لأن الغاية من وراء إجراء محاولات الصلح محاولة القاضي ثني الزوج أو إقناعه بالرجوع عن التفكير في الطلاق والعودة إلى حياة المودة والوئام ونبذ التشاجر والخصام². وبالتالي، إعطاء الزوج فرصة لتمكينه من إعادة النظر فيما هو قادم عليه³. وعموما فالهدف من إلزام القاضي بموجب المادة 439 من ق.إ.م.إ. بالعمل على الإصلاح بين الزوجين قبل قضائه بالتفريق هو محاولة إزالة أسباب الشقاق وعودة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه من سكينة وحسن معايشة⁴، لأن من شأن الصلح في العمل القضائي الأسري أن يحقق الاستقرار والطمأنينة للأسرة والمجتمع⁵.

فالصلح المنصوص عليه في قانون الأسرة يدخل في إطار المهام القضائية التي أناط المشرع الجزائري القاضي بها، إذ يضطلع القاضي في جميع صور فك الرابطة الزوجية بما فيها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بمهة السعي لثني طرفي النزاع عن فك الرابطة الزوجية، ولإصلاح ذات البين بينهما، وذلك بالبحث في أسباب الخلاف بينهما والتي دفعت بطالب الطلاق إلى اللجوء لطلب فك الرابطة الزوجية، ويجاول إقناعهما بالعدول عن الطلاق بالتوصل إلى حل يرضيهما معا ويعيد الحياة الزوجية إلى سابق عهدها. ويتأكد من إرادة الزوج أو الزوجة وأن هذه الإرادة صحيحة خالية

¹ بن شويخ الرشيد، شرح قانون...، المرجع السابق، ص 179.

² أنظر، شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 271.

³ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 35.

⁴ سعادي لعلی، المرجع السابق، ص 401.

⁵ أنظر، إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، ط1، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، المغرب، 2012، ص 32.

من عيوبها وخاصة الإكراه، تنفيذها نصت عليه المادة 450 من ق.إ.م.إ بقولها: "يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك". وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2014/07/10 بما يلي: "لأن الغاية من حضور جلسات الصلح فضلا عن محاولة إصلاح ذات البين هو تأكيد المحكمة من إرادة الزوج في طلب حل عقد الزواج وفقا لنص المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخاصة التأكيد من أن هذه الإرادة صحيحة خالية من عيوب الإرادة وخاصة الإكراه"¹.

ورغم أن المادة 49 من ق.أ.تنص على إجراء القاضي لعدة محاولات صلح بين الزوجين في مدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر، فقد أثبتت الممارسة القضائية أن القاضي غير مقيد بعدد معين من المحاولات ما دام الغرض من الصلح هو إنهاء النزاع بطرق ودية والحفاظ على كيان الأسرة المهتد بالإختيار. فمتى يكون له اقتناع وتبين له أن لا جدوى من مواصلة محاولات الصلح ينتقل إلى النظر في موضوع الدعوى ولو كان ذلك بعد إجراء محاولة صلح واحدة فقط، وذلك وفقا لما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 14 أبريل 2011: "لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين وأن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30 تمسك فيها الزوجان بمطالبهما، وبالتالي، فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استنفاده ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض"².

كما أن عدد محاولات الصلح الذي أشارت إليه المادة 49 من ق.أ. يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه، وفقا لما تضمنه قرار المحكمة العليا بتاريخ 2014/03/13 والذي قضى بما يلي:

"عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات،

والذي جاء فيه أن الحكم المطعون فيه سعى للصلح مرة واحدة في جلسة

2012/11/19، وخالف بذلك نص المادة 49 من قانون الأسرة.

لكن حيث أن الطاعن لم يبين مصلحته في إثارة ذلك، مادام أنه أثناء جلسة الصلح

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2014/07/10، ملف رقم 0950026، المجلة القضائية، 2014، عدد 02، ص 280.

² المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2011/04/14، ملف رقم 620084، المجلة القضائية، 2012، عدد 02، ص 301.

الوحيدة، تمسك بالطلاق، فضلا عن أن إجتهد غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، قد استقر على أن تقدير عدد محاولات الصلح يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا.

وعليه، فإن هذا الوجه غير مؤسس وتنقصه الجدية ويتعين رفضه¹.

ومما سبق ذكره، فللقاضي سلطة تقدير عدد محاولات الصلح، شرط أن يقوم على الأقل بمحاولة واحدة والتي من خلالها يقف على استعداد الزوجين للصلح من عدمه. فإن وقف على عدم جدوى القيام بمحاولات صلح أخرى من خلال تمسك الزوجين أو أحدهما بالطلاق، يبدأ مباشرة بعد ذلك في النظر في موضوع الدعوى. أما إذا لمس من خلال الحديث مع الزوجين إمكانية الصلح بينهما، فله سلطة تقدير عدد محاولات الصلح.

كما تضمن التعديل الجديد لنص المادة 49 من ق.أ. ضرورة أن يحرر القاضي محضرا يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح وهو الأمر الذي سكت عليه النص قبل التعديل. إضافة إلى تدارك المشرع الجزائري للنقص الذي شابه قبل التعديل في مسألة بداية حساب مدة الثلاثة أشهر التي تجري فيها محاولة الصلح، والذي كان يدعو إلى التساؤل هل تبدأ من تاريخ إيداع طلب الطلاق بكتابة ضبط المحكمة أم من التاريخ الأول لجلسة الصلح أم بالحضور الأول لأحد أطراف جلسة الصلح، ليحسم المشرع الأمر في التعديل ويقرر أن تلك المدة تبدأ من تاريخ رفع الدعوى².

فالصلح إجراء وجوبي في دعاوى فك الرابطة الزوجية يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق³، طبقا لنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أن محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية، وبذلك يكون القاضي ملزم بإجراء محاولات الصلح، إذ يعتبر هذا الإجراء جوهريا، يترتب على مخالفته نقض الحكم، فهو من النظام العام، يثيره القاضي من تلقاء نفسه، وفي أي مرحلة تكون فيها الدعوى.

كما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2012/06/14 ما يلي: "حيث وطبقا لأحكام المادة (49) من قانون الأسرة فإنها تقضي على أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح بين الطرفين من طرف القاضي وحيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور

¹ المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، 014/03/13، ملف رقم 0870291، المجلة القضائية، 2014، عدد 02، ص 270.

² عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 35.

³ أنظر، حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 172.

الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا، فحرر محضر عدم الصلح إثباتا لذلك وحيث أنه مادام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة صلح يعد مخالفاً لمقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين مما يتعين نقض الحكم بدون إحالة¹.

أما قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لم يكن الصلح إجراء إلزاميا، بل كان جوازيا، ويمكن استنباط ذلك من نص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية² التي كانت تنص على أنه يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت³، بما فيها دعاوى الطلاق والعودة لمسكن الزوجية بموجب المادة 8 من نفس القانون. وقد أشار قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1985/06/03، الذي أكد على جواز قيام القاضي بإجراء الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية، إلى الأحكام التي وردت في المادة 17 والمادة 8 من القانون آنف الذكر. للإشارة صدر ذلك القرار إثر طعن بالنقض ضد قرار صدر عن المجلس القضائي بالجزائر بتاريخ 1983/04/24، وقد ذهب قضاة المجلس الأعلى إلى القول في ذلك القرار⁴ أنه: "ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء ما لا يفرض القانون عليهم اتخاذه ولا يصح لخصم أن يحاول انتزاع إجراء ما منهم جعله القانون جوازيا لهم فعله أو تركه.

وحيث أن المادة 8 من ق.إ.م من بين ما نصت عليه في عرضها للنزاعات التي يكون الإختصاص فيه للمحكمة التابع لها موطن المدعى عليه دعوى الطلاق بحيث اعتبرها القانون دعوى عادية كبقية الدعاوى الأخرى ليست لها أي خصوصية. وإذا كان الحال هكذا، فالمادة 17 من نفس القانون المتعلقة بالصلح جاء النص فيها عاما وجاء جوازيا لا يستثني أية دعوى. فالمادة تقول يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت ومن ثم فالقاضي له الخيار في القيام بالمصالحة بين الزوجين في دعوى الطلاق إن أمكن له ذلك ويتركه إذا تعذر عليه

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2012/06/14، ملف رقم: 687997، غير منشور، مقتبس عن بن هيري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء الأسرة، رسالة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، ص 48.

² الأمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 يتضمن تعديل وتتميم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية رقم 2، 7 يناير 1972، ص 18.

³ والجدير بالذكر أنها كانت تنص قبل تعديلها أنه تتم إجراءات المصالحة إجباريا أمام المحكمة فيما عدا القضايا التي تتطلب السرعة، المادة 17 من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية رقم 47، 9 جوان 1966، ص 584.

⁴ المجلس الأعلى، 1985/06/03، ملف رقم 36962، المجلة القضائية، 1990، عدد2، ص 65.

الأمر ولا يؤخذ عليه إن هو تركه". وكان المجلس الأعلى قبل ذلك قد قضى في أحد قراراته بتاريخ 1968/10/16 بأن "قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة تقديرية مطلقة فيما يخص مصالحة الزوجين"¹.

والجدير بالذكر أن المحكمة العليا لم تستقر على مبدأ بخصوص إلزامية إجراء الصلح من عدمها في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة، وفي ظل الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، حيث اعتبرت محاولة الصلح مجرد موعظة لا ترقى لأن تكون إجراء جوهريا، إذ جاء في قرارها بتاريخ 1999/02/16: "إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلاً جوهرياً للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة".

في حين أنها اعتبرت محاولة الصلح من قبل إجراء جوهريا يترتب على مخالفته نقض الحكم أو القرار في قرارها بتاريخ 18/06/1991 الذي قضى بأنه: "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعدمحاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"².

وتفسر الأستاذة تشوار حميدو زكية هذا التضارب في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بأن النص الأصلي للمادة 49 كان يقضي بأنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي..."، في حين نصت المادة 461 من القانون المدني: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية... ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية"، لتخلص أنه ينبغي في هذه الحالة على القاضي العمل بما جاء في قانون الأسرة عملا بالقاعدة القائلة بأن النص الخاص يقيد النص العام³.

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1968/10/16، ماج، 1، ص 55، نس، 1968، ص 121،

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1991/06/18، ملف رقم 75141، المجلة القضائية، 1993، عدد، ص 65.

³ أنظر، تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطبيق، عدالة القانون أم عدالة القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، 2010، عدد 10، ص 130.

والحقيقة إن تضارب قرارات المحكمة العليا حول نفس المسألة قد يؤدي إلى اضطراب في العمل القضائي بالجهات القضائية الدنيا، ويترتب على ذلك صدور أحكام وقرارات قضائية متضاربة، لذلك حبذا لو استقر إجتهد المحكمة العليا على حلول موحدة تكون ملزمة لجميع الجهات القضائية الدنيا تسهل عمل القاضي، وتجنب إصدار أحكام متضاربة حول نفس المسألة مما يؤدي إلى تعزيز ثقة المتقاضين فيما تصدره الجهات القضائية من أحكام وقرارات من جهة، وتلافي الجدل الذي تثيره هذه المسائل بين فقهاء وشرّاح القانون والباحثين.

وقد أثار مسألة كون الصلح إجراءاً جوهرياً ومن النظام العام من عدمه جدلاً كبيراً بين الباحثين ورجال القانون بحيث اختلفوا بين من يذهب إلى القول أن إجراء محاولات الصلح إجراء جوهري من النظام العام ينبغي على القاضي القيام به قبل النظر في موضوع دعوى فك الرابطة الزوجية تحت طائلة تعريض حكمه في حالة عدم قيامه بذلك إلى النقض، وبين من يقول بأن إجراء محاولات الصلح إجراء غير جوهري وبالتالي لا يترتب على عدم القيام بها أي جزاء ولا يؤثر ذلك في حكمه، ويعود مرد ذلك الاختلاف إلى سببين:

السبب الأول: غموض نص المادة 49 من ق.أ. سواء قبل التعديل أو بعده، ففي هذا السياق يرى الأستاذ تشوار جيلالي أنه: "بالرغم من أن المادة 49 من ق.أ. تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح..."، غير أن غموض هذا النص من حيث نصوصه الموضوعية دفع بالمحكمة العليا إلى إصدار قرارات قضائية متضاربة، وذلك بارز من خلال قرارين، إذ قضى الأول منهما بأنه: "من المقرر قانوناً أن محاولة الصلح المنصوص عليها في المادة 49 هي إجراء جوهري في صالح الزوجين معاً قصد إعطائهما فرصة تسمح باختيار العلاقة التي تربطهما"، بينما جاء في ثانيهما ما يلي: "إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية"¹.

السبب الثاني: الاختلاف في تفسير بعض نصوص قانون الأسرة لا سيما المواد 48، 49 و50، بين من يذهب في تفسيرها إلى الإقرار بوقوع الطلاق الذي يتلفظ به الزوج خارج ساحة القضاء

¹ أنظر، تشوار جيلالي، بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة، مجلة المعيار، المجلد 5، عدد 9، ص 202.

وثبوتة بحكم قضائي، وبين من لا يعترف في تفسيرها إلا بالطلاق الذي ينطق به القاضي¹، إذ وفقا لأصحاب هذا الرأي فإن الطلاق لا يقع خارج ساحة القضاء.

وعلى هذا الأساس، ذهب بعض شراح قانون الأسرة إلى القول أن إجراء محاولات الصلح إجراء جوهري وهو من النظام العام، في حين ذهب البعض إلى القول بخلاف ذلك أي أنه ليس من النظام العام:

1- الصلح إجراء جوهري من النظام العام:

ومن بين القائلين بإلزامية إجراء الصلح تحت طائلة بطلان الحكم الأستاذ حمليل صالح الذي يرى أنه: "يعتبر إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية التي يتم القيام بها سواء تعلق الأمر بالطلاق بالتراضي أو بالإرادة المنفردة للزوج وفي حالة التطبيق أو الخلع، وهذا ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة، وإجراء الصلح إجراء وجوبي وهو من النظام العام وعدم القيام به يؤدي إلى بطلان الحكم، وهذا خلافا لبعض القرارات الصادرة عن غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا والتي اعتبرت إجراء الصلح إجراء غير جوهري ونذكر منها القرار تحت رقم 200198 والصادر بتاريخ 1998/07/21، ولكن اجتهاد المحكمة حاليا استقر على أن إجراء الصلح إجراء جوهري وهو ما تم تكريسه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بتحديد إجراءاته بدقة وهذا بالنظر لأهميته"².

ويميل إلى هذا الرأي الأستاذ عمر زودة الذي يرى بأنه: "تعتبر محاولة الصلح من المقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني، ويترتب على تخلفها بطلان هذا العمل"³، وهو نفس الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ محفوظ بن صغير الذي ذهب إلى القول بأن: "المشرع الجزائري قد جعل الصلح وجوبيا على القاضي قبل الحكم بالطلاق طبقا لنص المادة 49 من ق.أ: "وكذلك طبقا للمادة 439 من ق.إ.م.إ التي يفهم منها: "أن النص على وجوب محاولة الصلح قبل الحكم بالطلاق

¹ "من يدعي أن الحكم المثبت للطلاق يترتب عليه البطلان في حالة تخلف إجراء محاولة الصلح، هو في حقيقة الأمر قول من لا يعترف بالطلاق الذي يقع بإرادة الزوج المنفردة الذي نص عليه المشرع في المادة 48 من القانون نفسه، وإنما يعترف فقط بالطلاق الذي ينطق به القاضي"، أنظر، لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2006، ص 140.

² حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، عدد 28، مارس 2014، ص 34.

³ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 35.

يعتبر نصا إجرائيا، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، وإذا لم يتم هذا الإجراء قبل النطق بالطلاق فإن الحكم الصادر بالطلاق يكون باطلا¹، "وعلى هذا فإن أغفلت المحكمة ذلك وقضت في الدعوى دون إجراء الصلح بعرضه على الزوجين، فإن حكمها يكون مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون وينحدر به إلى درجة الانعدام"².

ويدعم الأستاذ أحمد شامي هذا الموقف بقوله: "كما يعتبر نص المادة 49 من قانون الأسرة نص إجرائي قانوني أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث إنه يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وإلا سيكون حكمه معيبا ومخالفا للقانون، ويتحتم نقضه"³. بل أكثر من ذلك فحسب رأيه "إن قيام القاضي بمحاولة الصلح بين الزوجين من صميم النظام العام، على ما يتضح من الصياغة الآمرة التي استعملها المشرع طبقا لأحكام المادة 49 من ق.أ. وما أكدته المادة 439 من ق.إ.م. وإم⁴. ويعيب الأستاذ شامي أحمد على المادة 49 من ق.أ. بعد تعديلها أنها لم تنص على وجوب وإلزام إجراء محاولات الصلح عكس المادة 439 من ق.إ.م. رقم 08-09، وهو نفس الإنتقاد الذي وجهته الأستاذة لعلی سعاد لنص المادة 49 من ق.أ.⁵.

وفي نفس السياق تؤكد الأستاذة مسعودة نعيمة إلياس أن محاولة الصلح المنصوص عليها في قانون الأسرة إلزامية للقاضي، وهي من النظام العام، لكون المشرع نص على عدم إثبات أو إقامة الطلاق إلا بحكم، والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، كما أكدت على الطابع الإجرائي لنص المادة 49 من ق.أ. بقولها "وبذلك يعتبر نص المادة 49 من قانون الأسرة نصا إجرائيا أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث أنه يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وإلا سيكون حكمه معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه"⁶.

¹ محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 77-78.

² محفوظ بن الصغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر-باتنة، 2009، ص 554.

³ شامي أحمد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 268، 272.

⁴ أنظر، شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية- رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014، ص 99، 100.

⁵ سعادي لعلی، المرجع السابق، ص 436؛ شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي...، المرجع السابق، ص 99، 100.

⁶ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 132، 134.

وتبنت الأستاذة سعادي لعلی نفس الرأي حين قالت: "كما يعتبر نص المادة 49 من قانون الأسرة نص إجرائي قانوني أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث أنه يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وإلا سيكون حكمه معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه"¹. وقد استندت الأستاذة معامير حسيبة، في تأكيدها على أن المشرع الجزائري قد قرر إجراء هاما وإجباريا متمثلا في إجراء محاولة الصلح قبل صدور الحكم بالطلاق بدونه يتعرض الحكم للنقض، إلى استقرار القضاء على أن الصلح إجراء جوهري وحتمي في كل دعوى طلاق وأنه يستوجب نقض الحكم بالطلاق بين الطرفين دون إجراء الصلح².

وتنسجم هذه الآراء مع القرارات القضائية للمحكمة العليا التي تعتبر الصلح إجراء جوهريا يترتب على عدم قيام القاضي به تعريض حكمه للنقض، إذ جاء في أحد قراراتها بتاريخ 2006/10/11: "دون التعرض للوجه الثاني، وذلك لأن الحكم المطعون فيه فعلا قد خالف القانون وأساء تطبيقه وخاصة المادتين 49 و3 مكرر من ق أ، لكونه مشوبا بالتناقض بين أسبابه ومنطوقه، فبالإطلاع على الحكم المطعون فيه نلاحظ أن قاضي أولى درجة قضى بالطلاق بين طرفي قضية الحال دون أن يجري الصلح بينهما ولم يدعوهما له. كما أن النيابة العامة لم تطلع على ملف قضية الحال باعتبارها طرفا أصليا، إضافة إلى وجود تناقض بين أسباب هذا الحكم ومنطوقه. الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضة للنقض والإبطال"³.

وتأكيدا لذلك جاءت في قرار آخر بتاريخ 2014/07/10 "حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة توجب إجراء محاولات للصلح قبل القضاء بحل عقد الزواج سواء بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع وهو إجراء جوهري وفقا لنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويتم وفقا للإجراءات المنصوص عليه في المادة 440 وما بعدها من نفس القانون..."⁴.

يستلخص من هذه الآراء أن الصلح من النظام العام يترتب على عدم قيام القاضي بإجراء محاولات الصلح تعريض حكمه إلى الطعن وهو ما يفسر الحكمة من جعله أمرا وجوبيا.

¹ سعادي لعلی، المرجع السابق، ص 433.

² معامير حسيبة، إثبات الطلاق بين القانون و القضاء، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، عدد 27، ص 159.

³ المحكمة العليا، غ أ ش م، 2006/10/11، ملف رقم 401317، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 02، ص 489.

⁴ المحكمة العليا، غ أ ش، 2014/07/10، ملف رقم 0950026، مجلة القضائية، 2014، عدد 02، ص 280.

2- الصلح إجراء جوازي ليس من النظام العام:

وعلى خلاف ذلك، يرى الأستاذ لمطاعي نور الدين أن "محاولة الصلح لا تعد من النظام العام، بل في بعض الحالات، إجراء محاولة الصلح من قبل قاضي شؤون الأسرة، يعد في حد ذاته إجراء مخالف للنظام العام كما في حالة من يوقع الطلاق للمرة الثالثة طبقا لنص المادة 51 من قانون الأسرة ويقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين"¹. ويربط الأستاذ لمطاعي نور الدين مدة الثلاثة أشهر التي يمكن للقاضي فيها القيام بإجراء محاولات الصلح بالعدة من الطلاق الرجعي بقوله "الذي يدعم أكثر أن محاولة الصلح ليست إجراء جوهري، هو أن المشرع حدد لها مدة ثلاثة أشهر فقط تسري من يوم رفع الدعوى أي بمعنى آخر لا يجوز للقاضي أن يقوم بإجراء محاولة الصلح بعد انقضاء العدة المحددة والمخصصة لها وهي ثلاثة أشهر"². لكنه بذلك ينكر عدة المطلقة الحامل التي قد تتجاوز الثلاثة أشهر، لأن المادة 60 من ق.أ.ت.ق. تقضي بأن عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشر أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، فكيف يكون الحال بالنسبة للمطلقة الحامل؟ وللاستاذ عمر زودة حول مسألة عدم القيام بمحاولة الصلح خارج مدة ثلاثة أشهر رأي آخر، حيث يرى "إن إمتدت محاولة الصلح لمدة أكثر من ثلاثة أشهر، فلا يترتب على مخالفة هذا الميعاد أي أثر قانوني"³.

ونتيجة لذلك الجدل يمكن التمييز بين حالتين مختلفتين:

الحالة الأولى: أن يكون الزوج قد تلفظ بالطلاق قبل أو وقت رفع الدعوى.

فوفقا لأحكام الشريعة الإسلامية يقع طلاقه في هذه الحالة إذا توفرت فيه جميع الشروط، ووفقا لفقهاء القانون الذين يرون بأن قانون الأسرة الجزائري يعترف بالطلاق الرجعي، وما على القاضي إلا التأكد من توفر تلك الشروط، ومحاولات الصلح الذي يقوم به القاضي تهدف إلى إرجاع الزوج إلى زوجته وفقا لأحكام الرجعة التي نظمتها الشريعة الإسلامية التي لا تشترط رضا الزوجة ولا عقدا ومهرا جديدين. ففي هذه الحالة عملية الصلح يجب أن تنصب حول إقناع الزوج بمراجعة زوجته قبل انتهاء فترة العدة لأنه لا يشترط موافقة الزوجة في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

¹ لمطاعي نورالدين، المرجع السابق، ص 153.

² المرجع نفسه، ص 142.

³ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 35.

بموجب العصمة التي منحتها له الشريعة الإسلامية.

وهذا يقود إلى القول بأن الزوج إذا استنفذ حقه في الطلاق الرجعي كما هو الشأن في حالة الطلاق الثالث، فإن القاضي لا يمكن له القيام بمحاولة الصلح لأن الزوجة تبين بينونة كبرى ولا يمكن للزوج أن يراجعها حتى ولو كللت محاولات الصلح بالنجاح في حالة إجرائها لها لأن ذلك مخالف للنظام العام الجزائري. كما أنه إذا كللت محاولات الصلح بعد انتهاء فترة العدة، فإن مراجعة الزوج لزوجته لا تكون إلا بعقد ومهر جديدين وبموافقتها، وفي هذه الحالة ما دام أن الطلاق قد وقع، فإجراء محاولات الصلح لا يكون إجراء جوهريا بل يكون على سبيل الموعظة للزوج بإرجاع زوجته ما لم يكن ذلك الطلاق الذي أوقعه مكملا للثلاث.

الحالة الثانية: حالة عدم تلفظ الزوج بالطلاق وقت رفع الدعوى:

في هذه الحالة يكون الغرض من إجراء محاولات الصلح ثني الزوج عن إيقاع الطلاق، وفي حالة نجاحها لا نكون بصدد إرجاع الزوج لزوجته بمفهوم أحكام الرجعة، لأنه في الحقيقة حينما يصرف الزوج النظر عن الطلاق في هذه الحالة، فإنه يوافق على استمرار الحياة الزوجية كما كانت في سابق عهدها. وأمام هذا الوضع لا يكون القاضي مقيدا بفترة زمنية لأنه لا وجود للعدة الشرعية، وعملية الصلح هنا يجب أن تنصب على إقناع الزوجين معا، ويستحسن القيام بإجراء الصلح عن طريق تفعيل آلية بعث الحكّمين بغية حصر النزاع في إطار أسري محض، ويكون في هذه الحالة إجراء محاولات الصلح من النظام العام، يترتب على عدم قيامه بطلان الحكم.

أما في حالي التطبيق بموجب نص المادة 53 من ق.أ والخلع بموجب المادة 54 من ذات القانون، فإن مجرد طلب الزوجة فك الرابطة الزوجية لا ينجر عنه وقوع الطلاق حتى ولو تلفظت به لأن العصمة بيد الزوج، وبالتالي فحكم القاضي في كلتا الحالتين يكون منشئا لأنه هو الذي ينشئ المركز القانوني للمطلق والمطلقة، وهنا لا بد من لجوء القاضي إلى إجراء محاولات الصلح وإلا عرض حكمه للنقض.

وانطلاقا مما سبق ذكره، فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري جعل من الصلح إجراء جوهريا يترتب على عدم قيام القاضي به تعريض حكمه للنقض، لأن الغاية من إجراء عدة محاولات صلح

هي الحد نوعا ما من تفشي ظاهرة الطلاق¹. غير أن هذا الإجراء تصادفه عقبات جمة، يأتي في مقدمتها عدم تفرغ القاضي للقيام بمحاولات الصلح بالكيفية التي كان يرمي إليها النص القانوني، والتي تتمثل في بذل القاضي لجهد كبير وسعيه بجد وتفان لمحاولة الصلح بين الزوجين. ومرد عدم تفرغه لذلك وجود عدد كبير من الملفات التي ينبغي عليه الفصل فيها في آجال معقولة، لأنه قد يضطلع بمهمة الفصل في قضايا مختلف الأقسام، فقد يكون قاضيا بقسم، وفي نفس الوقت قاضيا بأقسام أخرى، إضافة إلى عدم تخصصه فقط في شؤون الأسرة.

وقد أثبتت الممارسة القضائية رغم محاولة النص القانوني من جعل الصلح وسيلة لكبح جماح ظاهرة الطلاق محدودية نتائج محاولات الصلح مقارنة مع ما تشهدده المحاكم الجزائرية من كم هائل في قضايا الطلاق. ففي هذا الصدد تقول الأستاذة تشوار حميدو زكية: "ويبرهن الواقع المعاش بأن هذه المحاولات أصبحت عبارة على إجراء بلا نتيجة، خاصة إذا علمنا أن المتخاصمين من الزوجين لا يلجأ إلى القضاء إلا بعد أن تبوء بالفشل كل محاولات الصلح التي قام بها أقارب الزوجين"، وتضيف قائلة: "لنا أن نتساءل عن الفائدة المتوخاة من التعديل الذي أدخله المشرع على المادة 49 من قانون الأسرة، فلا جدوى لها"². والحقيقة أن هذا الإجراء قد يكاد أن يصبح مجرد إجراء شكلي يقوم به القاضي من أجل عدم تعريض حكمه للنقض.

ولعل الإحصائيات تثبت بما لا يدع مجالاً للشك وتعزز رأي الأستاذة تشوار حميدو زكية عن محدودية نتائج محاولات الصلح، إذ أن الجدول التالي يوضح عدد قضايا فك الرابطة الزوجية المسجلة بمجموع المحاكم التابعة لمجلس قضاء تلمسان ويقابلها عدد الحالات التي كللت بنجاح عملية الصلح.

عدد قضايا فك الرابطة الزوجية المسجلة بمجموع المحاكم التابعة لمجلس قضاء تلمسان

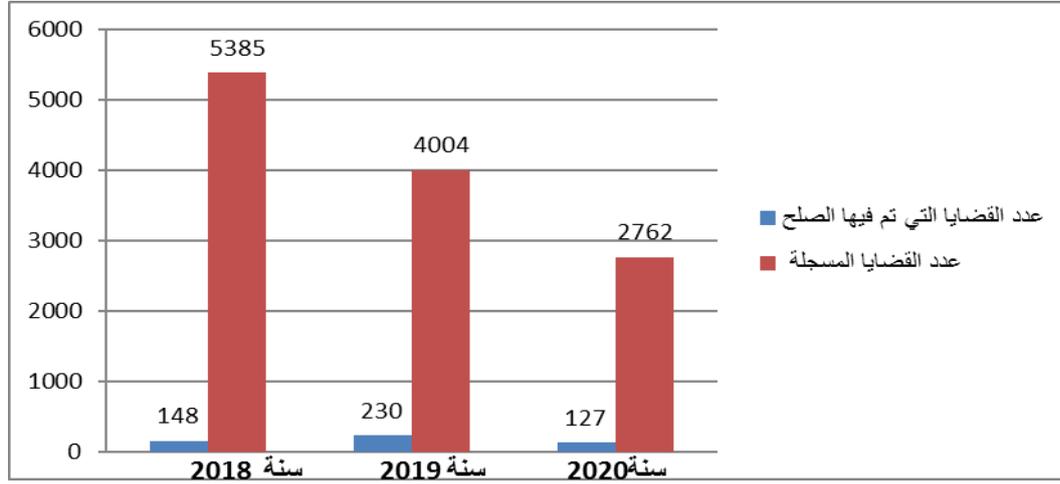
ويقابلها عدد الحالات التي كللت بنجاح الصلح

السنة	عدد القضايا المسجلة	عدد القضايا التي تم فيها الصلح	النسبة المئوية للقضايا التي تم فيها الصلح
2018	5385	148	2,74

¹ تشوار حميدو زكية، مدى حماية...، المرجع السابق، ص 131.

² المرجع نفسه، ص 131، 132.

5,74	230	4004	2019
4,60	127	2762	2020



فعلي سبيل المثال في سنة 2018 تم تسجيل 5385 قضية فك الرابطة الزوجية بجميع صورها ولم ينجح القضاة في محاولاتهم الصلح بين الزوجين إلا في 148 قضية أي بنسبة 2.74 % من مجموع القضايا المسجلة بالمحاكم التابعة لمجلس قضاء تلمسان، وهي نسبة قليلة بالمقارنة مع الأهداف التي يرمي الصلح إلى تحقيقها والتي يأتي على رأسها الحد من تفشي ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري.

وعلى هذا الأساس، يبدو أنه من المستحسن لو أن المشرع الجزائري يقوم بوضع آليات قانونية تسمح بتقييد رفع دعوى الطلاق بضرورة إحضار شهادة عدم الصلح يوقع عليها أعضاء مجلس الصلح الذي يضم إمام الحي الذي يقع به مسكن الزوجية وحكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة إضافة إلى أخصائيين إجتماعيين، في حالة عدم نجاح مساعيهم في إصلاح ذات البين بين الزوجين. وبذلك يكون الصلح قبل رفع دعوى الطلاق، إذ أنه من الأهمية بمكان العمل على إبعاد النزاعات بين الزوجين عن ساحات القضاء قدر الإمكان من أجل حماية الأسرة من التفكك، لأنه عادة ما يفشل القضاء في رأب الصدع بين الزوجين وتنتهي أغلبية دعاوى الطلاق بالتفريق بين الزوجين.

وأكثر من ذلك، قد تؤدي تلك المحاولات إلى تأجيج الصراعات، وإلى البغضاء والشحناء

بعض المؤلفين المصريين مثل محمد عبدو وقاسم أمين ومحمد شاعر في مؤلفاتهم إيجاد العلاج لتعسف الصارخ لهذا النظام، وقد كان لتأثيرهم الفضل في التعديلات المتواضعة للقانون العثماني في سنة 1917 واللائحة المصرية لترتيب المحاكم الشرعية لسنة 1931، التي فتحت الباب للتعديلات الشاملة للقوانين التي جاءت بعد ذلك كالقانون الأردني والسوري والتونسي والمغربي والعراقي. وقد سهل الأمر رقم 59-274 بتاريخ 04 فبراير 1959 الذي كان يجري به العمل حتى بعد الإستقلال، والذي جاء في المادة 6 فقرة 1 منه "لا ينحل الزواج ما عدا حالة الوفاة إلا بحكم القاضي"¹، تبني قانون الأسرة الجزائري لهذه التعديلات في مسألة الطلاق²، وهو ما يؤكد الأستاذ نحاس محي الدين³ بقوله:

« c'est cet ensemble de règles et cette pratique judiciaire qui vont s'appliquer en Algérie au lendemain de l'indépendance en matière de répudiation et que va consacrer le code de la famille de 1984 partiellement .modifié en 2005 »

من خلال القراءة المتأنية لنص المادة 49 من ق.أ يتضح قصور إرادة الزوج في إيقاع الطلاق لوحدها رغم أنه يختص بإيقاع الطلاق بموجب ما يملكه من عصمة لأن المشرع أخضع ذلك لإشراف القضاء، ونتيجة لذلك فقد أصبحت إرادة الزوج عاجزة عن إحداث الأثر القانوني إلا باستيفاء الشكل المقرر قانونا والمتمثل في الحكم القضائي الذي يثبت إرادة الزوج في الطلاق⁴. وبالتالي، فإن إيقاع الطلاق خارج الدوائر القضائية لا يعتد به ولا يحتج به في مواجهة الغير، ولا يرتب آثارا قانونية⁵.

ويفسر الأستاذ عمر زودة ذلك بالقول بأنه يوجد رأيان حول مسألة حرية الطلاق، رأي

¹ الأمر رقم 59-274 بتاريخ 04 فبراير 1959، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، 1959/02/11، ص 1860.

²Cf.Tchouar Djilali, Reflexion sur les questions épineuses du code algerien de la famille, office des publications universitaires, Alger, 2004, pp.177-178.

³ Cf.M.Mahieddin Nahas, La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des epoux en droit musulman et en droit algérien, *Revue internationale de droit comparé*, 2006, Vol. 58 N°1,p.91.

⁴ أنظر، هشام ذبيح، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015، ص 93.

⁵ محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص 45.

يرى بأن الطلاق حق يخضع التصرف فيه لمبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي فالطلاق حق للرجل، يستعمله في أي وقت يشاء دون أن يخضع إلى أي قيد يحد من إرادته، وإذا خرج عن الحدود التي رسمها الشرع، فإنه يكون آثماً ديانة ومع ذلك فطلاقه واقع. ورأي آخر يرى بأن الطلاق حق يخضع التصرف فيه للشكل القانوني، وبالنتيجة يخضع استعمال الزوج لحقه في الطلاق إلى قيدين هما القيد الزمني الذي يقصد به أنه يجب أن يكون الطلاق في حال طهر الزوجة لم يمسه فيها حتى يكون صحيحاً، وقيد البينة الذي يقصد به أنه لا بد من حضور شاهدين لصحة وقوع الطلاق، ليخلص في الأخير إلى أن المشرع الجزائري انحاز إلى الرأي الثاني ما دام أن الطلاق يتم أمام قاضي وكاتب ضبط الذين يمثلان شاهدي عدل. وحسب رأيه، فإن المشرع الجزائري لم يستحدث أمراً جديداً ولم يدخل أي تعديل على القواعد الموضوعية في الطلاق. وقد أخذ بما تقول به بعض المذاهب وعلماء الشريعة الإسلامية التي تشترط لصحة وقوع الطلاق حضور شاهدي عدل، وتبعاً لذلك، فإن الطلاق لا يقع إلا بإعلان الزوج عن إرادته أمام القاضي، ولا يترتب الأثر القانوني للطلاق إلا ابتداءً من تاريخ تلقي القاضي للإعلان عن الإرادة¹.

والجدير بالملاحظة أنه جاء في نص المادة 49 من ق.أ. لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي، وهذا ما يدفع إلى التساؤل عن طبيعة هذا الحكم، خاصة فيما يتعلق بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حيث يختص الزوج بإيقاع الطلاق ولا يحق للقاضي أن يطلق امرأة وهي في عصمة رجل إلا إذا طلب الزوج ذلك صراحة²، هل هو حكم كاشف أم منشئ أم كاشف ومنشئ في نفس الوقت؟

أ- طبيعة الحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

قبل الإجابة على هذه الإشكالية لا بد من التنويه بأن الأحكام القضائية تنقسم إلى أحكام إلزام تقابلها دعاوى الإلزام، وأحكام تقريرية تقابلها دعاوى تقريرية وأحكام منشئة تقابلها دعاوى منشئة³. فحكم الإلزام هو الحكم الذي يتضمن إلزام المدعي عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري، والدعوى التي ترمي إلى الحصول على هذا القضاء تسمى بدعوى الإلزام، ولكي يعتبر القضاء

¹ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 26-34.

² محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص 45.

³ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 98.

قضاء إلزام يجب أن يرد التقرير على رابطة حق يقابلها التزام¹. أما الحكم المقرر²، فهو ذلك الحكم الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني، وبهذا التأكيد يزول الشك حول هذا الوجود، وفي هذه الصورة من الحماية القضائية ينظر إلى الحق أو المركز القانوني في ذاته من حيث وجوده في عالم القانون بصرف النظر عن مضمونه³. في هذا السياق يرى الأستاذ إسعد محند أن الأحكام التقريرية تعطي فقط إجابة قد تكون نسبية لنقطة قانونية:

« Les jugements déclaratifs, au contraire, donnent seulement à un point de droit une réponse qui peut être relative »⁴.

بينما الحكم المنشئ⁵ هو ذلك الحكم الذي يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنهاء أو إنشاء أو تعديل حق أو مركز قانوني كدعوى الغبن التي ترمي إلى تكملة ثمن البيع ودعوى الفسخ القضائي⁶، لذلك يرى الأستاذ إسعد محند أن الأحكام المنشئة تخلق حالة لا يستطيع أي شخص أن يتجاهلها، فتكون ملزمة على الجميع.

"Les jugements constitutifs créent une situation qu'il n'est au pouvoir de personne d'ignorer, elle est opposable à tous"⁷.

وقد أسالت هذه الإشكالية الكثير من الخبر بين الباحثين في قانون الأسرة الجزائري، إذ يذهب البعض منهم إلى القول بأن حكم القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هو حكم كاشف، بينما يذهب البعض الآخر إلى القول بأن حكمه يكون منشئاً، ويميل آخرون إلى القول

¹ المرجع نفسه، ص 99.

² "Le jugement déclaratif met en avant un droit qui préexistait, c'est-à-dire qu'il n'est pas nouveau mais qu'il était simplement contesté par une partie. La majorité des jugements sont déclaratifs.", [http://fr.jurispedia.org/index.php/Caract%C3%A8re_d%C3%A9claratif_ou_constitutif_du_jugement_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Caract%C3%A8re_d%C3%A9claratif_ou_constitutif_du_jugement_(fr)), consulté le 21/09/2018

³ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 99.

⁴ Cf. ISSAD Mohand, Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur : de la révision au contrôle, thèse pour le doctorat en droit, Université d'Alger, 1968, p75.

⁵ « Le jugement constitutif crée un droit au profit ou à l'encontre d'une partie. Le juge constate alors le fait que les conditions d'existence de ce droit sont réunies. C'est le cas par exemple d'un jugement de divorce ou d'une adoption. Un jugement constitutif est nécessairement opposable à tous."

[http://fr.jurispedia.org/index.php/Caract%C3%A8re_d%C3%A9claratif_ou_constitutif_du_jugement_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Caract%C3%A8re_d%C3%A9claratif_ou_constitutif_du_jugement_(fr)), consulté le 21/09/2018

⁶ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 99، 100.

⁷ Cf. ISSAD Mohand, op.ci, p75.

بأن حكمه يكون كاشفاً ومنشئاً في آن واحد.

1- حكم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حكم كاشف:

يميل جانب من الفقه إلى اعتبار حكم الطلاق في دعوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج حكماً كاشفاً لأن دور القاضي يقتصر فقط على إثبات الطلاق الذي تلفظ به الزوج، إذ أن المراكز القانونية الجديدة التي تنهي عقد الزواج وما يترتب عنها من آثار تنشأ وتبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق وليس من تاريخ الحكم بالطلاق. فحكم الطلاق وفقاً لأصحاب هذا الرأي شرط للإثبات، وكنتيجة حتمية لذلك فهو يكشف إرادة الزوج في الطلاق. ويذهب أحد الباحثين إلى القول بأن الراجح عند بعض رجال القانون أنه يترتب على عبارة "لا يثبت الطلاق إلا بحكم" حكم كاشف للطلاق غير منشئ له، ويضيف صاحب هذا الرأي أن القول بأن الحكم بالطلاق حكم كاشف ليس على إطلاقه، بل يكون كاشفاً فقط في غير التطليق والخلع، لأن الحكم فيهما يكون منشئاً¹.

وفي نفس السياق يرى، الأستاذ بن شويخ الرشيد أنه إذا أوقع الزوج الطلاق بإرادته المنفردة، فتبدأ عدة الزوجة المطلقة من يوم نطقه بالطلاق، وبالتالي فلا جدوى من الصلح، إلا إذا كان الطلاق رجعياً، وكان يقصد من الصلح المراجعة وليس تجنباً لحدوث الطلاق، وفي هذه الحالة ينبغي أن يكون حكم القاضي كاشفاً للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة وليس منشئاً، ويكون الطلاق من تاريخ إيقاعه من الزوج وليس من تاريخ الحكم الذي قضى به².

ويعتقد الأستاذ طحطاح علال أن الحكم الصادر بالطلاق هو حكم كاشف وليس منشئ للطلاق، فالطلاق ينشأ من يوم صدوره من الزوج بشرط توفر الشروط المقررة له، وعلى القاضي أن يراقب مدى توفر تلك الشروط لإصدار الحكم بالطلاق، فقد يكون الزوج مجنوناً، فيحكم القاضي بعدم وقوع طلاقه. غير أنه إذا توفرت الشروط يقع الطلاق من يوم صدوره من الزوج ويكون الحكم فقط لإثباته، ولا يمكن تسجيل الطلاق إلا بعد صدور الحكم، ومع ذلك فآثاره تسري من

¹ عبدوي عبد الحكيم، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإثباته، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014، ص 117، 118.

² بن شويخ الرشيد، شرح قانون...، المرجع السابق، ص 180.

يوم صدوره من الزوج¹.

أما الأستاذ محفوظ بن الصغير يرى أن أثر المادة 49 من قانون الأسرة يظهر من جهة إثبات الضرر واستحقاق التعويض للمطلقة فحسب، أما وقوع الطلاق فتترتب عليه آثاره الشرعية من وقت التلفظ به من قبل الزوج فلا يقبل أي تعديل أو مراجعة عند وقوعه اعتمادا على ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية²، بينما يرى الأستاذ شامي أحمد أن حكم القاضي يكون كاشفا في قضايا طلاق الزوج وفي الخلع واللعان والطلاق بالتراضي لأنه يعتبر أن حكم القاضي في جميع أنواع الطلاق الإرادي حكم كاشف³.

وبدوره يرجح الأستاذ بن هيري عبد الحكيم في مسألة الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر في دعوى طلاق بإرادة الزوج المنفردة الرأي الذي يعتبره حكما كاشفا لواقعة الطلاق وما رفع الدعوى إلا لتقريره، فإذا وقع الزوج البالغ العاقل غير المكره طلاق زوجته بلفظ صريح يقصده، فالطلاق واقع⁴. وهو يؤكد بذلك ما ذهب إليه الأستاذ لمطاعي نور الدين بأن حكم القاضي بالطلاق هو حكم كاشف بقوله: "إذ أن المشرع كان يقصد من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة، أنه على القاضي قبل أن يثبت الطلاق في حكمه الكاشف لهذا الطلاق، الذي سبق وأن وقع الزوج، أن يسعى إلى إقناع الزوج في استعمال حق الرجعة"⁵. وعلى خلاف هذا الرأي، هناك من الباحثين من يرى أن حكم الطلاق حكم منسئ.

2- حكم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حكم منسئ:

أثار استعمال المشرع الجزائري لعبارة "لا يثبت الطلاق إلا بحكم" التي يقابلها باللغة الفرنسية «Le divorce ne peut pas être établi..» جدلا كبيرا بين فقهاء القانون والباحثين، فمنهم من قال بأن الحكم بالطلاق شرط للإثبات وبالتالي يكون الحكم كاشفا للطلاق الذي تلفظ به الزوج بإرادته المنفردة والذي وقع طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية. ومنهم من قال بأنه شرط للإنعقاد وبالنتيجة يكون الحكم منشئا لأن المشرع الجزائري لا يعترف إلا بالطلاق الذي

¹ أنظر، طحطاح علال، دراسة نقدية تفويجية لنص المادة 49 من قانون الأسرة، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، 2017، عدد 8، ص 272.

² محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص 46.

³ شامي أحمد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 271.

⁴ بن هيري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 81.

⁵ لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص 150.

يكون تحت إشراف ومراقبة القضاء، ولأن المركزين القانونيين للمطلق والمطلقة لا ينشآن إلا بموجب حكم القاضي بالطلاق، بل إن الآثار المترتبة عن إنشاء تلك المراكز القانونية الجديدة لا تبدأ إلا من تاريخ ذلك الحكم القضائي.

ويعود السبب في ذلك الجدل إلى عدم استعمال المشرع الجزائري للعبارة الدقيقة مما أدى في النهاية إلى اضطراب في المعنى المراد بها، نتج عنه في النهاية اختلاف الشراح والمطبقين حول مدلول المادة 49 من ق.أ¹. لذلك يرى الأستاذ تشوار جيلالي أن المعنى الظاهر للعبارة الواردة في نص المادة 49 من ق.أ هو أن الطلاق لا يتم إثباته إلا بحكم قضائي، ويوهم بأن جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام الناشئة بل الكاشفة، لذلك كان يجب على المشرع الجزائري استعمال عبارة " لا يقع " بدلا من " لا يثبت"².

كما يرى الأستاذ عمر زودة أنه بمجرد التعبير عن إرادة الزوج يحدث الأثر القانوني، وهو انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج أي وقوع الطلاق، غير أن إرادة الزوج أصبحت قاصرة على ترتيب الأثر القانوني، ومرد ذلك يعود إلى إرادة المشرع في إستيفاء إرادة الزوج الشكل القانوني وليس إلى الضعف في قواه العقلية، لإعتناق المشرع المذهب الشكلي الذي يشترط لصحة الطلاق حضور شاهدي عدل هما القاضي و كاتب الضبط. فالحكم الصادر بالطلاق هو في حقيقته قرار ولائي صدر بما للقاضي من سلطة ولائية، ولكنه صدر في شكل العمل القضائي. وبالتالي، ففرق الطلاق التي تصدر عن القاضي سواء صدرت في إطار الوظيفة الولائية استعمالا للحق الإرادي أو في إطار الوظيفة القضائية استعمالا للحق في الدعوى يكون لها أثر منشئ، ابتداء من تاريخ صدوره يحدث التغيير في المركز القانوني سواء كان طلاقا بناء على إرادة الزوج أو تطبيقا أو خلعا أو لعانا. وتترتب الآثار القانونية انطلاقا من تاريخ الإعلان عن الفرقة من قبل القاضي، وليس من قبل الزوج، فتبدأ العدة من هذا التاريخ، ويصبح مؤخر الصداق حال الوفاء ويحل للزوجة أن ترفع الدعوى أمام القاضي لتطالب بجميع حقوقها المترتبة عن الطلاق³.

ويذهب صاحب هذا الرأي إلى القول بأن الأحكام الصادرة بإنهاء المركز القانوني الناشئ عن

¹ طحطاح علال، المرجع السابق، ص 264.

² تشوار جيلالي، بعض المآخذ....، المرجع السابق، ص 195 و 196.

³ عمر زودة، طبيعة الأحكام....، المرجع السابق، ص 111، 113 و 127.

عقد الزواج هي أحكام منشئة لأنه يترتب عليها انقضاء مركز قانوني قديم وإنشاء مركز قانوني جديد¹.

ويرى الأستاذ بن شويخ الرشيد أن حكم القاضي بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يكون منشئا للطلاق لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال ثلاثة أشهر قبل الحكم، واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق وخلال الخصام بين الزوجين كما دلت على ذلك النصوص الشرعية²، ويذهب الأستاذ بوجاني عبد الحكيم إلى القول بأن الحكم القضائي الصادر بالطلاق حكم منشئ للطلاق وليس كاشفا عنه، ومن هنا بدأت الإشكالات³.

وقد خلصت الباحثة عبد العزيز سمية إلى جملة من النتائج في دراستها لنص المادة 49 من ق.أ من بينها عدم اعتراف قانون الأسرة بما يسمى الطلاق الشرعي أو الشفهي الذي تعترف به وتقره الشريعة الإسلامية، فحسب رأيها لا ينتج الطلاق أثره إلا بعد صدور الحكم الذي يقضي بذلك، والذي يكون نهائيا غير قابل للإستئناف ما عدا في جوانبه المادية. كما توصلت إلى أن المشرع الجزائري لم يعترف بالطلاق الرجعي، مستندة في ذلك على كون القاعدة العامة تقضي بأن طلاق القاضي بائن⁴.

3- حكم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حكم كاشف ومنشئ:

يكون حكم الطلاق وفقا لأصحاب هذا الرأي كاشفا ومنشئا لأنه يكشف عن إرادة الزوج في الطلاق قبل رفع الدعوى من جهة، ولأنه ينشئ المركز القانوني لكل من المطلق والمطلقة من جهة أخرى. ففي هذا الصدد، يرى الأستاذ أحمد شامي أن غالبية الفقه تعتبر الحكم بالطلاق مثله مثل سائر الأحكام عمل قضائي صادر بعد إجراء القاضي لمحاولات الصلح وفشله في ذلك، غير أنه يتميز عنها بطبيعته الخاصة، كونه حكم كاشف لأنه يكشف عن إرادة الزوج قبل اللجوء إلى القضاء، وحكم منشئ كونه يترتب ويؤسس للمركز القانوني للمطلق والمطلقة، لهذا السبب اعتبره

¹ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 100.

² بن شويخ الرشيد، شرح قانون...، المرجع السابق، ص 180.

³ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014، ص 174.

⁴ عبد العزيز سمية، المرجع السابق، ص 119.

بعض الفقهاء حكم كاشف ومنشئ في نفس الوقت¹.

كما يرى الأستاذ الغوثي بن ملحمة أن الحكم الصادر في دعوى الطلاق والذي قضى بإيقاع الطلاق، هو ذو طابع إنشائي لمركز الزوج المطلق والزوجة المطلقة وفقا للقانون الوضعي، غير أن تفسير عبارة نص المادة 49 " لا يثبت الطلاق إلا بحكم..." يؤدي إلى القول بأن الحكم الذي يصدر في دعوى الطلاق، يأتي ليؤكد رغبة كل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية من اليوم الذي اتجهت فيه نية الزوج أو الزوجة إلى حل الرابطة الزوجية وبذلك يكون كاشفا عن نفس النية². ويرى الأستاذ عبد الفتاح تقية بأن حكم الطلاق حكم كاشف ومنشئ في نفس الوقت لأن حكم الطلاق يختلف عن غيره من الأحكام من حيث الطبيعة الخاصة، والآثار القانونية التي تميزه³.

في الحقيقة حكم القاضي بالطلاق هو حكم منشئ لأن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء من جهة، ولأن قانون الأسرة الجزائري لا يقر ولا يعترف بالأثر القانوني لواقعة الطلاق إلا بعد صدور حكم قضائي بالطلاق يعلن نشأة المركز القانوني الجديد للمطلق والمطلقة، ويبدأ سريان الآثار القانونية له منذ صدور الحكم القضائي، ومن بين الشواهد التي تؤكد ذلك:

- عدم وجود نص موضوعي أو نص إجرائي في قانون الأسرة أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يوجه القاضي إلى التأكد من تلفظ الزوج بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء، ما عدا ما ورد في المادة 450 من ق.إ.م.إ التي نصت على أنه: "يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، ويأمر باتخاذ كل التدابير التييرها لازمة في ذلك"، التي ذهب بعض الباحثين بشأنها إلى اعتبار ما ورد فيها دليل على كون الحكم بالطلاق هو حكم كاشف⁴.

وفي الحقيقة هي دليل قاطع على كون حكم الطلاق حكما منشئا، لأن المشرع استعمل لفظ إرادة الزوج في طلب الطلاق وليس في تلفظ الطلاق أو إثباته، والطلب في اللغة العربية هو ما تطلبه من غيرك⁵. وبالتالي، فطلب الطلاق موجه إلى القاضي وليس للزوجة لأن العصمة بيده،

¹ شامي أحمد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 293.

² أنظر، الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 121، 122.

³ عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 231.

⁴ طحطاح علال، المرجع السابق، ص 283

⁵ أحمد بن محمد بن علي بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص 142.

وتبعاً لذلك تكون موافقة القاضي على طلبه، والتي يفرغها في الحكم القضائي الذي يصدره، بعد التأكد من إرادته في طلب الطلاق وتوفر جميع الشروط. وبذلك لم يحرم المشرع الجزائري الزوج من حقه الإرادي في الطلاق الذي أقرته الشريعة الإسلامية، غير أنه قيده بضرورة ممارسة ذلك الحق تحت إشراف القاضي الذي يصدر حكماً بالطلاق متى تأكد من توفر شروط إيقاعه.

- جاء في المادة 50 من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، وقد فسرها البعض على أنه اعتراف من المشرع بالطلاق اللفظي الذي يقع خارج القضاء، وعلى أنه اعتراف بالطلاق الرجعي مما ينتج عنه القول بأن حكم القاضي بالطلاق حكم كاشف. غير أن أصحاب هذا الرأي لم يوضحوا كيفية احتساب الطلقة التي يوقعها الزوج بطلاقه الرجعي لأن أحكام الشريعة الإسلامية واضحة في هذه المسألة، إذ أنه حتى ولو راجع الزوج زوجته في عدتها بعد تلفظه بالطلاق يعد ذلك الطلاق الرجعي طلقة واحدة.

غير أن المشرع الجزائري اكتفى بقوله "لا يحتاج إلى عقد جديد" ولم يكلف النيابة بالسعي إلى تسجيل ذلك الطلاق الرجعي في الحالة المدنية مثلما هو الشأن بالنسبة للأحكام القضائية بالطلاق بموجب ما ورد في نص المادة 49 ف 3 من ق.أ التي قضت بأنه "تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة". فالمشرع الجزائري أوجب على القاضي إفراغ نجاح محاولات الصلح في محضر يوقعه معه كاتب الضبط والطرفين، ولم يوجب على القاضي إفراغ عملية المراجعة التي تكون عادة بعد نجاح محاولات الصلح في شكل آخر. وبذلك يتعذر احتساب الطلقة الناتجة عن الطلاق الرجعي على فرض أن المشرع قصد بتلك المراجعة الرجعة التي أقرتها الشريعة الإسلامية في الطلاق الرجعي. وفي الحقيقة هذا دليل على عدم اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي من جهة وتأكيد على اعتبار الحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حكماً منشئاً من جهة أخرى.

- تنص المادة 58 من ق.أ على أن عدة المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق، والراجع أن المقصود بالتصريح بالطلاق حكم القاضي وليس تصريح الزوج بتلفظه بالطلاق¹، للإشارة هناك من يجزم بأن التصريح الذي يقصده

¹ "وبذلك فلا يقع الطلاق، سواء بناء على إرادة الزوج طبقاً للشكل القانوني، أو بناء على طلب الزوجة، إلا من تاريخ التصريح به من قبل القاضي وابتداء من هذا التاريخ يبدأ أجل العدة، أما التصريح الذي يقع من قبل الزوج، وخارج مجلس القضاء يعد لغوا ولا يعتد به"، عمر زودة، المرجع

المشروع في نص المادة 58 من قانون الأسرة هو تصريح الزوج الذي يوقع الطلاق بإرادته المنفردة، ولم يقصد به أبدا تصريح القاضي¹.

ب- الأوضاع الناتجة عن عدم اعتراف قانون الأسرة بالطلاق اللفظي:

والقول بأن حكم الطلاق في دعوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج حكم منشئ يقود حتما إلى القول بعدم اعتراف المشروع الجزائري بالطلاق اللفظي الذي يوقعه الزوج خارج ساحات القضاء، الأمر الذي يؤدي إلى ظهور إشكالات تبرز تارة التعارض بين نص المادة 49 من ق.أ مع أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص هذه المسألة وتارة أخرى تعارض أحكام الشريعة الإسلامية مع هذا النص. ويؤدي ذلك إلى خلق أوضاع شاذة ترفضها الشريعة الإسلامية أحيانا، وترفضها أحكام قانون الأسرة أحيانا أخرى.

إذا كان عقد الزواج مسجلا بالحالة المدنية وطلق الزوج زوجته طلاقا لفظيا فإن طلاقه يقع شرعا إذا توفرت فيه جميع الشروط، وبعد انتهاء العدة الشرعية تبين منه بينونة صغرى ويمكن لها الزواج من شخص آخر حسب ما أقرت به أحكام الشريعة الإسلامية. غير أنه في نظر المشروع الأسري، فإن طلاقه لا يعتد به، وبالتالي تبقى العلاقة الزوجية قائمة، بموجب الوثائق الرسمية. أما زواج الزوجة من شخص آخر فيتعارض مع النظام العام لأنها علاقة غير شرعية، قد ترقى إلى جريمة زنا تعاقب عليها الزوجة، وذلك لاستحالة تثبيت عقد الزواج العرفي الثاني، ما لم يصدر حكم يثبت الطلاق اللفظي للزوج الأول لزوجته وتسجيله في الحالة المدنية وجوبا بسعي من النيابة العامة. فالفيصل في الطلاق حسب القانون الجزائري هو حكم القاضي الذي تفتقر إليه واقعة الطلاق العرفي، وهذه الحالة ستؤدي حتما إلى خلق وضع شاذ ترفضه الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة رفضا قاطعا يتمثل في تعدد الأزواج.

وبفرض أن الزوج طلق زوجته عرفيا أي لفظيا وانتهت عدتها الشرعية منه ولم يصدر حكم قضائي يثبت ذلك الطلاق، فإنه لا تجب عليه وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية نفقتها كما سيأتي

السابق، ص 150؛ "تعد المطلق المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح أو النطق بحكم الطلاق"، أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، 2007، ص 135.

¹ لمطاعي نورالدين، المرجع السابق، ص 297، 298.

تفصيله في الباب الثاني. ويشكل هذا الوضع في هذه الحالة تعارض صارخ مع أحكام قانون الأسرة في هذه المسألة والتي تقضي بوجوب إنفاقه عليها لأنها لازالت زوجته.

ودائما في نفس الحالة على فرض أن تلك الزوجة التي طلقت عرفيا وانتهت عدتها دون صدور حكم قضائي تزوجت بشخص آخر عرفيا وحملت منه، فإنه وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية يلحق نسب ذلك الطفل للزوج الثاني، الأمر الذي يؤدي إلى التعارض مع أحكام قانون الأسرة التي تلحق نسب ذلك الطفل للزوج الأول الذي له أن يلجأ إلى اللعان في حالة ما أراد نفي نسبه، أو التوجه إلى القضاء لتثبيت طلاقه منها.

إضافة إلى ذلك، فإذا توفيت الزوجة المطلقة عرفيا، فإن الزوج الثاني من الزواج العرفي هو الذي يرثها شرعا، وهو ما يتنافى مع مقتضيات قانون الأسرة التي تعطي حق الميراث للزوج الأول بما أنه لا زال زوجها في الوثائق الرسمية.

إذا طلق الزوج زوجته لفظيا ورفع أمره للقضاء ونجح القاضي في الصلح بينهما بعد انتهاء العدة الشرعية، فطبقا لأحكام قانون الأسرة يمكن للزوج مراجعة زوجته دون الحاجة إلى عقد جديد رغم انتهاء عدتها وبينونتها شرعا، وهو ما يتعارض كليا مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن الزوج لا يستطيع مراجعة زوجته بعد انتهاء العدة الشرعية إلا بعقد ومهر جديدين وبرضاها.

ونتيجة لذلك، فإن الزوج لا يرث شرعا زوجته إذا توفت كما لا ترثه هي في حالة وفاته لأن الشريعة الإسلامية تعترف بحق التوارث فقط بين المطلقين طلاقا رجعيا، لكن في هذه الحالة قانونا ترثه لأنها زوجته مادام القاضي لم يصدر حكما بالطلاق، وهذا مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية (المادة 132 ق.أ).

إن المادة 49 من ق.أ تعتبر الطلاق بموجب حكم القاضي في دعاوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج طلاقا بائنا. في حين تعتبر الشريعة الإسلامية الطلاق الذي يوقعه الزوج بموجب العصمة التي يملكها طلاقا رجعيا ما لم يكن مكملا للثلاث، وهو الأمر الذي ألغاه المشرع الجزائري بعدم اعترافه بالطلاق الرجعي.

كما أن عدم اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق اللفظي الواقع خارج المحاكم يؤدي إلى

إزدواجية العدة، إذ أن العدة تبدأ في قانون الأسرة من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، في حين يبدأ حساب العدة من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق وفقاً لما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية. الأمر الذي ينتج عنه إزدواجية في العدة، فعلى فرض أن الزوج تلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة، يجب على الزوجة أن تعتد شرعاً من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وقانوناً يجب أن تنتظر صدور الحكم بالطلاق لتعتد. وبالتالي فالزوجة المطلقة تكون أمام إزدواجية في العدة، ويترتب على ذلك عدة مظاهر تبرز التعارض بين القانون والشريعة أجمالها الأستاذ محفوظ بن صغير في قوله: "كما قد يؤدي إلى تعارض بين القانون والشريعة من تطبيق المادتين إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة: عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وهذا يؤدي إلى تعارض بين القانون والشريعة من عدة أوجه، خاصة بعد فوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية، ويترتب على هذا التعارض ما يلي:

- 1- لزوم المطلقة لبیت الزوجية قانوناً لا شرعاً طبقاً لنص المادة 61 من قانون الأسرة.
- 2- حلول مؤخر الصداق شرعاً لا قانوناً.
- 3- يستحق الحي منهما الميراث المتوفي قانوناً لا شرعاً لعدم انحلال الرابطة الزوجية قضائياً.
- 4- يجوز للزوجة المطلقة المنتهية العدة شرعاً أن تتزوج آخر، ولا يجوز لها ذلك قانوناً عند قيام العدة القانونية، بل يمكن لمطلقها أن يتابعها جزائياً¹.

كل هذا يؤدي إلى التساؤل عن مصير الطلاق الذي يتلفظ به الزوج، ولا يقوم باللجوء إلى القضاء إلا بعد مضي مدة العدة التي تبدأ شرعاً من تاريخ نطقه بالطلاق، هل يعتد به أم لا؟ فإذا لم يعتد القاضي به، فإن الزوجة تكون قد بانت بينونة صغرى بانتهاء عدتها الشرعية، وبالتالي فكيف يمكن لها أن تعتد مرة أخرى قانوناً بل كيف لها أن ترجع إلى زوجها إذا ما تصالحا في فترة الصلح بدون عقد، والحقيقة أنها تحتاج إلى عقد ومهر جديدين ما دامت قد بانت؟.

ويترتب على ذلك أن ما جاء في المادة 50 من قانون الأسرة والتي قضت بأنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد" لا يدخل في مفهوم الرجعة التي يملكها الزوج في الطلاق الرجعي، لأن الطلاق لم يقع والعلاقة الزوجية لا زالت قائمة، وبذلك يكون المشرع قد

¹محموظ بن صغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص 74-75.

حرم الزوج من حقه الشرعي في إرجاع زوجته بدون عقد جديد وبدون موافقتها، إذ أن طلاق الزوج لزوجته بإرادته المنفردة يقع دائما رجعيا شرعا ما لم يكن مكتملا للثلاث. كما أنه كيف جميع صور فك الرابطة الزوجية على أنها طلاق بائن بينونة صغرى، وبالتالي لا يمكن للزوج أن يرجع لزوجته إلا بعقد جديد¹، في حين أن الطلاق الذي يقع بطلب من الزوجة هو طلاق بائن على عكس الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة فهو طلاق رجعي ما لم يكن مكتملا للثلاث.

وعموما إذا أخذ بالرأي الذي يرى أن المشرع الجزائري يأخذ بوقت تلفظ الزوج في الطلاق، فإن ما جاءت به المادة 50 من قانون الأسرة، ولد عنه تعارض بين القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، لأن المشرع الجزائري لم يقيد ما جاءت به بالعدة الشرعية، إذ قد تطول إجراءات الحكم طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة. وقد تتعدّد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية، التي يبدأ حسابها من وقت تلفظ الزوج بالطلاق، وإذا نجح القاضي في مساعيه للصلح وراجع الزوج زوجته، فإن الزوج لا يحتاج إلى عقد جديد رغم أن الطلاق أصبح شرعا بائنا بينونة صغرى يحتاج فيها الزوج إلى عقد جديد.

أمام هذا الاختلاف في تفسير نص المادة 49، الذي جاء ناقصا لعدم نصه صراحة على أن تثبت الحكم بالطلاق يكون من تاريخ وقوعه من الزوج إذا تبين له أن الزوج أوقع الطلاق، وعدم نصه على ضرورة تسجيل الطلاق لدى المحكمة بعد تلفظه به أو أمام جهة رسمية كالموثق مثلا مثل ما ذهب إليه المشرع المصري²، فإنه يستحسن أن يعدل بإعادة صياغته كما يراه الأستاذ بن شويخ الرشيد: "لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر، وإذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق يثبت من تاريخ وقوعه، على كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ"³.

¹ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 38.

² تنص المادة 5 مكرر من القانون المصري رقم 25 سنة 1929 المتعلق بالأحوال الشخصية: "على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق، وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره، كان على الموثق إعلان الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق للمطلقة أو من ينوب عنها وفقا للإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل. وترتيب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به".

³ بن شويخ الرشيد، شرح قانون...، المرجع السابق، ص 181.

ونتيجة لتلك الإختلالات التي نتجت عن عدم اعتراف قانون الأسرة بالطلاق اللفظي الواقع خارج ساحات القضاء أو ما يسمى بالطلاق العرفي وتنظيمه بنصوص قانونية، ابتدع القضاء ما يعرف في المحاكم بإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، وهو أمر أملته العديد من الحالات التي نتجت عنها آثار تصل خطورتها في بعض الحالات إلى حد المساس بالنظام العام الجزائري، وقد وضع القضاء شروطا لإثبات الطلاق العرفي حسب ما سيأتي تفصيله.

ثالثا- تثبيت الطلاق العرفي:

تساءل الأستاذ تشوار جيلالي عن كيفية فهم قصد واضعي قانون الأسرة من عبارة "لايثبت الطلاق إلا بحكم"، وقد أثار نقطة في غاية الأهمية مفادها أنالمعنى الظاهر لتلك العبارة هو أن الطلاق لا يتم إثباته إلا بحكم قضائي، وأنه عندما يقع الطلاق عرفيا، فإن القاضي يمكنه أن يعتمد على البيئة الشرعية في إثباته، واعتبر هذا المعنى فاسدا وغير صحيح لأنه يقتضي أن الدعاوى التي تتعلق بإثبات الطلاق لا تسمع مطلقا في حالة ما إذا وقع بعد صدور قانون الأسرة. ويضيف الأستاذ تشوار جيلالي قائلا أن الطلاق لا يقع إلا بصفة استثنائية بشأن الطلاق اللفظي الذي تم بين الفاتح من جويلية 1975 وتاريخ صدور قانون الأسرة، وبإمكان القاضي حينئذ أن يقبل البيئة الشرعية في إثباته، ليخلص في الأخير إلى أن قانون الأسرة لم يوفق في هذا النص لأنه لم يبين ما هي الحالة الإستثنائية التي يجوز فيها للقاضي أن يسمع دعوى إثبات الطلاق¹. وتخلص الأستاذة معامير حسيبة إلى استنتاج أن اتجاه المشرع الجزائري في مسألة الطلاق هو عدم اعترافه بالطلاق الواقع خارج القضاء، إلا أن غموض عباراته توحى باعترافه به، ومسألة إثبات الطلاق العرفي وإن كانت لا تجد مرجعا قانونيا لها فهي من الناحية العملية مكرسة في أغلب محاكم الوطن².

وأمام اعتراف المشرع الجزائري بالزواج العرفي بموجب المادة 22 من ق.أ³ وسكوته عن الطلاق العرفي، وعدم تنظيمه بنصوص قانونية، دأب القضاء على اللجوء إلى تثبيت الطلاق العرفي بأثر رجعي لمعالجة الإختلالات الناشئة عن عدم اعتراف قانون الأسرة بالطلاق الواقع خارج ساحة

¹ تشوار جيلالي، بعض...، المرجع السابق، ص 195، 196.

² معامير حسيبة، المرجع السابق، ص 162.

³ نصت المادة 22 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"

القضاء، ولعله استند في ذلك على المادة 222 من ق.أ التي تحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند انتفاء النص القانوني.

وقبل الخوض في كيفية إثبات الطلاق العربي في التطبيقات القضائية، يقتضي البحث التطرق إلى وسائل إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

أ- وسائل إثبات الطلاق اللفظي في الشريعة الإسلامية وفي القانون الجزائري:

يعتبر الإقرار والبينة واليمين من أهم وسائل إثبات الطلاق اللفظي.

1- الإقرار:

يعرفه ابن نجيم على أنه: "إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه"¹، أما الشريبي من الشافعية فيعرفه على أنه: "لغة هو الإثبات من قولهم قر الشيء يقرقرا إذا ثبت، وشرعا إخبار عن حق ثابت على المخبر"². ويعرفه ابن قدامة بالإعتراف³. أما عند المالكية فالإقرار هو "خبر يوجب حقا على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه"⁴.

ويعرف قانونا بأنه إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر⁵، أو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى، بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة⁶، وجاء تعريف القانون المدني الجزائري للإقرار بموجب المادة 341 مطابقا حرفيا لتعريف قانون الإثبات المصري له⁷.

ويعتبر الإقرار سيد الأدلة، إذ أن إقرار المدعى عليه بالحق يقطع النزاع، ويعفي المدعي من عبء الإثبات، ومتى صدر الإقرار مستوفيا لشروطه الشرعية، ترتب عليه إظهار الحق وإلزام المقر بما أقر، والإقرار حجة كاملة في الإثبات لأنه يقطع النزاع، وينهي الخلاف⁸. لذلك أجازت الشريعة

¹ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج7، ص 423.

² شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريبي، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج3، ص 268.

³ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 262.

⁴ محمد بن عرفة الورغمي التونسي، المختصر الفقهي...، المرجع السابق، ج7، ص 115.

⁵ المادة 91 من قانون البيئات السوري.

⁶ المادة 103 من قانون الإثبات المصري.

⁷ تنص المادة 103 من قانون الإثبات المصري على أن: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".

⁸ أنظر، عطا محمد المحتسب، دعاوى إثبات الطلاق وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2016، ص

116، 119.

الإسلامية الإقرار، وجعلته وسيلة من وسائل الإثبات، والدليل على ذلك في الكتاب قوله عز وجل: "وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تَشَاهِدُونَ"¹، وقوله تعالى: "وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ"².

ومن السنة عن سعيد بن عفير قال: حدثني الليث حدثني عبد الرحمن بن خالد عن ابن شهاب عن ابن المسيب وأبي سلمة: "أن أبا هريرة قال: أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل من الناس وهو في المسجد فناداه: يا رسول الله إني زيت- يريد نفسه- فأعرض عنه النبي صلى الله عليه وسلم، فتنحى لشق وجهه الذي أعرض قبله فقال: يا رسول الله إني زيت فأعرض عنه، فجاء لشق وجه النبي صلى الله عليه وسلم الذي أعرض عنه، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبي صلى الله عليه وسلم فقال: أبك جنون؟ قال: لا يا رسول الله، فقال: أحصنت؟ قال: نعم يا رسول الله، قال: اذهبوا به فارجموه"، قال ابن شهاب: أخبرني من سمع جابرا قال: فكنت فيمن رجمه، فرجمناه بالمصلى، فلما أذلقته الحجارة جمز، حتى أدركناه بالحرّة فرجمناه"³.

ومن القياس، فقد قيس الإقرار على الشهادة، إذ أن الشهادة هي إخبار الشخص بحق لغيره على غيره، والإقرار هو إخبار الشخص بحق لغيره على نفسه، فيقاس الإقرار على الشهادة بجامع أن كلا منهما إخبار بحق لآخر، ولما كانت الشهادة حجة شرعية في الإثبات يلزم الحكم بها رغم احتمال الكذب فيها، فكذلك يكون الإقرار حجة شرعية من باب أولى لأن تهمته الكذب بالإقرار أقل منها في الشهادة، فيكون الإقرار وسيلة للإثبات، ويلزم الحكم بموجبه"⁴.

ويمكن التمييز بين نوعين من الإقرار: الإقرار القضائي والإقرار الغير قضائي، فالأول هو الذي يشترط فيه أن يكون الإقرار في مدة سير القضية، وعند صدوره وجب على القاضي

¹ سورة البقرة، الآية 84.

² سورة آل عمران، الآية 81.

³ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح...، المرجع السابق، كتاب الحدود، باب سؤال الإمام المقر: هل أحصنتم، حديث رقم 6825، ص 1687، 1688.

⁴ أنظر، محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ج1، ج2، ط1، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982، ص 246.

الأخذ به، لأنه حجة كاملة في الإثبات لا يحتاج إلى غيره فينهي النزاع ويعفي المدعي من الإثبات. أما الثاني، فهو الذي يحصل خارج مجلس القضاء، والذي ليس له نفس حجية وقوة الإقرار القضائي في الإثبات، لأن طريق ثبوته أمام القاضي يكون بالشهادة، لذلك فإنه يخضع إلى أحكام الشهادة في حجيتها وقوتها¹، ولا يجوز لمدعيه إثباته إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود².

والإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان متى كانت الكتابة خالية من مظنة التزوير سواء كانت بخط المقر أم بخط غيره وعليها ختمه أو إمضاءه³، ورغم أن الإقرار حجة كاملة في الإثبات لا يحتاج إلى ما يؤيده ويدعمه في إظهار الحق⁴، فإنه حجة قاصرة على صاحبه، لا تتعداه إلى غيره⁵، وهو ما يمكن الوقوف عليه من خلال المادة 342 من ق.م.ج التي نصت على أن: "الإقرار حجة قاطعة على المقر. ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى".

مما سبق ذكره يمكن القول أنه إذا رفعت الزوجة دعوى إثبات طلاق عرقي ضد زوجها وأقر بذلك يكون القاضي ملزما بإثبات الطلاق.

2- البينة:

لقد خص الفقهاء كلمة البينة بالشهادة فإذا أطلق لفظ البينة انصرف إلى الشهادة في اصطلاح الفقهاء⁶، إذا يعرفها الحنفية على أنها لغة خبر قاطع، وشرعا إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القاضي⁷، وهي إخبار عن مشاهدة وعيان، لا عن تخمين وحسبان⁸. أما المالكية، فيعرفونها بأنها قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع

¹ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 265.

² أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية، ص 472.

³ أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية، ص 519.

⁴ المرجع نفسه، ص 255.

⁵ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999، ص 217.

⁶ أنظر، إبراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط2، مكتبة أسامة، الرياض، 1983، ص 47.

⁷ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 483.

⁸ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 471.

تعدده أو حلف طالبه¹. ويعرفها الحنابلة على أنها حجة شرعية تظهر الحق ولا توجبها وهي الإخبار بما علمه بلفظ خاص². بينما يعرفها الشافعية أنها إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد، أو هي إخبار عن شيء بلفظ خاص³.

ودليل مشروعيتها من الكتاب قوله عز وجل: "وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ"⁴، وقوله تعالى: "فَإِذَا بَلَغَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا"⁵.

ومن السنة حدثنا عثمان بن أبي شيبة حدثنا جرير عن منصور عن أبي وائل قال قال عبد الله: "من حلف على يمين يستحق بها مالا لقي الله وهو عليه غضبان ثم أنزل الله تصديق ذلك" إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم" إلى "عذاب أليم"، ثم إن الأشعث بن قيس خرج إلينا فقال: ما يحدثكم أبو عبد الرحمن؟ فحدثناه بما قال، فقال: صدق، لفي أنزلت، كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاخصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: شاهداك أو يمينه. فقلت له: إنه إذا يحلف ولا يبالي. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: من حلف على يمين يستحق بها مالا -وهو فيها فاجر- لقي الله عز وجل وهو عليه غضبان. فأنزل الله تصديق ذلك ثم اقتراً هذه الآية⁶.

اتفقت القوانين الوضعية على حجية الشهادة في الإثبات، وجعلتها في المرتبة الثانية بعد الكتابة لعدة اعتبارات كسهولة الكتابة وانتشار العلم في العصر الحديث، وفساد الأخلاق وضعف العقيدة وفقدان الوازع الديني، وكذلك حرص القانون على تقليل الدعاوى أمام القضاء التي لا تستند إلى دليل كتابي، لذلك جعل القانون الشهادة وسيلة احتياطية للإثبات، وأخضعها لسلطة

¹ محمد بن عرفة الورغمي التونسي، المختصر الفقهي...، المرجع السابق، ج 9، ص 225.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج 6، ص 404.

³ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتان...، المرجع السابق، ج 4، ص 318.

⁴ سورة البقرة، الآية 283.

⁵ سورة الطلاق، الآية 2.

⁶ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح...، المرجع السابق، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، حديث رقم 2669، ص 652.

القاضي التقديرية في قبولها للإثبات، وأجاز الإثبات بها في بعض الوقائع القانونية دون البعض¹. ويمكن الوقوف على ذلك في القانون المدني الجزائري الذي نظم الشهادة في الفصل الثاني من الباب السادس من الكتاب الثاني تحت عنوان الإثبات بالشهود وقد عدل قانون رقم 10-05 المؤرخ في 10 يونيو 2005 هذا العنوان الذي حرر قبل التعديل الفصل الثاني: الإثبات بالبينة، إذ استثنى بعض المعاملات من جواز الإثبات بالشهود في المادتين 333 و334 من ق.م.ج، وأجاز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في بعض الحالات بموجب المادتين 335 و336 من ق.م.ج.

فالشهادة أو البينة حجة متعدية، والثابت بها ثابت على الكافة، ولا يثبت على المدعى عليه لوحده بخلاف الإقرار²، ونصاب الشهادة في كل ما كان له علاقة بالمعاملات بين الناس كالنكاح والطلاق والبيع والرهن وغير ذلك رجلا، أو رجل وامرأتان³.

3- اليمين:

اليمين لغة هي الحلف والقسم، وقالوا لليمين اليمنى ويمين الحلف مؤنثة وتجمع على أيمن وأيمان، وسمي الحلف يمينا لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه فسمي الحلف يمينا مجازا⁴. واصطلاحا يعرفها الحنفية على أنها: "جملة أولى إنشائية يقسم فيها باسم الله تعالى أو صفته يؤكد بها مضمون ثانية في نفس السامع ظاهرا"⁵. ويعرفها المالكية على أنها: "عبارة عن ربط العقد بالإمتناع والترك، أو بالإقدام على فعل بمعنى معظم حقيقة أو اعتقادا، لكن يختص إيجاب الكفارة من ذلك بما ربط باسم الله سبحانه، أو بصفة من صفاته النفسية أو المعنوية، دون صفاته الفعلية"⁶. أما الشافعية، فيعرفونها على أنها "تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله تعالى أو صفة من صفاته"⁷، و"تحقيق أمر غير ثابت ماضيا كان أو مستقبلا نفيا أو إثباتا

¹ محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 133.

² معامير حسبية، المرجع السابق، ص 147.

³ عطا محمد المحتسب، المرجع السابق، ص 128.

⁴ أحمد بن محمد بن علي بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص 261؛ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص 311.

⁵ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج4، ص 465.

⁶ أنظر، جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، د.س.ط، ص 343.

⁷ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج11، ص 3.

ممكنا كحلفه ليدخلن الدار، أو ممتنعا كحلفه ليقتلن الميت، صادقة كانت أو كاذبة مع العلم بالحال أو الجهل به¹. ويعرفها الحنابلة على أنها: "توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص"².

وتستمد اليمين كوسيلة للإثبات أمام القضاء مشروعيتها من القرآن الكريم في قوله تعالى "وَيَسْتَنْبِئُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قُلُّ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقُّ وَمَا أَنْتُمْ بِمُعْجِزِينَ"³، وفي قوله تعالى: "لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ"⁴.

وكذلك في قوله عز وجل: "إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَهُمْ عَذَابُ أَلِيمٍ"⁵، أما من السنة فدليل مشروعيتها في قوله صلى الله عليه وسلم: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء قوم وأمواهم، ولكن اليمين على المدعى عليه"⁶.

واليمين نوعان، يمين قضائية وغير قضائية وهي التي تحلف أو يتفق على حلفها في غير مجلس القضاء. واليمين القضائية نوعان حاسمة ومتممة، فاليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر كدليل قاطع في الدعوى، أو التي يوجهها الخصم لخصمه عند عجزه عن إثبات حقه حسما للنزاع. وتوجه اليمين الحاسمة في كل دعوى صحيحة وبطلب من الخصم، ويجوز ردها إلى الخصم الآخر. أما اليمين المتممة، فهي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه، إلى أحد الخصمين ليتم اقتناعه في موضوع الدعوى، ويرجح بها دليلا على الآخر، ليصدر حكمه بعد ذلك، وقيمة اليمين المتممة محدودة في الإثبات إذ لا تعتبر دليلا مستقلا في الدعوى، بل تكملة

¹ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج4، ص 430.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 228، 229.

³ سورة يونس، الآية 53.

⁴ سورة المائدة، الآية 89.

⁵ سورة آل عمران، الآية 77.

⁶ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى...، كتاب الدعوى والبيانات، باب البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه، حديث رقم: 21197، المرجع السابق، ج10، ص 426.

للأدلة المقدمة¹.

وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري نظم اليمين كوسيلة للإثبات في الفصل الخامس من الباب السادس من الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري²، إذ اعترف باليمين الحاسمة ونظم أحكامها بموجب المواد من 344 إلى 374. فأجازت المادة 343 لأحد الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر وفي حالة تعسفه في ذلك أجازت للقاضي منع توجيهها، وأجاز هذا النص لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه. كما نصت المادة 344 على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام، وجواز توجيه اليمين الحاسمة في أية حالت كانت عليها الدعوى. وتضمنت المادة 347 حكما يقضي بأنه كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه.

كما نظم المشرع الجزائري اليمين المتممة بموجب نصوص المواد من 348 إلى 350 من ق.م.ج، حيث نصت المادة 348 على أنه للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو فيما يحكم به. واشترط لذلك ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، كما أن المشرع الجزائري لم يجز للخصم الذي وجه القاضي إليه اليمين المتممة أن يردها على خصمه بموجب المادة 349 من القانون المدني.

ب- إثبات الطلاق العرفي قضائيا:

أثبتت الممارسة القضائية أن القضاء الجزائري يعترف بالطلاق العرفي، إذ جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى أنه:

"ثبت حقا من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق، وذلك أن الطلاق بعصمة الزوج وإذا صرح به فإنه يلزمه وما على القاضي إلا إثبات ذلك بحكم كما فعل القاضي الأول، وإذا ندم الزوج المطلق أو تراجع عن طلاقه فهناك قواعد فقهية

¹ محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 365، 366.

² بدوره المشرع الأسري نظم اليمين كوسيلة للإثبات في المادة 17 ق.أ التي نصت على أنه: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"، وفي المادة 73 ق.أ التي قضت بأنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يتقاسمها مع اليمين."

تضبط الرجعة على الزوج المطلق الإلتجاء إليها، وذلك قبل انقضاء عدة المطلقة، ولم يظهر من الملف أو عناصر الدعوى أن الزوج ارتجع زوجته في مدة قبل انقضاء عدتها، وعليه فإن قضاة الإستئناف خرقوا قاعدة فقهية تمس بالشريعة الإسلامية في الطلاق مما يستوجب النقض لقرارهم دون إحالة¹.

وبذلك يكون هذا القرار قد وضع مبدأ يقضي بأنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون².

وتعتبر البيئة أو شهادة الشهود من أهم الوسائل التي يلجأ إليها القضاة لإثبات الطلاق العرفي، ويمكن استنتاج ذلك من خلال الإطلاع على قرارات المحكمة العليا، حيث جاء في قرار بتاريخ 1984/02/03 بأنه: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره أما التطبيق فهو حق للزوجة المتضررة وترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجرؤوا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بواقعة الطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية"³.

كما جاء في قرار آخر بتاريخ 1999/02/16: "عن الوجه الثاني: المأخوذ من قصور الأسباب وانعدام الأساس القانوني، بدعوى أن القرار المطعون فيه لم يبين تاريخ ومكان وقوع

¹ المجلس الأعلى، غ أش، 984/12/17، ملف رقم 35322، المجلة القضائية، 1989، عدد رقم 4، ص 91.

² المحكمة العليا، غ أش، 1999/02/16، ملف رقم 216850 مجلة المحكمة العليا، 2001، عدد خاص، ص 100.

³ المحكمة العليا، غ أش، 1984/12/03، ملف رقم 35026، مجلة القضائية، 1989، عدد 04، ص 86.

الطلاق العربي المدعى به وكذا صيغته.

لكن حيث أن عدم ذكر في القرار المطعون فيه للتاريخ ومكان الطلاق الذي وقع أمام جماعة من المسلمين لا يعتبر شكلا جوهريا ولا يمكن أن يكون محل وجه متعلق بقصور الأسباب أو انعدام الأساس القانوني، خاصة وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود المذكورين في محضر التحقيق، وهؤلاء الشهود أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين ورغم أن الطلاق يثبت عن طريق القضاء، ففضاء المجلس حكموا بإثبات هذا الطلاق ليس بأثر رجعي كما يدعي به الطاعن ومع ذلك لا يحق للطاعن أن يتراجع عن هذا الطلاق مما يجعل الوجه غير مؤسس¹.

وإذ يمكن لكل من الزوجين رفع دعوى إثبات الطلاق العربي، فإن الأمر مختلف بالنسبة لغيرهما في حالة وفاة أحدهما، إذ لا يجوز ذلك إلا للورثة، لأن نصيبهم من الميراث سيتأثر بمصير الدعوى. ففي هذا السياق، يتبين من أحد القرارات القضائية للمحكمة العليا أن الأبناء ورثة الزوج المتوفي رفعوا دعوى تثبيت الطلاق العربي ضد المدعى عليها زوجة أبيهم أمام محكمة العلةمة، وذلك بغرض إثبات عدم أحقيتها في ميراث زوجها المتوفي، فصدر حكم يقضي بالإشهاد بواقعة الطلاق العربي بين مورث المدعين والمدعى عليها. وقد تم استئناف هذا الحكم أمام مجلس قضاء سطيف الذي قضى بتأييد الحكم الصادر عن محكمة العلةمة. وقد طعنت بالنقض زوجة مورث المطعون ضدهم ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف، وقد جاء في هذا القرار أن تطبيق المادة 132 من قانون الأسرة ينطبق حتى على الطلاق العربي، فإذا ثبت أن الزوج توفي في عدة الطلاق العربي، فإن الزوجة المطلقة تستحق الإرث، طبقا للمادة 132 من قانون الأسرة.

وقد تضمن قرار المحكمة العليا ما يلي: "وحيث أنه قد ثبت من الحكم المستأنف، ومن القرار المطعون فيه بالنقض، أن الطلاق المدعى به قد وقع خلال شهر نوفمبر سنة 2001، في حين أن وفاة المطلق المدعو ز.ن قد وقعت بتاريخ 2001/12/30، وذلك قبل انقضاء عدة المطلقة ب.س، وفقا لأحكام المادة 58 من قانون الأسرة، وحيث أن المادة 132 من قانون الأسرة تنص صراحة على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث"، وبالتالي فإن الطلاق المدعى به، حتى في حالة ثبوت وقوعه

¹ أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/02/16، ملف رقم 216850، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 100.

لا يعتد به لوفاة المطلق قبل انقضاء عدة المطلقة، ومن ثم، فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بالإشهاد بواقعة الطلاق العرفي الواقع خلال شهر نوفمبر سنة 2001 بين الطاعنة ب.س ومورث المطعون ضدهم ز.ن المتوفى بتاريخ 2001/12/30، بالرغم من أن وفاته قد وقعت قبل انقضاء عدة الطاعنة، يكونون فعلا قد خالفوا أحكام المادة 132 من قانون الأسرة وكذا المادتين 58 و126 منه، الأمر الذي يجعل الفرع الثاني من الوجه الرابع مؤسسا ويتعين استنادا إليه وحده ودون مناقشة الفرع الأول منه، وبقيّة الأوجه الأخرى، القضاء بنقض القرار المطعون فيه، وبإحالة القضية والطرفين إلى نفس المجلس بتشكيكة جديدة للفصل فيها من جديد طبقا للقانون".

كما أنه يشترط لتثبيت الطلاق العرفي في حالة وقوعه بعد زواج عرفي، القيام برفع دعوى تثبيت الزواج العرفي أولا ثم رفع دعوى تثبيت الطلاق العرفي ثانيا، ويشترط القضاء أن تكون كل دعوى مستقلة عن الأخرى. وهذا ما يمكن الوقوف عليه مما جاء في أحد الأحكام القضائية: "عن طلب تثبيت الزواج العرفي: حيث أن طلب تثبيت الطلاق العرفي هو طلب مغاير تماما لطلب تثبيت الزواج وسابق لأوانه ويكون موضوع دعوى مستقلة، ولا يمكن الجمع بين دعويين في دعوى واحدة وعليه يتعين رفض الطلب".

وقد صدر هذا الحكم الذي قضى بتثبيت الزواج العرفي جراء دعوى التمسست من خلالها المدعية تثبيت الزواج العرفي المنعقد شرعا سنة 2006، وتثبيت الطلاق العرفي الواقع في 2007.

بعد الوقوف على القيود الشرعية والتشريعية التي تجعل إرادة الزوج قاصرة لوحدها في إيقاع الطلاق، يتبادر إلى الأذهان التساؤل التالي: هل لإرادة الزوج المنفردة أن توقع الطلاق في جميع الأحوال حتى بدون أسباب جديدة؟ وماذا يترتب على الطلاق الذي يوقعه الزوج تحت إشراف القضاء بدون سبب؟.

المبحث الثالث

الطلاق التعسفي

ذهب من قال بأن الأصل في الطلاق الحظر إلى أن الزوج الذي يطلق زوجته بدون سبب يكون متعسفا في استعمال حقه في الطلاق، لأن الطلاق إنما شرع لحاجة تدعو إليه، والزوج في هذه الحالة قد استعمل حقه خارج الحدود التي رسمتها له الشريعة الغراء. ومن نافلة القول أن الشريعة الإسلامية تحرم استعمال الحق خارج الحدود الشرعية له، وتحرم استعماله للإضرار بالغير، وإلى ذلك تميل القوانين الوضعية التي تبنت نظرية التعسف في استعمال الحق التي وضعها الفقه والقضاء وبدورهم اعتبر بعض المشرعين الأسريين العرب المطلق بإرادته المنفردة متعسفا إذا لم يكن له سبب معقول.

وانطلاقا من هنا تظهر عدة تساؤلات أهمها ماذا يقصد بالتعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؟ وما هو مفهوم التعسف في الطلاق في القانون الجزائري؟ يقتضي البحث الإجابة عنها بدراسة ماهية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون المقارن (المطلب الأول) والتعسف في الطلاق في القانون الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

امتدت جذور نظرية التعسف في استعمال الحق إلى الفقه الإسلامي، ويعود الفضل إلى القضاء والفقه في تجسيدها في القانون المقارن، فما هو مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون المقارن؟ وما هي معايير التعسف في استعمال الحق؟ للإجابة على ذلك من الضروري إلقاء نظرة على مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون المقارن (الفرع الأول) ثم التعرّيج بعد ذلك لدراسة معايير التعسف في استعمال الحق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

يعترف الفقه الإسلامي والقانون المقارن باستعمال الشخص لحقوقه المشروعة، غير أن تجاوز

الحدود المرسومة لاستعمال تلك الحقوق قد يجعل من صاحبها متعسفا في استعمالها. ويبدو أن فكرة التعسف في استعمال الحق أخذت حيزا كبيرا من اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، لذلك يثار التساؤل التالي: ما هو مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون المقارن؟

والإجابة على هذا التساؤل تقود إلى البحث في مفهوم التعسف في استعمال الحق (أولا) والتعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (ثانيا) وفي القانون المقارن (ثالثا).

أولا: مفهوم التعسف في استعمال الحق:

اختلفت تعريفات الفقهاء المعاصرين للتعسف باختلاف رؤيتهم لموضوعه، واستقلالته عن موضوع المجاوزة، أو بالنظر على أنه صورة فرعية من صور المجاوزة¹، فنظر البعض منهم إلى التعسف على أنه صورة من صور المجاوزة والتعدي في استعمال الحق، ونظر البعض الآخر إلى التعسف على أنه موضوع مستقل عن المجاوزة له أركانه وأسس وتطبيقاته الخاصة به². برز ذلك الإختلاف من خلال قولين رئيسيين: قول يرى بأن التعسف صورة من صور المجاوزة للحق، إذ وفقا لهذا الرأي فإن التعسف يمثل صورة من صور الخروج عن الحق الذي تترتب عليه المسؤولية التقصيرية، وهو صورة من صور الخطأ³، حيث يعرفه وهبة الزحيلي على أنه: "هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير"⁴. وقول آخر يرى بأن التعسف صورة مستقلة عن المجاوزة، حيث اتجهت أنظار أصحاب هذا الحق إلى غاية الحق ومآله ونتائجه، وهي المصلحة الشرعية ومدى الإلتزام بها أو الخروج عنها⁵. ولعل تعريف فتحي الدريني للتعسف بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"⁶ هو تعريف دقيق وشامل لمعنى التعسف، وبيان حقيقته من المناقضة والمضادة، واشتماله لمعايير الأساسية⁷.

وعلى هذا الأساس، فإنه يقصد بالتعسف ممارسة الشخص لفعل مشروع في الأصل،

¹ أنظر، عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر، عمان، 2007، ص 19.

² جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 42.

³ عبير ربحي شاكرا القدومي، المرجع السابق، ص 20.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 530.

⁵ عبير ربحي شاكرا القدومي، المرجع السابق، ص 19.

⁶ أنظر، فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1988، ص 37.

⁷ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 44.

بمقتضى حق شرعي ثبت له، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف الحكمة التي شرع من أجلها. وقد ساق فتحي الدريني مثالين لإبراز الفرق بين التعسف في استعمال الحق وبين المجاوزة للحق، فإذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها حائطا عاليا، فسد على جاره منافذ الضوء والهواء، حتى أصبح من المتعذر على جاره الإنتفاع بملكه على الوجه المعتاد. فهذا المالك يعتبر متعسفا في استعمال ملكه، فتصرفه في الأصل مشروع بحكم ما يخوله له حق الملكية من سلطات التصرف المادي والشرعي، والإستعمال، والإستغلال. غير أنه يكون متعسفا بسبب ما آل إليه تصرفه من أضرار فاحشة بغيره، أما من أوصى بما زاد على الثلث، يعتبر متجاوزا حدود حقه الذي منحه إياه الشرع، وهو التصرف في حدود الثلث، ففعله غير مشروع في الأصل، لأنه لا يستند إلى حق، فيكون بذلك متعديا لا متعسفا.

كما أبرز نقاط الاختلاف بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة الحق، يمكن تلخيصها فيما يلي:

1- رغم أن كلا من مجاوزة الحق والتعسف في استعماله أمر محظور شرعا، غير أنهما يختلفان من حيث أن التعسف في استعمال الحق يعتمد في الأصل على وجود الحق، وهذا يستلزم مشروعية الفعل اللازم لاستعماله، ويكون الإستعمال معيبا في الباعث عليه، أو فيما يلزم عنه من نتيجة. أما مجاوزة الحق أو الإعتداء عليه، فهو غير مشروع لعب في ذاته، لعدم استناده إلى حق.

2- لا يمنع أحد من استعمال حقه إلا إذا قصد الإضرار بغيره، أو قصد تحقيق مقاصد غير مشروعة، أما المجاوزة لحدود الحق، فإنه يمنع ولو قصد إحداث نفع، كمن غرس في أرض غيره بدون إذنه.

3- يمكن التفرقة بين التعسف والمجاوزة من حيث الجزاء، ففي التعسف في التصرفات القولية، إذا كان نتيجة لباعث غير مشروع، لتحقيق مصلحة غير مشروعة، جزاء دنيوي هو إبطال التصرف، وجزاء أخروي هو الإثم. أما في التعسف في التصرفات الفعلية، إذا كان نتيجة لقصد الإضرار، ووقع الضرر فعلا فالجزاء دنيوي هو إزالة الضرر بالتعويض وقطع سببه، منعا لإستمراره في المستقبل، أما إذا قصد الإضرار ولم يقع الضرر فعلا فالجزاء أخروي.

أما جزاء مجاوزة الحق فيتمثل في الجزاء الدنيوي، الذي يكون بإزالة آثار التعدي عينا إن أمكن، والتعويض على المضرور ما لحقه من ضرر، أو كليهما معا حسب الأحوال، وقطع سبب

الضرر حتى لا يستمر وقوعه مستقبلا، أما الجزء الأخروي فهو الإثم والعقاب جزاء قصد الإضرار.

ثانيا: التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:

يمكن استخلاص النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي من الحلول المبعثرة¹، حيث لم يسبق للفقهاء القدامى تعريفه، ولم يبحثوا موضوع التعسف كنظرية مستقلة، بل تحدثوا عنه ضمن حديثهم عن جزئياته أثناء تناولهم للموضوعات المختلفة والتي لها علاقة بالتعسف². ولم يعرف الفقه الإسلامي كلمة إساءة أو تعسف في استعمال الحق³ والتي استعمالها فقهاء القانون في الغرب بمسميات The abuse of rights أو L'abus des droits.

فقد استعمل بعض الفقهاء مصطلح الإستعمال المذموم بدلا من التعسف أو الإساءة في استعمال الحق، حيث قال الشاطبي: "إذا تناول مباحا على غير الجهة المشروعة، فقد حصل له في ضمنه جريان مصالحه، على الجملة، وإن كانت مشوبة بمتبوع هواه، والأصل هو النعمة، لكن هواه أكسبها بعض أوصاف الفساد، ولم يهدم أصل المصلحة، وإلا فلوانهدم أصل المصلحة لانعدم أصل المباح لأن البناء إنما كان عليه، فلم يزل أصل المباح، وإن كان مغمورا تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم"⁴.

كما استعمل ابن قيم الجوزية مصطلح المضارة بدلا من التعسف في كتابه الطرق الحكيمة الذي جاء فيه: "وفي السنن: " أن رجلا كانت له شجرة في أرض غيره، وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة، فشكا ذلك إلى النبي فأمره أن يقبل بدلها، أو يتبرع له بها، فلم يفعل، فأذن لصاحب الأرض أن يقلعها، وقال لصاحب الشجرة: إنما أنت مضار"⁵. فالمقصود من التعسف إذن هو أن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل على وجه يلحق بغيره الأضرار.

إن استعمال الحق لغير الغاية التي شرع لها وخارج الحدود الشرعية المرسومة له يعتبر تعسفا وفقا للشريعة الإسلامية، متعارضا تعارضا صارخا مع القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار"، ويتنافى

¹ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 295.

² جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 40؛ محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني-النظرية العامة للإلتزامات-مصادر الإلتزام-المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، 2011، ص 50.

³ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 46.

⁴ أنظر، أبوإسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، ط1، ج3، دار بن عفان، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 507.

⁵ أنظر، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ط1، دار عالم الفوائد، المملكة العربية السعودية، 2005، ص 682.

مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة وهودء المفاصد أولى من جلب المصالح. لذلك وضع فقهاء الشريعة معايير تمكن القضاة من تحديد ما إذا كان استعمال الحق تعسفا أو غير تعسف، ويمكن تقسيم هذه المعايير إلى معايير ذاتية أو شخصية ومعايير موضوعية مادية. فالمعايير الشخصية تتمثل في معيار قصد الإضرار ومعيار المصلحة غير المشروعة، أما المعايير الموضوعية فتتمثل في معيار انعدام التناسب بين صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير¹.

مما سبق ذكره، يتضح أنه شرعا لا يمكن القبول باستعمال الحق كذريعة لتحقيق مصلحة غير مشروعة، وبالتالي يمكن تعريف التعسف في استعمال الحق بأنه "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"².

ثالثا: التعسف في استعمال الحق في القانون المقارن:

عرفت نظرية التعسف في استعمال الحق أولى بوادها في القانون الروماني الذي كان يعترف بمبدأ تحريم التعسف في استعمال الحق، غير أن هذه النظرية كانت في هذا العهد تفتقر إلى الصياغة، وقد عرفت هذه النظرية انتكاسا بعد وضع القانون الفرنسي، الذي جاء في أعقاب الثورة الفرنسية، والذي كان يكرس ويمجد حرية الفرد، ويمنع التقييد من حرية الفرد في استعمال حقه. ويرجع الفضل إلى القضاء الفرنسي في ازدهار هذه النظرية، بعد إدانة محكمة استئناف كولمار في 02 ماي 1855 لمالك أقام فوق سطح منزله مدخنة، وكان غرضه الوحيد منها حجب الضوء عن جاره، وقد توالى بعد ذلك أحكام في القضاء الفرنسي تدين التعسف في استعمال الحق³، كما كان للفقهاء دور كبير في إرساء قواعد هذه النظرية، حيث قادها الفقيهان سالي وجوسران.

عرفت نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه معارضة من قبل بعض الفقهاء، حيث اعتبر بلانيول Planiol أن نظرية التعسف تقوم على أساس متناقض لأن من يستعمل حقه يجب أن يكون فعله مشروعاً، والفعل لا يكون مشروعاً إلا إذا جاوز حدود الحق، أو كان لا يستند على حق. فالحق ينتهي عندما يبدأ التعسف *le droit cesse quand l'abus commence*.

¹ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 74،82.

² فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 54.

³ محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 51،52.

بينما يرى إسماعيل Esmein أن نظرية التعسف غير منطقية وخطيرة، فهي غير منطقية لتناقضها مع المبادئ القانونية لأن ركن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية لا يكون إلا في حالة العمل الغير مشروع، وهي خطيرة لأن فتح الباب على مصراعيه للقضاة للبحث عن نية الإضرار يؤدي بالضرورة إلى تحكمهم وتقديرهم الكيفي وبالتالي تجعل للقاضي سلطانا فوق سلطان القانون مما يشكل خطرا على الناس والقانون على حد سواء¹. وبالنسبة لبلانيول فإنه قد يكون هناك تعسف في سلوك الأشخاص ولكن ليس عندما يستعملون حقوقهم².

وقد تبنت معظم القوانين الغربية الحديثة نظرية التعسف في استعمال الحق وإن اختلفت في تحديد معايير³، كما أخذت بها قوانين الدول العربية ومنها القانون المدني الجزائري الذي وضع بموجب المادة 124 مكرر⁴ معايير التعسف في استعمال الحق وحددها فيما يلي:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

من خلال ما سبق الإشارة إليه يمكن القول إن استعمال الحق خارج الأطر المرسومة له يمثل تعسفا.

الفرع الثاني

معايير التعسف في استعمال الحق

وضعت الشريعة الإسلامية معايير تمكن من ضبط استعمال الحق، إذ بواسطتها يمكن معرفة إذا كان الشخص متعسفا في استعمال حقه أو غير متعسف، لذلك يطرح التساؤل التالي: ما هي

¹ فتحي الدين، المرجع السابق، ص 310، 314.

² "...Il peut donc y avoir des abus dans la conduite des hommes mais ce n'est pas quand ils exercent leurs droits, c'est quand ils les dépassent. L'homme abuse des choses, il n'abuse pas des droits...", Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, édition.11, tome II, librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris 1931, p.343.

³ المرجع نفسه، ص 317.

⁴ أضيفت بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، وقد كان التعسف في استعمال الحق منظما في القانون المدني الجزائري بموجب المادة 41 قبل التعديل والتي ألغيت، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع الجزائري يعتبر التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية الشخصية والتي نظمها المادة 124 من ذات القانون، محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 61.

معايير التعسف في استعمال الحق؟

تنقسم معايير التعسف في استعمال الحق إلى معايير ذاتية أو شخصية (أولاً) ومعايير موضوعية أو مادية (ثانياً).

أولاً: المعايير الذاتية أو الشخصية¹:

يقصد بالمعيار الذاتي "النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق إلى التصرف بحقه"²، ويندرج تحت هذا المعيار معياران فرعيان هما:
أ- معيار قصد الإضرار:

يعتبر هذا المعيار من أقدم معايير التعسف وأصلها، بدليل وجوده في الشرائع القديمة، ومجافاته لمبادئ الأخلاق الظاهرة، لأن قصد الإضرار بالغير ممنوع في الشريعة الإسلامية³، ذلك أن الحقوق في الإسلام شرعت لتحقيق المصالح الفردية والجماعية، وأن استعمالها كوسيلة للإضرار بالغير قصداً فيه مناقضة ظاهرة لأصل تشريعها، وهي تعسف⁴، لذلك يمنع التصرف الذي اتخذ وسيلة للإضرار بالغير، لأنه يتعارض وأغراض الشارع من تشريعه للحقوق⁵.
ويشترط لتوفر هذا المعيار شرطان أساسيان:

1- أن يقصد صاحب الحق إلحاق الضرر بالغير عمداً⁶.

2- أن يتمحض قصده لذلك، بحيث لا يصحبه قصد لشيء آخر كالقصد إلى تحقيق منفعة ولو كانت ضئيلة، الذي لا ينطبق عليه هذا المعيار، وإنما يندرج تحت المعيار المادي⁷.

ولصعوبة الكشف عن نية قصد الإضرار، لكونها من الأمور الخفية التي لا يطلع عليها أحد، يقتضي الأمر الإستعانة بالأمور المادية الظاهرة للكشف عن نية صاحب الحق، وعن مدى توفر قصد الإضرار لديه، والمتمثلة في القرائن كانتفاء المصلحة المشروعة، وتفاهة المصلحة، وجسامة

¹ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 74.

² فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 242.

³ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 243.

⁴ عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 36، 37.

⁵ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 74.

⁶ عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 38.

⁷ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 78.

الضرر وتخير صاحب الحق وسيلة أضر من غيرها إزاء استعماله لحقه¹.

ب- معيار المصلحة غير المشروعة:

يقصد بهذا المعيار أنه يفترض أن قصد صاحب الحق أثناء استعماله لحقه يكون موافقا لقصد الله من تشريع الحق، وذلك بالسعي إلى تحقيق المصلحة الشرعية التي أراد الله إيجادها بهذا الحق، فإذا كانت الغاية مصلحة غير مشروعة، ارتفعت صفة المشروعية عن الحق، وبات صاحبه مسؤولاً². فإذا ما تم استعمال الحق في غير الغرض الذي رتبته الشارع عليه، فهو مخالفة لمراد الشارع من أصل مشروعيته. لذلك، فإن استعمال الحق في مثل هذه الصورة يعتبر باطلاً ومحرمًا، لأنه تصرف ناقض قصد الشارع³، وهو ما يمكن استخلاصه من كلام الشاطبي الذي قال: "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة، إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع"⁴.

وهذا المعيار معيار موضوعي ينظر إلى النتائج والغايات، ولأن لنية صاحب الحق أثر في الكشف عن غايته وهي المصلحة غير المشروعة، عد هذا المعيار من المعايير الذاتية، إذ أن نية صاحب الحق أو الباعث المحرك له هو الأساس الذي يبنى عليه مشروعية المصلحة من عدمها⁵.

ثانياً: المعايير الموضوعية أو المادية⁶:

المعيار الموضوعي هو الذي يأخذ بعين الاعتبار مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم من ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة⁷، وبدوره ينقسم هذا المعيار إلى معيارين فرعيين هما:

¹ المرجع نفسه، ص 78-80

² عبير ربحي شاكور القدومي، المرجع السابق، ص 40.

³ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 81.

⁴ أنظر، أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004، ص 417.

⁵ عبير ربحي شاكور القدومي، المرجع السابق، ص 41.

⁶ عبير ربحي شاكور القدومي، المرجع السابق، ص 36.

⁷ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 242.

أ- معيار انعدام التناسب بين صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير:

يقصد بهذا المعيار مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة بحيث لا يطغى جانب على آخر، فالفرد في تصرفه ليس مطلقا عن القيود، بل تبقى مصلحة الجماعة التي يجيأ من خلالها ملاحظة في تصرفه في حقه¹. وينظر هذا المعيار إلى ثمة الأفعال ونتائجها في حد ذاتها، وهو مشتق من النظر في مآلات الأفعال².

إن الفقه الإسلامي ينظر على أن الحقوق ذات صفة مزدوجة فردية واجتماعية، وهي في نفس الوقت وسائل لتحقيق غاية مزدوجة تتمثل في المصلحة الفردية والعامية، حيث تقدم المصلحة العامة على المصلحة الفردية عند التعارض وعدم إمكان التوفيق بينهما³، عملا بالقواعد الفقهية التي تنسق بين المصالح الفردية المتعارضة، أو بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة⁴، مثل قاعدة "الضرر الأشد يزال بالأخف"⁵، وقاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"⁶، وقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"⁷، وينطوي هذا المعيار على ضابطين عامين هما:

1- انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بغيره من الأفراد:

ويقصد به اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين، ومن صورته غلبة المفسدة على المصلحة أين يكون صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه إذا ترتب عن ذلك أضرار تلحق بالغير، وكانت مصلحة الغير هي الراجحة، وصورة تساوي المصلحة مع المفسدة. حيث اختلف العلماء في تقديم المصلحة أو المفسدة بين من يقول بمنع صاحب الحق من استعمال حقه إذا ترتب عنه مفسدة للغير توازي المصلحة التي يراد تحقيقها، وبين من يقول بتقديم مصلحة صاحب الحق إذا تساوت المصلحة مع المفسدة. أما في صورة غلبة المصلحة على المفسدة وصورة تحقق المصلحة مع المفسدة الموهومة تقدم المصلحة، ولا يمنع صاحب الحق من التصرف توكيا من تلك المفسدة التافهة في الأولى وتوكيا من المفسدة الموهومة في الثانية⁸.

¹ عبير ربحي شاكرا القدومي، المرجع السابق، ص 43.

² فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 265.

³ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 37، 81.

⁴ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 83.

⁵ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، الأشباه والنظائر...، المرجع السابق، ص 75.

⁶ المرجع نفسه، ص 78.

⁷ المرجع نفسه، ص 74.

⁸ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 84-87.

2- تعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة:

يتميز التشريع الإسلامي بمراعاة حقوق الجماعة في التصرفات الفردية، من خلال مناداته بمبدأ التضامن والتكافل الاجتماعي، إذ ليس للفرد مطلق التصرف في حقه، بل إن حق الجماعة منظر إليه ومعتبر. وبناء على ذلك، فإن تصرف الفرد في حق من حقوقه سلبا أو إيجابا منوط بمصلحة الجماعة، فإذا حصل التضارب، قدم الصالح العام على الصالح الخاص¹. فالتصرف الفردي مقيد بمنع الإخلال بمبدأ التعاون، أو بالمصلحة العامة. درءا لمناقضة الشارع، فبقاء مشروعيته وزوالها مقيد بعدم مناقضته لروح الشريعة وقواعدها العامة أو أصلها العام. ويؤدي ذلك إلى القول بأن مصلحة الجماعة تقدم على مصلحة الفرد إذا تعارضت معها. ويمنع الفرد من التصرف في حقه إذا أدى تصرف الفرد إلى مفسدة بالجماعة راجحة أو مساوية للمصلحة التي شرع التصرف من أجلها، إذ يعتبر ذلك من قبيل التعسف²، عملا بالقاعدة القائلة "درء المفسد أولى من جلب المصالح".

ب- معيار الضرر الفاحش:

قرر الفقه الإسلامي هذا المعيار لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة، لا سيما في العلاقات الجوية، فقد ثبت عن جمهور الفقهاء أن حق المالك مقيد في التصرف بملكه قضاء بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره، وهي المضار الغير مألوفة، أما الضرر المألوف فلا بد من تحمله والتسامح فيه³.

والضرر الفاحش قد يكون ماديا، وذلك بتعطيل منافع الأملاك تعطيلًا ماديا ملموسا بحيث يصعب معه الاستفادة من الملك، كإطالة البناء بحيث يحجب أشعة الشمس والهواء عن الدار، وقد يكون معنويا بإيذاء الجار وتعطيل منافع الملك المألوفة من تصرف الإنسان بحرية في ملكه⁴.

ويجب عدم الخلط بين هذا المعيار والمعيار السابق، حيث أن معيار الموازنة بين الضرر والنفع نسبي، يرجحه الجانب الذي يقع عليه الضرر أكثر، أما في حالة معيار الضرر الفاحش، فلا موازنة

¹ عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 46.

² جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 88.

³ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 269.

⁴ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 97.

فيه، لأن الضرر الفاحش اللاحق بالآخرين مطلق، فلا يقارن بالضرر اللاحق بصاحب الحق من جراء منعه من استعمال حقه¹.

يستخلص مما سبق الإشارة إليه، أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه بالنظر إلى المعايير الشخصية إذا استعمله قصد الإضرار بالغير، أو استعمله في غير الغرض الذي رتبته الشارع عليه، أم بالنظر إلى المعايير المادية فيكون متعسفا في استعمال الحق إذا كان هناك انعدام التناسب بين مصلحته والضرر اللاحق بالغير، أو كان هناك تعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

المطلب الثاني

التعسف في الطلاق في القانون والقضاء الجزائريين

رغم أن إيقاع الطلاق من طرف الزوج بإرادته المنفردة حق منحه له الشريعة الإسلامية، ذهب بعض الفقهاء إلى تقييده بضرورة وجود حاجة إليه ولأسباب مبررة له، وفي حالة إيقاعه خارج الأطر الشرعية والتشريعية المرسومة له يكون الزوج متعسفا، الأمر الذي يترتب عليه تعويض الزوجة المطلقة عن ذلك الطلاق التعسفي. وهو ما يدفع إلى طرح التساؤلين التاليين: ما هو الأساس القانوني للطلاق التعسفي في القانون الجزائري؟ وما هي صورته؟

وعلى هذا الأساس سنتنصب الدراسة في هذا المطلب على الأساس القانوني للطلاق

التعسفي في القانون الجزائري (الفرع الأول) وصور الطلاق التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأساس القانوني للتعسف في الطلاق

تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق بموجب المادة 124 مكرر من القانون المدني وجعل التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية. وانطلاقاً من القول بأن الطلاق بالإرادة المنفردة هو حق للزوج كفله له قانون الأسرة بموجب المادة 48، هل يمكن القول بأن الزوج يكون متعسفا في استعماله هذا الحق متى تحقق أحد المعايير التي جاءت بها المادة 124 مكرر من القانون المدني والتي تتمثل في قصد الإضرار بالزوجة، أو الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للزوجة، أو الحصول على فائدة غير مشروعة من وراء

¹ عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 50.

الطلاق؟

إن أول ملاحظة يمكن إبدائها هي أن إثبات التعسف في استعمال الحق يقع عبؤه على الشخص الذي يدعيه. وخلافاً لذلك من خلال استقراء نص المادة 52 من قانون الأسرة يتبين أن تعسف الزوج في طلاقه لزوجته مفترض حتى لو لم يفصح للقاضي على أسباب ومبررات واقعية وجدية وبالتالي يتحمل مسؤولية طلاقه. في هذا الشأن يرى الأستاذ تقيّة عبد الفتاح أنه أضحى المعمول به في مادة الطلاق، والضرر الناتج عنها، أن عنصر الضرر مفترض دون حاجة لإثباته، متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي أو منعدم على الإطلاق، لأنه يفهم من انعدام التبرير، وعدم كفايته، تعسف الزوج في استعمال حقه في الإمساك بالعصمة الزوجية¹.

وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 15/06/1999 أن إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة حق للزوج، وأنه يمكنه عدم تبريره، مع تحمله مسؤولية وتبعات طلاقه، وقد جاء فيه بأنه: "من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله. ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للحرَج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم. وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير، طبقوا صحيح القانون"². إذن فالزوج مطالب بإثبات الأسباب والمبررات التي دفعته إلى إتخاذ قراره بطلاق زوجته بالإرادة المنفردة لإثبات عدم تعسفه في طلاقه، ويتعين على القاضي تقدير جدية تلك الأسباب من عدمها، وبالتالي الحكم بالتعويض في حالة الطلاق التعسفي، وإعفاء الزوج المطلق منه في حالة الطلاق المبرر.

في هذا السياق يقول خطاب خالد خطاب: "وأما إثبات عدم التعسف فيقع على عاتق الزوج المطلق فإذا ما أثبت للمحكمة وجود الأسباب الداعية لإيقاع الطلاق انتفت عنه صفة التعسف وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة للتثبيت من وجود التعسف والضرر الذي يصيب

¹ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 63.

² المحكمة العليا، غ أش، 12/07/2006، ملف رقم 368660، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 2، ص 483.

المطلقة من خلال ما يعرض عليها في الدعوى حيث أن مسألة وجود التعسف من عدمه هي مسألة قانونية تختص المحكمة في الفصل فيها"¹.

ولذلك يذهب البعض إلى القول أن الأساس القانوني لتعسف الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة هو ليس ما جاء في المادة 124 مكرر من القانون المدني بل هو من طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية². في حين ترى الأستاذة بوخاتم أسية والأستاذة مسعودة نعيمة إلياس أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية³.

وقد استندوا في ذلك على قرار المحكمة العليا بتاريخ 22 فبراير 2000 والذي قضى بما يلي: "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق. لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41 و124 من ق.م. وبالتالي، فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بها لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين، فإن قضاة الإستئناف لم يخالفوا القانون وأن قرارهم يكون سليما. غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 41 أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 من ق.م، فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك. وعليه فإن الأوجه المذكورة تكون غير مؤسسة الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن"⁴.

ويميل البعض الآخر إلى القول أن تعسف الزوج في طلاقه صورة من صور التعسف في استعمال الحق، إذ يرى الأستاذ تقيية عبد الفتاح أنه يترتب على استعمال الزوج لحقه الإرادي

¹ أنظر، خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، الإسكندرية، 2010، ص 165.

² أنظر، باديس ديايي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، 2012، ص 86.

³ بوخاتم أسية، المرجع السابق، ص 314؛ إلياس نعيمة مسعودة، المرجع السابق، ص 287.

⁴ المحكمة العليا، غ أ ش، 2000/02/22، ملف رقم 235367، مجلة المحكمة العليا، 2001، عدد 1، ص 275.

بدون سبب في حالة عدم تقييده بالسبب الشرعي أو المبرر الذي يدعو إلى الطلاق واقعة قانونية جديدة، ترتب أثرا قانونيا، ومن خلال تصرفه هذا يعتبر خروجاً عن الحدود الشرعية لاستعمال الحق مما يجعله واقعا تحت طائلة التعسف في استعمال الحق. وصورة التعسف أمام القضاء تقوم على أساسين وهما المعيار الشخصي أو الذاتي والمتمثل في النية أو الباعث، والمعيار الموضوعي والمتمثل في الموازنة بين الحقوق، والظروف، التي أحاطت باستعمال الحق¹. ولذلك يرى الأستاذ بلحاج العربي، فإن السطة التقديرية للقاضي من شأنها تجسيد ضمان حالة التوازن².

وخلافاً لذلك، ذهبت الأستاذة سعاد لعلی إلى القول أن نص المادة 52 ق.أ لم يبين متى يكون الطلاق تعسفياً، مما يستوجب الرجوع فيه إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية التعسف، وعلى ذلك الأساس طبقت المعايير التي تضمنها نص المادة 124 مكرر من ق.م.ج. وعلى هذا الأساس يعد الزوج متعسفاً في طلاقه في ثلاث حالات: إذا أوقع الطلاق بقصد الإضرار بزوجه، أو إذا كان بطلاقه يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للزوجة، وإذا كان الغرض من طلاقه الحصول على فائدة غير مشروعة³. وتذهب الأستاذة إلياس مسعودة إلى القول أن التعسف هو إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى الإضرار بالغير دونما تحقيق فائدة لصاحب الحق أو لأن الفائدة أقل من الضرر اللاحق بالغير، أو لأن صاحبه قصد عند استعماله الإضرار بالغير وفقاً لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، وقد ذهب قبل ذلك بعض الفقه إلى القول أن التعويض عن الطلاق التعسفي يرتبط بنظرية التعسف في استعمال الحق⁴.

وأمام هذه الآراء وأمام عدم توضيح المشرع الجزائري في المادة 52 ق.أ لمعايير الطلاق التعسفي⁵، فإنه يمكن تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق التي تجدها لها سنداً في الفقه الإسلامي على التعسف في استعمال الزوج لحقه في الطلاق بالإرادة المنفردة.

إن إيقاع الزوج للطلاق بإرادته المنفردة بدون سبب ومبرر شرعي، يتناقض مع الغايات التي أباح الإسلام الطلاق لأجلها، إذ أن الأصل في الطلاق الحظر وإباحته لم تكن إلا لضرورات

¹ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 54.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 238، 239.

³ سعادي لعلی، المرجع السابق، ص 371، 372.

⁴ والذي أراه في هذه المسألة من باب السياسة الشرعية: أن التعويض عن الطلاق التعسفي يرتبط بنظرية التعسف في استعمال الحق"، عمرو عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأ، ص 184.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 238.

ولمسوغات وأسباب شرعية ولحاجة تدعو إليه. ويترتب على ذلك أضرار تمس الزوجين والأطفال والمجتمع كله، والإضرار بالنفس والغير ممنوع في الشريعة الإسلامية، ويمكن للقاضي عند تقديره لتعسف الزوج المطلق دون مبرر شرعي أن يطبق معايير التعسف في استعمال الحق على طلاقه لزوجته.

فإذا طبق القاضي معيار قصد الإضرار، فإن مجرد إيقاع الزوج للطلاق دون مسوغ شرعي، وسبب جدي يعتبر قرينة على قصده الإضرار بزوجته. فبانتفاء السبب الجدي والمعقول يكون الزوج قد أساء استعمال حقه في الطلاق، وتكون نيته قد اتجهت إلى الإضرار بزوجته، وحتى يثبت عدم مسؤوليته في هذا الطلاق، عليه أن يثبت أن الزوجة قد أخطأت خطأ يبرر تصرفه بالطلاق. أما إذا عجز عن ذلك بعدم تقديم مسوغ شرعي لطلاقه زوجته، أو بتقديم مبررات غير جدية لذلك تكون من التفاهة بحيث لا ترقى لأن تكون سببا لما أقدم عليه، فإنه يكون متعسفا لتوفر معيار قصد الإضرار في واقعة الطلاق.

أما بتطبيقه لمعيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة، فإن هذا المعيار يتحقق في واقعة الطلاق عندما يقدم الزوج مبررات وأسباب يراها كافية لإنتفاء مسؤوليته في إيقاع الطلاق، ويكون قاصدا دفع الضرر عن نفسه، ولكن بموازنة بين الضرر الذي ترتب عن الطلاق، والذي يلحق بالزوجة والأبناء والمجتمع، وبين الضرر المترتب على استمرار الحياة الزوجية، يكون دفع الضرر الأول أولى، ويكون الطلاق جلبا لضرر أكبر من الضرر المراد دفعه.

بينما يتحقق معيار المصلحة غير المشروعة بإيقاع الطلاق بدون سبب، لما فيه نقض للحكمة من تشريع الزواج والترغيب فيه، التي تتمثل أساسا في حفظ النسل والعرض وإحصان الفرد المسلم، ومناقضة لمقصود الشارع من إباحة الطلاق.

وقد يتحقق معيار الضرر الفاحش في الحالة التي يطلق الزوج زوجته بعد مدة طويلة من زواجهما، إذ يسبب لها ذلك ضررا فاحشا، فيحرمها في أرذل العمر من النفقة، ومن الإستقرار الذي كانت تنعم به، ويقذفها إلى الهاوية، قد لا تجد من يأخذ بيدها، ويكون بذلك مضرا بها ضررا كبيرا.

الفرع الثاني صور الطلاق التعسفي

من بين أهم صور الطلاق التعسفي التي تبناها بعض المشرعين الأسريين العرب طلاق المريض مرض الموت والطلاق بدون سبب جدي، ولكل صورة أحكامها الخاصة بها، فما هي أحكام طلاق المريض مرض الموت؟ والطلاق بدون سبب جدي؟ ستكون الإجابة على ذلك بدراسة طلاق المريض مرض الموت (أولاً) والطلاق بدون سبب جدي أو معقول (ثانياً).

أولاً: طلاق المريض مرض الموت:

عرف الحنفية المريض مرض الموت¹ بأنه من يكون بحال لا يقوم بجوائجه كما يعتاده الأصحاء²، فيعجز عن القيام بجوائجه خارج البيت كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد، وعجز التاجر عن الإتيان إلى دكانه. والمريضة مرض الموت من تعجز عن القيام بمصالحها داخل البيت وألا تقدر على الصعود إلى السطح³، كطبخ الطعام وغسل الثياب. ويكون في هذا المرض خوف الموت في الأكثر ويموت وهو في تلك الحال قبل مرور سنة سواء كان المريض ملازماً للفرش أو لم يكن⁴. ويلحق بالمريض مرض الموت من يخاف عليه الهلاك غالباً كراكب السفينة إذا انكسرت وبقي على لوح⁵، أو المحكوم عليه بالإعدام، أو الشخص الذي يتبارز مع آخر⁶. ويكون المريض مرض الموت إذا تحققت ثلاثة أمور، الأمر الأول أن يكون المريض قد أعجز من نزل به عن القيام بواجباته⁷، والأمر الثاني أن يكون الغالب فيه الهلاك عادة¹، أما الأمر الثالث أن يتصل به الموت لأن حقها في الميراث لا يتعلق بماله إلا به².

¹ يطلق بعض المالكية على مرض الموت مصطلح المرض المخوف ويعرفونه: "هو ما الشأن فيه أن يكون سبباً في الموت"، ويعتبرون حاضر صف القتال والمحبوس لقتل أو قطع في حكم المريض مرضاً مخوفاً، ولا يعتبرون الرمد والصداع الخفيف من قبيل المرض المخوف، أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 150؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 352.

² كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج4، ص 135.

³ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج4، ص 70.

⁴ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط.خ، م4، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003، ص 137.

⁵ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج4، ص 77.

⁶ علي حيدر، المرجع السابق، ص 137.

⁷ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 296.

ولقد بدا تأثير مجلة الأحكام العدلية بتعريف الحنفية لمرض الموت في تعريفها له في المادة 1595 منها، والتي نصت على أن: "مرض الموت هو المرض الذي يخاف فيه الموت في الأكثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور. ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت"³.

وعرفته المادة 543 من القانون الأردني بقولها: "1- المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن إمتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح.
2- يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت، ويغلب في أمثالها الهلاك، ولو لم يكن مريضاً".

أما في قانون الأسرة الجزائري، فقد ورد مصطلح مرض الموت في المادة 44 منه التي نصت على أنه: "يثبت النسب بالإقرار والبنوة، أو الأبوة والأمومة، لمجهول النسب، ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة"، وفي المادة 204 منه التي جاء نصها كالاتي: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية". واستعمال المشرع الجزائري لمصطلحات مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، يدعو إلى التساؤل هل قصد بذلك أن مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة سيان، أم أنه قصد أن مرض الموت هو المرض الذي تتحقق فيه الوفاة، والأمراض والحالات المخيفة هي تلك الأمراض الخطيرة كمرض السرطان والتي قد تطول حتى تتحقق الوفاة فيها؟ والراجع أن المشرع الجزائري قصد بتلك المصطلحات مرض الموت الذي يؤثر في بعض التصرفات التي يقوم بها المريض مرض الموت كعقد الهبة وعقد البيع والطلاق البائن، والذي يعود للقاضي سلطة التأكد منه من خلال ما يعرض عليه من أدلة ووسائل للإثبات.

لم يأت المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني بتعريف لمرض الموت، وذلك خلافاً لبعض التشريعات العربية التي تعرضت له⁴. ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا حينما

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 452.

² زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج4، ص 71.

³ علي حيدر، المرجع السابق، ص 136.

⁴ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 145.

سكت عن تعريف مرض الموت، لأن وضع التعريفات هي من اختصاص الفقه والقضاء وليست من اختصاص المشرع، وقد ترك ذلك للفقه والقضاء الجزائري الذي عرف مرض الموت في أحد القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بما يلي: "مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه"¹.

والجدير بالذكر من خلال الإطلاع على الإجتهااد القضائي المتعلق بتصرفات المريض مرض الموت، أن قضاة المحكمة العليا على غرار المشرع الجزائري وظفوا بدورهم في قراراتهم عدة مصطلحات للدلالة على مرض الموت كمصطلحات: مرض الموت، والأمراض المخيفة، والخطيرة، والحالات المخيفة. فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا: "حيث أن المادتين 215 و220 من ق.أ. تنص على بطلان الحبس في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة وإن حالة الحبس (ع.م) الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ سنة 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته في 3 نوفمبر 1987"².

وفي قرار آخر قضت: "حيث اتضح من مراجعة القرار المنتقد ومن الأوراق التي تأسس عليها أن الواهب كان مريضا مرض الموت وأن مرضه يدخل ضمن الأمراض الخطيرة والمخيفة طبقا للمادة 204 من ق.أ..."³.

كما كرست المحكمة ذاتها في قرارها بتاريخ 1998/06/16 مبدأ يقضي بأنه: "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعنين رغم الثبوت بشهادات طبية بأن الواهب كان في حالة مرض مخيف وبأن الهبة كانت في مرض الموت، فإنهم بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁴.

ومن بين التصرفات التي قد يقوم بها المريض مرض الموت طلاقه لزوجته، فما حكم هذا الطلاق؟ (أ) وماهي معايير التعسف التي تطبق على طلاق المريض مرض الموت؟ للإجابة على ذلك ينبغي التطرق إلى حكم طلاق المريض مرض الموت (أ) وتطبيق معايير

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 33719. المجلة القضائية. 1989، عدد 3، ص 52.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/11/23، ملف رقم 96675، إجتهااد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 302.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/06/15، ملف رقم 318410، نشرة القضاة، 2006، عدد 59، ص 231.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/06/16، ملف رقم 197335، إجتهااد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 281.

التعسف على طلاق المريض مرض الموت (ب).

أ- حكم طلاق المريض مرض الموت:

إتفق الفقهاء على أن طلاق الزوج المريض مرض الموت نافذ كطلاق الصحيح¹. فإذا كان الطلاق رجعياً ومات أحد الزوجين قبل انقضاء العدة ورثه الآخر. وقد اختلفوا حول مسألة ميراث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً من زوجها المريض مرض الموت بعد وفاته، فالأصل أنها لا ترث لأنها تبين بالطلاق البائن، غير أن من يطلق زوجته بدون رضاها وهو مريض مرض الموت إنما يقصد بذلك التهرب من ميراثها لذلك سمي بطلاق الفار. فذهب أغلب الفقهاء إلى توريثها منه رغم البينونة التي حصلت بالطلاق ليردوا بذلك عليه قصده².

أما من زاوية القانون الجزائري فطلاق المريض مرض الموت يقع كطلاق الصحيح، أما مسألة توريث المطلقة في مرض الموت فلم ينظمها المشرع بنص، الأمر الذي يدعو إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً لنص المادة 222 من ق.أ.

د- تطبيق معايير التعسف على طلاق المريض مرض الموت:

أباححت الشريعة الإسلامية الغراء الطلاق وجعلته بيد الزوج للتخلص من حياة لا تطاق والحاجة ملحة تدعو إليه، فنظمته بأحكام شرعية وضعت للزوج المطلق حدوداً وقيوداً، تمنعه من استعمال حق الطلاق كيفما وأنى شاء، ومتى تجاوزها كان مسيئاً في استعمال حقه في الطلاق، كأن يطلق الزوج المريض مرض الموت زوجته طلاقاً بائناً فإرثها من ميراثها، حيث يكون تصرفه هذا مناقضاً لقصد الشارع من تشريعه للطلاق، فقد اتجه قصده إلى منع زوجته من الميراث، وقد ذهب نيته عن سوء إلى الإضرار بها بحرمانها من حقه في الميراث. ويعتبر مرض الموت في حد ذاته قرينة على سوء نيته وقصده منعها من حقه في الميراث، مما يجعله متعسفاً في طلاقه.

وفي نفس النسق، يقول الأستاذ فتحي الدريني: "ويكفي هذا القدر المتفق عليه من الجمهور، وهو توريث المبتوتة من زوجها الذي طلقها بائناً في مرض موته، معاملة له بنقيض قصده، ودرءاً لتعسفه في استعمال ما وضع الشارع في يده من حق الطلاق. ووجه التعسف أن الطلاق لم يشرع للزوج ليتخذه وسيلة إلى الإضرار بزوجه وحرمانها من حقه في الإرث، فإذا كان الباعث على

¹ ابن جزري، المرجع السابق، ص 182.

² عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 113.

الطلاق هو حرمان زوجته من ميراثها، وعمل بنقيض قصده، محافظة على حقها، ودفعا للظلم والهضم عنها، ومرض الموت هو مظنة هذا القصد، وقرينة عليه¹.

وحتى تثبت الزوجة حقها في الميراث يكفيها أن تثبت أن الطلاق وقع في مرض الموت، دون اللجوء إلى إثبات التعسف في حد ذاته²، وتعتبر شهادة الشهود والشهادات الطبية من بين وسائل الإثبات التي يمكن للقاضي الأخذ بها أثناء النزاع المعروض أمامه بخصوص تصرفات المريض مرض الموت. حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن: "مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها"³.

كما يمكن إثبات أن الطلاق وقع في مرض الموت بجميع طرق الإثبات قياسا على طرق إثبات وقوع التصرفات القانونية قصد التبرع في مرض الموت التي أوردها المشرع الجزائري في القانون المدني، استنادا للفقرتين 1 و2 من المادة 776 التي نصت على: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا⁴.

مما سبق ذكره، يمكن القول أنه متى طلق المريض مرض الموت ومن في حكمه زوجته طلاقا بائنا، قاصدا حرمانها من حقها في الميراث، يكون متعسفا في طلاقه، ومعاملة له بنقيض قصده ترثه الزوجة إذا توفرت الشروط التي وضعها الفقهاء لثبوت ميراثها منه.

ثانيا: الطلاق بدون سبب جدي:

من خلال استقراء نص المادة 52 من قانون الأسرة، يتضح جليا أن المشرع الجزائري قد ترك للقاضي أعمال سلطته التقديرية في تحديد مدى تعسف الزوج المطلق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة من عدمه، وتحديد الحالات التي يكون فيها الزوج المطلق متعسفا في استعمال حقه في

¹ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 137.

² مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 152.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16/06/1998، ملف رقم 197335، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 281.

الطلاق، خلافا لبعض التشريعات العربية التي تبنت فكرة تعويض الزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً¹. إذ نصت بعض هذه القوانين على أن الطلاق في مرض الموت أو ما يسمى في الفقه الإسلامي بطلاق الفار، والطلاق بدون سبب معقول، يمثلان أهم صور التعسف في الطلاق الموجبة للتعويض. وفي هذا السياق نظمت المادة 116 من قانون الأحوال الشخصية السوري سابقة الذكر أحكام طلاق الفار، وجاء في المادة 117 من ذات القانون: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال". يستخلص من هذين النصين أن المشرع الأسري السوري قد اعتبر الزوج الذي يطلق زوجته في مرض الموت، وطلاق الزوج لزوجته دون سبب أو مبرر معقول والذي يترتب عليه بؤس وفاقه الزوجة المطلقة صورتين من صور التعسف في الطلاق.

فباستعمال عبارة "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق" في المادة 52 من ق.أ يكون المشرع الجزائري قد أناط القاضي الذي ينظر في دعوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج مهمة التحري والبحث عن جدية دوافع الزوج لإيقاع الطلاق على زوجته، من خلال الأسباب والأدلة التي يقدمها الزوج لتبرير إقدامه على الطلاق في طلباته، وكذلك من خلال ما يدلي به في جلسات الصلح. وبناء على ذلك يقوم بتقدير تعسف الزوج، وتقدير التعويض عنه في حالة تكون اقتناع لديه بأنه قد تعسف في استعمال حقه في الطلاق بعد تقييم الأدلة والأسباب التي قدمها الزوج.

وقد سكت المشرع الجزائري عن تبيان الحالات والأسباب التي يكون فيها الزوج المطلق بإرادته

¹ يقول الأستاذ بن شويخ الرشيد في تحليله لنص المادة 52 من ق.أ إلى القول بأن: "هذا النص قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في الطلاق بأن لم يقدم المبررات التي دعت له لطلب الطلاق، أو تبين له بأنه طلقها قصد الإضرار بها، فهنا لا بد من حفظ حقوق المرأة بالكامل كالصداق والمتاع والأموال الخاصة بها، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي"، أنظر، بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع 12، 2011، ص 108.

المنفردة متعسفا، ولم يضع للزوج قائمة لحصر الأسباب المبررة لانحلال الزواج¹، بل ترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ملائمة الطلاق وظروف وأحوال الزوجين². وينتقد البعض ذلك بالقول أن التعسف غير مضبوط ويخضع لتقدير القاضي ما يجعل الأحكام القضائية متباينة في المسائل المتشابهة، تبعا لتباين نظر كل قاض وتقديره، فما هو تعسف عند أحدهم قد يكون حقا وعدلا عند آخر³.

لذلك يتعين على الزوج الراغب في طلاق زوجته بإرادته المنفردة أن يقدم للمحكمة الأدلة والأسباب التي دفعته إلى فك الرابطة الزوجية بالطلاق لدفع المسؤولية عنه، وتجنب الحكم عليه بالتعويض عن الطلاق التعسفي. فعبد إثبات أن الطلاق كان لسبب معقول يقع على عاتق الزوج، ولذلك فإن كل ما يدعيه الزوج في محاولة منه لتبرير طلاقه ينبغي أن يؤسس به دليل والإثبات القاطع وإلا عد متعسفا في طلبه الرامي للطلاق⁴. إن الطلاق تصرف خطير يجب أن يستعمل بحذر وللضرورة القصوى، لما يتركه من آثار سلبية على المجتمع والأسرة⁵.

وقد أثبتت الممارسة القضائية صعوبة إثبات الزوج لعدم تعسفه في الطلاق، لذلك غالبا ما يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طلاقا تعسفيا، يترتب عنه تعويض للمطلقة عن الضرر اللاحق بها. فالواقع السائد في محاكم الجزائر، هو أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها اتجاهه، وعادة ما يتهمها بارتكابها لأفعال يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية⁶، كالشقاق المستمر، والخروج من البيت الزوجي بدون إذن منه، عدم احترام أهل الزوج، التسبب في مشاكل تمس باستقرار البيت الزوجي، إهمال البيت الزوجي ومغادرته بدون إذنه وعدم القيام بالواجبات اليومية والزوجية، التماذي في الغياب من البيت الزوجي وعدم احترام الزوج وطاعته، اختلاق المشاكل وعدم احترامها له بإهانة مشاعره ومشاعر عائلته ومغادرة بيت الزوجية دون

¹ " En guise de conclusions, nous constatons que le code algérien de la famille bien que récent, n'a établi nulle part pour le mari, une liste limitative des causes justifiant la dissolution du mariage ", TCHOUAR Djilali, Op.cit, p.209.

² لم يجدد القانون الجزائري الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق بدون تعويض، بل ترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ملائمة الطلاق وظروف وأحوال الزوجين/ وما أدى إلى الإنفصال بينهما"، بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 239.

³ أنظر، عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 255.

⁴ باديس دياي، صور وآثار...، المرجع السابق، ص 92.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 239.

⁶ باديس دياي، صور وآثار...، المرجع السابق، ص 92.

سبب جدي.

وقد ربط المشرع الجزائري تعسف الزوج في الطلاق بالضرر اللاحق بالزوجة، لأن الطلاق شأنه شأن سائر الحقوق، يخضع لإشراف القضاء، فإذا تبين للقاضي أن إستعماله كان لغرض غير مشروع، أو بدون سبب معقول، قضى بالتعويض طبقاً لأحكام قانون الأسرة والقانون المدني. وقد استمد المشرع الجزائري المبدأ القائل بأن الحق يصبح غير مشروع في حالة استعماله بقصد الإضرار بالغير، من الفقه الإسلامي، ومن التطبيقات العملية التي انتهى إليها القضاء عن طريق الإجتهد¹. وقد استقر الإجتهد القضائي على أن تقدير مدى تعسف الزوج في الطلاق وتحميله مسؤوليته يؤول للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع باعتبارها من المسائل الموضوعية التي يستقلون بها. ويستخلص ذلك من ما جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن مسؤولية الطلاق وتقدير مدى تعسف الزوج في الطلاق وتحميله مسؤوليته يؤول للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، باعتبارها من المسائل الموضوعية التي يستقلون بها، فضلاً على أنه وبالرجوع للقرار المطعون فيه يتبين من حيثياته وأن قضاة المجلس أيدوا الحكم فيما قضى به بتحميل الطاعن مسؤولية الطلاق اعتماداً على أن هذا الأخير هو من طالب بالطلاق وأصر عليه دون تقديم سبب جدي خلافاً للمطعون ضدها التي تمسكت بالرجوع إلى المسكن الزوجي وبذلك فإن الأسباب التي اعتمدها قضاة الموضوع لتحميل الطاعن مسؤولية الطلاق جاءت مقبولة، ويكونون بذلك قد سببوا قرارهم التسبب الكافي وأعطوا له الأساس القانوني وفقاً لأحكام نص المادة 52 من قانون الأسرة، مما يجعل الوجهين غير مؤسسين مستوجبين الرفض"². كما تضمن هذا القرار توجه المحكمة العليا إلى اعتبار تمسك الزوجة بالرجوع أمام إصرار الزوج على الطلاق بدون سبب جدي سبباً في تحميل الزوج مسؤولية الطلاق. بل أكثر من ذلك فقد اعتبرت في قرار آخر أن إصرار الزوج على الطلاق وتمسك الزوجة بالرجوع لوحده كاف لتحميل الزوج تبعات الطلاق، رغم إدعاء الطاعن بأن المطعون ضدها هي من غادرت بيت الزوجية بدليل تحرير مصالح الأمن لبحث بدون جدوى، وأنها لم تحضر جلسة الصلح، وقد جاء فيه:

"من حيث الموضوع:

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 238.

² المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2017/01/04، ملف رقم 1043756، غير منشور، ملحق رقم 8، ص 553.

عن الوجه الوحيد المأخوذ من مخالفة القانون.

بدعوى أن قضاة المجلس في قرارهم المنتقد لم يناقشوا وثائق الطاعن المتمثلة في البحث دون جدوى المحرر من قبل مصالح الأمن بمرسيليا الذي يفيد أن المطعون ضدها هي من غادرت بيت الزوجية دون إذن زوجها واكتفوا بتحميله مسؤولية الطلاق كما حملوها مبالغ مالية جراء الطلاق، في حين أنها هي من غادرت بيت الزوجية ولم تحضر جلسة الصلح.

لكن حيث الثابت من الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه أن الطاعن أصر على الطلاق مع خفض مبالغ تبعاته في حين المطعون ضدها تمسكت بالرجوع، وهذا وحده كاف لتحمل تبعات الطلاق، الأمر الذي يجعل الوجه المثار على غير أساس يتعين رفضه¹.

كما أكدت المحكمة العليا في قرار آخر أن إقدام الزوج على طلاق زوجته بسبب مرضها حتى ولو أثبتته يعتبر طلاقا تعسفيا، لأن مرض الزوجة على فرض ثبوته لا يعفي الطاعن مسؤوليته، لأنه ليس لإرادة الزوجة دخل في مرضها، وقد جاء فيه ما يلي:

"عن الوجه الثاني المأخوذ من قصور التسبيب.

ويعيب فيه الطاعن على قضاة المجلس استبعاد دفعه المتعلق بضرورة اللجوء إلى أهل الخبرة.

لكن حيث إنه بالرجوع إلى القرار المنتقد أن قضاة المجلس أشاروا في معرض تسبيهم إلى أن الطلب الإحتياطي بتعيين خبير مجد في قضية الحال على أساس واقعة مرض المستأنف عليها غير ثابتة في حقها، وأن هذا التسبيب يعد كافيا، ذلك أن مرض المطعون ضدها على فرض ثبوته لا يعفي الطاعن مسؤولية الطلاق والتعويض عنها لكون المرض ليس لإرادتها دخل فيه، وقضاة المجلس بفصلهم كما فعلوا أعطوا قرارهم التسبيب الكافي، الأمر الذي يجعل الوجه المثار غير سديد ويتعين رفضه، ومن ثم رفض الطعن"².

وقد سمح الإجتهد القضائي الجزائري بالوقوف على بعض الحالات التي يكون فيها الزوج متعسفا في طلاقه، كإقدام الزوج على إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة بسبب عدم تمكنه من توفير سكن مستقل لزوجته التي طالبت بتوفيره، حيث يمثل ذلك تعسفا، لأن مغادرة الزوجة لبيت الزوجية في هذه الحالة لا يمثل نشوزا يتيح للزوج الحصول على حكم بالطلاق

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2015/07/16، ملف رقم 0891896، قرار غير منشور، ملحق رقم 9، ص 557.

² المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2015/07/16، ملف رقم 0890962، غير منشور، ملحق رقم 10، ص 560.

للنشوز¹، وذلك لأن حق الإسكان المنفرد مكرس للزوجة حتى ولو لم تشترط ذلك في العقد، أو تضررت من العيش مع أهله. وهو ما أكدته المحكمة ذاتها في قرارها الصادر بتاريخ 1999/02/16: بقولها "من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في المطالبة بسكن مستقل عن أهل الزوج لقول خليل ولها الإمتناع أن تسكن مع أقاربه"².

كما قضت المحكمة العليا على أن الزوجة لا تكون ناشزا إذا رفضت تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع بشرط توفير الزوج لمسكن مستقل، وعليه فإن الطلاق في هذه الحالة يكون طلاقا تعسفيا وليس طلاقا للنشوز، إذ رأت بأنه: "لكن حيث أن الحكم المطعون فيه قضى بأن الطلاق تعسفي من طرف الطاعن على أساس أن نشوز الزوجة غير ثابت باعتبار أن الطاعن عند سعيه لتنفيذ القرار الصادر في 1996/06/15 والقاضي بالرجوع قد تجاهل شقا منه والمتعلق بتوفير مسكن مستقل للزوجة واكتفى بالشق المتعلق بالرجوع فقط وبذلك لم يتم تنفيذ القرار كليا وبصفة جدية حتى يكون نشوز الزوجة أمرا مؤكدا خاصة وأن هذه الأخيرة قد دفعت بأن رفضها للرجوع المحرر في محضر الإمتناع يعود إلى عدم توفير بيت منفرد لها من طرف الزوج، مما يجعل الوجهين غير مؤسسين الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن"³.

كما قضت بأن الزوجة لا تعد ناشزا إذا رفضت الرجوع إلى مسكن الزوجية أثناء جلسة الصلح ما لم يكن قد صدر حكم يقضي بالرجوع وتم تنفيذه طبقا للقانون وما جرى عليه اجتهاد المحكمة العليا ورفضت الرجوع وحرر المحضر القضائي محضر امتناع عن الرجوع وتأخذ بذلك حكم الناشز وذلك في قرارها الذي تضمن ما يلي: "لا يعتد بامتناع الزوجة عن الرجوع لمسكن الزوجية أثناء جلسة الصلح إلا إذا صدر حكم يقضي بذلك وتم تنفيذه وحرر محضر امتناع عن الرجوع، لتأخذ حكم الناشز وتحرم من التعويض"⁴.

وهو ما يمكن الوقوف عليه في حيثيات أحد الأحكام القضائية الذي تضمن ما يلي: "عن مسؤولية الطلاق: حيث أن المدعي يدعي أن المدعى عليها ناشز بحكم أنها لم تنفذ حكم الرجوع الذي ألزمه بإرجاعها وفق ما تقتضيه الأعراف والتقاليد.

¹ تنص المادة 55 من قانون الأسرة على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

² المحكمة العليا، غ أش، 1999/02/16، ملف رقم 218754، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 222.

³ المحكمة العليا، غ أش م، 2004/09/22، ملف رقم 315314، نشرة القضاة، 2010، عدد 65، ص 311.

⁴ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2019/09/04، ملف رقم 1307506، مجلة المحكمة العليا، 2019، عدد 2، ص 98.

حيث أن المدعي قدم محضر امتناع عن الوفاء الذي صرحت من خلاله المدعى عليها أنها لا تريد الرجوع في المسكن الذي يسكنه المدعي حاليا لأنها تعرفه وهو متواجد بمكان معزول عن السكان.

حيث أنه للقول أن الزوجة ناشز يجب أولا محاولة إرجاعها طبقا للعادات والتقاليد وليس بمجرد انتقال المحضر القضائي لمنزل المدعى عليها وتحرير محضر امتناع عن الوفاء.

حيث أن المدعي يكون قد عرض على المدعى عليها نفس السكن الذي صدر عنه حكم قضائي سابق يلزم الزوج بتوفير مسكن ملائم ومنه ومن خلال ما سبق فإن الزوجة لا تعتبر ناشزا في نظر القانون... ومنه فإن المدعي لم يقدم أسبابا كافية وشرعية لطلب الطلاق، مما يجعله متعسفا في استعمال حقه الإرادي في طلب الطلاق ومتسرعاً فيه أمام تمسك المدعى عليها بمواصلة الحياة الزوجية، ويتعين تحميله مسؤولية ذلك¹.

إن إيقاع الزوج للطلاق بالإرادة المنفردة بداعي عجزه عن توفير سكن منفرد للزوجة، الذي يعتبر حقا لها كما سبق الإشارة إليه، يحقق للزوج راحة نفسية ويمثل طلاقه أحد الحلول للمشاكل الأسرية الاجتماعية. غير أن هذه الأسباب لا ترقى لأن تكون مبررا مشروعاً ينفي عنه صفة التعسف ما دام أنه يرمي إلى تحقيق فائدة قليلة تتمثل في تهربه من تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه والمتمثل في الاستجابة لطلب زوجته بتوفير سكن مستقل لها، مقابل الضرر الذي يلحق بالزوجة والأسرة على حد السواء².

غير أنه يترتب على إصرار الزوجة على طلب بيت مستقل بعيداً عن أبناء الزوج اليتامى للرجوع انتفاء مسؤولية الزوج عن الطلاق، ففي هذه الحالة لا يعتبر الزوج متعسفا في الطلاق. ويبدو ذلك بوضوح من حيثيات قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "عن الوجه الثاني المأخوذ من انعدام الأساس القانوني، ومفاده أنه كان يجب على قضاة الموضوع تعويضها عن الطلاق التعسفي الذي بادر به المطعون ضده بإرادته المنفردة ودون تقديم سبب وجيه وبقضائهم بعدم تعويض الطرف المتضرر يكون قرارهم غير صائب ومنعدم الأساس القانوني.

لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف وإلى القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة

¹ محكمة مغنية، ق ش أ، 2018/03/08، غير منشور، ملحق رقم 11، ص 563.

² مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 158.

الموضوع قد ذكروا في قضاءهم أن الطاعنة طلبت الرجوع إلى بيت مستقل أثاثا ومعاشا وبعيدا عن أبناء الزوج الأيتام وأضافوا أنه لا يعقل أن يعيش الأبناء بلا أب ولا أم كما لا يعقل أن يلزم الأب بالعيش بعيدا عن الأبناء والتملص من مسؤوليته تجاههم، وخلص القضاة إلى أن الطاعنة يجعل الرجوع واقفا على هذا الشرط قد تسببت في إيقاع الطلاق واضطر الزوج لطلبه مما يجعله غير متعسف ومن ثم غير ملزم بدفع التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع وبعد أن بينوا أن المطعون ضده غير متعسف في طلب الطلاق لم يحكموا للطاعنة بالتعويض التي كانت تطالبه وإنما طبقوا نص المادة 52 من قانون الأسرة مما يجعل الوجه غير سديد تعين رفضه¹.

كما أن الممارسة القضائية أثبتت أن بعض الأزواج يقومون بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة حينما يتعذر عليهم إنجاب أطفال بسبب عقم الزوجة تحت ذريعة أن ذلك يعيق تحقيق الأهداف والمقاصد الشرعية من الزواج والتي يمثل الحفاظ على النسل الإنساني أحدها، لكن هل يمكن للقاضي اعتبار عقم الزوجة مسوغ شرعي وسبب كافي لعدم اعتبار الطلاق تعسفي؟ لعل الإجابة عن هذا التساؤل تقود إلى استقراء المبادئ التي كرستها المحكمة العليا من خلال قراراتها والتي جاء في أحدها أن: "عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعد سببا من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظلم الزوجة"².

إذن يستخلص من هذا القرار أن العقم أمر خارج عن إرادة الزوجة، لا يد لها فيه مما يجعل الطلاق الذي يوقعه الزوج بسبب عدم الإنجاب طلاقا تعسفيا، يترتب عليه حكم القاضي على الزوج المطلق بتعويض للزوجة المتضررة.

وكثيرا ما تثار أمام القضاء مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بداعي عدم عذرية الزوجة، الذي يكتشفه الزوج عند الدخول بها، والذي يعتبر أن هذا السبب مبرر بما فيه الكفاية لانتفاء مسؤوليته عن الطلاق، غير أن للمحكمة العليا رأي مخالف، حيث كرست في أحد قراراتها بتاريخ 2000/05/23 مبدأ يقضي بأن: "عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج لا يحمل الزوجة المسؤولية في الطلاق والتعويض لأن البناء بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية"³. يتبين من قراءة هذا القرار أنه ينبغي أن يتضمن عقد الزواج إشتراط عذرية الزوجة حتى تقوم مسؤوليتها في الطلاق في حالة

¹ المحكمة العليا، غ ش أم، 2017/01/04، ملف رقم 1045750، غير منشور، ملحق رقم 12، ص 568.

² المحكمة العليا، غ ش، 2006/11/15، ملف رقم 373707، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد1، ص 499.

³ المحكمة العليا، غ ش، 2000/05/23، ملف رقم 243417، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 109.

عدم عذريتها، الأمر الذي يترتب عليه عدم الحكم على الزوج بالتعويض. أما إذا لم يتم باشتراط العذرية في عقد الزواج وقام بطلاق زوجته بإرادته المنفردة بسبب اكتشافه لعدم عذريتها عند الدخول، اعتبر متعسفا في طلاقه.

لكن هذا يجعل المتأمل في أحكام قانون الأسرة التي تقضي ببطان عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا يتساءل أليس إخفاء الزوجة على الزوج عدم عذريتها تدليسا من شأنه أن يخل بركن الرضا مما يترتب عليه بطلان عقد الزواج؟ في الحقيقة يميل القضاء إلى اعتبار ذلك سببا كافيا ومبررا لطلاق الزوج بإرادته المنفردة، ينفي عنه صفة التعسف، ويعفي الزوج من التعويض عن الطلاق التعسفي، وليس لطلب بطلان عقد الزواج. إذ بالتأمل فيما جاء به أحد الأحكام القضائية الفاصل في دعوى الزوج الذي التمس فيها أصلا الحكم بإبطال عقد الزواج للتدليس فيه واحتياطيا فك الرابطة الزوجية بالطلاق بخطأ ومسؤولية الزوجة، يمكن استخلاص أنه يجب أن يشترط الزوج أن تكون الزوجة بكرًا في عقد الزواج، ليتم فك الرابطة الزوجية للتدليس.

لكن استعمال القاضي لمصطلح فك الرابطة الزوجية للتدليس يحتمل أكثر من تأويل، هل قصد بذلك البطلان للتدليس أم قصد الطلاق للتدليس الذي يعفي الزوج من المسؤولية في إيقاع الطلاق؟ والراجح أنه قصد الأمر الثاني لأن البطلان لا يدخل في طرق فك الرابطة الزوجية، جاء في حيثيات هذا الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج تحت مسؤوليته: "حيث ثبت للمحكمة أنه تم إبرام عقد الزواج بين الطرفين وأن الزوج يطالب بإبطال عقد الزواج للتدليس فيه، كون أنه يدعي أنه تزوج بالمدعى عليها على أساس أنها بكر غير أنه وجدها غير ذلك، ومن الثابت قضاء أنه ليتم فك الرابطة الزوجية للتدليس وجب اشتراط أن تكون الزوجة بكر في العقد، الأمر الغير موجود في قضية الحال"¹.

ومن خلال الإطلاع على بعض الأحكام القضائية، يتبين ما يلي:

- في بعض الحالات حينما يلتمس الزوج طلب فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة بخطأ من الزوجة، ترفض هذه الأخيرة بالمقابل الطلاق وتتمسك بالرجوع وفي حالة تمسك الزوج بالطلاق تطلب حقوقها الناتجة عن الطلاق، لتنفي مسؤوليتها عن الطلاق.

- أن القضاء يقر بحق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة بموجب العصمة التي بيده.

¹ محكمة الغزوات، ق. ش. أ، 2017/11/27، غير منشور، ملحق رقم 13، ص 572.

- أن مسؤولية الزوج عن الطلاق تكون ثابتة إذا لم يقدم أسبابا كافية لطلب الطلاق كما هو الحال في أغلب الحالات، وبذلك يكون متعسفا في طلاقه.

ومن الأمثلة على تلك التطبيقات القضائية ما جاء في أحد الأحكام القضائية التي فصلت في دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، إذ التمس الزوج الطلاق بإرادته المنفردة بخطأ من الزوجة، وقد برر طلبه بأن الحياة الزوجية بدأت تتغير إلى الأسوأ بسبب عدم احترام زوجته له، في حين أجابت الزوجة أنها كانت تتلقى معاملة سيئة وقاسية. وقد جاء فيه: "حيث أن المحكمة سعت للصلح بين الطرفين بجلسة الصلح إلا أن الزوج تمسك بالطلاق وأن المدعى عليها وافقت أيضا على الطلاق، وبما أن العصمة بيده إن شاء أمسك وإن شاء طلق، فيتعين الحكم له بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج... عن مسؤولية الطلاق حيث أن المدعي لم يقدم أسبابا كافية وشرعية لطلب الطلاق، مما يجعله متعسفا في استعمال حقه الإرادي في إيقاع الطلاق ومتسرا فيه أمام تمسك المدعى عليها باستئناف الحياة الزوجية، ويتعين الحكم بتحميله مسؤولية ذلك، وتعويض المطلقة على الضرر اللاحق بها بعد كل هذه الفترة التي جمعتها كزوجين استجابة لطلبها واستنادا لنص المادة 52 من قانون الأسرة"¹.

وفي حكم آخر أين التمس الزوج الحكم بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بخطأ من الزوجة وتعسفا، بسبب إخلالها بواجباتها الزوجية نحوه، وافتعالها للمشاكل، ومغادرة بيت الزوجية بدون رضاه، في حين أجابت الزوجة بأن عدم قبول والده الزوج لها وافتعالها للمشاكل هو المشكل الأساسي الذي أدى إلى تردي العلاقة الزوجية، ملتزمة أساسا الحكم برجوعها إلى بيت زوجي مستقل واحتياطيا تمكينها من توابع العصمة في حالة إصرار الزوج على الطلاق. وقد تضمنت حيثياته مايلي: "حيث أنه من المقرر شرعا وقانونا أن العصمة الزوجية بيد الزوج وله أن يعبر عن فكها بإرادته المنفردة طبقا لأحكام المادتين 48 و 57 من قانون الأسرة وقد عبر الزوج في قضية الحال على رغبته في طلاق الزوجة وأصر على طلبه في مقاله الإفتتاحي وفي المذكرات الجوابية وفي جلسة محاولة الصلح المقررة من طرف المحكمة مما يتعين الإستجابة لطلبه.

عن مسؤولية الطلاق والتعويض عنه:

¹ محكمة مغنية، ق.ش.أ، 2018/01/04، غير منشور، ملحق رقم 14، ص 578.

حيث أن طلب المدعي في تحميل المدعى عليها مسؤولية الطلاق هو طلب غير مؤسس قانونا ولا يستجاب له لكونه أنه وفي ممارسته لحقه الإرادي المخول له شرعا وقانونا ملزم بعدم التعسف في ذلك، وقد ثبت للمحكمة أن المدعي أسس دعواه على أن زوجته أخلت بواجباتها الزوجية نحوه وتختلق المشاكل والشقاق المستمر بينهما وهذه كلها أسباب وادعاءات خالية من أي إثبات لا سيما أن المدعى عليها تمسكت بالرجوع إلى البيت الزوجي، مما يتعين على المحكمة تحميله مسؤولية الطلاق ومن ثمة يكون طلب المدعى عليها في التعويض عن ضرر الطلاق مؤسسا طبقا للمادة 52 من قانون الأسرة...".

وإذا لم تقدم الزوجة مقالا أو مذكرة جوابية تتضمن دفعا أو طلبا مقابلا، فإن القاضي يحكم بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون الحكم على الزوج بالتعويض عن الطلاق التعسفي لعدم طلب الزوجة ذلك، وكذلك عند عدم حضور المدعي عليها، رغم تبليغها تبليغا قانونيا صحيحا، لا يقضي القاضي بالتعويض عن الطلاق التعسفي لتعذر تبيان التعسف من عدمه في فك الرابطة الزوجية.

وقد تقضي المحكمة بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، مع تحميل المسؤولية للزوجين معا بأن لا سبيل لتعويض أحدهما للآخر ورفض طلب التعويض عن الطلاق التعسفي ابتداءيا إذا تبين للمحكمة أن الطلاق تسبب فيه كل من الزوج والزوجة.

وإذا كان الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يعكس دور إرادة الزوج في إيقاع الطلاق بغض النظر عن موقف الزوجة منه إن بالقبول أو الرفض وبالرغم من وجود قيود في القانون الجزائري، فإن الطلاق الخلعي بدوره يجسد مظهرا مقابلا لدور إرادة الزوجة في الحصول على حكم بفك الرابطة الزوجية بغض النظر عن موقف الزوج منه، إذ لا اعتبار لإرادة الزوج في ذلك، وكذلك بالرغم من وجود قيود تجسدت في بعض الأحكام التي وردت في قانون الأسرة. والطلاق الخلعي بهذا المعنى يمثل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة.

الفصل الثاني

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة

وضعت الشريعة الإسلامية العصمة بيد الزوج، ومنحته حق الطلاق إذا اعتزى الرابطة الزوجية عارض يجعل من استمرارها أمرا مستحيلا، وبالمقابل أجازت كذلك للزوجة أن تفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع إذا كرهت زوجها ولم تعد تطيقه وخافت ألا تقيم حدود الله، ولما أباحت الشريعة الإسلامية للزوجة أن تفتدي نفسها مقابل مال، وضعت لذلك أحكاما تنظمه.

قبل التطرق إلى الأحكام التي نظمت الطلاق الخلعي في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري ينبغي تحديد مفهومه وذلك من خلال الإجابة على التساؤلات التالية ما هو تعريف الخلع لغة واصطلاحاً؟ وما هي الخصائص التي تميز الخلع عن التطلق وعن الطلاق على مال؟ وما هي أدلة مشروعيته والحكمة من ذلك؟ وما هو الحكم التكليفي والتكليف الفقهي للخلع؟ (المبحث الأول).

ومن بين الأحكام التي خصت بها الشريعة الإسلامية الخلع تلك التي نظمت أركانه التي تمثلت في الزوج والزوجة والصيغة وبدل الخلع، لذلك تقتضي الدراسة الوقوف على تلك الأحكام مع إبراز موقف المشرع الجزائري من كل ركن، والتركيز من خلال ذلك على حدود الإرادة المنفردة للزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع (المبحث الثاني).

وقد كان تكليف الخلع في القانون الجزائري محل مد وجزر بين اعتباره طلاقاً بالإتفاق، أو طلاقاً بالإرادة المنفردة للزوجة، فمن رأى بأنه طلاق بالإتفاق ذهب إلى القول أنه مجرد رخصة للزوجة لفك رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها، يشترط لإيقاعه موافقة الزوج. أما من رأى بأنه طلاقاً بالإرادة المنفردة للزوجة فذهب إلى القول بأنه حق منحه الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية دون أن يتوقف ذلك على موافقة الزوج، إذ يجوز لها أن تخالع نفسها مقابل مال بدون موافقة الزوج. لذلك كان من الضروري البحث في الطلاق الخلعي في القانون الجزائري، وإبراز تأرجح موقف القضاء وشراح القانون بين اعتباره رخصة للزوجة أو حقاً لها بعد صدور قانون

الأسرة، وكذلك إبراز ارتقاء الخلع إلى حق إرادي للزوجة بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري (المبحث الثالث).

المبحث الأول

ماهية الطلاق بالارادة المنفردة للزوجة بواسطة الخلع

يعد الخلع وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية يستمد مشروعيتها من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس، ولم تكن إباحة الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري للزوجة حل رباط الزوجية مقابل عوض تدفعه للزوج متى كرهته وبغضت العيش معه جزافا أو نوعا من العبث، بل ترمي الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة إلى تحقيق غايات وأهداف من شأنها وضع حد لمعاناة الزوجة التي لا تجد منفذا ولا خلاصا من حياة بائسة إلا عن طريق الخلع.

ولم يقف فقهاء الشريعة الإسلامية عند الحديث عن مشروعية الخلع والحكمة منه، بل بحثوا في التكييف الفقهي للخلع، من خلال تحديد ما إذا كان الخلع عقد معاوضة أم لا، وكذلك من خلال تحديد ما إذا كان الخلع طلاقا أو فسخا. كما تعرضوا إلى البحث عن وقوع الخلع بالسلطان أو دون السلطان.

وعلى هذا الأساس يتعين الإجابة عما هو مفهوم الطلاق الخلعي؟ وما هي نقاط الاختلاف ونقاط التشابه بينه وبين بعض النظم المشابهة له؟ وما هو الحكم الشرعي للطلاق الخلعي وتكييفه الشرعي؟

لذلك يقتضي البحث دراسة مفهوم الخلع وتمييزه عن بعض النظم المشابهة له (المطلب الأول) ودراسة الحكم الشرعي للخلع وتكييفه الشرعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الخلع وتمييزه عن بعض النظم المشابهة له

نظرا للأهمية التي يكتسبها الخلع كمكنة منحها الشارع الحكيم للزوجة من أجل أن تفتدي نفسها بمقابل تدفعه للزوج، وضع علماء اللغة العربية تعاريف لغوية للخلع، كما وضع فقهاء المذاهب السنية تعاريف إصطلاحية له اختلفت حسب نظرة كل مذهب لمسألة الخلع. والجدير بالإشارة أن الشريعة الإسلامية تقر وتنظم الخلع بأحكام شرعية تجعل منه نظاما ينهي الرابطة الزوجية.

ونظرا لتشابه الخلع مع بعض النظم الأخرى لا سيما الطلاق على مال والتطليق، فإنه يتفق الخلع معهما في بعض الأوجه، ويختلف عنهما في أوجه أخرى.

وعليه لا بد من طرح الإشكاليات التالية ما هو مفهوم الخلع ومن أين يستمد مشروعيته؟ وكيف يمكن تمييز الخلع عن بعض النظم الأخرى المشابهة له؟

تلك التساؤلات تجد لها إجابات من خلال دراسة مفهوم الخلع ومشروعيته (الفرع الأول) وتمييز الخلع عن بعض النظم المشابهة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الخلع ومشروعيته

إن البحث في مفهوم الخلع يقود إلى البحث في التعاريف التي خصه فقهاء اللغة والشريعة والقانون بها، وفي نفس الإطار ينبغي لمزيد من توضيح مفهوم الخلع ودراسته من جميع النواحي الخوض في مسألة مشروعيته والحكمة منها. ويكون ذلك حتما بالإجابة على التساؤلات التالية ما هي التعاريف التي وضعها الفقهاء باختلاف اختصاصاتهم للخلع؟ وما هي مشروعية الخلع؟ وما هي الحكمة من ذلك؟

وعليه، فإنه يتعين دراسة تعريف الخلع (أولا) ثم البحث في مشروعيته والحكمة من ذلك

(ثانيا).

أولاً: تعريف الخلع

الخلع لغة النزع¹ والإزالة، استعمل في إزالة الزوجية بالضم، وفي غيره بالفتح²، وضم مصدره تفرقة بين الحسي والمعنوي³، وهو فراق الزوجة على مال، مأخوذ من خلع الثوب، لأن المرأة لباس الرجل معنى⁴، يقال: خلعت النعل وغيره خلعا نزعته وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه وطلقها على الفدية فخلعها هو خلعا والإسم الخلع بالضم وهو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للآخر فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه⁵.

جاء في مختار الصحاح خلع ثوبه ونعله وقائده، وخلع عليه خلعة كله من باب قطع، وخلع امرأته خلعا بالضم، وخلع الوالي عزل، وخلعت المرأة بعلها أرادته على طلاقها ببدل منها له فهي خالع، والإسم الخلعة بالضم وقد تخالعا واختلعت فهي مختلعة⁶.

وجاء في لسان العرب خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه: كنزعه إلا أن في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع، وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا: جرده، وخلع امرأته خلعا بالضم، وخالعا فاختلعت وخالعته: أزالها عن نفسه وطلقها على بدل منها له، فهي خالع، والإسم الخلعة، وقد تخالعا، واختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة⁷.

فالخلع بفتح الخاء مصدره قياسي يستعمل في الأمور الحسية فيقال خلع ثوبه أي أزاله عن بدنه، والخلع بضم الخاء مصدره سماعي يستعمل في الأمور المعنوية كإزالة الزوجية⁸ باعتبار أن المرأة لباس الرجل والعكس صحيح لقوله عز وجل: "هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ هُنَّ"⁹.

¹ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 347.

² محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 83.

³ أنظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، ج 9، المكتبة السلفية، ص 395.

⁴ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1276.

⁵ أحمد بن محمد بن علي بن علي الفيومي المقري، المرجع السابق، ص 68.

⁶ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص 78.

⁷ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان...، المرجع السابق، م 8، ص 76.

⁸ باديس ديايي، صور وآثار...، المرجع السابق، ص 61.

⁹ سورة البقرة، الآية 187.

أما اصطلاحاً، فقد عرف الحنفية الخلع على أنه الفصل من النكاح، الواقع به، وبالطلاق على مال طلاق بائن¹، وإزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو في معناه²، وهو عند ابن عابدين عبارة عن أخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع³. أما صاحب الجوهرة النيرة فعرفه على أنه عبارة عن عقد بين الزوجين تبذل فيه المرأة المال، فيخلعها الزوج أو يطلقها⁴.

بينما عند الشافعية الخلع فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع⁵، أو فرقة بعوض يأخذه الزوج⁶، أما المالكية فعرفوه على أنه لغة النزاع وشرعاً طلاق بعوض، وهو الأصل فيه والغالب، وقد يكون بلاعوض إذا كان بلفظ الخلع، كأن يقول لها: خالعتك وأنت مخالعة⁷، فهم يسمون كل طلاق على مال خلعا ويزيدون على ذلك أنهم يعدون من الخلع الطلاق بلفظ الخلع أو ما معناه كالمبارأة أو المفاداة أو الصلح ولو كان بغير عوض⁸، فالخلع عندهم نوعان: ما كان في نظير عوض وهو الغالب، وما كان بلفظ الخلع ولو لم يكن في نظير شيء⁹.

وعرفه الحنابلة على أنه فراق الزوج امرأته بعوض، يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة¹⁰، جاء في الإنصاف: "معنى الخلع فراق الزوج امرأته بعوض، على المذهب، وبغيره على اختيار الخرقى، بألفاظ مخصوصة"¹¹. وجاء في شرح منتهى الإرادات: "الخلع بضم الخاء المعجمة، وسكون اللام، وهو فراق زوج زوجته بعوض يأخذه منها أو من غيرها، بألفاظ مخصوصة، سمي بذلك، لأن المرأة تخلع نفسها من الزوج، كما تخلع اللباس من بدنها"¹².

¹ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 294.

² محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفى الحسكى، المرجع السابق، ص 234؛ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نعيم المصري الحنفى، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج 4، ص 119.

³ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 83.

⁴ أبو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي، المرجع السابق، ص 215.

⁵ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، معني المحتاج...، ج 4، ص 430.

⁶ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 374.

⁷ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 347؛ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 147.

⁸ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 127.

⁹ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 147.

¹⁰ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 212.

¹¹ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 8، ص 382.

¹² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى...، المرجع السابق، ج 5، ص 335.

وعرفه الشوكاني بأنه فراق الرجل زوجته ببذل يحصل له¹، أما ابن حجر العسقلاني فعرفه على أنه فراق الرجل زوجته ببذل قابل للعبوس يحصل لجهة الزوج². ويرى ابن قدامة أنه يسمى خلعاً لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها، لقوله عزو جل: "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن"³، ويسمى افتداءً لأنها تفتدي نفسها بمال تبذله⁴، لقوله سبحانه وتعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به"⁵.

وعرفه بعض العلماء المحدثين بأنه إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها من مهر⁶، وبأنه بذل المرأة العوض عن طلاقها، وطلاق بعوض⁷، وهو الإفتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت ألا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهها حقها⁸.

وقد جاء في فتح الباري بشرح صحيح البخاري أن ضابط الخلع شرعاً: "فراق الرجل زوجته ببذل قابل للعبوس يحصل لجهة الزوج"⁹. وأن أبو بكر بن دريد ذكر في أماليه أن أول خلع كان في الدنيا وفي العرب أن عامر بن الظرب زوج ابنته من ابن أخيه عامر بن الحارث بن الظرب، فلما دخلت عليه نفرت منه، فشكا إلى أبيها فقال: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك، وقد خلعتك منها بما أعطيتها¹⁰.

وأول خلع في الإسلام هو خلع امرأة ثابت بن قيس لزوجها، والتي نزلت الآية فيهما، وقد اختلف أهل الحديث في امرأة ثابت بن قيس، بين من قال أنها جميلة بنت سلول، ومن قال

¹ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1276.

² أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 395.

³ سورة البقرة، الآية 187.

⁴ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 268.

⁵ سورة البقرة، الآية 229.

⁶ عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 495.

⁷ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 316.

⁸ أنظر، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج 10، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د.س.ط، ص 235.

⁹ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 396.

¹⁰ المرجع نفسه، ص 395.

أنها زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول، وآخرون قالوا حبيبة بنت سهل¹.

ثانيا: مشروعية الخلع والحكمة من مشروعيته:

دعا الإسلام إلى الزواج وحث عليه، إذ قال الله تعالى: "فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"²، وجاء في الأثر أن أنس بن مالك قال: "جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم، فلما أخبروا كأنهم تقالوها، فقالوا: وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم؟ قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر. قال أحدهم: أما أنا فأنا أصلي الليل أبدا. وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر. وقال آخر أنا اعتزل النساء فلا أتزوج أبدا. فجاء الرسول صلى الله عليه وسلم فقال: أنتم الذين قلتهم كذا وكذا؟ أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له؛ لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني"³.

كما نظمه بجملة من الأحكام متوخيا ضمان إستقرار الأسرة وبنائها على أسس سليمة وعلى الرحمة والمودة، غير أن تلك الضوابط والأحكام التي ترمي إلى دوام عقد الزواج قد لا تكفي لتحقيق ذلك إذا ما اصطدم بأسباب تحول دون استمراره، الأمر الذي يجعل من اللجوء إلى الطلاق حلا لا مفر منه رغم أن الإسلام جعله أبغض الحلال. وإذا أباحت الشريعة الإسلامية للزوج الطلاق إذا أصبح استمرار الحياة الزوجية مستحيلا، فإنها أجازت كذلك الخلع للزوجة إذا خافت ألا تقيم حدود الله، وذلك بأن تفتدي نفسها مقابل مال تعطيه للزوج، غير أن التساؤل الذي يطرح من أين يستمد الخلع مشروعيته؟ وما الحكمة من ذلك؟.

أ- مشروعية الخلع

أجمع أغلب فقهاء المذاهب السنية على مشروعية الخلع⁴، واستدلوا في ذلك بكتاب الله

¹ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1277؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 398؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج 4، ص 195.

² سورة النساء، الآية 3.

³ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح...، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، حديث رقم 5063، ص 1292.

⁴ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 595؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج 5، ص 84؛ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 374؛ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 268.

عزوجل وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم والإجماع والقياس.

1- مشروعية الخلع في القرآن الكريم:

يستمد الخلع مشروعيتها من قوله سبحانه وتعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"¹.

في هذه الآية نهي الله سبحانه وتعالى الأزواج عن أخذ صداق زوجاتهن، وسمح للزوجة التي تظهر البغضاء لزوجها وتنفر من عشرته أن تفتدي نفسها إذا خافت على نفسها من الوقوع في المعصية وعدم إقامة حدود الله باستخفافها بحق زوجها، وبسوء طاعته إياه²، فلا حرج عليها فيما بذلت من عوض، لتختلع من زوجها، ولا عليه في أخذه في مقابلة الخلع³. فالمقصود بـ"فلا جناح عليهما فيما افتدت به" أنه لا جناح على الرجل في الأخذ، وعلى المرأة في الإعطاء بأن تفتدي نفسها من ذلك النكاح ببذل شيء من المال يرضى به الزوج، فيطلقها لأجله، وهذا هو الخلع، وقد ذهب الجمهور إلى جواز ذلك للزوج⁴، وأنه لما قال الله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، فقد دل على جواز الخلع بأكثر مما أعطاهما⁵، وهذا فيه دلالة على مشروعية وجواز الخلع.

وقال تعالى: "وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا"⁶، ووجه الدلالة في هذه الآية هو أنه لا يجوز للرجال أن يضاروا بزواجهم، حتى يفتدين منهم، فإن أتت الزوجة بفاحشة، وعضلها لتفتدي نفسها منه، ففعلت، صح الخلع، لأنها متى زنت، لم يأمن

¹ سورة البقرة، الآية 229.

² أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج 4، ص 76.

³ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج 5، ص 84.

⁴ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير...، المرجع السابق، ص 153.

⁵ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج 4، ص 79.

⁶ سورة النساء، الآية 19.

أن تلحق به ولدا من غيره، ولا تقيم حدود الله في حقه¹، فحينئذ يجوز للرجل مفارقتها مقابل استرجاع ماله الذي أعطاه².

جاء في تفسير هذه الآية في الجامع لأحكام القرآن: "وقال قوم: الفاحشة البذاءة باللسان وسوء العشرة قولاً وفعلاً، وهذا في معنى النشوز، ومن أهل العلم من يجيز أخذ المال من الناشز على جهة الخلع، إلا أنه يرى ألا يتجاوز ما أعطاهما، ركونا إلى قوله تعالى: "لتذهبوا ببعض ما ءاتيتموهن". وقال مالك وجماعة من أهل العلم: للزوج أن يأخذ من الناشز جميع ما تملك. قال ابن عطية: والزنا أصعب على الزوج من النشوز والأذى، وكل ذلك فاحشة تحل أخذ المال"³. وفي فتح القدير: "وقال أبو قلابة: إذا زنت امرأة الرجل فلا بأس أن يضارها، ويشق عليها حتى تفتدي منه، وقال السدي: إذا فعلن ذلك، فخذوا مهورهن"⁴، وفي هذه الآية كذلك دلالة على جواز الخلع.

2- مشروعية الخلع في السنة النبوية:

أما في السنة النبوية الشريفة، فقد ذهب الفقهاء إلى أن الخلع يستمد مشروعيته من أحاديث السنة في خلع امرأة ثابت بن قيس لزوجها والتي تعددت الروايات حولها، ومن بين تلك الروايات ما جاء في صحيح البخاري: "حدثنا أزهر بن جميل حدثنا عبد الوهاب الثقفي حدثنا خالد عن عكرمة عن ابن عباس: "أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة. قال أبو عبد الله: لا يتابع فيه عن ابن عباس"⁵.

"عن أيوب بن أبي تيممة عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال: "جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق،

¹ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 273.

² عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 55.

³ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج6، ص 157.

⁴ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير...، المرجع السابق، ص 282.

⁵ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح...، المرجع السابق، باب الخلع، وكيف الطلاق فيه؟، حديث رقم 5273، ص 1344.

ولكني لا أطيعه. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فتردين عليه حديقته؟ قالت نعم¹.
 "حدثنا محمد بن عبد الله بن المبارك المخزومي حدثنا قراد أبو نوح حدثنا جرير بن حازم
 عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس
 إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق، إلا أني
 أخاف الكفر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم. فردت
 عليه، وأمره ففارقها"².

كما جاء في السنن الكبرى للبيهقي أنه: "أخبرنا أبو علي الروذباري، عن مالك، عن يحيى
 بن سعيد، عن عمرة بنت عبد الرحمن أنها أخبرته عن حبيبة بنت سهل أنها أخبرتها أنها كانت عند
 ثابت بن قيس بن شماس رضي الله عنه وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد
 حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من هذه" فقالت: أنا
 حبيبة بنت سهل، فقال: "ما شأنك" فقالت: لا أنا ولا ثابت لزوجها، فلما جاء ثابت بن قيس
 قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر"
 فقالت حبيبة: يا رسول الله كل ما أعطاني عندي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن
 قيس: "خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها"³.

وجاء في نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار أن النسائي روى أنه عن الربيع بنت معوذ: "أن
 ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي، فأتى أخوها
 يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ثابت،
 فقال له: خذ الذي لها عليك وخل سبيلها؟ قال: نعم، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن
 تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها"⁴.

وفي سنن الترمذي عن الربيع بنت معوذ: "أنها اختلعت على عهد رسول الله صلى الله
 عليه وسلم، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم، أو أمرت أن تعتد بحيضة"، وحديث الربيع الصحيح

¹ المرجع نفسه، باب الخلع، وكيف الطلاق فيه؟، حديث رقم 5275، ص 1345.

² المرجع نفسه، باب الخلع، وكيف الطلاق فيه؟، حديث رقم 5276، ص 1345.

³ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى...، ج 7، المرجع السابق، ص 511.

⁴ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، كتاب الخلع، حديث رقم 2891، ص 1276.

أنها أمرت أن تعتد بحبيضة¹.

تدل هذه الروايات من الحديث النبوي الشريف على اختلافها دلالة قاطعة على جواز ومشروعية الخلع، ففي ذلك دليل على أنه يجوز للرجل أخذ العوض من المرأة إذا كرهت البقاء معه²، ولو لم يكرهها ولم ير منها ما يقتضي فراقها³.

3- مشروعية الخلع من الإجماع والقياس:

انعقد إجماع الصحابة والعلماء على مشروعية الخلع وجوازه⁴، إذ يرى الشافعية أنه إذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر، أو سوء عشرة، وخافت ألا تؤدي حقه، جاز أن تخالعه على عوض⁵، والمعنى في جوازه أن الزوج لما ملك الانتفاع بالبضع جازت إزالته بعوض، وفيه دفع للضرر عن المرأة غالباً، وأصل الإزالة الكره⁶.

كما يرى الحنابلة أن المرأة إذا كرهت زوجها، لخلقه، أو خلقه، أو دينه، أو كبره، أو ضعفه، أو نحو ذلك، وخافت ألا تؤدي حق الله في طاعته، جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه⁷. فالخلع عندهم مباح لسوء عشرة، ولبغضة تخشى ألا تقيم حدود الله⁸.

أما عند الحنفية إذا اختلعت المرأة من زوجها فخلعها جائز⁹، لأن الشارع الحكيم أجاز للزوجة المتضررة أن تفتدي من زوجها بالمال، وأجاز للزوج أن يأخذ عوضاً عما بذله، ترضية عما لحقه، لتسمح نفسه بطلاقها¹⁰.

¹ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع... المرجع السابق، ج3، ما جاء في الخلع، حديث رقم 1185، ص 482.

² محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار... المرجع السابق، ص 1277.

³ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 401.

⁴ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار... المرجع السابق، ج 5، ص 84.

⁵ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب... المرجع السابق، ج 4، ص 253.

⁶ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتان... المرجع السابق، ج 3، ص 307.

⁷ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 267.

⁸ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى... المرجع السابق، ج 5، ص 335.

⁹ شمس الدين السرخسي، المبسوط... المرجع السابق، ج 6، ص 171.

¹⁰ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار... المرجع السابق، ج 5، ص 84.

كما أجازه المالكية¹، إذ جاء في الشرح الصغير: "يجوز الخلع وهو الطلاق بعوض وإن من غيرها أو بلفظه"²، وجاء في المدونة الكبرى: "قال مالك: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يصل للمرأة ولم يأت إليها ولم تؤت من قبله وأحبت فراقه، فإنه يحل له أن يقبل منها ما افتدت به. وقد فعل ذلك النبي بامرأة ثابت بن قيس بن شماس"³.

ولم يخالف هذا الرأي إلا بكر بن عبد الله المزني، الذي قال بعدم مشروعيتها⁴، إذ يرى أنه لا يحل للزوج أن يأخذ من امرأته في مقابل فراقها شيئاً⁵، مستدلاً في ذلك على أن ما جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ" منسوخ بقوله تعالى: "وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا"، فقد نسخت هذه الآية حكم الآية السابقة⁶، حيث كان الخلع جائزاً وبعد نسخه أصبح غير جائز⁷. وفي هذا السياق قال أبو حنيفة العسقلاني: "وأجمع العلماء على مشروعية الخلع إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور فإنه قال: لا يحل للرجل أن يأخذ من امرأته في مقابل فراقها شيئاً لقوله تعالى: "فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا"، فأوردوا عليه "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" فادعى نسخها بآية النساء"⁸. أما مشروعيتها من القياس، فقد قاس فقهاء الشريعة الإسلامية الخلع على البيع، كما

¹ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 347.

² أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 147.

³ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 245.

⁴ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 268؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص84.

⁵ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1276.

⁶ "وقال عقبة بن أبي الصهبا : سألت بكر بن عبد الله المزني عن الرجل تريد امرأته أن تخالعه فقال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً. قلت: فأين قول الله عز وجل في كتابه: فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ؟ قال: نسخت . قلت: فأين جعلت ؟ قال: في سورة "النساء : " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً. قال النحاس: هذا قول شاذ، خارج عن الإجماع لشذوذه ، وليست إحدى الآيتين دافعة للأخرى فيقع النسخ ؛ لأن قوله فإن خفتن الآية، ليست بمزالة بتلك الآية؛ لأنهما إذا خافا هذا لم يدخل الزوج . في وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج لأن هذا للرجال خاصة"، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج4، ص78.

⁷ أنظر، جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص33.

⁸ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 395.

قاسوا النكاح على الشراء، فخلصوا إلى أنه لما جاز أن يملك الزوج الإنتفاع بالبضع بعوض، جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض كالشراء والبيع، فكان النكاح عندهم كالشراء، وكان الخلع كالبيع¹. من خلال ما سبق ذكره من أدلة قاطعة من القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الفقهاء، يمكن القول بجواز الخلع شرعا، إذ أن الزواج يقوم على الرحمة والمودة والطمأنينة، لقوله تعالى: "أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ هُنَّ" ²، وقوله عز وجل: "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ" ³. غير أنه إذا تعذر تحقيق ذلك بأن كرهت المرأة زوجها، وضاعت ضرها بحياة زوجية لم تستطع مواصلتها، أجاز لها الشارع الحكيم أن تتخلص منها رفعا للضرر، بأن تفتدي نفسها مقابل مال تدفعه إلى زوجها.

4- مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري:

تبنى المشرع الجزائري الأسري قول أكثر العلماء بجواز الخلع⁴ في القانون رقم 84-11 في المادة 48 منه والتي نصت على أن: "الطلاق حل عقدة الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"، وفي المادة 54 منه التي كانت تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". وتشبث المشرع الجزائري بموقفه من جواز الخلع بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي أكد على أن الخلع جائز ومشروع في المادة 54 منه بصيغتها المعدلة. رغم ما تضمنته من تعديل أبان عن تغيير باد للعيان في موقف المشرع الجزائري حول طبيعة الخلع الذي ارتقى من رخصة للزوجة تلجأ إليها الزوجة متى كرهت زوجها وأحست بأنها لا تطيق العيش معه⁵، إلى حق أصيل يخول لها إنهاء الرابطة الزوجية متى شاءت، دون أن

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 84؛ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 430.

² سورة البقرة، الآية 187.

³ سورة الروم، الآية 21.

⁴ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 595.

⁵ عماري نورالدين، دور إرادة...، المرجع السابق، ص 240.

يتوقف ذلك على موافقة الزوج، ولا حتى موافقة القاضي الذي لا يملك إلا أن يستجيب لطلبها فك الرابطة الزوجية خلعا في حالة تعذر الصلح بينها وبين زوجها كما سيأتي توضيحه لاحقا في هذه الدراسة. وقد نصت تلك المادة المعدلة على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

والجدير بالذكر أن التعديل مس أيضا المادة 48 من ق أ التي أصبحت تنص على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون". وبدوره أكد هذا النص على جواز الخلع في القانون الجزائري، لتضمنه حكما يقضي بأن الخلع صورة من صور الطلاق، يتميز عن باقي صور فك الرابطة الزوجية، بمنحه الزوجة حقا بمقتضاه يمكن لها حل عقد الزواج بإرادتها المنفردة.

ب-الحكمة من مشروعية الخلع

تقوم الحياة الزوجية على أساس الرحمة وحسن المعاشرة والطمأنينة والسكن، وتترتب عن عقد الزواج إلتزامات وواجبات تقع على عاتق كل زوج تجاه الآخر¹، ولا شك أن الشريعة الإسلامية أحاطت عقد الزواج بسياج يهيء له شروط الإستمرار وأسباب الديمومة، من خلال الأحكام التي وضعتها لهذا العقد الذي اعتبره القرآن الكريم ميثاقا غليظا، مثلت حصانة وحماية لعقد النكاح. غير أن هذه الحصانة غير مطلقة لأن عقد الزواج يربط بين زوجين، مما يجعله مرتبطا بالطبيعة الإنسانية التي تتميز بالتغير. وبالتالي، قد تصطدم تلك الرابطة الزوجية بعقبات ومشاكل تحول دون استمرارها، وحينئذ لا يكون خلاص الزوجة من حياة زوجية تعيسة يسودها الشقاق والبغضاء إلا بالخلع الذي جعله الشارع الحكيم بيدها، إذ رخص لها الإسلام متى كرهت زوجها فخافت ألا تقيم حدود الله فيه بطاعتها له وحسن صحبته² طلب الإفنداء لنفسها رفعا للضرر

¹ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 56.

² محفوظ بن الصغير، الإجتهد القضائي...، المرجع السابق، ص 616.

عنها¹، بأن تبذل له ما قدم لها من مهر.

ومن الفقهاء من يرى بأن في الخلع دفع للضرر عن المرأة غالبا رغم أنه مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب شرعا²، ولأنه عقد بالتراضي يهدف إلى رفع الضرر، أجازته الشريعة الإسلامية السمحاء، من غير ضرر، كالإقالة في البيع³، بل إنما الزوجة بذلت المال على إزالة الضرر، ولا يزول الضرر عنها إلا إذا ملكت نفسها عن طريق الطلاق الخلعي⁴.

وبذلك تكون الشريعة الإسلامية السمحاء، التي تتسم بالواقعية نظرا لمراعاتها لجميع الحالات الواقعية التي تعرض للناس، مثلما جعلت بيد الرجل الطلاق ليتخلص من زوجته إذا أحس بنفرته منها، وتأكد له استحالة العيش معها، جعلت الخلع بيد الزوجة التي تبغض عشرة زوجها لتنهي به زواجا لا تطيقه⁵، وتخشى فيه عدم إقامة حدود الله، وفي ذلك رفق بالزوج من ظلم الزوجة له إذا ما أساءت معاملته، ورفق بالزوجة من ظلمها لنفسها بوقوعها في الحرام جراء سوء معاملتها لزوجها، بعدم إجبارها على الإستمرار في حياة زوجية بائسة تؤدي بها إلى الهلاك⁶.

وبذلك يمكن الجزم بأن الحكمة من مشروعية الخلع هي رفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص عندما يتعذر تحقيق الغرض المقصود من الزواج، لعدم الإنسجام في الحياة الزوجية⁷.

مما تقدم، يمكن تعريف الخلع على أنه فرقة بعوض يأخذه الزوج من الزوجة ترجيحاً لتعريف الشافعية له، وعلى اعتبار أنه يترتب على الطلاق الخلعي فك الرابطة الزوجية وإنهاؤها بطلب من الزوجة أو باشتراط قبولها. وقد ثبتت مشروعيتها من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وهو يتشابه مع بعض النظم الأخرى التي تضع حدا لتلك الرابطة الزوجية، كالطلاق على مال

¹ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 56.

² شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 430.

³ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 254.

⁴ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات...، المرجع السابق، ج 1، ص 561.

⁵ عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 63؛ "فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقا للخلاص من الزوجية، لدفع الحرج عنها ورفع الضرر عنها، ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها وتتخلص من الزواج، وتعوض الزوج ما أنفق في سبيل الزواج بها"، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 482.

⁶ آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 310.

⁷ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 286، 287.

والتطبيق، لذلك يقتضي البحث تمييزه عنها.

الفرع الثاني

تمييز الخلع عن النظم المشابهة له

يمثل الطلاق الخلعي نظاما لفك الرابطة الزوجية شأنه شأن بعض الأنظمة الأخرى المشابهة له، كالطلاق على مال والتطبيق، فما هو الفرق بين الخلع والطلاق على مال (أولا)؟ والخلع والتطبيق (ثانيا)؟

أولا: الفرق بين الخلع والطلاق على مال:

يرى الحنفية أن الخلع هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها ببدل بلفظ الخلع أو فيما معناه كالمبارأة، والفرقة عندهم على مال بغير هذين اللفظين لا تعد خلعا وإنما تعرف عندهم باسم الطلاق على مال¹. ومثال الطلاق على مال، أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق على مئة دينار، فإذا قبلت الزوجة وقع الطلاق دون توقف ذلك على أداء المال، وتلتزم الزوجة بإعطاء هذا المال لزوجها الذي له أن يطالبها به².

ولا يرى المالكية والشافعية فرقا بين الخلع والطلاق على مال³، فالشافعية يعرفون الخلع على أنه "فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع"⁴. فبمقتضى هذا التعريف يظهر جليا أن الشافعية لا يفرقون بين الخلع والطلاق على مال. ويرى المالكية رأي الشافعية في الطلاق على مال، إذ يسمون كل طلاق على مال خلعا⁵، لأن الخلع عندهم يصح بكل لفظ يدل على معناه، كقوله لها: خالعتك على كذا، أو طلقتك على كذا، فتقبل الزوجة⁶.

أما الحنفية فيرون أن الخلع والطلاق على مال يتفقان في بعض الأوجه ويختلفان في أوجه أخرى وفقا لما سيأتي عرضه:

¹ على الخفيف، المرجع السابق، ص 128.

² عماري نور الدين، دور إرادة...، المرجع السابق، ص 216.

³ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 288، 289.

⁴ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 430.

⁵ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 127.

⁶ محمد سكحال المجاجي، المرجع السابق، ص 90.

أ- أوجه الإتفاق بين الخلع والطلاق على مال:

يتفق كل من الخلع والطلاق على مال في أن كل منهما طلاق بعوض يزيل ملك الزوج¹، وفي أن بكل منهما يقع طلاق بائن إن صح العوض فيهما². كما يتفقان كذلك في أنه يشترط في كل منهما قبول الزوجة، ويلزمها العوض إن كانت أهلا للتبرع³، لأن قبولها للبدل في مقابل افتداء نفسها من زوجها، يعتبر معاوضة من جانبها، وذلك يقتضي قبول من يلتزم بدفع العوض⁴.

ب- أوجه الإختلاف بين الخلع والطلاق على مال:

يرى الحنفية أن الخلع والطلاق على مال يختلفان في عدة أوجه، إذ أن الخلع يكون بلفظ المخالعة أو فيما معناه كالمبارأة، أما الطلاق على مال فيكون بصريح لفظ الطلاق أو ما معناه⁵. كما أنه في الخلع إذا أبطل العوض بأن وقع الخلع على ما ليس بمال متقوم كخلع المسلمة على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج ويقع الطلاق بائنا. أما إذا أبطل العوض في الطلاق على مال بأن سميا ما ليس بمال متقوم فالطلاق يكون رجعيا⁶. ومن بين أوجه الإختلاف الأخرى أن الخلع يسقط كل الحقوق المتعلقة بالزواج لأحد الزوجين على الآخر في رأي أبي حنيفة⁷، كالمهر والنفقة الماضية المجمدة أثناء الزواج⁸ دون نفقة العدة التي لا تسقط إلا بالنص عليها لأنها لم تكن حقا لها وقت الخلع⁹. بينما لا يسقط الخلع إلا

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 503.

² أنظر، منال محمود المنشي، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه و آثاره دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 58؛ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 288.

³ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج2، ص 146؛ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 288.

⁴ منال محمود المنشي، المرجع السابق، ص 59.

⁵ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 288.

⁶ "قال: "إن بطل العوض في الخلع مقل أن يخالع المسلم على خمر، أو خنزير، أو ميتة، فلا شيء للزوج، والفرقة بائنة، وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعيا"، برهان الدين أب الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ص 283؛ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 152؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 503.

⁷ برهان الدين أب الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ص 290.

⁸ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 504.

⁹ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 236؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 106؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج4، ص 207، 208.

ما سمياه في رأي محمد وأبي يوسف¹. أما الطلاق على مال، فلا يسقط به شيء من حقوق الزوجين إلا ما سمياه²، إذ لا خلاف بين محمد وأبو يوسف وأبي حنيفة على أنه في الطلاق على مال لا يبرأ به من سائر الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح، ولا خلاف في سائر الديون التي وجبت لا بسبب النكاح وأنها لا تسقط بهذه التصرفات³. كما أن الخلع طلاق بائن عند جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة في رواية يحتسب من عدد الطلقات، وفسخ في رواية عن أحمد، لا ينقص به عدد الطلقات، أما الطلاق على مال فهو طلاق بائن بلا خلاف⁴.

كذلك يختلف الخلع عن الطلاق على مال في طريقة وقوع كل منهما، إذ لا يقع الطلاق على مال إلا إتفاقا، بينما يقع الخلع إما إتفاقا مشابها في ذلك الطلاق على مال، أو يقع أمام القضاء، كما يمكن أن يقع بالإتفاق بين الزوج وأجنبي⁵.

أما في قانون الأسرة الجزائري، فقد إستعمل المشرع الجزائري مصطلح المخالعة بقوله "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تحال نفسها بمقابل مالي"، ومصطلح الخلع حين نص في المادة 57 من ق.أ "تكون أحكام الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف". وبالتالي، فقد تبني المشرع الجزائري الخلع كوسيلة تلجأ إليها الزوجة لفك الرابطة الزوجية لرفع الضرر. وأثبتت الممارسة القضائية أن عرائض دعاوى فك الرابطة الزوجية تتضمن الإشارة إلى صورة فك الرابطة الزوجية التي يبني على أساسها الطلب القضائي الذي يقدمه المدعي أو المدعية، سواء كان طلاقا بالإرادة المنفردة أو طلاقا بالتراضي أو تطليقا أو خلعا. لذلك يرجح الرأي الذي يرى أنه لا فرق بين الخلع والطلاق على مال في التشريعات المعاصرة التي تفتقر إلى القاضي لأن النتيجة واحدة⁶.

¹ برهان الدين أب الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ص 290؛ "وقال أبو يوسف في المبرأة مثل قول أبي حنيفة، وأما الخلع فهو كالطلاق على مال لا يسقط إلا ما سمياه، وقال محمد: فيهما جميعا لا يسقط إلا ما سمياه"، أبو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي، المرجع السابق، ص 220.

² محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 340؛ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج2، ص 147.

³ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 151.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 504؛ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 59.

⁵ آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي، وزو، 2014، ص 325.

⁶ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

بعد الوقوف على أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين الخلع والطلاق على مال سيتم التمييز بين الخلع والتطليق.

ثانيا: الفرق بين الخلع والتطليق:

يختلف الخلع عن التطليق من حيث المفهوم والأساس القانوني، ومن حيث السلطة التقديرية للقاضي وآثارهما.

أ- من حيث المفهوم والأساس القانوني:

أمام سكوت المشرع الجزائري عن تعريف كل من الخلع والتطليق في قانون الأسرة، يمكن القول من خلال التعاريف السابقة للخلع أنه فرقة بين الزوجين بعوض، في حين يمكن تعريف التطليق على أنه التفريق بين الزوجين بتدخل القاضي¹. وبالتالي، فإن الخلع وسيلة جعلها الشارع الحكيم والمشرع الأسري الجزائري بيد الزوجة تفتدي بها نفسها مقابل مال تمنحه لزوجها، لتخلص نفسها من زوج تكرهه ولا تطيق العيش معه، ومن حياة زوجية ضاق صدرها ضرعا بها. وعليه خول قانون الأسرة بموجب المادة 54 منه للزوجة مخالعة نفسها ولو بدون موافقة زوجها، بينما يعتبر التطليق في قانون الأسرة الجزائري بموجب المادة 48 منه أحد صور الطلاق التي تمنح للزوجة حق طلب فك الرابطة الزوجية بناء على إرادتها المنفردة، وتوافر أحد الأسباب التي حصرها المشرع الأسري وحددها في المادة 53 من ق.أ.

ب- من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

تختلف السلطة التقديرية للقاضي تبعا لنوع الطلب القضائي الذي تقدمت به الزوجة، حيث تتسع هذه السلطة في طلب التطليق بقدر وشكل كبيرين، وهو ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي ومطابقة الوقائع على النصوص وتمحيصها، والقيام بموازنة بين طلبات الزوجة ودفوع الزوج حتى يتسنى له الحكم لها بالتطليق أو برفضه اعتمادا على وجود الأسباب المحددة في المادة 53 من ق.أ². ومن ثم، فالقاضي ملزم بإعمال سلطته التقديرية الواسعة لتحديد مدى توفر

¹ آيت شاوش دليمة، المرجع السابق، ص 12.

² عماري نور الدين، دور إرادة...، المرجع السابق، ص 224، 225؛ المستاري نور الهدى، الخلع دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 30.

وجدية أسباب طلب التطليق الذي تقدمت به الزوجة التي يقع على عاتقها إثباتها، والحكم بناء على ذلك إما بفك الرابطة الزوجية تطليقا أو رفض طلب الزوجة.

بينما تضيق السلطة التقديرية للقاضي حينما ينظر في دعوى الخلع، ويقتصر دوره فقط في تقدير بدل الخلع بصداد المثل وقت صدور الحكم في حالة عدم الإتفاق عليه بين الزوج والزوجة. ويكمن مرد هذا الدور السلبي للقاضي في طبيعة الخلع في قانون الأسرة الجزائري الذي جعله حقا للمرأة، لا يملك القاضي إلا الإستجابة لطلبها الخلع، حتى ولو لم تقدم مسوغا أو سببا، وحتى لو لم يوافق الزوج على ذلك، وذلك بعد قبوله للدعوى شكلا، وبعد فشل محاولات الصلح طبقا لما تقتضيه القواعد الإجرائية والموضوعية التي تنظم مسألة الخلع.

وإجمالا يمكن القول بأن كل من طلب التطليق وطلب الخلع يتمان بإرادة الزوجة المنفردة للزوجة، غير أنه في طلب الخلع لا يتوقف الحكم بفك الرابطة الزوجية على سلطة القاضي لتقدير أي سبب من الأسباب، ويقتصر دوره فقط على إصدار حكم يكشف عن الإرادة المنفردة للزوجة¹. بينما في طلب التطليق يقتصر دور الإرادة المنفردة للزوجة فقط على الطلب القضائي، ليتوقف الحكم على السلطة التقديرية للقاضي الذي يقوم بدراسة طلباتها وتقدير جدية أسباب تلك الطلبات وموازنتها مع دفع الزوج، وإصدار حكم منشئ للطلاق. لذلك كان الخلع الصورة الحقيقية لطلاق الزوجة بإرادتها المنفردة، على اعتبار أن الطلاق الخلعي واقع لا محالة إذا ما أصرت الزوجة عليه، ولو لم تستند في ذلك على أي سبب.

ج- من حيث الآثار:

تترتب عن كل من الخلع والتطليق آثار عامة يشتركان فيها تتمثل في نفقة العدة، نفقة الإهمال²، نفقة الأطفال، والحضانة والولاية، ووجوب توفير الزوج السكن لممارسة الحضانة وفي حالة تعذر عليه ذلك، منح الزوجة بدلا للكراء. غير أنه عند الحكم بالتطليق يجوز للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها طبقا للمادة 53 مكرر من ق.أ، ويتميز الخلع عن

¹ عماري نور الدين، دور إرادة...، المرجع السابق، ص 225.

² أثبتت الممارسة القضائية أن هناك بعض القضاة يمنحون للزوجة نفقة الإهمال في الأحكام الفاصلة بفك الرابطة الزوجية خلعا، بينما يرفض البعض الآخر منحها لها كما سيأتي تفصيله في دراسة نفقة الإهمال.

التطبيق ببدل الخلع الذي تلتزم الزوجة بتسديده مقابل خلاصها من حياة زوجية لا تطيقها¹.

وبعد تعريف الخلع وتمييزه عما يشابهه من النظم، ستكون مشروعيته والحكمة منها وتكييفه محل الدراسة في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

الحكم الشرعي للخلع وتكييفه الفقهي

إن اعتبار الخلع تصرف شرعي يؤدي بالضرورة إلى القول أن له حكم شرعي، وهو حكم تكليفي² تعتريه الأحكام الخمسة من وجوب، وندب، وإباحة، وكراهة، وتحريم³.

وقد وقع الإختلاف حول تكييفه هو طلاق أم فسخ؟ وهل هو معاوضة أم يمين؟ كما كان وقوع الخلع بالسلطان أو بدونه محل خلاف بين الفقهاء.

فما هو الحكم الشرعي للخلع؟ (الفرع الأول) وما هو تكييفه الفقهي؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الحكم الشرعي للخلع

إن القول بأن الخلع تعتريه مجموعة من الأحكام التكليفية يقود إلى طرح التساؤلات التالية: متى يكون الخلع مباحا (أولا)؟ ومتى يكون مكروها (ثانيا)؟ ومتى يكون حراما (ثالثا)؟

أولا: الطلاق الخلعي المباح:

إذا كان الخلع بسبب الكراهة بين الزوجين، والخوف من أن تؤدي هذه الكراهة إلى التفريط

¹ عماري نور الدين، دور إرادة...، المرجع السابق، ص 225؛ المستاري نور الهدى، المرجع السابق، ص 30.

² يكون الحكم التكليفي مطلوباً فعلة واجبا إذا طلب الشارع فعلة طلبا حتما على سبيل الإلزام، ويكون مندوبا كل ما طلب الشارع فعلة طلبا غير حتم على سبيل الترجيح لا الإلزام، كما يكون مخير بين فعله وتركه، فيكون مباحا كل ما خير الشارع المكلف بين فعله أو تركه، ويكون كذلك مطلوباً تركه، بأن يكون مكروها وهو كل ما طلب الشارع من المكلف الكف عن فعله طلبا غير حتم على سبيل الترجيح لا الإلزام، أو حراما إذا طلب الشارع الكف عن فعله طلبا حتما أي على سبيل الإلزام، عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 67، 68؛ أنظر، عماد علي جمعة، أصول الفقه الميسر، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 102.

³ عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 67، 68.

في الحقوق الزوجية، كأن تكره الزوجة زوجها لسوء خلقه، أو لقلته في دينه، أو لقبح في منظره، أو لكبره، أو لضعفه، فيكون الخلع مباحاً¹. جاء في كشاف القناع: "وإذا كرهت المرأة زوجها لخلقها أو لخلقها أي صورته الظاهرة أو الباطنة، أو كرهته لنقص دينه أو لكبره أو ضعفه أو نحو ذلك، وخافت إثماً بترك حقه، فيباح لها أن تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منه"². ويستثنى الشافعية من الكراهة في الخلع أن يخاف الزوجان ألا يقيما حدود الله، فيختلعا خوفاً من ذلك، وأن يحلف بالطلاق الثلاث على عدم فعل شيء لا بد من فعله، كدخول الدار، فيخالعها ليخلصه من الطلاق الثلاث ثم يفعله³.

يرى جانب من الفقه أن جمهور الفقهاء ذهب إلى القول بجواز الخلع مطلقاً⁴، بينما يرى البعض الآخر أن جمهور الفقهاء علق الخلع على التراضي، إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها⁵. وأجازه البعض إذا كرهت الزوجة البقاء مع زوجها⁶، فمجرد وجود الشقاق من قبل المرأة كاف في جواز الخلع⁷، ولا يتقيد ذلك بوجوده منهما جميعاً، ويشرع إذا كرهت عشرة زوجها ولو لم يكرهها ولم ير منها ما يقتضي فراقها⁸. أما ابن المنذر وطاووس والشعبي وجماعة من التابعين فقد اختاروا أنه لا يجوز الخلع حتى يقع الشقاق بين الزوجين جميعاً⁹.

بينما قال أبو قلابة ومحمد بن سيرين أنه لا يجوز الخلع إلا أن يرى على بطنها رجلاً¹⁰،

¹ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 267؛ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 253.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 212.

³ أنظر، إبراهيم بن محمد بن أحمد الباجوري، حاشية الباجوري، م 1، ط 1، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، 2016، ص 464.

⁴ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 94.

⁵ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 596.

⁶ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1277.

⁷ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 401؛ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1277.

⁸ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 401.

⁹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 94؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 401؛ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1277.

¹⁰ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 401؛ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1277؛ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 268.

أي رآها تزني¹، وقد استدلا في ذلك بقوله عز وجل: "وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ"² وقوله تعالى: "إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ".

في هذا السياق، قال ابن رشد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "فيتحصل في الخلع خمسة أقوال: قول أنه لا يجوز أصلا، وقول إنه يجوز على كل حال، أي مع الضرر. وقول: إنه لا يجوز إلا مع مشاهدة الزنا. وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله. وقول أنه يجوز في كل حال إلا مع الضرر، وهو المشهور"³.

ثانيا: الطلاق الخلعي المكروه:

يكون الخلع مكروها بغير سبب، إذ قد تلجأ الزوجة إلى الخلع بدون سبب حيث تكون حياتها مع زوجها مستقيمة بدون كراهة بينهما ولا يوجد تقصير من أحدهما في حق الآخر.

يقول الشافعية أن الخلع في هذه الحالة جائز لأن العبرة بالتراضي عندهم، إذ قال الشيرازي: "وإن لم تكره منه شيئا، وتراضيا على الخلع من غير سبب، جاز، لقوله عز وجل: "فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا"⁴، ولأنه عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر، فجاز من غير ضرر⁵. وذهب الحنفية والمالكية ومعظم الحنابلة إلى أنه يكره للمرأة أن تطلب الخلع من زوجها بدون سبب، ويصح الخلع. وقال ابن قدامة في المغني: "فلما قال: كره له. دل على أنه أراد مخالفتها له، والحال عامرة، والأخلاق ملتزمة، فإنه يكره لها ذلك، فإن فعلت، صح الخلع، في قول أكثر أهل العلم، منهم أبو حنيفة، والثوري، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، ويحتمل كلام أحمد تحريمه"⁶. كما ورد في كشف القناع: "وإن خالعت المرأة مع استقامة الحال كره ذلك، لحديث ثوبان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة"⁷، ولأنه عبث فيكون مكروها ووقع الخلع"⁸. قال البهوتي في عمدة الطالب لنيل

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 94.

² سورة البقرة، الآية 229.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 596.

⁴ سورة النساء، الآية 4.

⁵ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 254.

⁶ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 270، 271.

⁷ رواه الخمسة إلا النسائي

⁸ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 212.

المآرب: "ويكره بلا حاجة"¹.

ثالثا: الطلاق الخلعي الحرام:

على خلاف الرأي القائل بأن الخلع بدون سبب مكروه، ذهب بعض الفقهاء إلى تحريم الخلع بدون سبب، حيث احتمل كلام أحمد حول الخلع تحريمه لغير حاجة تدعو إليه، وقد قال بذلك كثير من أهل العلم. قال ابن قدامة: "ويحتمل كلام أحمد تحريمه، فإنه قال: الخلع مثل حديث سهلة، تكره الرجل فتعطيه المهر، فهذا الخلع. وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحا إلا في هذه الحال. وهذا قول ابن المنذر، وداود. وقال ابن المنذر: وروي معنى ذلك عن ابن عباس، وكثير من أهل العلم"²، وقد استندوا في ذلك إلى قوله تعالى: "وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"³، حيث جاء التحريم صريحا في إذا لم يخافا ألا يقيما حدود الله، وجاء التعليل بالوعيد في تلك حدود الله. كما استندوا في ذلك إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق، من غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة"⁴، "المختلعات والمنترعات هن المنافقات"⁵، وفي هذا دليل على تحريم الخلع من غير حاجة.

كما يكون الخلع حراما، وذلك إذا كان النشوز من قبل الزوج لأجل الإفتداء، كأن ينالها بالضرب والأذى حتى تخالعه، أو يضيق عليها، أو يمنعها حقا من حقوقها كالنفقة عليها، حتى تفدي منه نفسها فهذا الخلع حرام، وذلك لإنعقاد الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق، إذ قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يجلب مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"⁶. ووقع

¹ أنظر، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، عمدة الطالب لنيل المآرب في الفقه على المذهب الأحمدي الأمتل مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل، ط1، مبرة جلوي بن ضاوي العتيبي، الكويت، 2010، ص 200.

² موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 271.

³ سورة البقرة، الآية 229.

⁴ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع...، المرجع السابق، ج 3، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات، حديث رقم: 1187، ص 484.

⁵ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع...، المرجع السابق، ج3، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات، حديث رقم: 1186، ص 483.

⁶ أنظر، علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، حديث رقم: 91، ط1، دار بن حزم، بيروت، لبنان، 2011، ص 619.

هذا الخلع موضع اختلاف بين الفقهاء: فجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يقولون أن الخلع باطل والعيوض مردود، لقوله عز وجل "وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبِينَةٍ"¹.

فذهب المالكية إلى أن الزوج إذا ضيق على زوجته وضارها لتخالعه على مال، فإن الطلاق يمضي، ويرد لها ما بذلت²، بدليل ما قاله الإمام مالك في الموطأ: "فقد قال مالك في المفتدية التي تفتدي من زوجها أنه إذا علم أن زوجها أضربها وضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها، مضى الطلاق، ورد عليها مالها"³. ويرى الشافعية أنه إذا ضربها، أو منعها حقها، طمعا في أن تخالعه على شيء من مالها، لم يجز، فإن طلقها في هذه الحال على عوض لم يستحق العوض، لأنه عقد معاوضة، أكرهت عليه بغير حق، فلم يستحق فيه العوض كالبيع، فإن كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها. ولهم قولان في عضل الزوج لزوجته إذا زنت أو أتت بفاحشة، أحدهما يجوز الخلع، ويستحق فيه العوض، والثاني لا يجوز، ولا يستحق العوض⁴.

كما يرى الحنابلة أنه إذا عضل الزوج زوجته، بأن ضارها بالضرب، والتضييق عليها، أو منعها حقوقها، من القسم، والنفقة، ونحو ذلك، كما لو نقصها شيئا من ذلك ظلما، لتفتدي نفسها، فالخلع باطل، والعوض مردود⁵، قال ابن قدامة: "فأما إن عضل زوجته، وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة، والقسم، ونحو ذلك، لتفتدي نفسها منه، ففعلت، فالخلع باطل، والعوض مردود"⁶. كما قال البهوتي: "ويجزم ولا يصح إن عضلها أي: ضربها، أو ضيق عليها، أو منعها حقها، من نفقة أو قسم، ونحوه لتختلع"⁷، ولا يجزم الخلع إذا ضربها على نشوزها، أو ضربها ظلما لسوء خلقها، دون أن يقصد إجبارها على الخلع، لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها، ويكون آثما على ظلمه لها. كما يصح الخلع إن أتت بفاحشة، فعضلها لتفتدي

¹ سورة النساء، الآية 19.

² محمد سكال المجاجي، المرجع السابق، ص 88.

³ مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص 307.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 254.

⁵ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 213.

⁶ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 272.

⁷ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى...، المرجع السابق، ج 5، ص 336.

نفسها منه¹، ورد في عمدة الطالب لنيل المآرب: "ويحرم إن عضلها ظلما لتفتدي، لا إن زنت أو نشزت أو تركت فرضا"².

أما الحنفية فيرون أن الخلع صحيح، والعضل لازم، والزوج آثم عاص³، لأن الزوج يملك حق إسقاط ملكه عنها، والزوجة من أهل المعاوضة والرضا⁴، ولأنه يحرم عليه أن يأخذ شيئا مما أعطاه وهو مضار لها⁵.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة يلاحظ غياب الأحكام التي تنظم هذه المسائل لإكتفاء المشرع بنص وحيد، وهو ما يمثل قصورا تشريعيًا، إذ ينبغي تنظيم الطلاق الخلعي بأحكام واضحة ومحيطة بجميع جوانبه حتى يتسنى للقاضي الفصل في النزاعات المعروضة عليه دون الغوص في الأحكام الشرعية التي نظم بها فقهاء الشريعة الإسلامية هذا النوع من الطلاق. لذلك حبذا لو تنظم جميع المسائل المتعلقة بالخلع في تعديل المشرع لقانون الأسرة، ومنها عضل الزوج لزوجته لإجبارها على الخلع.

وإذا كان الحكم الشرعي للخلع موضع اهتمام الفقهاء فإن تكييفه الفقهي لم يمثل الإستثناء. بل حضي باهتمامهم، واختلفوا في تكييفهم للخلع.

الفرع الثاني

التكييف الفقهي للخلع

إن المتمعن في ما كتبه فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة الخلع سيقف عن كتب على اختلافهم حول تكييف الخلع، ومن بين المسائل التي اختلفوا حول تكييفها والتي شكلت

¹ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 273.

² منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، عمدة الطالب...، المرجع السابق، ص 200.

³ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج4، ص 128؛ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 272.

⁴ جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص 48.

⁵ أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون و القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 523.

تساؤلات طرحت على النحو التالي: هل الخلع طلاق أم فسخ (أولاً)؟ وهل هو معاوضة أم يمين (ثانياً)؟

أولاً: الخلع بين الطلاق والفسخ:

اختلفت آراء الفقهاء في وصف الخلع، بين من رأى أنه طلاق بائن يحتسب من عدد الطلقات، وبين من رأى أنه طلاق رجعي، في حين رأى البعض الآخر أنه فسخ ينقض العقد ولا يحتسب من عدد الطلقات، وفقاً لما يلي:

أ- الخلع طلاق بائن عند الحنفية والمالكية:

عند الحنفية الخلع طلاق بائن، وقد استندوا في ذلك على ما روي عن عمر وعلي بن مسعود رضي الله عنهم موقوفاً عليهم ومرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الخلع تطليقة بائنة¹. فقد ورد في الدر المختار: "وحكمه أن الواقع به ولو بلا مال وبالطلاق الصريح على مال طلاق بائن"²، وفي كنز الدقائق: "هو الفصل من النكاح. الواقع به، وبالطلاق على مال: طلاق بائن، ولزمه المال"³، وفي المبسوط: "والخلع تطليقة بائنة عندنا"⁴. ويرى الكاساني: "ولنا أن هذه فرقة بعوض حصلت من جهة الزوج، فيكون طلاقاً... ولأنه طلاق بعوض، وقد ملك الزوج العوض بقبولها فلا بد وأن تملك هي نفسها تحقيقاً للمعاوضة، ولا تملك نفسها إلا بالبائن فيكون طلاقاً بائناً؛ ولأنها إنما بذلت العوض لتخليص نفسها عن حباله الزوج ولا تتخلص إلا بالبائن؛ لأن الزوج يراجعها في الطلاق الرجعي فلا تتخلص ما لها بغير شيء وهذا لا يجوز فكان الواقع بائناً"⁵.

ويرى المالكية أن الخلع سواء كان بعوض أو بغير عوض طلاق بائن لا رجعة فيه، فلا تحل له إلا بعقد جديد، حتى ولو قال الزوج حين دفع العوض أو حين تلفظ بالخلع طلقك طلاق رجعية

¹ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 171.

² محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبدالرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 234.

³ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 294.

⁴ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 171.

⁵ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج 3، ص 144، 145.

يقع بائنا، فتسقط النفقة والإرث¹. والخلع عندهم طلقة بائنة، لأنها أعطته العوض لتملك نفسها، ولو كان رجعيًا لم تنتفع بما بذلت، ولاجتمع للزوج المعوض والمعوض عنه، وهو ما يتعارض مع الأصول². إذ ورد في المدونة الكبرى: "قلت: أرأيت النشوز إذا كان من قبل المرأة أيحل للزوج أن يأخذ منها ما أعطته على الخلع؟ قال: نعم، إذا رضيت بذلك ولم يكن منه في ذلك ضرر لها. قلت: ويكون الخلع ههنا تطليقة بائنة في قول مالك؟ قال: نعم"³. وفي رسالة أبي زيد القيرواني: "والخلع طلقة لا رجعة فيها وإن لم يسم طلاقًا إذا أعطته شيئًا فخلعها به من نفسه"⁴. كما روي عن عمر وعبد الله وعثمان والحسن وأبي سلمة وشريح وإبراهيم والشعبي ومكحول أن الخلع تطليقة بائنة⁵. وقد قال أبو حنيفة بأن الخلع طلاق بائن، ويلحق المختلعة طلاقه ما دامت في العدة، بينما قال مالك والشافعي أنه طلاق بائن ولا يلحقها طلاقه في العدة⁶. ومن أدلة القائلين بأن الخلع طلاق قول الرسول صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، وفي ذلك أمر بطلاقها مقابل إرجاع الحديقة بلفظ الطلاق الصريح، إذ جعل الخلع طلاقًا⁷، ولأن الزوجة إنما بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق، دون الفسخ، فوجب أن يكون الخلع طلاقًا⁸، ولأن الله تعالى ذكر الخلع بين طلاقين في قوله "الطلاق مرتان"، فدل على أنه ملحق بهما، ولأنه لو كان فسخًا لما جاز على غير الصداق⁹. واحتج أيضا من قال بأنه طلاق أن الفسخ هو الذي يقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره، والخلع راجع لاختياره، فلا يكون بفسخ¹⁰.

ب- الخلع طلاق رجعي عند بعض الفقهاء:

وهناك من الفقهاء ومنهم ابن حزم الظاهري وسعيد بن المسيب من ذهب إلى القول بأن

¹ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 147؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 351.

² محمد سكحال المجاجي، المرجع السابق، ص 91.

³ مالك بن أنس الأصبجي، المدونة...، المرجع السابق، ص 241.

⁴ أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، رسالة ابن أبي زيد...، المرجع السابق، ص 131.

⁵ أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن...، المرجع السابق، ج 2، ص 95.

⁶ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ص 239.

⁷ عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 224.

⁸ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 258.

⁹ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 439.

¹⁰ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 597.

الخلع طلاق رجعي إلا إذا طلقها ثلاثا، أو كانت غير موطوءة. فقد جاء في المحلى: "وأما من قال: أن الخلع طلاق رجعي فكما روينا عن طريق عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب أنه قال في المختلعة إن شاء أن يراجعها فليردد عليها ما أخذ منها في العدة وليشهد على رجعتها، قال معمر وكان الزهري يقول ذلك قال قتادة وكان الحسن يقول لا يراجعها إلا بخطبة. وفي هذا قال أبو محمد: قد بين الله تعالى حكم الطلاق وأن بعولتهن أحق بردهن وقال (فامسكوهن بمعروف، أو فارقوهن بمعروف) فلا يجوز خلاف ذلك، وما وجدنا قط في دين الإسلام عن الله تعالى ولا عن رسوله صلى الله عليه وسلم طلاقا بائنا لا رجعة فيه إلا الثلاث مجموعة أو مفرقة أو التي لم يطأها ولا مزيدا وإما عدا ذلك فأراء لا حجة فيها"¹.

وقد رد عليه ابن تيمية في فتاويه أن مقصود الإفتداء لا يحصل إلا مع البينونة ولهذا كان حصول البينونة بالخلع مما لم يعرف فيه خلاف بين المسلمين، كما رد عليه عبد الرحمن الصابوني بقوله أن رأي ابن حزم لا يتفق مع الغاية المرجوة من تشريع الخلع لأنه لا يحقق للزوجة الخلاص الذي شرعه الله، وإعطاء حق المراجعة للزوج في الخلع ينافي الغرض الذي لأجله شرع الخلع².

ج: الخلع بين الطلاق البائن والفسخ عند الشافعية والحنبلية:

قال ابن قدامة: "اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع؛ ففي إحدى الروايتين أنه فسخ. وهذا اختيار أبي بكر، وقول بن عباس، وطاوس، وعكرمة، وإسحاق، وأبي ثور، وأحد قولي الشافعي. والرواية الثانية، أنه طلقه بائنة". ففي الفقه الحنبلي، اختلفت الروايات عن أحمد بن حنبل حول الخلع، ففي رواية أولى يرى الإمام أحمد أن الخلع فسخ، وقد استشهد في ذلك بقول ابن عباس أن الخلع فسخ، الذي استدل بقوله عز وجل: "الطلاق مرتان"، ثم قوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، ثم قال: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"، حيث اشتملت الأولى على طلقتين، والثانية على الخلع، والثالثة على تطليقة، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربع طلاقات، وهو ما لا ينسجم مع ذهبنا إليه الشريعة الإسلامية من أن الزوج لا يملك إلا ثلاث طلاقات على زوجته، ولأن الخلع فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته، كان الخلع فسخا³.

¹ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ص 239، 240.

² عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 598.

³ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 216؛ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 275.

بينما يرى في رواية ثانية أن الخلع طلقة بائنة، لأن المختلعة تبذل العوض لفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق، ولأن الخلع جاء بكناية الطلاق، قاصداً بها فراقها، كان الخلع طلاقاً¹، فقد جاء في المقنع: "والخلع طلاق بائن إلا أن يقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولا ينوي به الطلاق، فيكون فسخاً، لا ينقص به عدد الطلاق في إحدى الروايتين، وفي الرواية الأخرى هو طلاق بائن بكل حال"².

وعند الشافعية الفرقة بلفظ الخلع طلاق ينقص عدد الطلقات في قول، وفسخ في قول آخر منسوب للقديم لا ينقص عدد الطلقات³، إذ يرى الإمام النووي أنه إذا فارق الزوج زوجته على عوض بلفظ الطلاق، يكون ذلك طلاقاً سواء كان بصريح الطلاق أو كنياته. أما إذا كان بلفظ الخلع، فقولان: ففي القديم الخلع فسخ، لا ينقص به عدد الطلقات، وللزوج تجديد نكاحه منها بعد الخلع بلا حصر. أما في الجديد الخلع طلاق ينقص به عدد الطلقات، إذا خالعتها ثلاث مرات، لا يتأتى له نكاحها إلا بعد أن تتزوج زوجها آخر يموت عنها، أو يطلقها⁴.

وفي هذا السياق، جاء في حاشية قليوبي وعميرة: "الفرقة بلفظ الخلع طلاق ينقص عدد فإذا خالعتها ثلاث مرات لم ينكحها إلا بمحلل، وفي قول فسخ لا ينقص عدداً ويجوز تجديد النكاح بعده من غير حصر"⁵. وأشار الشيرازي إلى قول ثالث للشافعي في الأم أنه لا يقع بالخلع فرقة، لأنه كناية في الطلاق من غير نية فلم يقع بها فرقة⁶. كما جاء ذلك في فتح الباري: "والثالث إذا لم ينو الطلاق لا يقع به فرقة أصلاً ونص عليه في الأم وقواه السبكي من المتأخرين"⁷، وفي مغني المحتاج: "وفي نص عليه في الأم أنه لا يحصل به شيء، لا فرقة طلاق ولا فسخ"⁸.

ومجمل القول في وصف الخلع هل هو طلاق أم فسخ؟ ما قاله ابن رشد الحفيد على أن الخلع طلاق بائن، على ما ذهب إليه جمهور العلماء من مالكية وحنفية، لأنه لو كان للزوج في

¹ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 275.

² موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع...، المرجع السابق، ص 330.

³ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 439.

⁴ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 375.

⁵ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي و شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتان...، المرجع السابق، ج 3، ص 312.

⁶ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 257.

⁷ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 396.

⁸ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 439.

العدة منه الرجعة عليها، لم يكن لافتدائها معنى. بينما هو فسخ في قول الشافعي وأحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس، واحتجوا في ذلك على قوله عز وجل "الطلاق مرتان"، ثم ذكر الإفتداء، ثم قال: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"، فلو كان الإفتداء طلاقا، لكان الطلاق الذي لا تحل فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع، وعندهم الفسخ يقع بالتراضي قياسا على البيع، وكذلك الخلع يقع بالتراضي¹.

ومن بين حجج القائلين بأن الخلع فسخ ما جاء في السنة النبوية حين أمر النبي صلى الله عليه وسلم امرأة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة واحدة، مما يدل على أن الخلع فسخ وليس بطلاق، لقوله عز وجل: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"، ولو كانت هذه مطلقة لم يقتصر بها على قرء واحد²، إذ جاء عن الربيع بنت معوذ: "أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي، فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ثابت، فقال له: خذ الذي لها عليك وخل سبيلها؟ قال: نعم، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتربص بحيضة واحدة وتلحق بأهلها"³. فما جاء في هذا الحديث من التعبير بـ"خل سبيلها"، "وتلحق بأهلها" يحمل من الدلالة على أن الخلع فسخ وليس بطلاق⁴، وكذلك ما روي عن ابن عيينة عن عمرو عن طاوس بن عباس أن ابراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأله: رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أيتزوجها؟ قال: نعم لينكحها، ليس الخلع بطلاق"⁵.

وقد رجح بعض الفقهاء المحدثين الرأي القائل بأن الخلع فسخ رغم قوة الأدلة التي استند إليها من قال أنه طلاق⁶، بل ذهب بعضهم إلى القول بأن الأرفق بالناس أن يعد الخلع فسحا لا طلاقا⁷.

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 597.

² أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج3، ص 144.

³ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، حديث رقم 2891، ص 1276.

⁴ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 173.

⁵ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج3، ص 143.

⁶ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 614.

⁷ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 177.

د- موقف المشرع الجزائري:

من خلال ترتيب النصوص القانونية التي نظم بها قانون الأسرة النكاح الفاسد والباطل وفك الرابطة الزوجية يمكن القول بأن المشرع الجزائري اعتنق الرأي الفقهي للجمهور الذي كيف الخلع على أنه طلاق. فقد ورد نص المادة 54 من ق.أ التي نظم بها المشرع الأسري الخلع في الفصل الأول تحت عنوان الطلاق من الباب الثاني من قانون الأسرة تحت عنوان انحلال الزواج، وهو ما يفيد بأن الخلع طلاق. أضف إلى ذلك المشرع الجزائري جعل من الخلع طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية بموجب نص المادة 48 من ق.أ الذي جاء فيه "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يخل 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". كما أن نص المادة 50 من ق.أ: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، ورد بصيغة عامة شملت جميع طرق فك الرابطة الزوجية من طلاق بالإرادة المنفردة وطلاق بالتراضي وتطبيق وخلع¹. وعليه، فإن الخلع هو طلاق بائن في قانون الأسرة الجزائري لأنه لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي شأنه شأن جميع صور فك الرابطة الزوجية.

ولم يعتبره فسحا بدليل أن الفسخ خص بها حالات معينة بموجب المواد 32 إلى 35 من ق.أ التي وردت في الفصل الثالث تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل من الباب الأول، ولم تتضمن نصوص هذه المواد ما يشير ولو ضمنا إلى أن الخلع يندرج ضمن الحالات التي يكون فيها الفسخ. لذلك يلاحظ من خلال هذه النصوص أنه لو كانت نظرة المشرع للخلع على أساس أنه فسخ لأدرجه تحت الفصل الثالث من الباب الأول المتعلق بالعقد الفاسد، ولكن إذا أخذ بالمعنى اللفظي لما ورد في نص المادة 48 من ق.أ، فإن في ذلك إقرار صريح أن المشرع اعتبر أن الفرقة الواقعة بالخلع هي طلاق².

وقد كان ذلك واضحا في قرارات المحكمة العليا التي اعتبرت الخلع في بعض قراراتها تطليقا، وفي قرارات أخرى طلاقا، وكلا اللفظين يصبان في معنى الطلاق. وهذا يظهر جليا في بعض قراراتها: "وعليه فإن القضاة في قضية الحال لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا

¹ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 590.

² عماري نور الدين، دور إرادة...، المرجع السابق، ص 354.

صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"¹؛ ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت، ولما لم يكن لها سببا فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد قبولا من هذا الأخير فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع، يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة"²؛ "...وتبعاً لذلك لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع لأن القاضي ملزم بالقضاء به يوم النطق بالطلاق خلعا..."³.

كما تبنت أحكام الخلع الرأي القائل بأن الخلع طلاق، إذ أنها تقضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، وغني عن البيان الإشارة إلى أن المشرع الجزائري تبني طريقتين لانحلال الرابطة الزوجية بموجب نص المادة 47 من ق.أ. التي جاء فيها أنه: "يتم حل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، واستعمال القضاة لعبارة "فك الرابطة الزوجية" في أحكامهم الفاصلة بالخلع يدل بما لا يدعو إلى الشك أن الخلع طلاق تترتب عليه نفس الآثار العامة للطلاق.

ثانياً: الخلع بين المعاوضة واليمين:

سيتم البحث في موقف الفقه الإسلامي من الخلع هل هو معاوضة أم يمين (أ) ثم موقف المشرع من هذه المسألة (ب).

أ- موقف الفقه الاسلامي:

يرى أبو حنيفة أن الخلع يمين من جانب الزوج، ومعاوضة من جانب الزوجة⁴، فكان يميناً من جانبه لأنه تعليق الطلاق بقبول المال، فلا يصح رجوعه قبل قبولها، ولا يصح شرط الخيار له، ولا يقتصر على المجلس، ويقتصر قبولها على مجلس علمها، وكان معاوضة بمال في جانب الزوجة،

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/07/21، ملف رقم 83603، الإجتهد القضائي، ص 134، مقتبس عن باديس دياي، صور وآثار...، المرجع السابق، ص 81.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1988/11/21، المجلة القضائية، عدد 03، 1990، ص 72، مقتبس عن باديس دياي، صور و...، المرجع السابق، ص 79.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2006/10/11، ملف رقم: 365244، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 1، ص 467.

⁴ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج 4، ص 121.

فيصح رجوعها قبل قبوله، ويصح لها شرط الخيار، ويقتصر على المجلس¹.

ويعود السبب في قول الأحناف أن الخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج إلى أن الزوج الذي يقول لزوجته: خالعتك على مائة دينار يعلق الطلاق على قبول دفع مائة دينار، وكأنه يقول لها إن أعطيتني مائة دينار فأنت طالق، وللتعليق عند الأحناف حكم الأيمان²، فيسمى في اصطلاح فقهاءهم يمينا³، لذلك يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج⁴. وقد اعتبروا أن الخلع معاوضة من جانب الزوجة لأنها تعطي الزوج مالا نظير طلاقها، إذ يتم بين الزوجين بإيجاب وقبول، فتدفع الزوجة المال ويملكها الزوج نفسها مقابلا لذلك المال⁵.

أما أبو يوسف ومحمد فقد ذهبوا إلى القول أن الخلع يمين من جانب الزوج ومن جانب الزوجة، حيث جاء في شرح فتح القدير: "وشرطه شرط الطلاق، وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا، وصفته أنه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى أحكام اليمين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها عند أبي حنيفة، وعندهما هو يمين من الجانبين"⁶.

والراجع عند الأحناف في هذه المسألة قول أبو حنيفة⁷. فقد قال صاحب الجوهرة النيرة: "وحكمه من جهتها: حكم المعاوضة، حتى يجوز لها الرجوع عنه، ويطل بإعراضها... وحكمه من جهة الزوج: حكم التعليق أي طلاق معلق بشرط، حتى لا يصح رجوعه عنه... ولا يبطل بإعراضه عنه"⁸. وورد في الهداية شرح بداية المبتدي: "ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع، حتى يصح رجوعها، ولا يتوقف على ما وراء المجلس، فيصح اشتراط الخيار فيه، أما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه، ويتوقف على ما وراء المجلس، ولا خيار في الأيمان"⁹.

يتضح مما سبق ذكره، أنه يترتب على القول أن الخلع يمين من جانب الزوج إذا أوجب الزوج الخلع ابتداء، كقوله لها: خالعتك على كذا، لا يجوز رجوعه عن إيجابه قبل جواب الزوجة. وإذا قام

¹ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 234.

² عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 515.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 488.

⁴ باديس دياي، صور وآثار...، المرجع السابق، ص 67.

⁵ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 516.

⁶ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج 4، ص 188.

⁷ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 515.

⁸ أبو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي، المرجع السابق، ص 215.

⁹ برهان الدين أب الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ص 289.

الزوج من المجلس قبل جواب الزوجة لا يبطل إيجابه، لأن إيجاب الزوج لا يقتصر على المجلس الذي أوجب فيه. كما لا يصح للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة، فإذا اشترط الخيار يبطل الشرط، ويصح الخلع، كأن يقول لها: خالعتك في نظير كذا، على أن لي الخيار ثلاثة أيام، فقبلت الزوجة، يقع الطلاق في الحال، ويلزم الزوجة المال، ويجوز له أن يعلق الخلع على شرط، وليس للزوجة أن تقبل قبل تحقق الشرط. أما إذا قبلت الزوجة عند تحقق الشرط، صح الخلع، مثل قوله لها: إذا قدم فلان فقد خالعتك على كذا، أو إذا تزوجت عليك فقد خالعتك على كذا. ويجوز له أيضاً أن يضيف الخلع إلى زمن مستقبل، وليس للزوجة أن تقبل قبل إنقضاء الوقت المعين، أما إذا قبلت عند حلول الوقت المضاف صح الخلع، كقوله لها: خالعتك على كذا غداً أو رأس الشهر القادم¹.

ويترتب على القول أن الخلع معاوضة من جانب الزوجة أنه يصح لها رجوعها عن الإيجاب إذا ابتدأت الخلع قبل قبول الزوج، وأنه يقتصر قبولها في المجلس إن كانت حاضرة فيه، وفي مجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة عن مجلس الإيجاب، ولا يشترط حضورها في المجلس، بل يتوقف الإيجاب على ما وراء المجلس بعكس عقد الزواج، فلو كانت غائبة فبلغها الخبر، فلها القبول في مجلس علمها به؛ لأنه في جانبها معاوض. كما يجوز لها أن تشترط الخيار لنفسها في مدة معلومة إذا ابتدأت الخلع، كأن تقول لزوجها: خالعتك على كذا على أن لي الخيار ثلاثة أيام، فيصح الشرط إذا قبل الزوج، ولها أن تقبل أو ترفض؛ لأنه يصح اشتراط الخيار في المعاوضات، ولكن لا يجوز لها أن تعلق إيجابها على شرط ولا أن تضيفه إلزمين مستقبل؛ لعدم جواز تعليق المعاوضات على شرط أو إضافتها إلى زمن مستقبل².

أما فقهاء الشافعية فقد اختلفوا في مسألة التكييف الفقهي للخلع وسبب الإختلاف هو هل أن الفرقة بالخلع طلاق أم فسخ³، فالخلع عقد معاوضة عند البعض⁴. وعند البعض الآخر

¹ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 173؛ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج 2، ص 149، 150؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 488، 489؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 132، 133.

² شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 173؛ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 517؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 489، 490؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 133.

³ عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 132، 135 و 140.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 254.

عقد معاوضة محضة لا مدخل للتعليق فيه عند القول بأنه فسخ، وعقد معاوضة فيها شوب تعليق عند القول أنه طلاق إذا بدأ هو بطلاقها وذكر العوض، لأنه يأخذ مالا في مقابلة ما يزيله، والشوب فيه لكونه يترتب على قبول المال كترتب الطلاق المعلق بشرط، ومعاوضة فيها شوب عجالة كذلك عند القول أنه طلاق إذا بدأت بسؤال الطلاق فأجابها، لها الرجوع قبل أن يجيبها، لأن هذا حكم المعاوضة والجماعة¹.

ويرى المالكية أن الخلع معاوضة² عن البضع تملك به المرأة نفسها ويملك الزوج به العوض عليها ملكا تاما لا يفتقر إلى حيازة لأنه خرج على عوض، بخلاف الهبة والصدقة وما أشبه ذلك مما خرج على غير عوض³. كما يرى الحنابلة أن الخلع معاوضة بين الجانبين⁴ ما لم يكن الإيجاب بالخلع صادرا من الزوج بصورة تعليق، لأنه يكون حينئذ تعليقا⁵.

ويتربط على القول أن الخلع معاوضة بين الجانبين أنه يجوز رجوع أحد الزوجين إيجابه قبل قبول الطرف الآخر، وأن قيام أحدهما عن المجلس قبل قبول الطرف الآخر يعتبر إعراضا أو رجوعا، ويجوز اشتراط الخيار مدة معلومة لكل من الزوجين⁶.

ب- موقف المشرع الجزائري:

أما في القانون الجزائري فبعد صدور قانون الأسرة اكتنف الغموض موقف المشرع من الخلع باعتباره عقدا رضائيا يتوقف على موافقة الزوجين أو باعتباره حقا للزوجة لا يستوجب موافقة الزوج نظرا لسكوت نص المادة 54 على ذلك. الأمر الذي أدى إلى بروز موقف المحكمة العليا في بادئ الأمر الذي اعتبر الخلع عقدا رضائيا يتوقف وقوعه على موافقة الزوج، ثم ما لبثت بعد ذلك أن غيرت موقفها لتعتبر الخلع حقا للزوجة تلجأ إليه دون توقف وقوعه على موافقة الزوج. وكان لهذا الموقف الأخير إنعكاسه الواضح على تعديل نص المادة 54 والذي أصبح ينص صراحة على

¹ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج7، ص 379-382.

² علي الخفيف، المرجع السابق، ص 134؛ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 520.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات...، المرجع السابق، ج1، ص 558.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 487؛ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 291.

⁵ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 528.

⁶ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 291.

أنه يجوز للزوجة دون موافقة زوجها مخالعة نفسها، ليرتقي الخلع بذلك إلى طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة وسيأتي تفصيل ذلك في المبحث الثالث من هذا الفصل.

بعد الوقوف على رأي جمهور الفقهاء الذي كيف الخلع على أنه معاوضة، ينبغي البحث على آراء الفقهاء حول مسألة وقوع الخلع عند القاضي أو بدونه.

ثالثا: الخلع عند السلطان أو بدونه:

يرى جمهور الأئمة والفقهاء على أن الخلع يجوز بدون القاضي¹، حيث يقول فقهاء الحنفية أنه يجوز الخلع عند السلطان وغيره لأنه عقد يقوم على التراضي، وهو بمنزلة الطلاق بعوض، أين يملك الزوج ولاية إيقاع الطلاق، وللزوجة ولاية إلتزام العوض². أما الحنابلة فقد استندوا في قولهم أنه لا يفتقر الخلع إلى حاكم إلى قول الإمام أحمد الذي أجاز الخلع دون السلطان، وإلى رواية البخاري عن عمر، وعثمان، رضي الله عنهما، وأقوال شريح، والزهري، ومالك، والشافعي³، لأن الخلع عندهم معاوضة ولأنه كذلك لم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح⁴. ويرى الشافعية أن الخلع يجوز من غير حاكم، لأنهم يعتبرون الخلع قطعاً لعقد بالتراضي بهدف دفع الضرر، لذلك لم يفتقر إلى الحاكم كالإقالة في البيع⁵.

ويرى المالكية جواز الخلع بحاكم أو بغير حاكم⁶، وهو ما يمكن الوقوف فيما تضمنه كتاب الكافي في فقه أهل المدينة من أن: "الخلع جائز عند السلطان وعند غير السلطان"⁷.

وقد ذهب الجصاص إلى أنه لا خلاف بين فقهاء الأمصار في جوازه دون السلطان، وقد

ساق لذلك الأدلة التالية⁸:

¹ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 587.

² شمس الدين السرخسي، الميسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 173.

³ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 268.

⁴ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 269.

⁵ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 257.

⁶ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 347.

⁷ أنظر، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط 1، مكتبة الرياض الحديثة،

الرياض، 1978، ص 593.

⁸ أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن...، المرجع السابق، ج 2، ص 95.

- في قول الله عزوجل "ولا جناح عليها فيما افتدت به"، وقوله تعالى: "ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ماآتينموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة" إباحة الأخذ منها بتراضيها من غير سلطان.
- قول النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس أتردين عليه حديثه فقالت نعم فقال للزوج خذها وفارقها فيه دلالة على وقوع الخلع من غير سلطان، لأنه لو كان الخلع بإذن السلطان لما سألهما الرسول صلى الله عليه وسلم إذا علم أنهما لا يقيمان حدود الله، بل كان يخلعها منه ويرد عليه حديثه شاء الزوجان أم أيبا، إذ أن الرسول صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين في رواية لسهل بن سعد وفي حديث آخر قال الرسول للملاعن لا سبيل لك عليها، وبذلك كانت فرقة المتلاعنين إلى الحاكم، عكس الخلع الذي يجوز دون السلطان.
- الحديث النبوي الشريف القائل: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه"¹.

وقد استدلل أصحاب الرأي القائل بجواز الخلع دون السلطان بعموم آيات القرآن التي شرعت الخلع دون أن تشترط إذن السلطان، ويقول عمر وعثمان وجمهور الصحابة بأن الخلع لا يفتقر إلى حاكم، وبأن الخلع عقد معاوضة يتم بالتراضي كسائر العقود التي تتم بدون حضور القاضي. كما احتجوا بأن كون الخلع طلاق فهو حق للرجل يملكه دون إذن أحد²، وبما أن الطلاق يقع بدون حكم وجائز دون الحاكم، فكذلك الخلع لا يحتاج إلى حاكم³.

بينما ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان، إذ روي ذلك عن ابن سيرين بن الجبير والحسن أنه لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان⁴، وقد احتج أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: "وإن خفتن أن لا يقيما حدود الله" وبقوله عز وجل "وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها" إذ جعل الخوف فيهما لغير الزوجين، ولم يقل فإن خافا، فالخطاب موجه للولاة وليس للزوجين⁵. وعن سعيد بن جبير لا يكون الخلع حتى يعظها فإن اتعضت وإلا هجرها فإن اتعضت وإلا ضربها فإن اتعضت وإلا ارتفعا للسلطان فيبعث حكما

¹ علي بن عمر الدر قطي، سنن الدار قطي، حديث رقم 91، كتاب البيوع، ط1، دار بن حزم، بيروت، لبنان، ص 619.

² عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 589.

³ أحمد نصر الجندي، الطلاق...، المرجع السابق، ص 403.

⁴ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ص 188؛ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 268.

⁵ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 397، 398.

من أهله وحكما من أهلها فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق وإن رأى أن يجمع جمع¹. ويرى بعض الفقهاء المحدثين أنه إذا تم الإتفاق بين الزوجين بالرضا التام على الخلع، فإن ذلك لا يحتاج إلى القاضي. أما في حالة عدم الإتفاق يرفع الأمر إلى القاضي²، كما يذهب البعض إلى ترجيح رأي جمهور الفقهاء لقوة أدلته، وضعف استدلال مخالفوهم³. أما بخصوص سلطة السلطان أو القاضي في إجبار الزوج على الخلع، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول أنه يندب إجابة الزوج طلب زوجته بالمخالعة. فقد قال البهوتي: "إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه أي صورته الظاهرة أو الباطنة أو كرهته لنقص دينه أو لكبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخافت إثما بترك حقه فيباح لها أن تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منه لقوله تعالى ((إن خفتن أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به))، ويسن له إجابتها"⁴، "وأما الزوج، فالصحيح في المذهب: أنه يستحب له الإجابة إليه، وعليه الأصحاب"⁵. كما قال ابن حجر العسقلاني في فتح الباري في شرح البخاري: "قوله اقبل الحديقة وطلقها تطليقة هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب"⁶، وورد في أحكام القرآن أن الرجل إذا خالغ امرأته، فإنما هو على ما تراضيا عليه، ولا يجبره السلطان على ذلك⁷.

وذهب البعض الآخر إلى القول بوجوب إجابة الزوج لطلب الزوجة إذا أرادت الخلع، إذ جاء في نيل الأوطار: "قوله اقبل الحديقة قال في الفتح هو أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب، ولم يذكر ما يدل على صرف الأمر على حقيقته"⁸. وفسر ذلك على أنه يجب على الزوج الإجابة لطلب زوجته لأنه ليس من صارف يصرف أمره صلى الله عليه وسلم عن الوجوب الذي هو حقيقة الأمر ما لم تكن قرينة تصرفه عنها⁹.

¹ أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحصاص، أحكام القرآن...، المرجع السابق، ج2، ص 94؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ص 237

² عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 590.

³ أحمد نصر الجندي، الطلاق...، المرجع السابق، ص 404.

⁴ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 212.

⁵ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج8، ص 382.

⁶ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 400.

⁷ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج3، ص 138.

⁸ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1277.

⁹ عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 78.

كما ذهب البعض إلى القول بأن ما جاء في بداية المجتهد: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"¹ يدل على أن المالكية ذهبوا إلى القول بوجوب استجابة الزوج لرغبة امرأته في طلب الخلع²، وأن ما قاله ابن رشد هو أبلغ رد على من اشترط رضا الزوج لإيقاع الخلع³.

وقال أبو زهرة أن مالك أجاز إذا ثبت النشوز من قبلها وقالت إنها لا تطيقه بغضا أن يخلعها القاضي من زوجها بإشارة الحكيمين مقابل ما دفعه من مال في الزواج⁴. ويرى أن "المذهب المالكي يتسع للخلع إن فركت المرأة زوجها، ولكن بعد تحكيم الحكيمين، ومحاولة الإصلاح والعجز عنه، ويقر القاضي ما يرتئيان ولو كان خلعا"⁵.

وفي هذا السياق، يرى ابن رشد الجدل أن الزوج لا يجوز له أن يأخذ من زوجته شيئا على فراقه إياها إذا أضر كل واحد منهما بصاحبه، لأن الزوج اختار في الخلع الطلاق، وأجبر الزوجة على أخذ مالها بإضراره لها. ولكن يجوز له أن يأخذ ما حكم به الحكمان من صداقها إذا ما تبين لهما أن كل واحد مضر بصاحبه، لأن الزوج لم يختار الطلاق، بل كان ذلك بإجبار من الحكيمين، الذان أجبرا الزوجة على إعطاء المال⁶.

ويرى الأستاذ عبد الرحمن الصابوني أنه إذا طلبت الزوجة المخالعة من زوجها بإصرار رغم محاولات الصلح، فيجب على الزوج إجابتها، ولأن الله شرع الطلاق بيد الرجل وشرع للزوجة حق الخلع من زوجها، فالطلاق والخلع حقان متبادلان، فإنه لا يجوز للزوج ولا للزوجة أن يتعسف في استعمال حقه، ثم إن على الزوج أن يعظ زوجته وأن يعرف سبب طلبها الخلع، فربما كان السبب طارئا سرعان ما يزول، وعليه كذلك محاولة الإصلاح فإذا تعذر ذلك وجب عليه ديانة أن يطلقها، فإن لم يستجب لطلب الزوجة بالمخالعة لها أن ترفع أمرها للقاضي فيفرك بينهما خلعا⁷.

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 596.

² محفوظ بن الصغير، الإجهاد القضائي...، المرجع السابق، ص 628.

³ آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 315.

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 282.

⁵ المرجع نفسه، ص 340، 341.

⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات...، المرجع السابق، ج 1، ص 557.

⁷ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 221، 228، 229.

أما المشرع الجزائري، فقد انحاز إلى رأي فقهاء الشريعة القائل بأن الخلع لا يجوز إلا أمام السلطان أي أمام القاضي، إذ يتعين على الزوجة التي تطلب الخلع أن تقدم دعواها إلى قسم شؤون الأسرة، لينظر فيها القاضي الذي يصدر حكما يقضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع إستجابة لطلبها متى أصرت عليه أثناء محاولات الصلح، سواء قبل الزوج طلبها أو رفضه. وعلى ذلك فاللجوء إلى القاضي ضروري في الخلع، لسببين، أولهما الفلسفة التشريعية للمشرع الجزائري التي تقوم على الإعتراف بالطلاق القضائي دون سواه، أي أن يكون الطلاق بموجب حكم قضائي. ومن المعلوم كما سبق الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد كيف الخلع على أنه طلاق. وثانيهما، ضرورة تدخل القاضي لإجراء محاولات الصلح أملا في رآب الصدع وإعادة الحياة بين الزوجين إلى سابق عهدها، وتحديد بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الزوجين على مقداره، أضف إلى ذلك أنه لا طلاق في الدولة الحديثة إلا بحكم قاضي¹.

كما يبدو جليا أن المشرع الجزائري اعتنق رأي فقهاء الشريعة الإسلامية الذي يرى بأنه يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى طلب الخلع، وأنه على القاضي إجباره على ذلك²، إذ أجاز للزوجة أن تخالع نفسها بدون موافقة الزوج بموجب المادة 54 من ق.أ، وفي ذلك إجبار للزوج من القاضي على الخلع إذا لم يستجب له عن طواعية³، وينسجم هذا الموقف مع رأي سيد سابق الذي قال: "والخلع يكون بتراضي الزوج والزوجة، فإذا لم يتم التراضي منهما فللقاضي إلزام الزوج بالخلع، لأن ثابتا وزوجته رفعا أمرهما إلى النبي صلى الله عليه وسلم، وألزمه الرسول بأن يقبل الحديقة، ويطلق. كما تقدم في الحديث"⁴. غير أن السيد سابق يرى بجواز الخلع إذا كان هناك سبب يقتضيه، فإذا انعدم السبب كان الخلع محضورا، في حين أن المادة 54 من ق.أ لا تشترط أي سبب للخلع ورغم ذلك أجازته.

ومن بين الأحكام التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية لتنظيم الخلع، تلك التي عنيت

¹ آيت شاولي دليمة، المرجع السابق، ص 322.

² أنظر، عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006، ص 132.

³ عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 130.

⁴ السيد سابق، المرجع السابق، ص 256.

بوضع شروط وأركان للخلع، يتم التطرق إليها بنوع من التفصيل في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

أركان الطلاق الخلعي

لم يتعرض المشرع الجزائري في نص المادة 54 من ق.أ لأركان الخلع إذ اكتفى بالقول بجواز مخالعة الزوجة نفسها بدون موافقة زوجها مقابل مال، وفي ذلك إشارة إلى بعض أركان الخلع أي الزوج والزوجة وبدل الخلع، تاركا المجال للقضاء والفقهاء للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري للبحث في شروط أو أركان الخلع، وعلى النقيض من المشرع الجزائري تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية بإسهاب لشروط¹ الخلع.

فأركان الخلع عند المالكية خمسة: القابل وهو الملتزم بالعوض، والموجب وهو الزوج أو وليه، والعوض وهو الشيء المخالع به، والمعوض وهو بضع الزوجة، والصيغة². وعند الشافعية كذلك أركانه خمسة هي: ملتزم للعوض، وبضع، وعوض، وزوج، وصيغة³، أما الحنفية فللخلع ركن واحد هو الإيجاب والقبول إذا كان بعوض، فلا تقع به الفرقة، ولا يستحق العوض بدون قبول⁴.

ونظرا لأن الطلاق الخلعي يتوقف على وجود هذه الأركان، فإن التساؤلين الذين يطرحان

هما: ما هي أركان الطلاق الخلعي؟ وما هي شروطه؟

من الضروري للإجابة على ذلك دراسة أركان الخلع وشروطها بنوع من التفصيل من زاوية الفقه الإسلامي ومن زاوية القانون الجزائري بدءا بركني الزوج والزوج (المطلب الأول)، وانتهاء بركني الصيغة وبدل الخلع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الزوج والزوجة

حتى ينفذ الطلاق الخلعي اشترط الفقهاء على اختلاف آرائهم توفر بعض الشروط في كل من الزوج والزوجة باعتبارهما ركنان مهمان في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، إذ أنه رغم

¹ هناك من فقهاء الشريعة الإسلامية من يطلق على أركان الخلع تسمية الأركان، وهناك من يطلق عليها تسمية الشروط، آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 312؛ جاء في معنى المحتاج: "شرطه أي ركنه"، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، معنى المحتاج...، ج 4، ص 431.

² أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 147 وما يليها.

³ ابراهيم بن محمد بن أحمد الباجوري، المرجع السابق، ص 464.

⁴ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 88.

أن الشريعة الإسلامية قد أجازت للزوجة أن تخالع نفسها إلا أنها وضعت شروطا لعاقدي الخلع، تحد من إرادة كل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية عند من اعتبره طلاقا بالإتفاق، وتحد من الإرادة المنفردة للزوجة في إيقاع هذا النوع من الطلاق عند من اعتبره طلاقا بالإرادة المنفردة للزوجة، لذلك سينصب البحث في هذا الفرع على ركن الموجب أي الزوج (الفرع الأول) وركن القابل أو ملتزم العوض أي الزوجة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الزوج

يشترط في الخلع أهلية الزوج لإيقاع الطلاق في رأي الجمهور¹، فيصح عند فقهاء الحنابلة من كل زوج يصح طلاقه، لأن الزوج الذي يملك الطلاق بغير عوض فمن باب أولى أن يملكه بالعوض²، وهو نفس رأي فقهاء الشافعية الذين يعتبرون الزوج ركنا لا شرطا، فالزوج الذي يصح طلاقه عندهم ينفذ خلعه، ويشترطون لصحة خلعه البلوغ، والعقل، والإختيار لأن الخلع طلاق والزوج ركن فيه³، كما يصح الخلع عند المالكية من الزوج المكلف⁴، أما الحنفية فيشترطون لوقوع الخلع أهلية الزوج وأن تكون المرأة محلا للطلاق⁵، وقد جاءت شروط الزوج المخالع في المذاهب السنية الأربعة وفقا للتفصيل الآتي:

أولا: خلع الصبي والمجنون:

يرى الحنفية أن خلع الصبي وطلاقه باطل لأنه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره⁶. كما لا يصح خلع الصبي عند الشافعية⁷ الذين يقولون أنه لا يجوز للأب أن يطلق امرأة الإبن الصغير بعوض وبغير عوض، مستندين في ذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "إنما

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 490.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 213؛ بماء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم المقدسي، المرجع السابق، ص 398.

³ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 432.

⁴ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 150؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 352.

⁵ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار...، المرجع السابق، ج 5، ص 88.

⁶ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 178؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه...، المرجع السابق، ج4، ص 385.

⁷ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 432؛ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج7، ص 383.

الطلاق بيد الذي يحل له الفرع¹.

وعلى خلاف ذلك، يميز الحنابلة بين الصبي الغير مميز الذي لا يصح خلعه، والصبي المميز الذي اختلفت فيه روايتان: في رواية يصح خلعه وفي رواية أخرى لا يصح خلعه ستنادا لما تضمنه المغني: "وفي الصبي المميز وجهان، بناء على صحة طلاقه، ومن لا يصح طلاقه، كالطفل والمجنون، لا يصح خلعه، لأنه ليس من أهل التصرف، فلاحكم لكلامه"². كما اختلفوا في صحة خلع الأب زوجة ابنه الصغير أو طلاقها، فوفقا لكتب المقنع³ والمغني⁴ والإنصاف أنه في رواية يصح؛ وفي رواية أخرى لا يصح⁵. كما ورد في عمدة الطالب لئيل المآرب أنه ليس للأب خلع زوجة ابنه الصغير، ولا طلاقها⁶، وفي كشاف القناع أنه يصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه بالغًا كان أو مميزا يعقله رشيدا أو سفيها حرا أو عبدا⁷.

أما عند المالكية، فنخلع الصبي غير واقع، غير أنه يجوز خلع ولي الصبي أبا كان أو وصيا أو حاكما أو مقدما إذا كان الخلع على وجه النظر أي لمصلحته⁸. قال الدردير في الشرح الصغير: "وموجبه بكسر الجيم أي موقعه ومثبته زوج لا غيره، إلا أن يكون وكيلا عنه، مكلف لا صبي ومجنون"⁹، وجاء في المدونة الكبرى: "قلت: رأيت ما حجة مالك حين قال: يجوز خلع الأب والوصي على الصبي ويكون ذلك تطليقه؟ قال: جوز ذلك مالك من وجه النظر للصبي، ألا ترى أن إنكاحهما إياه عليه جائز فكذلك خلعهما؟"¹⁰، وقد اختلف هل للولي أن يطلق على الصغير بلا عوض أم لا¹¹، إذ لا يجوز عند مالك وابن القاسم أن يطلق عليه بدون عوض، بينما نقل ابن

¹ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب... المرجع السابق، ج 4، ص 255.

² موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 311.

³ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع... المرجع السابق، ص 330.

⁴ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 311.

⁵ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف... المرجع السابق، ج 8، ص 368، 369، "وفي الصبي المميز وجهان، بناء على صحة طلاقه".

⁶ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي، عمدة الطالب... المرجع السابق، ص 201؛ عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي، المرجع السابق، ص 224.

⁷ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع... المرجع السابق، ج 5، ص 213.

⁸ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 352.

⁹ أحمد الدردير، الشرح... المرجع السابق، ج 2، ص 150.

¹⁰ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة... المرجع السابق، ص 251.

¹¹ تاج الدين بھرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المالكي، المرجع السابق، ص 1042.

عرفة عن اللخمي أنه يجوز لمصلحة، إذ قد يكون في بقاء العصمة فساد لأمر ظهر أو حدث¹.
 في حين يرى الحنفية أنه لا يجوز خلع المجنون والمعتوه والمغنى عليه من مرضه، لكونهما بمنزلة الصبي في ذلك لانعدام القصد الصحيح منهما². وفي مذهب الشافعية لا يصح خلع المجنون³، كما لا يصح خلعه عند المالكية، غير أنه يجوز خلع ولي المجنون لنظر أي لمصلحة⁴. أما عند الحنابلة فخلع المجنون باطل، ولا يجوز للأب خلع زوجة ابنه المجنون ولا طلاقها⁵، قال ابن قدامة: "ومن لا يصح طلاقه، كالطفل والمجنون، لا يصح خلعه، لأنه ليس من أهل التصرف، فلا حكم لكلامه"⁶.

ومن زاوية القانون، فبالرجوع إلى المادة 42 من ق.م.ج⁷، والمادة 82 من ق.أ⁸، والمادة 85 من ق.أ⁹، يمكن القول أن مصير الخلع البطلان متى صدر عن زوج صغير أو مجنون¹⁰، وهذا يكون طبعاً في الحالة التي يكون فيها الخلع طلاقاً بموافقة الزوج، غير أنه بتنظيمه للطلاق الخلعي بموجب نص وحيد تمثل في المادة 54 من ق.أ يكون المشرع الأسري قد أغفل تحديد أركان الخلع وشروطها، ولكنه لما أجاز للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي، فإنه استعمل عبارة "دون موافقة الزوج"، الأمر الذي يوحي بأنه لا اعتبار للزوج في إيقاع الطلاق الخلعي، وبالتالي فإن أهلية الزوجة وإرادتها هي التي تكون محل اعتبار في إيقاع الخلع.

¹¹ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 150؛ "قلت هذا خلاف قول اللخمي يجوز أن يطلق على السفية البالغ والصغير دون شيء يؤخذ له قد يكون بقاء العصمة فساداً لأمر جهل قبل نكاحه، أو حدث بعده من كون الزوجة غير محمودة الطريق أو متلفة ماله"، محمد بن عرفة الورغمي التونسي، المختصر الفقهي...، المرجع السابق، ج 4، ص 94، 95.

² شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 178؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه...، المرجع السابق، م4، ص 385.

³ أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراجعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ص 1043؛ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج7، ص 383.

⁴ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 150؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 352.

⁵ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 212، 213.

⁶ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 311.

⁷ نصت المادة 42 من ق.م.ج على أنه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو وعته، أو جنون".

⁸ نصت المادة 82 من ق.أ على أنه: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

⁹ نصت المادة 85 من ق.أ على أنه: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو عته أو السفه".

¹⁰ عماري نورالدين، دور إرادة...، المرجع السابق، ص 260.

ثانيا: خلع السفية والمكره:

إن سفه الزوج، والحجر عليه بسبب سفه لا يمنع صحة خلعها، كما لا يمنع صحة طلاقه، وذلك لأن له أن يطلق زوجته مجانا، فمن باب أولى أن يطلقها بعوض، لذلك ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز خلع السفية¹، إذ يرى الشافعية أنه يصح خلع المحجور عليه بالسفه والفلس، ويشترطون تسليم المال للولي بدلا من تسليمه إلى السفية²، ويصح خلع المحجور عليه بسفه سواء بإذن وليه أو بدونه، وسواء كان الخلع بمهر المثل أو أقل، ويعللون ذلك بقولهم أنه ما دام له أن يطلق مجانا، فمن باب أولى أن يطلق بعوض³. كما يصح خلع السفية عند المالكية لأن العصمة بيده، له أن يطلق بغير عوض، ومن باب أولى فله أن يطلق بعوض⁴. ولا يجوز لأب السفية أو غيره من الأولياء كالحاكم أو الوصي الخلع عنه إلا بإذنه، لأن الطلاق بيد الزوج البالغ حتى ولو كان سفيها لا بيد الولي⁵. ويصح خلع السفية عند الحنابلة، فقد قال ابن قدامة في المغني: "وجملة ذلك أن كل زوج صح طلاقه، صح خلعها، لأنه إذا ملك الطلاق، وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء، فلأن يملكه محصلا للعوض أولى، والعبد يملك الطلاق، فيملك الخلع، وكذلك المكاتب والسفيه"⁶. ويرى الحنفية أنه إذا كان الزوج المخالعة سفيها، فإن طلاقه يقع، لأنه محجور عليه في التصرف المالي فقط⁷.

وخلع المكره وطلاقه جائز عند الحنفية وهو باطل عند الشافعي⁸، إذ لا يجيز فقهاء الشافعية والمالكية خلع المكره وطلاقه، ورد في مغني المحتاج: "فلا يصح من صبي ومجنون ومكره كطلاقهم"⁹. وفي المدونة الكبرى: "قلت: رأيت طلاق المكره ومخالعته؟ قال مالك: لا يجوز طلاق

¹ عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 102.

² أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراجعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ص 1043؛ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 383.

³ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 432.

⁴ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 352.

⁵ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 150؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 325.

⁶ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 311.

⁷ عبد الرحمن الجزيري، الفقه...، المرجع السابق، م 4، ص 385، 386.

⁸ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 176.

⁹ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 432.

المكره فمخالعته مثل ذلك عندي"¹.

أما في القانون الجزائري، فإن ترجيح كفة الزوجة في طلب الخلع دون موافقة الزوج يوحي بأن المشرع ألغى ركن الزوج، فالخلع ماض إذا أصرت عليه الزوجة سواء كان الزوج سفيها أو مكرها، بل أن للقاضي أن يجبره على قبول الخلع تنفيذا لإرادة الزوجة المنفردة في طلب الخلع ما دام أن الزوج ليس له من خيار أمام صراحة ما تضمنته المادة 54 من ق.أ "...دون موافقة الزوج...". والجدير بالإشارة أن المادة 85 ألحقت تصرفات السفية بتصرفات المجنون والمعتوه، والتي تكون غير نافذة إذا صدرت في حالة السفه أو الجنون أو العته، وأمام إرتقاء الخلع إلى حق أصيل للزوجة لا اعتبار فيه إلى موافقة الزوج من عدمها. فإن إسقاط حكم هذه المادة على خلع الزوج يكون بدون جدوى².

ثالثا: خلع المريض مرض الموت:

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بصحة ونفوذ خلع المريض مرض الموت، قياسا على طلاقه، في حين ذهب البعض إلى تحريمه ديانة لا قضاء³، حيث أجاز الأحناف خلع الزوج زوجته وهو مريض مرض الموت⁴، فإذا مات في ذلك المرض الذي خالعه فيه، لا يسقط حقها في الميراث، فترثه لأن الذي يطلق امرأته في مرض موته يعتبر فارا من ميراثها⁵. أما عند المالكية فينفذ خلع المريض مرضا مخوفا رغم عدم جوازه لمافيه من إخراج وارث⁶. وهو ما يمكن أن نستخلصه مما تضمنه الشرح الصغير: "ونفذ خلع الزوج المريض مرضا مخوفا وهو ما الشأن فيه أن يكون سببا في الموت لا نحو رمد أو خفيف صداع"⁷، وترثه زوجته المخالعة في مرضه إن مات منه، حتى ولو انقضت عدتها وتزوجت بغيره ولو أزواجاً، ولا يرثها إن ماتت في مرضه المخوف قبله⁸. أما عند

¹ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 79.

² عماري نورالدين، دور إرادة...، المرجع السابق، ص 261.

³ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 549.

⁴ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 551.

⁵ عبد الرحمن الجزيري، الفقه...، المرجع السابق، م 4، ص 385.

⁶ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 352-353.

⁷ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 150.

⁸ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الشافعية فمرض الزوج لا يؤثر في الخلع، لذلك يصح خلعه في مرض الموت بدون مهر المثل¹، وإذا خالعه في مرضه ومات، لم يعتبر البدل من الثلث، سواء حابي أو لم يحاب، لأنه لا حق للورثة في بضع المرأة²، قال الشريبي في مغني المحتاج: "ويصح خلع المريض مرض الموت بدون مهر المثل، لأن البضع لا يبقى للوارث لو لم يخالع"³.

أما الحنابلة فأجازوا خلع المريض مرض الموت إذا لم يكن هناك محابة⁴، فيرون أنه لا إشكال في صحة خلع المريض مرض الموت لزوجته سواء كان بمهر مثلها، أو أكثر، أو أقل ولا يعتبر من الثلث، لأنه يصح لو طلق بغير عوض، فمن باب أولى أن يطلق بعوض، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء⁵، أما إذ ظهرت محابة الزوج في الخلع كما لو أوصى لها بمبلغ من المال، فإن كان أقل من ميراثها منه صح ولزم وإن كان أكثر يصح وتلغو الزيادة⁶. حيث قال ابن قدامة في المغني: "فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها، أو أقل، صح، لأنه لا تهممة في أنه أبانها ليعطيها ذلك، فإنه لو لم بينها لأخذته بميراثها، وإن أوصى لها بزيادة عليه، فللورثة منعها ذلك، لأنه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها، لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في حباله، فطلقها ليوصل ذلك إليها، فمنع منه، كما لو أوصى لوارث"⁷.

فالمشرع الجزائري لم يتحدث عن طلاق أو خلع المريض مرض الموت، الأمر الذي يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز خلع المريض مرض الموت، أما بالنسبة للميراث فقد جاء في المادة 132 من ق.أ: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث". والواضح من تبني المشرع للرأي القائل بأن الخلع حق للزوجة

¹ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج7، ص 388.

² أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 286.

³ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريبي، مغني المحتاج...، ج 4، ص 434.

⁴ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 550.

⁵ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 313.

⁶ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 550.

⁷ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 314.

يقابل حق الطلاق للزوج، أن مرض الزوج مرض الموت لا يغير شيئاً في وقوع الخلع إذا تمسكت به الزوجة، فسواء كان الزوج في مرض الموت أو كان صحيحاً، فإن الخلع ماض. أما بالنسبة للميراث فقد جاء نص المادة 132 واضحاً، إذ تترث الزوجة زوجها إذا توفي في عدتها من الطلاق الخلعي، كما يرثها الزوج إذا توفيت أثناء عدتها، ولا اعتبار في ذلك لمرض الزوج مرض الموت.

رابعاً: خلع الوكيل:

أجمعت المذاهب السنية على جواز الوكالة في الخلع، حيث أجازها الحنابلة¹، وثبت أن التوكيل بالخلع عند الشافعية جائز من الجانبين². كما تجوز الوكالة عند المالكية³. أما المشرع الجزائري، فعندما اشترط حضور الزوجين إلى جلسات الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية، فإنه يبدو أنه ألغى ضمنياً الوكالة في الخلع كما ألغاهما في الصور الأخرى لفك الرابطة الزوجية. بعد دراسة الشروط التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية لركن الزوج في الخلع، ينبغي دراسة شروط ركن الزوجة ومن خلالها الوقوف على حدود إرادة الزوجة في الطلاق الخلعي.

¹ "ويصح التوكيل في الخلع، من كل واحد من الزوجين، ومن أحدهما منفرداً، وكل من صح أن يتصرف بالخلع لنفسه، جاز توكيله ووكالته، حراً كان أو عبداً، ذكراً أو أنثى، مسلماً أو كافراً، محجوراً عليه أو رشيداً، لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع، فصح أن يكون وكيلًا وموكلاً فيه، كالحر الرشيد، وهذا مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي، ولا أعلم فيه خلافاً"، المرجع نفسه، ص 316.

² محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين... المرجع السابق، ج7، ص 391.

"ولهما التوكيل... ويجوز توكيله ذمياً وعبداً ومحجوراً عليه بسفه، ولا يجوز توكيل محجور عليه في قبض العوض، والأصح صحة توكيله امرأة لخلع زوجته أو طلاقها، ولو وكلا رجلاً، تولى طرفاً، وقيل: الطرفين"، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين... المرجع السابق، ج7، ص 408.

"يجوز لهما أي الزوجين التوكيل في الخلع، لأنه عقد معاوضة كالبيع"، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 436.

³ "وإن نقص وكيله أي وكيل الزوج على الخلع عن مسماه أي عما سماه الزوج له بأن قال للوكيل خالعه بعشرة فخالع بخمسة لم يلزم الخلع ولم يقع الطلاق"، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 355.

"وإن وكلت الزوجة وكيلًا ليخالعها وسمت له شيئاً أو أطلقت وزاد وكيلها على ما سمت أو على خلع المثل إن أطلقت فعليه الزيادة على ما سمت، أو على خلع المثل إن أطلقت، ولا يلزمها إلا دفع ما سمت أو خلع المثل، ولزم الطلاق على كل حال"، أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 151.

الفرع الثاني

الزوجة

يشترط في الزوجة المختلعة أن تكون محلاً لإيقاع الطلاق عليها، بأن تكون الزوجية قائمة حقيقية أو حكماً فلو انقضت العدة لم تكن محلاً للخلع¹، فلا يصح أن يتم بعد البينونة ولا بعد الردة ولا في النكاح الفاسد، ويجوز للزوج مخالعة زوجته أثناء عدة الطلاق الرجعي لقيام ملك النكاح حكماً². وللشافعية في خلع المعتدة من طلاق رجعي رأيان، الأصح صحته³، والدليل على ذلك ما أتى به مغني المحتاج: "ويصح اختلاع رجعية في الأظهر لأنها في حكم الزوجات في كثير من الأحكام، والثاني: لا لعدم الحاجة إلى الإفتداء، لجريانها إلى البينونة"⁴، بينما لا يصح عندهم خلع البائنة⁵. وعند المالكية لا يصح خلع البائنة، والمختلعة، والمرتدة، ويصح خلع الرجعية⁶. ولا يجوز طلاق معتدة من خلع عند الحنابلة⁷، كما يشترط أن تكون بالغة عاقلة وأهلاً للتصرف في المال باتفاق جمهور الفقهاء. وعلى هذا يرى الشافعية أن الخلع لا يصح إذا لم يكن لقابله أو للمتمسه⁸، سواء كانت زوجة أو أجنبية، إطلاقاً تصرفه في المال بكونه مكلفاً غير محجور عليه⁹، وصحيح الإلتزام¹.

¹ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص 70.

² خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 590.

³ أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراجعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ص 1045.

⁴ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 434.

⁵ "ويصح اختلاع المريضة مرض الموت، ولا يحسب من الثلث إلا الزائد على مهر مثل، ورجعية في الأظهر، لا بائن"، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين...، المرجع السابق، ص 407.

⁶ جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، المرجع السابق، ص 497.

⁷ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 278.

⁸ "إذا قالت الزوجة لزوجها: خالعتني على عشرين كانت ملتزمة ملتزمة لقبول عوضها، وإذا قال الزوج خالعتك على ذلك كان قابلاً، وإذا قال الزوج لأجنبي: خالعت زوجتي على كذا في ذمتك، فقال الأجنبي قبلت كان الزوج ملتزماً والأجنبي والملتزم قابلاً، وبالعكس إذا قال الأجنبي خالعت زوجتك على مائة جنيه في ذمتي، فقال الزوج: خالعتها على ذلك فإن الأجنبي يكون ملتزماً ملتزماً والأجنبي قابلاً"، عبد الرحمن الجزيري، الفقه...، المرجع السابق، م 4، ص 388.

⁹ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 432؛ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي و شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتان...، المرجع السابق، ج 3، ص 308.

ويشترط المالكية لصحة الخلع أن تكون المخالعة أهلا للتبرع وإلتزام المال في الذمة، بأن تكون بالغة مع العقل، والطوع، والرشد²، قال الدسوقي: "قوله إن تأهل أي إن كان أهلا لإلتزام العوض أي عوض الخلع... فكأنه قال ولزم ذلك العوض ملتزمه إن كان أهلا لالتزامه بأن كان رشيدا وذلك لأن مقابل هذا العوض غير مالي وهو العصمة فهو من باب التبرعات والتبرع إنما يلزم الرشيد"³. وقال الدردير: "وشرط باذله أي العوض من زوجة أو غيرها الرشد فلا يصح من سفيه أو صغير أو رق وإلا بأن بذله غير رشيد رد الزوج المال المبدول وبانت منه ما لم يعلق بكأن تم لي هذا المال فأنت طالق أو إن صحت براءتك فطالق فإذا رد الولي أو الحاكم المال من الزوج لم يقع طلاق"⁴.

كما يقول الحنابلة أنه يصح خلع الزوجة البالغة الرشيدة⁵، إذ لا يصح بذل العوض إلا ممن يصح تصرفه في المال⁶، وقد أجاز الشافعية والحنابلة⁷ الخلع في وقت الحيض، لأن سبب منع إيقاع الطلاق في وقت الحيض هو الضرر الذي يلحق الزوجة بتطويل العدة، وشرع الخلع للضرر الذي يلحق الزوجة من سوء العشرة، والتقصير في حق الزوج، وهو ضرر أشد من ضرر تطويل العدة، لذلك جاز دفع أعظم الضررين بأخفهما⁸، إذ ليس في الخلع سنة ولا بدعة، وهو مباح في

¹ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج7، ص 384.

² "إن خلع الصغيرة و المجنونة غير جائز، ويفرق المالكية بين حالين:

(1) إذا لم يعلق صيغة الخلع على استحقاق المال فيقع الطلاق وعليه رد المال إن قبضه.

(2) أما إذا علق الخلع على استحقاقه المال فلا يقع الطلاق ولا يجب المال؛ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 563.

³ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 347، 348.

⁴ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 147.

⁵ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 214.

⁶ أنظر، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، المكتبة العصرية-بيروت، 2003، ص 101.

⁷ "لا بأس بالخلع في الحيض و الطهر الذي أصابها فيه، لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة و المقام مع من تكرهه و تبغضه، وذلك أعظم من ضرر طول العدة، فجاز دفع أعلاهما بأدناهما... والخلع يحصل بسؤالها، فيكون ذلك رضا منها به، ودليلا على رجحان مصلحتها فيه"، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي،

المغني، المرجع السابق، ج10، ص 269؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 213.

⁸ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 257.

حال الحيض وفي طهر جامعها فيه¹.

وحتى ينفذ الخلع في القانون الجزائري يشترط أن تكون الزوجة أهلا للتبرع، وذلك بأن تكون عاقلة وبالغة سن الرشد وفقا لما نصت عليه المادة 40 من ق.م.ج: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، والمادة 7 ف1 من ق.أ التي قضت بأنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...".

غير أنه في بعض الأحيان تكون الزوجة عديمة أو ناقصة الأهلية، وبالتالي تكون إرادة الزوجة في طلب الخلع مقيدة بالأهلية، الأمر الذي يستدعي قبل التطرق إلى موقف المشرع الأسري حول هذه المسألة النظر في آراء فقهاء المذاهب في خلع الصغيرة والمجنونة والسفيهة والمريضة مرض الموت وفقا للتفصيل الآتي:

أولا: خلع الصغيرة والمجنونة:

يرى الحنفية أنه إذا خالع الزوج زوجته المجنونة أو الصغيرة التي لا تميز، فالخلع باطل، ولا يقع به طلاق، لأن المجنونة أو الصغيرة التي لا تميز ليست أهلا لمباشرة الخلع، فكان باطلا²، وأما إذا كانت الزوجة المخالعة على بدل صغيرة مميزة تعقل معنى النكاح والطلاق، وخالعها زوجها على مال، وقبلت، وقع الطلاق عليها، ولكن لا يلزمها المال، لان العوض في الخلع في حكم التبرع، وهي ليست من أهل التبرع³، ويقع الطلاق بائنا إذا خالعها بلفظ الخلع، بينما يقع رجعيًا إذا كان الخلع بلفظ الطلاق⁴.

أما إذا باشر الخلع عن الزوجة الصغيرة وليها، وكان البدل من مالها فإن الطلاق يقع، ولا

¹ أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة...، المرجع السابق، ص 472.

² "إن خلع المجنونة والصغيرة الغير مميزة باطل و لا يقع به طلاق"، عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 562؛ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 341.

³ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 562.

⁴ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على...، المرجع السابق، ص 4، ص 383.

جاء في البحر الرائق: "فإن قبلت وهي عاقلة تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال. وذكر صاحب المنظومة أن خلع الصغيرة بمال مع الزوج إن كان بلفظ الخلع يقع البائن، وإن كان بلفظ الطلاق يقع الرجعي"، زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج4، ص 152.

يلزمها البديل، لأن العوض فيه معنى التبرع، وليس لأحد أن يتبرع من مال غيره¹. أما إذا كان البديل من مال الولي، صح الخلع، ولزم المال الولي، وليس للولي أن يرجع على الزوجة، لأن إلتزامه بالبديل كان على سبيل التبرع²، ولا يسقط عن الزوج مهر الزوجة، لأنه لم يدخل تحت ولاية الولي³.

في حين يرى الشافعية أن خلع الصغيرة مطلقا سواء كانت مميزة أو غير مميزة والمجنونة باطل، لا يقع به طلاق⁴، لأنهم يشترطون في قابل الخلع أي الزوجة أو أجنبي إطلاق تصرفه في المال. وعلى هذا الأساس يعد من قبيل اللغو عندهم قبول مجنونة أو صغيرة لا تميز الخلع، وقول الزوج لإحدهما أنت طالق على كذا، لكنهم اختلفوا على قبول الصغيرة المميزة، لو قيل لها ذلك، حيث رجح الإمام الغزالي منع الخلع، وقال البغوي بوقوعه⁵.

أما عند المالكية فلا يصح خلع الصغيرة والمجنونة⁶. فإن خالع الزوج زوجته الصغيرة أو المجنونة بمال، بدون إذن وليها، بانت منه، ولم يلزم شيء من عوض الخلع، وإذا قبض المال رده لعدم جواز البذل وصحته لكون باذله ليس أهلا للتبرع، ما لم يقل إن تم لي هذا المال أو إن صحت براءتك فأنت طالق، فإن قاله ورد المال لم يقع، بخلاف ما إذا قاله بعد صدور الطلاق أو قاله لرشيده، لأنه بمجرد وقوعه من الرشيده صحت البراءة وتم له المال ولزمها وليس لها رجوع فيه⁷.

وللولي أي الأب والسيد الذي له ولاية الإيجاب أن يخالع عن مجبرته لصغر وجنون بدون إذنها ولو بجميع مهرها، قبل الدخول وبعد الدخول، أما الوصي فلا يجوز له خلعهما إلا برضاها⁸،

¹ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 291.

² عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 562.

³ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 342.

⁴ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 145.

⁵ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 432؛ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 386، 387.

⁶ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 563.

"وجاز بعوض من غيرها أي الزوجة ولو أجنبيها عنها إن تأهل الدافع زوجة أو غيرها لالتزام العوض بأن كان رشيدا لا من صغيرة أو سفية ذات ولي أو مهملة"، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 347، 348.

⁷ "وشرط باذله: أي العوض من زوجة أو غيرها الرشد، فلا يصح من سفية أو صغير أو رق، وإلا بأن بذله غير رشيد رد الزوج المال المبذول، وبانت منه ما لم يعلق بك: إن تم لي هذا المال فأنت طالق، أو إن صحت براءتك فطالق، فإذا رد الولي أو الحاكم المال من الزوج لم يقع طلاق بخلاف ما إذا قاله لرشيده أو رشيد أوقاله بعد صدور الطلاق فلا ينفعه"، أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 147؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 347، 348.

⁸⁸ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 147.

ويكون بذلك خلع الولي صحيحا سواء كان من ماله أو من مالها، وسواء كان بإذنها أم بدون إذنها¹.

ويرى الحنابلة أن خلع الصغيرة والمجنونة باطل مطلقا²، فلا يصح الخلع من محجور عليها لصغر أو جنون، سواء كان بإذن الولي أو بدون، لأن الخلع تصرف مالي، وهي ليس لها أهلية التصرف، ولأن الولي لا يملك الإذن في التبرعات³، ومنهم من يجيزه مع الإذن لمصلحة⁴. فإذا خالع الزوج زوجته المحجور عليها لصغر أو جنون بلفظ الطلاق أو نوى به الطلاق وقع الطلاق رجعا دون عوض إذا كان دون الثلاث⁵، وإذا وقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولم ينو به الطلاق فهو كالخلع بغير عوض⁶، ولا يجوز للأب خلع ابنته الصغيرة أو المجنونة بشيء من مالها، ولا طلاقها⁷، ويصح الخلع عندهم من المحجور عليها لفسل، لأنه يصح التصرف في ذمتها، وللزوج أن يرجع عليها بالعوض إذا أسرت ورفع الحجر عنها⁸.

أما المشرع الجزائري، فقد أغفل في نص المادة 54 من ق.أ. الحالة التي تكون فيها الزوجة المختلة صغيرة، ولم يتناولها ضمن أحكام هذه المادة رغم ما تكتسيه من أهمية بالغة⁹، ومعلوم أن قانون الأسرة يميز للقاضي الترخيص بالزواج للمرأة القاصرة بموجب الفقرة الأولى من المادة 7 من ق.أ.، ويرشدها بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة بالتقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج دون أن يشمل ذلك فك الرابطة الزوجية خلعا أو تطليقا.

وبالنظر إلى ما جاء في المادة 436 من ق.إ.م.إ. التي نصت على أنه: "ترفع دعوى

¹ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 563.

² عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 561.

³ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 215.

⁴ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 8، ص 391.

⁵ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 307؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن

سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 8، ص 391.

⁶ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 8، ص 391.

⁷ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 214.

⁸ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 8، ص 392.

⁹ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 592.

الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفقا للأشكال القانونية المقررة لرفع الدعوى"، والمادة 437 من نفس القانون التي جاء فيها: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة"، فإنه يمكن القول أن الزوجة القاصرة لا يمكنها طلب فك الرابطة الزوجية خلعا إلا بواسطة الولي أو المقدم رغم أن المشرع الجزائري لم يوفق في صياغة المادة 437 من ق.إ.م.إ. إذ استعمل عبارة "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية"، فهل يقصد بها الزوج أو أحد الزوجين؟، فإذا كان يقصد أحد الزوجين وهو الأمر الراجح كان من المستحسن صياغتها على النحو التالي: "عندما يكون أحد الزوجين ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة".

لكن التساؤل الذي يطرح في هذه الحالة من الذي يلتزم بدفع العوض؟ الزوجة القاصرة أم الولي أو الوصي حسب كل حالة؟

للإجابة على هذا التساؤل هناك من شراح القانون من يرى بأن افتداء الزوجة القاصرة نفسها مقابل مبلغ من المال تدفعه إلى زوجها هو تصرف دائر بين النفع والضرر وهو يتوقف على إجازة الولي وفقا لما جاء في المادة 83 من ق.أ: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت متردة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء". ولكن هذه المسألة تتضمن تصرفا شخصيا وآخر ماليا، فينفذ التصرف الشخصي ويقع الطلاق. أما التصرف المالي، فإذا أجازته الولي أو الوصي صح، أما إذا أبطله بطل¹. في حين يرى البعض أن: "الولي أو المقدم هو من يتولى طلب الخلع، ومعه يلتزم بدفع العوض"². والراجح أنه إذا قدم الولي أو المقدم باسم الزوجة ناقصة الأهلية طلب الخلع، يقع الخلع، دون أن تلتزم ببديل الخلع إلا إذا أجازته الولي.

كما أغفل المشرع الجزائري حكم خلع المجنونة، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 42 من ق.م. التي جاء فيها: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو

¹ فضيل سعد، المرجع السابق، ص 309-310.

² خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 593.

عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة"، إضافة إلى حكم المادة 85 من ق.أ. الذي أكد على عدم نفاذ تصرفات المجنون إذا صدرت في حالة الجنون، يستشف أن خلع المجنونة غير جائز وحكمه البطلان في القانون الجزائري لأنها فاقدة للتمييز وتفتقر إلى أهلية التبرع، وليس لها أهلية مباشرة حقوقها المدنية، ومعلوم أن الإلتزام ببذل العوض في الخلع يعتبر من قبيل التبرع، وأن المشرع الجزائري حدد أهلية التبرع بـ 19 سنة وعدم الحجر.

ثانيا: خلع السفية:

السفية هي التي تبلغ مبذرة مفسدة لماها تضيعه في غير وجهه الشرعي¹، يرى الحنفية أنها إذا كانت الزوجة كبيرة محجورا عليها للسفه²، ووافقت على الخلع على مال من مالها يقع الطلاق، ولا تلزم الزوجة بالبدل، لكونها محجورا عليها للسفه، والشخص المحجور عليه ليس أهلا للتبرع³.

أما عند الشافعية، فإنه لا يجوز للسفية أن تخالع بشيء من مالها، لأنها ليست من أهل التصرف في مالها. وخلعها لا يلزم به مال، ويقع به طلاق رجعي إذا كان بعد الدخول⁴ أما قبل الدخول فيقع بائنا⁵، فإذا قال الزوج لزوجته خالعتك على ألف أو طلقتك على ألف فقبلت، أذن لها أم لم يأذن وليها، وقع الطلاق رجعيًا بدون مال، وليس لوليها أن يصرف مالها في مثل عوض الخلع⁶، لأن قبولها المال مقابل الطلاق غير ملزم لها، والطلاق عندهم إذا كان بلا عوض كان

¹ عبد الرحمن الجزيري، الفقه... المرجع السابق، ج4، ص 384.

² وقع الإختلاف حول اشتراط ثبوت السفه حكم القاضي بالحجر أم لا، و الأرجح أنه متى ثبت كونها مبذرة للمال في غير مقتضى الشرع، فإنه لا يصح خلعها، حتى ولو لم يصدر حكم القاضي بالحجر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه... المرجع السابق، م4، ص 384؛ وللاختلاف في هذه المسألة رأيان: الرأي الأول: الحجر بالسفه عند أبي يوسف يفتقر إلى القضاء، بمعنى أنه يلزم لثبوت السفه صدور حكم من القضاء بالحجر، أما الرأي الثاني: الحجر يثبت بمجرد السفه بتبذير المال على خلاف الشرع، محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار... المرجع السابق، ج 5، ص 112.

³ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص69.

"وإذا بلغت المرأة مفسدة فاختلعت من زوجها بمال جاز الخلع، لأن وقوع الطلاق في الخلع يعتمد القبول وقد تحقق منها، ولم يلزمها المال لأنها التزمت لا لعوض هو مال ولا لمنفعة ظاهرة فتجعل كالصغيرة، فإن كان طلقها تطليقة على ذلك المال يملك رجعتها، لأن وقوعه بالصرح لا يوجب البينة إلا بوجود البدل، بخلاف إذا كان بلفظ الخلع"، محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار... المرجع السابق، ج 5، ص 112.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب... المرجع السابق، ج 4، ص 256.

⁵ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 433، 434.

⁶ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 434.

رجعياً¹. أما إذالم تقبل لم يقع الطلاق².

أما المالكية، فيرون أنه إذا خالع الزوج زوجته السفيةة المحجور عليها بمال، بدون إذن وليها، وقع الطلاق بائناً، وليس للزوج شيء من المال، أما إذا خالع الأب عن ابنته السفيةة البالغة ففي الأرجح أنه لا يجوز للأب أن يخالع عنها من مالها بدون إذنها عنها، ويجوز برضاها³.

ويرى الحنابلة بعدم صحة خلع السفيةة حتى ولو كان بإذن الولي، وفقاً لما يراه صاحب كشاف القناع: "وإن خالعت المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون لم يصح الخلع ولو أذن فيه الولي لأنه تصرف في المال وليست من أهله ولا إذن للولي في التبرعات"⁴.

أما في القانون الجزائري، فإنه طبقاً للمادة 85 من ق.أ فإنه: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه"، وتنص المادة 101 من ق.أ على أنه: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه". كما جاء في المادة 107 من نفس القانون على أنه: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلّة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها"، وبناء على ذلك يمكن القول أنه لا يجوز خلع السفيةة لعدم تمتعها بأهلية التبرع من جهة لأن المادة 43 من ق.م اعتبرت السفيه ناقص الأهلية بنصها على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية"، ولأن تصرفات السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة السفه، وقبل الحجر عليه إذا كانت أسباب الحجر فاشية وقت صدورها. وبعد الحكم بالحجر عليه من جهة أخرى.

قد يحدث أن تختلع الزوجة في مرض موتها، وقد تموت في عدتها، وحينئذ تثار التساؤلات

التالية: هل يصح الخلع؟ وهل يستحق الزوج بدل الخلع؟ وما هو مقداره؟

ثالثاً: خلع المريضة مرض الموت:

يرى الحنفية أن خلع المريضة مرض الموت نافذ، وللزوج الأقل من بدل الخلع، أو ثلث

¹ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 145؛ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 561.

² شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 434.

³³ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 147، 148.

⁴ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 215.

التركة بعد وفاء الديون، أو ميراثه منها¹، فإذا خالعتة على مال، ينظر إلى الثلث وإلى ما يستحقه من الميراث إذا ماتت وهي في العدة، فإن كان الثلث أكثر من ذلك المال أي بدل الخلع، ينظر إلى ما يستحقه من الميراث، فإن كان ما يستحقه من الميراث أكثر، فإنه يأخذ المال الذي خالعتة عليه، لأنه أقل من ثلث المال ومن الميراث، وإن كان الثلث أقل من المال الذي خالعتة به، فإنه ينظر إلى الثلث وما يستحقه من ميراثه منها، فيأخذ أقلهما. أما إذا كانت غير مدخول بها أو مدخول بها ولكنها ماتت بعد انقضاء العدة، فلا ينظر إلى ما يستحقه من الميراث لأنه في كلتا الحالتين لا يرثها، بل ينظر إلى بدل الخلع والثلث، فيأخذ أقلهما².

وينفذ خلع المريضة مرض الموت في مذهب الشافعية، إذا كان بمهر المثل، لأن للمريض مرض الموت أن يتصرف في ماله دون التبرع، وبذلها للمال بمقدار مهر المثل مقابل حل العصمة لا يعتبر تبرعا، لذلك لم يعتبر من الثلث. أما إذا كان بأكثر من مهر المثل، فالزيادة تكون تبرعا، فتأخذ حكم الوصية للزوج، وتعتبر من الثلث، ولا تكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث³.

بينما لا يجوز عند المالكية خلع الزوجة المريضة مرضا مخوفا لزوجها، كما يحرم على زوجها خلعها، وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما إذا كان الزوج صحيحا، حتى ولو ماتت في عدتها⁴. فإذا كان المال عوض الخلع أقل أو يساوي مقدار ميراثه جاز الخلع. أما إذا أختلعت بأكثر من ميراثه منها لم يجز الخلع في قول ابن القاسم، بينما قال مالك أنه لا يجوز الخلع في مرضها

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 116؛ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 553.

² شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 192؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه...، المرجع السابق، م 4، ص 385. "للزوج إن ماتت في العدة الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث والثلث إذا ماتت في العدة، فإن ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن خرج من الثلث"، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج 4، ص 212.

³ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 384؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه...، المرجع السابق، م 4، ص 388.

"فإن خالعت المرأة زوجها في مرضها وماتت، فإن لم يزد العوض على مهر المثل، اعتبر من رأس المال، لأن الذي بذلت بقيمة ما ملكته، فأشبهه إذا اشترت متاعا بثمن المثل، وإن زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة من الثلث، لأنه لا يقابلها بدل، فاعتبرت من الثلث، كالهبة"، أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 268.

"ويصح اختلاع المريضة أي التي مرضت مرض الموت لأن لها صرف مالها في أغراضها وملاذها... ولا يحسب من الثلث إلا قدر زائد على مهر مثل"، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 434.

⁴ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 151.

من جميع مالها. فقد جاء في المدونة الكبرى: "قلت: رأيت ان اختلعت المريضة من زوجها في مرضها من جميع مالها أيجوز هذا في قول مالك أم لا؟ قال: قال مالك: لا يجوز ذلك قلت: أيرثها، قال مالك: لا يرثها. قال ابن القاسم: وابن نافع وأنا أرى إن كان صالحها على أكثر من ميراثه منها، أن ذلك غير جائز وإن صالحها على أكثر من ميراثها أو مثله أو أقل من ميراثه منها فذلك جائز، قلت: ولا يتوارثان؟ قال: لا"¹، فإذا كان عوض الخلع يساوي ميراثه منها يوم وفاتها لا يوم الخلع، أو ينقص عنه يملكه الزوج ولا يتوارثان بعد ذلك، أما إذا زاد على ميراثه فإنه يجب عليه رد الزيادة، إن كان قد قبضها².

أما الحنابلة، فيرون أنه يقع خلع المريضة مرض الموت، ويستحق الزوج ما يساوي ميراثه فقط إن كان العوض أكبر من ميراثه، أما إذا كان أقل من ميراثه فيستحقه دون زيادة، إذ جاء في كشف القناع: "وله ما خالعه عليه إن كان قدر ميراثه منها فما دون وإن كان بزيادة فله الأقل من المسمى في الخلع أو ميراثه منها"³، وقال ابن قدامة في المغني: "وإذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها، فالخلع واقع، وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة"⁴. ويصح الخلع بجميع ما خالعه به إذا صحت من مرضها، لأن الخلع في غير مرض الموت، كالخلع في الصحة⁵.

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى خلع المريضة مرض الموت، لكن يبدو أنه اعتبر خلعها صحيحا ويلزمها البدل من خلال نص المادة 132 التي جاء فيها: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"، التي وردت بصيغة عامة، دون أن تبين نوع الوفاة، هل هي وفاة طبيعية أم بسبب المرض؟ وترث الزوجة المختلعة زوجها إذا توفي أثناء العدة، ويرثها زوجها إذا هي توفت أثناء العدة⁶.

¹ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 254.

² أنظر، خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 172؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه...، المرجع السابق، م 4، ص 386-387؛ "ورد الزائد على إرثه منها، واعتبر الزائد على إرثه يوم موتها لا يوم الخلع، وحينئذ فيوقف جميع المال المخالعه به إلى يوم الموت، فإن كان قدر إرثه فأقل، استقل به الزوج، وإن كان أكثر، رد ما زاد على إرثه، فإن صحت من مرضها تم الخلع وأخذ جميع ما خالعه به ولو أتى على جميع مالها، ولا توارث بينهما على كل حال"،² أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 151.

³ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 228.

⁴ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 313.

⁵ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 313. (المرجع نفسه، نفس الصفحة)

⁶ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 600.

وهناك من شراح قانون الأسرة من يرى أن الخلع متى صدر من مريض مرض الموت يأخذ حكم التبرع، ويطبق عليه حكم المادة 204 من ق.أ التي تنص على أن: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية"، ووفقا لنص المادة 185 من ق.أ تكون الوصية في حدود الثلث، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة¹.

غير أن الراجح أن خلع الزوجة المريضة مرض الموت صحيح وتلتزم ببديل الخلع وذلك لأن نص المادة 132 من ق.أ لم يأخذ في الحسبان سبب الوفاة ولم يرتب على طلاق أو خلع المريض مرض الموت حرمانه من ميراث زوجه.

بعد التطرق إلى أحكام وشروط ركني الزوج والزوجة في الطلاق الخلعي في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، لا بد من البحث في شروط وأحكام ركني صيغة الخلع وعوضه في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الثاني

صيغة الخلع وعوضه

يشترط فقهاء المذاهب السنية أن يكون الخلع بلفظ معين، كما اشترطوا أن يكون للخلع عوض، وقد وضعوا لكل من الصيغة وعوض الخلع باعتبارهما ركنان للخلع أحكاما وشروطا، فما هي أحكام وشروط كل من صيغة الخلع وعوضه؟ وهل سار على منوالهم المشرع الأسري في تنظيمه لمسألة الخلع؟

يمكن الوقوف على الإجابة على هذا التساؤل من خلال دراسة صيغة الخلع فقها وقانونا (الفرع الأول) وعوض الخلع من زاوية الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

صيغة الخلع

الصيغة ركن من أركان الخلع عند جمهور الفقهاء، لذلك يرون أنه حتى ينفذ الطلاق

¹ عماري نورالدين، دور إرادة...، المرجع السابق، ص 256.

الخلعي يجب أن يكون بلفظ معين، وتختلف ألفاظ الخلع من مذهب إلى آخر. فألفاظ الخلع عند الحنفية الذين يعتبرون الصيغة أي الإيجاب والقبول ركنا وحيدا للطلاق الخلعي خمسة هي: الخلع، لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيرا فأصبح كالصريح، والمبارأة والمباينة، والمفارقة، والطلاق على مال¹. كما يكون الخلع عندهم بلفظ البيع والشراء²، وعند عدم ذكر عوض الخلع في الصيغة، إذا كانت الفرقة بلفظ الخلع فهي طلاق بائن، لأنه يقع بالكناية طلاق بائن. أما إذا كانت بلفظ الطلاق على مال، ولم يذكر المال، فهي طلاق رجعي³.

أما عند المالكية، فإنه لا يختص الخلع بلفظ معين⁴، فألفاظ الخلع عندهم هي كل لفظ أدى إلى بذل المرأة مالها لتملك نفسها، أو أدى إلى فرقة بدون عوض وذكروا الخلع، والصلح، والفدية والمبارأة التي تعني بذل المرأة العوض على طلاقها، فيختص اسم الخلع ببذلها له جميع ما أعطاه، والصلح ببعضه، والفدية بأكثره، والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه⁵. كما يصح الخلع بكل لفظ يدل على معناه، كقوله لها: خالعتك على كذا، أو طلقتك على كذا، فتقبل، وكقولها له: خالعتك على كذا، أو طلقني على كذا، فيقبل، وفي مخالعة الأجنبي: يقول الزوج: طلق زوجتي فلانة على أن تعطيني كذا، فيقبل، أو يقول الأجنبي: طلق امرأتك فلانة ولك مني كذا فيقبل⁶. ويسمون كل طلاق على مال خلعا ويزيدون على ذلك أنهم يعدون من الخلع الطلاق بلفظ الخلع

¹ لمزيد من التفصيل أنظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه...، المرجع السابق، م4، ص 374-376.

"وألفاظ الخلع خمسة خالعتك بارأتك باينتك فارقتك طلقني نفسك على ألف فإن قال خالعتك على ألف فقبلت فقال لم أنو بذلك الطلاق لم يصدق"، أبو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي، المرجع السابق، ص 216.

² محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 91؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه...، المرجع السابق، م4، ص 376.

³ عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 127-128؛ وفي هذا قال الكاساني: "فأما الطلاق على مال فصريح وإنما تثبت البيئونة بتسمية العوض إذا صحت التسمية فإذا لم تصح التحقت بالعدم فيبقى صريح الطلاق فيكون رجعيا"، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 152.

⁴ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 517.

⁵ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 594.

"وله عبارات هي الخلع، والصلح، والمبارأة، والفدية، وكلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل العوض عن الطلاق، إلا أن اختلافها يرجع إلى صفات وقوعها، فالخلع بذل جميع المال على الطلاق، والصلح بذل بعضه، والإفتداء بذل جميع الحق الذي أعطاه، والمبارأة ترك ما لها عليه من الحق على الطلاق، أو ترك كل واحد منهما ما له على صاحبه على الطلاق"، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات...، المرجع السابق، ص 560.

⁶ محمد سكهال المجاجي، المرجع السابق، ص 90.

أو ما معناه كالمبارأة أو المفاداة أو الصلح ولو كان بغير عوض¹، إذ يجوز عندهم الخلع بدون عوض، فيقع الطلاق به بائنا، سواء كان الخلع بصريح لفظه أو ما في معناه، وكذلك يقع الطلاق على مال عندهم بائنا².

ويصح الخلع بدون نية بألفاظه الصريحة عند الشافعية وهي الخلع لأنه ثبت له العرف، والمفاداة لأنها ورد بها القرآن الكريم، كما يصح بالكنايات مع النية كلفظ الفسخ وكنايات الطلاق والكنايات الأخرى كقوله لزوجته: بعثك نفسك بكذا فقالت: اشترت³، وفي قول آخر الخلع والمفاداة كناية⁴. ويرى الشيرازي أنه عند القول أن الخلع فسخ فإنه يصح بصريحه، وصريحه الخلع والمفاداة، لأن المفاداة ورد بها القرآن، والخلع ثبت له العرف، فإذا خالعهما بأحد هذين اللفظين انفسخ النكاح من غير نية، وإذا خالعهما بشيء من الكنايات لم ينفسخ النكاح حتى ينوي⁵. أما لفظ الفسخ، فإنه كناية عند القول أن الخلع طلاق⁶.

أما الحنابلة، فالخلع عندهم فرقة في نظير عوض بألفاظ معينة مخصوصة، والألفاظ عندهم نوعان: صريحة في الخلع: كالمفاداة والخلع والفسخ، وكناية في الخلع: كالمبارأة والمباينة والمفارقة⁷. فيقع الخلع عندهم بدون نية بألفاظ الخلع الصريحة، الخلع، المفاداة والفسخ، ويقع بما عداها بالنية لأنها كناية، كباريتك وأبرأتك وفارقتك وأبنتك⁸.

¹ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 127.

² عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 132.

³ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، معني المحتاج...، ج 4، ص 439، 440.

⁴ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 521.

"ولفظ الخلع والمفاداة صريح فلا يحتاج إلى نية، وقيل: كناية فيه"، ابراهيم بن محمد بن أحمد الباجوري، المرجع السابق، ص 467.

⁵ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 258.

⁶ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 521.

"الفرقة بلفظ الخلع طلاق، وفي قول فسخ لا ينقص عددا، فعلى الأول: لفظ الفسخ كناية، والمفاداة كخلع في الأصح، ولفظ الخلع صريح، وفي قول

كناية"، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين...، المرجع السابق، ص 408.

⁷ عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 51.

⁸ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 216.

أما من زاوية القانون، فإن الزوجة حينما تريد مخالعة نفسها يتعين عليها رفع دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وفقا لمقتضيات قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومعلوم أن المشرع الجزائري نظم كيفية رفع الدعوى في هذا القانون واشترط أن تكون عريضة افتتاح الدعوى مكتوبة، وبالتالي فإن صيغة الخلع التي تتضمنها هذه العريضة تكون مكتوبة ويجب أن تتضمن حينئذ ألفاظا تدل بوضوح على الخلع تجنباً لأي التباس، وإضافة إلى ذلك للزوجة أن تعبر عن إرادتها في الخلع باللفظ الدال عليه أمام القاضي، وللعاجزة عن النطق التعبير عن إرادتها في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بالإشارة لا سيما عند إجرائه لمحاولات الصلح.

الفرع الثاني

عوض الخلع

تقتضي دراسة عوض الخلع باعتباره أحد أركان الطلاق الخلعي عند جمهور الفقهاء البحث في نوعه ومقداره ومسألة إحتلاف الزوجين حوله وأخيراً إلى أحكامه في ظل القانون الجزائري.

أولاً: نوع العوض:

يرى الحنفية أنه كل ما جاز وصلاح أن يكون مهراً جاز وصلاح أن يكون بدلاً في الخلع¹، وهو أن يكون مالا متقوماً موجوداً وقت الخلع معلوماً أو مجهولاً أو منفعة تقوم بالمال²، فيصح أن يكون بدل الخلع مالا معيناً أو مثلياً موصوفاً، وأن يكون منفعة تقابل بالمال أولاً. كما يصح أن يكون مجهولاً جهالة غير فاحشة³. ويجوز أن يكون العوض عند المالكية عيناً أو منفعة، كأن ترضع

"وألفاظ الخلع تنقسم إلى صريح وكناية، فالصريح ثلاثة ألفاظ، خالعتك، لأنه ثبت له العرف، والمفاداة، لأنه ورد به القرآن، بقوله سبحانه: "فلا جناح عليهما فيما اقتدت به"، وفسخت نكاحك، لأنه حقيقة فيه، فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ، وقع من غير نية، وما عدا هذه مثل: بارأتك، وأبرأتك، وأبتنتك فهو كناية"، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 276.

¹ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 294.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 493-494.

³ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 333.

ولده، أو أن تسقط وتتنازل عن نفقة الحمل الواجبة لها في العدة، أو أن تبرئه من مؤجل مهرها¹، ويشترطون أن يكون متمولا، ولا يشترطون في صحة الخلع كونه سليما من الغرر والجهالة، فيصح الخلع ويقع الطلاق لو خالع على مجهول². ويشترط الشافعية في عوض الخلع ما يشترطونه في الأجرة والصداق وهو كل مال معلوم مقدور³ متمول⁴، فيجوز عندهم أن يكون بدل الخلع قليلا أو كثيرا، عينا أو دينا⁵، مالا أو منفعة⁶، وإذا كان العوض مجهولا، صح الخلع، ووجب مهر المثل كالنكاح⁷. فلو خالع على مجهول، أو خالع لأجل غير معلوم، أو خالع بشرط فاسد تبين منه زوجته ويستحق مهر المثل⁸. أما عند الحنابلة فيجوز الخلع بكل ما يجوز أن يكون صدقا وبالمجهول⁹.

وقد أولى فقهاء المذاهب السنية أهمية كبيرة لبذل الخلع باعتباره ركنا مهما في الطلاق الخلعي، فوضعوا له أحكاما تنظمه، سيتم عرض بعض أحكامها في ظل كل مذهب من المذاهب السنية:

قال فقهاء الحنفية أن عوض الخلع غير المهر يكون على عدة أوجه، فإذا كان العوض مسمى وغير متقوم كالخمر والميتة، يقع الخلع، ولا شيء للزوج¹⁰. فإذا خلع الزوج زوجته، أو طلقها على خمر، أو خنزير، أو ميتة، ونحوها بما ليس بمال، يرى الحنفية أنه إذا كان بلفظ الخلع وقع الطلاق بائنا، ولا شيء له عليها، وإذا كان بلفظ الطلاق وقع الطلاق رجعا إن كان دون الثلاث، ويقع الطلاق وقوعا مجانا أي بدون عوض لبطلان البذل، ولأنها لم تسلم مالا متقوما حتى تصير غارة له¹¹.

¹ محمد سكال المجاجي، المرجع السابق، ص 88-89.

² جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، المرجع السابق، ص 498.

³ أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة...، المرجع السابق، ص 475.

⁴ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 389.

⁵ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 261؛ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 389.

⁶ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 261.

⁷ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 281.

⁸ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 389.

⁹ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه...، المرجع السابق، ص 101.

¹⁰ محمد أمين الشهرير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 97-98.

¹¹ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج 4، ص 198.

أما إذا احتتمل بدل الخلع أن يكون مالا أو غيره، كأن تخالعه على ما في بيتها، أو ما في يدها، أو ما في بطن شاتها أو جاريتها من شيء يمكن أن يكون مالا أو غيره، فإذا وجد ما سمت له، فهو للزوج¹، وإذا لم يكن في يدها، أو في بيتها، أو في بطن شاتها أو جاريتها أي شيء، وقع الخلع، ولا شيء للزوج، ونتيجة لذلك يقع الطلاق بائنا، ولا شيء له عليها لعدم التسمية، ولأنها لم تغره بتسمية المال². وكذلك إذا قال الزوج لزوجته خالعتك على ما في يدي، ولا شيء في يده، لا يستحق الزوج شيئا، أما إذا كان في يده جوهرة لها فقبلت، استحقتها علمت أم لا لأنها هي التي أضرت بنفسها حين قبلت الخلع قبل أن تعلم ما في يده³. وإذا اختلعت بمال سيوجد في المستقبل، كأن تخالعه على ما تثمر نخيلها هذا العام، التزمت برد ما قبضت من المهر سواء وجد ذلك المال، أو لم يوجد⁴.

كذلك إذا خالعت على ما تلد غنمها، أو جاريتها، أو ما تكسبه، أو ما ترثه هذا العام، للزوج المهر الذي أعطها سواء وجد أو لم يوجد ذلك المال⁵. أما إذا خالعت الزوجة زوجها على مال لا يعرف قدره، كأن تخالعه على ما في بيتها، أو يدها من المتاع، أو ما في نخيلها من الثمار،

ويفسر السرخسي ذلك بقوله: "لأن المسمى ليس بمال متقوم في حق المسلمين، فلا يتمكن الغرور منها بهذه التسمية، فصارت هذه التسمية، وجودها كعدمها، وبهذا فارق الصداق، فإن تسمية الخمر هناك، وجودها كعدمها، ولكن بدون التسمية يجب مهر المثل هناك، ولا يجب هنا شيء"، شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 191.

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 97-98.

² كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج 4، ص 199.

³ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبدالرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 235؛ زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج 4، ص 131.

⁴ "وإن اختلعت منه بما يثمر نخيلها العام، فهو جائز، فإن أنثرت، فله ذلك، فإن أنثرت، فله ذلك، وإن لم تثمر شيئا، فلا شيء له في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، ثم رجع، فقال يرجع عليها بما أعطها من المهر أنثرت، أو لم تثمر، ولا شيء له من الثمرة، وهو قول محمد رحمه الله تعالى وجه قوله الأول أنها لم تغره بشيء، ولكنها، أوجبت له ما يثمر نخيلها العام، فكان هذا بمنزلة الإيجاب بطريق الوصية، ومن أوصى بما يثمر نخيله العام، فإن أنثرت، فهي للموصى له وإن لم تثمر، فلا شيء له، فهذا مثله"، شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 187، 188.

⁵ "إذا اختلعت منه بما تكتسب العام من مال أو بما ترثه أو بما تحمل جاريتها أو غنمها فيما تستقبل كان له المهر الذي أعطها في جميع ذلك"، شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 189.

أو ما في بطون غنمها، فهو للزوج إذا وجد، وإلا ردت له ما قبضت من المهر¹، لأنها غرته بتسمية مال متقوم².

وإذا خالعتة على مال معلوم يعرف قدره، كأن تخالعه على ما في يدها من دراهم، استحق الزوج ما بيدها من الدراهم، وإذا لم يوجد شيء التزمت له بثلاثة دراهم³، أو أكثر لأن أقله ثلاثا فكان مقداره معلوما⁴، وليس لأقصاه نهاية⁵.

وإذا خالعتة على مال وأشارت إلى غير المال، كأن تقول له خالعتك على هذا الخل فإذا هو خمر، فإذا كان الزوج يعلم أنه خمر فلا شيء له عليها، أما إذا لم يكن يعلم بأنه خمر رجع عليها بالمهر، لأنها سمت مالا مغرورا⁶.

ويشترط الحنفية في الخلع عدم الإضرار بالولد وتضييع حقه، لذلك لو اختلعت الزوجة على أن تمسك بالولد إلى البلوغ بعد تجاوزه سن الحضانة صح الخلع، وبطل الشرط، لأن الولد يحتاج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم، على خلاف إذا بقي مع أمه فقد يتخلق بأخلاق النساء، وفي ذلك ضرر بالغ للطفل، ولو اختلعت على أن تمسك بالبنات إلى البلوغ صح الخلع والشرط معا، لأنه لا تضييع لحق الأنثى في إبقائها مع أمها إلى غاية البلوغ. وإذا تزوجت فللزوج أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها، ولو اتفقا على ذلك، ويرجع على الأم بمثل أجر إمساكه تلك المدة. كذلك إذا خالعت الزوج زوجته على إسقاط حضانة الأم للولد مدة الحضانة يصح الخلع، ويبطل الشرط، لأن حق الطفل يتمثل في مكوثه مع أمه، فعندهم لا يجوز الخلع على إسقاط حضانة الأم

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 97.

² شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 187 - 188.

³ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 294.

⁴ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 97.

⁵ شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 187.

⁶ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج 4، ص 198 - 199.

"وإن غرته، فقالت: أختلعت منك بهذا الخل، فإذا هو خمر، فعليها أن ترد المهر المأخوذ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عليها مثل ذلك الكيل من خل وسط، وهذا والصداق سواء"، شمس الدين السرخسي، المبسوط...، المرجع السابق، ج 6، ص 191.

للطفل¹.

وإذا كان عوض الخلع إبراء الزوج من نفقة الطفل لمدة معينة كسنة، يصح الخلع وتلتزم الزوجة بمنح الزوج العوض². كما يصح الخلع والعوض عند الحنفية إذا اختلعت الزوجة على سقوط نفقة عدتها³، ولكن يشترط لإسقاطها أن ينص عليها في الخلع⁴.

أما المالكية، فذهبوا إلى أن الزوجة إذا اختلعت بخمر أو خنزير أو مغصوب، يمنع الخلع ابتداءً، وينفذ إذا وقع بدون عوض، فلا يأخذ الزوج شيئاً فيه⁵. وإذا كان بعض العوض حراماً وبعضه غير حرام كخمر وثوب ينفذ الخلع ويرد المغصوب لربه ويراق الخمر ويقتل الخنزير ولا شيء للزوج⁶.

وأجاز المالكية الخلع بالغرر كجنين في بطن حيوان تملكه، فإن كان في ملك غيرها أو أنفش الحمل، لم يستحق الزوج عوضاً للخلع وبانت الزوجة منه. كما أجازوا الخلع بغير موصوف من عرض أو حيوان أو ثمرة لم يبد صلاحها وعبد آبق وبغير شارد أو بأجل مجهول، وللزوج الوسط من جنس ما خالعت به الزوجة، لا مما يخالعه به الناس⁷.

كما يرى المالكية أنه إذا خالعت الزوجة زوجها على إسقاط حقها في الحضانة صح الخلع وانتقل حق الحضانة للزوج، ولو كان هناك من يستحقها قبله في المشهور⁸، ما لم يضر ذلك

¹ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 236؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار... المرجع السابق، ج 5، ص 111؛ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق... المرجع السابق، ج 4، ص 151.

² كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح... المرجع السابق، ص 211.

³ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 236.

⁴ عبد الرحمن الجزيري، الفقه... المرجع السابق، م 4، ص 392.

⁵ جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، المرجع السابق، ص 498.

"وإذا خالعتها بشيء حرام كخمر وخنزير ومغصوب ومسروق علم به فلا شيء له عليها وبانت وأريق الخمر، وقتل الخنزير ورد المسروق أو المغصوب لربه"، أحمد الدردير، الشرح... المرجع السابق، ج 2، ص 149.

⁶ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 350.

⁷ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 349؛ أحمد الدردير، الشرح... المرجع السابق، ج 2، ص 148.

⁸ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 349؛ أحمد الدردير، الشرح... المرجع السابق، ج 2، ص 148.

بالصبي، كأن يكون متعلقا بأمه، ويخشى عليه من ضرر مفارقتها لها¹. غير أن بعضهم يرى بأنه لا تنتقل الحضانة إلى أبيه، وتنتقل إلى من يليها في الرتبة وفقا لما جرى به العمل والفتوى².

ويصح الخلع عند المالكية لو خالغ الزوج زوجته على أن تنفق على ابنه الصغير مدة معلومة³، وتلزم بالإفراق على ولدها منه، أو ما تلده من الحمل مدة الرضاع عامين أو أكثر، فإن ماتت، أو انقطع لبنها، أو ولدت أكثر من ولد في بطنها فعليها النفقة تؤخذ من تركتها في موتها، وإن أعسرت أنفق الأب على ولده المدة المشتركة. ليرجع عليها إذا أسرت، وإن مات الولد أو غيره من زوج أو غيره رجع الوارث عليها ببقية نفقة المدة المشتركة⁴. كما يصح الخلع عندهم، وتلزم الزوجة نفقة حملها إذا خالغت نفسها بنفقتها على نفسها مدة حملها إن كان بها حمل⁵.

ويذهب الحنابلة إلى القول أنه إذا كان بدل الخلع محرما كالخمر والخنزير والميتة وكان الزوجان يعلمان تحريمه، فهو كالخلع بدون عوض، ولا يستحق الزوج شيئا⁶. ويرون أنه إذا خالغ الرجل زوجته على عوض ظنه مالا، غير أنه تبين أنه غير مال، كأن خالغها على خل، فتبين أنه خمر، يصح الخلع، ويرجع عليها بقيمتها، لأن الخلع معاوضة بالبضع، فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح⁷.

كما يرون أنه يصح الخلع إذا خالغته على ما في يدها من دراهم، فيستحق الزوج ما في

¹ أنظر، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، اختصار المدونة والمختلطة، ط1، م2، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الدار البيضاء، المغرب، 2013، ص 235.

"قوله وينتقل الحق له هذا مقيد بأن لا يخشى على المحضون ضرر إما بعلوق قلبه بأمه أو لكون مكان الأب غير حصين وإلا فلا تسقط الحضانة حينئذ اتفاقا ويقع الطلاق"، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 349.

² أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 148.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 501، 502.

⁴ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 148.

⁵ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 349.

⁶ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 8، ص 398.

⁷ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 295؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى...، المرجع السابق، ج 5، ص 345.

يدها من دراهم، أما إذا لم يكن في يدها شيء، كان العوض ثلاثة دراهم¹. ويصح الخلع عندهم إذا كان العوض إرضاع ولده سنتين، أو جعلًا وقتًا معلومًا، قل أو كثر، فإن ماتت المرضعة، أو جف لبنها، فعلى المخالعة أجر المثل لما بقي من المدة². ويصح الخلع إذا كان العوض كفالة ولده مدة عشر سنين، حتى وإن لم يذكر مدة الرضاع، ولا قدر الطعام، فإن مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع، فلأبيه أن يأخذ ما بقي من المؤونة³، ويصح الخلع عند الحنابلة على نفقة ماضية يدين لها بها، وعلى نفقة حمل زوجة حامل⁴.

ويرى الشافعية أنه إذا خالع الزوج زوجته على خمر أو خنزير وقع الطلاق بائنا، واستحق الزوج صداق المثل⁵. وإذا خالعتها على ما بكفها، ولم يكن يعلمه، أو لم يكن بكفها شيء بانتهى بمهر المثل، وإن علم ما بكفها بانتهى بالمسمى⁶. ويصح العوض إذا خالعتها على كفالة ولده عشر سنين، ترضعه سنتين، وتنفق عليه تمام العشر وتحضنه، إذا بين مدة الرضاع، وقدر النفقة، وصفتها، كنفقة كل يوم من الطعام والأدم كالزيت واللحم، وكسوته كل فصل وسنة⁷، كما يجوز الخلع إذا خالعتها على أجرة إرضاع أو حضانة ولده منها أو من غيرها ويصح العوض⁸.

ثانياً: مقدار بدل الخلع:

اختلف فقهاء المذاهب السنية حول مقدار بدل الخلع، فذهب فريق إلى القول بجواز الخلع على أكثر مما أعطها، بينما قال فريق بكراهة الخلع بأكثر مما أعطها، حيث أجاز المالكية

¹ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 281.

² موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 284، 285.

³ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 286.

⁴ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى...، المرجع السابق، ج 5، ص 347.

⁵ أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة...، المرجع السابق، ص 475.

"إذا خالعتها على ما ليس بمال كخمر أو مينة أو على ما لا يقدر تسليمه وما لا يتم ملكه عليه أو على مال مغضوب ففي الأظهر يرجع عليها بمهر المثل"، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 390.

⁶ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 389.

⁷ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 401؛ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 261.

⁸ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 399.

للزوج عند مخالفة زوجته له أن يأخذ أقل أو أكثر مما أعطاه¹. فإذا كان النشوز من قبلها، جاز للزوج ما أخذ منها بالخلع، وإن كان أكثر من الصداق، ورضيت ولم يضر بها. غير أنه إذا كان النشوز من قبلها لخوف ضرره، أو لظلم ظلمها، أو أضر بها، لم يجز للمالكية للزوج أخذ بدل الخلع، فإذا أخذه تعين عليه رده ووقع الخلع². وذكر الجصاص: "أن ابن وهب قال عن مالك: إذا علم أن زوجها أضر بها، وضيق عليها، وأنه ظالم لها قضى عليها الطلاق ورد عليها مالها، وأن ابن القاسم ذكر عن مالك أنه جائز للرجل أن يأخذ منها في الخلع أكثر مما أعطاه³. وإجمالا يمكن القول أن فقهاء المالكية يرون أن عوض الخلع يمكن أن يزيد عن الصداق أو يساويه أو ينقص عنه⁴. وأجاز فقهاء الشافعية الخلع بالقليل والكثير، والدين والعين، والمال والمنفعة، لأنه عقد على منفعة البضع⁵، ولأن العوض هو كالصداق عندهم، فيجوز قليلا وكثيرا، عينا ودينا⁶.

أما الحنفية، فيرون أنه إذا كان النشوز من قبلها كره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها مهرا أو صداقا⁷، وقد استندوا في ذلك إلى قوله صلى الله عليه وسلم "أما الزيادة فلا"⁸. فقهاء الحنفية يرون أنه إذا كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ عوضا، أما إذا كان النشوز منها فإنه يكره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه⁹.

ويرى الحنابلة أنه لا يستحب للزوج أن يأخذ من زوجته في الخلع أكثر مما أعطاها

¹ "قلت: هل يجز للزوج أن يأخذ من امرأته أكثر مما أعطاه في الخلع؟ قال: قال مالك: نعم"، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 245.

² أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، اختصار المدونة...، المرجع السابق، م 2، ص 232.

³ أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن...، المرجع السابق، ج 2، ص 91.

⁴ "و ضرب بعوض، وهو هذا، وظاهره: كان ذلك قبل البناء أو بعده، زاد عن الصداق أو ساواه أو نقص عنه"، تاج الدين بھرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المالكي، المرجع السابق، ص 1073.

⁵ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 261.

⁶ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 7، ص 389.

"ويصح عوضه أي الخلع قليلا وكثيرا دينا وعينا ومنفعة كالصداق"، سليمان البجيرمي، حاشية البجيرمي...، المرجع السابق، ج 3، ص 310.

⁷ أبو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي، المرجع السابق، ص 217.

⁸ "وقال أبو حنيفة وزفر ويوسف ومحمد إذا كان النشوز من قبلها حل له أن يأخذ منها ما أعطاه ولا يزداد وإن كان النشوز من قبله لم يجز له أن يأخذ منها شيئا فإن فعل جاز في القضاء"، أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن...، المرجع السابق، ج 2، ص 91.

⁹ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج 4، ص 190-192.

صدقا¹، فإذا أخذ منها أكثر مما أعطاهها كان ذلك مكروها².

وقد أجمل ابن رشد ما سبق ذكره بقوله في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "أما مقدار ما يجوز لها أن تحتلع به، فإن مالك، والشافعي، وجماعة، قالوا: جائز أن تحتلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها، إذا كان النشوز من قبلها، وبمثلها وبأقل منه، وقال قائلون: ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاهها على ظاهر حديث ثابت"³.

ثالثا: الإختلاف حول الخلع وبدله:

وقد تعرض فقهاء المذاهب السنية لمسألة غاية في الأهمية تتعلق بالخلع وبدله، تمثلت في إختلاف الزوجين حول الخلع وبدله، بدليل ما أتى به في المغني أن الإمام مالك والإمام أبوحنيفة والإمام أحمد قالوا أنه إذا ادعى الزوج الخلع، وأنكرته الزوجة، تبين المرأة، لأنه أقر بالخلع، ولا يستحق عوضه، لأنها أنكرته، وعليه اليمين. أما إذا ادعت المرأة، وأنكره الزوج، فالقول كذلك قوله، ولا يستحق عوض الخلع، لأنه لم يدعه. أما إذا اتفقا على الخلع واختلفا على قدره أو جنسه أو حلوله أو تأجيله أو صفته فالقول قول الزوجة، وفي رواية عن القاضي قال أحمد فالقول قول الزوج، لأن البضع يخرج من ملكه، فكان القول قوله في عوضه، بينما يقول الشافعية أنهما يتحالفان، لأنهما اختلفا في عوض العقد، فيتحالفان فيه، كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن⁴، وقد اختلف جمهور الفقهاء مع الشافعية حسب التفصيل التالي:

أ- رأي جمهور الفقهاء:

يرى الحنفية أنه لو ادعى الزوج الخلع على مال وأنكرت الزوجة، يقع الطلاق بإقراره

¹ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه...، المرجع السابق، ص 100.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 219.

"ويكره أخذه منها أكثر مما أعطاهها، ويصح بمجهول وبنفقة عدة من حامل"، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي، عمدة الطالب...، المرجع السابق، ص 200.

"ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاهها، فإن فعل كره، وضح، هذا المذهب، نص عليه، وعليه جميع الأصحاب"، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 8، ص 398.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 595.

⁴ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 318-319.

والدعوى في المال بحالها فيكون القول لها لأنها تنكر وعكسه، أي لو ادعت الخلع لا يقع بدعواها شيء لأنها لا تملك الإيقاع، فلا يقع كيفما كان سواء ادعته بمال أو دونه¹. أما إذا اتفقا على الخلع واختلفا على بدله، كأن تقول أنه بغير جعل، فالقول قولها، لأن صحة الخلع لا تستدعي البديل، وقد أنكرت فيكون القول لها².

أما المالكية، فيرون أنه إذا ادعى الزوج الخلع، بينما ادعت الزوجة الطلاق بلا عوض حلفت الزوجة وبانت بدون عوض، وإذا نكلت حلف الزوج، فإذا نكل مضى قولها. أما إذا اتفقا على الخلع واختلفا على قدره كأن يدعي الزوج عشرا وتدعي الزوجة خمسة، أو اختلفا على جنسه كأن يدعي الزوج عبدا وتدعي الزوجة شاة، حلفت الزوجة ودفعت ما ادعته، فإذا نكلت حلف وأخذ ما ادعى³.

ويرى الحنابلة أنه إذا اختلف الزوجان في قدر العوض، أو عينه، أو تأجيله، فالقول قول الزوجة مع يمينها⁴.

ب- رأي الشافعية:

إذا ادعت الزوجة الخلع ولم يكن لها بينة، وأنكره الزوج صدق بيمينه، أما إذا كان لها بينة، وبينتها رجلان شاهدان، فإذا ثبت الخلع، فليس للزوج المطالبة بالمال، لأنه ينكره، إلا إذا عاد واعترف بالخلع فيستحقه، وإن قال لها طلقتك بكذا فقالت طلقنتي مجانا أو لم تطلقني بانت بقوله لإقراره، ولا عوض عليها للزوج إن حلفت على نفيه لأن الأصل براءة ذمتها. أما إذا أقام بالعوض بينة، أو حلف معه، أو عادت واعترفت بعد يمينها بما ادعاه لزمه العوض، وإن اختلفا في جنس عوضه، أو قدره ولا بينة تحالفا ووجب مهر المثل⁵، وقيل يرجع بأقل الأمرين من مهر المثل وما

¹ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحسكفي، المرجع السابق، ص 236؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار... المرجع السابق، ج 5، ص 101-102.

² زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج 4، ص 125.

³ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 360؛ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 153.

⁴ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 8، ص 422.

⁵ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، ج 4، ص 452-453.

ادعاه، وقيل يرجع بأكثر الأمرين من مهر المثل والمسمى الذي ادعته، والصحيح الأول¹.

بعد دراسة آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول بدل الخلع من الضروري دراسة بدل الخلع في القانون الجزائري.

رابعاً: بدل الخلع في القانون الجزائري:

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل، يمكن استخلاص نوع بدل الخلع من المادة 54 التي نصت على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه..."، وبذلك اشترط المشرع أن يكون بدل الخلع "مالاً"، ليصبح بعد تعديل نص المادة 54 من ق.أ "مقابلاً مالياً". إذ جاء في فقرتها الأولى: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، واستعمال المشرع الجزائري لمصطلح المقابل المالي لم يغير من نوع بدل الخلع الذي يبقى في ظل القانون الأسرة مالا، وهو مفهوم واسع قد يفهم منه المال نقداً، أو منقولاً، أو عقاراً². وأمام غموض وعمومية نص المادة 54 من ق.أ يتعين على القاضي تحديد نوع ذلك المال بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من ق.أ، وإلى المبادئ التي تحدد مفهوم المال والأحكام التي تنظمه في النظام القانوني الجزائري.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ترك للزوجين في حالة الإتفاق على بدل الخلع تحديد ذلك المال الذي قد يكون أي شيء يقوم بالمال كالنقد، أو المنقول، أو العقار الذي يجب اتباع القواعد القانونية التي تنظم نقل ملكيته من الزوجة إلى الزوج. الأمر الذي يطرح التساؤل، هل يكفي فقط إيداع الحكم أو القرار القاضي بتحديد بدل الخلع في حالة العقار عن طريق الموثق بالمحافظة العقارية لتتم عملية الشهر العقاري كما تنص عليه المادة 793 من القانون المدني³، أم يقتضي الأمر إفراغ ذلك الإتفاق في عقد رسمي أمام موثق ليشره لاحقاً في المحافظة العقارية؟.

إن ترجيح الفرضية الأولى هو الأقرب إلى الصواب، فيكفي تعيين العقار تعييناً دقيقاً في

¹ محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج7، ص 430-431.

² "والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقداً أو عينياً"، أحمد شامي، المرجع السابق، ص239.

³ تنص المادة 793 من القانون المدني على أنه: "لانتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

الحكم أو القرار الذي تضمن إتفاق الزوجين على الخلع وفقا للمادة 66 فقرة 1 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹ التي تنص على أنه: "كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقاريه النوع والبلدية التي يقع فيها وتعيين القسم ورقم المخطط والمكان المذكور وما يحتوي عليه من مسح أراضي"، ليقوم الموثق بإيداع ذلك الحكم أو القرار بالمحافظة العقارية لتتم عملية الشهر القانوني.

كما يثار التساؤل حول بدل الخلع الذي تبذله الزوجة القاصر بتراضيها مع الزوج إذا كان عقارا، هل تحتاج إلى إذن وليها أو وصيها؟ تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على تكييف بدل الزوجة لبدل الخلع. فإذا كيف على أنه تبرع، لا يجوز للقاصرة أن تبذل بدل الخلع لأنه تصرف ضار، فيكون باطلا وفقا لما جاء في نص المادة 83 من ق.أ. وفي هذه الحالة لا يمكن للزوجة القاصرة أن تحالغ نفسها لأن البدل عنصر أساسي في الطلاق الخلعي في القانون الجزائري. أما إذا كيف على أنه تصرف دائر بين النفع والضرر فيتوقف ذلك على إجازة الولي أو الوصي وفقا لما جاءت به المادة سابقة الذكر، وهو الراجح لأنه لا يعقل أن تحرم الزوجة القاصرة المرخص لها بالزواج من حقها في طلب الطلاق الخلعي، لذلك قيد قانون الإجراءات المدنية والإدارية طلبها الخلع بضرورة تقديمه من طرف وليها باسمها.

إن تنظيم الخلع في قانون الأسرة في مادة وحيدة حال دون تحديد أحكام عدة مسائل متعلقة به، ومن ذلك مقدار بدل الخلع، غير أنه بموجب المادة 54 من ق.أ يمكن للزوجين أن يتفقا على بدل للخلع أكثر من قيمة الصداق أو أقل منها. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ترك الحرية للزوجين في تحديد مقدار بدل الخلع منتهجا في ذلك نهج جمهور الفقهاء². أما إذا اختلفا حول قيمة بدل الخلع، يتدخل القاضي ليحدده دون أن يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. وبالتالي ففي هذه الحالة يمكن أن يكون مقدار بدل الخلع أقل أو يساوي قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم على ألا يتجاوزه.

¹ المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، 15/04/1976، عدد 30، 1976.

² خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 603.

ووفقا لقرار المحكمة العليا، فإنه: "يقصد بصدّاق المثل في الشريعة الإسلامية صدّاق مثل أقارب المخالعة وحالها وحسبها ومالها وجمالها، مثل مهر الأخت الشقيقة أو لأب، فضلا عن العرف السائد في المنطقة التي أبرم فيها عقد زواج الطرفين"¹.

وتحديد بدل الخلع بعدم تجاوز صدّاق المثل عند صدور الحكم بالخلع عند اختلاف الزوجين حول مقداره من شأنه أن يضر بالزوج إذا كان قد دفع مهرا يفوق قيمة صدّاق المثل، إذ تستفيد الزوجة من ذلك. كما من شأنه أن يضر بالزوجة إذا كان الزوج قد دفع مهرا يقل عن قيمة صدّاق المثل، فيستفيد الزوج من الفارق بين القيمتين. لذلك يستحسن لو أن المشرع الجزائري ترك للقاضي تحديد مقدار البدل عند اختلاف الزوجين حوله بموجب سلطته التقديرية اعتمادا على جملة من المعايير كالمهر الذي دفعه الزوج ومدة الزواج والحالة المادية للزوجين بدلا من تحديده بعدم تجاوز قيمة صدّاق المثل عند صدور الحكم²، أو كتحديده بمبلغ الصدّاق الذي دفعه الزوج عند إبرام عقد الزواج.

ومن أمثلة التطبيقات القضائية على تضرر الزوج عند عدم اتفاق الزوجين على بدل الخلع نتيجة لتحديد القاضي لمقداره دون أن يتجاوز هذا المقدار قيمة صدّاق المثل ولكن يقل عن مبلغ الصدّاق الذي دفعه الزوج، قرار المحكمة العليا بتاريخ 04 أكتوبر 2017 الذي رفض الطعن بالنقض الذي تقدم به الزوج ضد قرار غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء أم البواقي الذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيه مبدئيا وتعديلا له رفع المقابل المالي للخلع إلى 80.000 دج، علما بأن الحكم المستأنف فيه قضى بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين عن طريق الخلع، وأن الزوج استأنف هذا الحكم مطالبا برفع مقابل الخلع إلى 150.000 دج، وهو ما يمثل الصدّاق الذي قدمه للزوجة. وقد جاء في ذلك القرار: "عن الوجهين معا لتكاملهما وارتباطهما المأخوذ من انعدام الأساس القانوني وقصور التسبيب بدعوى أن قضاة الموضوع قاموا برفع مقابل الخلع إلى ثمانين ألف دينار بالرغم من مطالبته بمبلغ مائة وخمسين ألف دينار الذي يمثل صدّاق المطعون

¹ المحكمة العليا، خ.ق.ا.م. 2017/02/01، ملف رقم 1054305، مجلة المحكمة العليا، 2017، عدد 1، ص 261.

² خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 606.

ضدها اعتمادا على أقوال هذه الأخيرة التي ادعت أن صداقها خمسة عشر ألف دينار...
لكن حيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس مارسوا سلطتهم كدرجة ثانية في حدود الأثر الناقل للإستئناف وعانوا أن مقابل الخلع المحكوم به لا يتماشى وصادق المثل وفقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة وانتهاوا إلى رفعه إلى الحد المحكوم به ويكونون بذلك قد طبقوا صحيح القانون لأن العبرة في التقدير بصداق المثل وقت صدور الحكم وليس الصداق المقدم من الطاعن للمطعون ضدها أثناء إبرام عقد الزواج...".

وتأكيدا لما جاء في نص المادة 54 من ق.أ. على أن القاضي هو وحده من يقدر مقابل الخلع عند اختلاف الزوجين حوله، والذي متى عرضت عليه دعوى خلع ولم يتفق الزوجان على مقابل الخلع، يتعين عليه تقدير ذلك البديل بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم أو القرار، دون الإلتفات إلى قيمة الصداق المتفق عليه أثناء إبرام عقد الزواج حتى ولو كانت قيمته تفوق بكثير صداق المثل الذي نطق به القاضي.

في هذا السياق صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ 12 نوفمبر 2015 الذي رفض الطعن بالنقض الذي تقدم به الزوج ضد قرار غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء مستغانم والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيه والذي قضى بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين عن طريق الخلع وإلزام المطعون ضدها بأن تؤدي للطاعن مبلغ 90.000 دج كمقابل الخلع، وأن الزوج استأنف هذا الحكم مطالبا بالأخذ بعين الإعتبار عند تقدير مقابل الخلع قيمة الصداق المدون يوم إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، وقد جاء في ذلك القرار:

"عن الوجه الثاني المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون بدعوى أن قضاة المجلس لم يأخذوا بعين الإعتبار قيمة الصداق المدون والمتفق عليه يوم إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية المتمثل في 80.000 دج وطاقم من ذهب بقيمة 320.000 دج إلا أن قضاة المجلس في قرارهم المنتقد أشاروا أن الطاعن لم يثبت الصداق، في حين كان يتعين في حالة الإختلاف أن يعتد بصداق المثل.

لكن حيث أن قضاة المجلس أيدوا الحكم المستأنف في جميع مقتضياته، وهذا الأخير أشار وأن الزوجان اختلفا حول مقابل الخلع فتعين على المحكمة تقديره بما لا يتجاوز صداق المثل بمدينة

مستغانم عند صدور الحكم وبكون قضاؤه هذا قد أحسن تطبيق القانون¹.

ويلاحظ في قضية الحال أن الزوج هو المتضرر من مبلغ مقابل الخلع الذي قدره قضاة المجلس بـ 90.000 دج، في حين دفع صداقا يقدر بـ 400.000 دج بفارق 310.000 دج. واستقر قضاء المحكمة العليا على أنه في دعوى الخلع لا يجوز للزوج أن يطالب باسترجاع مبلغ الصداق ولو كان يفوق بكثير صداق المثل وقت صدور الحكم، وله أن يطالب برفعه أمام المجلس بعد الإستئناف، وقضاة المجلس لهم السلطة التقديرية في رفعه على ألا يتجاوز صداق المثل وقت صدور القرار بما يملكونه من حق في مراجعته لكون الإستئناف ينقل الدعوى إلى المجلس كدرجة ثانية بالحالة التي كان عليها قبل صدور الحكم بالنسبة للشق المستأنف فيه.

وهو ما يؤكد قرار المحكمة العليا بتاريخ 2017/07/06 الذي رفض الطعن بالنقض الذي تقدم به الزوج ضد قرار غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء الجزائر والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيه الذي قضى بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين عن طريق الخلع وإلزام المطعون ضدها بأن تدفع للطاعن مبلغ 100.000 دج مقابل الخلع، وكان الزوج قد أجاب على طلب الزوجة أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة مطالبا بإلزام المطعون ضدها بأن ترد له الصداق المدفوع المتمثل في طاقم ذهب بقيمة 225.000 دج وخاتم من ذهب بقيمة 24.000 دج ومبلغ 80.000 دج، وكان الحكم المستأنف فيه قد اعتبر أن صداق المثل وقت الحكم بين 50.000 دج و150.000 دج. وهو ما أكدته القرار المطعون فيه وقد جاء فيه:

"حيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه فإنه يتبين من الوقائع وأن الطاعن طالب بإلزام المطعون ضدها بأن تعيد له الصداق المدفوع لها، وأن قضاة المجلس قد ناقشوا وردوا على طلبه على أساس أنه غير مؤسسين استنادا لنص المادة 2/54 من قانون الأسرة مبررين ذلك على أنه كان على الطاعن المطالبة برفع مقابل الخلع، وهذا ما لم يثبت من خلال وقائع وحديثات القرار المطعون فيه بأن الطاعن طالب برفع مبلغ مقابل الخلع المحكوم به، وإنما طالب باسترجاع له مبلغ الصداق المدفوع للمطعون ضدها، وبذلك فإن قضاة المجلس وبما انتهوا إليه لم يخالفوا القانون، لتقيدهم بالأوجه والطلبات المثارة أمامهم مما يجعل الفرع غير سديد مستوجب الرفض."

¹ المحكمة العليا، غ ش أم، 2015/11/12، ملف رقم 0916325.

ويلاحظ من خلال الوقائع التي تضمنها هذا القرار أن الزوج دفع مهرا قيمته 329.000 دج في حين تم تقدير قاضي الحكم وقضاة المجلس صداق المثل وقت صدور الحكم أو القرار بـ 100.000 دج، ليكون الزوج متضررا بفارق 229.000 دج.

يتمتع قضاة المجلس بسلطة تقديرية تتيح لهم خفض أو رفع بدل الخلع إذا ما تبين لهم أن مبلغه الذي نطق به قاضي الدرجة الأولى لا يتناسب مع صداق المثل وقت صدور الحكم. وهو الأمر الذي كرسه قرار المحكمة العليا بتاريخ 2018/2/07 الذي رفض الطعن بالنقض الذي تقدمت به الزوجة ضد قرار غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء الجزائر والذي قضى بتعديل الحكم المستأنف فيه برفع المقابل المالي للخلع إلى 100.000 دج، علما بأن الحكم المستأنف فيه قضى بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين عن طريق الخلع وإلزام الزوجة بأن تدفع للزوج مبلغ 60.000 دج كمقابل للخلع. جاء في هذا القرار: "عن الوجه الوحيد والمأخوذ من قصور التسبيب والذي جاء فيه أن قضاة المجلس وبقضائهم بتأييد الحكم المستأنف فيه مبدئيا وتعديلا له رفع مقابل الخلع إلى 100.000 دج... لم يقدر الوقائع التقدير الصائب...،

لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة المجلس قد ناقشوا ما أبداه طرفا الإستئناف من طلبات ودفع وانتهوا إلى رفع المبلغ المحكوم به بخصوص مقابل الخلع كون المبلغ المحكوم به لا يتناسب مع صداق المثل وقت صدور الحكم...".

وهو نفس ما ذهب إليه قرار سابق للمحكمة العليا بتاريخ 05 أكتوبر 2016 الذي رفض الطعن بالنقض الذي تقدمت به الزوجة ضد قرار غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء الجزائر والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيه، يذكر أن هذا الأخير قضى بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين عن طريق الخلع وإلزام الطاعنة بأن تدفع للمطعون ضده مبلغ 70.000 دج كمقابل للخلع، وقد جاء في قرار المحكمة العليا:

"عن الوجه الأول والمأخوذ من القصور في التسبيب بدعوى أن القرار المطعون فيه لم يبين على ماذا أسس في منح المطعون ضده مقابل الخلع بمبلغ 80.000 دج عند طلبه ذلك، وأن قاضي الدرجة الأولى قد أصاب عندما أسس حكمه على أساس مبلغ 70.000 دج عندما اقترحت الطاعنة مبلغ 60.000 دج مقابل الخلع طبقا للمادة 54 من قانون الأسرة مطبقا بذلك

قاعدة صداق المثل...

لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه فإنه يتبين من حيثياته وبخصوص مقابل الخلع فإن قضاة المجلس رفعوا المبلغ المحكوم به من طرف قاضي أول درجة من 70.000 دج إلى 80.000 دج إستنادا لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة على اعتبار أن المبلغ لا يتناسب وصداق المثل... وبذلك فإن قضاة المجلس قد سببوا قرارهم التسبب الكافي مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض".

ومن بين المسائل التي أثارت جدلا بين شراح قانون الأسرة برزت مسألة اتفاق الزوجين على التنازل عن نفقة أو حضانة الأطفال كمقابل للخلع، إذ أنه أمام الإختلاف الفقهي حول مدى جواز أن يكون التنازل عن الحضانة بدلا للخلع¹، اكتفى المشرع الجزائري بمحصر مقابل الخلع في المال في المادة 54 من ق.أ، وسكت حينما لم يتعرض للأمر التي لا ينبغي أن تكون بدلا في الخلع كعدم جواز التنازل عن حضانة الأولاد أو نفقتهم². وهو الأمر الذي يفهم منه أن التنازل عن الحضانة لا يمكن أن يكون بدلا للخلع، لأن الحضانة لا يمكن تقويمها بالمال لارتباطها بالأمر الشخصية للطلاق في قانون الأسرة الذي ميز بين الحضانة والجوانب المادية للطلاق بموجب المادة 57 من ق.أ التي نصت على أنه: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف". ومن ثم جاء موقف المشرع الجزائري واضحا بشأن هذه المسألة، إذ أنه أخرج الحضانة من دائرة الآثار المالية للطلاق بموجب المادة سابقة الذكر. كما أنه سكت ولم يخص مسألة التنازل عن الحضانة كبديل للخلع بأي حكم من الأحكام التي نظم بها الحضانة في قانون الأسرة، كما أن الحضانة هي حق للمحضون، ليس للزوجة الحق في منحه بدلا للخلع بما أنه حق مقرر للغير³.

¹ إضافة إلى تباين رأيي الحنفية و المالكية الذيم سبق الإشارة إليهما بخصوص مسألة التنازل عن الحضانة مقابل الخلع، يرى عبد الرحمن الصابوني أن التنازل عن الحضانة مقابل الخلع يتعلق بحق الغير لذلك لا يجوز أن يتفق الزوجان على أن تمسك الزوجة الطفل بعد سن الحضانة لأن الشارع جعل إمسك الطفل في هذا السن من حق الأب لمصلحة الصغير، كما لا يجوز لهما أن يتفقا على أن يكون إمسك الطفل بيد الأب وقت الحضانة لأن هذه المدة من حق الأم الأوفر شفقة وأكثر حنانا من الأب؛ عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، ص 63؛ ويرى محمد أبو زهرة أنه لا يصح بدل الخلع إذا اشتمل على اعتداء على حق الطفل الذكر كأن يبقى تحت يد أمه إلى أن يبلغ ولو تجاوز سن الحضانة، ويقع الطلاق بائنا على مذهب الإمام أبي حنيفة، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 334.

² آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 354.

³ أحمد شامي، المرجع السابق، ص 430.

وأكثر من ذلك، فإن إسناد الحضانة يخضع إلى جعل مصلحة المحضون الفضلى هي المعيار الذي يمكن على أساسه تحديد الشخص المؤهل لممارسة الحضانة، لذلك ينبغي على القاضي أن يرجح مصلحة الطفل المحضون على أي اتفاق يمس بها ويهددها. لذلك قد يضر تنازل الزوجة لزوجها مقابل الخلع بمصلحة الطفل المحضون، فكيف لزوجة ترغب في مخالعة زوجها، أن ترى فيه الكفاءة على حضانة أبنائها، في الوقت الذي ترى فيه عدم الكفاءة ليصلح زوجها لها؟ وهو ما يرجح احتمال ألا يكون التنازل عن الحضانة في الواقع إلا مقابلا لحريتها، وتضحية بمصلحة الطفل المحضون في سبيل تحقيق مصلحتها الخاصة، دون إعارة أدنى اهتمام لما يترتب عن ذلك من إهدار ومساس بحقوقه¹. ولعل ذلك كان سببا في اتجاه إرادة المشرع الجزائري إلى سد باب التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، وتقييد حرية المرأة في ذلك صيانة لحقوق الطفل وحماية لمصالح المجتمع².

كما لا يجوز للزوجين عند اتفاقهما على بدل الخلع أن يكون العوض تنازل الزوج على نفقة الأطفال، لأن النفقة حق للغير وليس للزوجة، وقد اعتبر القضاء أن نفقة المحضون من النظام العام لا يجوز الإتفاق على التنازل عليها، إذ جاء في أحد الأحكام القضائية: "حيث أنه ومن المقرر قانونا وعملا بنص المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن للقاضي النظر في الاتفاق بين الطرفين وله أن يلغي أو يعدل في شروطه، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام.

حيث أنه فيما يخص اتفاق الطرفين على عدم منح النفقة للأولاد المحضونين، فإنه يعد مخالفا للنظام العام ويتعارض مع مصلحة المحضون، كون أن النفقة الغذائية التي يمنحها الأب هي من حق المحضون وحده ولا يحق الاتفاق على غير ذلك، مما جعل من المحكمة تستبعد هذا الاتفاق".

ويذهب البعض³ إلى القول أنه أمام خلو المادة 54 من ق.أ عن التنصيص على مسألة تنازل الزوجة عن نفقة الأطفال كبديل للخلع ينبغي الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي تطبيقا لنص المادة

¹ تشوار زكية حميدو، ص 538.

² خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 619.

³ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 609.

222 من ق.أ، غير أن مصلحة الطفل المحضون تقتضي عدم جواز التنازل عن نفقته وعن حضائته كمقابل للخلع وهو الراجح سواء كانت الزوجة موسرة أو معسرة.

اعتبرت المحكمة العليا أن تحديد مبلغ بدل الخلع عنصرا أساسيا في الطلاق الخلعي، حيث جاء في أحد قراراتها: "حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع عندما قضى بالطلاق عن طريق الخلع وقضى بحفظ حق الطاعن في طلب مقابل الخلع فإنه يكون قد جانب الصواب، لأن تحديد مبلغ مقابل الخلع هو عنصر أساسي من عناصر الطلاق بواسطة الخلع إذ يتعين في مثل هذه الحالة تدخل قاضي الموضوع في تحديد مبلغ الخلع إن لم يتفق الطرفان عليه، فالحكم محل الطعن جاء مخالفا للقواعد الشرعية ولأحكام المادة 54 من ق.أ مما يستوجب نقضه جزئيا فيما يخص مقابل الخلع وإحالته إلى المحكمة"¹.

كما أنه على الزوجة عرض مبلغ مالي مقابل الخلع، ولا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعا، إذ جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "...ومن جهة أخرى فإن كل امرأة تطالب بالخلع عليها وجوبا عرض مبلغ مالي مقابله وتبعا لذلك لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع لأن القاضي ملزم بالقضاء به يوم النطق بالطلاق خلعا سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا طبقا لأحكام المادة 54 من ق.أ ولما قضى قضاة الموضوع بمجلس قضاء تيزي وزو بخلاف ذلك فإن قضاءهم جاء مشوبا بالقصور في الأسباب وانعدام الأساس القانوني الأمر الذي يتعين معه نقضه وإبطاله"².

انطلاقا مما سبق ذكره، تبدو إرادة الزوجة المنفردة قاصرة على تحديد مقدار بدل الخلع، إذ أنه في كلتا الحالتين سواء كان تقدير بدل الخلع باتفاق الزوجين، أو كان تحديد مبلغه من طرف القاضي عند اختلافهما حوله، فلا اعتبار لإرادة الزوجة المنفردة في تقديره.

وإذا كان الحال كذلك بالنسبة لبديل الخلع، فإن التساؤل الذي يطرح ما هو دور الإرادة المنفردة للزوجة في إيقاع الطلاق الخلعي في القانون والقضاء الجزائريين؟

¹ المحكمة العليا، غ أ ش م، 2001/10/17، ملف رقم 275497، مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد2، ص 353.

² المحكمة العليا، غ أ ش م، 2006/10/11، ملف رقم 365244، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد1، ص 467.

المبحث الثالث

دور الإرادة المنفردة للزوجة في إيقاع الطلاق خلعا في قانون الأسرة

والقضاء الجزائريين

إن سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع كحق للزوجة أو رخصة جعل الفقه والقضاء غير مستقر على رأي ثابت بعد صدور القانون 84/111¹. وأمام الغموض الذي اكتنف النص الأصلي للمادة 54 من ق.أ. كان للإجتهد القضائي وشرح قانون الأسرة دور بارز في تحديد طبيعة الخلع من كونه عقد رضائي أم تصرف بالإرادة المنفردة للزوجة. أما بعد تعديل قانون الأسرة، فتغيرت طبيعة الخلع تبعاً لما تم به تعديل المادة 54 من ق.أ. لذلك كله من البديهي أن تثار عدة تساؤلات حول الطبيعة القانونية للطلاق الخلعي لعل أهمها على الإطلاق ما هي الطبيعة القانونية للطلاق الخلعي في النص الأصلي لقانون الأسرة؟ وبعد تعديل قانون الأسرة؟ وعلى هذا الأساس ستتم دراسة الطبيعة القانونية للطلاق الخلعي في النص الأصلي لقانون الأسرة (المطلب الأول) والطبيعة القانونية للطلاق الخلعي بعد تعديل قانون الأسرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للخلع في النص الأصلي لقانون الأسرة

نصت المادة 54 من قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ بتاريخ 09 جوان 1984 قبل تعديلها على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". وبذلك أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تخالع نفسها مقابل مال يتم الإتفاق عليه تدفعه للزوج. غير أنه سكت عن مسألة في غاية الأهمية أثارت جدلاً كبيراً وخلافاً بين شرح قانون الأسرة الجزائري، تمثلت في مدى

¹ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص 220.

ضرورة موافقة الزوج من عدمها لوقوع الخلع، وبصيغة أخرى هل الطلاق خلعا عقد رضائي أم حق تستعمله الزوجة بإرادتها المنفردة؟

وقد انعكس ذلك على التطبيق القضائي لهذا النص، أدى إلى ظهور موقفين متباينين، موقف لا يميز الخلع إلا بموافقة الزوج وبالنتيجة معتبرا الخلع عقدا رضائيا يلزم لوقوعه تطابق إرادة الزوجة مع إرادة الزوج على الطلاق خلعا، تكون فيه الإرادة المنفردة للزوجة قاصرة في إيقاع الطلاق الخلعي (الفرع الأول)، وموقف آخر لا يرى ضرورة موافقة الزوج عليه، معتبرا الخلع حق للزوجة خاضع لإرادتها المنفردة، ولا يفتقر إلى إرادة الزوج، تكون فيه الإرادة المنفردة للزوجة كافية لإيقاع الطلاق خلعا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

قصور الإرادة المنفردة للزوجة في إيقاع الطلاق خلعا قبل تعديل قانون الأسرة

سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع هل هو حق للزوجة أم رخصة لها في النص الأصلي للمادة 54 من ق.أ أدى إلى عدم استقرار الفقه والقضاء على موقف ثابت، إذ فتح المجال أمام القضاة وشرح القانون في محاولاتهم لرفع اللبس والغموض الذي كان يكتنف هذه المسألة لينهلوا من آراء فقهاء الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة رقم 11/84. وقد تباينت آراء فقهاء القانون، إذ ذهب البعض منهم إلى مجارة موقف القضاء من طبيعة الخلع بعد صدور قانون الأسرة، والذي انحاز إلى رأي جمهور الفقهاء القائل بأن الخلع عقد رضائي بين الزوج والزوجة. لذلك لا بد من عرض رأي شرح القانون (أولا) وموقف القضاء (ثانيا).

أولا: رأي شرح القانون:

اعتبر شرح قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله أن الخلع رخصة للزوجة تلجأ لها الزوجة، بموافقة زوجها مقابل عوض تدفعه له، يسمح لها بفك الرابطة الزوجية دون نزاع أو محاصمة،

وبذلك يدخل في خانة العقود الإتفاقية والرضائية¹، إذ لا يتم إلا باتفاق الزوجين، بتطابق الإيجاب والقبول حول مبدأ المخالعة، ويقتصر دور القاضي فقط في إثباته بحكم قضائي، بعد تأكده من توافر الشروط وضمنان حقوق الأولاد². وفي هذا، ذهب الأستاذ بلحاج العربي إلى القول: "فالخلع ليس إلا طلاقاً رضائياً مقابل ما تدفعه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها... ولا يصبح الخلع لازماً إلا إذا تم فيه الإيجاب والقبول، وقبل تمامه يجوز لكل من الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الآخر"³.

وذهب بعض الباحثين إلى القول أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم 84-11 لم يتعرض لمسألة الخلع على أنه يمين أم معاوضة من جانب الزوجة، الأمر الذي دفع ببعض الشراح إلى الأخذ بالرأي الذي يشترط توفر إرادة الزوج لوقوع الخلع، على أساس أن الخلع عقد، يكون يمينا من جانب الزوج، ومعاوضة في جانب الزوجة⁴.

وإجمالاً لما سبق ذكره، قالت الأستاذة آيت شاوش في نفس السياق: "الظاهر من هذه المادة أن المشرع الجزائري سكت عن تحديد طبيعة الخلع فيما إذا كان حقاً للزوجة تستعمله بإرادتها المنفردة أم أنه عقد رضائي يستلزم موافقة الزوج. والنتيجة الأخيرة، أي اعتباره عقداً رضائياً، هي التي ذهب إليها شراح قانون الأسرة وقضاة المحكمة العليا خاصة في السنوات الأولى من صدور قانون الأسرة، حيث اعتبر قضاة المحكمة العليا الخلع عقداً رضائياً بين الزوجين ولا بد من موافقة الزوج"⁵.

وقد ذهب البعض الآخر إلى القول بوجود اتجاهين، اتجه يقول برضائية الخلع، لا تكون فيه إرادة الزوجين كافية لوحدها ترتيب الأثر القانوني، إذ لا بد من صدور حكم قضائي، يقتصر دور

¹ أنظر، عماري نور الدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين احكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، دفاثر السياسة والقانون، جوان 2015، عدد 13، ص 108.

² أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 268.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 264-265.

⁴ سعادي لعلی، المرجع السابق، ص 308.

⁵ آيت شاوش دليمة، المرجع السابق، ص 350.

القاضي فيه على توثيق إرادة الزوجين، وبذلك لا يخرج دور القاضي عن دور الموثق¹.

واتجاه ثان يعتبر الخلع مكنة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، بل أكثر من ذلك يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى اعتبار الخلع حقا للزوجة، يخول لها طلب التفريق مقابل عوض تدفعه للزوج دون شروط. وبذلك يكون الخلع حقا إراديا للزوجة، لا يملك القاضي إلا قبوله إذا تمسكت الزوجة به، إذ لا مجال لإعمال القاضي لسلطته التقديرية حين ما ينظر في دعوى الخلع المعروضة أمامه، وبالتالي فوفقا لأصحاب هذا الرأي يقابل حق الطلاق الذي يملكه الزوج الحق الإرادي للزوجة في الطلاق خلعا، إذا عجزت عن إثبات إخلال الزوج بأحد إلتزاماته، أما إذا أثبتت ذلك فيفرق القاضي بينهما بدون أن تدفع مقابلا ماليا لذلك².

ثانيا: موقف القضاء:

قبل صدور قانون الأسرة الجزائري استقر القضاء الجزائري على أن الخلع عقد رضائي، يتم بإيجاب وقبول من الطرفين، بل أكثر من ذلك لا يمكن للقاضي أن يحدد عوض الخلع حتى في حالة النزاع لأن الإيجاب والقبول ينصب على الخلع وعلى عوضه. ولعل ذلك يظهر في قرار للمجلس الأعلى³ بتاريخ 1980/02/25 الذي قضى بأن الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة بقبولها، ومقداره يحدد بالتراضي بين الطرفين، ولا دخل للقاضي في تحديده وفقا للشريعة الإسلامية، وقد جاء في هذا القرار:

"حيث أنه حقيقة بالرجوع إلى القاعدة الشرعية التي تنص على أنه لا يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة وبالإطلاع على الأسباب التي بني عليها قضاة الإستئناف قرارهم نجد أن قضاة الموضوع أقرروا اتفاق الطرفين على مبدأ الخلع وأثبتوا أن الخلاف بقي قائما

¹ عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 115.

² عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 116.

³ المجلس الأعلى، غ أش، 1980/02/25، ملف رقم 21305، نشرة القضاة، 1980، عدد 1، ص 79.

بينهما على تحديد مقداره فتدخلوا لحسم النزاع وحكموا بتحديد مبلغ الخلع بخمسة آلاف دينار وهذا يعني أنهم ألزموا الزوج بمبلغ معين من العوض الذي تدفعه المرأة مقابل طلاقها من زوجها وفي هذا إلزام للزوج بإيجابه لطلب زوجته بينما جمهور الفقهاء على أنه لا يجب على الزوج أن يجيب زوجته إلى ما تطلبه من مخالعة غير أنه يندب له ذلك وبناء على ذلك فإن الخلع لا يتم إلا برضاء الطرفين واتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه وهذا يتوقف على الإيجاب والقبول من كليهما وبالتالي فإن تقدير مبلغه يتوقف عليهما وحدهما وليس للقضاة حق التدخل في تحديد مبلغه لأن العصمة بيد الرجل وهو علق الخلع على مبلغ معين فلا يجوز إجباره بمبلغ محدد لا يوافق عليه وإلا يؤول الأمر إلى تطليق زوجته عليه وهذا مخالف لغرض الشارع من الخلع ولذلك فإن تدخل القضاة لتحديد مقدار عوض الخلع يعتبر مخالفة بينة لقواعد الشرع المشار إليها أعلاه مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه بهذا الصدد وبالنتيجة فإنه ما دامت العصمة بين الزوجين قائمة فإن كل ما يترتب على انفكاكهما من آثار فهو الآخر باطل ويتعين نقض القرار بأكمله من دون حاجة إلى مناقشة باقي الوجهين".

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 1982/02/08 اعتبر المجلس ذاته صراحة الخلع اتفاقا حيث جاء فيه: "...فالخلع اتفاق تكون الزوجة فيه هي البادئة بالعرض لا أن على زوجها أن يفرض عليها ولو عدت ناشزا كما هو الحال هنا"¹. وأكدته قراره الصادر بتاريخ 1984/06/11 الذي جاء في إحدى حيثياته: "وحيث أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولايسوغ حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه"².

ومن بين المبادئ التي كرسها القضاء قبل صدور قانون الأسرة، تأكيد قرار المجلس الأعلى بتاريخ 11 جوان 1984 على أن الخلع عقد رضائي بين الزوجين ولايجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، حيث جاء فيه: "وعن الوجه الأول المأخوذ من انتهاك قواعد الشريعة الإسلامية

¹ المجلس الأعلى، غ أش، 1982/02/08، ملف رقم 26709، نشرة القضاة، 1982، عدد خاص، ص 258.

² المجلس الأعلى، غ أش، 1984/06/11، ملف رقم 33652، المجلة القضائية، 1989، عدد 3، ص 38.

فيما يخص الخلع:

حيث يستفاد من الرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المنتقد أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع وبمبلغه بدون وقوع أي إتفاق عن ذلك بين الزوجين المتنازعين.
وحيث أن الزوج لم يكن راضيا بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت بمستوى المجلس القضائي إلغاء ذلك.

وحيث أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يسوغ حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.
وحيث أن هذا الوجه مؤسس الأمر الذي يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه.¹
مباشرة بعد صدور قانون الأسرة استقر الإجتهد القضائي الجزائري، أمام قصور المادة 54 من قانون الأسرة التي لم توضح هل أن الخلع عقد رضائي أم طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة بعوض، على ضرورة موافقة الزوج على الخلع، معتبرا إياه عقدا رضائيا إذ لا بد من حصول اتفاق بين الزوجين على الطلاق بواسطة الخلع وفقا لموقف غالبية الفقه الإسلامي الذي جعل من موافقة الزوج شرطا ضروريا لقبول الخلع. وفي حالة عدم رضاه لا يحكم به²، إذ اعتبر القضاء أن الخلع شرع لمصلحة الزوجة كرخصة تمكنها من الطلاق من زوج تكرهه، ولا تطبيق العيش معه، وليس كحق يقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة³.

ويظهر ذلك جليا في قرار المجلس الأعلى الادر بتاريخ 21 نوفمبر 1988 الذي قضى بموجبه بأنه:

"من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع وجوبي، وأنه ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء كما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت، ولما لم يكن لها سببا فيه

¹ المجلس الأعلى، غ أش، 1984/06/11، ملف رقم 33652، المجلة القضائية، 1989، عدد 3، ص 38.

² خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 632.

³ أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 130.

أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع، يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة¹.

كما يظهر تبني قضاة المحكمة العليا للمبدأ القائل برضاية الخلع في قرارها الصادر بتاريخ 1991/04/23 الذي رأى بأنه ليس للقاضي أن يفرض على الزوج الخلع لأن قبوله يتوقف على إرادته، إذ جاء فيه: "الفرع الأول: حيث أن القاضي قد أصدر الحكم المطعون فيه القاضي بالطلاق خلعا على الرغم من عدم قبول الزوج لمبدأ الخلع أصلا وهذا مخالف لأحكام المادة 54 من ق.أ. كما أنه مخالف لما استقر عليه القرار الصادر ليوم 1969/03/12 وأن واقعة ثابت بن قيس لا يفهم منها أن للقاضي حق فرض قبول الخلع على الزوج.

الفرع الثاني: حيث أن التفسير الوارد بأسباب الحكم المطعون فيه كان مخالفا لقصد المشرع المنصوص عنه بأحكام المادة 54 من ق.أ، ذلك أن المشرع اشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يمكن فرضه عليه من طرف القاضي وأن أحكام المادة أعلاه تجيز للقاضي حق التدخل في الإتفاق على مبلغ الخلع فقط لا على مبدأ الخلع الذي يترك لإرادة الزوج"².

وفي هذا السياق، فإن هذا التوجه يتطابق مع ما ذهب جمهور الفقهاء إليه، إذ ذهبوا إلى أن الزوج لا يجبر على قبول المخالعة إذا لم يرض بها³، حيث يرى كما تقدم فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية أنه يستحب للزوج تلبية طلب زوجته للخلع، وللزوج رفض طلب زوجته، وقد استدلوا بأن أمر النبي صلى الله عليه وسلم الوارد في الحديث "إقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، يفيد الإرشاد والإصلاح لا الإيجاب والحثم بإجراء الخلع⁴.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1988/11/21، المجلة القضائية، 1990، عدد 03، ص 72، مقتبس عن باديس دياي، صور و...، المرجع السابق، ص 79.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 73885، مقتبس عن باديس دياي، صور وآثار...، المرجع السابق، ص 80.

³ أنظر، عبد الحميد عيدوني، مدى مشروعية الزواج الجريدة الرسمية رضا الزوج على مبدأ المخالعة، مجلة الفقه والقانون، 2015، عدد 27، ص 115.

⁴ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص 211.

وإذا كان هذا موقف القضاء والفقهاء من الطبيعة القانونية للطلاق الخلعي قبل تعديل الأسرة في السنوات التي تلت مباشرة صدوره، فإن التساؤل الذي يطرح هل استقر رأي القضاء والفقهاء على نفس الموقف في السنوات التي سبقت تعديل قانون الأسرة أم تغيرت نظرتهم للطبيعة القانونية للخلع؟

الفرع الثاني

الخلع طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة قبل تعديل قانون الأسرة

ذهب بعض شراح قانون الأسرة إلى اعتبار الخلع تصرفا انفراديا للزوجة، يتيح لها فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة دون أن يكون لموافقة الزوج أي اعتبار، وهو نفس الموقف الذي كرسه القضاء في العديد من قراراته خاصة بعد سنة 1992 والذي اعتبر الطلاق الخلعي حقا للزوجة.

أولاً: الطلاق الخلعي طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة قبل تعديل قانون الأسرة فقها:

وأمام الخلاف الذي ثار حول كون الخلع عقدا قائما على رضا الزوجين، يتم باتفاقهما، أو كونه تصرفا انفراديا من الزوجة أي طلاقا بإرادة الزوجة المنفردة في مقابل بدل، يبدو أن المشرع الجزائري قد مال ورجح الموقف الثاني، بتركيزه فقط على اتفاق الزوجين على المقابل المالي الخلع، إذ أسند للقاضي تحديد البدل نقدا على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل في حالة عدم اتفاقهما عليه، وبذلك يكون الخلع بيد الزوجة، تماما مثلما هو الطلاق بيد وإرادة الزوج¹.

بل أكثر من ذلك اعتبر بعض شراح قانون الأسرة أن ربط الخلع برضا الزوج يمثل تقييدا لهذا الحق الممنوح للمرأة، الأمر الذي يستدعي مراجعة هذا الشرط أو تركه للقضاء لحماية المرأة من تعسف الزوج ولتمكينها من استعمال حقها في طلب الخلع بحرية ودون خوف أو ضغط². وبالنتيجة فإن مضمون المادة 54 لا يشير إلى الرضائية التي يراها البعض إلا فيما يخص بدل الخلع في العبارة التي وردت في نص المادة 54 من قانون الأسرة "...على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"، إذ ينصب الإتفاق

¹ الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 111، 112.

² أنظر، لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 108.

على بدل الخلع فقط. فالمشرع الجزائري بقوله: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال...". يكون قد أسند للزوجة حق الطلاق خلعا، يخضع لاستعمالها الخاص، أما المال أو بدل الخلع فإنه خاص بالزوجين معا، إذا لم يتفقا عليه تدخل القاضي¹.

وفي نفس السياق، رأت الأستاذة تشوار حميدو زكية أن الفقه الجزائري اتفق على أن المشرع الجزائري قصد بعبارة "أن تخالع نفسها من زوجها" اشتراط موافقة الزوجين على المخالعة مثلما هو سائد في الفقه الإسلامي، ويترتب على ذلك أن رفض الزوج لطلب الزوجة الخلع يحول دون وقوع وحصول الزوجة على الطلاق. وبالمقابل، إذا رفضت الزوجة الخلع في حالة صدور الإيجاب من الزوج، فلا يقع الخلع. وهو ما تبناه في بادئ الأمر القضاء الجزائري الذي كان يؤيد رأي غالبية الفقه الإسلامي الذي يجمع على أن الخلع يتم باتفاق الزوجين متوقفا على إيجاب وقبول. لكن لم يعمر ذلك الرأي كثيرا إذ عملت المحكمة العليا على تطوير اتجاهها، لتبلور قاعدة جديدة مفادها جواز النطق بالطلاق خلعا حتى ولم يتراض الزوجان عليه. وبالتالي للقاضي أن يكتفي فقط بإرادة الزوجة المنفردة لإيقاع الخلع دون موافقة الزوج حين تنقطع سبل الحياة المستقرة والعشرة الزوجية بينهما. وهو الحل الذي رأت الأستاذة تشوار حميدو زكية أنه يوافق ويتمشى مع روح النصوص التشريعية، وقد استندت في ذلك إلى أن المادة 54 من ق.أ. قد اكتفت بالإشترط على أن تكون الموافقة بين الزوجين فقط على بدل الخلع، ولم تشترط ذلك في الخلع عندما اكتفت بالقول أنه "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها". وفي تفسيرها للمادة 48 من ق.أ. التي نصت على أن: "الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون" استشفت أن المشرع الجزائري لم يكيف الخلع على أنه إحدى حالات الطلاق بالتراضي، وكيفه على أنه من بين الحالات التي تجيز للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية قضائيا².

¹ آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 351.

² أنظر، تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، ج 41، ع 2، 2003، ص 13-14.

ثانيا: الطلاق الخلعي طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة قبل تعديل قانون الأسرة قضاء:

لم يستقر اجتهاد المحكمة العليا على الرأي السابق الذي تعرض لانتقادات رغم حججه وأصوله الفقهية لكونه لا يحقق الغاية الحقيقية المرجوة من الخلع حيث ظل الزوج مسيطرا وصاحب القول الفصل بشأن فك الرابطة الزوجية دونما أن تجد الزوجة منفذا للتخلص من زوجية تخشى على نفسها منها الوقوع في المحذور. بل أكثر من ذلك إن القول بأن الخلع عقد رضائي، من شأنه التقييد من حرية وإرادة الزوجة في التخلص من رابطة زوجية لا ترضاها، لإرتباط طلبها بالطلاق خلعا برضا زوجها¹. وتبنى الإجهاد القضائي الرأي الذي يدعو إلى أن الخلع لا يحتاج إلى موافقة الزوج، ويكفي لوقوعه توفر الإرادة المنفردة للزوجة، معتبرا أن الخلع حق للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق، وليس رخصة لتمكينها من التخلص من زوج تكره عشرته². إذ جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/07/21 ما يلي:

"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

إن المادة المذكورة في قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الإلتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا.

وعليه فإن القضاة في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"³.

جاء هذا القرار ليشكل نقطة تحول في الإجهاد القضائي حول مسألة الخلع، إذ تغير

¹ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 632.

² أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 130.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/07/21، ملف رقم 83603، نشرة القضاة، 1997، عدد 51، ص 96.

موقف المحكمة العليا من اعتبار الخلع عقد تراضي بين الزوجين ورخصة للزوجة إلى اعتباره حقا للزوجة لمخالعة نفسها دون موافقة زوجها، وذلك للحيلولة دون إعطاء الزوج مجالا للإبتزاز والتعسف.

وقد استقر لاحقا موقف المحكمة العليا على أنه لا يشترط في الخلع رضا الزوج، وذلك من خلال ما جاء في قرارها: "عن الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة قواعد الشريعة، بدعوى أنه لا يحق للقانون أن يحكم بالخلع دون رضا الزوج بذلك إضافة إلى أن الطاعن لم يكن راض بالمبلغ المقابل للخلع. لكن وحيث أن القاضي قد طبق المادة 54 من ق.أ التي أجازت للزوجة أن تخالع دون اشتراط رضا الزوج بذلك وعند الإختلاف في المبلغ الخاص بالخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"¹؛ "...وبالرجوع إلى طبيعة الخلع الذي أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه ق.أ للزوجة في المادة 54 منه يتبين وأن اللجوء إلى الخلع، لا يكون إلا بعد استحالة مواصلة العشرة الزوجية بين الزوجين لأسباب خاصة، وحملتها على عرض دفع البدل والعوض لافتداء نفسها من الزوج الذي لم يعد بإمكانها لأسباب خاصة مواصلة الحياة الزوجية معه من أجل فك العصمة الزوجية بينهما عن طريق الخلع سواء رضي الزوج به أم لم يرض"².

وفي قرارها الذي أكدت بموجبه حق الزوجة في مخالعة نفسها دون موافقة زوجها وذلك بمنطوق لا يشوبه أي غموض: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفساد نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون"³.

ويفسر بعض الباحثين توجه المحكمة العليا إلى اعتبار الخلع رخصة للزوجة تستعملها دون موافقة زوجها بتأثر قضاة المحكمة العليا بما جاء في الفقه الإسلامي من قول المالكية بوجوب

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19/04/1994، ملف رقم 103793، نشرة القضاة، 1997، عدد 51، ص 96.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19/04/1994، ملف رقم 115118، نشرة القضاة، 1997، عدد 52، ص 106.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16/03/1999، ملف رقم 216239، الإجتهد القضائي، ص 138، مقتبس عن باديس دياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 52.

استجابة الزوج لرغبة امرأته في طلب الخلع، ومن ثمة فللمرأة الحصول على الطلاق بالخلع بإرادتها المنفردة، وإجبار الزوج عليه لوجوبه، وقد استدلت المالكية على ذلك بأن الأمر في الحديث "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" يفيد وجوب تلبية الرجل لرغبة زوجته في طلب الخلع¹.

وفي السياق ذاته، وجاء في قرار لها بتاريخ 30 جويلية 1996: "لكن وحيث أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية السمحاء للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء، وليس عقدا رضائيا كما يزعم الطاعن في عريضة طعنه وأن قاضي الحكم المطعون فيه عندما استجاب لطلب الزوجة المطعون ضدها في الطلاق خلعا، وقضى لها به، إنما طبق في ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية، وما تنص عليه المادة 54 من ق.أ.²".

بناء على ما تقدم ذكره، يمكن القول أن شراح قانون الأسرة وقضاة المحكمة العليا اعتبروا الخلع عقدا رضائيا لا يمكن وقوعه دون إيجاب وقبول واعتبروه رخصة للزوجة وليس حقا لها. ويمكن استخلاص ذلك من القرارات التي صدرت عن المحكمة العليا قبل سنة 1992، ليتغير بعد هذه السنة موقف المحكمة العليا من الطلاق الخلعي معتبرا إياه حقا للزوجة وطلاقا بالإرادة المنفردة. وقد اتسمت هذه المرحلة قبل تعديل قانون الأسرة بتأرجح موقف الفقه والقضاء من الخلع بين الطلاق بإتفاق الزوجين والطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة، إذ كان الخلع محل اختلاف بين رأيين متباينين رأي يرى بأن وقوع الطلاق خلعا يتوقف على توافق الزوجين عليه، ورأي آخر يشترط فقط توفر إرادة الزوجة في إيقاعه بواسطة الطلب القضائي، دون إعارة أدنى اهتمام إلى إرادة الزوج وموافقته، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا خلافا للإلتجاه الفقهي الراجح.

وبذلك تباين موقف القضاء مع موقف الفقه، وبتكليفه الجديد للخلع لم يعد القضاء يمثل سندا للتفسير الفقهي³. وقد كان لهذا الموقف أثره الواضح في تعديل المشرع الأسري للمادة 54 من ق.أ، رغبة منه في إزالة الغموض الذي اكتنف النص الأصلي لهذه المادة مما جعل تفسيرها محل مد وجزر بين شراح القانون والقضاة على النحو الذي سبق التنويه به.

¹ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق...، المرجع السابق، ص 212.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/07/30، ملف رقم 141262، المجلة القضائية، 1998، عدد 1، ص 120.

³ تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي...، المرجع السابق، ص 22.

وفي الحقيقة، فإن اشتراط موافقة الزوج على الطلاق الخلعي من شأنه أن يكون مجحفاً في حق الزوجة التي تعاني من ظلم الزوج وتسلبه وعدم القيام بالإلتزامات التي تفرضها عليه مؤسسة الزواج، وبالتالي تصبح رهينة لابتزازه وتعسفه، ويفرض عليها مواصلة الحياة الزوجية بغير رضاها. وبالمقابل، عدم اشتراط موافقة الزوج قد يؤدي إلى مزيد من التفكك الأسري بإقدام أي زوجة على خلع زوجها ولو في غياب أسباب تبرر ذلك الخلع، خاصة في غياب الوازع الديني والأخلاقي مما يبنى بحلول كارثة على المجتمع من شأنها أن تزعزع إستقراره، والضابط في كل هذا هو توفر الأسباب الجدية التي تؤدي إلى الخلع يأتي على رأسها كره الزوجة وبغضها لزوجها. لكن التساؤل الذي يطرح ألا ينم رفع الزوجة لدعوى الطلاق الخلعي عن كره وبغض للزوج ضمناً؟ إذا كانت الإجابة بنعم، فمن الواضح رجحان الرأي الذي يقول بأن الخلع لا يشترط فيه موافقة الزوج، بل يكفي إرادة الزوجة فقط لحكم القاضي بالخلع.

أما بعد تعديل قانون الأسرة فقد إتضح موقف القانون من الطبيعة القانونية للخلع.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للخلع بعد تعديل قانون الأسرة

ترك توجه المحكمة العليا قبل تعديل قانون الأسرة بظلاله على تعديل المادة 54 باعتبارها المادة الوحيدة التي تنظم مسألة الخلع. غير أنه، كما سبق شرحه اتسم موقف القضاء من الطبيعة القانونية للخلع قبل التعديل بالتغير من موقف يشترط موافقة الزوج في الخلع إلى موقف لا يشترط ذلك. وعليه، لا بد من التساؤل أي الموقفين بخصوص الطبيعة القانونية للخلع تبناه المشرع الأسري بعد تعديل قانون الأسرة؟

أجمع شراح القانون الجزائري على ارتقاء الخلع إلى حق للزوجة، وإلى طلاق بإرادتها المنفردة (الفرع الأول) كما أكدت الممارسة القضائية على ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الخلع طلاق بالإرادة المنفردة قانونا وفقها بعد تعديل قانون الأسرة

أمام اللبس¹ الذي أثاره النص الأصلي للمادة 54 من قانون الأسرة، وما ترتب عنه من اختلاف وتباين في الآراء عند تفسيره فقها وقضاء، تدخل المشرع الجزائري ليحسم ذلك الجدل بتبنيه للرأي الذي يرى في الطلاق الخلعي حقا للزوجة يتم بإرادتها المنفردة دون أن يكون لإرادة الزوج وموافقته أي أثر عليه، من خلال إعادة صياغته لنص المادة 54 من ق.أ بموجب الأمر 02-05 والتي أصبحت تنص على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي".

ليقرر بذلك ارتقاء الخلع من رخصة للزوجة تخول لها فك الرابطة الزوجية مقيدة بموافقة الزوج إلى حق أصيل² يسمح لها بفك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة مقابل عوض تماما. كما هو الأمر بالنسبة للزوج الذي له أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة بدون تعويض إذا لم يكن متعسفا في طلاقه وبتعويض إذا ثبت تعسفه في ذلك.

فالمشرع الجزائري، وفقا لما يراه البعض، قد كرس حقا أصيلا للزوجة لفك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة، وهذا مقابل ما يملكه الزوج من حقه في الطلاق بإرادته المنفردة، ولم يجعل لذلك قييدا ولا شرطا، فكما للزوج الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، وعليه دفع التعويض إذا كان متعسفا، فللزوجة أيضا الحق في إنهاؤها برد قيمة المهر³.

¹ تقول الأستاذة تشوار حميدو زكية: "وفي هذا النطاق، كان المطلوب من المشرع رفع كل الملابس و الغموض التي كان يتحلى بها النص الأصلي بسبب استعمال عبارة: "أن تخلع نفسها من زوجها"، والتي دفعت جانب من الفقه الجزائري إلى التمسك بأن الخلع لا يتم إلا بموافقة الزوج عليه وأن إرادة الزوجة غير كافية لإيقاع الطلاق في هذا المجال، وهو الرأي السائد في الفقه الإسلامي، وإن كان بعض الإتجاه الآخر يرى بأنه في حالة عدم قبول الزوج الخلع، فما على الزوجة إلا أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك"، أنظر، تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 12، 2011، ص 74-75.

² عماري نورالدين، الخلع من رخصة... المرجع السابق، ص 108.

³ آيت شاوش دليمة، المرجع السابق، ص 355.

ويكون بذلك قد فصل في أمر التكييف الفقهي للخلع متأثرا بالمذهب المالكي في اعتبار الخلع حقا أصيلا للزوجة¹، خلافا لما ذهب إليه بعض التشريعات العربية² في عدم الأخذ بحق المرأة في الخلع والفاء، إذ أن رضا الزوج بالخلع ليس شرطا لصحة الخلع الذي أصبح يتوقف فقط على الرغبة المنفردة من المرأة في إيقاعه³. وفي ذلك إلغاء صريح لإرادة الزوج إذا طالبت المرأة بالخلع، إذ لا تحتاج في ذلك إلى موافقة الزوج بموجب التعديل⁴. ونتيجة لذلك، أصبح الطلاق خلعا تصرفا إنفراديا من طرف الزوجة⁵، لا يملك القاضي إلا أن يحكم للزوجة بالخلع بمجرد طلبه، وبمجرد عرض مبلغ من المال مقابله، دون اعتبار لإرادة الزوج⁶. وبالتالي، فإن الفلسفة التشريعية في وضع الأحكام في مجال العلاقات الأسرية دفعت بالمشروع الجزائري إلى تقرير نوعا ما المساواة بين الرجل والمرأة في الحق في الطلاق، ويظهر ذلك جليا في اعترافه للزوجة بطلب الطلاق خلعا دون اشتراط موافقة الزوج مقابل سماحه للزوج بأن يطلق قضائيا زوجته بالإرادة المنفردة⁷.

وفقا لرأي بعض شراح القانون الجزائري يعزى سبب ارتقاء الخلع من رخصة إلى حق المخالعة حقا مطلقا للزوجة سواء رضي به الزوج أم لم يرض به بموجب تعديل المادة 54 من ق.أ، إلى الإضطراب والاختلاف حول مدى موافقة الزوج على مبدأ الخلع الذي لم يتطرق إليه النص

¹ سعادي لعلی، المرجع السابق، ص 307.

² تنص المادة 115 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه"، وتنص المادة 114 من مجونة الأسرة المغربية على أنه: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال.

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

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

تنص المادة 96 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "1- تقع المخالعة باللفظ كما تقع بالكتابة إذا فهم الزوجان فحواها. 2- لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر."، وفقا للقانون رقم 4 المتضمن تعديل بعض مواد من قانون الأحوال الشخصية السوري.

<http://pministry.gov.sy/default.aspx?id=14599>, consulté le 25/11/2021, A 17h.

³ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 321.

⁴ عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص 268.

⁵ أنظر، حجيبي حادة، الحماية القانونية للمرأة في الجزائر، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014، ص 32.

⁶ أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 130.

⁷ تشوار حميدو زكية، بعض حقوق...، المرجع السابق، ص 80.

الأصلي¹. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حسم موقفه وعدل نص المادة 54 من ق.أ التي تضمنت حكما مكن من ارتقاء الخلع من الرخصة الجوازية إلى الحق الأصيل الذي يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج².

ولعل تعديل المادة 54 ق.أ بكيفية تجعل من الطلاق الخلعي حقا للزوجة، وطلاقا بالإرادة المنفردة للزوجة كان نتيجة لعدة اعتبارات أهمها:

1- سكوت النص الأصلي للمادة 54 من ق.أ عن تحديد تكييف واضح للخلع أثار جدلا كبيرا في الفقه والقضاء الجزائريين، أدى إلى ظهور رأيين متباينين رأي كيف الخلع على أنه طلاق بتوافق الزوجين، ورأي آخر كيفه على أنه طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة. وهو ما استدعى تدخل المشرع الأسري لحسم ذلك الجدل بتكليفه للخلع بموجب تعديل نص المادة 54 من ق.أ مرجحا للرأي الثاني وتغليب الإتجاه الفقهي والقضائي الذي يقول بجواز الخلع بإرادة الزوجة المنفردة دون موافقة الزوج وارتقاء الخلع إلى حق أصيل للزوجة يقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.

2- صعوبة إثبات أسباب التطليق: كان المجلس الأعلى قبل صدور قانون الأسرة يعتبر أن عدم توفر أي سبب تستند إليه الزوجة لطلب التطليق يمثل إحدى الحالات التي تجيز لها طلب الخلع، رغم أنه كان يعتبر الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين. ويستشف ذلك من قراره القاضي بأن الخلع لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، والذي جاء فيه: "إذا كان للمجلس الحق في تقرير عدم استحقاق الزوجة للنفقة فليس له الحق أن يحكم بالخلع الذي هو من خصائص الزوجة والذي شرع لمعالجة حالات ترى فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها ولا يتوفر لديها أي سبب يخول لها التطليق شرعا فتعرض الخلع"³.

¹ خليل عمرو، المرجع السابق، ص 185، 186.

² بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2019، ص 165.

³ المجلس الأعلى، غ أش، 1982/02/08، ملف رقم 26709، نشرة القضاة، 1982، عدد خاص، ص 258.

وقد أثبتت الممارسة القضائية أنه في الكثير من الأحيان تجد الزوجة نفسها عاجزة عن إثبات سبب طلبها التطلق بموجب المادة 53 من ق.أ التي تخول لها طلب التطلق شرط توفر أحد الأسباب التي نصت عليها رغم جديته. ويترتب على ذلك رفض القاضي لدعواها بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق بموجب ما يملكه من سلطة تقدير جديّة ذلك السبب من عدمه، فيتعذر عليها بذلك رفع الضرر لتجد نفسها مرغمة على العيش مع زوج تكرهه ولا ترضى بالعيش معه. ونتيجة لذلك ورغبة منه في رفع الحيف عن الزوجة المتضررة، أضاف المشرع ثلاثة أسباب للتطلق في تعديله للمادة 53 من ق.أ، إضافة إلى تعديل المادة 54 من ق.أ وجعله من الخلع حقاً للزوجة لا يشترط في موافقة الزوج.

ونتيجة لذلك التعديل، أصبح من الميسر للزوجة أن تتخلص من رباط زوجية لا تطيقها بسبب أو بغير سبب، فلا تلجأ إلى طلب التطلق وتلجأ إلى طلب الخلع متجنباً عبء إثبات سبب طلبها التطلق، بل أن بعض المحامين ينصحون الزوجة الراغبة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق إلى رفع دعوى الخلع التي تمكنها من التخلص من زوجها متى أصرت على ذلك ربما للوقت وتجنباً لتعقيدات إجراءات دعوى التطلق.

غير أن هذا التبرير من شأنه أن يمس بمبدأ دستوري يقضي بتساوي الأفراد أمام القانون¹، إذ أن ارتقاء الخلع إلى حق إرادي للزوجة قد يتيح للزوجة الميسورة الحال أن تتخلص من رباط الزوجية بواسطة الطلاق الخلعي، متفادية بذلك اللجوء إلى التطلق لرفع الضرر الذي أصابها. وفي المقابل فإنه ليس بإمكان الزوجة المعسرة أن تلجأ إلى طلب الخلع، وذلك لعدم استطاعتها دفع بدل الخلع، ولا يبقى أمامها إلا خيار طلب التطلق الذي قد يرفضه القاضي إذا عجزت عن إثبات السبب الداعي إلى التطلق.

¹ تنص المادة 37 من الدستور الجزائري: "كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولهم الحق في حماية متساوية، ولا يمكن أن يُتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي"، وتنص المادة 165 منه على أنه: "يقوم القضاء على أساس مبادئ الشريعة والمساواة. القضاء متاح للجميع. يضمن القانون التقاضي على درجتين، ويحدد شروط وإجراءات تطبيقه."، المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في غي 2020/12/30 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية، 2020/12/30، عدد 82.

3- مناداته بعض الجمعيات النسوية والأحزاب العلمانية بالتعديل الجذري لقانون الأسرة، مطالبين بإرساء مفهوم المساواة بين الجنسين وفقا للنموذج الغربي وتصور الإتفاقيات الدولية، إذ اتسم قانون الأسرة وفقا لما رأوه بالإجحاف بالمرأة، وخرق لمبادئ حقوق الإنسان. في حين كان في الجانب الآخر من الإسلاميين من ينادي بالإبقاء على قانون الأسرة لاستناده على أحكام الشريعة الإسلامية رغم ما كان يشوبه من النقص¹.

4- تكييف قانون الأسرة مع أهداف الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، إذ جاء تعديل النص المتعلق بالطلاق الخلعي رضوخا إلى تلك الإتفاقيات الدولية وعلى رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، لا سيما المادة 16 منها²، ومحاولة لضبط النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق بما يتماشى ومبدأ المساواة المنصوص عليها ضمن اتفاقية سيداو³. لكن أمام ذلك يحق التساؤل عما إذا كان ذلك التعديل بالكيفية التي جعلت من الخلع حقا للزوجة كافيا للإستجابة لمتطلبات اتفاقية سيداو؟ في الواقع ورغم ما بذلته الجزائر من جهود لتكييف قوانينها الداخلية مع أهداف اتفاقية سيداو إلى أن ذلك لم يكن كافيا، لذلك تحث لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁴ الجزائر في ملاحظاتها الختامية عند نظرها في التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث والرابع للجزائر⁵ على:

"(أ) أن تقدم معلومات وافية عن أثر تحفظاتها على تنفيذ أحكام الاتفاقية ووضع المرأة في الجزائر؛

(ب) أن تسرع الإصلاحات التشريعية، لا سيما تلك المتعلقة بقانون الأسرة، ليتسنى لها سحب تحفظاتها على المادة 2 والفقرة 4 من المادة 15 والمادة 16 من الاتفاقية في ظرف زمني محدد."

¹ أنظر، دليلا حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري دراسة سوسيو قانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم 2005، رسالة ماجستير في علم الاجتماع القانوني، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014، ص 112.

² تشوار حميدو زكية، بعض حقوق...، المرجع السابق، ص 80.

³ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين...، المرجع السابق، ص 164.

⁴ هيئة الخبراء المستقلين التي ترصد تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تضم 23 خبيرا في مجال حقوق المرأة من جميع أنحاء العالم، نظمها الجزء الخامس من اتفاقية سيداو بالمواد من 17 إلى 22.

⁵ https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fDZA%2fCO%2f3-4&Lang=ar, consulté le 01/10/2019 à 08h52

فاللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة أعربت عن عدم رضاها بما قامت به الجزائر من مساعي لتكييف قوانينها الداخلية مع أهداف اتفاقية سيداو، فقد جاء في ملاحظاتها الختامية أنها "تلاحظ بقلق الاستمرار في تطبيق الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة للدولة الطرف، بتكريسه مركزاً قانونياً منقوصاً للمرأة في عدة مجالات". وقد حددت جملة من المسائل الأسرية التي تتطلب تدخل المشرع الجزائري لمعالجتها، ومنها محدودية مبررات الطلاق، التي غالباً ما يصعب إثباتها أمام المحاكم، ومنها عدم الإنفاق، أو العجز أو عدم الأداء الجنسي، أو الإذانة بارتكاب جريمة، أو الغياب المطول، أو ارتكاب فاحشة مبينة. ودعت اللجنة الجزائر لإلغاء القيود على حق المرأة في الطلاق وإقرار حق كل من الطرفين في طلب الطلاق دون تحديد الأسباب. وكأن اللجنة لم تكتف بتعديل المادة 54 من قانون الأسرة، الذي كرس المساواة في الطلاق بين الزوجين، بل تطالب بمنح المرأة الطلاق بإرادتها المنفردة دون تبرير ذلك بأسباب، ويمكن الوقوف على ذلك من خلال التمعن في توصياتها التي تضمنتها ملاحظاتها الختامية: "توصي اللجنة الدولة الطرف بمراجعة وتعديل الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة، وبأن تقوم بوجه خاص بما يلي:

(أ) استعراض أثر شرط حضور الولي عند زواج امرأة بلغت سن الرشد؛

(ب) التشبيط على عدم تعدد الزوجات وحظر التعدد ممارسةً وقانوناً، وفقاً للتوصية العامة رقم 21 الصادرة عن اللجنة؛

(ج) إلغاء القيود على حق المرأة في الطلاق وإقرار حق كلا الطرفين في طلب الطلاق دون تحديد الأسباب؛

(د) ضمان إمكانية ممارسة الآباء والأمهات حقوق الحضانة والوصاية على أبنائهم القاصرين على قدم المساواة في جميع مناحي الحياة، وفقاً لمعيار مصلحة الطفل العليا الوارد في اتفاقية حقوق الطفل، التي انضمت إليها الجزائر، والمادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛

(ه) النظر في إمكانية إدراج أحكام قانونية لضمان تمتع المرأة، لدى حل روابط الزوجية، بحقوق متساوية مع حقوق الرجل في الملكية المكتسبة أثناء الزواج، بما يتفق مع أحكام الفقرة 1 (ح) من المادة 16 من الاتفاقية والتوصية العامة رقم 21 الصادرة عن اللجنة؛

(و) النظر في قانون الميراث مع مراعاة تجارب بلدان أخرى لديها خلفيات ثقافية ونظم قانونية مماثلة كانت عدّلت قوانينها لتمكين المرأة من الميراث على قدم المساواة مع الرجل."

وبذلك لم يلب ارتقاء الخلع من رخصة للزوجة تفتدي بها نفسها لتتخلص من زوج تكرهه إلى حق أصيل في قانون الأسرة الجزائري مطالب اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لا سيما ملاحظاتها حول محدودية مبررات الطلاق. الأمر الذي دفع الجزائر إلى الرد عن الملاحظات التي أبدتها هذه اللجنة بقولها في ردودها على قائمة القضايا المقرر تناولها أثناء النظر في تقريرها الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع¹ (CEDAW/C/DZA/3-4):

" بالنسبة لفسخ عقد الزواج بطلب من الزوجة، تنص المادة 54 على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي لا يتجاوز قيمة صداق المثل. فالخلع إذن هو أن تفسخ الزوجة عقد زواجها على أن تعيد المهر الذي قدمه لها زوجها أو أن تدفع تعويضاً مقابل خلعها. والمادة 54 مستمدة من أحكام الشريعة المتعلقة بالأحوال الشخصية".

4- منع تعسف وإبتزاز الزوج في الموافقة على الخلع عند اشتراط ذلك أي عند القول بأن الخلع لا يقع إلا باتفاق الزوجين، إذ لم يكن بإمكان الزوجة أن تتخلص من عبء حياة زوجية لا تطيقها، وزوج تبغض العيش معه، بواسطة الخلع إذا تعسف الزوج ورفض الإستجابة لطلبها. الأمر الذي قد يؤدي إلى نتائج وخيمة تنعكس سلبا على نفسية الزوجة التي تكون مجبرة على حياة لا ترغب فيها مع زوج تكرهه، مما يتناقض مع مقاصد الزواج، التي يأتي على رأسها الحياة في المودة والطمأنينة،

¹https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEAW%2fC%2fDZA%2fQ%2f3-4%2fAdd.1&Lang=ar, consulté le 07/10/2019 à 12h20.

بل أنه قد يؤدي إلى وقوع الزوجة في المعصية بعدم إقامة حدود الله، وقد أفرز ذلك الوضع مشاكل عديدة، لأنه لا يوجد في الغالب رجل يقبل أن تخالعه زوجته مهما كان الثمن الذي تعرضه¹.

إضافة إلى ما سبق الإشارة إليه، قد يبتز بعض الأزواج زوجاتهم للموافقة على طلباتهن الخلع باشتراط مبالغ مالية خيالية كبديل للخلع مقابل الموافقة عليه، قد تعجز الزوجة عن توفير ذلك البديل، ليتعذر عليها الحصول على الطلاق خلعا في نهاية المطاف. وقد سبق للمحكمة العليا قبل تعديل قانون الأسرة أن بينت بوضوح في بعض قراراتها أن تعسف الزوج وابتزازه كان من بين الأسباب التي جعلته يعتبر أن تطليق قاضي الدرجة الأولى الزوجة خلعا دون موافقة الزوج هو تطبيق صحيح للقانون²، وكفيل بالحيلولة دون استغلال الزوج لزوجته: "حيث أن المادة 54 من ق.أ لا تشترط لقبول الخلع ولا للمبلغ الذي يطلبه منعا للإبتزاز والإستغلال..."³.

غير أن عدم اشتراط موافقة الزوج لوقوع الطلاق الخلعي أدى ببعض الزوجات إلى التعسف فيه، فمتى طلبت الزوجة الخلع بدون سبب جدي أو مسوغ شرعي، تكون متعسفة في استعمال حقها، لأن الخلع إنما شرع لرفع الضرر عن الزوجة التي تكره زوجها وتحشى أن لا تقيم حدود الله. فبعدها عانت بعض الزوجات من تعسف وابتزاز الزوج في الخلع بتراضي الزوجين قبل التعديل، طفت إلى السطح حالة عكسية إذ أصبح بعض الأزواج عرضة لتعسف زوجاتهم في طلب الخلع، وكان التعديل أتى بنتائج عكسية أثبتت قصور نص المادة 54 من ق.أ، ولعل ما أدى واطلق العنان للزوجة لتتعسف في طلب الخلع الأسباب التالية:

- عدم اشتراط نص المادة 54 من ق.أ توفر أسباب لطلب الطلاق الخلعي كما هو الشأن بالنسبة لنص المادة 53 من ق.أ الذي وضع أسبابا محددة على سبيل الحصر تخول للزوجة طلب

¹عبدالله عابدي، المرجع السابق، ص 132.

²المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/07/21، ملف رقم 83603، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 134.

³المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/11/21، ملف رقم 252994، المجلة القضائية، 2001، عدد 1، ص 293.

التطليق. ونتج عن ذلك ترك الباب مفتوحا على مصراعيه للزوجة لفك الرابطة الزوجية خلعا لأتفه الأسباب، إذ أصبحت حرة في طلب الخلع وقت ما شاءت، دون أن تكون مجبرة على الإفصاح عن دوافعها أمام القاضي، مما يؤدي ببعض الزوجات بالتعسف في ممارسة حقهن في طلب الخلع، وبالتالي يؤدي ذلك إلى إلحاق الضرر بأزواجهن¹.

-عدم الحكم على الزوجة بالتعويض عن التعسف في الطلاق الخلعي على خلاف التعسف في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أين أجاز قانون الأسرة للقاضي الحكم على الزوج إذا ثبت له تعسفه في الطلاق، وهو الأمر الذي يخل بمبدأ المساواة بين الجنسين. فكيف يكون الزوج ملزما بالتعويض عن طلاقه التعسفي في حين تعفى الزوجة من ذلك في الطلاق الخلعي التعسفي، مع الإشارة إلى أن بدل الخلع لا يصب في خانة تعويض الزوج عما لحقه من ضرر. إذ ترى الأستاذة إلياس مسعودة أن: "المشرع الجزائري لا يعتبر بدل الخلع تعويضا وذلك لسببين، أولهما أنه قد جعل التعويض عن كل خلع يقضي به القاضي سواء كان للزوجة أسبابا ودوافعا كافية، أو كان طلبها للخلع بغير مبرر قانوني، وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر، وثانيهما أنه قد حدد هذا التعويض بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، إلا أنه يمكن أن يلحق بالزوج ضرر معنوي لا يتناسب مع هذه القيمة المحددة سلفا في قانون الأسرة بنص المادة 54"².

وتبعاً لذلك، يكون وضع نص في قانون الأسرة يميز للقاضي الحكم على الزوجة المختلعة بتعويض زوجها في حالة تأكده من تعسفها في طلب الطلاق الخلعي حتمية تملئها متطلبات إرساء مساواة حقيقية بين الزوجين من جهة، والقواعد القانونية المقررة للمسؤولية من جهة أخرى³. وهو أمر لا يتعارض مع الشرع أو المنطق أو العقل، قد يؤدي إلى ضبط إيقاع هذا الحق إذا ما

¹ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 643.

² إلياس مسعودة، المرجع السابق، ص 188.

³ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 644.

أسوء استعماله¹، وإلى انخفاض النسب المرتفعة للطلاق الخلعي التي يشهدها المجتمع الجزائري إلى نسب معقولة لا تهدد استقراره وتوازنه.

ويذهب بعض شراح قانون الأسرة الجزائري إلى القول أن المشرع الجزائري تأثر بما جاء به الفقه المالكي في مسألة الخلع، والذي اعتبر الخلع حقا أصيلا للزوجة يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج²، لاسيما قول مالك في المدونة الكبرى "قال مالك: الأمر الذي يكون فيه الحكمان إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل وامرأته حتى لا تشبهه بينهما بينة ولا يستطيع إلى أن يتخلص إلى أمرهما فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها ورجلا من أهله عدلين فنظرا في أمرهما واجتهدا فان استطاعا الصلح أصلحا بينهما وإلا فرقا بينهما ثم يجوز فراقهما دون الإمام وإن رأيا أن يأخذا من مالها حتى يكون خلعا فعلا"³، وقول ابن رشد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة، إذا فركت الرجل"⁴.

غير أن البعض رأى أن ما قاله مالك، أو ما قاله ابن رشد لا يدل إطلاقا على أنهما أجازا الخلع بدون رضا الزوج، ففي قول مالك دلالة واضحة على أن الخلع لا يقع إلا برضا الزوج، لأن الحكمين لا يقرران الخلع إلا إذا اتفق عليه الزوجان. أما ما قاله ابن رشد فلا يدل على أن الخلع جائز بدون موافقة الزوج، إذ لم يتحدث عن كيفية إيقاع الخلع⁵.

وفي الحقيقة، أن جمهور الفقهاء يرون بأنه يشترط في الطلاق الخلعي الإيجاب والقبول، ليكون الخلع وفقا لهذا الرأي عقدا رضائيا، ولا يشترطون إجبار الزوج على إجابة الزوجة في طلبها

¹ إلياس نعيمة مسعودة، المرجع السابق، ص 187.

² أنظر، أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 236.

³ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 267.

⁴ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 596.

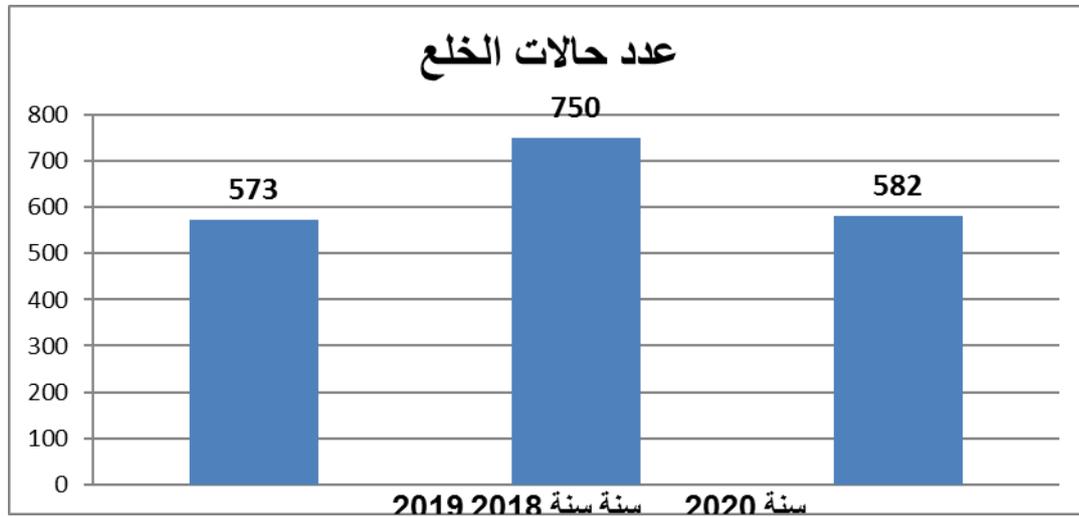
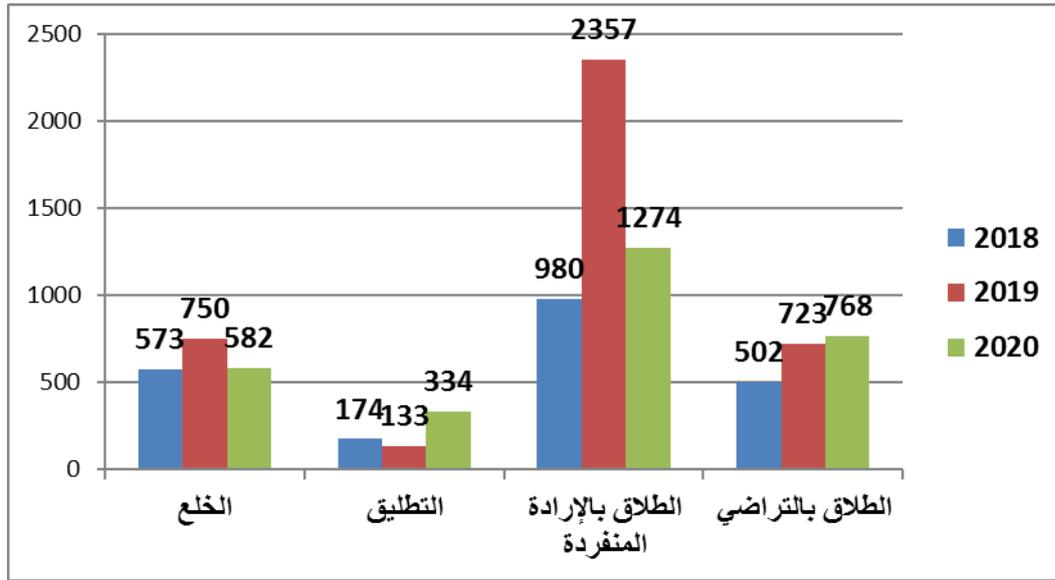
⁵ عبد الحميد عيوني، مدى مشروطية...، المرجع السابق، ص 114، 115.

الخلع، ومن خلال ما سبق الإشارة إليه فحتى آراء المالكية يكتنفها الغموض، ولا توجد فيها أدلة قطعية على وجوب إجبار القاضي الزوج على قبول الخلع.

إضافة إلى ذلك من خلال تعديل المادة 54 من ق.أ. كان المشرع الجزائري يهدف إلى حماية بعض الزوجات اللاتي كان يتعذر عليهن الحصول على التطليق لصعوبة إثبات الأسباب، أو الزوجات اللاتي كن عرضة لتعسف الزوج وابتزازه في اعتبار الطلاق الخلعي متوقفا على موافقة الزوج. ولكن هل كان عدد هذه الحالات مرتفعا إلى درجة تعديل أحكام الخلع بطريقة تسمح لأي زوجة سواء كانت متضررة أو غير متضررة الحصول على حكم يقضي بالطلاق الخلعي؟ ولنا أن نتساءل هل ضحى المشرع الجزائري بالمصلحة العامة للمجتمع التي تكمن في الحد من ظاهرة الطلاق والتفكك الأسري لضمان استقراره، في سبيل تحقيق مصالح خاصة لبعض الزوجات؟ كما لنا أن نتساءل أليس من الأولى درء المفسد على جلب المصالح، وفي الطلاق مفسد كبرى تخل بتوازن المجتمع وتزعزع استقراره.

ويبدو من الجدول التالي الذي يتضمن عدد حالات فك الرابطة الزوجية حسب كل صورة أن عدد قضايا الخلع في إرتفاع مستمر، فمثلا في سنة 2018 تم تسجيل 573 حالة خلع و980 حالة طلاق بالإرادة المنفردة، إذ أن عدد حالات الخلع يأتي في المرتبة الثانية بعد حالات الطلاق بالإرادة المنفردة، يليها حالات الطلاق بالتراضي، ثم حالات التطليق التي تعد الأقل.

الخلع	التطليق	الطلاق بالإرادة المنفردة	الطلاق بالتراضي	السنة
573	174	980	502	1820
750	133	2357	723	1920
582	334	1274	768	2020



كل ذلك أدى ببعض شراح قانون الأسرة إلى انتقاد موقف المشرع الجزائري الذي لا يشترط قبول الزوج لكي يمضي الخلع، إذ رأى البعض أن تنظيم الخلع بمادة وحيدة، وعدم اشتراط موافقة الزوج، بالإضافة إلى عدم وضع المشرع الأسري لشروط أو قيود للخلع في الزوج أو الزوجة مكن من جعل مسألة الخلع أكثر سهولة، الأمر الذي أدى إلى تزايد عدد حالات الطلاق الخلعي في المجتمع الجزائري. لذلك وحتى يتسنى الحد من كثرة الطلاق عن طريق الخلع أصبح من الضروري تعديل نص المادة 54 بكيفية تكون فيها موافقة الزوج على الخلع إلزامية وضرورية، إلا إذا تعنت وتعسف في استعمال حقه، أو ثبت أن هناك شقاق مستمر بين الزوجين وعدم قدرة المرأة على التحمل وإثبات الضرر اللاحق بها، فلاحاجة لموافقة الزوج على الخلع¹.

¹ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين...، المرجع السابق، ص 166.

غير أن ما يعاب على هذا الرأي أنه يشترط أن تثبت الزوجة تعسف الزوج وتعنته، أو وجود الشقاق بين الزوجين، وأن تثبت كذلك الضرر اللاحق بها، وهو ما يستعصي عليها القيام به لصعوبة الإثبات ناهيك على أن وجود الشقاق بين الزوجين والضرر اللاحق بالزوجة هما سببان من الأسباب التي تتيح للزوجة طلب التطليق والتي جاء بها نص المادة 53 من ق.أ تحت مسمى الشقاق المستمر بين الزوجين وكل ضرر معتبر شرعا. فلو أمكن لها إثبات ذلك كان الأجدر أن تثبته في دعوى التطليق بدلا من دعوى الخلع، وبذلك تتخلص من زوجها دون أن تفتدي نفسها بمال، إضافة إلى أنه يمكن لها أن تستفيد من تعويض عن الضرر اللاحق في حالة الحكم بالتطليق طبقا لمقتضيات المادة 53 مكرر من ق.أ.

كما رأى أحمد نصر الجندي أن: "هذه الرواية التي كانت جميلة سببا لها جعلت البعض يطرح الخلع غير الرضائي أي الخلع الذي تقوم به الزوجة دون إرادة زوجها-ومن هذا البعض ما جاء بنص المادة 54 بجواز خلع الزوجة نفسها دون موافقة زوجها- حتى ولو لم يتفقا على مقابل الخلع، وواقع الرواية السابقة لا يؤيد هذا الإتجاه في التفسير للخلع غير الرضائي"¹. وقد استند في ذلك على أن زوجة ثابت كانت هي المدعية وعرضت وقائع قضيتها أمام رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ثابت حاضرا أمام رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي سأله عن دفاعه عن نفسه، وقد طلب الزوج من رسول الله صلى الله عليه أن ترد عليه زوجته حديقته، اعتبر إيجابا من الزوج عرضه الرسول على الزوجة فقبلت، وبذلك تطابق الإيجاب مع القبول، وفي ذلك دلالة كبرى على رضائية الخلع².

لذلك أصبح من الأهمية بمكان أن يتدخل المشرع الجزائري ليعدل نص المادة 54 من ق.أ ليجعل من الخلع عقدا رضائيا يشترط فيه موافقة الزوج على الخلع مسايرة لما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وفي حالة عدم موافقة الزوج عليه يتعين على القاضي تعيين حكّامين حكم من أهله وحكم من أهلها، يقومان بمحاولة الصلح بينهما، فإذا فشلا في ذلك لهما أن يفرقا بينهما، بالطلاق أو الخلع تبعا لمسؤولية كل واحد منهما³.

¹ أنظر، أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 129.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ يرى المالكية بخصوص الحكمين أنه: "يجب عليهما الإصلاح ما استطاعا، فإن تعذر الإصلاح طلقا أي حكما بالطلاق ونفذ حكمهما ظاهرا وباطنا وإن لم يرضيا أي الزوجان بحكمهما أو لم يرض الحاكم به، ولو كانا أي الحكمان مقامين من جهتهما أي الزوجين فهو نافذ ولو لم يرض به

الفرع الثاني

الخلع طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة قضاء بعد تعديل قانون الأسرة

استقر قضاء محاكم الدرجة الأولى على اعتبار طلب الخلع الذي تتقدم به الزوجة طلبا مؤسسا يتعين على قاضي شؤون الأسرة الإستجابة إليه إذا تمسكت به وأصرت عليه في محاولات الصلح، ولا عبرة في ذلك لموافقة الزوج على طلبها أو عدم موافقته، واختلافهما على بدل الخلع لا يمس بالشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية. فإذا اتفقا على الخلع ومقابلته يحكم القاضي لها بذلك. وإذا اتفقا أو لم يتفقا على الخلع ولم يتفقا على المقابل حكم القاضي للزوجة بالخلع، ويتدخل لتحديد بدل الخلع على اساس صداق المثل عند صدور الحكم طبقا لمقتضيات نص المادة 54 من قانون الأسرة، وهو ما يجسد حق الزوجة في الطلاق خلعا بإرادتها المنفردة.

وهو ما تؤكده بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم كالحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية بالخلع، بعد إصرار الزوجة على طلب الخلع أثناء محاولات الصلح، وموافقة الزوج على الخلع وعدم موافقته على بدل الخلع، بناء على حشياته التي جاء فيها: "حيث أنه وعملا بمقتضيات نص المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أمرت المحكمة بالحضور الشخصي للطرفين لإجراء محاولة الصلح وحددت لهما بذلك جلسات 2016/05/12، 2016/05/26، و2016/06/09.

حيث حضرت الزوجة وصرحت بأنها تتمسك بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع مقابل مبلغ 10.000 دج، في حين حضر الزوج هو الآخر ووافق على طلب الخلع وتمكينه من مبلغ 100.000 دج كمقابل لذلك.

حيث وبناء على ما تقدم تعذر على المحكمة إصلاح ذات البين بين الطرفين لإصرار المدعية على موقفها بفك الرابطة الزوجية بالخلع وموافقة المدعى عليه، فتم تحرير محضر عدم الصلح.

وعن طلب فك الرابطة الزوجية حيث من المقرر قانونا طبقا لنص المادة 1/54 من قانون

الزوجان أو الحاكم فأولى إذا أقامهما الحاكم بواحدة متعلق طلقا ولا يلزم الزوج ما زاد على الواحدة إن أوقعا أكثر من واحدة وطلقا بما فيه المصلحة، فيطلقان بلا خلع أي بلا مال يأخذه منها الزوج إن أساء الزوج، أي إن كانت الإساءة منه وبه أي بالخلع إن أساءت أي كانت الإساءة منها، أو يأتمنأ عليها بلا طلاق بأن يأمره بالصبر عليها وعدم معاملتها بالضرر الواقع منها إن إقتضى النظر والمصلحة ذلك، وإن أساء معا أي كان كل منهما يضر بصاحبه تعين الطلاق بلا خلع عند الأكثر إذا لم ترض بالمقام معه وجاز الطلاق به أي بالخلع بالنظر عند غيرهم أي الأكثر وهم الأقل"، أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 145، 146.

الأسرة أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، وبالرجوع إلى ملف الدعوى ومحاضر عدم الصلح فإنه يتضح أن المدعية متمسكة بطلب الخلع مقابل مبلغ 100.000 دج مما يجعل طلبها مؤسس قانونا يتعين معه الإستجابة له".

واستقر قضاء محاكم الدرجة الأولى على اعتبار الخلع حقا للزوجة، يحكم لها به القاضي، بعد فشل محاولات الصلح التي ينبغي على القاضي إجرائها كما هو منصوص عليه قانونا، حتى ولو تمسك الزوج وأصر على استئناف الحياة الزوجية. وهو ما يمكن استنباطه من الحكم الصادر بتاريخ 2018/04/22 الذي جاء في حيثياته: "حيث أن المحكمة وطبقا لنصوص المواد 49 من قانون الأسرة، 439، 440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سعت لمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين، إلا أن مساعيها باءت بالفشل لإصرار الزوجة على فك الرابطة الزوجية، وذلك بجلستين، وذلك رغم إصرار الزوج على استئناف الحياة الزوجية.

حيث أنه من المقرر قانونا، وعملا بنص المادة 54 من قانون الأسرة، فإنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، وعليه فإن طلب المدعية الرامي إل فك الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها عن طريق الخلع بمقابل مالي، يعتبر طلبا مؤسسا قانونا يتعين الإستجابة له، مع أمر ضابط الحالة المدنية المختص بالتأشير بهذا الطلاق على سجلات الحالة المدنية وكذا على هامش عقد زواج الطرفين وشهادتي ميلادهما".

وعليه، يكفي حضور الزوجة طالبة الخلع إلى جلسات الصلح وتمسكها بطلبها ليحكم لها القاضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، دون الأخذ في الإعتبار حضور الزوج أو غيابه، وهو الأمر الذي يجسد توجه القضاء إلى اعتبار الخلع حقا للزوجة يخول لها أن تطلق زوجها بإرادتها المنفردة، تطبيقا لنص المادة 54 من ق.أ.

وقد استقر موقف لمحكمة العليا في العديد من قراراتها على أن الخلع حق إرادي للزوجة بموجب المادة 54 من ق.أ التي تجيز لها أن تخالع نفسها بمقابل مالي دون موافقة الزوج، ولا يملك

القاضي إلا الإستجابة لطلبها، بعد التأكد من تمسكها به في جلسات الصلح. وقد بدا ذلك واضحا من المبدأ الذي جاء في قرار غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا والذي أقر صراحة المساواة بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة لكل منهما بقضائه أن الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج، وقد جاء فيه ما يلي:

"عن الوجه الوحيد: المأخوذ من انعدام التسييب:

والذي جاء فيه أنه بمجرد طلب المطعون ضدها للخلع، استجابت لها المحكمة بدون أي سبب جدي، لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه حيث أن المحكمة سببت حكمها بأن الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للطاعن، ولا يعتد فيه بإرادة الطاعن واستندت إلى المادة 54 من قانون الأسرة، وبالتالي فإن الحكم المطعون فيه مسبب بما فيه الكفاية ما دام أن قاضي المحكمة قام بإجراء محاولة الصلح وتوصل إلى أن المطعون ضدها تمسكت بطلب الخلع"¹.

يبدو واضحا من هذا القرار أن المحكمة العليا لا ترى أي تأثير لعدم جدية سبب طلب الزوجة فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع على حكم القاضي بالطلاق الخلعي، وأنه يكفي فقط تمسك الزوجة بطلب الخلع ليحكم لها القاضي بذلك. وفي ذلك تأكيد على ارتقاء الطلاق الخلعي إلى طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة. بل أكثر من ذلك رأت المحكمة العليا على أنه يجوز ذلك للزوجة دون أن تقدم أي سبب ومسوغ لطلبها الطلاق الخلعي في أحد قراراتها بتاريخ 01 فبراير 2017 الذي تضمن ما يلي:

" عن الوجه الأول المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون بدعوى أن قاضي الدرجة الأولى في حكمه المطعون فيه قضى بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع دون مراعاة شروطه، والمطعون ضدها أسست دعواها على زواج الطاعن بامرأة ثانية والمحكمة لم تحقق في صحة مزاعم المطعون

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2011/09/15، ملف رقم 656259، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص318.

ضدها، وبمحكم قاضي الدرجة الأولى بالخلع يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

لكن حيث من المقرر قانونا بمقتضى المادة 54 من قانون الأسرة وكذا المستقر عليه قضاء يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها دون أن تقدم الأسباب أو حتى موافقة زوجها، ولما قضى قاضي الدرجة الأولى في حكمه المطعون فيه بفك الرابطة الزوجية بطلب من المطعون ضدها خلعا يكون قد طبق القانون، يتعين رفضه".

وفي نفس السياق، ترى المحكمة العليا أن قاضي شؤون الأسرة غير ملزم بالإلتفات والتطرق إلى الطلب المقابل الذي يقدمه الزوج في دعوى الخلع إذا ما تأكد أن الزوجة قد تمسكت وأصرت في جميع جلسات الصلح على طلب الخلع، لأن مخالعة الزوجة لزوجها حق لها اعترفت به المادة 54 من ق.أ. وفي ذلك دلالة قوية على أن الطلاق الخلعي هو طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة لا اعتبار فيه لإرادة الزوج. وهو ما يمكن استخلاصه من أحد قراراتها بتاريخ 2016/04/06، والذي فصل في طعن بطريق النقض ضد حكم قضى بتطليق المطعون ضدها من زوجها الطاعن بالخلع:

"عن الأوجه الثلاثة مجتمعة لإرتباطها والمأخوذة من إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات والسهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية، والذي سماه الطاعن بعدم الرد على دفعه وطلباته، والقصور في التسبيب والذي جاء فيها أن الحكم محل الطعن بالنقض خالف نص المادة 554 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ لم يتضمن النصوص المطبقة، وأضاف الطاعن أنه قدم طلبا يتعلق بإلزام المطعون ضدها بالرجوع إلى مسكن الزوجية المعتاد دون قيد أو شرط، ولم يتم الرد على ذلك الطلب، فضلا عن أن الحكم لم يكن مسببا تسببيا كافيا، ولم يبين الحكم الضرر الناتج عن تصرف الطاعن، والتعويض المحكوم به جد مبالغ فيه وغير مقبول.

لكن حيث إنه يتبين بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض، أنه أشار إلى نص المادة 54 من قانون الأسرة التي تميز للزوجة ودوم موافقة الزوج -الطاعن- أن تخالع نفسها بمقابل مالي،

وهذا ما تأكدت منه المحكمة أثناء محاولة الصلح لعدة مرات لإصرار المطعون ضدها على مخالعة الطاعن على مال قدره عشرون ألف دينار، وبالتالي فإن المحكمة لم تكن ملزمة للتطرق للطلب المقابل الذي قدمه الطاعن وتمسك به بعد ضم دعواه إلى دعوى المطعون ضدها، كما هو واضح من الإجراءات التي أشار إليها الحكم محل الطعن بالنقض، لأن طلب الرجوع يصطدم مع حق المطعون ضدها في مخالعة الطاعن وفقا لنص المادة 54 المذكورة...وعليه فإن هذه الأوجه غير مؤسسة ويتعين رفضها ورفض الطعن".

الباب الثاني

تقييد القواعد الإجرائية للإرادة المنفردة في

إيقاع الطلاق والآثار المترتبة عنه

يشترط القانون لإيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة اللجوء إلى القضاء، إذ أن حكم القاضي هو الذي يعلن فك الرابطة الزوجية نهائيا بين الزوجين، فلا عبرة في ذلك فقط في إرادة الزوج طلاق زوجته، أو إرادة الزوجة مخالعة زوجها. والقول بإشراف القضاء على الطلاق بالإرادة المنفردة يعني أنه يتعين على طالب الطلاق رفع دعوى قضائية للحصول على حكم بالطلاق. وهذا بدوره يفرض عليه التقييد بالقواعد الإجرائية التي تنظم التقاضي أمام الجهات القضائية المختصة، التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الفصل الأول).

يترتب على الحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة آثار مالية وأخرى شخصية، منها آثار مالية تتعلق فقط بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وأخرى تتعلق بجميع صور الطلاق ومن ضمنها الطلاق بالإرادة المنفردة. وقد خصص لها المشرع حيزا من اهتمامه عكسته النصوص القانونية المنظمة لها التي تضمنها قانون الأسرة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

تقييد القواعد الإجرائية للإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق

اعتنق المشرع الجزائري الرأي القائل بضرورة إشراف القضاء على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وعلى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة خلعا. وتبعاً لذلك، قيد الإرادة المنفردة لكل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية بقواعد موضوعية تضمنها قانون الأسرة، وبقواعد إجرائية تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إذ بالإضافة إلى ضرورة أن يثبت الطلاق سواء كان بالإرادة المنفردة للزوج أو بالإرادة المنفردة للزوجة خلعا بموجب حكم قضائي، وبإلزامية إجراء القاضي لمحاولات الصلح، لا بد على كل من الزوج أو الزوجة حسب كل حالة أن يقدم طلب فك الرابطة الزوجية إلى القضاء عن طريق الدعوى القضائية لتنشأ بعدها الخصومة. ويقتضي ذلك التقييد بالإجراءات والضوابط التي تنظم هذه المسألة، أي تلك الأحكام التي تضمنتها القواعد القانونية الإجرائية التي وضعها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فقد أجاز المشرع لكل شخص يدعي حقا أن يرفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته، وأكد على أن الخصوم يستفيدون أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض

طلباتهم ووسائل دفاعهم في المادة 3 من ق.إ.م.إ، وينسجم ذلك مع المبدأ الدستوري الذي يقضي بأن: "يقوم القضاء على أساس مبادئ الشرعية والمساواة. القضاء متاح للجميع"¹.

وعلى هذا الأساس فإذا كان بإمكان كل زوج يرغب في فك الرابطة الزوجية عن طريق إرادته المنفردة، أو الزوجة التي ترغب في مخالعة نفسها اللجوء إلى القضاء، فإنه لتحقيق ذلك ينبغي اتباع القواعد الإجرائية لتنظيم هذا النوع من الدعاوى².

لذلك سيكون هذا الفصل محطة للإجابة على تساؤلين بارزين: ماهي القواعد القانونية التي تنظم وتقيّد إرادة الزوج أو الزوجة في رفع دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق الخلعي؟ وماهي تلك القواعد التي تنظم وتحدد مسار تلك الدعاوى؟

وتكون الإجابة على ذلك بتسليط الضوء على أهم القواعد التي تنظم إجراءات رفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ودعوى الطلاق الخلعي (المبحث الأول) وإبراز القواعد التي تنظم سير دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والخلع بدءاً من إجراء الصلح إلى غاية استنفاد الحكم لجميع طرق الطعن العادية والغير عادية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تقييد إرادة الزوجين بالقواعد الإجرائية لرفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة

حدد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية القواعد التي تنظم رفع الدعاوى المدنية بما فيها دعاوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق الخلعي، إذ وضع شروطاً لقبول هذا النوع من الدعاوى وقواعد للإختصاص الإقليمي والنوعي. كما بين من خلال نصوص نفس القانون القواعد التي تنظم كيفية رفعها، وهذا ما يدفع إلى طرح الإشكالتين التاليتين: ما هي شروط قبول دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة وما هي الجهات القضائية المختصة إقليمياً ونوعياً للنظر في تلك الدعاوى؟ وما هي الأحكام التي تضبط كيفية رفع هذا النوع من الدعاوى؟

¹ المادة 165 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في غي 2020/12/30 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية، 2020/12/30، عدد 82، ص 2.

² تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكاماً مشتركة لجميع الجهات القضائية، كما تضمن أحكاماً خاصة بكل جهة قضائية، من بينها الإجراءات الخاصة بالمحكمة التي تدرج ضمنها إجراءات خاصة ببعض الأقسام ومنها قسم شؤون الأسرة.

والإجابة على تلك الإشكاليات ستكون بدراسة القواعد التي تنظم دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة (المطلب الأول) والأحكام التي تنظم كيفية رفعها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة

إن القول بأن الطلاق بجميع صوره لا يثبت إلا بحكم قضائي يفرض حتما على كل من الزوجين الذي يطلب من القضاء فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة اتباع القواعد القانونية التي تنظم كيفية اللجوء إلى القضاء لمن يدعي حقا أو مركزا قانونيا والتي تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تمر حتما عبر وسيلة الدعوى القضائية.

وقد اشترط المشرع لقبول دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو دعوى الخلع توفر الشروط التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقبول أي دعوى مدنية، إضافة إلى ذلك وضع قواعد للإختصاص يجب مراعاتها عند رفع الدعوى.

وتبعا لما تقدم ذكره يطرح التساؤل التاليان: ما المقصود بالدعوى القضائية وماهي شروط قبولها؟ وكيف نظم المشرع الجزائري قواعد الإختصاص؟

لذلك لا بد من إلقاء الضوء على تعريف الدعوى القضائية وشروط قبولها (الفرع الأول) ودراسة الأحكام المنظمة لقواعد الإختصاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الدعوى وشروطها

يخول القانون الجزائري للمدعي أن يدافع عن حقه أو يحميه أمام القضاء عن طريق الدعوى القضائية التي وضع شروطا لها، وبالتالي فإنه منذ الوهلة الأولى عند الحديث عن ذلك يتبادر إلى الأذهان التساؤل التاليين: ما هو تعريف الدعوى القضائية؟ وما هي شروط قبولها؟

لذلك سينصب البحث في هذا الفرع حول تعريف الدعوى (أولا) ثم دراسة شروط قبولها

(ثانيا).

أولاً: تعريف الدعوى:

يعرف البعض الدعوى بأنها طلب مقبول من ذي صفة في مجلس القضاء حال المنازعة لتحصيل حق¹. أما المشرع الجزائري فقد تأثر في تعريفه للدعوى بالمشرع الفرنسي، حيث يظهر ذلك بالرجوع إلى مجموعة الإجراءات التي وضعها المشرع الفرنسي سنة 1806 والتي لم تتضمن تعريفاً للدعوى القضائية، وترك ذلك للفقه ظناً منه أن هذه المسائل يغلب عليها الطابع الفقهي². غير أن الفقه اختلف حول تعريف الدعوى القضائية، ويتجلى ذلك الإختلاف في ظهور نظريتين للدعوى، نظرية تقليدية وأخرى حديثة، إذ عرفت النظرية التقليدية الدعوى على أنها ذات الحق الموضوعي، فالحق وفقاً لأصحاب هذه النظرية يكون في حالة سكون فإذا اعتدى عليه تحرك للدفاع عن نفسه. وبهذا المفهوم فالدعوى عندهم هي الحق متحركاً عند القضاء³، وبذلك يمثل الحق الموضوعي حالة قانونية ساكنة، بينما تمثل الدعوى الحالة القانونية نفسها في حالة الحركة. أما أصحاب النظرية الحديثة، فقد نظروا إلى الدعوى كفكرة مستقلة عن الحق الموضوعي الذي تحميه، واختلفوا بدورهم حول العلاقة بين الدعوى والحق الموضوعي بين من أقام همزة وصل بينهما، ومن رأى بأن الدعوى فكرة مستقلة تماماً عن الحق الموضوعي⁴. وقد تراجع المشرع الفرنسي عن موقفه السابق، وقام بتعريف الدعوى القضائية في المادة 30 من قانون الإجراءات المدنية بقوله على أنها حق مقدم الإدعاء في أن يسمع إدعاؤه من حيث موضوع، لكي يتمكن القاضي من تحديد ما إذا كان هذا الإدعاء مؤسساً أو غير مؤسس، وبالنسبة للخصم فالدعوى هي حق في مناقشة أساس الإدعاء⁵.

¹ عرف فقها الحنفية الدعوى بأنها قول مقبول، يقصد به طلب حق قبل غيره، أو دفعه عن حق نفسه، وعرفها المالكية على أنها طلب معين، أو ما في ذمة معين، أو ما يترتب عليه أحدهما، معتبرة شرعاً، لا تكذبها العادة، أما تعريف الشافعية للدعوى فكان إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم، بينما عرفه الحنابلة بأنها إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره، أو في ذمته، عطا محمد المحتسب، دعاوى إثبات الطلاق وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص 36.

² أنظر، عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، أونسيكلوبيديا، الجزائر، د.س.ط، ص 45.

³ أنظر، سليمان بن أحمد العليوي، الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية، ط1، دار التوبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2012، ص 54.

⁴ عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 36-38.

⁵ L'article 30 du code de procédure civile français stipule que : « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.

وقد سلك المشرع الجزائري مسلك نظيره الفرنسي حين سكت على تعريف الدعوى القضائية في قانون الإجراءات المدنية الملغى¹، لكنه تدارك ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فعرف الدعوى القضائية بموجب المادة 3 ف1 من ق.إ.م.إ بالتخصيص على أنه: "يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته". وبناء على هذا التعريف التشريعي للدعوى القضائية يمكن تفسير الدعوى القضائية بالمطالبة باستعادة حق أو حمايته أمام القضاء، وبأنها وسيلة مشروعة ليعبر المدعي عن رغبته في الدفاع عن حقه². وعلى هذا الأساس، يمكن القول أن دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هي تلك الدعوى القضائية التي يرفعها الزوج أمام القضاء للحصول على حقه في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة بموجب الحكم القضائي الذي يصدر تبعا لتلك الدعوى، ودعوى الخلع هي الدعوى القضائية التي ترفعها الزوجة أمام القضاء للحصول على حقه في فك الرابطة الزوجية خلعا مقابل مال بموجب الحكم القضائي الذي يصدر تبعا لدعواها بالخلع.

ثانيا: شروط الدعوى:

وضع المشرع الجزائري شروطا للدعوى ورتب على عدم توفرها في حالات عدم قبول الدعوى وفي حالة أخرى البطلان، إذ نصت المادة 13 من ق.إ.م.إ على أنه: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه. كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون". ويلاحظ أنه بهذا النص قد استبعد الأهلية من شروط قبول الدعوى³ وجعلها مسألة موضوعية تدخل في حالات الدفع بالبطلان⁴، وتمثلت شروط الدعوى فيما يلي:

Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention. », Décret 75-1123, 1975-12-05, JORF, 9 décembre 1975, rectificatif JORF 27 janvier 1976.

¹ ألغى قانون الإجراءات المدنية بموجب المادة 1064 من ق.إ.م.إ والتي نصت على أنه: "تلغى، بمجرد سريان مفعول هذا القانون، أحكام الأمر رقم 66 - 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم".

² أنظر، بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، دار بغداد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 32.

³ كانت المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الملغى تنص على: "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك.

ويقرر القاضي من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية. كما يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى إذا كان هذا الإذن لازما"، أمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 جوان سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، ع.47، 9 جوان 1966.

⁴ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 33.

أ- الصفة:

يقصد بالصفة الحق في المطالبة أمام القضاء وهي قائمة على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي¹، وهي تعني تحديد الشخص الذي له حق إقامة الدعوى أو رفعها بحيث إذا رفعت من غيره عدت غير مقبولة². وعليه، فالصفة تتعلق بأشخاص الدعوى، إذ يجب أن تكون للمدعي صفة في المطالبة بما يدعيه، وبالمقابل يجب أن يكون للمدعى عليه صفة في توجيه الدعوى إليه³. ومن ثم تكون الصفة لدى المدعي عندما يكون هو صاحب الحق المدعى به أو ممثله القانوني كالولي والوصي والوكيل والمحامي⁴، أما صفة المدعى عليه فتتمثل في كونه هو المطلوب الحكم عليه بما يطلبه المدعي⁵.

ويمكن التمييز بين نوعين من الصفة في الدعوى، الصفة العادية أو الأصلية والصفة الإجرائية، يقصد بالصفة العادية أو الأصلية في الدعوى تلك الصفة التي تثبت لصاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، الذي منح له القانون الحماية القضائية بواسطة الدعوى القضائية التي تتكون من المدعي والمدعى عليه. وتبعاً لذلك، يجب أن ترفع الدعوى من صاحب الحق المعتدى عليه في مواجهة الشخص المعتدى عليه، استناداً إلى المبدأ القائل بأنه لا ترفع الدعوى إلا من ذي صفة على ذي صفة⁶.

وقد يرد استثناء على القاعدة التي تحول فقط لصاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه رفع الدعوى القضائية إذا نص القانون صراحة على تحويل شخص آخر صفة في حلول محل صاحب الصفة الأصلية في رفع الدعوى. وتعرف الصفة في هذه الحالة بالصفة الاستثنائية، ومن

¹ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 34.

² أنظر، مقفولجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلدة، م.3، ع.2، 2013، ص 114.

³ سليمان بن أحمد العليوي، المرجع السابق، ص 77؛ عطا محمد المحتسب، المرجع السابق، ص 46.

⁴ تمثيل الخصوم بمحام في مادة شؤون الأسرة بما فيها دعاوى فك الرابطة الزوجية جوازي أمام المحكمة والمجلس القضائي بينما يكون وجوباً أمام المحكمة العليا من خلال استقراء المادة 10 من ق.إ.م. إ التي نصت على أن: "تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام جهات الاستئناف والنقص، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، والمادة 538 ق.إ.م. إ التي نصت في فقرتها 1 و 2 على أن: "تمثيل الخصوم أمام المجلس القضائي من طرف محام وجوبي تحت طائلة عدم قبول الاستئناف، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. لا يكون تمثيل الأطراف بمحام وجوباً في مادة شؤون الأسرة والمادة الاجتماعية بالنسبة للعمال"، والمادة 558 من ق.إ.م. إ التي نصت على أن: "تمثيل الخصوم أمام المحكمة العليا من طرف محام وجوبي. تعفى الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام".

⁵ أنظر، عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 60.

⁶ عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 87-88.

الأمثلة على ذلك الدعوى الغير مباشرة التي نصت عليها المادة 189 من ق.م، والتي بموجبها يمكن للدائن أن يرفع الدعوى باسم مدينه. كما أنه في بعض الأحيان يتعذر على الشخص أن يستعمل بنفسه الحق في الدعوى الذي ينشأ له بعد الإعتداء على حقه أو مركزه القانوني كما هو الحال مثلا بالنسبة للقاصر الذي لا يستطيع رفع الدعوى بنفسه، ففي هذه الحالة حول القانون للولي أو الوصي أو القيم أن يرفع الدعوى باسم القاصر. ومرد ذلك هو أنه تثبت الصفة الأصلية في الدعوى دائما لصاحب الحق في الدعوى. غير أنه إذا أصبح في استحالة قانونية أو مادية لمباشرة الدعوى بنفسه، يخول القانون لشخص آخر لمباشرة الإجراءات أمام القاضي باسمه، وهذا ما يعرف بالصفة الإجرائية أو التمثيل القانوني أو النيابة القانونية التي تمثل صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية باسم غيره¹.

ومن بدهة الأمور أن الزوج الذي يطلب من القضاء فك الرابطة الزوجية هو من له الصفة في الدعوى كمدعي أما الزوجة فلها الصفة في الدعوى كمدعى عليها، وأن الزوجة التي تطلب الخلع هي من لها الصفة في دعوى الخلع كمدعية، بينما الزوج هو من له الصفة في الدعوى كمدعى عليه، إذ لا يمكن تصور أن ترفع مثل تلك الدعاوى من شخص أجنبي ضد أحد الزوجين².

ففي حالة دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تثبت الصفة الأصلية للزوج متى كان متمتعا بالأهلية القانونية، إذ يخول له القانون الحق في رفع دعوى فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، كما يخول له رفع تلك الدعوى أمام القضاء. وينطبق ذلك على الزوجة في حالة دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، فإذا كانت تتمتع بالأهلية القانونية فلها الحق في الدعوى كما لها أن ترفعها بنفسها لثبوت الصفة الأصلية لها.

أما في حالة دعوى الزوج القاصر فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة أو حالة دعوى الزوجة القاصرة فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، فإنه تثبت لكل منهما الصفة الأصلية. غير أنه لا

¹ عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق،، ص 89-92.

² أنظر، حسين طاهري، الدليل القانوني للمتقاضين، ط1، ج2، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 84.

يمكن لكل من الزوج القاصر أو الزوجة القاصرة أن يرفع الدعوى بنفسه لانعدام الصفة الإجرائية لكل منهما، والسبب في ذلك انعدام أهلية التقاضي لدى كل منهما والتي حددها المشرع الجزائري بتمام 19 سنة في المادة 40 من ق.م و 86 من ق.أ. وعلى هذا الأساس جاء في المادة 437 من ق.إ.م.إ أنه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة".

ومن خلال ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 13 من ق.إ.م.إ جعل المشرع الصفة من النظام العام، بمنحه للقاضي التدخل في حالة انعدام الصفة، وإثارة انعدامها في المدعي وفي المدعى عليه تلقائيا بموجب الفقرة الثانية منها. وما يعزز ارتباط الصفة بالنظام العام عدم إمكانية تصحيح عيب الصفة، بل يقضي القاضي بعدم القبول دون النظر في الموضوع¹. وإذا اعتبرنا الصفة من النظام العام فإنه لا يشترط لأن يدفع المدعى عليه بعدم القبول لانعدامها فقط²، بل أجاز القانون للقاضي إثارة انعدام الصفة من تلقاء نفسه، والدفع بعدم القبول تلقائيا بموجب ما جاء في المادة 69 من ق.إ.م.إ: "يجب على القاضي أن يثير تلقائيا، الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام".

واستنادا إلى نص المادة 13 من ق.إ.م.إ ينبغي على كل من الزوج طالب الطلاق أو الزوجة طالبة الطلاق الخلعي، أن يثبت صفته بتقديم شهادة عائلية ومستخرج من عقد الزواج مع عريضة افتتاح الدعوى. وفي حالة عدم تقديم هذه الوثيقة يثير القاضي انعدام الصفة تلقائيا، ونتيجة لذلك يقضي بعدم قبول الدعوى.

ففي هذا الإطار، قضى أحد الأحكام القضائية بعدم قبول دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، جاء في تحييث هذا الحكم: "حيث بأن الرجوع إلى قانون الأسرة المادة 22 منه فإنه

¹ أنظر، عبد القادر الدينس، فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، ص 46.

² مقفولجي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 117.

يثبت الزواج بنسخة من سجلات الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي وأن المدعية في دعوى الحال لم تقدم ما يثبت قيام العلاقة الزوجية بينها وبين المدعى عليه، ولم تقدم وثائق الحالة المدنية، رغم أن المحكمة أمرتها بإرفاقها ومكنتها من أجل كاف للقيام بذلك، وأنه أمام عدم سعيها لإرفاقها فإن صفتها وصفة المدعى عليه تصبح منتفية في دعوى الحال، مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة".

وجاء في تحييث حكم آخر: "حيث أن المدعية رفعت دعواها دون أن تقدم للمحكمة ما يفيد وجود علاقة زوجية بينها وبين المدعى عليه، مما يتعين بعدم قبول دعواها لانعدام الصفة". لا يكفي أن يتوفر في رافع الدعوى شرط الصفة لقبول دعواه، بل لا بد من وجود مصلحة له في رفع الدعوى.
ب- المصلحة:

يعرف الفقه المصلحة في الدعوى بالمنفعة أو الفائدة أو الميزة التي يحصل الشخص عليها جراء الحكم له بما يطلبه، ويقال أن المصلحة هي مناط الدعوى إذ لا دعوى بدون مصلحة¹، وعليه، فهي الفائدة أو المنفعة التي يحصل عليها المدعي من إقامة دعواه أمام القضاء، وتمثل الدافع إلى إقامة الدعوى والغاية منها². وقد اشترط القانون لقبول الدعوى أن تكون للمدعي مصلحة قائمة أو محتملة يحميها القانون بالتنصيص في المادة 13 على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

فالمصلحة القائمة هي تلك التي تتولد عند وقوع الاعتداء أو حصول نزاع حول الحق الموضوعي المدعى به، فيترب على ذلك حرمان الشخص من المنافع التي كان يتمتع بها من قبل مما يستلزم تدخل القضاء لحمايته بتطبيق جزاء القاعدة القانونية³ ويقصد بها أن يكون قد حصل فعلا اعتداء على حق رافع الدعوى وقد حصل الضرر الذي يبرر لجوؤه إلى القضاء⁴.

¹ عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 61-62؛ مقفولجي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 118.

² عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية...، المرجع السابق، ص 60.

³ عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 68-69.

⁴ أنظر، لامية لعجال، الشروط الموضوعية لقبول الدعوى المدنية على ضوء التشريع، مجلة معارف العلوم القانونية والإقتصادية، معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية المركز الجامعي سي الحواس-بريكة، 2021، م.02، ع.02، ص 102.

بينما يقصد بالمصلحة المحتملة تلك المصلحة التي يكون قيامها محتملا في المستقبل، كدعوى الحجر التي يرفعها الورثة ضد مورثهم¹ أو الدعوى الإستعجالية². أما المصلحة القانونية فهي تلك المصلحة التي يقر بها القانون، والتي تكون عندما تكون الحماية المطلوبة من المدعي حماية مشروعة³، إذ لا يتوقف قبول الدعوى على وجود الحق أو المركز القانوني من الناحية الواقعية بل يقصد به أن يعترف القانون بالحماية القانونية المجردة لنوع الحق أو المركز القانوني⁴.

ويرمي المشرع الجزائي من وراء اشتراط المصلحة كشرط شكلي لقبول الدعوى إلى ضمان جدية اللجوء إلى القضاء، وترك أمر إثارة إنعدامها إلى الخصم حينما يدفع بها⁵. فباستقراء المادة 13 من ق.إ.م.إ لم يجعل المشرع المصلحة من النظام العام، إذ اكتفى فقط بالتنصيص على إثارة القاضي تلقائيا لإنعدام الصفة في المدعي والمدعى عليه في الفقرة 2 من تلك المادة، أو انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون في الفقرة الثالثة منها، مستثنيا من ذلك المصلحة مما يفهم منه أن المصلحة ليست من النظام العام، وليس للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه، وللمدعى عليه الدفع بعدم القبول لانعدامها طبقا لمحتوى نص المادة 67 من ق.إ.م.إ التي جاء فيها: "الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع". ويمكن للخصم تقديم الدفع بعدم القبول لانعدام المصلحة في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفع في الموضوع طبقا لنص المادة 68 من ق.إ.م.إ، بعكس بعض الدفع التي ينبغي تقديمها قبل أي دفع في موضوع الدعوى كالدفع الشكلية.

وتكمن مصلحة الزوج في دعوى الطلاق بإرادته المنفردة والزوجة في دعوى الخلع في الحصول على حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية⁶. فالمنفعة التي يحصل عليها الزوج جراء دعوى الطلاق هو

¹ مقفولجي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 119.

² لامية لعجال، المرجع السابق، ص 102.

³ أحمد الجندي و حسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ص 167.

⁴ عمر زودة، الإجراءات....، المرجع السابق، ص 66.

⁵ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 38.

⁶ حسين طاهري، الدليل... المرجع السابق، ص 84.

إنهاء عقد الزواج لعدم قدرته على مواصلة العيش مع زوجته، فتكون مصلحته في تلك الدعوى في فك الرابطة الزوجية، وعندئذ وضع حد للمشاكل والنزاعات التي تعيق تحقيق الفائدة من ذلك العقد والتي تركز أساسا على السكنية والمودة والطمأنينة. أما في دعوى الخلع، فتكون عادة مصلحة الزوجة في الحصول على حكم قضائي ينهي الرابطة الزوجية لخشيته أن لا تقيم حدود الله مع زوجها نتيجة للكراهة والبغض وعدم التوافق مع زوجها، وتشريع الطلاق والخلع يندرج ضمن المصالح التي خصها الشارع الحكيم بالحماية، من حفظ للدين والعقل والنفس والنسل والمال¹. كانت الأهلية في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى شرطا من شروط قبول الدعوى وكان للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه إنعدامها، غير أن المشرع غير موقفه في مسألة الأهلية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ج- الأهلية:

يبدو أن المشرع الجزائري اعتبر الصفة والمصلحة شرطين شكليين لقبول الدعوى بموجب المادة 13 من ق.إ.م.إ، بينما أحال الأهلية على اعتبار أنها شرط موضوعي إلى المادة 64 من ق.إ.م.إ² التي جاء نصها كما يلي: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:

1- انعدام الأهلية للخصوم.

2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

من خلال استقراء نص هذه المادة يتضح أنه عند عدم توافر الأهلية في المدعي، فإن مصير الدعوى هو البطلان³، فبعد أن كان المشرع الجزائري يعتبر الأهلية شرطا من شروط قبول الدعوى في قانون الإجراءات المدنية الملغى، غير رأيه ليجعلها شرطا لصحة المطالبة القضائية وليست شرطا

¹ عطا محمد المحتسب، المرجع السابق، ص 49.

² بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 33.

³ سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 137.

من شروط القبول في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ورتب على تخلفها بطلان الإجراءات وليس عدم القبول¹.

ويقصد بالأهلية أهلية التقاضي أي القدرة العقلية التي تتيح للشخص الدفاع عن حقوقه ومراكزه القانونية أمام القضاء كما تسمى الأهلية الإجرائية، وهي أهلية الأداء التي تعرف على أنها قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية، ومناطقها العقل أي القدرة على التمييز². وأهلية الأداء أو أهلية التقاضي تثبت للشخص بتمام بلوغه 19 سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني. وبناء على ذلك، هذا الأساس يشترط أن ترفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة من الزوج الذي تتوفر فيه أهلية التقاضي، وهو ما ينطبق كذلك على دعوى الخلع والتي تستدعي توفر الزوجة طالبة الخلع على الأهلية القانونية. وعلى هذا الأساس إذا كان الزوج المدعي في دعوى الطلاق ناقص الأهلية، فإن الطلب يقدم باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة، وكذلك هو الشأن بالنسبة للزوجة المدعية في دعوى الطلاق الخلعي ناقصة الأهلية، فإنه يقدم الطلب باسمها، من قبل وليها أو مقدمها في دعوى الخلع وفقا لنص المادة 437 من ق.إ.م.إ.

بالإضافة إلى القواعد القانونية الإجرائية التي حددت شروط قبول الدعوى، وضع المشرع الجزائري نصوصا قانونية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عנית بتحديد ما يعرف بقواعد الإختصاص القضائي.

الفرع الثاني

قواعد الإختصاص القضائي

يكون اللجوء إلى القضاء بطلب فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق الخلعي باحترام القواعد القانونية التي وضعها المشرع الجزائري في قانون

¹ عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 288.

² بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 39، عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 287.

الإجراءات المدنية والإدارية، ومن بين المسائل التي عنت بالتنظيم في هذا القانون مسألة الإختصاص النوعي والإختصاص المحلي، فكيف نظم المشرع هذه المسألة؟

للقوف على كيفية تنظيم المشرع للإختصاص القضائي ينبغي دراسة الاختصاص النوعي (أولا) والإختصاص الإقليمي (ثانيا).

أولا : الاختصاص النوعي :

تهدف قواعد الإختصاص النوعي إلى تحديد نوع النزاعات التي تختص بالنظر فيها جهة قضائية معينة، وعليه يمكن تعريف الاختصاص النوعي على أنه سلطة جهة قضائية معينة للفصل دون سواها في دعاوي معينة، أو ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقا لمعيار النوع¹، أو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى². وقواعد الإختصاص النوعي من النظام العام، لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، يثيرها القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة من مراحل الدعوى³. وفقا لنص المادة 36 من ق إ م إ الذي جاء فيه: "عدم الإختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى".

حسب المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المحكمة هي الجهة القضائية صاحبة الاختصاص العام وتشكل من أقسام، تفصل في جميع القضايا، لا سيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا. كما يتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع، إن أي حكم يصدر عن أي قسم من أقسامها يجب أن يصدر باسمها وتحت عنوانه. كما أنه لا يجوز لأي قسم من أقسامها أن يحكم بعدم الإختصاص

¹ حمليل صالح وصديقي الأخضر، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، عدد 28، ص 24-25.

² بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 74.

³ بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 90.

بالفصل في قضية تعني قسما آخر وكانت قد أحيلت إليه خطأ، بل يتعين عليه إحالتها إلى القسم المعني بها بدون إصدار حكم أو أمر بعدم الإختصاص ولكن عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة¹.

ووجود أقسام بالمحكمة لا يعني بالضرورة أن كل قسم له إختصاصه النوعي، بل أن القول بأن المحكمة هي صاحبة الإختصاص العام يجعل من تلك الأقسام مجرد تنظيم إداري استنادا لأحد قرارات المجلس الأعلى والذي جاء فيه: "متى كان مقرا قانونا، أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، والتي تفصل في القضايا المدنية والتجارية والعقارية والاجتماعية وقضايا شؤون الأسرة، فإن الفروع الموجودة في المحاكم، ما هي إلا تنظيم إداري لا علاقة لها بالاختصاص النوعي، ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون في غير محله ويتعين رفضه".

"متى كان مقرا قانونا أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام وهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية أو دعاوى الشركات التي تختص بها محليا، فإن إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يعد اختصاصا نوعيا لهذه الفروع بل هي تنظيم إداري بحت، ومن ثم فإن النعي على القرار بخرق قواعد الإختصاص النوعي غير سليم يتعين رفضه"².

وعليه يختص قسم شؤون الأسرة بالمحكمة في النظر في القضايا المحددة في قانون الأسرة باعتباره القانون الذي يضبط الجانب الموضوعي للقضايا الأسرية. وقد حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإختصاص النوعي لهذا القسم باعتباره قانونا ينظم الشق الإجرائي³، والذي جعل دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق الخلعي وتوابعها من اختصاص أقسام شؤون الأسرة

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 44.

² المجلس الأعلى، غ.ت.ب، 1989/02/19، ملف رقم 54 288، المجلة القضائية، 1990، عدد 04، ص 108.

³ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 328.

بالمحاكم إضافة إلى الدعاوى التي وردت في المادة 423 ق.إ.م.إ.¹ إضافة إلى المواضيع الأخرى التي تضمنها قانون الأسرة لا سيما تلك المتعلقة بالهبات والوصايا والحقوق الميراثية².

أما المجلس القضائي، فيختص بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد حتى ولو كان وصفها خاطئا وفقا لنص المادة 34 من ق.إ.م.إ. وتجدر الإشارة هنا أن بعض الأحكام التي تصدر عن محاكم الدرجة الأولى تكون ابتدائية نهائية أي لا تقبل الاستئناف كالأحكام الفاصلة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار بموجب المادة 33 من ق.إ.م.إ.، والأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع باستثناء جوانبها المادية والأحكام المتعلقة بالحضانة التي تكون قابلة للاستئناف طبقا للمادة 57 من ق.أ.

ثانيا: الاختصاص الإقليمي:

يقصد بالاختصاص الإقليمي أو الاختصاص المحلي الحيز الجغرافي الذي تختص كل محكمة النظر والفصل في المنازعات التي تثور فيه، فوفقا للأستاذ عمر زودة قواعد الاختصاص الإقليمي أو المحلي هي تلك القواعد التي: "تحدد المنازعات التي تنظرها كل جهة قضائية بالنظر إلى موقعها الجغرافي وموطن الشخص المرفوع عليه الدعوى"³. لم يضع المشرع الجزائري قواعد الاختصاص الإقليمي للجهات القضائية العادية من النظام العام، وهذا يدل على أنه يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته واللجوء إلى جهة قضائية غير مختصة إقليميا لفض نزاعهم، حيث أجاز بموجب المادة 46 ق.إ.م.إ. للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا، ويكون

¹ تنص المادة 423 ق.إ.م.إ. على أنه: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية ونحلل الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة،

2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة،

3- دعاوى إثبات الزواج والنسب،

4- الدعاوى المتعلقة بالكفالة،

5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم".

² حمليل صالح، صديقي الأخضر، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، عدد 28، ص 26.

³ عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 12.

ذلك القاضي مختصا طيلة الخصومة. كما يمتد الإختصاص في حالة الإستئناف إلى المجلس القضائي التابع له، باستثناء ما ورد في المادة 40 من ق.إ.م.إ. في حين جعل تلك القواعد بالنسبة للجهات القضائية الإدارية من النظام العام إذ نصت المادة 807 ف1 ق.إ.م.إعلى أن: "الإختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام". وقد حدد المشرع الجزائري القواعد العامة للإختصاص الإقليمي بنص المادتين 37 و38 ق.إ.م.إ إذ نصت المادة 37 منه على أنه:

"يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

بينما نصت المادة 38 من نفس القانون:

" في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم".

يتضح من خلال قراءة هذين النصين أن المشرع الجزائري قد أخذ كأصل عام بقاعدة Actor sequitur forum rei المستمدة من القانون الروماني¹ حينما منح الإختصاص الإقليمي للمحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه أو أحد المدعى عليهم في حالة تعددهم، ويرجع ذلك إلى عدة اعتبارات أهمها أن الدين مطلوب وليس محمول، ولمنع المدعي من إرهاب المدعى عليه برفع الدعوى أمام أي جهة قضائية.

¹ "Une des premières règles est celle *actor sequitur forum rei*, c'est-à-dire que le *demandeur* doit faire assigner le *défendeur* devant son juge naturel, qui est le juge ordinaire du lieu de son domicile."; https://fr.wikisource.org/wiki/L%E2%80%99Encyclop%C3%A9die/1re_%C3%A9dition/DEMANDEUR, consulté le 21/03/2020 à 22h35.

وقد جاء المشرع الجزائري باستثناء في المادة 40 ق.إ.م.إ. مستعملا لفظ "دون سواها"، وكان المشرع الجزائري قد جعل ما ورد في هذه المادة من النظام العام، وقد اعتبر البعض ما ورد في هذه المادة اختصاصا إقليميا حصريا، إذ لا يجوز الاختصاص أمام غير المحاكم المذكورة دون سواها، وذلك تحت طائلة الحكم بعدم الاختصاص تلقائيا أو بناء على دفع الخصم¹. ومن جملة الدعاوى التي تضمنتها هذه المادة، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، وحددت المحكمة المختصة إقليميا للنظر في هذه الدعاوى، فبالنسبة لدعاوى الطلاق تعتبر المحكمة، التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، مختصة إقليميا بموجب ما جاء في المادة سابقة الذكر والتي جاء فيها:

"فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:

2- في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن".

كما أكدت المادة 426 من ق.إ.م.إ. على أن المحكمة المختصة إقليميا في موضوع الطلاق هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المسكن الزوجي، وبذلك تكون دعوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أو الطلاق الخلعي من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، إذ نصت هذه المادة على ما يلي:

" تكون المحكمة المختصة إقليميا:

- 1- في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه،
- 2- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما،

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 52.

3- في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة،

4- في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها،

5- في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي،

6- في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه،

7- في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية".

وقد اعتبر البعض أن ما جاء في المادة 40 من ق.أ.م.إ ورد على سبيل الوجوب لذلك ذهب إلى القول أن ما جاء في المادة 39 من ق.أ.م.إ لم يبين ما إذا كان الإختصاص الإقليمي جوازيا أم وجوبيا رغم أن بعض الأحكام التي وردت في ذلك النص جاءت في نص المادة 40 بصفة وجوبية ومنها الإختصاص الإقليمي في مسائل الطلاق والرجوع، لذلك ذهب إلى اقتراح إلغاء المادة 39 وإدراج أحكامها في المادة 40 من ق.أ.م.إ¹.

وتبعاً لذلك، يتعين على الزوج الذي يطلب فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة أن يرفع دعواه إلى المحكمة المختصة إقليمياً وفق إجراءات محددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني

إجراءات رفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة

تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية القواعد التي تنظم كيفية رفع الدعاوى المدنية كدعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ودعاوى الطلاق الخلعي، وهذا ما يدعو إلى طرح السؤال التالي: ماهي الإجراءات التي يجب التقييد بها واتباعها لرفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة؟

يتطلب القانون أن ترفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو دعوى الخلع بواسطة عريضة افتتاح الدعوى التي تودع بأمانة الضبط والتي تبلغ رسمياً إلى الخصم (الفرع الأول). ويتعين

¹ أنظر، حمدي باشا، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 430.

بعد ذلك على الزوج المدعي أو الزوجة المدعية في دعوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة تبليغ التكليف بالحضور مرفوقا بتلك العريضة إلى المدعى عليه تبليغا رسميا (الفرع الثاني). وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية القواعد القانونية التي تنظم إجراءات التبليغ الرسمي للسندات القضائية أو غير القضائية ومنها التكليف بالحضور (الفرع الثالث).

الفرع الأول

عريضة افتتاح الدعوى

نصت المادة 14 من ق.إ.م.إ على أنه ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف، وتبعا لذلك، فإن رفع أي دعوى مدنية بما فيها دعاوى فك الرابطة الزوجية يقتضي حتما تحرير عريضة افتتاح الدعوى وتقديمها إلى أمانة الضبط. وقد خص المشرع الجزائري طلب الطلاق من أحد الزوجين بنص المادة 436 من ق.إ.م.إ الذي جاء فيه أنه: "ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى". وإضافة إلى إسناده لقسم شؤون الأسرة اختصاص النظر في دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطبيق والطلاق الخلعي، حدد هذا النص نوع العريضة التي يتم بها رفع هذا النوع من الدعاوى، وهي تلك العريضة التي نظمها قانون الإجراءات المدنية بموجب المادتين 14 و 15 منه.

وأشارت المادة 8 من ق.إ.م.إ على أنه يجب تقديم العرائض والمذكرات باللغة العربية، كما يجب تقديم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى اللغة العربية وذلك تحت طائلة عدم القبول، وهو ما يفهم من نص هذه المادة:

" يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول .

يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة،

تحت طائلة عدم القبول.

تتم المناقشات والمرافعات باللغة العربية .

تصدر الأحكام القضائية باللغة العربية، تحت طائلة البطلان المثار تلقائيا من القاضي.

يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية".

وقد حددت المادة 15 ق.إ.م.إ. البيانات التي يجب أن تتضمنها عريضة افتتاح الدعوى تحت

طائلة عدم قبولها شكلا وتتمثل هذه البيانات فيما يلي:

1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى:

وهي المحكمة المختصة إقليميا في النظر في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ودعوى

الخلع، حيث يؤول الاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية.

2- اسم ولقب المدعي وموطنه:

يجب الإشارة في عريضة افتتاح دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج إلى اسم الزوج ولقبه

وموطنه بصفته مدعي، كما ينبغي الإشارة في عريضة افتتاح دعوى الخلع إلى اسم ولقب وموطن

الزوجة التي تطالب بالخلع باعتبارها مدعية.

3- اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له:

يتعلق الأمر هنا بإسم ولقب وموطن الزوجة في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

باعتبارها مدعى عليها، وباسم ولقب وموطن الزوج في دعوى الخلع بصفته مدعى عليه.

4- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى:

في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يقوم الزوج بعرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل

التي يؤسس عليها دعواه، كما تقوم الزوجة في دعوى الطلاق الخلعي بعرض موجز للوقائع

والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها دعواها وتستند عادة في ذلك أساسا على المادة 54 من

ق.أ التي تعطيها الحق في الخلع بمقابل، وتذكر الأسباب التي دفعتها إلى ذلك التي عادة ما تكون

خشية تجاوز حدود الله نتيجة لما نشأ بين الزوجين من بغضاء وكره. كما تقوم بذكر طلباتها التي

تتمثل في طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وما يترتب على ذلك من حق الحضانة والنفقة.

5- الإشارة، عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى:

يجب على الزوج في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة أو الزوجة في دعوى الخلع إرفاق العريضة الإفتتاحية بما يثبت صفته كزوج أو صفتها كزوجة، ويتمثل ذلك في شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج، إضافة إلى ذلك، تقدم الزوجة في دعوى الخلع شهادة طبية تثبت خلو رحمها من الحمل. وفي حالة وجود حمل تحدد الشهادة الطبية مدة الحمل بهدف حفظ حقوق الجنين أثناء النطق بحكم فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع¹.

كما أنه يتعين على المحكمة التقييد بالدعوى، التي انعقدت الخصومة بشأنها، ولا يجوز تغيير موضوع الدعوى من دعوى الخلع، بعد انعقاد الخصومة، إلى دعوى تطليق، استناداً للمبدأ الذي قرره المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2013/05/09 جاء فيه:

"حيث إنه يتبين فعلاً بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، أن المطعون ضدها رفعت دعواها ضد زوجها الطاعن وطلبت فك الرابطة الزوجية بينهما بالخلع وعرضت مبلغ عشرين ألف دينار مقبلاً لذلك، كما طالبت بحقوقها وحضانة الأبناء، بينما طالب الطاعن أن تمكنه من مبلغ مائتي ألف دينار مقبلاً للخلع وبعد محاولة الصلح حول دعوى الخلع وتمسك كل طرف بمطالبه، قدمت المطعون ضدها مذكرة في جلسة 2011/10/23، أشارت إلى نطق الطاعن بالطلاق بالثلاث يوم 2010/03/08 بحضور الأبناء، ورد الطاعن على ذلك بأن تفوهه بعبارة الطلاق بالثلاث يخضع لفتوى أهل الدين في صحته، ثم قامت المطعون ضدها بتغيير طلباتها من الخلع إلى التطليق استناداً إلى تفوه الطاعن بالطلاق بالثلاث يوم 2010/03/08، وهو التاريخ السابق على تاريخ دعوى الخلع.

¹ أنظر، علال أمال، إجراءات التقاضي في دعوى الخلع، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2019، عدد7، ص 45.

وحيث إنه كان على المحكمة التقييد بدعوى الخلع والتي انعقدت بمناسبة الخصومة ووافق عليها الطاعن وطالب بمبلغ مائتي ألف دينار مقابلا لذلك، وليس التطرق إلى التطبيق والإستناد إلى ما دار يوم 2010/03/08، الذي يتعين أن يتم بشأنه تحقيق، لأن هناك فرقا بين دعوى التطبيق وبين دعوى إثبات طلاق تفوه به الطاعن في مواجهة المطعون ضدها وبحضور الأبناء والذي ينكر الطاعن توجه نيته في إيقاعه.

وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة الوجه الثاني.¹

كما قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها أن: " تكييف المحكمة موافقة الزوج على دعوى الخلع بأنها طلاق بالتراضي خطأ في تطبيق القانون، لاختلاف الأساس القانوني لكل منهما؛ لا تعد موافقة الزوج على دعوى الخلع تعديلا للطلب الأصلي، ما دامت العبرة في تحديد موضوع النزاع، بما يحدده الخصوم في عريضة الإفتتاح"².

بعد تقديم عريضة إفتتاح الدعوى يجب تبليغ المدعى عليه وفقا للكيفيات التي يفرضها القانون.

الفرع الثاني

التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور

بعد إيداع عريضة افتتاح الدعوى بأمانة الضبط، يقوم أمين الضبط بتقييدها في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة، كما يسجل رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الإفتتاحية ويسلمها للزوج في حالة دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة بغرض تبليغها رسميا للزوجة، بينما يسلمها للمدعية أي الزوجة في حالة دعوى الخلع بغرض تبليغها رسميا للزوج طبقا لما جاء في نص المادة 16 ق.إ.م.إ.

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2013/05/09، ملف رقم 0850047، المجلة القضائية، 2013، عدد 02، ص 249.

² المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2020/03/04، ملف رقم 1408964، مجلة المحكمة العليا، 2020، عدد 1، ص 70.

وتقييد هذه العريضة يتوقف على دفع الرسوم المحددة قانونا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وفقا للمادة 17 ق.إ.م.إ.¹.

وتبعا لذلك يقوم الزوج أو الزوجة باللجوء إلى محضر قضائي ليقوم بتبليغ زوجها رسميا بدعوى الخلع التي ترفعها ضده، ويجب احترام أجل عشرين (20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، والتاريخ المحدد لأول جلسة، ويمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة (3) أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج وفي هذه الحالة تقوم النيابة العامة بتبليغه وفقا للفقرة الثالثة والرابعة من المادة 16 ق.إ.م.إ، وبدوره يقوم المحضر القضائي بتحرير التكليف بالحضور الذي يجب أن يشتمل حسب المادة 18 ق.إ.م.إ على البيانات التالية :

1-اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته،

2-اسم ولقب المدعي وموطنه.

3-اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه.

4-تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

وفقا للمادة 19 ق.إ.م.إ التي نصت على أنه مع مراعاة أحكام المواد من 406 إلى 416 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقوم المحضر القضائي بتسليم التكليف بالحضور للمدعى عليه أي الزوجة في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو الزوج في دعوى الخلع، ويحرر محضرا يتضمن البيانات الآتية:

1-اسم ولقب المحضر القضائي، وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه، وتاريخ التبليغ الرسمي

وساعته،

¹ حددت المادة 213 من قانون التسجيل الرسم بالنسبة لمختلف الدعاوى، فحددت رسم الدعاوى أمام قسم شؤون الأسرة بالمحاكم بـ300 دج، ورسم الإستئناف في مواد الأحوال الشخصية بـ500 دج، والطنع بالنقض في الأحوال الشخصية بـ2000 دج، الأمر رقم 76-105 مؤرخ في 1976/12/09 يتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.

والملاحظ أن رسوم الدعاوى في مادة الأحوال الشخصية منخفضة مقارنة برسوم الدعاوى المختلفة الأخرى إضافة إلى جعله تمثيل الخصوم في مادة الأحوال الشخصية بمحام جوازي أمام المحكمة وأمام المجلس، ويدخل هذا في إطار فلسفة المشرع الجزائري في تخفيف النفقات للمتقاضين في تلك المسائل وتسهيل لجوئهم إلى القضاء.

- 2- اسم ولقب المدعي وموطنه،
 - 3- اسم ولقب الشخص المبلغ له وموطنه،
 - 4- توقيع المبلغ له على المحضر، والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته، مع بيان رقمها، وتاريخ صدورها،
 - 5- تسليم التكليف بالحضور إلى المبلغ له، مرفقا بنسخة من العريضة الافتتاحية، مؤشر عليها من أمين الضبط،
 - 6- الإشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور، أو استحالة تسليمه، أو رفض التوقيع عليه،
 - 7- وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر،
 - 8- تنبيه المدعى عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور، سيصدر حكم ضده، بناء على ما قدمه المدعي من عناصر.
- اشتطت المادة 407 من ق.إ.م.إ. جملة من البيانات يجب أن يتضمنها محضر تسليم التكليف بالحضور، يؤدي تخلف أحدها إلى جزاء يتمثل في الدفع ببطلان المحضر أمام القاضي قبل إثارة أي دفع والتمسك بهذا الدفع مقرر فقط لمصلحة المطلوب تبليغه طبقا لما جاء في المادة 407 ف8 من ق.إ.م.إ.:"وإذا لم يتضمن محضر التبليغ الرسمي البيانات المشار إليها أعلاه، يجوز للمطلوب تبليغه الدفع ببطلانه قبل إثارته لأي دفع أو دفاع".
- إن عدم قيام الزوج بإجراءات التبليغ الرسمي للزوجة في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو تقاعس الزوجة وعدم قيامها بإجراءات التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور للزوج بعد انقضاء الآجال التي منحها له القاضي من أجل استكمال إجراءات التكليف بالحضور، يدفع القاضي إلى شطب القضية من الجدول وفقا لما جاء في الفقرة الأولى من المادة 216 من ق.إ.م.إ. التي نصت على أنه:"يمكن للقاضي أن يأمر بشطب القضية، بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون، أو تلك التي أمر بها". كما يمكن له إعادة السير في الخصومة بموجب

عريضة افتتاح دعوى، تودع بأمانة الضبط، بعد إثبات القيام بالإجراء الشكلي الذي كان سببا في شطبها استنادا إلى نص المادة 217 من ق.إ.م.إ.

وتطبيقا لذلك، قضى حكم قضائي بشطب القضية من الجدول بسبب عدم قيام المدعية بتكليف المدعى عليه للحضور لجلسة المحاكمة، ورد فيه:

"حيث أن المحكمة أمرت المدعية بتكليف المدعى عليه للحضور لجلسة المحاكمة، ومنحتها آجالا كافية طبقا للتدخل الإيجابي للقاضي وحسن سير الخصومة القضائية، إلا أنه لم يواصل استكمال إجراء الاستدعاء.

حيث أنه من المقرر قانونا وطبقا لأحكام المادة 216 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه يمكن للقاضي أن يأمر بشطب القضية بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون، أو تلك التي أمر بها.

حيث أنه من الثابت في قضية الحال أن المدعية لم تقم بإجراءات التي أمرتها المحكمة القيام بها، مما يتعين معه الأمر بشطب القضية من الجدول".

وقد أحاط المشرع الجزائري إجراءات تبليغ العقود بجملة من الضوابط والقواعد الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثالث

إجراءات التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور

عرفت المادة 406 من ق.إ.م.إ. التبليغ الرسمي على أنه "التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي". ويمكن أن يتعلق التبليغ الرسمي بعقد قضائي أو غير قضائي أو أمر أو حكم أو قرار، ونصت الفقرة الثالثة من ذات المادة على أنه يجوز "التبليغ الرسمي للعقود القضائية وغير القضائية والسندات التنفيذية بتسليم نسخة منها الى المطلوب تبليغه أينما وجد، ما لم ينص القانون خلاف ذلك".

أما الفقرة الرابعة من المادة 406 ق.إ.م.إ فقد نصت على أن قيام المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي يكون بناء على طلب الشخص المعني أو ممثله القانوني أو الإتفاقي، وتجدر الإشارة إلى أن التكليف بالحضور يندرج ضمن العقود أو السندات القضائية إضافة إلى الأحكام والأوامر والقرارات الصادرة من المحاكم والمجالس القضائية.

والغايات المتوخاة من التبليغ الرسمي تتمثل في ضمان حق الدفاع، وضمن مبدأ الوجاهية، وضمن تقديم وتبليغ وسائل الإثبات، ولضمن حسن سير العدالة¹.

وبناء على ذلك، فإنه يقع على عاتق الزوج في دعوى فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة والزوجة في الطلاق الخلعي السعي إلى التبليغ الرسمي لعريضة افتتاح الدعوى إلى النيابة العامة (أولاً)، وإلى المدعى عليه (ثانياً).

أولاً: تبليغ النيابة العامة بنسخة من عريضة افتتاح الدعوى:

بعد إيداع العريضة الافتتاحية بأمانة الضبط سواء في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو في دعوى الطلاق الخلعي وفقاً لما يقتضيه القانون، تبلغ النيابة العامة بصفتها طرفاً أصيلاً في جميع قضايا شؤون الأسرة استناداً للمادة 3 مكرر من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام القانون".

وقد أنط المشرع الجزائري بموجب المادة 438 ق.إ.م.إ المدعي في دعوى الطلاق بطلب من أحد الزوجين سواء كانت دعوى طلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو دعوى تطليق، أو دعوى خلع مهمة التبليغ الرسمي بنسخة من عريضة افتتاح الدعوى للمدعى عليه وللنيابة العامة عن طريق المحضر القضائي. كما تركت له على سبيل الجواز تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط. وقد كان تبليغ النيابة العامة وتكليفها بالحضور محل جدل كبير بين الدفاع والقضاة عند تطبيق هذا

¹ لمزيد من التفصيل، أنظر، بداوي علي، أحكام التبليغ الرسمي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المحكمة العليا، 2020، عدد 1، ص 236-239.

النص، وصل إلى حد اشتراط بعض المحاكم تكليف النيابة بالحضور عن طريق محضر قضائي، رغم أنها طرف منضم وليست خصما في بعض قضايا الأسرة، الأمر الذي لا يتطلب تكليفها بالحضور عن طريق محضر قضائي¹. وقد نصت المادة 438 ق.إ.م.إ على أنه: "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".

ثانيا: التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور للمدعى عليه:

إن الهدف من التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور هو إعلام المدعى عليه أي الزوجة في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوج في حالة دعوى الخلع بوجود دعوى قضائية ليتمكن من تحضير دفاعه. والأصل في التبليغ الرسمي أن يكون شخصا، بموجب المادة 408 ف1 ق.إ.م.إ التي جاء فيها: "يجب أن يتم التبليغ الرسمي شخصا". وعليه، فقد يسعى المحضر القضائي إلى التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور إلى المدعى عليه شخصا، فإذا قابله شخصا وقام بتسليمه التكليف بالحضور مرفقا بنسخة من عريضة افتتاح الدعوى، وتسلم نسخة منه مقابل التوقيع على محضر الإستلام، فإن هذا التبليغ يعتبر تبليغا شخصا². غير أنه يستحيل عليه في بعض الأحيان ذلك، لذلك خول له المشرع الجزائي اللجوء إلى بدائل ورد ترتيبها، بحيث لا يجوز تقديم البدائل عن الأصل، باعتبار هذا الترتيب من النظام العام³، ومن بين تلك البدائل عند استحالة التبليغ الرسمي للمدعى عليه سواء كان الزوجة أم الزوج بالتكليف بالحضور في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة تبليغه عن طريق البريد، أو تبليغه إلى أحد أفراد أسرته، أو تبليغه عن طريق لوحة الإعلانات والبريد.

¹ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 335.

² عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 439.

³ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 316.

أ- التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور عن طريق البريد:

نصت المادة 411 ق.إ.م.إ على أنه: "إذا رفض الشخص المطلوب تبليغه استلام محضر التبليغ الرسمي أو رفض التوقيع عليه أو رفض وضع بصمته، يدون ذلك في المحضر الذي يعده المحضر القضائي، وترسل له نسخة من التبليغ الرسمي برسالة مضمنة مع الإشعار بالإستلام. ويعتبر التبليغ في هذه الحالة بمثابة تبليغ شخصي، ويبدأ إحتساب الأجل من تاريخ ختم البريد".

وتبعا لذلك إذا سعى المحضر القضائي إلى التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور إلى الزوجة في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ورفضت استلام محضر التبليغ الرسمي أو رفضت التوقيع عليه، فإن المحضر القضائي يقوم بتدوين ذلك في المحضر الذي يحرره، وترسل لها نسخة من التبليغ الرسمي برسالة مضمنة مع الإشعار بالإستلام، وتعتبر في هذه الحالة كأنها بلغت شخصيا، على أن يتم حساب الأجل من تاريخ البريد، وتطبق نفس الإجراءات على الزوج في حالة رفضه استلام محضر التبليغ الرسمي، أو رفضه التوقيع عليه، أو وضعه بصمته في حالة التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور المتعلق بدعوى الخلع.

وبناء على ذلك، فإنه في الحالة التي يبلغ المحضر القضائي المدعى عليه التكليف بالحضور شخصيا زوجا كان أم زوجة تبعا لنوع الدعوى القضائية بفك الرابطة الزوجية، سواء قبل تسلم التكليف بالحضور أو رفضه إذا تخلف شخصيا أو وكيله أو محاميه عن الحضور، فإن الحكم يصدر اعتباري حضوري، وليس للمدعى عليه الحق في المعارضة بل له فقط الحق في الإستئناف استنادا لما نصت عليه المادة 293 ق.إ.م.إ بقولها: "إذا تخلف المدعى عليه المكلف بالحضور شخصيا أو وكيله أو محاميه عن الحضور، يفصل بحكم اعتباري حضوري"، وما نصت عليه المادة 295 ق.إ.م.إ بقولها: "الحكم المعتبر حضوريا غير قابل للمعارضة".

ب- التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور إلى أحد أفراد الأسرة:

إذا لم يتمكن المحضر القضائي تبليغ الزوجة أو الزوج حسب كل حالة شخصيا واستحال عليه القيام بذلك وفقا للقانون، فله القيام بتبليغ المعني بواسطة أحد أقاربه، واشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية لصحة التبليغ في هذه الحالة توفر جملة من الشروط تمثلت في إستحالة التبليغ تبليغا شخصيا مع إثبات ذلك في المحضر، وفي وقوع التبليغ موطنه الحقيقي أو المختار، وأن يكون الشخص المبلغ من الأقارب الذين يسكنون معه في موطنه. كما اشترطت أن يكون المبلغ من الأقارب متمتعا بالأهلية القانونية، ورتبت على تخلف هذه الشروط قابلية التبليغ للبطلان. وهذا ما نصت عليه المادة 410 ق.إ.م.إ بقولها أنه: " عند استحالة التبليغ الرسمي شخصيا للمطلوب تبليغه، فإن التبليغ يعد صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار.

يجب أن يكون الشخص الذي تلقى التبليغ متمتعا بالأهلية، وإلا كان التبليغ قابلا للبطلان".

وعليه، فإذا تخلف المدعى عليه في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة عن الحضور إلى الجلسات بعد صحة تبليغ التكليف بالحضور الذي تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار يصدر الحكم في هذه الحالة غيابيا ويكون قابلا للطعن بالمعارضة، وفقا لما جاء في المادة 292 ق.إ.م.إ: "إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة التكليف بالحضور، يفصل القاضي غيابيا"، وما جاء في المادة 294 ق.إ.م.إ: "يكون الحكم الغيابي قابلا للمعارضة".

ج- التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور عن طريق التعليق بلوحة الإعلانات والبريد:

قد يسعى المحضر القضائي إلى التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور شخصيا إلى المدعى عليه في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو في دعوى الخلع، غير أنه يتبين أن الشخص المطلوب تبليغه رسميا لا يملك موطنا معروفا وقت التبليغ، فيحرر حينئذ محضرا يضمنه الإجراءات التي قام بها

ويتم التبليغ الرسمي بتعليق نسخة منه بلوحة الإعلانات بمقر المحكمة ومقر البلدية التي كان له بها آخر موطن، وهذا ما تضمنته الفقرة 1 من المادة 412 ق.إ.م.إ.

أما الفقرة 2 من المادة 412 ق.إ.م.إ فنصت على أنه إذا رفض الأشخاص، الذين لهم صفة تلقي التبليغ الرسمي، استلام محضر التبليغ، تطبق أحكام الفقرة 1 من المادة 412، أعلاه، وعلاوة على ذلك، يرسل التبليغ الرسمي برسالة مضمنة مع الإشعار بالإستلام إلى آخر موطن له.

فإذا انتقل المحضر القضائي إلى موطن الشخص لتبليغه ولم يجده، ووجد أحد الأشخاص المؤهلين للإستلام، غير أن هذا الأخير رفض تسلم الإعلان، يجب على المحضر القضائي أن يثبت ذلك في محضره، وينوه فيه على أنه انتقل إلى موطن الشخص المراد تبليغه، وخاطب أحد الأشخاص المؤهلين للإستلام، ورفض تسلم التكليف بالحضور. ويجب على المحضر إضافة إلى ذلك القيام بإرسال التكليف بالحضور عن طريق رسالة مضمنة مع الإشعار بالإستلام إلى آخر موطن للمدعى عليه، والقيام بتعليق نسخة من محضر التكليف بالحضور بلوحة الإعلانات الموجودة بمقر كل من المحكمة والبلدية التي يقع بها موطن المدعى عليه ويؤشر كل من رئيس أمناء الضبط ورئيس المجلس الشعبي البلدي بالختام الذي يحمل تاريخ التعليق. ويبدأ الأجل من تاريخ آخر إجراء حصل وفق هذه الطرق، وقد اعتبر المشرع الجزائري التبليغ الرسمي بهذه الطرق بمثابة التبليغ الشخصي.

وقد وضعت المحكمة العليا مبدأ يقول بأنه يعد التبليغ عن طريق التعليق بمقر المحكمة ومقر البلدية تبليغا شخصيا، وذلك في ردها على الطعن المثار من الطاعن في القضية التي صدر فيها هذا القرار، وقد تضمن ذلك الرد ما يلي: " عن الوجه الأول مأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات طبقا للمادة 358-1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

لكن حيث ومن المقرر قانونا عملا بأحكام المادة 321 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن التبليغ الرسمي للطعن يكون صحيحا إذا تم في العنوان المذكور في الحكم.

حيث بالرجوع إلى ملف الإجراء، يتبين أن عنوان الطاعن كمدعى عليه هو سيدي بلعباس وقد استلم التكليف بالحضور في هذا العنوان وقدم مذكرة جوابه دون أي منازعة حول العنوان،

بدليل أن ذات العنوان ورد في ديباجة الحكم المستأنف الصادر في 22-05-2016، وبنفس العنوان سجل الطاعن استئنافه ضد الحكم المذكور دون أن يغير منه شيئا، وعليه فإن قضاة المجلس عند فصلهم في مدى قبول الاستئناف من الناحية الشكلية راعوا محضر تبليغ الحكم المستأنف وهو المحضر المؤرخ في 09-08-2016 والذي ثبت منه أن المحضر القضائي وبعد انتقاله عدة مرات إلى المحل التجاري دون مقابلة الطاعن ترك له استدعاء تحت الباب للحضور إلى مكتبه قصد تبليغه بالحكم، فلم يحضر، فقام بتبليغه عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالاستلام، ولعدم وجود ما يفيد تبليغه أو رفضه تلقى محضر التبليغ، لجأ المحضر القضائي إلى تبليغه، عن طريق تعليق نسخة من محضر التبليغ بمقر المحكمة ومقر البلدية التابعة لموطنه وكان ذلك بتاريخ 15-08-2016، وما دام أن التبليغ بهذه الكيفية يعد بمثابة تبليغ شخصي وفقا لأحكام المادة 412 من ذات القانون فإن الاستئناف المسجل بتاريخ 05-10-2016 يكون قد ورد خارج الآجال المنصوص عليها في المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما انتهى إليه قضاة المجلس، وبذلك فإنهم قد طبقوا القاعدة الإجرائية المنصوص عليها في المادة المذكورة لأن العبرة بالعنوان المذكور في الحكم دون سواه، ومنه فإن الوجه المثار غير سديد يتعين رفضه¹.

كما وضعت مبدأ يقضي بأنه يعتبر التبليغ الرسمي عن طريق التعليق تبليغا شخصيا ويصدر الحكم أو القرار اعتباريا حضوريا وليس غيايبا، في القرار الذي جاء فيه:

"عن الوجه الأول المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات:

حيث أنه وبالرجوع إلى القرار المنتقد يتبين منه أن المستأنفة كلفت بالحضور بعنوانها ونظرا لعدم وجود أي شخص لاستلام التبليغ أرسل المحضر القضائي رسالة مضمنة مع الإشعار بالوصول مع تعليق محضر التبليغ الرسمي وفقا للمادة 412 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث أن التبليغ الرسمي عن طريق التعليق يعتبر تبليغا شخصيا ويصدر الحكم أو القرار طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 412 المشار إليها أعلاه اعتباريا حضوريا وليس غيايبا كما تقتضيه المادة 292 من نفس القانون"².

¹ المحكمة العليا، 2018/04/12، قرار رقم 1244898، القرار-رقم-1244898-المؤرخ-في-12-04-2018/الغرف-المدنية/من-

قرارات-المحكمة-العليا/http://www.coursupreme.dz

² المحكمة العليا، 2018/09/13، قرار رقم 1137049، http://www.coursupreme.dz/

أما إذا كان الشخص المطلوب تبليغه رسمياً محبوساً يكون هذا التبليغ صحيحاً إذا تم بمكان حبسه أي بالمؤسسة العقابية وفقاً لنص المادة 413 ق.إ.م.إ. بينما إذا كان الشخص له موطن في الخارج فيتم تبليغه وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الإتفاقيات القضائية. طبقاً للمادة 414 ق.إ.م.إ. وفي حالة عدم وجود اتفاقية قضائية يتم إرسال التبليغ بالطرق الدبلوماسية (المادة 415 ق.إ.م.إ.).

بعد تبليغ المدعى عليه في دعوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة بالتكليف بالحضور تنعقد الخصومة، وتبعاً لذلك تسير دعوى فن الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة وفقاً للكيفيات والإجراءات التي يقررها القانون.

المبحث الثاني

سير دعوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة

بعد أن يقوم الزوج في دعوى الطلاق أو الزوجة في دعوى الخلع بإيداع عريضة افتتاح الدعوى بأمانة الضبط طبقاً لمقتضيات القانون وتبليغها للخصم تبليغاً رسمياً بواسطة المحضر القضائي، يفتح القاضي المجال للخصمين في جلسات يحددها لتبادل المذكرات الجوابية، تنتهي عند عدم وجود أي وقائع جديدة تضاف في النزاع بعرض الملف على وكيل الجمهورية الذي يبدي التماساته بصفته طرفاً أصلياً في الدعوى طبقاً لنص المادة 3 مكرر ق.أ. وبعد ذلك يأمر القاضي الطرفين بالحضور لإجراء محاولات الصلح، وعلى ضوء نتائج تلك المحاولات يتحدد مصير الدعوى، فإذا نجح الصلح انقضت الدعوى، أما إذا لم يوفق القاضي في الصلح بين الزوجين، فإنه يضع القضية قيد النظر للنطق فيها بالحكم وفقاً لمقتضيات القانون.

وعلى هذا الأساس تقتضي الدراسة البحث في الوسائل المتاحة لكل من المدعي لعرض طلباته والمدعى عليه لدفع ودحض إدعاءات المدعي من طلبات ودفع بالإضافة إلى البحث في القواعد الإجرائية التي نظم بها المشرع الجزائري إجراءات محاولات الصلح (المطلب الأول)، لتنصب

بعد ذلك الدراسة على الأحكام القضائية الصادرة في دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة وطرق الطعن فيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الطلبات والدفع وجلسات الصلح

يتم تحديد موضوع النزاع من خلال الطلبات الأصلية والإضافية التي يقدمها الزوج في دعوى الطلاق بإرادته المنفردة أو الزوجة في دعوى الخلع، والدفع والطلبات المقابلة التي يقدمها المدعى عليه (الفرع الأول)، وبعد ذلك يأمر القاضي الزوجين بالحضور لجلسات الصلح التي يشرف عليها وفقا للقواعد الإجرائية التي تنظم هذه المسألة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطلبات والدفع

إن النظر في موضوع دعوى فك الرابطة الزوجية يتم وفقا للإجراءات التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي نص على أن موضوع النزاع يتحدد بالطلبات الأصلية التي يقدمها المدعي ضمن عريضة إفتتاح الدعوى، وبالدفوع التي يقدمها المدعى عليه لدحض وتفنييد طلبات المدعي، مع الأخذ بعين الإعتبار الطلبات الإضافية التي يقدمها المدعي لتعديل الطلب الأصلي والطلبات المقابلة التي يمكن أن يقدمها المدعى عليه مقابل طلبات المدعي¹، وتحديد موضوع النزاع يدخل ضمن المسائل القانونية الخاضعة لرقابة المحكمة العليا².

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 73؛ تنص المادة 25 ق.إ.م.إ على أنه: "يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد.

غير انه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الاصلية.

تحديد قيمة النزاع بالطلبات الاصلية والاضافية وبالطلبات المقابلة او المقاصة القضائية.

الطلب الاضافي هو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الاصلية.

الطلب المقابل هو الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على المنفعة فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه.."

² بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 70.

وعلى هذا الأساس، وضع المشرع الجزائري وسائل بيد المدعي لتقديم ادعاءاته إلى القضاء تتمثل في الطلبات الأصلية والطلبات الإضافية، وبالمقابل مكن المدعى عليه من وسائل أخرى لدحض ادعاءات المدعى تتمثل في الطلبات المقابلة والدفع.

نص في المادة 21 ق.إ.م.إ على وجوب إيداع الأوراق والسندات والوثائق التي يستند إليها الخصوم دعماً لإدعاءاتهم بأمانة ضبط الجهة القضائية، بأصولها أو نسخ رسمية منها أو نسخ مطابقة للأصل، وتبليغها للخصم، على أن يقدم الخصوم تلك الوثائق تحت طائلة الرفض إلى أمين الضبط لجردها والتأشير عليها قبل إيداعها بملف القضية مقابل وصل استلام طبقاً للمادة 22 ق.إ.م.إ. كما نصت المادة 23 منه على أن يتبادل الخصوم تلك المستندات المودعة طبقاً للمادة 22 من نفس القانون أثناء الجلسة أو خارجها بواسطة أمين الضبط.

أولاً: الطلبات:

حدد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ثلاثة أنواع من الطلبات التي على أساسها يتحدد موضوع النزاع، وتتمثل في الطلبات الأصلية، الطلبات العارضة والطلبات المقابلة.

أ-الطلبات الأصلية:

جاء في المادة 25 ف1 من ق.إ.م.إ هي أنه: "يتحدد موضوع النزاع بالإدعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد". وفقاً لما جاء في هذه المادة فإنه يقصد بالطلبات الأصلية تلك الطلبات الواردة في الإدعاء الأصلي بمناسبة رفع الدعوى القضائية¹، أو بعبارة أوضح هي تلك الطلبات والإدعاءات التي تشملها عريضة افتتاح الدعوى المقدمة للمحكمة من طرف المدعي أو محاميه، وتنصب على محور النزاع كما تمثل سبب قيام الخصومة المعروضة على القضاء، ويكون القاضي ملزماً بالتقيد بها ومناقشتها، إذ لا يجوز له أن يحكم بما لم تتضمنه تلك الطلبات أي بما لم يطلب منه. كما أنه يتعين على المدعى عليه أن يلتزم بالرد عليها ولا يخرج عن نطاقها إلا في الحالات التي ينص القانون على خلاف ذلك².

¹ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 72.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 76.

ففي دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يقدم الزوج بنفسه أو بواسطة محاميه عريضة افتتاحية تتضمن الطلب الأصلي الذي يتمثل في طلب فك الرابطة الزوجية بين الطرفين بخطأ ومسؤولية الزوجة، يشير فيها إلى واقعة اقتران الزوجين بعقد زواج وتاريخه وإلى عدد الأطفال وألقابهم في حالة وجودهم مع ذكر الوقائع والأسباب التي دفعته إلى طلب فك الرابطة الزوجية¹، مع إرفاق تلك العريضة بنسخة من عقد الزواج ونسخة من البطاقة العائلية للحالة المدنية ووصل تسديد المصاريف القضائية وأية وثيقة لها ارتباط بموضوع ذلك الطلب القضائي.

تضمن أحد الأحكام القضائية ما يلي: "بموجب عريضة افتتاحية للدعوى مودعة لدى أمانة ضبط المحكمة قسم شؤون الأسرة بتاريخ... والمسجلة تحت... أقام المدعي ب.م بواسطة الأستاذة ب.أ دعوى قضائية ضد المدعى عليها ب.ز بحضور ممثل النيابة، أهم ما جاء فيها أن الطرفان تربطهما علاقة زواج بموجب عقد رسمي مؤرخ في... تحت رقم... لم ينتج عنه أي ذرية، وأن المدعى عليها كانت تحتلق المشاكل وعدم احترامها له بإهانة مشاعره ومشاعر عائلته... وأنها غادرت بيت الزوجية دون سبب جدي ورفضت العودة إليه رغم محاولاته الودية لذلك وعليه ألتمس الحكم بفك الرابطة الزوجية بين المدعى والمدعى عليها بالطلاق مع الأمر بتسجيله".

أما في دعوى الخلع، فتتضمن عريضة إفتتاح الدعوى الإشارة إلى اقتران الزوجة بالزوجة بعقد زواج وتاريخه وعدد الأطفال وألقابهم في حالة وجودهم، مع ذكر الوقائع والأسباب التي دفعت الزوجة إلى طلب الخلع²، والطلب الأصلي الذي يتمثل في طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع مع تحديد قيمة بدل الخلع إضافة إلى طلبات أخرى تتعلق بآثار فك الرابطة الزوجية كطلب إلزام الزوج بنفقة العدة ونفقة الإهمال بالإضافة إلى نفقة الأطفال وطلب إسناد الحضانة إلى الزوجة مع إلزام المدعى عليه أي الزوج بتوفير سكن ملائم لممارسة الحضانة وإن تعذر عليه ذلك دفع بدل

¹ من الأمثلة على ذلك ما تضمنته بعض الأحكام القضائية كإثارة الزوجة للمشاكل ولأنفه الأسباب ومغادرة بيت الزوجية وافتعال الشجار، أو رفض الإمتثال إلى أوامر الزوج ومقابلتها بالشتيم والسب إلى غير ذلك من الأسباب.

² من أمثلة الأسباب التي تركز عليها بعض دعاوى الخلع سوء معاملة الزوج للزوجة كالإهانة والتعدي بالضرب وعدم الإنفاق عليها، وعدم استقرار الحياة الزوجية بسبب تصرفات الزوج الغير مسؤولة إلى غير ذلك من الأسباب.

الإيجار وتمكينها من أغراضها مع إرفاق تلك العريضة الإفتتاحية للدعوى بوثائق مثل نسخة من عقد الزواج وبطاقة عائلية للحالة المدنية وشهادات ميلاد الأطفال وقائمة بأغراض الزوجة وشهادة طبية تثبت حمل الزوجة في حالة وجود حمل لحفظ حقوق الجنين.

وتطبيقا لذلك، ورد في بيان الوقائع في حكم قضائي: "بموجب عريضة افتتاحية مودعة ومسجلة لدى أمانة الضبط بتاريخ... تحت رقم... رفعت المدعية المباشرة للخصام بواسطة محاميها... أهم ما جاء فيها: أنها اقترنت بالمدعى عليه بموجب عقد زواج رسمي... والتمست الحكم بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، إلزام المدعى عليه بتمكينها من مبلغ 7000 دج كنفقة عدة، واسناد حضانة الإبن لها، وإلزام المدعى عليه بالإفناق على ابنه حسب مبلغ 6000 دج نفقة غذائية... وإلزام المدعى عليه بتوفير سكن ملائم لممارسة الحضانة وإن تعذر عليه ذلك أدائه لها بدل الإيجار".

بالإضافة إلى الطلبات الأصلية مكن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المدعي والمدعى عليه من تقديم ادعاءاتهما في شكل طلبات عارضة.

ب- الطلبات العارضة:

سمح المشرع الجزائري للخصوم بتقديم طلبات جديدة أثناء نظر الخصومة بواسطة أداة فنية يطلق عليها في الإصطلاح الفقهي بالطلب القضائي العارض، طبقا لمقتضيات المادة 25 ف2 ق.إ.م.إ التي نصت على ما يلي: "غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة، إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالإدعاءات الأصلية". وتبعاً لذلك، أصبح من الممكن إدخال تفاعلات عديدة على الطلب القضائي الأصلي، بواسطة الطلب القضائي العارض، الأمر الذي من شأنه إضفاء المزيد من المرونة على مبدأ ثبات الطلب القضائي لتحقيق حسن سير العدالة ولتوفير الوقت والإجراءات والتكاليف¹.

¹ عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 323، 344.

تتمثل الطلبات العارضة المقدمة في الطلبات الإضافية التي تقدم من طرف المدعي، والطلبات المقابلة المقدمة من طرف المدعى عليه، ويشترط في الطلبات العارضة توفر الشروط التالية: تقديم طلب عارض أثناء سير الدعوى، وأن يكون الطلب العارض مرتبطا بالطلب الأصلي¹. كما يشترط أن تكون المحكمة التي تعرض عليها تلك الطلبات مختصة في النظر فيها نوعيا وإقليميا، والجدير بالذكر أن الطلبات الإضافية والطلبات المقابلة تقدم بموجب مذكرات مكتوبة².

ب-الطلبات العارضة الإضافية:

عرفت المادة 25 ف4 ق.إ.م.إ.م. الطلب الإضافي الذي يدخل ضمن الطلبات العارضة بما يلي: "الطلب الإضافي هو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية"، وصياغة هذا النص توحي بأن الطلب الإضافي محول لأحد أطراف النزاع سواء كان مدعيا أو مدعى عليه. والحقيقة أن المدعي هو الذي يخول له القانون إبداء طلبات إضافية، وبالمقابل خول للمدعى عليه إبداء الطلبات المقابلة، وعلى أساس ما تضمنه ذلك النص بإمكان المدعي تعديل طلباته الأصلية بتقديم طلبات عارضة إضافية إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالإدعاءات الأصلية، بواسطتها يمكن للمدعي إدخال تعديل على الطلبات الأصلية إما بالزيادة أو النقصان.

والحكمة من منح المشرع الجزائري المدعي إضافة طلبات تكمن في أنه عند رفع الدعوى القضائية يكون موقف المدعي موقف المهاجم ويكون له دور إيجابي، إذ يتمثل ذلك الدور في إقامة أسانيد دعواه الواقعية والقانونية وإقامة الدليل على الوقائع التي يدعيها. وتبعاً لذلك يكفي المدعي ببيان الوقائع التي يدعيها وبإثباتها والمبادئ القانونية التي تحكم دعواه وفقاً لما يقتضيه القانون، ولكن قد يحدث في بعض الأحيان أن تفوته بعض الطلبات أو قد يعدل رأيه في بعض الأمور،

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 77.

² لمزيد من التفصيل أنظر، عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 344.

لذلك منح القانون فرصة لتصحيح دعواه واستكمال طلباته والتعديل فيها عن طريق الطلبات الإضافية¹.

ج-الطلبات العارضة المقابلة:

عرفت المادة 25 ف5 ق.إ.م.إ الطلب المقابل بقولها: "الطلب المقابل هو الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة، فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه"، انطلاقا من هذا التعريف يمكن القول أن الطلب المقابل هو ذلك الطلب الذي أجازه القانون للمدعى عليه لتقديمه للمحكمة بغرض الحصول على منفعة بصفة استثنائية، لأن القانون في الأصل منح المدعي عليه وسيلة أخرى تمثلت في الدفع لدحض وتنفيذ إدعاءات الخصم. ويكون هذا الطلب المقابل بمثابة دعوى فرعية يرفعها المدعى عليه ضد المدعي، ويكون القاضي ملزما بمناقشته والفصل فيه مثله مثل الطلب الأصلي الذي تضمنته عريضة افتتاح الدعوى.

وبذلك يمثل الطلب المقابل وسيلة دفاع وهجوم في آن واحد بيد المدعى عليه من شأنه أن يعزز المركز القانوني للمدعى عليه². فالطلب المقابل إذن وسيلة هجومية فبالإضافة إلى طلب رفض مزاعم المدعي يرمي إلى الحصول على منفعة لفائدة المدعى عليه، على نقيض الدفع التي تعتبر وسيلة دفاعية محضة لأن المدعى عليه يستعملها فقط لرفض طلبات المدعي³. ويرى البعض أنه وإن كانت تشترك الطلبات المقابلة مع الدفع الموضوعية في الهدف وهو ألا يحكم للمدعي بطلباته إلا أنهما يختلفان من حيث أنه في تقديم المدعى عليه للطلب المقابل طلب لحق يعرضه على القضاء ويطلب الحكم به على المدعي، وقد يترتب على الحكم له بألا يحكم للمدعي بطلبه، أما في الدفع الموضوعي فإن المدعى عليه يقتصر على إنكار حق المدعي⁴.

¹ أنظر، رشيدة حدادي، الطلبات العارضة والدعاوي الفرعية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ط 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 45.

² عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 329.

³ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 73.

⁴ رشيدة حدادي، المرجع السابق، ص 68؛ عمر زودة، المرجع السابق، ص 330.

إن الطلب المقابل الذي تتقدم به الزوجة والمتمثل في طلب استئناف الحياة الزوجية يتوقف على قبول الزوج به لأن القاضي لا يملك حياله سلطة قبوله والحكم لها بذلك، إذ لا يجوز له أن يفرضه على الزوج وبذلك يكون دوره سلبيا في حالة إصرار الزوج على الطلاق. وكل ما يستطيع فعله هو محاولة إقناع الزوج بالعدول عن الطلاق ويرجع ذلك إلى المركز القانوني للزوج الذي منحه له قانون الأسرة في مسألة فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة إذ اعترف له بذلك الحق. وذلك على خلاف الطلبات المقابلة في الأنواع الأخرى من الدعاوى المدنية حيث يكون للقاضي دورا إيجابيا بتقدير جدية طلب المدعي وله السلطة التقديرية في قبوله أو رفضه. فإذا استجاب للطلب المقابل، فإنه يكون قد رفض طلب المدعي، فإذا طلب مثلا المدعي تنفيذ العقد بينما قدم المدعي عليه طلبا مقابلا تضمن إنكار حق المدعي في طلبه بتنفيذ العقد وطلب ببطالان العقد الذي يطلب المدعي تنفيذه، ففي هذه الحالة يترتب على الإستجابة لهذا الطلب المقابل عدم قبول طلب المدعي لتنفيذ العقد والقضاء ببطلان العقد¹.

نظرا لخصوصية هذا النوع من المسائل الأسرية إصرار الزوج على الطلاق يجعل من استجابة القاضي لطلبها باستئناف الحياة الزوجية أمرا غير ممكن، ومن الحكم له بفك الرابطة الزوجية بإرادته إذا استوفت الدعوى جميع الشروط الشكلية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أمرا لا مفر منه. لذلك إضافة إلى الطلب المقابل الأصلي تقدم الزوجة في مثل هذه الدعاوى طلبات مقابلة احتياطية تتمثل في طلب إلزام الزوج بمنحها حقوقها المترتبة على فك الرابطة الزوجية في حالة تمسك الزوج بحقه في الطلاق والتي يرجع للقاضي سلطة تقديرها.

إن الغرض من رفض إدعاءات ومزاعم الزوج طالب الطلاق من طرف الزوجة وطلبها باستئناف الحياة الزوجية في مذكراتها الجوابية في حالة إصرار الزوج على الطلاق هو نفي مسؤولية وخطأ الزوجة في ذلك وتحميل الزوج مسؤولية الطلاق لتمكينها من التعويض عن الطلاق التعسفي.

¹ عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 333.

وللزوج الحق في الرد على الطلب المقابل بمذكرة جوابية حيث يصبح وكأنه في هذه الحالة هو المدعى عليه والزوجة هي المدعية.

وللزوج في دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع الحق كذلك في إبداء طلبات مقابلة، غير أن إصرار الزوجة وتمسكها بطلبها الأصلي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع يقف حائلا دون نظر القاضي في الطلب المقابل الذي قدمه الزوج بخصوص استئناف الحياة الزوجية باعتبار الخلع حق إرادي للزوجة لا يتوقف على موافقة الزوج.

إن مركز الزوجة في دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق الخلعي مساو لمركز الزوج في دعوى فكها بالإرادة المنفردة للزوج مما يجعل من هاتين الصورتين طلاقا بالإرادة المنفردة في القانون الجزائري. والجدير بالذكر أن المحكمة العليا وضعت مبدأ يقضي بأنه لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق طلب مقابل وإنما يكون بدعوى مستقلة في قرارها الذي جاء فيه:

"حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعوى ضد المطعون ضدها بصفتها زوجته طالبا رجوعها إلى بيت الزوجية الذي غادرته رفقة أهلها، وذلك دون قيد أو شرط بينما طلبت المطعون ضدها رفض طلباته وبالمقابل الحكم بتطبيقها للضرر مع الحقوق واحتياطيا طلبت الطلاق عن طريق الخلع وعرضت مبلغ مالي على ذلك كما طالبت بحقوق أخرى.

وحيث أنه بذلك يكون الطاعن قد استعمل حقه في مطالبة زوجته المطعون ضدها بالرجوع إلى بيت الزوجية ما دامت في عصمته ولم ترفع دعوى مستقلة سواء بالتطبيق أو الخلع أو غير ذلك، وبالتالي فلا يجوز للمطعون ضدها أن تقدم طلبا مقابلا أو طلبين مقابلين، سواء بالتطبيق أو بالخلع، لأن دعوى التطبيق أو دعوى الخلع لا تكون إلا بدعوى مستقلة ما لم يوافق الزوج على ذلك ودون قيد أو شرط، وبالتالي كان على المحكمة التقييد بموضوع الطلب الأصلي مع عدم حرمان المطعون ضدها من حقوقها عند الضرورة"¹.

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2011/09/15، ملف رقم 647108، المجلة القضائية، عدد 1، 2012، ص 309.

وهذا جاء تأكيدا لما قضت به في قرارها الصادر بتاريخ 2006/07/12 من أنه لا يقبل طلب الخلع المقدم عن طريق طلب مقابل، ورد فيه: "حيث يتبين بالفعل من خلال وقائع الدعوى أن الطاعن هو الذي أقام الدعوى من أجل إرجاع المطعون ضدها إلى بيت الزوجية بغية لم الشمل إلا أنها قابلت طلبه بالرفض وطالبت بخلعها... ومن ثم يكون القاضي الأول لما استجاب لطلب المطعون ضدها الخلع بمجرد طلب مقابل قد أضر بالطاعن وخالف القانون"¹.

وفي قرار آخر للمحكمة ذاتها صادر بتاريخ 2008/03/12 قضى بأنه: "متى كانت الدعوى الأصلية طلب الرجوع إلى بيت الزوجية فإن الحكم بالطلاق خلعا استجابة للطلب المقابل يعد حكما غير قانونيا"².

ثانيا: الدفع:

إن استعمال الحق في الدعوى قد يتم بواسطة الطلبات الأصلية والعارضة كما قد يتم بواسطة الدفع. ففي الدعاوى المدنية يكون دور المدعى عليه عادة دورا دفاعيا، واستثناء، كما سبق ذكره، يمكن لهذا الدور أن يصبح هجوميا باستعمال الطلبات المقابلة. وحتى يقوم المدعى عليه بذلك الدور الدفاعي بغرض الحصول على حكم يقضي ببطالان إجراءات الخصومة أو الحصول على حكم بعدم القبول أو الحكم برفض الدعوى، خول له المشرع الجزائري وسيلة تتمثل في دفع طلب المدعي بأحد الدفع³ التي نظمها المشرع الجزائري في المواد من 48 إلى 69 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تتمثل في الدفع الشكلية والدفع الموضوعية والدفع بعدم القبول.

أ- الدفع الشكلية:

عرفت المادة 49 ق.إ.م.إ الدفع الشكلية كما يلي: "الدفع الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها"، ونصت المادة 50 منه على أنه:

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/07/12، ملف رقم 353851، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2006، ص 427.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2008/03/12، ملف رقم 427968، نشرة القضاة، عدد 66، ص 321.

³ عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 346.

"يجب إثارة الدفع الشككية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول". انطلاقاً من مضمون هذين النصين، يتبين أن الدفع الشككي هو دفع يمس بصحة الإجراءات ولا يمس أصل الحق المدعى به، إذن فالحكم بقبولها لا يمس أصل الحق، ولا يترتب عليه إنهاء النزاع بل يترتب عليه انقضاء الخصومة. كما أنه ينبغي على الخصم الذي يدفع بعدم صحة الإجراءات أو بانقضائها إثارة هذا الدفع قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول وإلا اعتبر هذا الدفع غير مقبول.

وتتمثل الدفع الشككية في الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي، وكذا الدفع بوحدة الموضوع والإرتباط، الدفع بإرجاء الفصل والدفع ببطلان الأعمال الإجرائية.

1-الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي:

يسمح الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي بإنكار المدعى عليه على المحكمة ولايتها بالنظر في الدعوى، ونتيجة لذلك عدم صلاحيتها للفصل في الدعوى المعروضة أمامها¹، وقد وضعت المادة 51 ق.إ.م.إ لهذا النوع من الدفع الشككية ضوابط ينبغي للخصم الذي يدفع به أن يتقيد بها، حيث نصت على أنه: "يجب على الخصم الذي يدفع بعدم الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية، أن يسبب طلبه، ويعين الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها. لا يجوز للمدعي إثارة هذا الدفع"، ومن ذلك يمكن استخلاص القيود والضوابط التالية للدفع بعدم الإختصاص الإقليمي:

- وجوب تسبب الخصم الذي يدفع بعدم الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية لطلبه.
- وجوب تعيين الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها.
- عدم جواز إثارة هذا الدفع من طرف المدعي.
- وجوب إثارته قبل أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول.

¹ بريرة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 99.

وجاءت أحكام الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي على هذا النحو على أساس أن الإختصاص الإقليمي ليس من النظام العام كقاعدة عامة¹. غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 40 ق.إ.م.إ، فإن صياغتها توحي أن ما تضمنته من أحكام بخصوص الإختصاص الإقليمي هي من النظام العام كاستثناء. ومن بين ما جاء فيها أنه ترفع دعاوى الطلاق أو الرجوع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية دون سواها. وبالتالي، يثار التساؤل هل يمكن للمحكمة أن تثير عدم الإختصاص الإقليمي من تلقاء نفسها في دعاوى فك الرابطة الزوجية إذا لم تكن مختصة إقليمياً؟ أم هل هذا النوع من الدفع هو مقرر فقط للمدعى عليه في هذا النوع من الدعاوى؟

يتضح من نص المادة 40 أعلاه أنها حددت قواعد الإختصاص الإقليمي بقواعد ملزمة للقاضي استثناء. ويترتب على ذلك أن القاضي يثير عدم الإختصاص الإقليمي للمحكمة في دعاوى فك الرابطة الزوجية إذا لم يثبت أن مسكن الزوجية يقع في دائرة اختصاصها تلقائياً حتى ولو لم تتم إثارة الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي من أي طرف في الخصومة. ونتيجة لذلك، فإن الحكم الذي سيصدره قاضي شؤون الأسرة سيقضي برفض الدعوى شكلاً لعدم الإختصاص الإقليمي.

ومن بين الملاحظات التي ينبغي إبدؤها حول ما جاء في نص المادة 40 ق.إ.م.إ أن المشرع عند استعماله لمصطلح "دون سواها" أحاط أحكام هذا النص بنوع من الغموض، إذ يوحي النص بأن الإختصاص الإقليمي في المسائل التي تضمنها هو من النظام العام استثناء، غير أنه لم يشر إلى دور القاضي في إثارة عدم الإختصاص الإقليمي. لذلك حبذا لو جاء النص صريحاً ونص على أن تلك الأحكام هي من النظام العام، وللمحكمة أن تثير عدم الإختصاص الإقليمي تلقائياً في أي مرحلة تكون عليها الدعوى حتى بعد إبداء دفاع في الموضوع أو الدفع بعدم القبول. والجدير بالتنويه أنه هناك من يرى بأن المادة 40 أعلاه تنص على جزاء، لذلك يقترح بأن تكون مقرونة

¹ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 99.

بجزء باعتبار الإستثناءات التي وردت فيها وجوبية والنص على أن القاضي ليس له سلطة تقديرية في حال الدفع بها¹.

2- الدفع بوحدة الموضوع والإرتباط:

من أجل تفادي تعقيدات وتعدد الإجراءات والحيلولة دون إصدار أحكام متناقضة منح المشرع للمدعى عليه وسيلة الدفع بوحدة الموضوع عند وجود قضيتين لموضوع واحد مرفوعتين أمام جهتين قضائيتين مختصتين، فأجاز إحالة الدعوى الثانية أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الأولى ونقل الملف إليها لتعمل على ضم الدعويين والفصل فيهما بحكم واحد². ويتجلى ذلك في نص المادة 53 ق.إ.م.إ: "تقوم وحدة الموضوع عندما يرفع نفس النزاع إلى جهتين قضائيتين مختصتين ومن نفس الدرجة"، والمادة 54 من نفس القانون التي جاء فيها: "يجب على الجهة القضائية الأخيرة التي رفع إليها النزاع أن تتخلى لصالح الجهة الأخرى، إذا طلب أحد الخصوم ذلك، ويجوز للقاضي أن يتخلى عن الفصل تلقائيا إذا تبين له وحدة الموضوع".

أما بالنسبة لوحدة الإرتباط فطبقا لنص المادة 55 ق.إ.م.إ "تقوم حالة الإرتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية، أو أمام جهات قضائية مختلفة، والتي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر ويفصل فيها معا". وحسب المادة 56 ق.إ.م.إ، فإن آخر جهة قضائية أو آخر تشكيلة طرح عليها النزاع هي التي تأمر بالتخلي عن النزاع بسبب وحدة الإرتباط لصالح جهة قضائية أخرى أو تشكيلة أخرى بموجب حكم مسبب بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائيا. وتكون الأحكام الصادرة بالتخلي بسبب وحدة الموضوع والإرتباط ملزمة للجهة القضائية أو التشكيلة المحال إليها وهي غير قابلة للطعن طبقا لنص المادة 57 ق.إ.م.إ.

¹ حمدي باشا، المرجع السابق، ص 418.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 94.

3- الدفع بإرجاء الفصل:

الدفع بإرجاء الفصل في موضوع النزاع لا يمس بأصل الحق المتنازع فيه ولا بإجراءات الدعوى، إذ طبقا للمادة 59 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجب على القاضي إرجاء الفصل في الخصومة إذا نص القانون على منح أجل للخصم الذي يطلبه. وما يفهم من نص هذه المادة أن القاضي غير ملزم بإرجاء الفصل في الخصومة في عدم وجود النص القانوني بمنح أجل للخصم الذي يطلبه، أي يمكن للقاضي إعمال سلطته التقديرية، فإن شاء منح وإن شاء منع¹.

4- الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية:

البطلان هو وصف يلحق بالعمل القانوني ويمنع ترتيب الآثار أصلا على مثل هذا العمل، والقانون يحدد عادة عناصر العمل والشروط الواجب توافرها فيه لإحداث الآثار التي تترتب على القيام به وإذا لم تتوافر هذه العناصر فإن العمل يعتبر باطلا². من خلال النصوص التي أتى بها المشرع لتنظيم هذا النوع من الدفع في المادة 60 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يظهر بأنه قد أخذ بمذهب لا يبطلان بغير ضرر، مما يعني أن الحكم ببطلان الأعمال الإجرائية مرهون بوقوع ضرر للخصم المتمسك به، إذ لا يكفي وجود نص يقرر البطلان وإنما لا بد من توافر الضرر ولا يجوز التمسك بالبطلان إلا لمن شرع لمصلحته³. ويمكن إجمال الشروط القانونية لممارسة الدفع الشكلي ببطلان الإجراءات التي جاءت بها المواد سابقة الذكر أعلاه فيما يلي:

- 1- وجود نص قانوني صريح يقرر بطلان الأعمال الإجرائية أو قابليتها للبطلان شكلا وشرط إثبات وجود ضرر يصيب الخصم المتمسك بالدفع بالبطلان طبقا للمادة 60 ق.إ.م.إ.
- 2- أن يكون الخصم قد أثاره قبل مناقشة الموضوع وقبل إثارة أي دفع آخر، أي أنه يقبل الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا قبل تقديم دفاع في الموضوع، وبمفهوم المخالفة فإنه لا يقبل هذا النوع من الدفع بعد تقديم دفاع في الموضوع طبقا للمادة 61 ق.إ.م.إ.

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 97.

² حسين فريجة، المرجع السابق، ص 49.

³ المرجع نفسه، ص 50.

3- أن يكون الخصم الذي أثار الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا هو نفسه من قد تقرر البطلان لصالحه طبقا للمادة 63 ق.إ.م.إ.

4- ألا يكون الإجراء المطلوب بطلانه من الإجراءات القابلة للتصحيح أو كان قد زال سبب ذلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة طبقا للمادة 66 ق.إ.م.إ.

أما بالنسبة لبطلان العقود غير القضائية والإجراءات لعيب في الموضوع، حددت المادة 64 ق.إ.م.إ. حالاته على سبيل الحصر، وهي إنعدام الأهلية للخصوم، وانعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي، ونصت المادة 65 القانون ذاته على أن القاضي يثير تلقائيا انعدام الأهلية، كما يجوز له أن يثير تلقائيا انعدام الأهلية والتفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

انطلاقا من هذين النصين، يتضح أن انعدام الأهلية للخصوم في أي دعوى مدنية يمثل حالة من حالات بطلان الإجراءات، وان للقاضي أن يثير انعدامها تلقائيا. وعلى هذا الأساس، إذا رفع الزوج القاصر دعوى طلاق بالإرادة المنفردة، أو إذا رفعت الزوجة القاصرة دعوى طلاق خلعي، فإن هذا يمثل حالة من حالات البطلان التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، وكذلك الشأن إذا انعدمت أهلية الممثل القانوني أي الولي للزوج القاصر أو الزوجة القاصرة.

ب-الدفع الموضوعية:

تطبيقا لمبدأ الواجهية الذي يقصد به اتخاذ جميع الإجراءات في مواجهة الخصوم بطريق يمكنهم من العلم بها بواسطة إجراءاتها في حضورهم كإبداء الدفع¹ باعتبارها وسيلة منحها المشرع للمدعى عليه من أجل دفع الطلب الموضوعي الذي أثاره المدعي بواسطة الطلب القضائي، والدفع الموضوعي يقابله الطلب الموضوعي. وبذلك يشكل كل من الطلب الموضوعي والدفع الموضوعي مظهرين أحدهما إيجابي يتجسد في الطلب الموضوعي والآخر سلبي يتجسد في الدفع الموضوعي، وبذلك يناقض الدفع الموضوعي الطلب الموضوعي².

¹ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 22.

² عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 377.

تنص المادة 48 من ق.إ.م.إ.م. على أن: "الدفع الموضوعية هي وسيلة تهدف إلى دحض ادعاءات الخصم، ويمكن تقديمها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى". استنادا لهذا النص، يكون القصد من الدفع الموضوعية هو تفادي المدعى عليه الحكم عليه بما يطلبه المدعي برفض طلبات هذا الأخير، حيث توجه هذه الدفع ضد إداءات المدعي لإثبات عدم صحتها وعدم تأسيسها¹، ويمكن إثارة هذه الدفع في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

في دعاوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج خول المشرع للزوجة أن تدفع بدفع موضوعية في أي مرحلة تكون عليها الدعوى لتدحض إداءات ومزاعم الزوج. كما خول للزوج في دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق الخلعي أن يفند مزاعم الزوجة عن طريق هذا النوع من الدفع في أي مرحلة تكون عليها الدعوى. كذلك باعتبار هذه الدعاوى دعاوى مدنية تخضع للإجراءات التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية. غير أن خصوصية هذا النوع من الدعاوى قد يجعل من هذه الدفع بدون فائدة ترجى منها في الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية في حالة إصرار الزوج على الطلاق أو الزوجة على الخلع، لأن الحكم الذي يصدر بخصوص هذه الدعاوى سيقضي في نهاية المطاف بفك الرابطة الزوجية حتى ولو قدم المدعى عليه دفوعا موضوعية. لذلك من خلال الإطلاع على بعض الأحكام القضائية يتبين أن الزوجة تلجأ إلى استعمال وسيلة الطلب المقابل تنفي بواسطته مزاعم الزوج، وتطلب بصفة أصلية استئناف الحياة الزوجية إضافة إلى تمكينها من نفقة الإهمال وبصفة احتياطية الحكم لها بحقوقها المترتبة على الطلاق في حال أصر الزوج على ذلك². وكذلك الشأن بالنسبة للزوج في دعوى الخلع الذي يقدم عادة طلبا مقابلا بدلا من الدفع الموضوعي يفند بواسطته إداءات الزوجة ويطلب رجوع الزوجة وفي حالة الموافقة على الخلع الحكم له ببدل خلع يحدده في طلبه.

¹ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 97.

² جاء في حيثيات أحد الأحكام القضائية: "حيث أن المدعي يلتمس من المحكمة القضاء بفك الرابطة الزوجية بالطلاق.

حيث أن المدعية التمس الحكم لها بالرجوع وفي حالة تمسكه بالطلاق تمكينها من توابع الطلاق".

والجدير بالتنويه أن الحالات التي تمثل انعدام التقاضي والتي وردت في نص المادة 67 جاءت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وذلك لكثرة الدفوع بعدم القبول¹.

ويمكن للخصوم الدفع بعدم القبول في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو بعد تقديم دفوع موضوعية وفقا لما جاء في المادة 68 ق.إ.م.إ: "يمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفوع في الموضوع". ومن أمثلة الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة في دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أن يرفع زوج على زوجته من زواج عرفي دعوى طلاق بإرادته المنفردة، فإنه يمكن للزوجة أن تدفع بعدم القبول لانعدام الصفة، إذ لا يعترف القانون الجزائري بالمركز القانوني للزوج إلا إذا كان هناك عقد زواج رسمي أو حكم قضائي بتثبيت الزواج العرفي طبقا للمادة 22 ق.أ التي تنص على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة". وكذلك للزوج من زواج عرفي أن يدفع بعدم القبول في دعوى الخلع لانعدام الصفة للسبب الذي سبق الإشارة إليه.

وفي هذا السياق، ويجب على القاضي إثارة الدفع بعدم القبول تلقائيا إذا كان من النظام العام لا سيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن طبقا لنص المادة 69 ق.إ.م.إ. وهذا ما يمكن الوقوف عليه من الإطلاع على الحكمين الصادرين عن محكمة تلمسان بتاريخ 2016/03/22 و 2016/03/28 بخصوص طلب الخلع والذي أثار القاضي فيهما تلقائيا شرط انعدام الصفة باعتبار الصفة من النظام العام، إذ قضى في كل منهما بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة، حيث جاء في حيثيات الحكم الأول: "وأن المدعية في دعوى الحال لم تقدم ما يثبت قيام العلاقة الزوجية بينها وبين المدعى عليه، ولم تقدم وثائق الحالة المدنية، رغم أن المحكمة أمرتها بإرفاقها، ومكنتها من أجل كاف للقيام بذلك، وأنه أمام عدم سعيها لإرفاقها فإن

¹ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 105.

صفتها وصفة المدعى عليه تصبح منتفية في دعوى الحال، مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة"¹. وجاء في حيثيات الحكم الثاني: "حيث أن المدعية رفعت دعواها دون أن تقدم للمحكمة ما يفيد وجود علاقة زوجية بينها وبين المدعى عليه، مما يتعين القضاء بعدم قبول دعواها لانعدام الصفة"².

قبل النظر في موضوع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة جعل القانون إجراء القاضي لمحاولات الصلح أمرا وجوبيا.

الفرع الثاني

جلسات الصلح

تضمن قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكام الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية، حيث أكد المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من رفع الدعوى. وجعل بموجب المادة 439 من ق.إ.م.إ محاولات الصلح وجوبية على أن تتم في جلسات سرية أملا منه في عدم إفشاء أسرار الزوجين للغير، وحصر النزاع بينهما حتى لا تكون أسباب النزاع بينهما مواضيع حديث تلوّكها الألسن، وفي ذلك حماية للزوجين بشكل خاص والأسرة بشكل عام. ثم أنه قد تكفل محاولات الصلح بالنجاح، وتعود الحياة الزوجية إلى سابق عهدها، وتصبح تلك الخلافات من الماضي، فالأفضل أن تحفظ تلك الأسرار بين الزوجين دون أن يطلع عليها شخص آخر باستثناء القاضي الذي يشرف على إدارة جلسات الصلح.

وفي سياق فلسفته الرامية إلى إيجاد آليات تؤدي إلى إنجاح محاولات الصلح، أناط المشرع القاضي طبقا للمادة 440 ق.إ.م.إ بمهمة الاستماع إلى كل زوج على انفراد ثم معا في التاريخ

¹ محكمة تلمسان، ق.ش.أ، 2016/03/22، حكم غير منشور.

² محكمة تلمسان، ق.ش.أ، 2016/03/28، حكم غير منشور.

المحدد لإجراء محاولة الصلح. كما أجاز لأحد أفراد العائلة الحضور والمشاركة في محاولة الصلح بناء على طلب الزوجين، ربما يمكن لحضوره أن يساعد في تقريب وجهات النظر بين الزوجين، وتقليص مسافات الجفاء والخلاف بينهما، مما قد يؤدي إلى رأب الصدع بينهما وإنهاء خلافاتهما، ودفع الزوج المدعي أو الزوجة المدعية إلى العدول عن طلب فك الرابطة الزوجية. ولعل هذه الإجراءات تعكس الأهمية البالغة التي أولاها المشرع الجزائري لمحاولات الصلح وذلك بتوفير جميع الشروط التي تؤدي إلى نجاحها وإلى حماية الرابطة الزوجية وتعزيز استمرارها.

ودائما في إطار تنظيم إجراء محاولات الصلح أجازت المادة 441 ق.إ.م.إ للقاضي تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو نذب قاض آخر لسماع أحد الزوجين بموجب إنابة قضائية، في حالة استحالة حضوره في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، غير أنه إذا تخلف عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك.

وقد كان للمحكمة العليا موقف من هذه المسألة جسده قرارها الذي قضى بوجوب حضور الطرفين أي الزوج والزوجة، شخصيا، لجلسة الصلح، وبأن القاضي غير ملزم بإصدار إنابة قضائية دولية، في حالة حضور طالب الطلاق جلسة الصلح وتغيب الطرف الآخر، المقيم خارج الإقليمي الجزائري، وقد جاء فيه ما يلي:

"عن الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة أحكام المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي جاء فيه إن المشرع حين أقر محاولة الصلح وجعلها إجبارية بنص المادة 49 من قانون الأسرة، فإنه لم يجعلها مجرد إجراء شكلي، والقاضي الأول يعلم يقينا بأن أحد أطراف الدعوى يقيم بفرنسا منذ أزيد من ثلاثين سنة ويستحيل عليه الحضور لجلسة الصلح المقررة له في الجزائر لأسباب يطول شرحها، ولما لم يعمل المادة 441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصريحة التي نصت صراحة على أنه إذا استحال على أحد الطرفين الحضور

فللقاضي اللجوء إلى الإنابة القضائية لسماعه، وبالتالي فإن الصلح الذي تضمنه الحكم جاء مخالفا للأحكام التي تضمنها قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والادارية.

لكن حيث إن العبرة في إجراء محاولة الصلح هي بحضور طالب الطلاق لجلسة محاولة الصلح والتي أشارت إليها المحكمة إذ حضر المطعون ضده طالب الطلاق جلستي محاولة الصلح وأصر على طلب الطلاق بينما تغييت الطاعنة، وبالتالي فإن المحكمة لم تكن ملزمة بإصدار إنابة قضائية دولية لسماع الطاعنة حول الصلح.

وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ويرفض الطعن¹.

ونصت المادة 442ق.إ.م.إ على انه يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن دون أن تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق. وفي حالة توصل الأطراف إلى الصلح، يحرر أمين الضبط. في الحال تحت إشراف القاضي محضرا يثبت هذا الصلح، ويوقعه كل منهما والزوجين ويودع بأمانة الضبط. ويعتبر هذا المحضر سندا تنفيذيا، وبذلك تنقضي دعوى فك الرابطة الزوجية سواء كانت بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق الخلعي لأن الخصومة تنقضي بالصلح طبقا لنص المادة 220 ق.إ.م.إ: "تنقضي الخصومة تبعا لإنقضاء الدعوى بالصلح أو بالقبول بالحكم أو بالتنازل عن الدعوى...، ما لم تكن الدعوى قابلة للإنتقال"، ونتيجة لنجاح الصلح تستمر الحياة الزوجية دون الحاجة إلى عقد جديد عملا بنص المادة 50 من ق.أ التي تنص على أنه:

"من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

¹ المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، 14/06/2012، ملف رقم 751790، المجلة القضائية، 2014، عدد 02، ص 251.

أما في حالة عدم الصلح أو إذا تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى عملاً بنص المادة 443 ق.إ.م.إ وذلك بعد تحرير محضر بعدم الصلح.

يقوم القاضي بإجراء محاولات الصلح في مدة لا يجب أن تتجاوز ثلاثة أشهر، والقاضي غير مقيد بعدد معين من المحاولات، لأن الغرض منها إنهاء النزاع بطرق ودية والحفاظ على كيان الأسرة المهتد بالإختيار. فمتى يكون له اقتناع وتبين له أن لا جدوى من مواصلة محاولات الصلح ينتقل إلى النظر في موضوع الدعوى ولو كان ذلك بعد إجراء محاولة صلح واحدة فقط، وفقاً لما ورد في قرار المحكمة العليا الذي قضى بما يلي: "لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين وأن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30 تمسك فيها الزوجان بمطالبهما وبالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استنفاده ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض"¹.

بل أكثر من ذلك ذهبت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2014/03/13 إلى وضع مبدأ ينص على استقرار اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه، ورد فيه ما يلي:

"عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات: والذي جاء فيه أن الحكم المطعون فيه سعى للصلح مرة واحدة في جلسة 2012/11/19، وخالف بذلك نص المادة 49 من قانون الأسرة.

لكن حيث أن الطاعن لم يبين مصلحته في إثارة ذلك، مادام أنه أثناء جلسة الصلح الوحيدة، تمسك بالطلاق، فضلاً عن أن إجتهد غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا، قد

¹ المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، 2011/04/14، ملف رقم 620084، المجلة القضائية، 2012، عدد 02، ص 301.

استقر على أن تقدير عدد محاولات الصلح يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا.

وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس وتنقصه الجدية ويتعين رفضه".¹

ولم يستثن المشرع دعوى الخلع من وجوب إجراء محاولات الصلح، فالحكم بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع يكون مخالفا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة، ويترتب عليه نقضه من المحكمة العليا شأنه شأن الأحكام الصادرة في دعاوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أو التطليق التي لم يقم القاضي فيها إجراء محاولات. تطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بما يلي: "وحيث أن الخلع يعد وسيلة من وسائل الطلاق وفك الرابطة الزوجية بين الزوجين، وبالتالي يتعين إصدار حكم بشأنه وقبل يتوجب على القاضي إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين.

ولما قضى قاضي أول درجة بمحكمة الأغواط بالتطليق خلعا في قضية الحال دون إجراء محاولات صلح بين طرفي النزاع، فإن قضاءه جاء مخالفا للقانون المادة (49) من قانون الأسرة، مما يستلزم معه نقض الحكم محل الطعن مع الإحالة"².

كما أن القضاء بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بالخلع، بالرغم من عدم حضور طالب الطلاق الزوج أو الزوجة جلسة الصلح يعد مخالفا للقواعد الإجرائية التي تنظم هذه الدعاوى وفقا لما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي اعتبر إكتفاء الزوجة بإنابة محاميها لحضور جلسة الصلح بدلا منها بموجب وكالة رسمية يعد مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات، إذ جاء في قرارها بتاريخ 2014/07/10:

¹ المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، 014/03/13، ملف رقم 0870291، المجلة القضائية، 2014، عدد 02، ص 270.

² المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، 2009/01/14، ملف رقم 477546، المجلة القضائية، 2009، عدد 02، ص 279.

"حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن المطعون ضدها المدعية في طلب الخلع لم تحضر جلستي الصلح المقررتين في 2013/02/14 و 2013/03/14 وحضر نيابة عنها محاميها الأستاذ يحيى يوسفي باعتباره وكيلها عنها بوكالة رسمية وأن المحكمة قبلت هذه الوكالة وانتهت إلى الإستجابة لطلب الخلع.

حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة توجب إجراء محاولات للصلح قبل القضاء بجل عقد الزواج سواء بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع وهو إجراء جوهري وفقا لنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويتم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 440 وما بعدها من نفس القانون. وبالتالي لا يمكن بأي حال إيقاع الطلاق مهما كان وصفه في غياب الزوج طالب حل عقد الزواج وعدم حضوره جلسة الصلح والإستماع إليه كما لا يمكن أن ينيبه أحد في جلسات الصلح مهما كان نوع الوكالة عامة أم خاصة رسمية أم غير رسمية لأن الغاية من حضور جلسات الصلح فضلا عن محاولة إصلاح ذات البين هو تأكد المحكمة من إرادة الزوج في طلب حل عقد الزواج وفقا لنص المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخاصة التأكد من أن هذه الإرادة صحيحة خالية من عيوب الإرادة وخاصة الإكراه وأن المحكمة بقضائها بالخلع دون حضور المدعية المطعون ضدها واكتفائها بإبانة محاميها لها الوكيل عنها بوكالة رسمية قد خالفت جوهرية في الإجراءات فعلا وعرضت بذلك حكمها للنقض"¹.

وقد أثبت الواقع العملي أن قضاة أقسام شؤون الأسرة بالمحاكم بعد عرض النزاع المتعلق بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الخلع عليهم يقومون بتحديد جلسة الصلح والبدء في القيام بإجراء محاولات الصلح التي يخضع لتحديد عددها إلى سلطتهم التقديرية. ويمكن الوقوف على المساعي التي يقوم بها القاضي في دعاوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2014/07/10، ملف رقم 0950026، المجلة القضائية، 2014، عدد 02، ص 280.

لإصلاح ذات البين ورأب الصدع بين الزوجين عن طريق إجراء محاولات الصلح في حيثيات حكم قضائي جاء فيه:

"حيث أنه عملاً بمقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أمرت المحكمة الطرفين بالحضور الشخصي لإجراء محاولة الصلح وتبصيرهما بعواقب الخلع إلا أن مساعيهما باءت بالفشل لتمسك المدعية بطلب الخلع بمقابل، وغياب المدعى عليه عن ذلك".

إضافة إلى محاولات الصلح التي يجريها القاضي أجاز قانون الإجراءات المدنية والإدارية له في المادة 446 وما يليها تعيين حكمين لمحاولة الصلح بين الزوجين إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة حسب مقتضيات قانون الأسرة. وإذا أثبت الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويمكن للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائياً إذا ثبتت له صعوبة تنفيذ المهمة، في هذه الحالة تعاد القضية إلى الجلسة وتتواصل الخصومة¹.

وفي الواقع العملي، يلاحظ عدم قيام القضاة بتعيين الحكمين في أغلب القضايا مما يجعل هذا الإجراء مجرد آلية قانونية عديمة الفعالية لعدم لجوء القضاة إليها، وذلك راجع لعدم التنصيص على إلزاميته، فهو إجراء جوازي غير ملزم للقاضي وفقاً لنص المادة 446 ق.إ.م.إ التي جاء فيها: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

غير أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة ومقتضياته فهذا الإجراء وجوبي طبقاً لنص المادة 56 ق.أ الذي جاء فيه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق

¹ أنظر، حسين طاهري، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة لشرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ج 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 221.

بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين". وبقراءة متأنية لهذا النص الذي جاء بقاعدة إجرائية في قانون الأسرة الذي يعتبر قانونا موضوعيا، يثار التساؤل عن السبب الذي دعا المشرع الجزائري لتضمين قانون الأسرة قواعد إجرائية في وجود قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي من المفترض أن يتضمن القواعد الإجرائية التي تنظم جميع المسائل المدنية بما فيها شؤون الأسرة. ربما يعود ذلك لخصوصية المسائل الأسرية والقواعد الموضوعية التي تضمنها قانون الأسرة. وإذا كان الأمر كذلك ألا يتطلب الأمر أن يخص المشرع تلك المسائل بقانون إجرائي خاص بها؟ وأمام التناقض الواضح بين النصين رجحت المحكمة العليا جواز اللجوء إلى الحكمين في أحد قراراتها الذي قضى بأن: "القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين، في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين، وثبوت الضرر"¹.

ورغم كل تلك الجهود التي بذلها المشرع الجزائري للتخفيف من حدة الأرقام المرعبة لحالات الطلاق في الجزائر بجعل محاولات الصلح وجوبية ومحاوله توفير الشروط التي قد تؤدي إلى نجاحها إلا أنه يبدو أنها لن تكون كافية لوضع حد لاستفحال هذه الظاهرة بسبب اللجوء إلى الطلاق بطريقة تخالف المقاصد الشرعية لإباحتها، فالشارع الحكيم لم يرخص بها إلا كعلاج وحل لتفاقم المشاكل بين الزوجين واستحالة استمرار الحياة الزوجية.

وبالتالي، أصبحت محاولات الصلح بالطريقة التي نظمها المشرع مجرد إجراء شكلي لا يحد من ظاهرة الطلاق، وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور أصوات في ملتقيات علمية تنادي بضرورة نزع مهمة الصلح من القاضي الذي يعاني من ضغط رهيب في العمل نتيجة لظروف العمل الصعبة وكثرة الملفات من جهة ولنقص تكوينه في علم النفس والاجتماع من جهة أخرى، ومنح هذه المهمة إلى قضاة مختصين يرافقهم في ذلك مساعدون اجتماعيون وأخصائيون نفسانيون، بل أكثر

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2011/04/14، ملف رقم 620084، المجلة القضائية، 2012، عدد 1، ص.299.

من ذلك ذهب البعض إلى القول بضرورة جعل الصلح إجراء وقائياً قبل الوصول إلى أروقة المحاكم يشرف عليه أئمة مثل نظام تاجمعت بمنطقة القبائل¹.

إذا فشلت محاولات الصلح في التوفيق بين الزوجين، يجرر القاضي محضراً بعدم الصلح، وينتقل إلى النظر في موضوع الدعوى سواء كانت دعوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق الخلعي.

المطلب الثاني

أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة في القانون الجزائري وطرق الطعن فيها

يفرض القانون على القاضي أن ينظر في النزاع المعروض عليه وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً لينتهي إلى إصدار حكمه الذي يفصل في موضوع الدعوى. وقد نظم القانون كيفية إصدار الأحكام القضائية لذلك يثار التساؤلان التاليان: ما هي الأشكال المقررة قانوناً التي يتم وفقها إصدار الأحكام القضائية؟ وكيف يتم الطعن فيها؟

للإجابة على ذلك ينبغي الإشارة إلى أن القاضي يقوم للفصل في النزاع المعروض عليه بإصدار أحكام قضائية وفقاً لأشكال مقررة قانوناً (الفرع الأول)، كما ينبغي التنويه أنه قد تكون الأحكام القضائية محلاً للمراجعة من طرف الجهة التي أصدرتها أو من الجهات القضائية الأعلى درجة منها وفقاً لما هو منصوص عليه قانوناً في طرق الطعن (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة

بعد أن يقدم كل طرف في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة جميع طلباته ووسائل دفاعه ومستنداته، ويصرح أنه يكتفي بما قدمه، ويتأكد القاضي من إصرار الخصوم على طلباتهم وأنه ليس

¹ الشروق اليومي، يومية وطنية، 2020/01/19، عدد 6386، ص 5.

لهم ما يضيفونه إلى عناصر النزاع تكون القضية قد صارت مهياًة للفصل فيها، يعلن القاضي غلق باب المرافعة ويضع القضية في المداولة للنظر فيها وفقاً للقانون¹. ويقصد بالمداولة أن يقوم القاضي بالتفكير في الحكم الذي سيصدره، لأن تشكيلة جلسات هذا النوع من الدعاوى تتكون من قاض فرد في المحاكم²، وتتم المداولات في سرية تامة دون حضور ممثل النيابة العامة والخصوم ومحاميهم وأمين الضبط طبقاً لنص المادة 269 ق.إ.م.إ. وبعد إقفال باب المرافعات لا يمكن للخصوم تقديم طلبات أو الإدلاء بملاحظات طبقاً لنص المادة 267 ق.إ.م.إ. غير أن المادة 268 ق.إ.م.إ. أجازت للجهة القضائية المعروض أمامها النزاع، بعد إقفال باب المرافعات أن تعيد القضية إلى الجدول كلما دعت الضرورة لذلك، أو بناء على طلب أحد الخصوم أو بسبب تغيير في تشكيلتها، على أن تفتح المرافعات من جديد بناء على أمر شفوي من رئيس التشكيلة المعنية، كما أنه لا يجوز تمديد المداولة إلا إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك، على أن لا تتجاوز جلستين متتاليتين طبقاً لنص المادة 217 ف3 ق.إ.م.إ.

وطبقاً للمادة 270 من القانون ذاته تصدر الأحكام الفاصلة في النزاع بأغلبية الأصوات في القضايا التي تكون فيها تشكيلة جماعية. وكما سبقت الإشارة إليه، فإن الأحكام في قضايا فك الرابطة الزوجية تصدر من طرف قاضي فرد، ويتم النطق بتلك الأحكام علنياً طبقاً للمادة 271 من القانون ذاته، ويقتصر النطق بالحكم على تلاوة منطوقه في الجلسة من طرف القاضي الذي تداول في القضية، ويكون تاريخ الحكم هو تاريخ النطق به عملاً بنص المادتين 273، 274 ق.إ.م.إ.

ولكي يفصل القاضي في النزاع المعروض عليه، يقوم أولاً بالبحث في مدى اختصاص المحكمة أو عدمه للفصل في موضوع النزاع، حيث يتعين عليه فحص الإختصاص النوعي

¹ عمر زودة، الإجراءات...، المرجع السابق، ص 583؛ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 198.

² تنص المادة 255 من ق.إ.م.إ. على أنه: "تصدر أحكام المحاكم بقاض فرد، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وتصدر قرارات جهة الإستئناف تشكيلة مكونة من ثلاثة قضاة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"

والإختصاص الإقليمي. فإذا تأكد من أنه مختص نوعياً وإقليمياً بالفصل في موضوع النزاع المعروض عليه ينتقل للبحث في شروط قبول الدعوى سواء منها ما تعلق بالشروط العامة مثل الصفة والمصلحة والأهلية، أو شروط خاصة يشترطها القانون كوجوب تقديم نسخة من عقد الزواج الرسمي المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 429 ق.إ.م.إ. فإذا ما تأكد من صحة تلك الشروط ينبغي عليه التنويه بذلك في حيثيات حكمه، ثم ينتقل للبحث في سلامة التبليغ وصحة التكليف بالحضور. فإذا تأكد له ذلك يقوم بعدها بالبحث في طلبات المدعي ودفع المدعى عليه حول موضوع النزاع المعروض عليه، لينتقل بعدها إلى الموازنة بين الطلبات والدفع ووسائل الإثبات المقدمة من الخصوم ومن مدى مطابقة أو عدم مطابقة وقائع الدعوى مع النصوص القانونية الواجبة التطبيق¹، بعد ذلك يقوم القاضي بإصدار حكمه في النزاع المعروض عليه.

جاء في المادة 450 ق.إ.م.إ. من الفرع الرابع تحت عنوان أحكام الطلاق من القسم الثالث تحت عنوان إجراءات الطلاق في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني: "يتأكد القاضي من إرادة الزوجي طلب الطلاق...".

طبقاً لما جاء في هذا النص يتأكد القاضي من أن إرادة الزوج في طلب الطلاق حرة وخالية من أي إكراه. فإذا أصر الزوج على طلب الطلاق رغم محاولات الصلح، يتعين على القاضي الإستجابة لطلبه، كما جاء في المادة 451 ف4 ق.إ.م.إ. من نفس الفرع: "يعاين القاضي أيضاً ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقاً لأحكام قانون الأسرة". هذا النص يدعو إلى التساؤل عن دور القاضي في دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع؟ يفرض هذا النص على القاضي أن يبحث في الوقائع التي أسست عليها الزوجة دعواها والتي تضمنتها الطلبات التي تقدمت بها إلى المحكمة، وهنا يثار التساؤل هل يخول هذا النص للقاضي التأكد من جدية تلك الوقائع والأسباب التي تجعل من استمرار الحياة الزوجية أمراً مستحيلاً، وهل يمكن له رفض دعوى الخلع إذا ما تأكد من عدم جديتها؟

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 135.

في الواقع العملي ومن خلال الإطلاع على بعض الأحكام القضائية فإن القاضي لا يبيني حكمه على الوقائع والأسباب التي تقدمت بها الزوجة لقبول دعوى الخلع، بل بمجرد أن تقدم طلبها وتصر عليه في جميع محاولات الصلح يصدر حكم لصالحها بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع. وأثناء إعداد هذا العمل لم نعرش على حكم قضى برفض دعوى الخلع في الموضوع. في هذا الشأن يرى الأستاذ نعوم مراد: "المعاينة تقتضي البحث والتحري في طلب الخلع، وذلك بالبحث في الوقائع التي عززت بها الزوجة عريضتها لطلب الخلع، ويجب أن يتأكد من أن هذه الأسباب من شأنها أن تجعل العشرة الزوجية مستحيلة من جهة الزوجة حتى وإن كان الزوج راغبا في عودتها أو متمسكا برجوعها إلى البيت الزوجي، ولكن الذي يعاب على القضاة أنهم أصبحوا بمجرد طلب الخلع يحكمون به دون أدنى تحرر"¹.

غير أنه شرعا وقانونا يجوز للزوجة مخالعة نفسها متى كرهت زوجها وخافت ألا تقيم حدود الله، حتى في غياب الوقائع بل ودون تقديم الأسباب، إذ أن كرهها لزوجها قد يكون أمرا نفسيا يصعب على القاضي التأكد منه من جهة. كما أن تقديمها لطلب قضائي بالخلع عن طريق الدعوى يعتبر في حد ذاته قرينة غير قابلة لإثبات العكس على كرهها وبغضها لزوجها وعدم استعدادها لمواصلة الحياة الزوجية معه².

وقد نصت المادة 49 من قانون الأسرة على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم، لذلك يتعين على القاضي الذي ينظر في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة أن يصدر حكما للفصل فيها، مع مراعاة الأشكال المقررة قانونا طبقا لنص المادة 275 ق.إ.م.إ.³.

¹ نعوم مراد، من معوقات الممارسة القضائية في التشريع الإجمالي الأسري، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، 2013، عدد 10، ص 126.

² أنظر، ربيع وفاء، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014، ص 36.

³ الذي جاء فيه: " يجب أن يشمل الحكم، تحت طائلة البطلان، العبارة الآتية: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري"، ونص المادة 276 الذي اشتمل على ما يلي:

" يجب أن يتضمن الحكم البيانات الآتية:

1-الجهة القضائية التي أصدرته،

وطبقا للمادة 277 ق.إ.م.إ، فإنه لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون. في هذا الشأن قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 25 ديسمبر 1989: "متى كان من المقرر قانونا أنه إذا وجد تناقض بين حيثيات القرار ومنطوقه، فإن هذا القرار يكون مشوبا بانعدام التسبب والتناقض..."¹. وفي قراره لسنة 1988، قضى ذات المجلس، بأنه: "من المقرر قانونا أن القرار الذي لا يكون مسببا تسببا كافيا يعد مشوبا بالقصور في التسبب..."². ويجب أن يشار إلى النصوص القانونية التي استند القاضي عليها، كما يجب أيضا أن يستعرض بإيجاز وقائع القضية، وطلبات وادعاءات الخصوم ووسائل دفعهم، ويجب أن يرد على كل الطلبات والأوجه المثارة. ومن خلال الإطلاع على بعض الأحكام القضائية التي فصلت في دعاوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج ودعاوى فكها عن طريق الطلاق الخلعي، تبين أن تحريرها يتم باللغة العربية وأن دياجة الحكم تتضمن مايلي:

عبارة: "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية"، و"باسم الشعب الجزائري"، عبارة "حكم"، إسم المجلس القضائي وإسم المحكمة، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول، رقم الفهرس، تاريخ الحكم، إسم ولقب القاضي وصفته، إسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع التشكيلة، إسم ولقب وكيل الجمهورية، إسم ولقب المدعي وعنوانه وإسم ولقب المحامي الذي تأسس في حقه، عبارة "حاضر"

2-أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية،

3-تاريخ النطق به،

4-اسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء،

5-اسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم،

6-أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم، وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعته وتسميته ومقره الاجتماعي وصفة مثله القانوني أو الاتفاقي،

7-أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم،

8-الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية".

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/12/25، المجلة القضائية، 1991، عدد3، ص.58.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1988/01/04، المجلة القضائية، 1991، عدد3، ص.45.

إذا حضر الجلسة أو "غائب" إذا تغيب عن الجلسة، إسم ولقب المدعى عليه وعنوانه وإسم ولقب المحامي الذي تأسس في حقه، عبارة "حاضر" إذا حضر الجلسة أو "غائب" إذا تغيب عن الجلسة.

ويتضمن بيان وقائع الدعوى عرضاً موجزاً للوقائع ومختلف الإجراءات التي مرت بها الدعوى بدءاً من الإشارة إلى العريضة الإفتتاحية وتاريخها وما تضمنته من وقائع وأسباب وطلبات تقدم بها المدعي، والمذكرات الجوابية وما تضمنته من دفع أو طلبات مقابلة، كما يتم الإشارة إلى جلسات الصلح والتماسات النيابة والتنويه بوضع القضية في النظر للجلسة التي يحدد تاريخها للفصل في القضية وفقاً للقانون.

أما في الجزء المتعلق بالتسبيب من الحكم، يقوم القاضي بمناقشة الأسباب والحجج القانونية التي سببها عليها حكمه، حيث يقوم أولاً بمناقشة الدعوى من حيث الشكل، إذ أنه بعد الإطلاع على العريضة الإفتتاحية وما تضمنته من طلبات وبعد الإطلاع على المذكرات الجوابية وما تضمنته من دفع، وبعد الإطلاع على الوثائق المرفقة، والتماسات وكيل الجمهورية، وأحكام قانون الإجراءات المدنية وأحكام قانون الأسرة لا سيما المواد التي تنظم هذا النوع من الدعاوى، يصرح بقبول الدعوى في الشكل إذا كانت مستوفية لجميع الشروط والإجراءات المقررة قانوناً.

وبعد ذلك ينتقل القاضي إلى مناقشة الدعوى من حيث الموضوع حيث يحدد موضوع النزاع من خلال الطلبات والردود، فيشير إلى محاولاته للصلح بين الزوجين ويبين نتائج مساعيه. فإذا باءت تلك المساعي بالفشل، ينتقل إلى مناقشة موضوع الدعوى والطلبات التي تقدم بها المدعي وردود المدعى عليه. فإذا كان موضوع الدعوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، فإن القاضي يستند على نص المادة 48 ق.أ التي تقرر أن العصمة بيد الزوج، ليصرح بأن طلب المدعي مؤسس قانوناً يتعين الإستجابة له. أما إذا كان موضوع الدعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق الخلعي، فإنه يستند إلى نص المادة 54 ق.أ، ليصرح كذلك بأن طلب المدعية مؤسس قانوناً يتعين الإستجابة له، ليجيب بعد ذلك على الطلبات المتعلقة بالحقوق المترتبة عن

الطلاق مع تسبب ذلك وذكر النصوص القانونية التي استند عليها، من تعويض عن الطلاق التعسفي في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو بدل الخلع في حالة الطلاق الخلعي، إضافة إلى نفقة العدة، نفقة الإهمال، تمكين الزوجة من أغراضها، في حالة وجود أطفال توفير مسكن لحضانتهم أو بدل إيجار، بالإضافة إلى نفقاتهم.

لينوه في نهاية تسببيه لحكمه بأن أحكام الطلاق لا تقبل الإستئناف إلا في جوانبها المادية طبقا لنص المادة 57 ق.أ، وأن مصاريف الدعوى القضائية يتحملها الطرف الذي خسر الدعوى عملا بنص المادة 419 ق.إ.م.إ.

أما منطوق الحكم فيتضمن الحكم الذي انتهى إليه من حيث الشكل والموضوع، فيكون نهائيا فيما يخص الطلاق وابتدائيا فيما عداه.

بعد التطرق إلى الأحكام القضائية الفاصلة في دعاوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة يتعين دراسة طرق الطعن فيها.

الفرع الثاني

طرق الطعن في أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة

نظرا لخصوصية المسائل الأسرية أفرز تطبيق القواعد القانونية الإجرائية التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية على تلك المسائل الأسرية لا سيما مسألة فك الرابطة الزوجية عدة مشاكل، أدت بالبعض إلى المناداة بضرورة وضع قواعد إجرائية خاصة بالمسائل الأسرية في قانون خاص، بالرغم من الجهد الذي بذله المشرع الجزائري من أجل تدارك النقص بتخصيصه لفصل كامل تضمن أحكاما إجرائية لقسم شؤون الأسرة من المواد 423 إلى غاية المادة 499 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وفي الواقع، أنه رغم ذلك المجهود، فإن بعض تلك الأحكام لم تسد الثغرات التي كانت تكتنف الجانب الإجرائي المتعلق بالمسائل الأسرية، بل كانت سببا في ظهور

إشكالات كانت محل نقاش مستفيض بين فقهاء القانون، ومن أبرز تلك الإشكالات ما تعلق منها بطرق الطعن في الأحكام القضائية من معارضة واستئناف وطعن بالنقض.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قسم طرق الطعن في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى نوعين: طرق طعن عادية هي المعارضة والإستئناف، وطرق طعن غير عادية هي اعتراض الغير الخارج عن الخصوم وإلتماس إعادة النظر والطعن بالنقض، على أن يبدأ سريان آجال الطعن ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم طبقا للمادة 313 ق.إ.م.إ.¹. وتضمن قانون الأسرة أحكاما تتعلق بطرق الطعن في أحكام فك الرابطة الزوجية، إذ نصت المادة 57 ق.أ على أنه: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف". وبالتالي جعل هذا النص من أحكام فك الرابطة الزوجية عن طريق الإرادة المنفردة للزوج باستعمال المشرع لمصطلح "الطلاق"، والتطليق، والخلع أحكاما ابتدائية نهائية في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية، غير قابلة للإستئناف، وجعل الشق المتعلق بالجوانب المادية لتلك الأحكام على خلاف الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية قابلا للإستئناف وفق ما يقضي به مبدأ التقاضي على درجتين².

غير أن المشرع قد سكت في قانون الأسرة عن المعارضة والطعن بالنقض وتحديث فقط عن الإستئناف. فبخصوص الطعن بالنقض جعل المشرع الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع قابلة للطعن بالنقض في جانبها المتعلق بفك الرابطة الزوجية، ويستشف ذلك من نص المادة 452 ق.إ.م.إ.: "لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و 451 أعلاه"، حيث تحدثت المادة 450 ق.إ.م.إ عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج،

¹ تنص المادة 313 ف1، ف2، وف 3 ق.إ.م.إ على أن: "طرق الطعن العادية هي الإستئناف والمعارضة.

طرق الطعن الغير عادية هي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وإلتماس إعادة النظر والطعن بالنقض.

يبدأ سريان أجل الطعن ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم".

² تنص المادة 6 ق.إ.م.إ على أن: "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

بينما تضمنت المادة 451 ق.إ.م.إ التطبيق والخلع. غير أن سكوته عن المعارضة يدعو إلى طرح التساؤل هل تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطبيق والخلع قابلة للمعارضة في شقيها؟ أم فقط في شقها المتعلق بالجوانب المادية للطلاق أو أحكام الحضانة؟

لذلك سيخصص هذا الجزء من البحث إلى دراسة بعض أحكام طرق الطعن في الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة لا سيما الطعن بالمعارضة والإستئناف من خلال دراسة طرق الطعن العادية(أولا) والطعن بالنقض من خلال طرق الطعن الغير عادية(ثانيا).

أولا: طرق الطعن العادية:

تتمثل طرق الطعن العادية في الأحكام القضائية في المعارضة والإستئناف، وطبقا للمادة 323 ق.إ.م.إ فإنه يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل المعارضة أو الإستئناف كما يوقف بسبب ممارسة الطعن العادي من معارضة أو إستئناف، باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون، يؤمر بالنفذ المعجل رغم المعارضة والاستئناف عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به، أو في مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة.

أ-المعارضة:

طبقا للمادة 292 ق.إ.م.إ يكون الحكم غاييا إذا لم يحضر المدعى عليها وكيه أو محاميه، رغم صحة التكاليف بالحضور، وعملا بنص المادة 294 ق.إ.م.إ فإن الحكم الغيبي يكون قابلا للمعارضة. والغرض من المعارضة السماح للخصم المتغيب اللجوء إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار بغرض مراجعته والفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون، ويترتب على ذلك أن الحكم والقرار محل المعارضة يصبح كأن لم يكن طبقا لنص المادة 327 ق.إ.م.إ¹.

¹ تنص المادة 327 ق.إ.م.إ على أنه: " تحذف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيبي. يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كأن لم يكن، مالم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولا بالنفذ المعجل".

فالمعارضة طريق عادي للطعن في الحكم القضائي الغيابي، تهدف إلى مراجعته بالفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، وهو وسيلة خولها المشرع للخصم المتغيب لمراجعة الحكم أو القرار الغيابي أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته ما لم ينص القانون على خلاف ذلك طبقاً للمادة 328 ق.إ.م.إ. ويجب رفع المعارضة في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي طبقاً للمادة 329 ق.إ.م.إ.، كما يجب رفعها حسب الأشكال المقررة لعريضة افتتاح الدعوى وتبليغ هذه العريضة إلى كل أطراف الخصومة مرفقة تحت طائلة عدم قبولها شكلاً بنسخة من الحكم الغيابي وفقاً لما جاء في المادة 330 ق.إ.م.إ.، ونصت المادة 331 ق.إ.م.إ. على أنه: "يكون الحكم الصادر في المعارضة حضورياً في مواجهة جميع الخصوم، وهو غير قابل للمعارضة من جديد".

بالنظر إلى نص المادة 57 ف1 ق.أ. التي جاء فيها: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية "، يبدو للوهلة الأولى أن هذا النص تضمن حكماً يتعلق بالإستئناف استثناءً، لذلك فإنه أمام غموض النص وبمفهوم المخالفة، فإن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع قابلة لجميع طرق الطعن الأخرى عادية أم غير عادية بما فيها المعارضة والطعن بالنقض. لذلك وانطلاقاً من الأحكام التي نظم بها المشرع الجزائري المعارضة كطريق من الطرق العادية للطعن في الأحكام أو القرارات الغيابية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن بإمكان كل من الزوجة التي صدر في حقها حكم غيابي قضى بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوج الذي صدر في حقه حكم غيابي قضى بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع أن يعارض الحكم الغيابي أمام نفس المحكمة التي أصدرته لمراجعته والفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون. ويشترط، كما تقدم، أن ترفع المعارضة في أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي لذلك الحكم الغيابي، إذ تسعى الزوجة أو الزوج حسب كل نوع من دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة لتبليغ الحكم الغيابي للخصم المتغيب عن طريق المحضر القضائي وفقاً

للإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويكون أمام الخصم المبلغ رسمياً أي الزوج أو الزوجة حسب كل حالة شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم الغيابي لرفع المعارضة، وإلا سقط الحق في المعارضة بانقضاء ذلك الأجل.

فإذا قام هذا الخصم بمعارضة الحكم الغيابي، فإن ذلك الحكم يصبح كأنه لم يكن، ويعاد النظر والفصل في الدعوى من جديد من حيث الوقائع والقانون أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت ذلك الحكم الغيابي¹. لذلك يطرح التساؤل هل تؤدي معارضة الزوجة للحكم الغيابي الذي فصل في دعوى فك الرابطة الزوجية بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة إلى مراجعته في شقه المتعلق بفك الرابطة الزوجية وفي شقه المتعلق بالجوانب المادية؟ وهل يترتب على معارضة للزوج للحكم الغيابي الذي فصل في دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق الخلعي مراجعة ذلك الحكم في جميع جوانبه؟

طبقاً للأحكام المنظمة لطرق الطعن العادية، فإن المعارضة والإستئناف يوقفان تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي أو بسبب ممارسته، وانطلاقاً من ذلك فإن الأصل أن الحكم الغيابي الفاصل في دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الخلع لا يمكن تنفيذه خلال أجل المعارضة أو بسبب ممارستها. وتبعاً لذلك، فإذا كان الأمر لا يطرح أي إشكال بالنسبة للشق المتعلق بالجوانب المادية والحضانة في حالة وجود أطفال لأنه يصدر ابتدائياً، لذلك لا يمكن تنفيذ ما قضى به الحكم الغيابي في جوانبه المادية إلا بعد أن يستنفذ جميع طرق الطعن العادية من معارضة واستئناف ويصبح نهائياً، إذ يخول القانون لكل من الزوج أو الزوجة تبعاً لنوع الدعوى أن يرفع المعارضة في الحكم الغيابي ليطلب من المحكمة أن تعيد النظر وتراجع حكمها في شقه المتعلق بالجوانب المادية والحضانة، الأمر الذي يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم في ذلك الشق.

¹ ربيع وفاء، المرجع السابق، ص 53.

فإن الأمر يختلف بالنسبة للشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية إذ أن الحكم يصدر ابتدائياً نهائياً سواء كان حضورياً أو غيابياً، بالإضافة إلى وجوب تسجيل أحكام الطلاق في الحالة المدنية بسعي من النيابة بموجب المادة 49 ف3 ق.أ. ويعتبر هذا الإجراء تنفيذاً لذلك الحكم القضائي، والنص لم يفرق بين الأحكام الحضورية والغيابية وتحدث فقط عن الأحكام بصفة عامة، وتبعاً لذلك فإن القاضي يقوم في حكمه بأمر ضابط الحالة المدنية المختص بتسجيل الطلاق حتى ولو كان غيابياً بالحالة المدنية. ويتجلى ذلك في ما ورد في حيثيات أحد قرارات المحكمة العليا: "وحيث إن الطاعنة ع. ف طعنت بطريق النقض يوم 2012/10/09 بعريضة مودعة بأمانة ضبط المحكمة العليا، من قبل محاميها الأستاذ شيب العين كمال، المعتمد لدى المحكمة العليا، ضد الحكم الصادر عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة الشراكة يوم 2012/03/22 تحت رقم 12/1607 القاضي في الشكل: برفض دعوى المعارضة وصرف الطاعنة لتقاضي أفضل وذلك على إثر تسجيل الطاعنة الحالية معارضة ضد الحكم الغيابي الصادر عن نفس المحكمة يوم 2011/10/06 تحت رقم 11/3957 والذي قضى غيابياً في حقها بفك الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين المطعون ضده بالطلاق بتظلمه وتعسفاً منه مع أمر ضابط الحالة المدنية المختص بتسجيل الطلاق بسجلات الحالة المدنية الخاصة لذلك والتأشير به على هامش عقد زواج الطرفين وكذا على هامش عقود ميلاد الطرفين مع رفض ما زاد عن ذلك من طلبات".

إضافة إلى ذلك، فإن مراجعة الحكم الغيابي الذي قضى بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج إثر المعارضة قد يفرز عدة إشكالات، منها ما يتعارض مع مفهوم العصمة التي يملكها الزوج، إذ كيف يمكن للقاضي الذي ينظر في المعارضة أن يلغي حكماً قضياً بالطلاق بعد إصرار وتمسك الزوج به بموجب ما يملكه من عصمة شرعاً وقانوناً؟ كما أن مراجعة الحكم الذي قضى غيابياً بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق الخلعي تبعاً للمعارضة قد يتعارض مع حق الزوجة في مخالعة نفسها. إضافة إلى ذلك، فإن الحكم القضائي بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة أو عن طريق الخلع هو حكم بائن بمجرد صدوره بغض النظر عما إذا كان حضورياً أو غيابياً،

يترتب على ذلك أن الزوجة تصبح أجنبية على الزوج، لا تحل له إلا بعقد زواج جديد، ومن الواضح إجرائيا أن معارضة الحكم الغيابي تجعل من ذلك الطلاق كأنه لم يكن، فكيف للمعارضة أن تلغي طلاقا بائنا ترتبت عليه عدة آثار؟

كل هذه الإشكالات دفعت بعض الباحثين إلى مناداة المشرع الجزائري إلى ضرورة تدارك النقص التشريعي وإعادة النظر في كيفية الطعن في أحكام فك الرابطة الزوجية. ففي هذا الشأن يقول الأستاذ خليل عمرو: "وهنا الإشكال يثور أن المعارضة تجعل الحكم السابق كأن لم يكن وفقا لنص المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا أن هذا الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية تترتب عليه آثار باعتبار أن عقد الزواج له خصوصياته، إذ أنه عقد أبدان وليس عقد أموال وأن الطلاق يخضع لهاته الخصوصية، ومن هاته الآثار: (النفقة، العدة، الميراث، النسب، الحضانة)، وأن هاته الآثار يجب مراعاتها حتى لا نصطدم بمبادئ الشريعة الإسلامية، فقانون الأسرة يتصل اتصالا وثيقا بالعقيدة ويمس الجانب الديني فيها، إذ من وقت الطلاق هل المرأة والرجل يعتبران زوجان أم مطلقان وما نوع الطلاق هل هو طلاق رجعي أم بائن؟ ولهذه الخطورة والأهمية كان على القضاء أن يتدخل باجتهاده حتى يمكن للقاعدة الإجرائية خدمة القاعدة الموضوعية، ويتدارك المشرع النقص الموجود في التشريع"¹.

وفي نفس السياق، يقول الأستاذ ملاح محمد: "لكن ما نجده في الواقع العملي، سوف يؤدي حتما إلى بعض الإشكالات القانونية، خاصة في حالة صدور حكم غيابي يقضي بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، الذي يملك العصمة الزوجية، في غياب الزوجة، ومن ثمة فإنه يلجأ إلى القاضي المختص فقط، إلا لتثبيت الحكم بالطلاق، فماذا لو قامت الزوجة بالمعارضة في هذا الحكم خاصة في الشق المتعلق بالطلاق؟ فهل للقاضي أن يحكم من جديد حول مراجعة الحكم القاضي بالطلاق الذي أصبح نهائيا؟ وهذا ما يجعل القاضي الفاصل في حرج، من خلال حرمان

¹ أنظر، خليل عمرو، الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، ص 207.

المعارضة من حقها في التقاضي، وتطبيق قاعدة أن الأحكام الفاصلة بالطلاق لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف، وهذا ما أعطى نوع من غموض في هذا الشأن، يستوجب على المشرع إعادة النظر فيه¹.

بينما يرى الأستاذ عمر زودة أن الحكم الصادر بالطلاق لا يعد من قبيل الأعمال القضائية بل يعتبر من طبيعة الأعمال الولائية، وبالتالي فإنه لا يمكن الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية سواء كانت عادية كالمعارضة والإستئناف أو طرق الطعن غير العادية كالتماس إعادة النظر أو الطعن بالنقض. وعند غياب الزوجة وقت إعلان القاضي الطلاق، يميز الأستاذ عمر زودة بين حالتين: الحالة التي يتم إعلام الزوجة بتاريخ النطق بالطلاق والذي يعد قرينة على علمها بالفرقة، ونتيجة لذلك تسري آثار الطلاق ابتداء من تاريخ النطق به، والحالة التي لا يتم تبليغ الزوجة بتاريخ الإعلان عن الطلاق، إذ لا يسري أثر الطلاق إلا ابتداء من تاريخ إعلامها، ويحق لها أن تطعن في الحكم الصادر بالطلاق بالتظلم وليس بالمعارضة، فهو يرى: "أن الطلاق لا يقع إلا بموجب قرار ولائي ومن ثمة فهو يخضع لنظام قانوني خاص به، وتبعاً لذلك لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية أو غير العادية، وإنما يخضع للتظلم فيه طبقاً لما تخضع له الأعمال الولائية"²، وهو يرى أن كل القواعد التي تطبق في مجال الطعن في الأحكام الصادرة بالطلاق هي نفس القواعد التي تطبق في مجال طرق الطعن ضد الأحكام الصادرة بالخلع³.

نظراً لخصوصية المسائل الأسرية، فإن تطبيق القواعد الإجرائية التي تنظم طرق الطعن في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية قد تصطدم بالقواعد الموضوعية التي تنظمها بل وقد تتعارض معها. لذلك ينبغي على المشرع أن يعيد النظر في تلك القواعد الإجرائية بما يتماشى وينسجم مع الطبيعة القانونية لهذه المسألة، التي تعتبر أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حق إرادي للزوج وبالمقابل الطلاق الخلعي حق إرادي للزوجة، بأن يجعل الحكم الذي يقضي بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق الخلعي حكماً ابتدائياً نهائياً غير قابل للمعارضة والإستئناف ما عدا في جوانبه المادية وكذلك الحضانة.

¹ أنظر، ملاحي محمد، دعاوى انحلال الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون، فرع: قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر عدد 01، 2016، ص 79.

² عمر زودة، طبيعة أحكام...، المرجع السابق، ص 133.

³ المرجع نفسه، ص 156.

إضافة إلى المعارضة يعتبر الإستئناف من طرق الطعن العادية، وهو يجسد مبدأ التقاضي على درجتين.

ب- الإستئناف:

كرست المادة 332 ق.إ.م.إ مبدأ التقاضي على درجتين بنصها على أنه: "يهدف الإستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة"، وبذلك يكون أمام الخصم الذي خسر القضية أمام المحكمة فرصة مراجعة ذلك الحكم من طرف قضاة المجلس القضائي الذين يفصلون في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون طبقاً لنص المادة 339 ق.إ.م.إ الذي جاء فيه: "تفصل جهة الإستئناف من جديد من حيث الوقائع والقانون"، فيسمح الإستئناف بتدارك أخطاء قضاة الدرجة الأولى، ويتيح الفرصة للخصوم لتقديم ما فاتهم من أدلة ودفوع في الدعوى¹.

وقد حددت المادة 333 ق.إ.م.إ الأحكام التي تكون قابلة للإستئناف، إذ خول القانون للخصوم إستئناف جميع الأحكام الصادرة في المواد المدنية التي فصلت في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر ينهي الخصومة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. كما نصت المادة 334 منه على أن الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع أو التي تأمر بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت لا تقبل الإستئناف إلا مع الحكم الفاصل في الدعوى برمتها، ويتم الإستئناف في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع والحكم الفاصل في الدعوى بنفس عريضة الإستئناف، ويؤدي عدم قبول استئناف الحكم الفاصل في موضوع الدعوى إلى عدم قبول استئناف الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع. وطبقاً للمادة 335 من ق.إ.م.إ، فإن حق الإستئناف مقرر لجميع الأشخاص الذين كانوا خصوماً على مستوى الدرجة الأولى أو لذوي حقوقهم، كما يجوز للمتدخل الأصلي أو المدخل في الخصام في الدرجة الأولى رفع الإستئناف، مع وجوب توفر المصلحة في المستأنف لممارسة الإستئناف.

وحددت المادة 336 من القانون ذاته آجال الإستئناف، بشهر واحد ابتداءً من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته، وفي أجل شهرين إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي

¹ المستاري نور الهدى، المرجع السابق، ص 70.

أو المختار، على أنه لا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغياية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة. أما بخصوص كيفية رفع الاستئناف، فإن المادة 539 منه بينت أنه يرفع الاستئناف بعريضة تودع أمام أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر الحكم المستأنف في دائرة إختصاصه، كما يجوز أن يسجل بأمانة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم في سجل خاص طبقا لنفس المادة. وحددت المادة 540 منه البيانات التي يجب أن تتضمنها عريضة الاستئناف تحت طائلة عدم قبولها شكلا¹، بينما نصت المادة 541 منه على وجوب إرفاق عريضة الاستئناف بنسخة مطابقة للحكم المستأنف تحت طائلة عدم قبولها شكلا. أما المادة 542 منه فنصت بوجوب قيام المستأنف بالتبليغ الرسمي لعريضة الاستئناف للمستأنف عليه طبقا للمواد 404 إلى 416 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

بعد عرض بعض الأحكام التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالاستئناف لا بد من الإشارة إلى أن أحكام فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق الخلعي غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية طبقا لنص المادة 57 ق.أ بعد تعديل قانون الأسرة. وقد كانت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 تنص على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، ونتيجة لذلك لا يمكن للزوجة أن تستأنف حكما قضى بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، غير أنه يمكن

¹ تنص المادة 540 ق.إ.م.إ على أنه: "يجب أن تتضمن عريضة الاستئناف، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، البيانات الآتية:

1 - الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المستأنف،

2 - اسم ولقب وموطن المستأنف،

3 - اسم ولقب وموطن المستأنف عليه وإن لم يكن له موطن معروف فأخر موطن له،

4 - عرض موجز للوقائع والطلبات والأوجه التي أسس عليها الاستئناف،

5 - الإشارة إلى طبيعة وتسمية الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي،

6 - ختم وتوقيع المحامي وعنوانه المهني، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

² تنص المادة 542 على أنه: "يجب على المستأنف القيام بالتبليغ الرسمي لعريضة الاستئناف إلى المستأنف عليه طبقا للمواد من 404 إلى 416 من هذا القانون، وإحضار نسخة من محاضر التبليغ الرسمي والوثائق المدعمة للاستئناف في أول جلسة. في حالة عدم القيام بذلك بمنح له أجل لذات الغرض، وإذا لم يقدم محضر التبليغ الرسمي والوثائق المطلوبة بعد فوات هذا الأجل دون مبرر مقبول، تشطب القضية بأمر غير قابل للطعن.

يترتب على الشطب إزالة الأثر الموقوف للاستئناف، ما لم يعاد تسجيل القضية في الجدول خلال آجال الاستئناف المتبقية".

لها أن تستأنف وفقا للقواعد الإجرائية التي تنظم الإستئناف ما قضى به ذلك الحكم في الجوانب المادية من تعويض عن الطلاق التعسفي، ونفقة إهمال، ونفقة عدة، وإسناد الحضانة، وتوفير سكن لممارستها، أو تمكينها من بدل إيجار، أو نفقة أطفال إلى غير ذلك من المسائل المترتبة عن فك الرابطة الزوجية. وينطبق نفس الحكم على الزوج الذي لا يخول له القانون إستئناف الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق الخلعي، ويجيز له إستئناف ما قضى به ذلك الحكم في الجوانب المادية.

ويرجع ذلك إلى طبيعة الحكم القضائي القاضي بفك الرابطة الزوجية، فهو طلاق بائن من جهة، ويقع بموجب العصمة التي يملكها الزوج في دعوى فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة وباعتباره حقا إراديا منحه الشرع والقانون للزوج. كما يقع بموجب الحق الإرادي للزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وفقا لاجتهاد المحكمة العليا من جهة أخرى، إذ لا فائدة ترجى من استئنافه مع إصرار الزوج على موقفه الراض لا استمرار الحياة الزوجية والمطالب محل عقد الزواج عن طريق الطلاق بإرادته المنفردة، ومع تمسك الزوجة بطلبها الخلع، بل قد يكون ذلك نوعا من العبث¹. وبذلك يكون النص الإجرائي منسجما مع النصوص الموضوعية التي تنظم الطلاق بالإرادة المنفردة، بل أن هذا النص الإجرائي قد خدم الموضوع، وحبذا لو أن المشرع قضى في المعارضة بمثل هذا النص².

ويذهب البعض إلى القول أن عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطبيق والخلع ما عدا في جوانبها المادية ينبع من إدراك المشرع الجيد لمبدأ عدم الإطالة في الإجراءات في هذا النوع من النزاعات في انحلال الرابطة الزوجية، ويرمي من خلاله إلى بلوغ غاية من الأهمية بمكان تتمثل في استقرار الأسرة³.

¹ ربيع وفاء، المرجع السابق، ص 54.

² عمرو خليل، الطعن في الأحكام...، المرجع السابق، ص 207.

³ ملاحى محمد، المرجع السابق، ص 80.

ومع ذلك ورغم نص المادة 57 ق.أ سواء قبل التعديل أو بعده الذي لا يجيز الاستئناف في أحكام الطلاق في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية، فقد كانت بعض قضايا الطلاق محلا للاستئناف، مما أدى إلى تدخل المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) لتؤكد أنه لا يجوز استئناف أحكام الطلاق ما عدا في جوانبها المادية، إذ صدر عنها قرارا إثر الطعن بالنقض في قرار مجلس قضاء تلمسان بتاريخ 1986/12/21 القاضي بالموافقة على الحكم المستأنف فيه الذي صدر عن محكمة سبدو بتاريخ 1986/10/14 والذي قضى بفك الرابطة الزوجية واسناد حضانة الطفل لأمه ونفقة عدة قدرها 2000 دج، ونفقة إهمال لابنها قدرها 300 دج، وقد جاء في ذلك القرار¹ ما يلي: "حيث أنه بعد الرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن المجلس قد ناقض في حيثيات قراره مسألة الطلاق مثل وان الزوج مصمم على الطلاق.

حيث أنه لا يجوز استئناف حكم الطلاق، وبالتالي لا يجوز للمجلس مناقشة مسألة الطلاق ولا الحكم فيه إلا في جوانبه المادية فقط وهذا ما تنص عليه المادة 75 (ق س) وكان على المجلس أن يقضي بعدم الإختصاص فيما يتعلق بالطلاق وأما أن فصل في الطلاق فيكون بذلك خطأ في تطبيق القانون".

وخلافا لما تضمنه هذا القرار، صدرت بعض القرارات عن المحكمة العليا التي لم تثر عدم جواز استئناف أحكام الطلاق ما عدا في جوانبها المادية وعدم قبول طرحها أمام قضاة المجالس القضائية عند فصلها في الطعن بالنقض ضد بعض قرارات المجالس القضائية التي تعرضت للطلاق إما تأييدا أو تعديلا². ومن بين تلك القرارات، قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/11/15 الذي فصل في الطعن بالنقض ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية الصادر بتاريخ 2004/06/16 والقاضي بإلغاء الحكم المستأنف فيه والقضاء من جديد بالطلاق بين الطرفين وإلزام المطلق بأن يدفع لمطلقته مبلغ 20 ألف دينار نفقة عدة وحفظ حقوق المطلقة، مع العلم أن

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم: 57752، المجلة القضائية، عدد3، 1993، ص 68-70.

² جمال نجيمي، المرجع السابق، ص 162.

المحكمة الابتدائية قضت في حكمها المستأنف بعدم الإختصاص المحلي، جاء في ذلك القرار¹ ما يلي: "لكن متى كانت المادة 49 من قانون الأسرة ملزمة لقاضي أول درجة دون قضاة الإستئناف (وجوب إجراء الصلح قبل النطق بالطلاق) فإن ما ذهب إليه قضاة المجلس في قرارهم كان يتماشى والقانون مما يتعين رفض الوجه لعدم قانونيته وتبعاً لذلك رفض الطعن".

إضافة إلى طرق الطعن العادية التي تخول للخصوم مراجعة الحكم القضائي الذي صدر عن المحكمة، وضع المشرع الجزائري طرقاً غير عادية للطعن في القرارات والأحكام القضائية.

ثانياً: طرق الطعن الغير عادية:

تتمثل طرق الطعن الغير عادية في اعتراض الغير الخارج عن الخصوم، والتماس إعادة النظر والطعن بالنقض بموجب المواد 348 إلى 403 ق.إ.م.إ، وعلى خلاف طرق الطعن العادية التي توقف تنفيذ الأحكام المطعون فيها بالمعارضة أو الإستئناف، فإنه ليس لطرق الطعن الغير عادية ولا لآجال ممارستها أثر موقف ما لم ينص القانون على خلاف ذلك طبقاً للمادة 348 ق.إ.م.إ، والمادة 452 ق.إ.م.إ.

ستنصب الدراسة على الطعن بالنقض باعتباره أحد طرق الطعن الغير عادية التي يمكن الطعن بها في أحكام الطلاق والتي تثير جملة من الإشكالات في الواقع العملي. فقد جاءت المادة 452 ق.إ.م.إ بحكم يقضي بأنه لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و 451 ق.إ.م.إ، أي أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة، التطليق والخلع. وانطلاقاً من هذا النص، يمكن استخلاص أن الأحكام التي تقضي بفك الرابطة الزوجية سواء بالإرادة المنفردة أو التطليق أو الخلع، يجوز الطعن بالنقض فيها.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2006/11/15، ملف رقم: 372130، المجلة القضائية، 2007، عدد2، ص 463-467.

أ-الطعن بالنقض:

تضطلع المحكمة العليا بمهمة توحيد الاجتهاد القضائي والسهر على احترام القانون¹، لذلك فإن الهدف من الطعن بالنقض هو مراقبة المحكمة العليا لتطبيق قضاة الجهات القضائية الدنيا للقانون في أحكامهم وقراراتهم على اعتبار أنها الجهة المنوط بها السهر على أن تلتزم كل محاكم الوطن ومجالسه القضائية بتطبيق نصوص القانون بصفة صحيحة وموحدة، وباعتبارها صاحبة القول الفصل في مراقبة تطبيق القانون وتفسير النصوص والمبادئ القانونية². ونتيجة لذلك، فإن الطعن بالنقض لا يهدف إلى مراجعة الوقائع والموضوع، لأن المحكمة العليا محكمة قانون ولا تكون محكمة موضوع إلا في حالات حددها القانون³.

طبقا للمادة 349 ق.إ.م.إ، فإن الأحكام والقرارات القابلة للطعن بالنقض هي تلك الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية، إضافة إلى الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة، والتي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكلية أو بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر طبقا لنص المادة 350 ق.إ.م.إ. وطبقا للمادة 353 ف1 ق.إ.م.إ، فإنه لا يقبل الطعن بالنقض إلا إذا قدم من أحد الخصوم أو ذوي الحقوق، ويخول القانون للنائب العام لدى المحكمة العليا إذا علم بصدر حكم أو قرار في آخر درجة من محكمة أو مجلس قضائي مخالف للقانون، ولم يطعن فيه أحد الخصوم في الأجل المحدد قانونا أن يعرض الأمر بعريضة بسيطة إلى المحكمة العليا. غير أنه في حالة نقض هذا الحكم

¹ تنص المادة 179 من الدستور الجزائري على أنه: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للإستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة غي المواد الإدارية. تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون. تفصل محكمة التنازع في حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري."

² أنظر، جمال نجيمي، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري دراسة مقارنة، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص115.

³ يمكن للمحكمة العليا أن تفصل في الموضوع في حالتين نصت عليهما المادة 374 ف3 وف4 ق.إ.م.إ: " إذا لم تمتثل جهة الإحالة لقرار المحكمة العليا الفاصل في مسألة قانونية، يجوز لهذه الأخيرة، وبمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني، البت في موضوع النزاع.

يجب على المحكمة العليا، أن تفصل من حيث الوقائع والقانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض. ويكون قرارها هذا قابلا للتنفيذ."

أو القرار، فإنه لا يجوز للخصوم التمسك بالقرار الصادر من المحكمة العليا للتخلص مما قضى به ذلك الحكم أو ذلك القرار الذي تم نقضه طبقاً لنص المادة 353 ق.إ.م.إ.

حددت المادة 354 من القانون ذاته أجل رفع الطعن بالنقض بشهرين ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصياً، وبثلاثة أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار. ونصت المادة 355 منه على أنه لا يسري أجل الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات الغيابية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة. ويمدد أجل الطعن بالنقض للأشخاص المقيمين في الخارج لمدة شهرين إضافيين. يرفع الطعن بالنقض بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المحكمة العليا، كما يجوز أن يرفع بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة إختصاصه الحكم موضوع الطعن بالنقض طبقاً للمادة 560 ق.إ.م.إ.

وقد نصت المادة 358 منه على أنه لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التي تضمنها هذا النص، ونتيجة لذلك لا يكون الطعن بالنقض مقبولاً أمام المحكمة العليا إلا إذا كان مؤسساً على إحدى الحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة المذكورة أعلاه مثلاً كمخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات مثل عدم إجراء محاولة الصلح في دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة.

وقد بينت المادة 565 منه البيانات التي يجب أن تتضمنها عريضة الطعن بالنقض، إذ نصت على أنه: "يجب أن تتضمن عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبولها شكلاً المثار تلقائياً، ما يأتي:

1- إسم ولقب وموطن الطاعن، وإذا تعلق الطعن بشخص معنوي، بيان تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي،

2- إسم ولقب وموطن المطعون ضده أو ضدهم، وإذا تعلق الطعن بشخص معنوي، بيان تسميته ومقره الاجتماعي،

3- تاريخ وطبيعة القرار المطعون فيه،

4- عرضا موجزا عن الوقائع والإجراءات المتبعة،

5- عرضا عن أوجه الطعن المؤسس عليها الطعن بالنقض.

يجب ألا يتضمن الوجه المتمسك به أو الفرع منه، إلا حالة واحدة من حالات الطعن بالنقض بعد تحديدها، وذلك تحت طائلة عدم قبوله.

كما أن المادة 566 منه نصت على أنه: "يجب إرفاق عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبول الطعن شكلا تلقائيا، بالوثائق التالية:

1- نسخة مطابقة لأصل القرار أو الحكم محل الطعن، مرفقة بمحاضر التبليغ الرسمي إن وجدت.

2- نسخة من الحكم المؤيد أو الملغى بالقرار محل الطعن،

3- الوثائق المشار إليها في مرفقات عريضة الطعن،

4- وصل دفع الرسم القضائي لدى أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي،

5- نسخة من محاضر التبليغ الرسمي للتصريح و/أو لعريضة الطعن بالنقض إلى المطعون ضده".

من قراءة المادة 364 ق.إ.م.إ، يتبين أنه إذا نقض الحكم أو القرار المطعون فيه، تحيل المحكمة العليا القضية إما أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم بتشكيكة جديدة، وإما أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع أو الدرجة، كما يعيد قرار النقض الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم المنقوض فيما يتعلق بالنقاط التي شملها النقض. وطبقا لنص المادة 365 ق.إ.م.إ، فإنه إذا كان قرار المحكمة العليا، فيما فصل فيه من نقاط قانونية، لا يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه، فإن النقض يكون بدون إحالة، ويكون كذلك النقض بدون إحالة، والفصل في النزاع نهائيا،

عندما يكون قضاة الموضوع قد عاينوا وقدروا الوقائع بكيفية تسمح للمحكمة العليا أن تطبق القاعدة القانونية الملائمة.

وفي حالة رفض الطعن بالنقض أو عدم قبوله لا يمكن للطاعن أن يطعن بالنقض من جديد في نفس القرار، أو يطعن فيه بالتماس إعادة النظر عملا بنص المادة 375 ق.إ.م.إ، كما أنه لا تقبل المعارضة في قرارات المحكمة العليا.

وباعتبار الأحكام التي تقضي بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو عن طريق الطلاق الخلعي أحكاما ابتدائية نهائية، فإنه يجوز الطعن بالنقض فيها مع التقييد بالقواعد الإجرائية التي تنظم الطعن بالنقض والتي تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ومن بين تلك الأحكام أنه ليس للطعن بالنقض أثر موقف للتنفيذ باستثناء المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير¹. وعلى اعتبار أن أحكام فك الرابطة الزوجية بجميع صورها تدخل ضمن حالة الأشخاص وفقا لموقف القضاء الجزائري²، فإن الطعن بالنقض في تلك الأحكام يوقف تنفيذها. وعلى هذا الأساس، فإن النيابة لا تسعى إلى تسجيلها بالحالة المدنية إذا كانت محل طعن بالنقض، غير أن نص المادة 452 ق.إ.م.إ جاء بحكم مغاير يقضي بأن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ أحكام الطلاق والتطليق والخلع.

ولكن إن ما يميز هذا النوع من المسائل الأسرية وما يمتاز به من خصوصية مقارنة مع المسائل المدنية الأخرى، قد يؤدي قبول المحكمة العليا للطعن بالنقض في حكم الطلاق بالإرادة المنفردة وإحالة القضية إلى المحكمة التي صدر عنها بتشكيلة جديدة، أو أمام محكمة أخرى، إلى إفراز عدة إشكالات، إذ أن ذلك يؤدي إلى إلغاء الحكم المطعون فيه وإعادة الطرفين إلى الحالة التي

¹ جاء في المادة 361 ق.إ.م.إ: "لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير".

² ملف رقم 40962، نشرة القضاة، عدد 44، ص 186.

كانا عليها قبل صدور ذلك الحكم الذي قضى بالطلاق¹ وذلك رغم تسجيله بمصالح الحالة المدنية لأنه ليس للطعن بالنقض أثر موقوف لتنفيذ هذا النوع من الأحكام، وبالتالي العودة إلى المراكز القانونية السابقة قبل صدور ذلك الحكم أي زوج وزوجة بدلا من مطلق ومطلقة.

وفي الحقيقة، هذا يتناقض تناقضا صارخا مع الأحكام الشرعية بل حتى مع تلك القانونية التي تضمنها قانون الأسرة، إذ أنه بمجرد صدور الطلاق بموجب حكم قضائي تبين الزوجة من زوجها بينونة صغرى وبانتهاء عدتها تصبح الزوجة أجنبية عن زوجها، ناهيك عن وجوب سعي النيابة لتسجيله بالحالة المدنية مباشرة بعد صدوره هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإنه بعد انتهاء العدة يمكن للزوجة المطلقة أن تعيد الزواج بشخص آخر، بغض النظر عن الطعن بالنقض في الحكم القضائي الذي قضى بطلاقها من عدمه. فكيف يكون الحل إذا انتهت عدتها وتزوجت من رجل آخر قبل نقض ذلك الحكم من المحكمة العليا، هل ستعامل كزوجة للرجل الذي طلقها؟ وإذا كان كذلك فكيف يمكن تكيف زواجها الثاني هل هو زنا؟

في هذا الشأن يرى الأستاذ نعوم مراد بوجود إعادة النظر في إجراء الطعن بالنقض إذ يرى أنه من الأولى أن ينص المشرع الجزائري بأن أحكام الطلاق في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية تصدر نهائيا ولا تقبل أي طريق من طرق الطعن سواء كانت عادية أو غير عادية مادام أنه اعتبر الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية في مثل هذه الأحكام نهائيا².

إضافة إلى ما سبق الإشارة إليه، فقبول المحكمة العليا للطعن بالنقض وإحالة الملف إلى المحكمة للنظر فيه من جديد، قد يترتب عنه إشكالات تتعلق بالميراث والنفقة، فلو أن أحد الزوجين توفي بعدما أُلغى الطعن بالنقض الحكم المطعون فيه وترتب عن ذلك إعادة الزوجين إلى

¹ عمرو خليل، الطعن في الأحكام....، المرجع السابق، ص 208.

² يتساءل الدكتور نعوم مراد: "على فرض أن المحكمة العليا بعد وقت طويل تقرر قبولها للطعن بالنقض لإغفال إجراء أو لخطأ في تطبيق القانون ويرجع الملف للنظر فيه مجددا فتكون الزوجة بهذا الإجراء لا زالت زوجة من طلقها لأن قرار المحكمة العليا بقبول الطعن جعلها زوجين بأثر رجعي، فلم يعد نهائيا إذن، فكيف تصنع الزوجة إذا فوجئت بهذا القرار وهي في ذمة زوج آخر تزوجته بعد انتهاء العدة"، نعوم مراد، المرجع السابق، ص 126.

الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم بفك الرابطة الزوجية، فإنه يرث الحي من الزوجين الميت لأن عقد الزواج لا زال قائما بعد إلغاء ذلك الحكم جراء نقضه من المحكمة العليا، ومن الأحكام الشرعية والقانونية أن الزوجية سبب من أسباب الميراث مثل ما هو واضح من نص المادة 126 ق.أ التي نصت على أن: "أسباب الإرث: القرابة والزوجية". وفي حالة إلغاء الحكم المطعون إثر نقضه من المحكمة العليا وإحالة للمحكمة للفصل فيه من جديد، فإن الزوج يكون مدين للزوجة بنفقتها بموجب عقد الزواج حتى ولو دامت مدة الطعن عدة سنوات، وهذه الوضعيات تتعارض مع القواعد الشرعية والقانونية المنظمة لمسألة فك الرابطة الزوجية، إذ كيف يمكن إعادة الحالة لما كانت عليه بعد طلاق بائن رتب جميع آثاره؟ ونتيجة لهذه الإختلالات والإشكالات الناجمة عن الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية نادى البعض بوجود النص على أن الأحكام المصرحة بالطلاق غير قابلة للطعن إلا في الجوانب المادية¹.

بينما يعتقد الأستاذ عمر زودة أن الحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يدخل ضمن القرارات الولائية التي تصدر في شكل قضائي، لذلك فهو غير قابل لأي طريق من طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية، وهو حسب رأيه ما ينسجم مع طبيعة الحق في الطلاق المكرس شرعا وقانونا، ويرى كذلك أن الأحكام الصادرة بالخلع هي في الواقع قرارات ولائية تمثل شكلا لممارسة الزوجة لحقها الإرادي في إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج مقابل بدل تدفعه للزوج لا يقل عن صداق المثل عند الحكم به. ونتيجة لذلك فإن تلك الأحكام التي تقضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لا تخضع لأي طريق من طرق الطعن المقررة ضد الأحكام القضائية².

إن القول بأن الأحكام القضائية التي تقضي بالطلاق بالإرادة المنفردة في القانون الجزائري سواء كان طلاقا عن طريق الإرادة المنفردة للزوج أو طلاقا خلعيا تكون قابلة للطعن بالنقض في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية يؤدي، كما سبق توضيحه، إلى عدة إشكالات من شأنها

¹ عمرو خليل، الطعن في الأحكام...، المرجع السابق، ص 209 - 210.

² عمر زودة، طبيعة الأحكام...، المرجع السابق، ص 137 و164.

المساس بالمراكز القانونية التي نشأت جراء تطبيق القواعد الموضوعية التي تضمنها قانون الأسرة واستقرار تلك المراكز القانونية من جهة وبالأحكام الشرعية التي تنظم مسألة الطلاق والخلع من جهة أخرى. لذلك حبذا لو اقتصر الطعن في هذا النوع من الأحكام بالمعارضة والإستئناف والطعن بالنقض فقط في جوانبها المادية، لتكون في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية ابتدائية نهائية غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن سواء كانت طرقا عادية أو غير عادية.

ب-إلتماس إعادة النظر:

التماس إعادة النظر، هو طريق غير عادي للطعن في الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، ويكون في الأحكام الصادرة بصفة نهائية سواء كان قرار أو حكما صادرا عن محكمة ابتدائية، نظمه المشرع الجزائري في المادة 390 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومنع القانون الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام التي تصدر برفض الالتماس التي تصدر في موضوع الدعوى بعد قبول الإلتماس¹.

حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية أسباب إعادة النظر على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها وذلك لأن الأصل هو أن المحكمة متى فصلت في نزاع فلا يجوز لها إعادة النظر فيه، غير أن القانون أجاز تصحيح الحكم في الحالات التالية:

1- إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة الشهود، أو على وثائق أو اعتراف بتزويرها، أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر وحياسة قوة الشيء المقضي فيه فيتحقق هذا السبب من أسباب التماس إذا بني الحكم المطعون فيه على شهادة شاهد بحيث تكون هذه الشهادة ذات تأثير كلي على ما ورد في الحكم المطعون فيه وأن يثبت تزوير الشهادة بحكم من القضاء يصدر بعد صدور الحكم فيه وقبل رفع الالتماس.

¹حسين فريجة، المرجع السابق، ص 155.

كما إذا ثبت أن الحكم بني على ورقة مزورة بحيث تكون الورقة ذات تأثير على المحكمة ولولاها لما قضت المحكمة لمصلحة المتمسك بها، أما إذا لم يكن للورقة المزورة شأن كبير في الحكم ولا يقبل الالتماس بغرض السعي إلى إثبات تزوير الورقة.

2- إذا اكتشفت بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة في الدعوى، كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم.

ويشترط لقبول الالتماس في هذه الحالة، أن تكون الورقة التي حصل عليها المتمسك قاطعة في الدعوى بحيث أنه لو كانت قد قدمت فيها لتغير رأي القاضي فيما قضى به؛ وأن تكون هذه الورقة قد حجزت أثناء نظر القضية بفعل الخصم الأخر؛ ويتعين أن تكون الورقة قد حجزت حجرا ماديا بمعرفة الخصم، فمجرد السكوت عن الإشارة إلى الورقة أو حجزها بمعرفة شخص غريب عن الخصومة بغير تواطؤ مع المحكوم له لا يميز الالتماس.

يرفع إلتماس إعادة النظر¹ خلال مدة شهرين يبدأ سريانها من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشهود أو الحصول على ورقة قاطعة في الدعوى أو اكتشاف الوثيقة المحتجزة فلا يبدأ ميعاد الالتماس إلا من اليوم الذي ظهر فيه التزوير أو حكم بثبوتيه أو اليوم الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة.

ولا يقبل طلب الالتماس إلا إذا ثبت أن المتمسك قام بإيداع كفالة بأمانة ضبط الجهة القضائية لا تقل عن (10.000) عشرة آلاف دينار.

يرفع الالتماس أمام المحكمة التي أصدرت الحكم بعريضة تودع بكتابة الضبط ويجب أن تشمل عريضة الالتماس على بيان الحكم المتمسك فيه وتاريخه وأسباب الالتماس.

¹حسين فريجة، المرجع السابق، ص 155-156.

ولا يترتب على طلب التماس إعادة النظر وقف تنفيذ الحكم وهذا طبقا لنص المادة 348 من ق.إ.م.إ.

وتنظر المحكمة في الالتماس إذ يتعين أن تتحقق أن الطعن بالالتماس قد رفع في الميعاد من ناحية الشكل ومعلقا بحكم إنتهائي ومبينا على أحد الأسباب التي نص عليها القانون والتي وردت على سبيل الحصر. وللمحكمة أن تقضي بعدم قبول الالتماس إذا تبين لها أنه لم يبين على سبب من الأسباب التي تنص عليها القانون وتحكم المحكمة بعد تفحص القضية أما بقبول الالتماس أو برفض الالتماس ويترتب الحكم بقبول الالتماس زوال الحكم الملتمس فيه واعتباره كأن لم يكن في حدود الالتماس.

والحكم الذي يصدر برفض الالتماس لا يجوز الطعن فيه بالالتماس مرة أخرى ويجوز للقاضي أن يحكم على الملتمس الذي خسر الدعوى بغرامة مدنية لا تقل عن عشرة آلاف دينار جزائري ولا تزيد عن عشرين ألف دينار ويمكن للملتمس ضده أن يطالب بالتعويض.

بعد دراسة القواعد الإجرائية التي تقييد الإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة في إيقاع الطلاق من جهة، والتي تنظم كيفية رفع دعاوى الطلاق وكيفية الفصل فيها من جهة أخرى، ينبغي دراسة آثار فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة.

الفصل الثاني

آثار الطلاق بالإرادة المنفردة

عندما يحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية، يضع حكمه حدا فاصلا بين مرحلتين، تتميز كل مرحلة عن الأخرى بالمراكز القانونية التي تنشأ عنها، تتمثل المرحلة الأولى في قيام الرابطة الزوجية، يكون لكل طرف فيها مركز قانوني له آثار حددها القانون، فينشأ المركز القانوني للزوج والمركز القانوني للزوجة. أما المرحلة الثانية فتتمثل في فك الرابطة الزوجية أين تتحول فيها المراكز القانونية من زوج وزوجة إلى مطلق ومطلقة أو مختلعة، وتنشأ جراء ذلك آثار تنقسم إلى آثار شخصية وآثار مالية.

فأما الآثار الشخصية، فتتمثل في العدة التي حضيت باهتمام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري لما لها من أهمية بعد انحلال الزواج، لذلك كان من البديهي وضع أحكام شرعية وقانونية لتنظيمها. ومما لا ريب فيه أن انفصال الوالدين جراء فك الرابطة الزوجية يؤثر سلبا على الأطفال في حالة وجودهم، لذلك لم يهمل المشرع الجزائري مسألة توفير الحماية لهم مجسدا إياها في الأحكام التي خص بها نظام الحضانة، متأثرا حين وضعه لتلك الأحكام بما جاءت به الشريعة الإسلامية من قواعد فقهية تنظمها من جهة، وبأحكام اتفاقية حقوق الطفل مع مراعاة المسائل التي تتعارض مع النظام العام الجزائري. لذلك كله يثار التساؤل التالي: ما هي الأحكام التي تضمنها النظام القانوني الجزائري لتنظيم الآثار الشخصية لفك الرابطة الزوجية عن طريق الإرادة المنفردة؟

كما تترتب على فك الرابطة الزوجية آثار مالية تحول للزوجة استحقاق التعويض والنفقة ومتاع البيت ويختلف ذلك حسب كل صورة من صور فك الرابطة الزوجية، ويتميز فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة عن باقي صور فك الرابطة الزوجية ببعض الآثار المالية، الأمر الذي يدعو إلى طرح الإشكالية التالية: كيف نظم المشرع الجزائري الآثار المالية للطلاق بالإرادة المنفردة؟

لذلك ستكون هذه الآثار محور الدراسة في هذا الفصل، حيث سينصب بداية حول الأحكام التي نظمت الآثار الشخصية للطلاق بالإرادة المنفردة في النظام القانوني الجزائري (المبحث الأول) ثم تلك التي نظمت الآثار المالية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الآثار الشخصية للطلاق بالإرادة المنفردة

تعتبر العدة من بين الآثار الشخصية للطلاق بجميع صوره، إذ أنه يجب على المطلقة أن تترصد بنفسها مدة معينة طبقا للأحكام الشرعية والقانونية، ونظرا لأهميتها حضيت باهتمام المشرع الجزائري فخصها بجملة من الأحكام في قانون الأسرة، فما هي تلك الأحكام التي نظمت مسألة العدة في قانون الأسرة؟

كما كانت الحضانة من بين المسائل التي لم يغفلها المشرع، بل خصها بعدة مواد في قانون الأسرة وأحاطها بالحماية في قانون العقوبات، كل ذلك في سبيل تحقيق الرعاية والحماية للأطفال بعد انحلال الزواج لا سيما بعد فك الرابطة الزوجية وانفصال الأبوين، فكيف نظم المشرع مسألة الحضانة؟

وتبعاً لذلك لا بد من دراسة الأحكام التي نظمت مسألة العدة (المطلب الأول) والحضانة (المطلب الثاني) في القانون الجزائري.

المطلب الأول

العدة

من بين الآثار التي تترتب على فك الرابطة الزوجية عموماً وعلى تلك التي تقع بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة تربص الزوجة بنفسها مدة معينة شرعاً وقانوناً، وتسمى تلك الفترة بالعدة، وتختلف من مطلقة إلى أخرى تبعاً لنوع الفرقة من حيث الأثر والرجعة وللحالة الفيزيولوجية لها والحديث عن العدة لا يمر دون طرح التساؤلات التالية: ما هو مفهوم العدة؟ وماهي أنواعها؟ وهل للمعتدة الحق في السكن؟

ويتعين للإجابة عليها التطرق إلى ماهية العدة (الفرع الأول)، وأنواعها (الفرع الثاني) وحق المعتدة في السكن (الفرع الثالث).

الفرع الأول

ماهية العدة

إن البحث في ماهية العدة في قانون الأسرة الجزائري يدعو بدوره إلى وضع الإشكاليات التالية: ما هو التعريف اللغوي والإصطلاحي للعدة؟ ومن أين استمدت مشروعيتها؟ وما الحكمة من وراء تشريعها؟

وللوقوف على ماهيتها ينبغي تعريفها (أولاً) ودراسة مشروعيتها (ثانياً) والحكمة من وراء تشريعها (ثالثاً).

أولاً: تعريف العدة:

العدة لغة من العد والإحصاء والحساب وعدة المرأة قيل تربصها المدة الواجبة عليها¹. وفي اصطلاح الفقهاء تعرف العدة على أنها "هي تربص يلزم المرأة بسبب زوال النكاح المتأكد بالدخول أو الموت"² عند الحنفية. كما تعرف في فقه المالكية على أنها "مدة معينة شرعا لمنع المطلقة المدخول بها والمتوفى عنها من النكاح"³. أما في فقه الشافعية، "هي في الشرع: إسم لمدة تربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها"⁴. وعند الحنابلة العدة هي "التربص المحدود شرعا يعني مدة معلومة تربص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها وذلك يحصل بوضع حمل أو مضي أقرء أو أشهر"⁵.

ويعرفها وهبة الزحيلي على أنها: "هي مدة حددها الشارع بعد الفرقة، على المرأة الإنتظار فيها دون زواج حتى تنقضي المدة"⁶، وقال محمد أبو زهرة أن: "العدة في اصطلاح الفقهاء أجل ضرب لإنقضاء ما بقي من آثار النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله لا تنفصم الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة، بل تربص المرأة ولا تتزوج غيره، حتى تنتهي تلك المدة التي قدرها الشارع"⁷.

أما في قانون الأسرة الجزائري فلم يرد تعريف العدة، واكتفى المشرع بوضع بعض أحكامها فقط كما سيأتي توضيحه لاحقا.

بعد تعريف العدة تقتضي الدراسة البحث في مشروعيتها.

¹ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان...، المرجع السابق، م3، ص 281؛ أحمد بن محمد بن علي بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص 150.

² أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 304.

³ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 195.

⁴ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج5، ص 78.

⁵ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 411.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 625.

⁷ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 372.

ثانيا: مشروعية العدة:

ثبتت مشروعية العدة في الكتاب في عدة آيات، فقد قال الله عز وجل: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا"¹. فقد جاء في هذه الآية خطاب الله سبحانه وتعالى إلى نبيه الكريم تشريفاً وتكريماً متضمناً وجوب إحصاء العدة أي حفظ الوقت الذي وقع فيه الطلاق حتى تتم العدة²، ومعرفة وقت ابتدائها ووقت انتهاءها حتى لا تطول العدة، وتمنع المرأة من الزواج، وفي هذا دليل على مشروعية العدة، وهناك آيات أخرى تدل على مشروعيتها سيتم عرضها عند الحديث عن أنواع العدة.

كما ثبتت مشروعية العدة في السنة النبوية الشريفة، في قول الرسول صلى الله عليه وسلم لعمر: "مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"³. وروي عن زينب بنت أم سلمة قالت: توفي حميم لأم حبيبة فدعت بصفرة فمسحته بذراعيها، وقالت: إنما أصنع هذا لأني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لا يجل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، أن تحد فوق ثلاث، إلا على زوج، أربعة أشهر وعشراً"⁴.

أما من الإجماع، فقد أجمع علماء الأمة على أن العدة واجبة على المطلقة المدخول بها والمتوفى عنها زوجها⁵ وهي واجبة شرعاً⁶.

¹ سورة الطلاق، الآية 1.

² محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير...، المرجع السابق، ص 1499.

³ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح...، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة"، حديث رقم: 5251، ص 1338.

⁴ أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام، حديث رقم 1486، ص 693؛ روي عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة، وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير، فسخطته، فقال والله ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقال: "ليس لك عليه نفقة"، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك، ثم قال: "تلك امرأة يغشاها أصحابي، اعتدي عند ابن أم مكتوم، فإنه رجل أعمى، تضعين ثيابك، فإذا حللت فأذيني"، المرجع نفسه، باب المطلقة ثلاثاً، حديث رقم 1480، ص 686.

⁵ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج 5، ص 78؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 411.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 625.

وإذ تبين أنه ثبتت مشروعية العدة في الكتاب والسنة والإجماع، فإنه ينبغي دراسة الحكمة من تشريعها.

ثالثاً: الحكمة من تشريع العدة:

لم تشرع العدة إلا لحكم عديدة، فمع أنه يغلب عليها التعبد بدليل أنها لا تنقضي بقرء واحد، فهي تهدف إلى صيانة الأنساب وتحسينها من الإختلاط¹، وذلك لأنها وقت مقرر لاستبراء الرحم والتأكد من استبرائه². كما أنها شرعت لأجل أن يراجع الزوج الذي طلق زوجته طلاقاً رجعياً نفسه، لعله يغير رأيه خاصة إذا وقع الطلاق نتيجة للإنفعال وعدم الترو³، وذلك لأن الإسلام يحرص على بقاء الرابطة الزوجية واستمرارها⁴، ففي ذلك تهيئة فرصة للزوجين لإعادة الحياة الزوجية⁵. كما أنها شرعت للإحداد على الزواج السابق⁶ لأن الشريعة الإسلامية السمحاء أولت لعقد الزواج أهمية بالغة باعتباره ميثاقاً غليظاً ومن ثمة فعلى المطلقة قبل أن تتزوج مرة أخرى أن تعتد احتراماً وعدم استهانة بزواجها السابق. كما أن العدة من فرقة وفاة تكون تذكيراً بنعمة الزواج، وتأسفاً على فراق الزوج، وإحدادا عليه، ورعاية لحق الزوج المتوفى وأقاربه، وإبداءاً لوفاء الزوجة لزوجها⁷.

فإذا انفكت الرابطة الزوجية وفقاً للمادة 47 من ق.أ التي تنص على أنه تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق والوفاة، وجب على الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن تعتد وفقاً لأحكام العدة في نفس القانون. فلا يحل للمرأة أن تتزوج بغيره حتى تنهي المدة المحددة قانوناً. أما الرجل فليس عليه العدة في المعنى الإصطلاحي، إذ بمجرد انحلال الرابطة الزوجية بمفهومها القانوني يمكن له الزواج بزوجة أخرى، فلا يجب أن ينتظر قبل أن يتزوج غيرها إلا في حالة إذا أراد الزواج بإحدى قريبات زوجته الأولى من المحارم كأخت أو عممة أو خالة أو بنت أخ أو بنت أخت مطلقة، إذ لا يجوز له الزواج بإحداهن إلا بعد انقضاء عدة مطلقة، أو إذا أراد الرجل الزواج من امرأة بعد طلاقه

¹ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج5، ص 78.

² محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص 372.

³ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 339.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 627.

⁵ السيد سابق، المرجع السابق، ص 277.

⁶ محمد أبوزهرة، المرجع السابق، ص 372.

⁷ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 628؛ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 353.

لزوجته الرابعة وهي في عدتها وهو متزوج بثلاث غيرها، فلا يجوز له ذلك حتى تنقضي عدة المرأة التي طلقها¹.

بعد دراسة المحكمة من تشريع العدة سيتم التطرق إلى الأحكام المترتبة عن العدة.

رابعاً: أحكام العدة:

يترتب على العدة عدة أحكام من بينها الأحكام التالية:

- شرعاً لا يجوز خطبة المعتدة تصريحاً سواء كانت في عدتها من طلاق رجعي أو بائن، كما لا يجوز خطبتها تعريضاً إذا كانت معتدة من طلاق رجعي لأنها في حكم الزوجة شرعاً أما قانوناً فإن المشرع الأسري لا يعترف بالطلاق الرجعي. أما إذا كانت في عدة طلاق ثلاث، فيجوز خطبتها تعريضاً، هذا بالنسبة لغير مطلقها. أما الزوج المطلق فله خطبتها تصريحاً وتعريضاً ما لم يكن طلاقاً ثلاثاً. قال الدردير: "وحرّم صريح خطبة امرأة معتدة عدة وفاة أو طلاق من غيره لا من عدتها منه فيجوز إذا لم يكن بتا"². وقال الشريبي: "ولا يحل تصريح لمعتدة بائناً كانت أو رجعية بطلاق أو فسخ أو انفساخ أو موت أو معتدة عن شبهة... ولا يحل تعريض لرجعية لأنها زوجة أو في معنى الزوجة... ويحل تعريض في عدة وفاة... وكذا يحل تعريض لبائن بفسخ أو ردة أو طلاق... هذا كله في غير صاحب العدة الذي يحل له نكاحها فيها، أما هو فيحل له التعريض والتصريح"³.

- ثبوت النسب إذا أتت المطلقة بولد خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال عن الزوج طبقاً للمادة 43 من ق.أ⁴، والمادة 60 من ذات القانون⁵.

- إذا توفي الزوج أثناء عدة زوجته المطلقة فإنها ترثه، وإذا توفيت قبل أن تنقضي عدتها ورثها زوجها كما نصت عليه المادة 132 من ق.أ.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 372؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 626.

² أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 94.

³ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريبي، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج 4، ص 219-221.

⁴ تنص المادة 43 من ق.أ على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

⁵ تنص المادة 60 ق.أ على أن: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

- لا يصح للزوج أن يتزوج محرماً لها¹ أي بأخت أو عمّة أو خالة أو بنت أخ أو بنت أخت مطلقة وهي في العدة كما لا يصح أن يتزوج خامسة وهي في العدة ولا يصح للزوجة الزواج في فترة عدتها، باعتبارها من النساء المحرمات مؤقتاً وفقاً لما جاء في المادة 30 من ق.أ.

- استحقاق المطلقة المعتدة نفقة العدة ولزومها بيت الزوجية لقوله تعالى: "لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ"²، طبقاً للمادة من 61 ق.أ، كما سيأتي تفصيله.

الفرع الثاني

أنواع العدة

اعتبر المشرع الجزائري العدة أثراً من آثار الطلاق ونظمها بموجب المواد من 58 إلى 61 ق.أ. فتضمنت المادة 58 من قانون الأسرة أحكام العدة بالنسبة لكل مطلقة تبعاً لنوع الفرقة وحال المرأة، فمن حيث نوع الفرقة ميز المشرع الجزائري بين عدة المرأة من فرقة بطلاق أو من فرقة بوفاة، وقد ميز كذلك بين عدة كل امرأة حسب حالها. وسيتم التركيز في هذه الدراسة على عدة المرأة المطلقة، الأمر الذي يدعو إل التساؤل عن المطلقة التي يجب عليها العدة، هل هي الزوجة قبل البناء أو بعده أو كلاهما؟ وماهي أنواع العدة التي تضمنها قانون الأسرة؟ وما مدى تطابقها مع أحكام الشريعة الإسلامية؟

كل هذه التساؤلات تجد إجابة في دراسة حكم العدة بالنسبة للمطلقة الغير مدخول بها أي قبل البناء في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري (أولاً) وفي حكم عدة المطلقة بعد الدخول فقها وقانوناً (ثانياً).

أولاً: الحكم القانوني والشرعي لعدة المطلقة قبل البناء:

اكتفى المشرع الجزائري بتنظيم عدة المطلقة المدخول بها الغير حامل، والمدخول بها اليائس من الحيض، والمدخول بها الحامل بموجب النصوص الذي تضمنها قانون الأسرة المنظمة لمسألة العدة، ولم يرد ذكر المطلقة الغير مدخول بها. حيث نصت المادة 58 ق.أ على أنه: "تعدت المطلقة المدخول بها..."، وبمفهوم المخالفة، فإن المطلقة قبل الدخول لا عدة لها. وقد استنبط المشرع

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 381.

² سورة الطلاق، الآية 1.

الأسري هذا الحكم من الشريعة الإسلامية لذلك ينبغي استقراء بعض آراء فقهاء المذاهب السنية حول هذه المسألة.

قال ابن جزري وهو من المالكية: "فإن كان قبل الدخول فلا عدة على المطلقة إجماعاً، وإن كان بعد الدخول والمسيس فعليها العدة إجماعاً وإن طلقها بعد الخلوة واتفقا على عدم المسيس فالعدة واجبة خلافاً للشافعي"¹. ومن الحنفية قال الكاساني: "وشرط وجوبها الدخول أو ما يجري مجرى الدخول، وهو الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون الفاسد، فلا يجب بدون الدخول والخلوة الصحيحة لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا"². كما قال الشيرازي من الشافعية: "إذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول والخلوة لم تجب العدة لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا"، ولأن العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقنا براءة رحمها"³. بينما قال الماوردي من الحنابلة: "كل امرأة فارقتها زوجها في الحياة قبل المسيس والخلوة فلا عدة عليها بلا نزاع وقوله إن خلا بها وهي مطاوعة، فعليها العدة، سواء كان بهما أو بأحدهما مانع من الوطاء، كالإحرام، والصيام، والحيض، والنفاس، والمرض، والجب، والعنة، أو لم يكن هذا المذهب مطلقاً شرطه الآني. سواء كان المانع شرعياً أو حسياً، كما مثله المصنف، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم"⁴.

يمكن استخلاص أن المذاهب السنية الأربعة قد أجمعت على أنه لا عدة لغير المدخول بها، ولعل ذلك ما دفع المشرع الجزائري إلى عدم وضع حكم عدتها في قانون الأسرة ما دام أن الفقه كله مجمع⁵ على أن ليس عليها العدة. ولأنه من باب المخالفة ما دام أنه اكتفى بوضع أحكام العدة حسب حال المطلقة المدخول بها فإن المطلقة الغير مدخول بها لا عدة لها. وفي الواقع، إذا

¹ ابن جزري، المرجع السابق، ص 187-188.

² علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 191.

³ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 531.

⁴ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج9، ص 270.

⁵ يقول ابن رشد: "وكل زوجة فهي إما حرة وإما أمة، وكل واحدة من هاتين إذا طلقت، فلا يخلو أن تكون مدخولاً بها، أو غير مدخول بها، فأما غير المدخول بها فلا عدة عليها بإجماع لقوله تعالى: "فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا"، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 616.

كان من بين أهداف العدة التأكد من براءة الرحم، فإنه يمكن تصور ذلك فقط في الزوجة المطلقة المدخول بها، ولنا في ذلك قول الشيرازي: "إذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول والخلوة لم تجب العدة... ولأن العدة تجب لبراءة الرحم، وقد تيقنا براءة رحمها"¹.

وقد تبني قضاء المحكمة العليا رأي جمهور الفقهاء القائل بأن المطلقة قبل الدخول لا تعتد، إذ قضى أحد قرارات المحكمة العليا بما يلي: "عن الوجه الأول: المأخوذ من انعدام الأساس القانوني بدعوى أن القرار المطعون فيه قد اعتبر أن الزواج الحاصل بين الزوجين زواجا شرعيا، مع أن المطعون ضدها زفت إليه بعد أربعة أيام من طلاقها من زوجها الأول وقبل إنهاء عدتها منه.

وحيث أن هذا الوجه في غير محله ذلك أن العدة لا تجب على المطعون ضدها التي طلقت قبل الدخول من زوجها الأول وتتزوج من ساعة طلاقها إن شاءت ومن ثم يكون النعي على القرار بهذا الوجه على غير أساس"².

ولم يتعرض قانون الأسرة حكم عدة المطلقة غير المدخول بها بعد الخلوة الصحيحة أو ما يصطلح على تسميته الدخول الحكمي، إذ يستفاد من الآراء الفقهية سابقة الذكر أن المالكية والأحناف والحنابلة اتفقوا على وجوب العدة على الزوجة التي طلقت بعد الخلوة. في حين ذكر أن للشافعية في هذه المسألة قولان: أحدهما تجب العدة والثاني لا تجب العدة³، ففي القديم تجب العدة على المطلقة بعد الخلوة، أما في الجديد فلا تجب عليه، بدليل ما جاء في مغني المحتاج: "ولا تجب العدة بخلوة مجردة عن وطء في الجديد لمفهوم الآية السابقة، والقديم تقام مقام الوطاء"⁴.

غير أنه بالرجوع إلى الإجتهد القضائي، يتبين أن المجلس الأعلى تبني رأي جمهور الفقهاء الذي يرى بوجوب العدة على المطلقة غير المدخول بها بعد الخلوة الصحيحة من خلال قراره الذي قضى بأنه: "من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه

¹ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 531.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/06/18، ملف رقم 137571، المجلة القضائية، 1997، عدد 2، ص 93.

³ قال الشيرازي: "وإن طلقها بعد الخلوة، وقبل الدخول، ففيه قولان، أحدهما: لا تجب العدة، لما ذكرنا من الآية، والمعنى، والثاني: تجب؛ لأن التمكين من استيفاء المنفعة جعل كالإستيفاء، ولهذا تستقر به الأجرة في الإجارة، كما تستقر بالإستيفاء، فجعل كالإستيفاء في إيجاب العدة"، أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 531.

⁴ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج5، ص 79.

عليها وهو الذي ما يعبر عنه شرعا "بإرخاء الستور" أو "خلوة الإهتداء" يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها، ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطاء ويوجب نفقتها ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون بمخالفة القانون في غير محله.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة زفت للطاعن واختلى بها في بيته ولم ينكر إصابتها، وإن الدخول مسلم به، فإن قضاة الاستئناف الذين حكموا للزوجة بكامل صداقها بالإضافة إلى نفقة العدة ونفقة الإهمال، فإن قضاءهم هذا يندرج ضمن المادة 16 من ق.أ. ومتماشيا مع المادتين 58 و74 من نفس القانون، ومن ثم فالنعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه¹.

إذا كانت المطلقة الغير مدخول بها لا تعتد شرعا وقانونا بخلاف الحكم الشرعي والقانوني لعدة المطلقة بعد الدخول.

ثانيا: الحكم الشرعي والقانوني لعدة المطلقة بعد الدخول:

أجمع فقهاء المذاهب السنية على وجوب العدة على الزوجة المدخول بها المطلقة، فقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي: "وإن كان بعد الدخول والمسيب فعليها العدة إجماعا وإن طلقها بعد الخلوة واتفقا على عدم المسيب فالعدة واجبة خلافا للشافعي"². كما جاء في البدائع للكاساني: "ولأن وجوبها بطريق استبراء الرحم على ما بينا، والحاجة إلى الإستهراء بعد الدخول لا قبله إلا أن الخلوة الصحيحة في النكاح أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة التي فيها حق الله تعالى... ولأن التسليم بالواجب بالنكاح قد حصل بالخلوة الصحيحة فتجب به العدة كما تجب بالدخول"³. وفي روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي: "وإنما تجب هذه العدة إذا فارقها بعد الدخول، فإن فارقها قبله فلا عدة"⁴. وتحمل هذه الأقوال دلالات واضحة على أن الزوجة بعد البناء أي الدخول بها إذا طلقت وجبت عليها العدة.

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/10/02، ملف رقم 55116، المجلة القضائية، 1991، عدد1، ص43.

² ابن جزي، المرجع السابق، ص 187-188.

³ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 191.

⁴ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج8، ص 365.

ومن المتفق عليه أنه لا يخلو أن تكون الزوجة المطلقة بعد البناء إما حائضا، أو يائسا من الحيض، أو حاملا، وتبعاً لذلك تختلف عدة كل واحدة عن الأخرى في فقه المذاهب السنية الأربعة الذي يميز بين ثلاثة أنواع من عدد: عدة المطلقة الحائض، وعدة المطلقة اليائس من الحيض، وعدة المطلقة الحامل، لذلك يثار التساؤل التالي: ماهي عدة كل واحدة منهن في فقه المذاهب السنية الأربعة؟ وما مدى توافق أحكام قانون الأسرة مع تلك الأحكام الشرعية التي نظمت العدة؟

للقوف على أحكام العدة حسب حال كل مطلقة في الفقه الإسلامي لا بأس من التطرق إلى آراء بعض فقهاء المذاهب السنية بخصوص هذه المسألة، في الفقه المالكي ذهب ابن رشد إلى القول بأنه لا خلاف في أن عدة ذوات الحيض الأحرار الجاربات في حيضهن على المعتاد ثلاثة قروء، وعدة الحوامل منهن وضع حملهن، وعدة اليائسات منهن ثلاثة أشهر¹.

يرى النسفي أحد فقهاء المذهب الحنفي أن عدة الحرة للطلاق أو الفسخ ثلاثة أقراء لمن تحيض، وقصد بالأقراء الحيضات، وثلاثة أشهر إن لم تحض، وللمتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر، والحامل وضع حملها². ويرى الشيرازي من الشافعية أن المطلقة إن كانت حاملا من الزوج، اعتدت بالحمل، وإن كانت ممن تحيض، اعتدت بثلاثة أقراء، أما إذا كانت ممن لا تحيض ولا يحيض مثلها، كالكبيرة الآيسة، اعتدت بثلاثة أشهر³. وقسم ابن قدامة المعتدات إلى أربعة أقسام: أولات أحمال، وعدتهن أن يضعن حملهن، واللاتي توفي أزواجهن، وعدتهن أربعة أشهر وعشرا، والمطلقات من ذوات القروء، وعدتهن ثلاثة قروء، واللاتي يتسن من الحيض فعدتهن ثلاثة أشهر⁴. وقد قسم ابن عابدين العدة إلى حيض وأشهر ووضع حمل⁵. ومن الفقهاء المعاصرين قسم الإمام

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 616.

² أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 304.

³ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 532-538.

⁴ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه...، المرجع السابق، ص 106.

⁵ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 181.

محمد أبو زهرة العدة من الفرقة في النكاح الصحيح إلى ثلاثة أنواع : عدة بوضع الحمل، وعدة بالأقراء وعدة بالأشهر¹.

وعلى هذا الأساس فإنه يمكن القول أن فقهاء المذاهب السنية اتفقوا بالإجماع على عدة الزوجة المطلقة بعد الدخول الحائض وغير الحائض والحامل، فما هي عدة كل نوع من هذه المطلقات؟

عدة الحائض وهي المرأة التي تحيض ثلاث أقراء لقوله عز وجل: "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"². فالأقراء عند المالكية والشافعية هي الأطهار³. بينما قال الحنفية⁴ والحنبلة⁵ بأنها الحيض. وعلى قول ابن رشد، فإن مالك والشافعي وجمهور أهل المدينة، وأبو ثور وجماعة، وابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة قالوا بأن الأقراء هي الأطهار. أما أبو حنيفة، والثوري، والأوزاعي، وابن أبي ليلى وجماعة، وأما من الصحابة فعلي وعمر بن الخطاب وابن مسعود، وأبو موسى الأشعري فقد قالوا بأن الأقراء هي الحيض⁶، ويرى محمد أبو زهرة أن الأصل في ذلك أن لفظ القرء مشترك فهو يدل على الطهر وعلى الحيض⁷.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 373 وما يليها.

² سورة البقرة، الآية 228.

³ قال ابن جزى: "فأما القروء فهي الطهار وفاقا للشافعي وابن حنبل وقال ابوحنيفة هي الحيضات وعلى المذهب إذا طلقها في طهر كان بقية الطهر قرءا كاملا ولو كان لحظة فتعتد به بقرئين بعد فذلك ثلاثة قروء فإذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد تمت عدتها. وإن طلقها في حيض لم تحل حتى تدخل في الحيضة الرابعة"، ابن جزى، المرجع السابق، ص 188.

قال الشيرازي: "والأقراء هي الأطهار والدليل عليه قوله تعالى: "فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ" والمراد به في وقت عدتهن كما قال: "وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ" والمراد به في يوم القيامة والطلاق المأمور به في الطهر فدل على أنه وقت العدة وإن كان الطلاق في وقت الحيض كان أول الأقراء الطهر الذي بعده فإن كان في حال الطهر نظرت فإن بقيت في الطهر بعد الطلاق لحظة ثم حاضت احتسبت تلك اللحظة قرءاً لأن الطلاق إنما جعل في الطهر ولم يجعل في الحيض حتى لا يؤدي إلى الإضرار بما في تطويل العدة"، أبو إسحاق الشيرازي، المذهب...، المرجع السابق، ج4، ص 534.

⁴ قال المرغيناني: "والأقراء الحيض عندنا، وقال الشافعي: الأطهار، واللفظ حقيقة فيهما، إذ هو من الأضداد، كذا قال ابن السكيت. ولا ينتظمها جملة للإشتراك، والحمل على الحيض أولى، لأنه لو حمل على الأطهار، والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا، أو لأنه معرف لبراءة الرحم، وهو المقصود"، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ص 330، 331.

⁵ "والقرء: الحيض في أصح الروايتين وكذا قال في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والبلغة، والنظم، وغيرهم. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب"، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج9، ص 279.

⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 616.

⁷ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 374.

أما عدة غير الحائض، ويقصد بها المطلقة غير الحائض المطلقة الكبيرة التي لا تحيض أي اليائس من المحيض سواء انقطع عنها الحيض بعد وجوده أو لم يكن يوجد أصلاً، فثلاثة أشهر¹ لقوله تعالى: "وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ"². وحد اليأس عند الحنابلة خمسون سنة³، وعند الحنفية خمسة وخمسون سنة⁴، أما عند المالكية فسن اليأس سبعون سنة، وإثنان وستون عند الشافعية⁵.

وعدة الحامل المطلقة وضع حملها مصداقاً لقوله عز وجل: "وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"⁶.

يظهر جلياً أن المشرع الجزائري لم يحد عن الآراء الفقهية التي أجمعت على تحديد عدة كل مطلقة تبعا لحال المرأة حينما استنبط الأحكام الشرعية في تنظيمه لمسألة العدة، فخص المطلقة المدخول بها غير الحامل بالحكم الذي تضمنته المادة 58 من ق.أ وهو أن تعتد بثلاثة قروء دون أن يبين هل قصد بها الأطهار أو الحيضات؟ في هذا الشأن، يرى الأستاذ تشوار جيلالي أن عدم تفسير معنى القراء بنص قانوني واضح يعتبر غيباً بالنسبة للقضاء وكذلك بالنسبة لمن يعنيه الأمر، لذلك كان على المشرع أن يكون واضحاً بالتنصيص على معنى القراء بدلا من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد معناه⁷. مع العلم أن الفقه الإسلامي مختلف في تحديد معنى القراء.

كما خص اليائس من المحيض بالحكم الذي ورد في نفس المادة والذي قضى بأن تعتد بثلاثة أشهر، وتبدأ مدة العدة من تاريخ التصريح بالطلاق. غير أن هذا الحكم جاء غامضاً، ويدفع إلى التساؤل عن مقصود التصريح بالطلاق، هل هو تصريح الزوج أم القاضي؟ فبالنظر إلى الفلسفة

¹ قال ابو زيد القيرواني: "والأقراء: هي الأطهار التي بين الدمين، فإن كانت ممن لم تحض أو ممن قد يمست من المحيض فثلاثة أشهر في الحرة والأمة"، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، المرجع السابق، ص 136.

قال الشريبي: "وعدة حرة لم تحض أصلاً لصغر أو غيره، وإن ولدت ورأت نفاساً أو يمست من المحيض بثلاثة أشهر"، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريبي، معني المحتاج...، المرجع السابق، ج5، ص 81 - 82.

² سورة الطلاق، الآية 4.

³ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج9، ص 282.

⁴ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 247.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 640، 641.

⁶ سورة الطلاق، الآية 4.

⁷ تشوار جيلالي، بعض المآخذ...، المرجع السابق، ص 197-198.

التشريعية للمشرع الجزائري في تنظيمه للطلاق والتي تقوم على اعتبار أن فك الرابطة الزوجية بجميع صورها تخضع لإشراف القضاء، إذ لا طلاق بدون حكم قضائي. فمن المرجح أنه قصد بذلك حكم القاضي بالطلاق، وإذا كان الأمر كذلك فكان من الأحسن لإزالة ذلك الغموض والإبهام أن يستعمل عبارة "من تاريخ الحكم بالطلاق".

أما المطلقة الحامل فعدتها طبقا لنص المادة 60 من ق.أ وضع حملها، وقد تضمن هذا النص حكما يقضي بأن أقصى مدة الحمل هي عشرة أشهر من تاريخ الطلاق، على خلاف ما جاءت به المذاهب السنية من أحكام شرعية في هذه المسألة، فالحنبلية¹ والشافعية² يرون أن أدنى مدة حمل هي ستة أشهر وأقصى مدة حمل هي أربعة سنين، بينما أقصى مدة الحمل عند المالكية خمسة سنين في المشهور وعند الحنفية سنتان³.

ويبدو أن عشرة أشهر كأقصى مدة حمل هي مدة معقولة وأقرب إلى الواقع⁴، إذ لو تم تطبيق ماتضمنته آراء فقهاء المذاهب السنية التي تمت الإشارة إليها سيفتح الباب على مصراعيه لنزاعات لاحصر لها حول إلحاق النسب، إذ لا يعقل أن تأتي الزوجة المطلقة بعد أربع سنين أو خمس سنين لتقول لمن طلقها أنني كنت حاملا وولدت طفلا من صلبك خاصة مع انعدام الوازع الديني والأخلاقي. فقد تمارس المطلقة علاقة غير شرعية مع شخص آخر وتلجأ إلى التستر على الفضيحة بالإدعاء أن الولد لزوجها الذي طلقها.

وقد ذهب البعض إلى القول أن موقف المشرع الجزائري بخصوص أقصى مدة الحمل لم يخرج عن المعتاد لأن الحمل الذي يطول لمدة أربع أو خمس سنين هو من الحالات النادرة التي تستدعي تدخل الطبيب الشرعي للتأكد منها⁵. والجدير بالذكر، أن هذه المدة هي أقرب إلى تلك التي قال

¹ قال الماوردي: "وأقل مدة الحمل ستة أشهر هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به أكثرهم... قوله وأكثرها أربع سنين هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب"، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج9، ص 274.

² وقال الشيرازي: "وأقل مدة الحمل ستة أشهر... وأكثره أربع سنين"، أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 532-533.

³ قال ابن جزى: "ومن ارتابت بالحمل لثقل بطنها أو تحركه لم تحل حتى تنقضي مدة الحمل وهي خمسة أعوام في المشهور وقيل أربعة وفاقا للشافعي وقيل سبعة وقال أبوحنيفة عامان"، ابن جزى، المرجع السابق، ص 189.

⁴ يرى الدكتور بلحاج العربي أن وضع المشرع الجزائري الأسري لعشرة أشهر كأقصى فترة للحمل يتفق مع رأي الأطباء الذين يؤكدون أن الحمل لا يمكث في بطن أمه أكثر من هذه المدة، بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 371.

⁵ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 403.

بها ابن حزم: "ولا يجوز إن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر ولا أقل من ستة أشهر لقول الله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) وقال تعالى: (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) فمن ادعى أن حملا وفصالا يكون في أكثر من ثلاثين شهرا فقد قال الباطل والمحال ورد كلام الله عز وجل جهارا"¹.

وبالإطلاع على الأحكام الشرعية التي نظم بها فقهاء المذاهب السنية مسألة العدة يبدو أن المشرع الجزائري اكتفى ببعض الأحكام فقط وآثر عدم تنظيم بعض المسائل التفصيلية بنصوص قانونية تاركا للقاضي مهمة البحث عن الحلول للنزاعات المتعلقة بالعدة التي تعرض عليه والتي لم يجد لها حكما في قانون الأسرة من أحكام الشريعة الإسلامية. وفي الواقع، فقد أحسن عملا بعدم تنظيم كل الحالات التي كانت محل تمحيص وتفصيل في الفقه الإسلامي لاستحالة ذلك، ومن بين تلك الحالات عرف الفقه الإسلامي دون قانون الأسرة الجزائري نوعا آخر من المعتدات تمثل في المطلقة المرتابة والمستحاضة، وعليه فما هو حكم عدة هذا النوع من النساء؟

بالنسبة للنساء في سن الحيض، فقد قسمهن ابن جزي إلى: معتادة ومرتابة ومستحاضة، وتعد المعتادة بثلاث قروء. ولو كانت تحيض من عام إلى عام أو أقل أو أكثر فعدتها بالأقراء كما سبق الإشارة إليه، أما حكم عدة المرتابة والمستحاضة في الفقه الإسلامي ففيه بعض التفصيل.

يقصد بالمرتابة المرأة التي ارتفعت حيضتها، وتعرف كذلك بمرتابة الحيض أو ممتدة الطهر²، وحكم عدتها عند المالكية أنه إذا ارتفعت حيضتها بدون سبب كالحمل والمرض، فإنها تترث مدة الحمل غالبا أي تسعة أشهر، فإذا لم تحض خلال تلك المدة تعدت بعدها ثلاثة أشهر، وتحل بعد سنة. أما إذا حاضت خلال تلك المدة أي خلال التسعة أشهر، فإنها تحسب ما مضى قروءا، ثم تنتظر القروء الثاني لإتمام تسعة أشهر فإن حاضت تحسب قروءا آخر، ثم تنتظر القروء الثالث لإتمام تسعة أشهر فإن حاضت تحسب قروءا. أما لو حاضت قبل تمام السنة ولو بساعة تحسب كل ما مضى قروءا وتستأنف تسعة أشهر ثم تعدت بثلاثة أشهر، أما إذا ارتفعت حيضتها بسبب الرضاع

¹ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ص 316.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 642.

تنتظر الحيض وإن طال الزمان، أما إذا ارتفع حيضها بسبب المرض ففي رواية فهي كالتى ارتفع حيضها بغير سبب، وفي رواية أخرى كالتى ارتفع حيضها بسبب الرضاع¹.

وفي الفقه الحنبلي من ارتفع حيضها، ولا تدري ما الذي رفعه، تعتد سنة، تسعة أشهر وهي مدة الحمل، وثلاثة أشهر للعدة، بينما تعتد التي ارتفع حيضها بسبب مرض أو رضاع حتى يعود الحيض، إلا إذا صارت يائسة فتعتد عدة اليائسة². بينما يرى الشافعية والحنفية أن المرتابة تبقى أبدا حتى تحيض أو تبلغ سن من لا تحيض، وبعد ذلك تعتد بثلاثة أشهر³، لأنها لما رأت الحيض، صارت من ذوات الحيض، لذلك لا تعتد بغيره⁴. ويبدو أن ما ذهب إليه وهبة الزحيلي حينما رجح رأي المالكية والحنابلة بخصوص حكم عدة المرتابة هو الأصوب والأقرب إلى التطبيق لما في ذلك من رفق بالناس، وعدم تطويل في العدة.

أما المستحاضة، فعند المالكية هي التي لا تميز بين دم الحيض وغيره فحكمها حكم المرتابة تقيم تسعة أشهر استبراء لزوال الرية، وتضيف لها عدة ثلاثة أشهر⁵. أما إذا كانت تميز بينهما، فقال ابن جزى أنه في رواية هي كغير المميزة، وفي رواية أخرى تعتد بالأقراء، وقال الدردير بأنها تعتد بالأقراء⁶. وعند الشافعية عدة المستحاضة المتحيرة ثلاثة أشهر لاشتمال كل شهر على طهر وحيض غالبا، ولعظم مشقة الإنتظار إلى سن اليأس⁷. أما عند الحنابلة، فعدة المستحاضة الناسية لوقتها، والمبتدأة المستحاضة، ثلاثة أشهر⁸. بينما في الفقه الحنفي حكم عدة ممتدة الحيض أي ممتدة الدم أو المستحاضة وهي المتحيرة التي نست عادتتها في المفتى به ستة أشهر للإطهار، كل

¹ ابن جزى، المرجع السابق، ص 188.

² علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج9، ص285-287.

³ ابن جزى، المرجع السابق، ص 188.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 642.

⁵ قال الدردير: "فعدة المستحاضة غير المميزة ومن تأخر عنها الحيض لا لعدة أو لعدة غير رضاع سنة كاملة، وفي الحقيقة تمكث تسعة أشهر لزوال الرية، لأنها مدة الحمل غالبا، ثم تعتد بثلاثة أشهر"، أحمد الدردير، المرجع السابق، ج2، ص 196.

⁶ ابن جزى، المرجع السابق، ص 188؛ أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 196.

⁷ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج5، ص 80.

⁸ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج9، ص 286.

طهر يقدر بشهرين، وثلاث حيض بشهر احتياطياً، فكانت عدتها سبعة أشهر، أما إذا كانت تعلم عادتها، فإنها ترد إلى عادتها¹.

بعد الإطلاع على حكم عدة المرتابة والمستحاضة في الفقه الإسلامي، يمكن القول أنه كان على المشرع الأسري الفصل في هذه المسائل بنصوص قانونية درءاً لكل التباس أو غموض، وحبذا لو نص على أن عدة المرتابة هي سنة وعدة المستحاضة ثلاثة أشهر. الجدير بالذكر أن بعض القوانين العربية الأسرية خصت أحكاماً لمثل هذه الحالات كقانون الأحوال الشخصية السوري الذي نص في المادة 121 ف 2 على أن: "عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي:

2- سنة كاملة ممتدة الطهر التي يجيئها الحيض أو جاءها ثم انقطع ولم تبلغ سن اليأس".

وفي ختام هذا الفرع، لا بد من الإشارة إلى أن العدة من النظام العام، إذ يجب على المطلقة أن تعتد، وفقاً لما استقر عليه رأي المحكمة العليا القائل بأنه لا طلاق بدون عدة وبدون منح نفقة عنها، ما دامت من النظام العام، وقد تجسد هذا الموقف في قرارها الذي قضى بما يلي: "لكن حيث أن قاضي أولى درجة ارتكب خطأ آخر عندما قضى بالطلاق في قضية الحال دون منح المطلقة نفقة العدة، لأن المطلقة يجب عليها أن تعتد من كل طلاق، وبالتالي فالنفقة في قضية الحال واجبة على الزوج والزوجة عليها أن تعتد لأن العدة تعد من النظام العام.

وحيث يتعين لما ذكر أعلاه القضاء بنقض وإبطال الحكم محل الطعن..."².

غير أنه بالرجوع إلى الواقع، يلاحظ أنه قبل وقوع الطلاق ومباشرة بعد نشوب الخلاف بين الزوج والزوجة، أو أثناء سير الدعوى تغادر الزوجة مسكن الزوجية، وتقيم عند أهلها إلى غاية صدور الحكم القاضي بالطلاق. ورغم أن المشرع منحها الحق في السكن أثناء العدة، إلا أنه يبدو أن هذا الحكم غير مطبق في الواقع، بل أكثر من ذلك فإنه من غير المؤكد أن أغلب المطلقات يتربصن بأنفسهن مدة العدة، وذلك لعدم وجود آلية قانونية تسمح بمراقبة عدة المرأة المطلقة. رغم ما للعدة من أهمية في حفظ الأنساب ومنع اختلاطها.

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 187.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 17/05/2006، ملف رقم 362531، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 2، ص 455.

فمن الواجب شرعا وقانونا أن تعدد المطلقة، لأنه مع غياب الوازع الديني وأمام ما يشهده المجتمع من تحرر قد تمارس الزوجة الرذيلة بعد مغادرتها بيت الزوجية قبل صدور حكم الطلاق أو بعده أثناء عدتها وينتج عن ذلك اختلاط الأنساب، فقد ينسب الإبن للزوج المطلق بمتانا وزورا لأنها قد تحمل وتضع مولودها خلال مدة 10 أشهر التي حددها المشرع الجزائري كأقصى مدة حمل¹، وفي هذا خطر كبير على الأسرة والمجتمع وعلى توازنه، لأن الضحية حتما سيكون الزوج والولد أولا ومن بعده الأسرة والمجتمع.

ونتيجة لذلك، فإن التزام المطلقة بالعدة الشرعية أصبح خاضعا لإرادتها، فإذا كانت محافظة تقيم شرع الله تعهد، أما إذا كانت متحررة، فإنها لا تعهد. والجدير بالملاحظة، أن الأحكام القضائية التي تقضي بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الخلع تكتفي فقط بالحكم بنفقة العدة دون الحكم بوجود اعتداد المرأة وفقا لما تقتضيه أحكام الشريعة الإسلامية. والمعتمدة فقها ملزمة بالبقاء في البيت وعدم الخروج إلا للضرورة²، قال ابن جزري: "تقيم المعتدة من طلاق أو وفاة في بيتها ولا تخرج إلا من ضرورة فإن خرجت من غير عذر ردها السلطان وللمعتدة الخروج لعذر من لصوص أو لهدم الدار أو غلاء كرائها فإن انتقلت لزمها المقام حيث انتقلت ولها الخروج نهارا في حوائجها ولا تبيت إلا في دارها"³.

ويتجسد رأي المحكمة العليا القاضي بأن العدة من النظام العام فقط في استحقاق الميراث عند وفاة أحد الزوجين أثناء العدة، وفي تقييد إعادة المطلقة للزواج بوجود انتهاء العدة، إذ أدرجها المشرع الأسري ضمن المحرمات مؤقتا بموجب المادة 30 ف3 ق.أ التي حرمت من النساء مؤقتا المعتدة من طلاق أو وفاة. ونتيجة لذلك، يتعين على ضابط الحالة المدنية أو الموثق التأكد من انقضاء عدة المطلقة قبل إبرامه لعقد زواجهما من الوثائق التي أوجب قانون الحالة المدنية على

¹ تنص المادة 42 من ق.أ على أنه: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشر(10) أشهر."، وتنص المادة 43 من ق.أ على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة(10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"؛ من النص الأخير يبدو أن المشرع الجزائري لم يوفق في صياغته إذ أن استعماله لمصطلح الانفصال يحمل أكثر من معنى ويحتمل أكثر من تأويل، فهل قصد بذلك التاريخ تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق أم تاريخ الحكم القضائي الذي قضى بفك الرابطة الزوجية، والراجح من فلسفة المشرع الجزائري في تنظيمه لمسائل فك الرابطة الزوجية أنه قصد بها الإحتمال الثاني، والجدير بالتنويه أنه استعمل في نص المادة 60 من ق.أ مصطلح الطلاق.

² السيد سابق، المرجع السابق، ص 284، 285.

³ ابن جزري، المرجع السابق، ص 191.

طالب الزواج أن يقدمها بموجب المادة 75 ف2 من قانون الحالة المدنية¹ التي نصت على أنه:
"يجب على المرأة التي حل زواجها السابق أن تقدم حسب الحالة:

- إما نسخة من عقد وفاة الزوج السابق أو نسخة من عقد الميلاد يشار فيها إلى وفاته
أو الدفتر العائلي الذي قيد عقد الوفاة.

- وإما ملخصا عن عقد الزواج أو الولادة يتضمن عبارة الطلاق أو الدفتر العائلي الذي
يتضمن هذه العبارة أو نسخة عن حكم الطلاق مرفوقا بشهادة القاضي أو كاتب الضبط المختص
يشهد بأنه صار نهائيا".

لذلك كله، ينبغي التنصيص في قانون الأسرة على أن الزوجة المطلقة يجب عليها أن تعتد في
بيت يوفره لها الزوج، سواء كان بيت الزوجية أو بيتا آخر، وعلى ألا تخرج منه إلا للضرورة
القصوى، وعلى القاضي أن يحكم بذلك دون أن يطلبه الخصوم باعتبار العدة من النظام العام
تحت طائلة تعريض حكمه للنقض، وإلا فما فائدة من وضع نص لا يفي بالغرض المنتظر من
العدة.

للإشارة نصت المادة 61 من ق.أ على أنه لا تخرج الزوجة المطلقة من السكن العائلي
مادامت في عدة طلاقها إلا في حالة الفاحشة المبينة. وتعليقا على استعمال المشرع لمصطلح
"البيت العائلي" يرى الأستاذ تشوار جيلالي أن هذا ينم عن نقص في حسن صياغة والدقة في هذه
المادة مثلما تقتضيه طبيعة القاعدة القانونية لأن إقرار مصطلح "البيت العائلي" لا يتماشى مع
الطلاق البائن².

إضافة إلى ذلك، فإن نص المادة 61 ق.أ لا نجد له تطبيقا في الأحكام القضائية القاضية
بفك الرابطة الزوجية إلا في الشق المتعلق بنفقة المعتدة، وكأن الشق المتعلق ببقاء المطلقة في البيت
الزوجية أثناء العدة غير ذي أهمية، إن شاءت بقيت، وإن شاءت خرجت. وهذا منافي تماما
للحكمة من العدة، إذ يجب على المطلقة بعد البناء أن تعتد ببقائها في بيت الزوجية أو أي بيت
على نفقة الزوج حتى تنقضي عدتها درءا لأي شبهة أو مفسدة. والعدة حق للزوج والولد والمجتمع
من شأنها أن تقف حائلا دون اختلاط الأنساب إضافة إلى الغرض التعبدي من وراء تشريعها.

¹ الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية رقم 21، بتاريخ 27 فبراير 1970، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014، الجريدة الرسمية رقم 49، بتاريخ 20 أوت 2014.

² تشوار جيلالي، بعض المآخذ...، المرجع السابق، ص 198.

والواضح من أحكام العدة في قانون الأسرة أنها تخص جميع صور فك الرابطة الزوجية بما فيها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق الخلعي، إذ أن العدة واجبة على المطلقة والمخالعة نفسها.

بعد دراسة بعض أحكام العدة، فإنه يطرح التساؤل التالي: هل للمعتدة الحق في السكنى؟

الفرع الثالث

حق المعتدة في السكن

من المقرر شرعا وقانونا أن العدة هي تلك المدة التي تنتظر فيها المرأة وتمتنع عن الزواج بعد وفاة زوجها أو فراقه لها¹، لذلك فإن ممارسة العدة تقتضي بقاء المطلقة في سكن أثناء العدة، لكن ما دامت المرأة محتبسة أثناء تلك الفترة، فإن التساؤل الذي يطرح هو هل للمعتدة على زوجها الذي طلقها سكنها؟ وإذا كان كذلك فما هي الأحكام الشرعية والقانونية التي تنظم ذلك؟

مما لا شك فيه أن المطلقة تحتاج إلى سكن تعتد فيه وإلى نفقة خلال عدتها، وما دام أن من بين غايات تشريع العدة استبراء الرحم، فإن المعتدة مكلفة بقضاء مدة العدة في بيت الزوجية، وهي محتبسة لحق زوجها الذي طلقها عليها². لذلك يتعين على الزوج توفير سكن لها طوال مدة عدتها، كما يتعين عليه منحها نفقة العدة، إذ اعترف المشرع الجزائري بحق الزوجة المطلقة في السكن وفي النفقة أثناء عدتها بنصه في المادة 61 ق.أ. على أنه لا تخرج الزوجة المطلقة من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

وعلى اعتبار أن جميع صور فك الرابطة الزوجية بما فيها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق الخلعي تثبت بموجب بحكم قضائي، فإن الطلاق الذي يصدر بناء على حكم قضائي هو طلاق بائن، فإن المشرع الجزائري قد منح الحق في السكن وفي النفقة للمطلقة طلاقا بائنا أثناء العدة بموجب المادة 61 ق.أ، الأمر الذي يدعو إلى استقراء الآراء الفقهية حول هذه المسألة للبحث عن الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري عند وضعه لهذا النص.

¹ السيد سابق، المرجع السابق، ص 277.

² السيد سابق، المرجع السابق، ص 287.

يرى المالكية أن للمطلقة رجعيًا والمطلقة الحامل ولو كانت بائنا في عدتها النفقة والسكنى، أما المطلقة البائن فلها السكنى وليس لها النفقة¹. وقد وافقهم في ذلك الشافعية² الذين قالوا بوجود السكنى والنفقة على الزوج إذا طلق زوجته بعد الدخول طلاقًا رجعيًا، أما إذا طلقها طلاقًا بائنا فتجب عليه سكنها مدة العدة سواء كانت حائلاً أو حاملاً. وقد استدلووا في ذلك بقوله عز وجل: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ"³. وتجب عليه نفقة المطلقة طلاقًا بائنا الحامل دون الحائِل، واستدلوا في ذلك بقوله عز وجل: "وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"⁴. بينما يرى الحنفية أن للزوجة المطلقة النفقة والسكنى في عدتها سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنا⁵. أما الحنابلة فيرون بأن على الزوج نفقة المطلقة طلاقًا رجعيًا، وكسوتها، وسكنها، أما المطلقة طلاقًا بائنا فلها النفقة والسكنى إذا كانت حاملاً، وليس لها شيء إذا كانت مطلقة طلاقًا بائنا وكانت غير حامل⁶.

انطلاقاً مما تقدم الإشارة إليه، يظهر أن المالكية والحنفية والشافعية قد اتفقوا على حق المطلقة في السكنى أثناء عدتها مهما كان نوع الطلاق، وخالفهم في ذلك الحنابلة الذين استثنوا المطلقة طلاقًا بائنا الغير حامل من الحق في السكن، وبتقرير المشرع الجزائري لحق المطلقة المعتدة في السكن يكون قد تبني رأي جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية.

¹ ابن جزري، المرجع السابق، ص 190.

ورد في المدونة: "قلت رأيت المطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا هل تلزمه النفقة والسكنى في قول مالك أم لا (قال) قال مالك السكنى تلزمه لمن كلهن وأما النفقة فلا تلزم الزوج في المبتوتة ثلاثا كان طلاقه إياها أو صلحا إلا أن تكون حاملا فتلزمه النفقة والنفقة لازمة للزوج في كل طلاق يملك فيه الزوج الرجعة حاملا كانت امرأته أو غير حامل لأنها تعد امرأته على حالها حتى تنقضي عدتها".
ودليل المالكية على عدم استحقاق المبتوتة نفقة العدة ما جاء في المدونة:

"قلت ولم جعلتم السكنى للمبتوتة وأبطلتم النفقة في العدة (قال) كذلك جاء الأثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرنا بذلك مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال المبتوتة لا نفقة لها مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو ابن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة"، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 48.

² أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 620.

³ سورة الطلاق، الآية 6.

⁴ سورة الطلاق، الآية 6.

⁵ برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ص 392؛ ابن جزري، المرجع السابق، ص 190.

⁶ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 9، ص 360-361.

واشترط المشرع الجزائري في المادة 61 أعلاه بقاء المطلقة المعتدة ببيت الزوجية بعدم الإتيان بفاحشة مبينة، وقد استنبط ذلك من قوله عز وجل "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا"¹. غير أنه لم يحدد الفاحشة المبينة. وترك الأمر مبهما²، أمام اختلاف الفقهاء في تفسير الفاحشة المبينة، ففي هذا الشأن قال الطبري: "واختلف أهل التأويل في معنى الفاحشة التي ذكرت في هذا الموضع، والمعنى الذي من أجله أذن الله بإخراجهن في حال كونهن في العدة من بيوتهن، فقال بعضهم: الفاحشة التي ذكرها في الموضع هي الزنا، والإخراج الذي أباح الله هو الإخراج لإقامة الحد... وقال آخرون: الفاحشة التي عناها الله في هذا الموضع: البذاء على أحمائها... وقال آخرون: بل هي كل معصية لله... وقال آخرون: بل ذلك نشوزها على زوجها... وقال آخرون: ...خروجها من بيتها..."، ليخلص إلى القول: "والصواب من القول في ذلك عندي قول من قال: عني بالفاحشة في هذا الموضع: المعصية، وذلك أن الفاحشة هي كل أمر قبيح تعدى فيه حده، فالزنى من ذلك، والسرقة والبذاء على الأحماء، وخروجها متحوّلة عن منزلها الذي يلزمها أن تعتدّ فيه منه، فأبي ذلك فعلت وهي في عدتها، فلزوجها إخراجها من بيتها ذلك، لإتيانها بالفاحشة التي ركبها"³، في هذا السياق ذهب الأستاذ المصري مبروك إلى القول: "نقترح على المقنن أن يعتبر الفاحشة كل معصية كما رجعها الإمام الطبري كالزنا والبذاء على الأحماء وخروجها متحوّلة"⁴.

¹ سورة الطلاق، آية 1.

² في هذا الشأن قال الأستاذ تشوار جيلالي: "...غير أن الفاحشة التي قصدتها المشرع في هذا النص يمكن أن يحتوي مدلولها على عدة معاني إذا ما أردنا الأخذ بمعناها الواسع، حيث يدخل في طياتها الزنى، شرب الخمر، المخدرات، السرقة والسحر،... الخ". تشوار جيلالي، بعض مآخذ...، المرجع السابق، ص 198.

³ أنظر، أبو جعفر محمد جرير أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ط 1، ج 23، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، 2001، ص 32 و36.

⁴ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 487.

وعليه، فإنه من الأحسن أن يحدد المشرع معنى الفاحشة المبنية، ولا بأس أن يحددها بكل خروج عن السلوك المألوف للمرأة الجزائرية كارتكاب المعاصي من زنا وشرب للخمر، أو عدم إلتزامها بقيم المجتمع الجزائري المستقاة من تعاليم الشريعة الإسلامية والعرف.

المطلب الثاني

الحضانة

تعتبر الحضانة من بين أهم آثار فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق الخلعي لارتباطها ارتباطا وثيقا بالطفل الذي يمثل الحلقة الأضعف في فك الرابطة الزوجية، إذ يجد نفسه بين عشية وضحاها أمام واقع صعب ومر نتيجة لانفصال الأب والأم عن بعضهما البعض، بعدما كان ينعم برعايتهما وعنايتهما وهما تحت سقف واحد.

وحتى لا يترك الطفل ضحية لنزاع والديه، وما يترتب على ذلك من تأثيرات نفسية سيئة على الطفل تؤثر على نموه الطبيعي وتوازنه النفسي، كفلت الشريعة الإسلامية حقوق هذا الطفل، بأن شرعت الحضانة وأحاطتها بجملة من الأحكام الشرعية التي ترمي إلى حمايته، على أساس أنها تمثل أهم مرحلة من أهم المراحل في نمو الطفل البدني واللغوي والعقلي والأخلاقي، لأن في هذه المرحلة يتشكل البناء النفسي الذي يمثل قاعدة تقوم عليها أعمدة الصحة النفسية والخلقية¹.

وبالنظر إلى ما تكتسبه الحضانة من أهمية بالغة باعتبارها أثرا من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، فإنه من الضروري الإجابة على التساؤلات التالية: ما هو مفهوم الحضانة؟ وما هي شروطها ومن لهم الحق فيها؟ وما هو مصير الولاية بعد إسناد الحضانة؟ وما هي أحكام حق الزيارة؟

لذلك تستدعي الدراسة البحث في ماهية الحضانة (الفرع الأول) وفي شروطها ومستحقيها (الفرع الثاني) والولاية وحق الزيارة بعد إسناد الحضانة (الفرع الثالث).

¹ أنظر، حسن محمد هند ومصطفى عبد المحسن الحبشي، النظام القانوني لحقوق الطفل، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 16.

الفرع الأول

ماهية الحضانة

حتى يمكن الوقوف على مفهوم واضح للحضانة لا بد من دراسة تعريفها، والبحث في مشروعيتها (أولاً) وبعد ذلك دراسة تعريف الطفل المحضون ومدة الحضانة (ثانياً).

أولاً: تعريف الحضانة ومشروعيتها:

إن الخوض في الحديث عن الحضانة يتطلب تعريفها ثم البحث في مشروعيتها.

أ- تعريف الحضانة:

حضانة وحضانة لغتان من الحضانة وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل: هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان، وحضان جمع حاضن لأن المربي والكافل يضم الطفل إلى حضنه، وبه سميت الحاضنة، وهي التي تربي الطفل والحضانة، بالفتح: فعلها¹.

أما في اصطلاح الفقهاء، فيعرف بعض الفقهاء الحنابلة الحضانة على أنها حفظ صغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحة²، وحفظ الطفل عما يضره، وتربيته بغسل رأسه وبدنه وثيابه، ودهنه وتكحيله وربطه في المهد، وتحريكه لينام، ونحو ذلك، وهي حفظ من لا يستقل بنفسه وتربيته حتى يستقل بنفسه³.

ويعرفها الشافعية على أنها حفظ من لا يستقل وتربيته⁴، والقيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه⁵. أما الحنفية فيعرفونها على أنها تربية الولد⁶ ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة⁷. بينما يعرف المالكية الحضانة على أنها

¹ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان...، المرجع السابق، م13، ص 122.

² منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، عمدة الطالب...، المرجع السابق، ص 219.

³ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج9، ص 214.

⁴ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج5، ص 191.

⁵ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج9، ص 98.

⁶ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 254.

⁷ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج5، ص 252.

حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه¹، وحفظ الولد والقيام بمصالحه².

وتعرف الحضانة كذلك بأنها تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعاً³، والقيام بشؤونه في سن معينة ممن له حق في تربيته من محارمه⁴، كما تعرف على أنها القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤديه أو يضره وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها⁵.

أما المشرع، فعرفها بموجب المادة 62 ف1 ق.أ بقوله: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا". ومن خلال التمعن في تعريف المشرع الجزائري للحضانة يبدو بجلاء أنها تتمثل في توفير الرعاية للطفل والقيام بتعليمه وتربيته وحمايته وحفظه لأن الطفل في هذه المرحلة يكون في أمس الحاجة لهذه الأمور حتى ينشأ نشأة سوية ولأنه لا يستطيع القيام بها فإن هذه المسؤولية تقع على حاضنه.

ويبدو من خلال ما تضمنته التعاريف التي وضعها فقهاء المذاهب السنية والتي سبق التنويه بها أن المشرع الجزائري لم يحد عن مضمونها، وبدا تأثره بها واضحا لما وضع تعريفا للحضانة رغم أن مهمة وضع التعاريف عادة تكون من اختصاص الفقهاء لا المشرعين، وقد اعتبر البعض تعريف قانون الأسرة الجزائري للحضانة على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها أحسن تعريف من حيث شمول حاجيات المحضون الصحية والدينية والتربوية والخلقية⁶.

كما أن ما ورد في المادة 62 ف1 ق.أ يستجيب إلى أبعد الحدود لمبادئ الدستور الخاصة بحماية الطفل⁷، ولتطلبات اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل¹، حيث يلاحظ على أن ما جاء

¹ محمد بن عرفة الورغمي التونسي، المختصر الفقهي...، المرجع السابق، ج5، ص 49.

² شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 526.

³ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 46.

⁴ أنظر، عبدالوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط1990، ص2، ص194.

⁵ باديس دياي، صور وآثار...، المرجع السابق، ص 123.

⁶ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 139.

⁷ تنص المادة 71 ف 2 من الدستور: "حقوق الطفل محمية من طرف الدولة والأسرة مع مراعاة المصلحة العليا للطفل".

به التعريف من مفاهيم يصب في نفس الإتجاه الذي ذهبت إليه الإتفاقية، فرعاية الولد والسهر على حمايته حقان ينسجمان مع ما جاءت به المادة 3 ف2 من الإتفاقية التي جاء فيها: "تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهه، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونا عنه، وتتخذ، لتحقيقا لهذا الغرض، جميع التدابير التشريعية والإدارية". أما حق الطفل في التعليم الذي ورد في تعريف المشرع الجزائري للحضانة هو نفسه المبدأ الذي جاءت به الإتفاقية في المادة 28 التي دعت الدول الأطراف إلى الاعتراف بحق الطفل في التعليم. كما أن حفظ الطفل صحة حق أقرته اتفاقية حقوق الطفل بموجب المادة 24 التي جاء في فقرتها الأولى: "تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي. وتبذل الدول الأطراف قصار جهدها لتضمن ألا يحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية".

أما ما جاء في تعريف المشرع للحضانة على أنها تربية الولد على دين أبيه فيتعارض كلياً مع نص المادة 14 فقرة 1 من الاتفاقية التي تنص على أنه: "تحتزم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين"، لأن ذلك لا يتناسب مع فلسفة المشرع المبنية أساساً على مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء وأحكام قانون الأسرة التي تدعو إلى تربية الولد على دين أبيه، وما دامت تلك الأحكام تحرم زواج المسلمة بغير المسلم وتجزئ للمسلم الزواج بالكتائية، فإن ما تقصده أحكام الشريعة الإسلامية التي تنظم العلاقات بين المسلمين بدين أبيه هو الإسلام. وهو نفس ما قصده أحكام الحضانة في قانون الأسرة. فإذا كانت الزوجة كتائية وأسندت إليها الحضانة يجب عليها مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في تربية الطفل المحضون حتى يتربى وينشأ على دين أبيه. وأمام هذا التضارب بين ما جاءت به الإتفاقية وأحكام قانون الأسرة المتعلقة بمسألة الحضانة المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، قامت الحكومة الجزائرية بتقديم تصريح تفسيري² بخصوص هذه المادة³ وفقاً لنص المادة 51 الذي يتيح للدول تقديم تحفظات والذي نص على ما يلي:

¹ صادقت على هذه الاتفاقية الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/20، وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 92/06 المؤرخ في 1992/11/17، ج. ر. 1992/11/18، عدد 83.

² تأخذ التصريحات التفسيرية مفاهيم متعددة في إطار القانون الدولي العام، فأحياناً تأخذ مفهوم التحفظ، وأحياناً أخرى مفهوم التفسير.

³ تضمنت التصريحات التفسيرية للحكومة الجزائرية بخصوص اتفاقية حقوق الطفل ما يلي:

1. يتلقى الأمين للأمم المتحدة نص التحفظات التي تبديها الدول وقت التصديق أو الانضمام، ويقوم بتعميمها على جميع الدول.
 2. لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لهدف هذه الاتفاقية وغرضها.
 3. يجوز سحب التحفظات في أي وقت بتوجيه إشعار بهذا المعنى إلى الأمين العام للأمم المتحدة، الذي يقوم عندئذ بإبلاغ جميع الدول به. ويصبح هذا الإشعار نافذ المفعول اعتبارا من تاريخ تلقيهم تقبل الأمين العام".
- والجدير بالملاحظة، أن اتفاقية حقوق الطفل تبنت الحضانة كوسيلة لحماية الأطفال ورعايتهم في ديباجتها التي جاء فيها: "وإذ تشير إلى أحكام الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم، مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي"، وفي المادة 20 ف3 منها التي نصت على أنه: "يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو عند الضرورة، الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال". كما ورد مصطلح الحضانة في المادة 40 ف4 منها التي جاء فيها: "تتاح ترتيبات مختلفة، مثل أوامر الرعاية والإرشاد والإشراف، والمشورة، والاختبار، والحضانة، وبرامج التعليم والتدريب المهني وغيرها من بدائل الرعاية المؤسسية، لضمان معاملة الأطفال بطريقة تلائم رفاههم وتناسب مع ظروفهم وجرمهم على السواء".

ب- مشروعية الحضانة:

ثبتت مشروعية الحضانة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع، فقد قال الله عزوجل: "قل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا"¹، وجه الدلالة في هذه الآية على مشروعية الحضانة تربية الوالدين لأطفالهما لذلك وجب دعاء الأبناء لهما بالرحمة كما رحمهم ورباهم في صغرهم حتى استقلوا بأنفسهم واستغنوا عنهما. قال الطبري في تفسيره لهذه الآية: "وأما قوله وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا فإنه يقول: ادع الله لوالديك بالرحمة، وقل رب ارحمهما، وتعطف عليهما بمغفرتك

¹ "أحكام الفقرة الأولى و الثانية من المادة 14 ستفسرها الحكومة الجزائرية بمراعاة الركائز الأساسية للنظام القانوني في الجزائر وبالأخص :

- الدستور الذي ينص في مادته الثانية على أن الإسلام دين الدولة.

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن لقانون الأسرة الذي ينص على أن تربية الطفل تتم وفقا لدين أبيه. "

¹ سورة الإسراء، الآية 24.

ورحمتك، كما تعطفنا علي في صغري، فرحمني وربباني صغيرا، حتى استقلت نفسي، واستغنيت عنهما"¹.

وقال الله سبحانه وتعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"²، وجه الدلالة في هذه الآية على مشروعية الحضانة أن الأم أولى وأحق من غيرها من النساء برضاع ابنها وحضانته إلى أن يستغني عن نفسه³. قال القرطبي في تفسيره لهذه الآية: "ولما ذكر الله سبحانه النكاح والطلاق ذكر الولد؛ لأن الزوجين قد يفتقران وثمة ولد، فالآية إذا في المطلقات اللاتي لهن أولاد من أزواجهن، قاله السدي والضحاك وغيرهما، أي هن أحق برضاع أولادهن من الأجنبيات لأنهن أحن وأرق، وانتزاع الولد الصغير إضرار به وبها، وهذا يدل على أن الولد وإن فطم فالأم أحق بحضانته لفضل حنوها وشفقتها، وإنما تكون أحق بالحضانة إذا لم تتزوج"⁴.

ومن السنة النبوية، روى أن امرأة قالت: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني"، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"⁵، يظهر من هذا الحديث النبوي الشريف أن الأم أولى برعاية الصغير وفي هذا دليل ثابت على مشروعية الحضانة.

أما من الإجماع، فلا خلاف في وجوب حضانة وكفالة الصغار، لأن الطفل الصغير لا يستطيع أن يرعى نفسه، بل يحتاج إلى من يربيه ويرعاه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته⁶. واختلف الفقهاء حول صاحب الحق في الحضانة، فالحضانة حق للحاضن في المشهور عند المالكية⁷، وهو رأي للحنفية، وقيل أنها حق للمحضون¹.

¹ أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري...، المرجع السابق، ج 5، ص 22.

² سورة البقرة، الآية 233.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد...، المرجع السابق، ص 318.

⁴ أنظر، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج 3، ص 160.

⁵ أنظر، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية، ج 6، محمد عبد المحسن صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط 2، 1968، ص 371.

⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد...، المرجع السابق، ص 318.

⁷ "لأن الحضانة حق للحاضن على المشهور، وقيل حق للمحضون"، أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج 2، ص 222.

ثانيا: مفهوم الطفل المحضون ومدة الحضانة:

إذا كانت الحضانة هي رعاية الطفل وحفظه مما يضره فإنه من الضروري الوقوف على مفهوم الطفل المحضون ومدة الحضانة.

أ- مفهوم الطفل المحضون:

قبل تعريف الطفل المحضون لا بأس من الوقوف على تعريف الطفل الذي ورد في اتفاقية حقوق الطفل باعتبارها صكاً دولياً عني بشؤون الطفل بامتياز، والتعاريف التي خصته بها بعض القوانين الجزائرية. وما يمكن قوله في هذه المسألة هو أنه حرصت اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل على تعريف الطفل قبل التطرق لحقوقه رغبة من واضعيها في تمييزه عن باقي الفئات الأخرى، وإزالة كل لبس أو غموض قد يعتري وضع مشروع الدول الأطراف في الاتفاقية لقواعد قانونية تتعلق بحقوق هذه الفئة من الناس، إذ عرفت المادة الأولى منها الطفل على أنه لأغراض هذه الاتفاقية، يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه". كما أن المادة 2 منها دعت الدول الأطراف إلى احترام الحقوق الموضحة فيها وضماتها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز. ويلاحظ من مضمون المادة الأولى من الاتفاقية أنها كرست مفهوم الطفل بالاعتماد على السن فقط دون وضع تعريف للطفل ودون توضيح تقسيمات مراحل الطفولة².

وقد سار القانون الجزائري على درب القانون الدولي بشأن تعريف الطفل، حيث اعتمد هو الآخر على السن لفصل الطفل عن غيره من الفئات³، إذ حدد المشرع سن الرشد بـ 19 سنة في القانون المدني، وقانون العمل خفض سن الحداثة إلى 16 سنة⁴، أما قانون العقوبات، فإن سن

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 718-719.

² تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص 55، 57.

³ أنظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 46.

⁴ المادة 15 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل و المتمم تنص على أنه:

" لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ست عشر سنة (16) إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهيدي، التي تعد وفقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما. ولا يجوز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وصيه الشرعي كما أنه لا يجوز استخدام العامل القاصر في الأشغال الخطيرة أو التي تنعدم فيها النظافة أو تضر صحته أو نمس بأخلاقه"

المسؤولية الجنائية فيه هي 18 سنة¹. ولم يشذ قانون حماية الطفل² عن القاعدة حينما وضع مفهومًا للطفل على أساس معيار السن، ولم يشذ قانون حماية الطفل³ عن القاعدة حينما وضع مفهومًا للطفل على أساس معيار السن، فقصد في مفهوم هذا القانون بمصطلح الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة.

أما بخصوص مفهوم المحضون، فمن الأهمية بمكان التطرق إلى المفاهيم التي وضعها فقهاء المذاهب السنية لتعريف المحضون أولاً، ثم التعرّيج بعد ذلك إلى مفهوم المحضون من منظور قانون الأسرة الجزائري.

في الحقيقة، لم يحض تعريف الطفل المحضون باهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بالقدر الكبير الذي أولوه لتعريف الحضانة، فلم يرد تعريف المحضون إلا نادراً مقارنة مع تعريف الحضانة الذي كتب فيه الكثير⁴. وقد عرفه ابن جزري بقوله: "المحضون هو من لا يستقل كالصغير والمجنون والمعتهو وإن كانا كبيرين"⁵. كما يمكن استخلاص تعريف المحضون من خلال التعاريف التي خص بها الفقهاء الحضانة، فالمحضون هو من لا يستقل بأموره، أو الولد، أو الطفل إلى غاية التمييز⁶ أو

¹ المادة 49 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم. تنص على أنه: "لا يكون محلاً للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر (10) سنوات.

لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من 10 إلى أقل من 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب. ومع ذلك، فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلاً إلا للتوبيخ.

ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة."

² قانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015، يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية، عدد 39، مؤرخة في 19 يوليو 2015، ص 4.

³ قانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015، يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية، عدد 39، مؤرخة في 19 يوليو 2015، ص 4.

⁴ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص 62.

⁵ ابن جزري، المرجع السابق، ص 180.

⁶ جاء في الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي: "تستمر فترة الحضانة شرعاً إلى أن تتكامل في الطفل التمييز، والمقصود بالتمييز أن يستقل الطفل بشؤونه الخاصة، دون الحاجة إلى معونة أحد، والمراد بشؤونه الخاصة: تناول الطعام والشراب، وقضاء الحاجة، والتبرّز من الأدران، والقيام بأعمال الطهارة، من وضوء ونحوه. وقد حدّد سن التمييز بسبع سنين، إذ يتكامل التمييز عنده غالباً. فإذا أتمّ الطفل السابعة من عمره، وكان مميزاً، فإن مدّة الحضانة تنتهي عند ذلك وتبدأ مرحلة أخرى من الرعاية تسمى كفالة"، مصطفى الخن ومصطفى البغا وعلي الشريحي، المرجع السابق، ج4، ص 194.

البلوغ¹. جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة: "هي بفتح الحاء لغة مأخوذة من الحضن بكسرهما وهو الجنب لضم الحاضنة المحضون إليه وتنتهي بالبلوغ وبعد التمييز تسمى كفالة"². وقد حددوا التمييز بسبع سنين، فيدخل في فئة من لا يستقل بأموره الطفل دون سن التمييز أو البلوغ والكبير المجنون أو المعتوه، وهو الأمر الذي يمكن استنباطه من الفقه الإسلامي. فقد جاء في المهذب في الفقه الشافعي: "وإن كان لهما ولد مجنون أو صغير لا يميز وهو الذي دون سبع سنين وجبت حضنته، لأنه إن ترك حضنته ضاع وهلك"³، كما جاء في عمدة الطالب لنيل المآرب أنها: "تجب لحفظ صغير ومعتوه ومجنون"⁴.

ومن الفقهاء المعاصرين، عرف وهبة الزحيلي المحضون على أنه: "هو من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل، وكبير مجنون أو معتوه، فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه"⁵.

وانطلاقاً مما سبق ذكره، يمكن تعريف الطفل المحضون على أنه هو كل شخص قاصر تثبت له الحضانة من جراء طلاق أو وفاة، سواء كان هذا القصر بسبب صغر سنّه أو ضعف عقله⁶. ويقصد بالمحضون في هذا البحث الولد الذي افترق أبواه بعد الطلاق، مع الإشارة إلى أن المشرع استعمل مصطلح ولد للتعريف بالمحضون في نص المادة 62 ق.أ: "الحضانة هي رعاية الولد..."، وفي المادة 64 ق.أ: "الأم أولى بحضانة ولدها..."، فالمحضون في قانون الأسرة هو الذكر الذي لم يبلغ 10 سنوات، أو 16 سنة بعد تمديد الحضانة، والأنثى إلى غاية سن الزواج.

ب-مدة الحضانة:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى سن التمييز، حيث يرى الحنفية أنها تنتهي ببلوغ الطفل السن التي يستطيع فيها الإستغناء عن خدمة النساء،

¹ يرى المالكية أن احتلام الغلام علامة على بلوغه، جاء في رسالة أبي زيد القيرواني: "والحضانة للأم بعد الطلاق إلى احتلام الذكر ونكاح الأنثى ودخول بها"، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، المرجع السابق، ص 139.

² شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتان...، المرجع السابق، ج 4، ص 88.

³ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 640.

⁴ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، عمدة الطالب...، المرجع السابق، ص 219.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 725.

⁶ المرجع نفسه، ص 50.

وقدر زمن استقلاله بسبع سنين أو ثمانية سنين، وبالبلوغ الطبيعي للطفلة الصغيرة، بأن صارت تحيض، ويكون ذلك ببلوغها تسعة سنين أو إحدى عشر سنة¹.

أما عند المالكية، فتستمر الحضانة في الصغير إلى البلوغ، وفي الأثنى إلى الزواج ودخول الزوج بها². بينما في مذهب الشافعية، فللصغير ثلاثة أحوال، إذا كان أقل من سبع سنين، فالأم أولى بالحضانة من الأب، أما إذا بلغ سبع سنين ينظر إذا كان مميزاً، فإن لم يكن له تمييز فيعامل كما قبل السبع، أما إذا كان له تمييز، فيخير سواء كان ذكراً أو أنثى بين أمه وأبيه، أما إذا بلغ الإبن الرشد فهو أولى بنفسه، أما البنت فتبقى مع أحد أباؤها إلى أن تتزوج³.

ويرى الحنابلة أنه إذا كان الولد أو البنت أقل من سبع سنين، فالأم أولى بالحضانة، وإذا بلغ الطفل سبع سنين عاقلاً، فإنه يجوز أن يتفق والداه على أن يكون عند أحدهما، أما إذا تنازعا في حضانته خيره الحاكم بينهما فيكون مع من اختار منهما. أما البنت، فإذا بلغت سبع سنين فأكثر فتكون مع أبيها وجوباً إلى البلوغ أو بعده وأيضاً إلى الزفاف⁴، فالأب أحق بحضانتها لأنها تحتاج إلى حفظ، لذلك كان الأب أولى بذلك⁵.

¹ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج4، ص 42-43؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج5، ص 268؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 414.

قال الكاساني في البدائع: "وأما وقت الحضانة التي من قبل النساء فالأم والجدتان أحق بالسلام حتى يستغني عنهن فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده كذا ذكر في ظاهر الرواية، وذكر أبو داود بن رشيد عن محمد ويتوضأ وحده يريد به الاستنجاء أي ويستنجي وحده ولم يقدر في ذلك تقديراً وذكر الخصاص سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك. وأما الجارية فهي أحق بما حتى تحيض كذا ذكر في ظاهر الرواية وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تشتهي"، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج4، ص 43.

² شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 526؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 743. جاء في المهذب من الفقه المالكي وأدلته أن: "الحضانة مستحقة للمحزون على قرابته. وهي للغلام حتى يحتلم، وقيل حتى يتغفر، وللجارية حتى تنزوج، ويدخل بها زوجها"، محمد سكرتال المجاجي، المرجع السابق، ج2، ص 145.

وفي الشرح الصغير: "وحضانة الذكر المحقق، وهي القيام بشأنه في نموه ويقظته للبلوغ، فإن بلغ ولو زمناً أو مجنوناً كما مر، وعليه القيام بحقه ولا تسقط حضانتها عن المشكل ما دام مشكلاً. وحضانة الأثنى للدخول بما: أي دخول الزوج بما"، أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 219.

³ أبو حامد الغزالي، الخلاصة...، المرجع السابق، ص 543-544؛ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 639-640.

⁴ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 501-502.

⁵ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج11، ص 418.

أما المشرع، فقد حدد مدة الحضانة ببلوغ الذكر (10) عشر سنوات، وترك للقاضي أمر تمديد هذه المدة إلى (16) ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أمه ولم تتزوج مرة ثانية. أما بالنسبة للأنتى، فقد حددها إلى غاية بلوغها سن الزواج الذي حدده قانون الأسرة بـ19 سنة للرجل والمرأة بموجب المادة 7 ق.أ. ويبدو ذلك جليا من المادة 65 ف1 ق.أ التي نصت على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنتى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

غير أن المشرع رغم وضعه لتلك الضوابط التي تحدد للقاضي سن الطفل المحضون التي تنتهي عند بلوغها الحضانة، إلا أنه لم يغفل يد القاضي بذلك بل ترك له أعمال سلطته التقديرية في الحكم بانتهاؤها، واضعا بين يده معيارا يمكنه من ذلك تمثل في مصلحة المحضون، بموجب المادة 65 ف2 ق.أ على: "على أن يراعى في الحكم بانتهاؤها مصلحة المحضون".

تطبيقا لمحتوى هذه المادة، وضع قرار المحكمة العليا بتاريخ 10 فبراير 2011 المبدأ التالي: "لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي. الحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائيا بالتمديد، في حالة تجاوز سن المحضون 10 سنوات. تبقى الحاضنة متوفرة على صفة التقاضي، للمطالبة بالحقوق المقررة للمحضون"¹. وقد جاء فيه: "بدعوى أن الولد المحضون (ع) تجاوز سن 10 سنوات وأن الحضانة بذلك قد انقضت قانونا وأن المطعون ضدها بذلك تفتقر للصفة في إقامة هذه الدعوى وفقا لنص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية.

لكن حيث أن الصفة تبقى قائمة للحاضنة في إقامة الدعاوى الخاصة بشؤون المحضون ما دامت الحضانة سارية لم يوضع لها حد بحكم قضائي لأن الحضانة النسبة للذكر فضلا عن أنها قابلة للتمديد إلى 16 سنة فإن الحكم بانتهاؤها يراعى فيه مصلحة المحضون الأمر الذي يجعل الوجه غير سديد ويتعين رفضه".

كما أن تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن 16 سنة يكون فقط للأم الحاضنة دون غيرها من النساء كالجددة والخالة والعمة طبقا لمقتضيات المادة 65 ق.أ، وهو المبدأ الذي أكدته قرار المحكمة العليا الذي قضى بأنه: "حيث إنه بالرجوع إلى المادة 65 من قانون الأسرة يتبين أنها تحدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه سن 10 سنوات وللقاضي أن يمدد الحضانة إلى 16 سنة إذا

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2011/02/10، ملف رقم 599850، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص 281.

كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية مما يعني أن شرط التمديد مقيد بأن تكون الحاضنة أما دون غيرها ممن لهم الحق في الحضانة كالجدة والخالة والعمة وأن المصلحة الواجب مراعاتها في انتهاء الحضانة وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة المذكورة هو مقرون بكون الحاضنة أما وبالتالي فمتى كانت الحاضنة جدة أو خالة أو عمّة فإن الحضانة بالنسبة لهؤلاء وغيرهم من الأقربين تنتهي ببلوغ الذكر 10 سنوات في مواجهة الأب وأن قضاة المجلس بتمديدهم الحضانة للجدة من 10 سنوات إلى سن 16 سنة قد أخطأوا في تطبيق القانون¹.

ينبغي قانونا وشرعا توفر جملة من الشروط في الشخص حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة. وليس لأي شخص الحق في الحضانة، بل حدد القانون الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة، وعليه سيتم البحث في شروط ممارسة الحضانة وأصحاب الحق فيها.

الفرع الثاني

شروط ممارسة الحضانة وأصحاب الحق فيها

إن رعاية الطفل وحفظه من الأهمية بمكان، لذلك اهتم قانون الأسرة أسوة بالشرعية الإسلامية بوضع شروط لممارسة الحضانة، بل أكثر من ذلك حدد الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة، لذلك ستنصب الدراسة على شروط ممارسة الحضانة (أولا) وأصحاب الحق في الحضانة (ثانيا).

أولا: شروط ممارسة الحضانة:

اكتفى المشرع الجزائري باعتبار أهلية الحاضن للقيام بالحضانة شرطا لممارستها، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 62 من قانون الأسرة: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك". واستعمل المشرع في النص الأصلي للمادة 67 ف1 ق.أ (أي قبل تعديل قانون الأسرة): "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه". مما يفهم منها أن استعمال مصطلح شرعا يفيد الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للنظر في شروط ممارسة الحضانة. غير أن المشرع بعد تعديله لهذه المادة استعمل عبارة: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"، مع العلم أن المادة 62 ق.أ لم تكن محلا للتعديل. مما يدفع إلى التساؤل عن قصد المشرع من حذفه لمصطلح شرعا، هل ذلك لوجود نص المادة

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2015/01/15، ملف رقم 0842551، مجلة المحكمة العليا، 2015، عدد 01، ص 231.

222 الذي يحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند انتفاء النص أو غموضه ورأى بالألا ضرورة لاستعمال مصطلح "المرعية شرعا" أم لسبب آخر؟
وأمام اختزال شروط الحضانة في شرط "أن يكون أهلا لذلك" بموجب المادة 62 ف2 ق.أ، فإنه يظهر أن المشرع الجزائري تبنى شروط الحضانة التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية وذلك بموجب المادة 222 ق.أ التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غياب النص في قانون الأسرة. لذلك ينبغي عرض تلك الشروط التي وردت في فقه المذاهب السنية الأربعة والتي لم تكن محل إجماع بينهم بل كانت بعضها محل خلاف بينهم، ويمكن تقسيمها وفقا لكل مذهب من تلك المذاهب على النحو التالي:

أ- شروط الحضانة عند المذاهب السنية:

يرى الشافعية أن العقل شرط من شروط الحضانة، فلا حضانة لمجنون، سواء كان جنونه مطبقا، أو منقطعاً، إلا إذا كان وقوعه نادرا، ولا تطول مدته، لأنهم يعتبرونها ولاية، والمجنون ليس أهلا للولاية، لأنه يحتاج إلى من يحضنه. وفي فقههم ينبغي أن يكون الحاضن أمينا، فلا حضانة لفاسق لأنه لا يوفي الحضانة حقها، وقد ينشأ الطفل على طريقته. وبهذا، فالأمانة شرط من شروط الحضانة إضافة إلى الإسلام، إذ يشترطون في الحاضن ذكرا أو أنثى أن يكون مسلما إذا كان الطفل مسلما بإسلام أبيه، لأنه لا حضانة لكافر على مسلم، ولأنه ربما يفتنه في دينه. أما الطفل الكافر فتثبت لقريبه المسلم أو الكافر حضنته، لما في ذلك من مصلحة للطفل.

ويزيدون على تلك الشروط شرط الإقامة، لأنه يشترط في فقههم أن يقيم صاحب الحق في الحضانة في بلد الطفل المحضون، فلو سافر سفر حاجة كحج وتجارة لا يأخذ الولد معه، بل يبقى مع المقيم إلى أن يعود من سفره سواء طال مدة السفر أو قصرت. أما إذا سافر انتقالا إلى بلدة أخرى بدون قصد عودة، فإن حقه في الحضانة لا يسقط إذا كان الطريق آمنا، وكانت البلدة التي انتقل إليها آمنة. أما إذا سافر كل من الأبوين لحاجة، فإن حق الأم في الحضانة يبقى قائما، وإذا تزوجت الحاضنة زوجا أجنبيا سقط حقها في الحضانة، لأنها إذا تزوجت قد تنشغل عن رعاية شؤون الطفل بحقوق الزوج، ولا أثر لرضا الزوج الأجنبي بحضنتها للطفل، لأنه قد يرجع ويتضرر الطفل، غير أنه إذا رضي والد الطفل والزوج الأجنبي، فإن حق الحضانة يبقى للحاضنة، أما إذا تزوجت بزواج محرم فلا يسقط حقها في الحضانة. لذلك خلو الحاضنة من زوج أجنبي شرط

للحضانة عند الشافعية كما يشترطون خلو الحاضن من الأمراض الدائمة كأن لا يكون بالحاضن مرض دائم كالسل، والفالج، أو البرص أو الجدام، أو أن يكون أعمى، فإذا كان كذلك لم يكن له حق في الحضانة، لأن من شأن تلك الأمراض أو العاهات أن تشغله عن القيام بحق الطفل¹.

ويشترط الحنابلة أن يكون الحاضن سليم العقل، فلا حضانة لمجنون ولو غير مطبق ولا لمعتوه ولا لطفل لأنهم في حاجة لمن يقوم بحضانتهم، وعلى الحاضن أن يكون أميناً، فلا حضانة لفاسق عندهم لأنه لا يوفي الحضانة حقها. والإسلام عندهم شرط للحضانة، فهم يرون بأنه لا حضانة لكافر على مسلم، لما في ذلك من ضرره عظيم على الطفل، لأنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر. ويضيفون إلى تلك الشروط شرط القدرة على التربية، فليس لعاجز عن الحضانة كأعمى أو ضعيف البصر أن يكون حاضناً، لأن ذلك يمنع من كمال ما يحتاج إليه المحضون من المصالح، وكذلك إذا كان بالحاضن برص أو جذام سقط حقه في الحضانة. ويشترطون كذلك في الحضانة خلو المرأة من زوج أجنبي، لذلك يسقط حق المرأة في حضانة ابنها بزواجها برجل أجنبي من حين العقد لأنه بالعقد ملك منافعها واستحق بذلك منعها من الحضانة، فسقطت حضانتها ولو رضي ذلك الزوج بحضانتها لولدها، وقد استندوا في ذلك على قوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"²، وتسقط حضانتها في مذهبهم لأنها تشتغل عن حضانتها بحق الزوج، أما إذا تزوجت بزواج غير أجنبي وقريبه فلا يسقط حقه في الحضانة، لأن الزوج القريب يشاركها في القرابة والشفقة عليه³.

وبدورهم وضع فقهاء المالكية شروطاً للحضانة، منها العقل فلا حضانة عندهم لمجنون ولو كان يفيق في بعض الأحيان ولا لشخص به طيش ولا لمعتوه. وينبغي أن يكون الحاضن في الفقه المالكي كفاءاً وقادراً على القيام بشأن المحضون، إذ لا حضانة لمن لا يقدر على القيام بشؤون المحضون وصيانتهم كالمرأة المسنة إلا أن يكون عندها من يحضن، وكالأعمى والأصم والأخرس والمريض والمقعّد. كما يشترط في الحاضنة أو الحاضن أن يكون أميناً، فلا حضانة لشخص يسكر

¹ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج 5، ص 195-197؛ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 9، ص 98؛ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 640-642.

² سبق تخريج الحديث.

³ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 498 وما يليها؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 9، ص 423 وما يليها.

أو يشتهر بالزنا أو اللهو أو الحرام. وقد أولوا لمكان ممارسة الحضانة أهمية باشرطتهم في الحضانة أمن المكان أو حرز المكان، وعليه يشترط أن يكون للحاضن مكانا آمنا لممارسة الحضانة، ونتيجة لذلك تسقط الحضانة عن الحاضن الذي يكون بيته مكانا للفجور والفسق، أو كان بجوار بيته مكان للفسق، وذلك لحفظ البنت المطيقة التي بلغت الشهوة من الفساد، أو حماية لمال المحضون من السرقة والغصب. كما يشترط في الحاضن أن يكون رشيدا، فلا حضانة لسفيه يبذر ماله حتى لا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه بما لا يليق، وأن يكون الحاضن خاليا من الأمراض المضرة، لذلك لا يجيزون الحضانة لمن به مرض معدي قد يضر المحضون كالجدام والبرص. إضافة إلى ذلك يشترطون في الحاضن الذكر سواء كان أبا أو غيره أن يكون عنده من يقوم بشؤون المحضون من الإناث كالأم أو الزوجة أو الخالة أو العممة، وذلك لعدم قدرة الرجال على القيام بشؤون الأطفال، إضافة إلى كونه محرما كالأب أو الأخ أو العم للمحضونة المطيقة التي بلغت حدا من الشهوة. بينما يشترطون في الأنثى الحاضنة عدم السكن مع من سقطت حضانتها، فلا حضانة للجددة إذا سكنت مع بنتها أم الطفل المحضون إذا تزوجت، إلا إذا كان للجددة سكن منفرد عن سكن أم المحضون، إضافة إلى خلو الحاضنة عن زوج دخل بها، فإذا لم يدخل بها لم تسقط حضانتها، فإن دخل بها سقطت بسبب اشتغالها بأمر زوجها، وتنتقل الحضانة إلى من يليها في الرتبة، ولا تسقط عنها الحضانة في الحالتين التاليتين:

- إذا علم من يليها في الرتبة ويكون له الحق في الحضانة بعدها بزواجها وسكت بعد علمه مدة عام بلا عذر فلا تسقط عنها الحضانة، أما إذا لم يعلم بزواجها، أو علم ولم يمض على علمه عام، أو مضى عام وسكت بسبب عذر يمنعه من التكلم كجهله مثلا بأن زواج الحاضنة يسقط حقها في الحضانة، وينتقل الحق في الحضانة إليه فله أن يأخذ الطفل من الأم المدخول بها.

- زواجها بزواج محرم لا يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة.

أما الإسلام، فلا يعتبر شرطا عند المالكية في الحاضن ذكرا أو أنثى، فإذا خيف على المحضون من الحاضنة الغير مسلمة فساد كأن تغذيه بلحم الخنزير أو تسقيه خمرا ضمت لمسلم أو مسلمين ليراقبوها ولا ينزع منها الولد سواء كانت ذمية أو مجوسية¹.

¹ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 528، 529؛ أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 220-221.

ومن شروط الحضانة عند الحنفية عدم الردة، فتثبت الحضانة للأم ما لم ترتد، فإن ارتدت سقطت عليها الحضانة لأن المرتدة تحبس وتضرب فلا تتفرغ للقيام بشؤون الطفل، ومن شروطها كذلك الأمانة، فيشترط أن تكون الحاضنة أمينة على الطفل المحضون، لذلك يسقط حقها في الحضانة إن كانت فاجرة بالزنا أو الغناء أو السرقة أو النياحة لأن من شأن فسقها أن يضيع الولد. ويذهب بعض الأحناف إلى القول بأن الأم أحق بولدها ولو كانت سيئة السيرة ومعروفة بالفجور لكن بشرطين: ألا يعقل الطفل فجورها، وأن لا تكون غير أمينة بأن تخرج كل وقت وتعمل القيام بشؤون الطفل فتتركه ضائعاً، فإذا عقل الطفل انتزع منها.

ويشترطون في الحضانة عدم زواجها من أجنبي على المحضون، فإذا تزوجت بزواج أجنبي سقط حقها في الحضانة إلا أن يكون ذلك الزوج محرماً للصغير أي رحماً له كأن تتزوج الأم بعم الصغير أو الجدة بجد الطفل الذي هو أبو زوج ابنتها، وكل من سقط حقها في الحضانة بالزواج من زوج أجنبي، يعود حقها بموت ذلك الزوج أو إبانته لها.

جاء في كنز الدقائق: "ومن نكحت غير محرمه: سقط حقها، ثم يعود بالفرقة"¹. ويسقط عندهم حق الأم في الحضانة إذا رفضت حضانة الطفل مجاناً، وتمتنع عن ذلك إلا بأجرة حضانة وكان الأب معسراً، وتقبل عمته حضنته بغير أجرة.

والحنفية، على منوال المالكية، لا يشترطون الإسلام في الحضانة، فتثبت الحضانة للأم الكتابية والمجوسية لأن الأم تشفق على طفلها سواء كانت مسلمة أو كتابية أو مجوسية، لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الأديان. فالحاضنة الذمية ولو كانت مجوسية كالحاضنة المسلمة يثبت حقها في الحضانة غير أنه تثبت حضانة الذمية بشرط ألا يعقل الطفل الأديان، أو إلى أن يخاف أن يألف الكفر كأن تطعمه لحم الخنزير أو تسقيه الخمر أو تذهب به إلى الكنيسة، فإذا عقل الأديان، أو ألفت الكفر ولو لم يعقل الأديان نزع منها، ويسقط حق الحاضنة في حضانة الصغير عندهم كذلك بسكناها عند المبغضين والكارهين له.

هـ- شروط الحضانة في قانون الأسرة:

وبناء على ما سبق ذكره، يتعين على القاضي حين النظر في طلب إسناد الحضانة أن يتأكد من توفر جملة من الشروط في طالب الحضانة، إذ عليه أن يتأكد من أنه سليم العقل لأنه ليس

¹ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 311.

باستطاعة المجنون أو المعتوه أن يضطلع بمسؤولية رعاية الصغير وتعليمه وتربيته والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا لعدم إدراكه لحجم هذه المسؤولية الملقاة على عاتقه، بل لأنه هو في حاجة ماسة لمن يعتني بأموره المادية والمعنوية¹.

إن حضانة الطفل الصغير وما ينتج عنها من مشقة وصعوبة تستدعي أن يكون الحاضن بالغاً، إذ ليس بمقدور الصغير ولو كان مميزاً أن يتولى شؤون غيره، ويقصد بالبلوغ بلوغ سن الرشد القانوني أي 19 سنة كما نصت عليه المادة 40 ق.م. غير أن هذا الشرط يمكن أن يستغني عنه إذا كانت المترشحة للحضانة الأم، وقد سبق لها أن تزوجت بناء على إذن قضائي بموجب المادة 7 ق.أ التي نصت على أنه للقاضي أن يرخص بالزواج قبل بلوغ 19 سنة لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. كما نصت المادة 7 ف2 منه على أنه يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وذلك لأن بزواجها وهي قاصر قد أصبحت أهلاً لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج، بل ونتائج فشل ذلك الزواج، فإذا كانت تستطيع تربية أطفالها وهي زوجة رغم صغر سنها، فلها القدرة على القيام بذلك وهي مطلقة². والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يبين أهلية الزوجة القاصر التي طلقت في حضانة أبنائها بعد الطلاق.

وفي هذا السياق ترى، الأستاذة حميدو زكية أن: "للإذن القضائي دور هام ووقائي إذ سيؤكد لنا إمكانية تحمل تكاليف الزواج وآثاره، قبل السن المحددة له قانوناً. ومن حيث القانون فإنه يضيفي الصيغة القانونية للزواج، مما يؤدي إلى الإعتراف بكامل آثاره، منها خاصة إنجاب الأطفال في غير السن القانونية للزواج... فإذا كان هذا الزواج يرتب على الزوجين واجبات نحو أطفالهما، فإن وقوع الطلاق لا يعدمها، بل تبقى ويولد هنا الطلاق آثاره، منها الحضانة... بحيث إن المنطق يملي أن تسند الحضانة للأم في هذه الحالة حتى ولو لم تبلغ سن 19 سنة"³.

وفي الواقع، ينبغي على المشرع أن يضع أحكاماً في قانون الأسرة تقرر بأهلية الزوج القاصر المأذون له بالزواج في كل ما يتعلق بآثار الطلاق، كأن يكون أهلاً لممارسة الحضانة حتى ولو كان دون 16 سنة.

¹ محمد الكشور، المرجع السابق، ص 439.

² صالح بوغراة، المرجع السابق، ص 103.

³ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص 265-266.

كما أنه ليس بإمكان للقاضي أن يمنح حق الحضانة لشخص يعجز عن القيام بها لكبر في السن أو مرض، حيث يرى غالبية الفقهاء أنه لا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضا يحول دون قيامها بواجبات الحضانة. غير أن عمل المرأة لا يمنعها من حق الحضانة ولو طلقت خلعا وفقا لما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 05 جويلية 2002 والذي تضمن ما يلي:

"عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية"¹. وهذا ما أكدته المادة 67 المعدلة ق.أ التي نصت في فقرتها الثانية على أنه "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة".

وفي الحقيقة، إن ما ذهب إليه المشرع الأسري بقوله أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها هو حكم صائب نظرا لمتطلبات الحضانة المالية التي تفرض على الحاضنة العمل من أجل القيام بممارسة الحضانة على أكمل وجه، خاصة وأن نفقة الطفل المحضون التي يحكم بها القاضي بعد الطلاق لا يمكن لها أن تغطي كل مصاريف الحضانة.

كما يشترط في الحاضن أن يكون على خلق حميد وأن يكون أمينا على المحضون، وذلك منعا للتربية السيئة والمنحرفة للمحضون، وعليه فالفاسق أو السكير أو الزاني سواء كان رجلا أم امرأة تسقط عنه الحضانة.

أما الإسلام، فكما سبق الإشارة إليه، شرط لممارسة الحضانة عند الشافعية والحنابلة، إذ لا حضانة لكافر على مسلم ولا ولاية عليه، ولم يشترط الحنفية والمالكية إسلام الحاضنة، والمشرع الجزائري ساير المذهب المالكي في المادة 62 ق.أ بنصه على عبارة "القيام بتربيته على دين أبيه"²، فما دام زواج المسلمة بغير المسلم ممنوعا شرعا وقانونا، ويجوز للزوج أن يتزوج غير المسلمة الكتابية، فإنه يجب على هذه الأخيرة أن تربي الأبناء في حالة وجودهم على دين أبيهم وهو الإسلام.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/07/03، ملف رقم 274207، المجلة القضائية، عدد 1، 2004، ص 270.

² باديس دباي، صور و آثار ...، المرجع السابق، ص 135.

كما أنه من شروط الحضانة ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو بقريب غير محرم، لذلك جعل المشرع الجزائري من هذه الحالة سببا من أسباب سقوط الحضانة بموجب المادة 66 ق.أ بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون. كما أنه يشترط ألا تقيم الحضانة بالصغير في بيت يبغضه أو يكرهه مما يحول دون تحقيق مصلحة المحضون، ويشترط في الحاضنين من الرجال أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كان أنثى، وأن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمّة، وهذا شرط عند المالكية¹.

بعد دراسة شروط الحضانة سيتم البحث في أصحاب الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة.

ثانيا: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم:

كانت مسألة ترتيب أصحاب الحق في الحضانة محل خلاف بين المذاهب التي اتفقت على أن الأم أولى بحضانة ولدها من أي شخص آخر، لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتها²، ولأن الآثار الصحيحة قد وردت بأن الأم أحق بالحضانة، حيث يروى أن امرأة قالت: "يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني"، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"³. واتفق فقهاء المذاهب السنية على أن الأولوية في الحضانة للنساء قبل الرجال، والأم أولى بحضانة ولدها، إذ جاء في البدائع للكاساني: "فالحضانة تكون للنساء في وقت وللرجال في وقت والأصل فيها للنساء، لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر"⁴. وفي هذا السياق، قال ابن رشد

¹ أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 360.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 46.

³ أنظر، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية، ج 6، محمد عبد المحسن صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط 2، 1968، ص 371.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج 4، ص 46.

قال النووي: "لكنها بالإناث أليق، لأنهن أشفق، وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال"، محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 9، ص 98.

الحفيد: "والجمهور على أن الحضانة للأم إذا طلقها الزوج، وكان الولد صغيراً، لقوله عليه الصلاة والسلام: "من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة". واختلفوا إذا بلغ الولد حد التمييز: فقال قوم: بخير، ومنهم الشافعي، واحتجوا بأثر ورد في ذلك. وبقي قوم على الأصل لأنه لم يصح عندهم هذا الحديث. والجمهور على أن تزويجها لغير الأب يقطع الحضانة. لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أنت أحق به ما لم تنكحي". "ومن لم يصح عنده هذا الحديث طرد الأصل"¹.

مما تقدم، يتبين أنه لا شك في أن الأم هي أولى بحضانة ولدها إذا توفرت فيها شروط الحضانة لأن مناط الحضانة هي الشفقة والرأفة، فالأم أشفق وأرأف على ولدها، وهي الأقدر على القيام بشؤونه في مرحلة الصغر من غيره ممن لهم الحق في الحضانة. لذلك جاءت على رأس ترتيب فقهاء كل مذهب سني للحاضنين رغم اختلافهم في ترتيب من يليها من الحاضنين ولعل ذلك يعود إلى أنه لم يرد النص على ذلك في القرآن الكريم ولا في السنة، بل ترتيبهم للحاضنين بعد الأم هو نتاج لاجتهادات الفقهاء². وعلى العموم جاء ترتيب الحاضنين وفقاً لكل مذهب سني كما يلي:

أ- ترتيب الحاضنين عند الحنفية³: الأم، ثم أم الأم ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم العصابات بترتيب الإرث⁴.

¹ فالقدم منهم في الحضانة أن يعلموا بمستقر العادة أنه أشفق على المحضون وأرأف به وأقوى لمنافعه وهي الأم. لا اختلاف بين أحد من أهل العلم أن الأم أحق بالحضانة من الأب ومن سائر الأولياء من الرجال والنساء، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد...، المرجع السابق، ص 320.

² قال: (والأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه، إذا طلقت) وجملته أن الزوجين إذا افترقا، ولهما ولد طفل أو معتوه، فأمه أولى الناس بكفالته إذا اكملت الشرائط فيها، ذكرها كان أو أنثى، وهذا قول يحيى الأنصاري، والزهري، والثوري، ومالك، والشافعي، وأبي ثور وإسحاق، وأصحاب الرأي، ولا نعلم أحدا خالفهم، موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المعني، المرجع السابق، ج 11، ص 413.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 584.

⁴ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص 368.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 722.

⁶ ترتيب الحاضنين حسبما جاء في كنز الدقائق: "أحق بالولد أمه قبل الفرقة وبعدها. ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخت لأب وأم، ثم الأخت لأم، ثم لأب، الخالات كذلك، ثم العمات كذلك. ومن نكحها غير محرمة: سقط حقها، ثم يعود بالفرقة. ثم العصابات بترتيبهم"، أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 311.

- ب- ترتيب الحاضنين عند المالكية¹: الأم، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب وإن علت، ثم الأخت، ثم العمّة، ثم ابنة الأخ، ثم للوصي، ثم للأفضل من العصبية².
- ج- ترتيب الحاضنين عند الشافعية³: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات ثم بنات الأخ وبنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصابات على ترتيب الإرث، فهم كالحنفية⁴.

ترتيب الحاضنين حسبما جاء في الدر المختار: " بعد الام بأن ماتت أو لم تقبل أو أسقطت حقها أو تزوجت بأجنبي أم الام وإن علت عند عدم أهلية القرى ثم أم الاب وإن علت بالشرط المذكور، وأما أم أبي الام فتؤخر عن أم الاب بل عن الخالة أيضا. بجر ثم الاخت لاب وأم، ثم لاملان هذا الحق لقرابة الام ثم الاخت لابنم بنت الاخت لابوين ثم لام، ثم لاب ثم الخالات كذلك أي لابوين، ثم لام ثم الاب، ثم بنت الاخت لاب، ثم بنات الاخ ثم العمات كذلك ثم خالة الام كذلك، ثم خالة الاب كذلك، ثم عمات الامهات والآباء بهذا الترتيب، ثم العصابات بترتيب الارث."، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبدالرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 255.

¹ ابن جزى، المرجع السابق، ص 179؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 722.

² جاء في الشرح الصغير: " فإذا لم توجد الأم - بأن ماتت (فأمها) : أي أم الأم وهي جدة الولد ، فإذا لم توجد (فجدتها) : أي جدة الأم أحق بالحضانة من غيرها وإن علت ، فإن لم توجد (فخالته) أخت أمه ، فإن لم توجد (فخالتها) أي خالة أمه أحق من غيرها (فعمّة الأم) وقد أسقطها الشيخ ، فإن لم توجد (فجدته لأبيه) : أي جدته من قبل أبيه ، وهي أم الأب ، فأمها ، فأم أبيه ، فالتى من جهة أم الأب تقدم على التي من جهة أم أبيه ، فإن لم توجد (فأبوه) أي أبو المحضون ، (فأخته) أي أخت المحضون (فعمته فعمّة أبيه ، فخالته) : (أي خالة أبيه ، (فبنت أخيه) : أي المحضون شقيقة أو لأم أو لأب ، (و) بنت (أخته) كذلك فإن لم تكن واحدة ممن ذكر (فالوصي ، فالأخ) شقيقا أو لأم أو لأب ، (فالجد للأب) : أي من جهة الأب الأقرب فالأقرب وقد أسقطه الشيخ ، (فابن الأخ) للمحضون (فالعم ، فابنه) . (لا جد لأم و (لا) خال) : أي لا حضانة لهما وقال اللخمي : الجد للأم له الحضانة لأن له شفقة وحنانا ، (فالمولى الأعلى) وهو من أعتق المحضون، فعصبته نسبا فمولاه (فالأسفل) وهو من أعتقه والد المحضون ، (وقدم) في الحضانة الشخص (الشقيق (ذكرا أو أنثى على الذي للأم ، (فللأم) لأن الشأن أن من كان من جهة الأم أشفق ممن كان من جهة الأب فقط ، (فللأب في الجميع) أي جميع المراتب التي يتأتى فيها ذلك كالإخوة والعمومة وبنينهم ، (و) قدم (في المتساويين) كأختين وخالتين وعمتين (بالصيانة والشفقة) فإن تساويا فالأسن" ، أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 220، 219.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 722.

⁴ ترتيب الحاضنين حسبما جاء في روضة الطالبين وعمدة المفتين: "الضرب الأول: محض الإناث، فأولاهن الأم، ثم أمهاتها المدليات بالإناث، تقدم أقربهن، وتقدم البعدى منهن على القرى من أمهات الأب، ثم بعد أمهات الأم، قولان: الجديد: تقدم أم الأب، ثم أمهاتها المدليات بالإناث، ثم أم أبي الأب، ثم أمهاتها المدليات بالإناث، ثم أم أبي الجد، ثم أمهاتها كذلك، وتقدم الأقرب منهن فالأقرب ويتأخر عنهن الأخوات والخالات، ودليل هذا القول أنهن جدات وارثات فقدمن على الأخوات والخالات، وعلى أن الخالات يقدمن على بنات الأخوات، وبنات الإخوة، والعمات، لأنهن يشاركنهن في الحرمة والدرجة وعدم الإرث، ويتميزون بالإدلاء بقرابة الأم، وعن ابن سريج تقديم الخالة على الأخت للأب، وهو شاذ ضعيف، ثم الحضانة بعد الخالات لبنات الأخوات، وبنات الإخوة يقدر من على العمات، هكذا رتب الإمام والغزالي والبغوي، وحكى الروياني هذا وجهها، وادعى أن الأصح تقديم العمات على بنات الإخوة وبنات الأخوات، ثم حكى وجهين فيمن يقدم بعد العمات، أحدهما: بنات الأخوات والإخوة، ثم بنات سائر العصابات بعد الإخوة، ثم بنات الخالات، ثم بنات العمات، ثم حالات الأم، ثم حالات الأب، ثم عماته. والثاني: تقدم بعد العمات حالات الأم، ثم حالات الأب، ثم عماته، ولا حضانة لعمات الأم لإدلائهن بذكر غير وارث، ثم حالات الجد، ثم عماته، وهكذا،

د-ترتيب الحاضنين عند الحنابلة¹: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الجد ثم أمهاته، ثم أخت لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة لأبوين ثم لأم ثم لأب، ثم عمّة، ثم خالة أم، ثم خالة أب، ثم عمته، ثم بنت أخ، ثم بنت عم أب، ثم باقي العصابة الأقرب فالأقرب.

ه-ترتيب الحاضنين في قانون الأسرة:

كان المشرع في النص الأصلي للمادة 64 من قانون الأسرة ينص على أنه: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". غير أنه بعد التعديل الذي أدخله على هذه المادة أصبح الترتيب على النحو التالي: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".

وما يلاحظ على هذا الترتيب أنه، إقتداء بترتيب فقهاء المذاهب السنية للحاضنين، منح المشرع الجزائري الأولوية للأم في حضانة ولدها سواء قبل تعديل قانون الأسرة وبعده، غير أنه خالفهم بعد التعديل حين جعل الأب مباشرة بعد الأم، وهو اجتهاد للمشرع الجزائري له مبرراته أولها ما أصاب الجزائر من تطور وانفكاك الأسرة الكبيرة². والجدير بالذكر، أنه جاء في عرض أسباب التعديل عن طريق تقديم الأب عن الجدة لأم والخالة في إسناد الحضانة على اعتبار أن

فإن فقدن جميعا، فالحضانة لبنات الأخوات والإخوة، وفي أي رتبة وقعن، تقدم بنات الأخوات على بنات الإخوة، كما تقدم الأخت على الأخ"، محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج9، ص108، 109.

¹وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص722. وما يلاحظ على ترتيب وهبة الزحيلي للحاضنين أنه أسقط الأب من ترتيب الحاضنين في حين أنه سبق أن ذكر في هذا المرجع أنه: "وقدم الحنابلة الأب ثم أمهاته بعد الجدة لأم، ثم الجد، ثم أمهاته"، أنظر، المرجع نفسه، ص721.

وجاء الأب وأمّهاته مباشرة بعد الأم وأمّهاتها في ترتيب الحاضنين عند الحنابلة وفقا لما جاء في عمدة الفقه الحنبلي: "أحق الناس بالطفل أمه ثم أمهاتهن وإن علون، ثم الأب ثم أمهاته، ثم الجد ثم أمهاته، ثم الأخت من الأبوين، ثم الأخت من الأب، ثم الأخت من الأم، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقرب فالأقرب من النساء، ثم عصبته الأقرب فالأقرب"، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه...، المرجع السابق، ص112، وكذلك وفقا لما جاء في عمدة الطالب لنيل المآرب كما يلي: "والأحقُّ بها: أمُّ ثم أمهاتها القُربى فالقُربى، ثم أبُّ ثم أمهاته كذلك، ثم جدُّ، ثم أمهاتُه كذلك، ثم أختٌ لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالَةٌ كذلك، ثم عمّةٌ كذلك، ثم بناتٌ لإخوته وأخواته، ثم بناتٌ أعمامه وعماته، ثم باقي العصابة الأقرب فالأقرب، ثم ذوي الأرحام، ثم الحاكم. وإن امتنع من له الحضانة، أو كان غير أهل انتقلت لمن بعده"، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، عمدة الطالب...، المرجع السابق، ص219.

²تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص393.

الأب أولى منهن وأكثر حرصا على رعاية أبنائه¹، وقد أحسن صنعا المشرع بوضع الأب مباشرة بعد الأم في ترتيبه للحاضنين لأن من شأن ذلك تحقيق مصلحة الطفل المحضون، تلك المصلحة التي جعلها معيارا على أساسه يقوم القاضي بإسناد الحضانة.

في هذا السياق، ذهبت المحكمة العليا في قرار لها إلى القول بأن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة²، وأكدت على ذلك في قرارها الذي قضى بأنه تراعى مصلحة المحضون، عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، كما أن تقدير مصلحة المحضون يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وقد جاء في هذا القرار: "بدعوى أنه وفقا لنص المادة 64 ق.أ فإن الحضانة بعد الأم تنتقل إلى الأب وليس للجدّة، وأن المطعون ضدها تعيش في سكن ضيق وأن تأييد القرار للحكم المستأنف يعد خرقا لنص المادة المذكورة مستوجب النقض.

لكن حيث أن مدار الحضانة مصلحة المحضون وليس بالترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ، وأن تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدّة وترجيحهم بأن مصلحة البنت تقتضي بقاءها مع جدتها التي تعيش معها منذ وفاة والدتها عام 2001 وطبقوا بذلك نص المادة 64 المشار إليها تطبيقا سليما مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب النقض"³.

وإذا كانت مصلحة المحضون هي المعيار الأساسي في إسناد القاضي للحضانة وفقا لمقتضيات قانون الأسرة، فإن المشرع الجزائري لم يحدد الآليات الكفيلة بتحديد هذه المصلحة ولا الآليات التي تمكنه من التأكد من توفر شروط الحضانة في من له الحق فيها، وترك الباب مفتوحا على مصراعيه للقاضي لإعمال سلطته التقديرية لتقدير هذه المصلحة من جهة وطريقة التحري عن توفر شروط ممارسة الحضانة في الحاضن. غير أن القضاء لم ير مانعا في أن يستعين القاضي

¹ أنظر، صالح بوغزارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة، دار الفكر الجامعي، مصر، ط 1، 2013، ص 117.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13/05/2009، ملف رقم 497457، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 01، ص 297.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 10/03/2011، ملف رقم 613469، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص 285.

بأشخاص ممن تتوفر فيهم الكفاءة والإختصاص لتحديد موقفه من إسناد الحضانة للشخص الذي طلبها، كإستعانتها بالشهود أو بمرشدة إجتماعية أو أخصائية نفسية.

ويتجلى ذلك من خلال توجه المحكمة العليا الذي استقر على أن محاضر التحقيق التي تجربها مصالح الأمن بطلب من المحكمة للبحث في صلاحية من له الحق فيها لممارسة الحضانة من عدمها لا يرقى أن يكون دليلا على أساسه يقوم القاضي بإسناد الحضانة أو رفض ذلك، وبدلا من ذلك يتعين على القاضي اللجوء إلى وسائل أخرى كالإستماع إلى الشهود أو تعيين مرشدة إجتماعية.

ونلمس هذا الأمر من قرار المحكمة العليا الذي تضمن حين ما قضى بنقض القرار المطعون فيه ما يلي: "بدعوى أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بإسناد حضانة الولدين للمطعون ضده على أساس المعلومات الواردة من رجال الأمن على أن الطاعنة صاحبة سلوك سيء مع أنها ترفض هذه الإتهامات.

حيث أن قضاة الموضوع اسندوا حضانة الولدين للمطعون ضده بناء على محضر التحقيق الذي أجرته مصالح الأمن بطلب من المحكمة المتضمن عدم صلاحية الطاعنة لممارسة الحضانة.

حيث أن الإعتماد على محضر مصالح الأمن لا يعتبر دليلا كافيا لحرمان الطاعنة من حقها في الحضانة بل هي مجرد معلومات لا يمكن الإعتماد عليها وكان على قضاة الموضوع الإلتجاء إلى وسائل أخرى بالإستماع إلى الشهود أو تعيين مرشدة إجتماعية قصد معرفة الجهة التي تليق بمصلحة الأولاد وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه...¹.

وتجدر الإشارة إلى أن أحكام الحضانة تنطبق على جميع صور فك الرابطة الزوجية بما فيها الطلاق بالإرادة المنفردة سواء للزوج أو الزوجة.

وفيما يلي جدول يوضح عدد الأحكام النهائية المتعلقة بإسناد الحضانة وإلى من أسندت من خلال هذه الأحكام بالمحاكم التابعة لمجلس قضاء تلمسان خلال سنوات 2018، 2019 و2020.

¹ المحكمة العليا، 2000/07/18، ملف رقم 245123، مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد1، ص253.

احصائيات الأحكام النهائية المتعلقة بإسناد الحضانة

السنة	عدد الأحكام النهائية	إلى من أسندت الحضانة من خلال هذه الأحكام					
		الأم	الأب	الجدة لأم	الجدة لأب	الخالة	العمة
2018	205	165	34	3	3	0	0
2019	168	130	29	6	3	0	0
2020	199	176	19	1	0	0	3

حينما يسند القاضي الحضانة لمن له الحق فيها، يثار التساؤل حول مصير الولاية؟ وحق زيارة الطفل المحضون؟

الفرع الثالث

الحق في الولاية والزيارة بعد إسناد الحضانة

عند انفصال الزوجين يسند القاضي الحضانة لأحدهما وفقا لترتيب الحاضنين ومصصلحة الطفل المحضون، ويترتب على ذلك إسناد الولاية لمن أسندت إليه الحضانة، وعلى القاضي تقرير حق الزيارة للزوج الآخر لأن ذلك يصب في تحقيق المصلحة الفضلى للطفل المحضون على اعتبار أنه يحتاج إلى التواصل مع أبويه رغم انفصالهما، مما يوفر له نوعا من الإستقرار العاطفي من جهة، والرعاية والعناية اللازمين من جهة أخرى.

لهذا كله تتبادر إلى الأذهان الأسئلة التالية: كيف نظم المشرع الجزائري مسألة الولاية وحق

الزيارة بعد فك الرابطة الزوجية؟

وتبعاً لذلك سيتم التطرق إلى الولاية (أولاً) والحق في الزيارة (ثانياً).

أولاً: الحق في الولاية :

من المقرر قانوناً¹ أن الولاية للأب، لذلك فالولاية على الأطفال القصر أثناء الحياة الزوجية تكون للأب، لكن التساؤل الذي يطرح ما هو مصير الولاية بعد فك الرابطة الزوجية؟ يحتاج الأطفال بصفتهم قصراً إلى من ينوب عنهم ويتولى شؤونهم لغاية بلوغهم سن الرشد². وقد نظم المشرع الجزائري مسألة الولاية في الفصل الثاني من الكتاب الثاني من قانون الأسرة، حيث نصت المادة 87 منه على أنه "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وتحل بعد وفاته الأم محلّه قانوناً". أما في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، فإن الأم تحل محلّه قي القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، غير أنه في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

يتضح من هذه المادة، أن الولاية تؤول في حالة الطلاق إلى من أسندت له الحضانة، فلو أسندت حضانة الأولاد القصر إلى أمهم، تؤول إليها كذلك الولاية عليهم طوال فترتها ولو في حياة أبيهم، ورغم ذلك يكون الأب ملزماً بالنفقة عليهم. وهو الأمر الذي جاء به المشرع الجزائري ولا نجد في الفقه الإسلامي ولا في أي تشريع من التشريعات المعاصرة للفقه الإسلامي، مما يجعلنا نتساءل كيف نقوم بإسناد الولاية إلى الأم مع إلزام الأب بالإفاق على الطفل³؟ وقد دأب القضاء الجزائري على اعتبار الولاية في حالة الطلاق كأثر من آثاره في جميع صور الطلاق التي نصت عليها المادة 48 من ق.أ، ونستشف ذلك من قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14 جانفي 2009 والذي جاء فيه: "إن قضاة الاستئناف وعندما قضاوا بإسناد حضانة الطفل لأمه دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁴. وقد وضع هذا القرار المبدأ الذي ينص على: "إسناد الحضانة للأم، بعد الطلاق، بدون منح الولاية لها، خرق للقانون"⁵.

¹ تنص المادة 87 ف1 و ف2ق.أ على أن: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محلّه قانوناً. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محلّه في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد".

² أنظر، لحسين بن شيخ آملوينا، رسالة في طلاق الخلع دراسة قانونية فقهية و قضائية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 227.

³ أنظر، تشوار جيلالي، محاضرات السنة الثانية ماستر تخصص قانون خاص، مقياس قانون الأسرة المقارن، 2016، جامعة تلمسان .

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/01/14، 476515، المجلة القضائية، 2009، عدد 01، ص 265، مقتبس عن باديس ديايي، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 82.

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/01/14، 476515، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 01، ص 265.

2- حق الزيارة:

يترتب عن فك الرابطة الزوجية وانفصال الزوجين إسناد الحضانة لأحد مستحقيها ممن تتوفر فيه شروطها، وقد سبق الإشارة إلى أنه في قانون الأسرة الأم أولى بحضانة أبنائها ما دامت أهلا لذلك، وإلا أسندت لأبيه. وإسناد الحضانة لأحدهما لا يعني مطلقا استئثاره بالطفل، وانقطاع التواصل بين من لم تسند له الحضانة من الأبوين والطفل المحضون، بل يبقى حقه في زيارته والإطلاع على أحواله وظروف ممارسة الحضانة قائما، فرؤية وزيارة الأب أو الأم للطفل المحضون حق يكفله الشرع والقانون لما في ذلك من مصلحة للطفل المحضون من جهة ومنع من الإضرار بوالديه من جهة أخرى.

فالشواهد على اهتمام فقهاء المذاهب السنية الأربعة بمسألة رؤية الطفل المحضون تتجلى في قول بعض فقهاء المالكية بأن الأب يملك تأديب ابنه المحضون مع أمه بالنهار وبعثه إلى الكتاب ليرجعه في حضانتها بالليل¹. وفي رأي الشافعية بأنه إذا اختار الطفل المميز الذكر أمه كان عندها بالليل، وعند أبيه بالنهار، أما إذا اختار أبيه كان عنده بالليل والنهار، وليس له الحق في منع أمه من زيارته. أما إذا كانت أنثى مميزة فتبقى مع من إختارت منهما بالليل والنهار، ولا يمنع الآخر من زيارته². وأولى الحنفية أهمية كبرى لرؤية الطفل المحضون بأن منعوا المطلقة البائن بعد عدتها من الخروج بالطفل المحضون من بلدة لأخرى بينهما تفاوت بحيث لا يمكن للأب أن يبصر ولده ثم يرجع في نهاره³، وسبب المنع والنهي هو الإضرار بالأب لانقطاع الولد عنه⁴. ويرى الحنابلة أن الغلام إذا اختار أباه كان عنده ليلا نهارا ولا يمنع من زيارة أمه، وإن اختار أمه كان عندها بالليل، ويكون عند أبيه بالنهار ليعلمه الصناعة والكتابة وليؤدبه⁵.

مما لا شك فيه، أن رعاية الطفل المحضون تتطلب تهيئة جملة من الظروف الملائمة لذلك، لعل أبرزها تواصله مع والديه، فإذا ما أسندت الحضانة للأم أو الأب هذا لا يعني قطع جميع

¹ جاء في المدونة للإمام مالك: "قلت فان احتاج الأب إلى الأدب أن يؤدب ابنه (قال) قال مالك يؤدبه بالنهار وبعثه إلى الكتاب وينقلب إلى أمه بالليل في حضانتها ويؤدبه عند أمه ويتعاهده عند أمه ولا يفرق بينه وبينها إلا أن تتزوج"، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 258.

² أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 650.

³ محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحسكفي، المرجع السابق، ص 257.

⁴ برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج3، ص 373.

⁵ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 501.

علاقات الأم أو الأب مع الطفل المحضون لما في ذلك من إضرار بأحد الوالدين بحرمانه من رؤية وزيارة ابنه وإضرار بالطفل المحضون. لذلك حول قانون الأسرة للأب ومن له الحق في الحضانة¹ حق الزيارة الذي يحدده القاضي في حكمه بموجب المادة 64 ق.أ: "وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". وعليه، ينبغي على القاضي أن يحكم بحق الزيارة عند حكمه بإسناد الحضانة، فحق الزيارة من شأنه أن يعيد للطفل المحضون ولو جزءا من توازنه الذي فقده جراء انفصال والديه، ويسمح لأبيه بالإطلاع على كيفية ممارسة الأم للحضانة ومدى التزامها برعايته.

ويعتبر حق الزيارة أداة لتقوية العلاقات الأسرية وأداة لرقابة مصلحة المحضون من خلال المراقبة الغير مباشرة للحاضنة في الممارسة اليومية الحضانة بالإضافة إلى دور حق الزيارة في تامين الروابط العائلية، لذلك خصه المشرع بحكم المادة 64 ق.أ، الذي منح للقاضي حرية تصرف واسعة في مجال الزيارة رغم أنه لم يقيم بتوجيهه في طرق الزيارة وكيفية ممارستها، بل أنه عزف على الإشارة إلى مصلحة المحضون في نص هذه المادة².

وعموما، فالقاضي حين يقضي بإسناد الحضانة للأم أو الأب في الأحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق الخلعي، فإنه يحكم بحق الزيارة لمن لم تسند له حضانة الطفل الذي عادة ما يكون الأب. وبنبغي عليه أن يحدد في منطوق حكمه أوقات الزيارة ومكانها، لأن تنظيم الزيارة يكتسي أهمية بالغة إذ يؤدي إلى تجنب أي خلاف بين الأب والأم، بحيث أثبت الواقع أن بعض الأمهات الحاضنات تقمن بمنع الآباء بممارسة حقهم في الزيارة انتقاما منهم، مما يتطلب عادة اللجوء مرة ثانية للقضاء واللجوء إلى المحضر القضائي ليثبت واقعة الإمتناع عن تسليم الأم الطفل المحضون لأبيه، وعادة ما تكون أوقات الزيارة يومي الجمعة والعطل المدرسية والدينية والوطنية مناصفة بينهما مع المبيت.

¹ يمكن استخلاص أن حق الزيارة مقرر لكل من له الحق في الحضانة من قرار المحكمة العليا الذي قضى بأن للخالة الحق في الزيارة لأن القانون رتبها في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون حقوق الحضانة، جاء فيه: "حيث أن القرار المنتقد غير مشوب بالقصور بل جاء مسببا تسيبا كافيا وسليما. وحيث أن القرار المطعون فيه لم يخرق القانون كما أنه لم يخرق المادة 64 من ق.أ وذلك لكون الخالة المطعون ضدها في قضية الحال رتبها ق.أ في المرتبة الثالثة بالنسبة لمن يستحقون الحضانة بعد الأم والجدة للأم وبما أن هذا القانون منح لها الحق في طلب اسناد حضانة أبناء أحواتها فلها الحق أيضا في زيارتهم لها لقوله صلى الله عليه وسلم الخالة أم طبقا لنص المادة المشار إليها أعلاه. وحيث أن ق.أ لم يفرق بين من يستحقون الحضانة وبين من لهم حق الزيارة بل أوجب على القاضي عند الحكم بالحضانة أن يحكم بحق الزيارة دون تفريق بين الخالة أو الأم وغيرها الأمر الذي يجعل القرار المطعون قد وفق فيما قضى به وطبق نص المادة 64 من ق.أ نصا وروحا"، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2001/01/23، ملف رقم 258479، المجلة القضائية، 2001، عدد 2، ص 300.

² تشوار حميدو ركية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص 212-222.

ومن التطبيقات القضائية لحكم المادة 64 ق.أ، ذهبت المحكمة العليا إلى القول بأن على الشخص الذي أسندت إليه الحضانة أن يسهل لمن له الحق في الزيارة استعمال حقه دون تضييق أو تقييد في قرراها الذي قضى بأنه: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة فالشرع والقانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لإبنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيده حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. "وتم تسبب ذلك على النحو التالي: "فيما يتعلق بالسبب الثاني المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون: أن حق الشخص لا يقيد إلا بما قيده به القانون فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعمالها على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقييد أو مراقبة فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده، والقضاء ملزم في حكمه بهذا المبدأ يحكم بالحق ولا ينظر ما بعد ذلك من أمور مفترضة، إذا فالزيارة في القضية حكم بها للطاعة وقيدت بأن تكون بيت مطلقها ولا تخرج بالنت من مدينة تازمالت، وفي هذا تضييق وتقييد لحق وجه يخرج الزيارة من معناها الشرعي وهذا لا يهم غرفة الأحوال الشخصية أنه ليس هو الذي غير الطعن ولكن الطعن يتعلق بتغيير مكان الزيارة والأم فيه على حق تأخذ إبتها مدة الزيارة أينما تريد في أي بلد تختارها، أما فرض الإقامة المحروسة عليها ببلدة تازمالت وبيت الأب فهذا يخالف الشرع وفيه خرق للقانون وحد لحرية الأشخاص، وإذا كانت الحضانة نفسها قابلة للمراجعة، فمن الضروري أن تكون الزيارة تتقدم عليها في تعديل مكان مباشرتها.

والقرار المطعون فيه حينما وافق على أمر لم يتماشى مع طلب عادل فإنه دخل بحقوق الأشخاص الشرعية وحكم بعدم الاختصاص في أمر من أولويات اختصاصه الأمر الذي تعرضه للنقض¹.

كما ذهبت المحكمة العليا إلى أن حق الزيارة يجب أن يكون مرنا، لأن الحكم بزيارة الطفل المحضون مرتين فقط في الشهر لا ينسجم مع الغرض من تقرير هذا الحق، لذلك على القاضي الحكم بحق الزيارة على الأقل مرة واحدة في الأسبوع لكي يبقى تواصل الأب أو الأم مع ابنه قائما لحاجته للعطف والحنان، فقد قضت المحكمة العليا بأنه: "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في كل أسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثم، فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون"، تضمنت حيثياته ما يلي: "عن الوجه الثاني: حيث أنه من المعلوم أن المادة 64 من قانون الأسرة. أوجبت على القاضي حين يقضي بإسناد حضانة الأبناء إلى أمهم أن يمنح للأب حق الزيارة بأن يتفقد أبناءه ويراقبهم ويحميهم من أي خطر يراه محققا بهم، وهذه الحماية تتطلب أن يكون قريبا منهم وكان على القاضي أن يرتب زيارة مرنة تقتضيها حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس ويتعين معه نقض القرار المطعون فيه"².

كما أن المحكمة العليا لا ترى أن حق الزيارة مرتبط بسن معينة للطفل المحضون، ولما حدد القاضي بداية حق الزيارة عند بلوغ الطفل المحضون سنا معينة يكون بذلك قد أخطأ في تطبيق القانون وفقا لقرار المحكمة العليا الذي قضى بأنه: "حيث فيما يخص النعي عن حق الزيارة وتاريخ استحقاق النفقة، فإنه بالفعل وبالاطلاع على القرار المطعون فيه المتبني للحكم المستأنف يتبين منه أنه قضى بنفقة المحضون ابتداء من يوم 2002/05/04 دون أن يظهر من هذا القرار الأسباب التي اعتمدها قضاة الموضوع في قضائهم هذا وكيف توصلوا إلى استحقاق نفقة المحضون بداية من

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/04/30، ملف رقم 79891، المجلة القضائية، 1992، عدد 1، ص 55.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/04/16، ملف رقم 59784، المجلة القضائية، 1991، عدد 4، ص 126.

التاريخ المذكور فضلا على أنهم حددوا بداية حق الزيارة عند بلوغ المحضون سن 04 سنوات رغم أن الشخص لا يقيد إلا بما يقيد القانون وزيارة الأب حق لابنه بمجرد إسناد الحضانة لغيره وليست مقيدة بمدة معينة الأمر الذي يتعين معه القول وان الوجهين مؤسسين في الحالتين المذكورتين فقط مما يتعين نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص تاريخ سريان المحضون وحق الزيارة¹.

ومن بين المبادئ التي كرسها قضاء المحكمة العليا عدم صحة تحديد ممارسة حق الزيارة في بيت الزوجة المطلقة²، ومن المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الإبن يكون له حق الزيارة أيضا³.

من خلال الإطلاع على بعض الأحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أو الطلاق الخلعي، تبين أن القاضي حينما يحكم بحق الزيارة، فإنه يحدد مواعيتها في منطوق حكمه. فقد يحدد الحكم القضائي تقرير حق الزيارة للأب كل يوم جمعة وسبت من الساعة التاسعة صباحا إلى غاية الخامسة مساء وفي الأعياد الدينية والوطنية وفي نفس التوقيت والعطل المدرسية مناصفة بينهما على أن يكون النصف الأول منها له مع الأخذ والرد. وفي الحقيقة، إن حق الزيارة لم يوف حقه من طرف المشرع الجزائري لأن القول فقط بوجوب الحكم بحق الزيارة عند الحكم بإسناد الحضانة غير كاف، بل ينبغي تحديد ضوابط الزيارة حتى لا يترك الطفل المحضون ضحية صراع والديه الذين انفصلا عن كره وعداوة. وتتمثل بعض تلك

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2006/01/04، ملف رقم 350942، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 1، ص 455.

² ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن وأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو ساعات محددة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص ممارسة حق الزيارة. بدعوى أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها والذي لا يصح يصح شرعا لأنها أصبحت أجنبية عنه.

حيث أنه بالفعل لا يصح شرعا تحديد ممارسة حق الزيارة للطاعن ببيت المطعون ضدها لأن الهدف من حق الزيارة لا يتحقق إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها ولو لساعات محددة. وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يخص مكان ممارسة حق الزيارة. "المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/12/13، ملف رقم 214290، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 194.

³ حيث أن الجد يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والده المتوفي فكما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، وعليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن. "المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/04/21، ملف رقم 189181، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 192.

الضوابط التي تستدعي تدخل المشرع الجزائري لتحديد بدقة ووضوح في من لهم الحق في الزيارة، ومكان الزيارة وأوقاتها.

وما يلاحظ على نص المادة 64 ق.أ أنها جاءت بحكم يمثل استثناء عن قاعدة تقضي بأن القاضي لا يحكم إلا بما طلب منه في الدعاوى المدنية، إذ نصت على أن القاضي يحكم بحق الزيارة عند حكمه بإسناد الحضانة حتى ولو لم يطلبه أحد الخصوم. ولعل الدافع لذلك هو تلك الأهمية البالغة التي يوليها المشرع الجزائري لمصلحة المحضون التي تتطلب أن ينشأ الطفل ويكبر تحت أعين والديه حتى ولو كانا منفصلين، وما من شأن ذلك أن يعيد للطفل المحضون نوعا من التوازن النفسي الذي قد يتأثر كثيرا بفعل طلاق أبويه.

ومن أبرز مظاهر اهتمام المشرع الجزائري بحق الزيارة حرصه على تنفيذ الحكم القاضي بحق زيارة الطفل المحضون على أحسن وجه بتجريمه للإمتناع عن تسليم طفل قاصر لمن له الحق في المطالبة به ولمن له الحق في الحضانة أو خطفه منه بموجب المادة 327 ق.ع التي نصت على أنه: "كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات"، والمادة 328 ق.ع التي قررت حماية جنائية للطفل المحضون في مواجهة أبويه وأقاربه¹ بنصها أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف. وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني".

إن الدور المنوط بوالدي الطفل المحضون وفقا لأحكام قانون الأسرة ينسجم مع ما جاءت به إتفاقية حقوق الطفل في المادة 5 منها التي نصت على أنه: "تحتزم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين أو، عند الاقتضاء، أعضاء الأسرة الموسعة أو الجماعة حسبما ينص عليه العرف المحلي، أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المسؤولين قانونا عن الطفل، في أن يوفروا

¹ أنظر، حسينة شرون، جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضن، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة محمد خيدر بسكرة، مجلد5، 2010، عدد 7، ص 27.

بطريقة تتفق مع قدرات الطفل المتطورة، التوجيه والإرشاد الملائمين عند ممارسة الطفل الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية". ويجسد على أرض الواقع ما نصت عليه المادة 9 فقرة 3 منها على: "تحترم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى".

إن إسناد القاضي الحضانة للحاضن الذي تتوفر فيه شروط ممارسة الحضانة لا يعني بالضرورة أنه حق مطلق ودائم، لأن الحضانة قد تسقط عنه متى توفر شرط من شروط سقوطها التي نص عليها المشرع، كما أن الحضانة تعود إلى الحاضن الذي سقطت عنه طبقا لمقتضيات النصوص القانونية التي تضمنها قانون الأسرة بشأن هذه المسألة.

المطلب الثالث

أسباب سقوط الحضانة وعودتها

تضمن قانون الأسرة أسبابا تؤدي إلى سقوط الحضانة عن صاحب الحق فيها، ويرجع ذلك إلى أمرين غاية في الأهمية: الأمر الأول يتمثل في الأهمية البالغة التي تكتسبها الحضانة باعتبارها وسيلة لحماية الطفل ورعايته خاصة في حالة انفصال أبويه. أما الأمر الثاني، فيتجسد في فلسفة المشرع بخصوص مسألة الحضانة، والتي تقوم على أساس مصلحة المحضون التي تقتضي في بعض الأحيان إسقاط الحضانة عن الحاضن في الحالات التي تكون فيها تلك المصلحة مهددة.

وفي تنظيمه لمسألة إسقاط الحضانة عن الحاضن عند توفر الأسباب التي تدعو لذلك وضع المشرع الجزائري نصوصا قانونية بينت تلك الأسباب التي يستدعي البحث فيها بطرح التساؤل التالي: ماهي الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة والتي تضمنتها النصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة؟

الإجابة على هذا التساؤل تكون بالبحث في سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم وبالتنازل (الفرع الأول) وعن سقوطها باختلال شروط الحضانة التي وردت في المادة 62 ق.أ. وبعدهم طلبها لمدة تفوق السنة (الفرع الثاني) وعن سقوطها عن الخالة والجدة أو بالإقامة في بلد أجنبي (الفرع الثالث) ثم البحث في عودتها (الفرع الرابع).

الفرع الأول

سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم أو بالتنازل

حددت المادة 66 من ق.أ.¹ حالتين لسقوط الحضانة عمن له الحق فيها، تمثلت في زواج الحاضنة بغير قريب محرم (أولا) وبالتنازل (ثانيا).

أولا- سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم:

قبل الخوض في موقف المشرع والقضاء الجزائريين من زواج الحاضنة بغير قريب محرم وأثره على استحقاق الحضانة، لا بد من استعراض آراء فقهاء المذاهب الفقهية السنية بخصوص تلك المسألة على اعتبار أن أحكام الشريعة الإسلامية تمثل المصدر الأصلي لأحكام قانون الأسرة. اتفق فقهاء المذاهب السنية على سقوط حق الحاضنة بزواجها بغير قريب محرم، فقد ذهب الحنفية إلى القول بسقوطها عنها بزواجها من زوج أجنبي عن المحضون²، وقالوا بأن حقها يعود عند ارتفاع الزوجية أي بطلاقها منه أو وفاته³. كما يرى المالكية أن خلو المرأة من زوج أجنبي يعد شرطاً من شروط استحقاق الحضانة بالنسبة للأنتى الحاضنة فإن دخل بها زوج أجنبي غير محرم سقط

¹ تنص المادة 66 ق.أ على أنه: "يسقط حق الحاضنة بالزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

² يقول المرغيناني: "وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها، لما روينا، ولأن زوج الأم إذا كان أجنبياً يعطيه نزراً، وينظر إليه شزراً، فلا نظر. قال إلا الجدة إذا كان زوجها الجد، لأنه قام مقام أبيه، فينظره، وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه، لقيام الشفقة نظراً إلى القرابة القريبة، ومن سقط حقها بالزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية، لأن المانع قد زال"، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ص 367، 368.

³ يقول الكاساني: "ومنها أن لا تكون ذات زوج أجنبي من الصغير فإن كانت فلا حق لها في الحضانة، وأصله ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وتدي له سقاء ويزعم أبوه أن يزرعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم { أنت أحق به منه ما لم تنكحي } . وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال: طلق عمر رضي الله عنه أم ابنه عاصم رضي الله عنه فلقبها ومعها الصبي فنازعها وارتفعنا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه فقضى أبو بكر رضي الله عنه بعاصم بن عمر رضي الله عنهم لأمه ما لم يشب أو تتزوج وقال: إن ربحها وفرأشها خير له حتى يشب أو تتزوج، وذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولأن الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الأب؛ لأنه يبعثه لغيرته وينظر إليه نظر المغشي عليه من الموت ويقتر عليه النفقة فيتضرر به حتى لو تزوجت بذوي رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي أو الأم تزوجت بعم الصبي أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة، ولو مات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها في الحضانة؛ لأن المانع قد زال فيزول المانع ويعود حقها وتكون هي أولى ممن هي أبعد منها كما كانت"، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج 4، ص 42.

حقها في الحضانة¹. وقد اختلف فقهاء المالكية حول عودة الحضانة للحاضنة بعد طلاقها أو وفاتها من زوجها الأجنبي عن الطفل المحضون، بين من يرى أن الحضانة حق للحاضن وبين من يرى أنه حق للمحضون، فأما من قالوا بأنها حق للحاضن فلهم ثلاثة أقوال²:

قول يرى بأنه تسقط بالزواج حضانتها جملة، فلا تعود لها الحضانة أبدا وإن مات الحاضن للولد وقد طلقها زوجها الأجنبي أو مات عنها. وحجتهم في ذلك أن بزواجها رضيت بإسقاط حقها في الحضانة جملة. وقول ثاني يرى بأن حضانتها تسقط في جهة من حضن المحضون بعد تزويجها، فلا تعود الحضانة لها إذا طلقها زوجها الأجنبي أو مات عنها، ما دامت لم تسقط الحضانة عن الحاضن الذي انتقلت له الحضانة بعد سقوطها عنها، فإذا سقطت عنه بموته أو لسبب آخر رجعت الحضانة لها. وحجتهم أن بزواجها رضا بتسليم الولد إلى الذي يحضنه وليس رضا منها بإسقاط حقها في الحضانة جملة.

وقول ثالث يرى بأنه تسقط حضانتها في حال تزويجها، فإذا طلقها زوجها الأجنبي أو مات عنها رجعت لها الحضانة. وحجتهم أن زواجها ليس رضا منها بترك الولد لأن النكاح مما تمس الحاجة إليه كالشراب والطعام، أما من قال بأن الحضانة حق للمحضون وهو مذهب بن الماجشون فيرى أن لها أن تأخذ الولد متى خلت من الزوج.

وقد أوجز ابن جزري ذلك بقوله أن من بين ما تسقط به الحضانة: "تزوج الحاضنة ودخولها إلا أن تكون جدة الطفل زوجا لجدته لم تسقط خلافا لابن وهب وإذا تزوجت ثم طلقت لم تعد حضانتها في المشهور وقيل تعود وفاقا لهم"³.

¹ يقول الدسوقي: "و شرطها للأنتى الحاضنة ولو أما الخلو عن زوج دخل بها فإن دخل بها سقطت لاشتغالها بأمر الزوج فليس الدعاء للدخول كالدخول ووطء السيد للأمة الحاضنة كدخول الزوجة إلا أن يعلم من له الحضانة بعدها بتزوجها ودخولها مع علمه بأنه مسقط ويسكت بعد ذلك العام بلا عذر فلا تسقط حضانة المتزوجة فإن لم يعلم بالدخول أو علم وجهل الحكم أو سكت دون عام أو عاما لعذر انتقلت له، وسقط حق الدخول بما لم تتأيم قبل قيامه عليها أو يكون الزوج الذي دخل بها محرما للمحضون فلا تسقط حضانتها إن كان الزوج له حضانة للولد كأن تتزوج أمه بعمه بل وإن كان الزوج لا حضانة له كالحال للمحضون تتزوجه الحاضنة أو يكون الزوج وليا للمحضون أي له حق في الحضانة وإن لم يكن محرما كابن العم تتزوجه الحاضنة فلا تسقط"، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 529، 530.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد...، المرجع السابق، ص 323.

³ ابن جزري، المرجع السابق، ص 180.

ويرى الشافعية أن حق الحاضنة يسقط بزواجها بغير محرم ولو لم يدخل بها¹، كما يرى الحنابلة أن ذلك الحق يسقط بزواجها من أجنبي من حين العقد².

وقد سار المشرع على منوال فقهاء المذاهب السنية وجعل من زواج الحاضنة بغير قريب محرم سببا لسقوط الحق في الحضانة. ولعله بذلك كان يرمي إلى تحقيق مصلحة المحضون التي تتحقق بوجود الطفل المحضون في كنف أقربائه ممن يتوفر فيهم شرط المحرمية لأنهم الأشفق عليه وبذلك يتعاون الزوج القريب المحرم مع زوجته الحاضنة على الإشراف والقيام بشؤون الطفل المحضون، بخلاف لو تزوجت الحاضنة من زوج غير قريب محرم لما في ذلك من ضرر للطفل، ولاشتغال الزوجة بشؤون زوجها.

وبدورها أكدت المحكمة العليا على أنه يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم في القرار الذي قضى بما يلي: "بدعوى أن القرار محل الطعن خطأ في تطبيق القانون ولا سيما أحكام المادة 64 من قانون الأسرة التي صنفت الأشخاص والأولويات المتعلقة بحضانة المحضون.

حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطئ تطبيقه وذلك لأن الطاعنة وهي أم الطفل قد سقط حقها في حضانتها بمجرد زواجها من غير محرم هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها إسناد حضانة ولدها لهذه الأخيرة.

¹ يقول الشريبي: "و لا ناكحة زوج غير أبي الطفل وإن لم يدخل بها ورضي أن يدخل الولد داره، للخبر المار: أنت أحق به ما لم تنكحي ولأنها مشغولة عنه بحق الزوج قال الماوردي: ولان على الولد وعصبته عارا في مقامه مع زوج أمه. ولا أثر لرضي الزوج الأجنبي لأنه قد يرجع فيتضرر الولد، وإنما تسقط حضانتها وتنتقل من بعدها إذا لم يرض الأب والزوج، فإن رضيا بذلك قال في أصل الروضة: سقط حق الجدة على الصحيح، وظاهره بقاء حق الام، وصححه البغوي والحوارزمي، وجرى عليه في الكفاية، واستغربه في المطلب، إذ كيف يسقط حق الجدة برضى الأب ولذا قال الأذري: الأقيس عدم السقوط. وقد يرد ذلك بأن الجدة لم ينتقل الحق إليها حينئذ حتى يقال سقط كما يؤخذ مما مر. ويستثنى من سقوط الحضانة بالنكاح ما لو اختلعت بالحضانة وحدها أو مع غيرها مدة معلومة فنكحت في أثنائها لأنها إجارة لازمة، ولكن ليس الاستحقاق هنا بالقرابة بل بالإجارة. إلا من نكحت عمه أي الطفل، وابن عمه وابن أخيه فلا تسقط حضانتها حينئذ في الأصح، لأن من نكحته له حق في الحضانة وشفقته تحمله على رعايته فيتعاونان على كفالته، كما لو كانت في نكاح الأب، ولقضائه (ص) بنت حمزة لخالتها لما قال له جعفر إنها بنت عمي وخالتها تحي، بخلاف الأجنبي والثاني: يبطل حقها، لا اشتغالها بالزوج ولا حق له في الحضانة الآن فأشبهه الأجنبي." شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريبي، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج5، ص 196.

² يقول البهوتي: "ولا لامرأة مزوجة لأجنبي من الطفل لقوله صلى الله عليه وسلم: {لأنت أحق به ما لم تنكحي} ولأنها تشتغل عن حضانتها بحق الزوج فتسقط حضانتها من حين العقد لأنها بالعقد ملك منافعها واستحق زوجها منعها من الحضانة فسقطت حضانتها ولو رضي الزوج لثلا يكون المحضون في حضانة أجنبي فإن كان الزوج ليس أجنبيا كجده أي المحضون وقريبه فلها الحضانة لأن الزوج القريب يشاركها في القرابة والشفقة عليه، أشبه الأم إذا كانت مزوجة بالأب"، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 499.

حيث أن القرار المطعون فيه رفض تدخل الجدة للأم لأن تدخلها لم يكن وفق القانون على مستوى مجلس قضاء تيارت، الأمر الذي يجعل هذا الأخير سليماً ولم يخالف القانون والوجه المثار غير وجيه مما يتعين رفضه وتبعاً لذلك رفض الطعن¹.

يستخلص من هذا القرار أن زواج الأم بغير محرم يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة، وأنه يتعين على من له الحق في الحضانة طلبها من القضاء وفقاً لما يقتضيه القانون، وعندما طلبت الأم التي سقطت عنها الحضانة نيابة عن أمها إسنادها إليها عد ذلك مخالفاً للقانون.

وتأكيداً لسقوط الحضانة عن الحاضنة التي تزوجت بغير قريب محرم، قضى قرار آخر للمحكمة العليا بأنه: "حيث أن ق.أ. فعلاً قد أعطى الترتيب الأول للأم في حضانة أولادها طبقاً للمادة 64 من القانون المشار إليه غير أن القانون المذكور قد نص بصفة واضحة في المادة 66 منه على إسقاط حق الأم في الحضانة إذا تم زواجها بغير قريب محرم وقد ثبت لقضاة الموضوع أن الأم التي تطالب بالحضانة قد تزوجت فعلاً بغير محرم وأن ذلك يسقط حقها في الحضانة وأن قضاة الموضوع لما قضاوا بالصورة المبينة أعلاه يكونون بذلك قد طبقوا القانون لا سيما المادة 66 من ق.أ. وأقاموا قضاءهم على أساس صحيح من الواقع القانوني وجعلوا قرارهم غير مستهدف للنقض والإبطال"².

وكانت المحكمة العليا قد ذهبت قبل ذلك إلى القول بأنه يتعين أولاً إثبات زواج الحاضنة بغير قريب محرم لإسقاط حقها في الحضانة. وعليه، فإن الادعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقاً للمادة 66 ق.أ. وقد كان ذلك في قرارها الذي قضى بما يلي: "ويرد على الوجه الثاني: بأنه غير وجيه لأن قضاة الموضوع لم يخرقوا القانون ولم يخالفوه، لأنهم أشاروا في قرارهم المنتقد إلى مصلحة الطفل تقتضي بقاءه عند أمه زيادة على أن الزواج الذي تدعيه الطاعنة لم يثبت لديهم بصفة مؤكدة لأن الزواج في الواقع لا يثبت إلا بوجود عقد زواج حرر طبقاً للقانون وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 66 من قانون الأسرة، الأمر الذي يتعين معه رد هذا الوجه هو الآخر.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/05/18، ملف رقم 331058، مجلة المحكمة العليا، 2005، ص 1290.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/07/13، ملف رقم: 341320، نشرة القضاة، 2008، عدد 62، ص 385.

ويرد على الوجه الثالث: بأنه غير سديد لأن القرار المنتقد قد صادق على الحكم أولى درجة جملة وتفصيلا مما يجعل قضاة الاستئناف قد تبنوا تعاليل وأسباب قاضي أول درجة، كما أن قضاة الموضوع قد أجابوا على دفعات الطاعنة وأشاروا إلى أن ادعاء الطاعنة بأن المطعون ضدها قد تزوجت بغريب لم يثبت لديهم هذا الادعاء وبناء عليه رأوا أن مصلحة الطفل المتنازع على حضائته تكمن في بقاءه لدى أمه المطعون ضدها خاصة وأنه قضى معها مدة ثماني سنوات مما يجعل الوجه الأخير هذا الأخير سديد. وحيث يتعين لما ذكر أعلاه بأن القرار المطعون فيه كان سديدا وموفقا فيما ذهب إليه، وأنه لم يتعارض وقانون الأسرة وخاصة مادته 66 الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض الطعن لعدم تأسيسه¹.

وقد استعمل المشرع الجزائري عبارة "ما لم يضر بالمحزون" في المادة 66 ق.أ، وقد وقع لبس في فهم مقصودها، حيث فسرها البعض² خطأ أنه تخص سقوط الحضانة لزواج الحاضنة بغير قريب محرم، وفي الواقع تلك العبارة تخص السبب الثاني أي التنازل، لأن الإضرار بمصلحة المحزون مفترض بنص القانون عند إقدام الحاضنة على التزوج بغير قريب محرم ولا تحتاج إلى تقدير القاضي. ولإزالة الغموض الذي اكتنف المادة 66 ق.أ قضى قرار للمحكمة العليا بأنه: "حيث أن المادة 66 من قانون الأسرة تنص على أن الحضانة تسقط بزواج الحاضنة بغير قريب محرم وأن المصلحة في سقوط الحضانة وانتقالها إلى من يليها في الترتيب قائمة بمجرد إعادة الحضانة للزواج بغير قريب محرم لأن مصلحة الولد تقتضي بقاءه مع والده بدلا من زوج أمه وأن مصلحة المحزون الواردة في نص المادة 66 المذكورة الواجب على القاضي مراعاتها تعود على السبب الثاني الخاص بالتنازل وليس بالسبب الأول الذي حكم القانون بشأنه بالسقوط بمجرد توافره دون حاجة للتدليل عليه وتكون بذلك المصلحة مفترضة بنص القانون لا بتقدير القاضي مما يجعل الوجهان سديدين"³.

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ، 19/04/1994، ملف رقم 102886، نشرة القضاة، 1997، عدد 51، ص 92.

² طعن في النقض في قرار مجلس قضاء عنابة الذي ألغى اعتمادا على أن المحكمة لم تراعى مصلحة المحزون وفقا للمادة 66 من ق.أ، المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 13/09/2012، ملف رقم 693936، مجلة المحكمة العليا، 2013، عدد 1، ص 253.

³ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 13/09/2012، ملف رقم 693936، مجلة المحكمة العليا، 2013، عدد 1، ص 253.

وقد أثار تطبيق المادة 66 من ق.أ. جدلا كبيرا دفع البعض¹ إلى المطالبة بتعديل هذا النص، بل دفع البعض الآخر² ممن رأى في قانون الأسرة تكريسا لإضطهاد المرأة إلى إلغاء قانون الأسرة برمته والعمل بقوانين مدنية، إذ رأوا في ذلك إجحافا في حق الطفل والأم التي تكون أمام خيارين صعبين حتى لا يسقط حقها في الحضانة أحلاهما مر، فإما أن تحجم عن الزواج نهائيا بشخص أجنبي عن الطفل المحضون وبذلك تحرم من إعادة بناء حياتها، أو تتزوج زواجا عرفيا وتحمل مشاكل وتبعات ذلك. أما إذا تزوجت بغير قريب محرم، فإن حقها في الحضانة يسقط. في حين أن زواج الرجل المطلق بأجنبية عن الطفل المحضون لا يشكل سببا لإسقاط حقه في الحضانة، وقد بدا هذا الأمر للبعض منطويا على تناقض وإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

جدول يتضمن عدد الأحكام النهائية المتعلقة بإسقاط الحضانة (مخالفة أحكام المادة 66 ق.أ.)

السنة	عدد الأحكام النهائية القاضية بقبول إسقاط الحضانة	عدد الأحكام النهائية القاضية برفض إسقاط الحضانة	تزوج الحاضنة بغير قريب محرم (المادة 66 ق.أ.)
2018	36	29	13
2019	45	47	28
2020	33	48	16

يلاحظ من خلال هذه الإحصائيات أنه في سنة 2018 صدر 36 حكم قضائي بجميع المحاكم التابعة لمجلس قضاء تلمسان أين قضت بقبول إسقاط الحضانة لأسباب مختلفة، منها 13 حكم قضائي قضى بقبول إسقاط الحضانة بسبب تزوج الحاضنة بغير قريب محرم و 29 حكم قضائي قضى برفض إسقاط الحضانة لأسباب مختلفة منها 19 حكم برفض إسقاط الحضانة بسبب تزوج الحاضنة بغير قريب محرم. وفي سنة 2019 تم تسجيل 27 حكم قضائي قضى بقبول

¹ دعت رئيسة المجلس الوطني لحقوق الإنسان الجزائري بضرورة تعديل المادة 66 من ق.أ.، فقد رأت بأنها مححفة في حق الطفل والمرأة، وقد اقترح المجلس تعديلها بما يسمح لقاضي شؤون الأسرة بالفصل في هذه المسألة بناء على المصلحة الفضلى للطفل بعد الاستماع إلى الطفل بحضور والديه، جريدة الخبر أونلاين، جريدة يومية، 2017/12/10.

² جريدة الشروق اليومي، جريدة يومية، 2020/11/27، ص 13.

إسقاط الحضانة مقابل 28 حكم قضائي قضى برفض إسقاطها. أما في سنة 2020، فصدر 16 حكم قضائي قضى بقبول إسقاطها مقابل 22 حكم قضائي قضى برفض إسقاطها. ويستشف من هذه الأرقام أن نسبة رفض إسقاط الحضانة بسبب تزوج الحاضنة بغير قريب محرم تفوق نسبة قبول إسقاطها لنفس السبب.

ثانيا- سقوط الحضانة بالتنازل:

كما جعل المشرع الجزائري من تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة سببا لسقوط الحضانة، واشترط المشرع الجزائري سقوطها بعدم الإضرار بمصلحة المحضون بالمادة 66 ق.أ. ولئن اعترف المشرع الجزائري بحق الحاضن في التنازل عن حضانتها، فإنه ينبغي أن يأتي هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة من حيث الموضوع والشكل وفقا لأحكام القانون وحده¹. ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه يجوز للقاضي أن يحكم بسقوط الحق في الحضانة عن الحاضن الذي كان يستحقها وتنازل عن حقه فيها كتابيا أمام الموثق، أو شفويا أمام شهود، أو أمام القضاء بشرط أن يتأكد من أن هذا التنازل كان رضائيا، مع إمكان إسنادها إلى من طلب سقوطها إذا ثبت أنه أهلا للحضانة².

ومتى كان من شأن تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة الإضرار بمصلحة المحضون، فإن القاضي لا يعتد به، ويصبح ذلك التنازل بدون أثر تحقيقا لتلك المصلحة، وهو ما سار عليه قضاء المحكمة العليا الذي كرس ما جاء في المادة 66 ق.أ في قرارها الذي قضى بأنه: "من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحضانة بالزواج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا من قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". وقد ثبت في هذا القرار أن قضاة المجلس أسندوا حضانة البنت لأبيها بعد إسقاطها عن أمها بسبب التنازل، رغم أن

¹ تشوار حميدو ركية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص 519.

² عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة...، المرجع السابق، ص 186.

البنات مريضة وتحتاج إلى رعاية خاصة ومتواصلة بسبب مرضها، ولا يمكن أن تحظى بتلك الرعاية مع أبيها لأنه يكون مضطراً للخروج إلى العمل خارج البيت، في حين أن الأم هي الأقدر على رعايتها، وبذلك أخطأ قضاء المجلس بإسقاطهم حضانة الأم بتنازلها لما في ذلك من إضرار بمصلحة البنات، كل هذا يمكن الوقوف عليه في حيثيات هذا القرار: "حيث أن الشهادة الطبية تثبت أن البنات مريضات مزمنات وتحتاج إلى رعاية أكثر والذي يوفر هذه العناية الأم فقط ولذلك وحسب المادة 88 من ق.أ والتي تنص صراحة: يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير القريب وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.

حيث أن تنازل الأم عن الحضانة يضر بالبنات لأن الأب يخرج لمزاولة مهامه ولذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه¹.

وعلى أساس مراعاة مصلحة الفضلى للمحضون ينبغي على القاضي عند النظر في طلب إسقاط الحضانة بالتنازل أن يتأكد من عدم إضرار ذلك بتلك المصلحة أو إهدارها، وإذا لم يتم بذلك، فإن حكمه يكون معرضاً للطعن بالنقض. وهو الأمر الذي يمكن الوقوف عليه من قرار المحكمة العليا الذي رأى بأن تنازل الأم عن الحضانة جائز إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون، حينما قضى: "عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة المادة 66 من ق.أ، بدعوى أن قضاة الموضوع قد قبلوا تنازل المطعون ضدها عن حضانة ولديها دون التأكد من أن التنازل لم يضر بمصلحتهما.

حيث أنه بالفعل قد جاء في القرار المنتقد بأنه لا يمكن إجبار الأم عن ممارسة الحضانة دون أن يعطي القضاة أي توضيح على سن الولدين أو الإشارة إلى إمكانية استغنائهما عنها وأن هذا التنازل لا يضر بهما طبقاً لما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 66 ق.أ وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس².

وتأكد القاضي من عدم إضرار التنازل عن الحضانة بمصلحة المحضون يتطلب منه مناقشة الدفع المتعلقة بالحالة النفسية للطفل المحضون والتقارير المعدة من قبل المساعدة الاجتماعية أو أية وسيلة من شأنها أن تساعد في ذلك، وإلا كان حكمه مشوباً بقصور في التسبيب، طبقاً لما

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1989/07/03، ملف رقم: 54353، المجلة القضائية، 1992، عدد 1، ص 45.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2002/02/13، ملف رقم: 282153، المجلة القضائية، 2004، عدد 1، ص 275.

تضمنه قرار المحكمة العليا الذي قضى بـ: "إن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجددة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والتقارير الذي أعدته المساعدة الاجتماعية يعتبر قصور في التسبيب". وجاء تسبيب ذلك القرار على النحو التالي: "حيث أنه وبعد الإطلاع على القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس قضوا بتأييد الحكم المستأنف الذي أسند حضانة الولد للجددة لأم على أساس أن المبررات والحجج التي تقدم بها المستأنف ليست كافية لإسقاط الحضانة عن الجدة لأم دون مناقشة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفع التي أثارها الطاعن حول الحالة النفسية للولد والوثائق المقدمة من طرف الطاعن حول وضعية الولد والمحيط الغير اللائق الذي يعيش فيه المحضون والذي أشارت إليه المساعدة القضائية في تقريرها وبالتالي فالقرار المطعون فيه بعدم مناقشته للدفع المثارة وعدم مراعاة مصلحة المحضون يعتبر مشوباً بالقصور في الأسباب ومخالفاً للقانون، مما يجعل الوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس"¹.

كما أنه ينبغي أن يوجد حاضن تتوفر فيه شروط الحضانة مع قبوله الحضانة لتسند له بدلا من الحاضنة التي تنازلت عن حقها، وذلك حتى لا يترك الطفل بدون حاضن، وهو في أمس الحاجة إلى من يرعاه ويقوم بالإشراف على أموره. وهذا ما تبنته المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي قضى بما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها تقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد، فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة.

لما كان الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها حكم لها بمقتضى حكم بالطلاق بالحضانة بناء على طلبها ولأجل ذلك منحت السكن الزوجي لتحضن فيه الأولاد، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بإسقاط حضانة الأولاد عن أمهم بناء على طلبها وإلزام الأب بأخذهم وهو ليس حاضنا مباشرا بل يحضن بغيره من النساء (زوجته الثانية) التي ليست أكثر حنانا من أمهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الحضانة"².

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/07/13، رقم الملف 332324، نشرة القضاة، 2006، عدد 59، ص 236.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1988/12/19، ملف رقم 51894، المجلة القضائية، 1990، عدد 4، ص 70.

يبرز دور القضاء المهم من خلال ما تم ذكره في تطبيق القاعدة القانونية وفي تفسيرها لأن القاضي يضطلع بمهمة البحث عن حلول للنزاعات المطروحة أمامه وإلا كان في حالة إنكار العدالة. لذلك أحاطت قرارات المحكمة العليا بالعديد من الجوانب والنقاط المتعلقة بمسألة التنازل عن الحضانة كسبب من أسباب سقوطها بمناسبة النظر في الطعون بالنقض المرفوعة أمامها.

والجدول التالي يتضمن إحصائيات عن الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم التابعة لمجلس قضاء تلمسان التي قضت بقبول إسقاط الحضانة بالتنازل، وتلك التي قضت برفض إسقاطها لنفس السبب خلال السنوات 2018، 2019، و2020.

جدول يتضمن عدد الأحكام النهائية المتعلقة بإسقاط الحضانة (مخالفة أحكام المادة 66 ق.أ)

السنة	عدد الأحكام النهائية		تنازل الحضنة عن حق الحضانة (المادة 66 ق.أ)
	القاضية بقبول إسقاط الحضانة	القاضية برفض إسقاط الحضانة	
2018	36	29	16
2019	45	47	13
2020	33	48	14

إضافة إلى اعتبار تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة كسبب مسقط لها، جعل المشرع الجزائري اختلال شروط الحضانة وعدم طلبها لمدة تفوق السنة من بين الأسباب التي تؤدي إلى إسقاط الحق في الحضانة.

الفرع الثاني

سقوط الحضانة باختلال شروط الحضانة أو بعدم طلبها لمدة تفوق السنة

إضافة إلى الأسباب التي سبق ذكرها، فإن الحضانة تسقط باختلال شروط الحضانة

المنصوص عليها في المادة 62 ق.أ (أولا) وتسقط كذلك بعدم طلبها لمدة تفوق السنة (ثانيا).

أولاً: سقوط الحضانة باختلال الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق.أ:

نصت المادة 67 ف1 من ق.أ على أن الحضانة تسقط باختلال أحد الشروط الواردة في المادة 62 أعلاه، ونصت فقرتها الثالثة على أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون. فمما لا شك فيه أن إسناد الحضانة لمن له الحق فيها يتطلب توفر الشروط التي نصت عليها المادة 62 ق.أ والتي وردت في هذا النص بعبارة "أن يكون أهلاً للقيام بذلك". وعلى هذا الأساس، فمتى كان من له الحق في الحضانة سواء كان ذكراً أو أنثى ليس أهلاً للقيام بها، فإن ذلك حتماً يؤدي إلى سقوطها عنه، كما إذا أصيب بجنون أو عته، أو أصبح غير قادر على تربيته لمرض يمنعه عن القيام بها، أو ثبت سوء أخلاقه، أو كل ما يؤدي إلى اختلال شروط الحضانة، فإن حقه في الحضانة يسقط. ومن بين التطبيقات القضائية للمادة 67 ق.أ، قرار المحكمة العليا الذي قضى بأنه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة لمراعاة لمصلحة المحضون. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق.أ. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة". وقد سبب قضاة المحكمة العليا قرارهم بقولهم: "حيث أنه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد أن جريمة الزنا لا تؤثر على المطلقة برعاية وتربية أولادها.

حيث أن المادة 62 من ق.أ قد عرفت الحضانة بأنها رعاية المحضون من تربية وتعليم، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بهذه العناصر السابقة الذكر.

حيث أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعاً وقانوناً إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الإستغناء عن أمه وعليه فالوجه مؤسس¹.

¹ المحكمة العليا، 1997/09/30، ملف رقم 171684، الإجتهد القضائي، 2001، عدد خاص، ص 169.

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه إذا كان المحضون صغيرا لا يستطيع الإستغناء عن أمه، فإن مصلحته تقتضي عدم إسقاط الحضانة عنها حتى ولو ثبت ارتكابها لجريمة الزنا، والعبرة في ذلك بمصلحة المحضون. ويظهر ذلك جليا في قرار لمحكمة العليا الذي قضى بأنه: "يمكن إسناد الحضانة للأم، المدانة بجريمة الزنا، متى تحققت مصلحة المحضون". ومن حيثيات ذلك القرار ما يلي: "حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس مخالفتهم لأحكام المادة 62 من ق.أ، وذلك بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا.

لكن حيث أن الحضانة، وإن كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من ق.أ، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة 67 السالفة الذكر، قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات، مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغني عن خدمة النساء ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها، على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما..."¹.

وحتى تسقط الحضانة عن الحاضن بدعوى أنه غير أهل لها يجب على من يطلب ذلك أن يقدم للمحكمة ما يفيد وما يبرر أن من استفاد من الحضانة غير أهل لها، وفقا لقرار المحكمة العليا الذي قضى بأنه: "لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المنتقد يتبين وأن قضاة المجلس لم يأخذوا فقط بمبدأ الأولوية في استحقاق الحضانة حسبما تنص عليه المادة 64 من قانون الأسرة وإنما بينوا في قرارهم أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون وذكروا أن الطفلة (ر) لا زالت صغيرة، غير مميزة ولا يعتد برغبتها في اختيار من يحضنها وبينوا أن الحالة المادية للحاضن ليست كافية وحدها لإسناده الحضانة، هذا فضلا وأنه لا يمكن إسقاط الحضانة عن من استفاد بها بموجب حكم دون تقديم من

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2010/07/15، ملف رقم 564787، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد 02، ص 262.

يهدف إلى ذلك ما يفيد وما يبرر أن المستفيد منها غير أهل لممارسة الحضانة وعليه فإن قضاة المجلس طبقوا صحيح القانون¹.

ونصت المادة 67 ف2 من ق.أ على أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وذلك لعدة اعتبارات أهمها أن التطور الذي يعرفه المجتمع الجزائري سمح للمرأة بالخروج إلى العمل، لتساعد زوجها على إعالة أبنائهم، ولتوفير ضروريات الحياة. وقد شجعت السياسة المنتهجة من قبل الدولة بتكريس حق المرأة في العمل شغل النساء لعدة وظائف في الدولة، والمرأة العاملة الأم قد تكون حاضنة، لذلك فإن عمل المرأة في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديله لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في الحضانة بشرط عدم الإضرار بمصلحة الطفل المحضون.

وقد استقر موقف المحكمة العليا قبل تعديل المادة 67 ق. التي كانت تنص على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 أعلاه. غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة الأولى"، على أن عمل المرأة لا يمثل سببا من أسباب سقوط الحضانة، حيث قضى أحد قراراتها أنه: "من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة.

ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسييب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"، وقد أسس قضاة المحكمة العليا قرارهم على: "...إضافة إلى أن القرار المعارض قد أسقط حضانة الولدين عن الطاعنة بسبب العمل دون أي سبب آخر، خصوصا وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن العمل لا يعتبر مسقطا للحضانة وعليه فالوجهين غير مؤسسين"².

وقضى قرار آخر للمحكمة ذاتها بأن: "عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية". وأكد

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2017/05/03، ملف رقم 1072148، مجلة المحكمة العليا، 2017، عدد 1، ص 159.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/07/18، ملف رقم 245156، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 188.

هذا القرار على أن الحضانة حق للحاضنين والمحضون في تسببه الذي تضمن ما يلي: "لكن حيث أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها ما لم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يجرم المحضون من حقه في العناية والرعاية، فضلا عن ذلك أن الحضانة ليست حقا للحاضنين فقط، وإنما هي حق للمحضون أيضا كما هو في الفقه والاجتهاد..."¹.

كما قضت في قرار آخر بأن: "الحكم برفض دعوى الزوج الرامية إلى إسقاط الحضانة عن الأم لكونها عاملة مع تمسك هذه الأخيرة بحقها في الحضانة يعتبر تطبيق سليم للقانون"، وسببت ذلك بما يلي: "بدعوى أن الطاعن قدم أمام قضاة الموضوع دفوعا مؤكدا فيها أن مراعاة مصلحة ابنه - محل النزاع - هي أن تكون في رعاية أبيه "الطاعن" وخاصة أن المشرع ينظر دائما إلى مراعاة مصلحة المحضون كما أن ابنه يتابع الدراسة تحت إشراف أبيه ويعيش منذ مدة كما أن أم المحضون "المطعون ضدها" تعيش في ظروف صعبة بصفتها صاحبة عمل ولم تجد وقتا لرعاية ابنها كل هذه الدفوع لم تناقش من طرف قضاة المجلس وقضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض الدعوى فكان قرارهم المنتقد مشوبا بالقصور في التسبب وعليه فالوجه مؤسس ويتعين نقض القرار.

حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن دفوع الطاعن لا مبرر لها شرعا وقانونا في إسقاط حضانة الولد عن أمه "المطعون ضدها" التي ما زالت متمسكة بحقها في الحضانة مما يجعل قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض الدعوى يكونون طبقوا صحيح القانون وعليه فالوجه غير مؤسس ويتعين رفضه"².

ولعل موقف المحكمة العليا الذي اعتبر أن عمل المرأة لا يمثل سببا كافيا لإسقاط حقها في الحضانة طالما أنه لا يمس بمصلحة المحضون، دفع المشرع كما تقدم إلى تعديل المادة 67 من قانون الأسرة والتي أصبحت تنص في فقرتها الثانية على أنه: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة"، وهو ما يبرز بجلاء دور الاجتهاد القضائي في إنشاء القاعدة القانونية وتعديلها.

ويظهر من الفقرة الثالثة للمادة 67 من ق.أ التي نصت على أنه: "غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون" إن المشرع جعل مصلحة المحضون هي الفيصل في سقوط الحضانة

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/07/03، ملف رقم 274207، المجلة القضائية، عدد 1، 2004، ص 270.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/10/23، ملف رقم 295996، نشرة القضاة، 2006، عدد 57، ص 219.

من عدمها في حالة عمل المرأة الحاضنة. فإذا كان عملها يؤدي إلى إهدار تلك المصلحة والإضرار بها، فإنه في هذه الحالة قد يكون سببا من أسباب سقوطها، ويعود تقدير ذلك للقاضي. ومن الجانب العملي، يمكن من خلال الإطلاع على الأرقام التي يتضمنها الجدول الموالي الوقوف على تطبيق نص المادة 67 من ق.أ بالمحاكم التابعة لمجلس قضاء تلمسان خلال السنوات 2018، 2019، و2020.

جدول يتضمن عدد الأحكام النهائية المتعلقة بإسقاط الحضانة (مخالفة أحكام المادة 66 ق.أ)

السنة	عدد الأحكام النهائية		عدد الأحكام النهائية القاضية برفض إسقاط الحضانة	عدد الأحكام النهائية القاضية بقبول إسقاط الحضانة
	قبول إسقاط الحضانة	رفض إسقاط الحضانة		
2018	36	29	3	2
2019	45	47	4	3
2020	33	48	0	1

إضافة إلى ما تم عرضه من أسباب تؤدي إلى إسقاط الحضانة عن الحاضن فإن عدم طلب الحضانة لمدة سنة بدون عذر بدوره يشكل سببا مسقطا للحق في الحضانة.

ب-عدم طلب الحضانة لمدة تفوق سنة:

أما المادة 68 ق.أ فقد جاءت بأن حق الحضانة يسقط كذلك في حالة عدم مطالبة الحضانة من قبل صاحبها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر، وبقراءة متأنية لهذا النص يظهر جليا أن عدم مطالبة صاحب الحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة يكون إما بعذر أو بغير عذر. فإذا كان بعذر، فإن حقه في الحضانة لا يسقط بشرط إثباته أمام القاضي الذي يملك سلطة تقدير ذلك العذر، كأن يكون مثلا جاهلا بأن له الحق في الحضانة¹. أما إذا كان بغير عذر، فإن حقه في الحضانة يسقط.

¹ صالح بوغراة، المرجع السابق، ص 138.

وكان المجلس الأعلى قد تبنى الحكم الوارد في تلك المادة قبل صدور قانون الأسرة في قرار قضى بموجبه بما يلي: "إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق في خلال سنة.

وبناء على ذلك، فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا قد خالفوا المبدأ وبالتالي القواعد الشرعية في مادة الحضانة الأمر الذي يجعل قرارهم معرضا للبطلان". وجاء تسبيب ذلك القرار على النحو التالي: "هو أن طلب المطعون ضدها الثانية (ي.ي) جاء متأخرا بمدة طويلة عن تاريخ تنازل ابنتها (ط.ع) أم الولدين (ب) و(م). إذ وقع هذا التنازل عن حضانة ابنيها المذكورين بتاريخ 1972/08/30 ولم تحرك الجدة ساكنا حتى 1978/01/08 وهو التاريخ الذي عقدت فيه العزم على طلبها حضانة حفيديها في حين أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارس ذلك الحق في خلال سنة..."¹.

وقد استقر الاجتهاد القضائي قبل ذلك على أن الحضانة تسقط على من له الحق فيها إذا لم يطلبها لمدة سنة، إذ قضى أحد قرارات المجلس الأعلى بأنه: "متى كان من المقرر شرعا أن الحضانة تسقط على من كانت تجب عليه بمرور سنة كاملة دون المطالبة بها، وكان من المقرر قانونا كذلك أن القرار الذي لا تكون أسبابه كافية لمواجهة من قدم أدلة وأبدى من طلبات ودفع في الدعوى، فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب ومخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية في مقتضياته.

وإذا كان الثابت -في قضية الحال أن- الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها في الحضانة فضلا عن كونها تسكن مع ابنتها أم البنت المحضونة فإن قضاة الاستئناف بعد ردهم على الدفع التي تمسك بها الطاعن وخاصة فيما يتعلق بتاريخ القيام رغم أن القيام القضائي جرى على أنه لا يقبل الطلب الذي يقدم بعد عام من تاريخ الفصل في الحضانة وبعدهم أيضا على دفع الأب الطاعن المتعلق بسكن

¹ المجلس الأعلى، 1979/02/05، ملف رقم 19303، نشرة القضاة، 1981، عدد 1، ص 77.

الجدة - أم البنت المحضونة- يشكل قصورا واضحا في التعليل، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الموجه المثار في الطاعن في هذا الشأن". وقد ورد في حيثياته: "حيث أن الوجه الثاني مأخوذ من مخالفة أحكام الشرع في الحضانة بدعوى أن الجددة طلبت الحضانة في 1980 بعد مضي سنة من إسنادها للأب وبذلك يسقط حقها في الحضانة بالإضافة إلى أنها تسكن مع بنتها أم المحضونة.

حيث يتضح حقيقة أن المجلس لم يرد الدفع إلى تمسك بها الطاعن سواء فيما يخص تاريخ القيام وقد جرى العمل القضائي بأنه لا يقبل الطلب الذي قدم بعد عام من تاريخ الفصل فيها كما أن المجلس لم يجب أيضا عن دفع الأب المتعلق بسكن الجددة مع أم المحضونة مما يشكل قصورا واضحا في التعليل يرتب عليه نقض القرار المطعون فيه"¹.

كما قضى في قرار آخر: "من المقرر شرعا -وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي- أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس ذلك الحق خلال سنة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية.

ولما كان الحكم الذي قضى بإسناد الحضانة للأب صدر في 1975/05/20، وأن الجددة للأمم لم تحرك ساكنا إلا في شهر ديسمبر 1980 حيث طلبت ممارسة الحضانة فإن قضاة الاستئناف بقضائهم بإسقاطهم حضانة الأبناء عن الأب، وإسنادها للجددة للأمم، أخطؤوا في قرارهم وخالفوا بذلك قواعد الفقه الإسلامي. ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه". وجاء في تسيب قضاة المجلس الأعلى: "عن الوجه الثالث: المأخوذ من مخالفة القانون بدعوى أن المطعون ضدها كانت تعلم منذ سنة 1975 بأن حضانة البنيتين المتنازع من اجلهما وأختهما (ن) (م.أ) أسندت لوالدهما الطاعن وأنها انتظرت إلى عام 1981 لطلب تلك الحضانة.

حيث حقا طلب المطعون ضدها المتعلق بإسناد حضانة البنيتين (ف.ز) و(ف) المشار إليهما أعلاه إليها قد جاء متأخرا عن أوانه بمدة طويلة.

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/06/25، ملف رقم 33636، المجلة القضائية، 1989، عدد 3، ص 45.

حيث أن تاريخ الحكم الذي قضى بإعطاء الحضانة لوالدهما كان يوم 1975/05/20 وأن الجدة للأم لم تحرك ساكناً إلى شهر ديسمبر 1980 وهو التاريخ الذي عقدت فيه العزم على طلب الحضانة حل هذا الخصام.

وحيث أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارس ذلك الحق في خلال السنة.

وحيث أن قضاة الاستئناف كانوا على خطأ في حكمهم وأنهم خالفوا مبادئ الشريعة الإسلامية في مادة الحضانة الأمر الذي يجعل قرارهم عرضة للبطلان¹.

وقضت المحكمة العليا بأن حرمان الأم من الحضانة بعد تمسكها بها ومطالبتها قبل مرور سنة يعد خرقاً لمقتضيات المادة 68 ق.أ وذلك بقولها: "من المقرر قانوناً أن الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن السنة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأم وهي لا زالت متمسكة بها، فإن قضاة المجلس بحرمانهم الأم من حق الحضانة وإسنادها للجدة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون"، وجاء في حيثياته: "ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

عن الوجه الثالث: أنه بالرجوع إلى القرار المنتقد، يتضح لنا جيداً بأنه فعلاً يشوبه الغموض بتعبيره، بأن الأم تخلت عن الحضانة لمدة سنة دون بيان بدأ السنة، هل المدة التي سبقت وفاة والدهم أن بعدها، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن القرار المنتقد قد تجاهل الحقيقة بإسناد الحضانة للجدة للأب بدعوى أن الأولاد يرغبون في ذلك ومتى كان ينسب للقاصر قول، فمصلحة القاصر يقدرها الوصي (والقاضي وصي لمن لا وصي له) وقد أسس قراره على رأي القاصر بالإضافة إلى تخلي الأم عن الحضانة لمدة تزيد عن السنة وكلا الحالتين فإن القرار المنتقد جاء ناقضاً للتعليل ومخالف للقانون لذا ينبغي نقضه².

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/09/24، ملف رقم 34438، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص 64.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1990/02/05، ملف رقم 58220، المجلة القضائية، 1993، عدد 3، ص 53.

وإضافة إلى أسباب سقوط الحضانة الآنفه الذكر، اعتبر المشرع سكن الخالة أو الجدة بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم ولإقامة الحاضن في بلد أجنبي من بين أسباب سقوط الحضانة.

الفرع الثالث

سقوط الحضانة عن الخالة أو الجدة أو بالإقامة في بلد أجنبي

سيتم في هذا الفرع دراسة حالة سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة (أولاً) وحالة إقامة الحاضن في بلد أجنبي (ثانياً).

أولاً: حالة سقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة:

نص المشرع في المادة 70 من ق.أ على أنه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم". إن أهم ملاحظة يمكن إبدائها حول هذا النص تلك التي أبدتها الأستاذة تشوار حميدو زكية بقولها أن المادة 70 ق.أ تشترك مع المادة 66 ق.أ في علة واحدة وحكم واحد يتمثل في إمساك المحضون في بيت المبغضين له، لذلك تسقط الحضانة عن صاحبتهما، ويختلف نص المادة 70 ق.أ مع المادة 66 ق.أ في أنها تتكلم فقط عن الجدة والخالة بينما تتكلم المادة 66 عن جميع الحاضنات بما فيهما الجدة والخالة¹.

والجدير بالذكر أن المالكية اشترطوا في الحاضنة عدم السكنى مع من سقطت حضانتها، فقد جاء في الشرح الصغير: "فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها أم الطفل إذا تزوجت، إلا إذا انفردت بالسكنى عنها"². والغاية من ذلك أن لا يترك الطفل المحضون مع أمه التي سقطت عنها الحضانة لزوجها بغير قريب محرم تحت سقف واحد، لأنها لو أقامت مع طفلها بداعي سكنها مع أمها التي انتقل إليها الحق في حضانة الطفل بعدما سقط عنها، فكأنما تكون هي الحاضنة وليس أمها أي جدة الطفل.

وجاء في حاشية الدسوقي أنه يشترط في كل أنثى ثبتت لها الحضانة عدم السكنى مع من سقطت عنها الحضانة وحالات سقوط الحضانة لا تقتصر فقط على حالة سقوط الحضانة عن

¹ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص 596.

² أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص 220.

الأم بزواجها من غير قريب محرم، فقد جاء فيها: "إن انفردت الأم أو الجدة بالسكنى عن أم سقطت حضانتها بتزويج أو غيره وكذا كل أنثى ثبتت حضانتها لا بد أن تنفرد بالسكنى عن سقطت حضانتها"¹.

ثانياً: سقوط الحضانة بإقامة من له الحق فيها في بلد أجنبي:

اختلف فقهاء المذاهب السنية حول مسألة إسقاط الحضانة بسبب السفر والإنتقال بالطفل المحضون، حيث يشترط المالكية في الحاضن أن لا يسافر ولي المحضون أو تسافر الحضانة سفر نقلة وانقطاع من بلد إلى بلد لا سفر تجارة أو زيارة مسافة ستة برد فأكثر، فإذا أراد الولي السفر إلى مكان آمن، ويأمن على نفسه وعلى الولد المحضون في الطريق فللولي أن يأخذ الولد من الحضانة، وإذا أرادت الحضانة السفر سفر نقلة وانقطاع نزع الولد منها. أما إذا سافرا معا ومعهما الولد إلى مكان مأمون، وكانت الطريق آمنة، فلا ينتزع الولد منها². ومجمل القول في هذه المسألة ما قاله ابن جزى: "إذا استوطن الوالد أو غيره من أولياء الصبي بلدا غير بلد الأم فله حضانة أولاده دونها ونقلهم معه إن كان مأمونا عليهم إلا أن يرضى من له الحضانة بالانتقال معه حيث انتقل"³.

بينما يرى الشافعية أنه إذا أراد أحد الزوجين بعد افتراقهما أن يسافر بالولد فينظر إذا كان السفر مخوفاً أو البلد الذي يسافر إليه مخوفاً فالمقيم أحق به، وإذا كان السفر لا تقصر فيها الصلاة كانا كالمقيمين في حضانة الصغير. أما إذا كان السفر لحاجة لا لنقلة كان المقيم أحق بالولد لأنه لا حظ للولد في حمله وورده، وإذا كان السفر للنقلة إلى موضع يقصر فيه الصلاة من غير خوف فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المسافر⁴.

أما الحنابلة فيرون وفقاً لما جاء في المغني أنه إذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود، والآخر مقيم، فالمقيم أولى بالحضانة. أما إذا انتقل إلى بلد قصد الإقامة به، وكان الطريق مخوفاً أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفاً، فالمقيم أولى بالحضانة؛ لما في ذلك السفر من خطر، أما إذا كان البلد

¹ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 527.

² أحمد الدردير، الشرح...، المرجع السابق، ج2، ص؛ 221؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 531-532..

³ ابن جزى، المرجع السابق، ص 180.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 652.

الذي ينتقل إليه آمنا، وطريقه آمن، فالأب أحق به، سواء كان هو المقيم أو المنتقل، إلا أن يكون بين البلدين قريب، بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه، فتكون الأم على حضانتها¹.

وقد كان للمشرع في هذه المسألة انعكس في نص المادة 69 ق.أ الذي جاء فيه: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون". وتبعاً لذلك، فإنه إذا كان الحاضن الذي أسندت إليه الحضانة مقيماً على التراب الجزائري، وأراد الانتقال إلى بلد أجنبي بنية الإقامة²، فقانون الأسرة يفرض عليه الرجوع إلى قاضي شؤون الأسرة لطلب الإذن له بالانتقال بالطفل المحضون، وللقاضي السلطة التقديرية في إبقاء حقه في الحضانة أو إسقاطه عنه على أساس مصلحة الطفل المحضون³. وبمفهوم المخالفة، فإن سفر الحاضنة بالطفل المحضون على التراب

¹ موقف الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 11، ص 419.

² يقصد بالسفر في حكم المادة 96 ق.أ الانتقال من أجل الإستيطان أي الإقامة الدائمة والمستمرة بنية الإستقرار، ويستثنى من ذلك السفر خارج الوطن إلى بلد أجنبي من أجل قضاء عطلة أو للعلاج، الأستاذة تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص 618-619.

وتدعيماً لرأي الأستاذة تشوار حميدو زكية بخصوص هذه المسألة يمكن الإستدلال بقرار المحكمة العليا الذي قضى بأنه لا يسقط حق الأم في الحضانة، بمجرد السفر والتردد على الخارج، لأن مناط السقوط ليس العمل أو الدراسة أو السفر المشروع المتكرر وإنما الضياع والإهمال المترتب على ذلك السفر. ويمكن للأم الحاضنة إشراك من تثق فيهم من الأقارب لرعاية المحضون، دون أن تكون ملازمة له مباشرة شؤونه.

" حيث إن البين من الحكم المستأنف والقرار محل الطعن أن قضاة الموضوع انتهوا إلى إسقاط الحضانة عن الأم الطاعنة استناداً إلى سفرها المستمر إلى باريس وقضائها فترات طويلة تتخللها فترات قصيرة تتواجد خلالها بأرض الوطن واستدلوا على ذلك بمجدول رصد حركة تردد الطاعنة على مطار هوارى بومدين وما تبين منه أن سفرها لباريس كان بصفة مستمرة يتخللها فترة دخول إلى الجزائر وقضاء مدة أقصاها لا تتجاوز شهر ثم العودة إلى مغادرة التراب الوطني واستنتاجاً من ذلك عدم ممارستها للحضانة الفعلية وعدم تحقق الغاية من الحضانة وحرمان الابن من حنان والدته ومن الرعاية اللازمة له.

حيث إن الحضانة إذا كانت هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا فإنه ليس معنى ذلك ملازمة الحاضنة للولد ومباشرتها لشؤونه بنفسها فقط وعدم مفارقتها إياه وإنما يمكنها إشراك غيرها معها ممن تثق فيهم من الأقارب في ذلك كالجددة وهي ممن نصت المادة 64 من قانون الأسرة على استحقاقها للحضانة في حالة قيام الشرط ومن ثم فلا يسقط حق الأم في الحضانة لمجرد السفر والتردد على الخارج لأن مناط السقوط ليس العمل أو الدراسة أو السفر المشروع المتكرر للخارج وإنما هو الضياع والإهمال فإذا ما ترتب عن ذلك السفر مثلاً مرض الابن أو رسوبه في دراسته أو جنوحه فإنه يكون حينها محلاً لسقوط الحضانة عن الحاضنة كونها في هذه الحالة لم تصبح أهلاً للحضانة وأن قضاة الموضوع باعتمادهم على مجرد السفر المتكرر للحضانة دون إبراز ما ترتب عن ذلك من ضياع وإهمال للولد قد أخطؤوا في تطبيق القانون وجاء قرارهم مشوباً بقصور التسييب ومنعدم الأساس القانوني مما يجعل الوجه سديداً. "، المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2018/08/06، ملف رقم 1265504، قرار منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة العليا.

www.coursupreme.dz, consulté le 20/11/2021, A 10H53.

³ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة...، المرجع السابق، ص 187.

الجزائري لا يشملته حكم المادة 69 ق.أ، ومع ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع من له الحق في الحضانة أن يرفع دعوى لإسقاط الحضانة عنه، ويرجع للقاضي إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون.

ومن بين الملاحظات التي أبدتها الأستاذة تشوار حميدو زكية بخصوص المادة 96 ق.أ، أنها أخضعت الرجال والنساء من أصحاب الحضانة على حد سواء لرقابة القاضي، وعللت ذلك بأن الأمر يتعلق بالتربية الدينية للطفل خشية تأثيره بدين البلد الأجنبي وعاداته وتقاليده¹.

أما من زاوية القضاء، فقد قضى أحد قرارات المجلس الأعلى بأنه: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود"، وجاء في تسبيبه: "حيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود.

وحيث فيما يرجع لقضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد بدون شك عن ألف كيلومتر فإن ذلك يعد مانعا لوالد المحضونين من الرقابة عليهما"².

والجدير بالذكر، أن قضاء المحكمة العليا قد استقر على سقوط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر، مثلما يظهر في قرارات المحكمة العليا التي قضت بما يلي:

"لكن وحيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الإستئناف أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون في المادة 69 من قانون الأسرة حتى ولو لم تذكر هذه المادة نصا في القرار فإن معناها يستنتج من الأسباب وذلك كون رعاية الأبناء وتربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة تكون للأب غير أن بعد المسافة بين إقامة الأب والحاضنة لا يمكن الأب من القيام بمسؤوليته خاصة وأن الحاضنة تقيم في بلد أجنبي مما يفقد حق الأب في الزيارة والمراقبة وهذا يؤدي إلى حرمانه من العطف والحنان على الأبناء المحضونين هذه أسس سليمة وأسباب كافية تجعل القرار سليما في قضائه والأوجه غير مؤسسة الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن"³.

¹ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص 618.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/09/22، ملف رقم 43594، نشرة القضاة، 1988، عدد 44، ص 175.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2001/12/26، ملف رقم 273526، المجلة القضائية، 2004، عدد 1، ص 264.

"إن إقامة الأم بالخارج سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وإسنادها للأب لأنه يتعذر على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعده المسافة. وحيث أن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وفي ق.أ. يعود إلى أن الأم تقيم بفرنسا والأب يقيم بالجزائر ويتعذر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعده المسافة"¹.

"من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون، وأن إسنادها للأم ثبت أنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم يعد خطأ في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي. بدعوى أن قضاة الموضوع أسندوا حضانة الأبناء للأم تقيم في بلد أجنبي وأخذتهم معها قبل مباشرة الدعوى الحالية ومن المقرر قانونا وشرعا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون للقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما فصل يعد قضاء مخالف للشرع والقانون ويستوجب معه نقض القرار المطعون.

حيث بالفعل بالاطلاع على أن القرار المطعون فيه يتبين منه أن قضاة الموضوع أسندوا حضانة الأبناء إلى الأم المطعون ضدها رغم إقرارهم وأنها تسكن في فرنسا. وحيث من المقرر قانونا وشرعا أن الحضانة تسند على أساس مصلحة المحضون لوحده وأن إسنادها للأم ثبت وأنها تقيم في بلد أجنبي بعيدا عن أبيهم الذي له حق الرقابة والزيارة والتربية على دينه يتعارض مع المبدأ الذي أقرته المادة 62 من ق.أ. والاجتهاد القضائي وبفصل قضاة الموضوع كما فعلوا يكونون فعلا قد أخطؤوا في تطبيق القانون والاجتهاد القضائي المعمول به، مما يترتب على ذلك نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحضانة"².

أما إذا كان الزوجان يقيمان في نفس البلد الأجنبي، فلا تسقط الحضانة عن الأم طبقا لما قضى به قرار المحكمة العليا: "لا تسقط الحضانة، بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلاد الأجنبي.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/11/21، ملف رقم 111048، نشرة القضاة، 1997، عدد 52، ص 102.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/10/12، ملف رقم 334543، نشرة القضاة، 2003، عدد 62، ص 381.

وحيث إزاء ما ذكر، أعلاه لا يحق للمطعون ضده المطالبة بنزع حضانة أولاده الثلاثة من أمهم الطاعنة بسبب كون هذه الأخيرة تقيم خارج التراب الوطني وهو يقر بأنه هو الآخر يقيم خارجه أيضا الأمر الذي يجعل القرار المنتقد قد خرق المادة 65 من ق.أ. وأساء تطبيقها مما يجعله عرضة للنقض والإبطال. وحيث أن حكم أول درجة قد أصاب فيما قضى به بما يتوجب تكريسه¹.

ويجب التنويه أن القضاء الجزائري منح حق الحضانة للأم المقيمة في فرنسا مراعاة لمصلحة المحضونين، إذ جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "لكن حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسندوا حضانة الأبناء للأم المطعون ضدها المقيمة مراعاة لمصلحتهم ولأنهم يدرسون بفرنسا، وحيث أن هذا التسبب كاف ما دامت مراعاة مصلحة المحضونين تكون في المقام الأول عند إسناد حضانتهم..."².

وقياسا على هذا القرار الذي قضى بإمكانية إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم، فإنه بإمكان القاضي أن يرخص بانتقال الطفل المحضون مع الحاضن الذي يريد السفر إلى بلد أجنبي ليستوطن فيه متى تحقق من وجود مصلحة للمحضون في ذلك بموجب المادة 69 ق.أ.

كما قد تستدعي تلك المصلحة أن تمنح للحاضنة التي اكتسبت جنسية أجنبية، ولم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي، طبقا للمبدأ الذي كرسه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 2008 بقولها: "لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية، حقها في الحضانة طالما لم تثبت ردتها عن الدين الإسلامي"³.

ولئن وضع المشرع الجزائري الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحضانة فإنه لم يعلق الباب أمام عودة الحق في الحضانة.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2002/05/08، ملف رقم 282033، مجلة المحكمة العليا، 2004 عدد2، 363

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2008/03/12، ملف رقم 426431، مجلة المحكمة العليا، 2008 عدد1، 271.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2008/09/10، ملف رقم 457038، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 02، ص 313.

الفرع الرابع

عودة الحق في الحضانة

تنص المادة 71 من قانون الأسرة على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، أي إذا كان سبب سقوط الحضانة لأمر خارجة عن إرادة الأم كإصابتها بمرض وشفيت منه، فيعود لها الحق في الحضانة، وكذلك في حالة إذا طلقت بعد زواجها الثاني من أجنبي غير محرم.

اكتفى المشرع الجزائري في نص المادة 71 ق.أ. بالإشارة إلى أسباب سقوط الحضانة غير الاختيارية، ولم يبين ما هي تلك الأسباب، كما لم يبين أسباب سقوطها الاختيارية، تاركا مسألة التمييز بين الأسباب الاختيارية وغير اختيارية لسقوط الحضانة للفقهاء والقضاء.

في هذا السياق، يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن تنازل الحاضن أو الحاضنة عن حقها، وعدم طلبها لمدة تفوق السنة بدون مبرر شرعي، وإعادة زواج الأم الحاضنة بغير ذي محرم يمثل حالات سقوط الحضانة الاختياري. بينما يمثل سقوط حق الحضانة بسبب الإخلال بأحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق.أ.، وسقوط حق الحضانة عن الجدة أو الخالة بسبب سكنها بالمحزون مع أمه المتزوجة مع رجل غير ذي محرم حالتين لسقوط الحضانة الغير إختياري¹.

ويرى الأستاذ بلحاج العربي أنه عند سقوط حق الحضانة بالنسبة للحاضن لسبب من الأسباب القانونية، كعدم قدرته على رعاية وحماية والعناية بالمحزون صحيا وخلقيا، فإن حق الحضانة سيعود إليه متى توفر له السبب الذي كان ينقصه بشرط إثبات ذلك للمحكمة، غير أنه في حالة سقوط الحضانة بسبب ناتج عن تصرف الحاضن برغبته واختياره فإن حق الحضانة طبقا لمقتضيات المادة 71 ق.أ. لن يعود إليه أبدا بعد سقوطه².

أما من زاوية القضاء، فقد اعتبرت المحكمة العليا زواج الأم بالأجنبي تصرفا رضائيا واختياريا لا يعيد لها الحق في الحضانة، وكان ذلك في قرارها الذي قضى بأنه: "بالرجوع إلى القرار المنتقد موضوع الطعن والمادة 71 من ق.أ. بما كأساس للطعن بالنقض نلاحظ أن قضاة الموضوع قد فسروا المادة 71 من ق.أ. تفسيراً سيئاً، إذ أن الأم المحكوم لها بالحضانة في الدرجتين كان لها حق الحضانة، غير أنه سقط لزواجها من أجنبي، ومن المعروف في جميع الشرائع أن الزواج يكون بالرضا

¹ عبد العزيز سعد، اجراءات ممارسة...، المرجع السابق، ص 190.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 390.

والإختيار وأنها لم تكن مجبرة على الزواج، وبزواجها أسقطت حقها في الحضانة لابنتها تفاحة ومسعودة باختيارها للزوج بأجنبي، وأن المادة 71 من ق.أ صريحة واضحة لا تحتاج إلى تأويل أو إجتهد لأنه لا إجتهد مع صراحة النص، إذ نصت المادة المشار إليها أعلاه بأن حق الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري، أما وأن الأم أسقطت حقها بتزوجها بأجنبي وباختيارها دون إكراه مادي، لذا فإن القرار المنتقد أسس على فهم لا يتماشى والمادة 71 ق.أ، الأمر الذي يستوجب نقضه"¹.

وقد اعتبرت المحكمة العليا في قرار آخر أن تنازل الأم عن الحضانة غير نهائي، لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها، وذلك لما قضى أحد قراراتها بما يلي: "بدعوى أن القرار المطعون فيه أسند حضانة البنات للأم مع أنها تنازلت عن حقها في الحضانة بموجب حكم قد حاز حجية الشيء المقضي فيه.

لكن حيث أن التنازل عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد هي من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من ق.أ مما يجعل الوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن"². وفي قرار آخر قضت بأنه: "من المستقر عليه أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص ومصالحهم.

ومتى تبين في قضية الحال أن تنازل الأم عن الحضانة لا يجرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و67 من ق.أ. وأن قضاة المجلس لما اعتمدوا في حكمهم فقط على تنازل الأم عن الحضانة عند الطلاق دون مراعاة مصلحة المحضون أخطأوا في تطبيق القانون"³.

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى اعتبار زواج الحاضنة بغير قريب محرم سبب من أسباب سقوط الحضانة غير الإختيارية في قرارها الذي قضى بأنه: "من المقرر قانونا أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/02/05، ملف رقم 58812، المجلة القضائية، 1992، عدد 4، ص 58.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/02/22، ملف رقم 235456، المجلة القضائية، 2001، عدد 1، ص 280.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/04/20، ملف رقم 220470، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 181.

ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها في الحضانة طبقاً لأحكام المادة 71 من ق.أ. قد طبقوا صحيح القانون¹.

كما كرست ذلك في قرارها الذي قضى: "إن القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط ودون الرد على الدفع المثار من طرفها فيما يخص طلاقها من غير قريب محرم رغم أن لها حق العودة في المطالبة بالحضانة طبقاً للمادة 71 من ق.أ. يعد مخالفة للقانون وقصور في التسبب"²، وجاء في حيثيات ذلك القرار: "حيث جاء في القرار المنتقد بأن مجرد زواج الطاعنة قد أسقط حقها في الحضانة دون أن يناقش قضاة الموضوع الدفع الذي أثارته الطاعنة من أن الزواج المحتج به قد انتهى بالطلاق الواقع في فيفري 1998.

حيث أن المادة 71 من ق.أ. تقضي بعودة الحق في الحضانة، إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري لأن سقوط الحضانة المدعى به من طرف المطعون ضده لم يكن اختياريًا بل كان بسبب زواج الطاعنة رغم علمه بطلاقها.

وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة". وقد اعتبرت المحكمة العليا في أحد قراراتها أن المرض، أو العجز المؤقت، أو الإقامة في الخارج لسبب مشروع سقوطاً اضطرارياً غير إختياري، حينما قضت بأنه: "...مما يعد سقوطاً اضطرارياً غير إختياري، المرض، أو العجز المؤقت، أو الإقامة في الخارج لسبب مشروع..."³. وفي الحقيقة إذا كان المرض والعجز المؤقت يمثلان سببين غير إختياريين لسقوط الحضانة فإنه خلافاً لذلك الإقامة في الخارج حتى ولو كانت لسبب مشروع كالدراسة أو العمل تعتبر سبباً إختياريًا، غير أنه في حالة الإقامة في الخارج للعلاج أو التكوين والدراسة الإلزاميين في إطار الوظيفة قد يكون سبباً غير إختياري لسقوط الحضانة.

تترتب كذلك على الطلاق بالإرادة المنفردة آثار مالية ستكون محور الدراسة في المبحث

الموالي.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/07/21، ملف رقم 201336، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 178.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2000/11/21، ملف رقم 252308، المجلة القضائية، 2001، عدد 2، ص 284.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2017/04/05، ملف رقم 1067582، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 1، ص 155.

المبحث الثاني

الآثار المالية للطلاق بالإرادة المنفردة

قد يترتب عن الحكم بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تحميله المسؤولية والحكم بإلزامه بتعويض زوجته التي طلقها تعسفاً، بموجب المادة 52 من ق.أ التي أتاحت للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة إذا ما تبين له تعسف الزوج في الطلاق. وأثيرت مسألة نفقة المتعة في التطبيقات القضائية كتعويض عن الطلاق التعسفي، ونتيجة لذلك يمثل التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة أثرين ماديين خاصين بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

كما تضمن قانون الأسرة الجزائري أحكاماً تنظم وتبين الآثار المالية الأخرى لجميع صور فك الرابطة الزوجية بما فيها الطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو الطلاق الخلعي في إطار مساعي المشرع الجزائري لحماية حقوق المرأة المطلقة، ويندرج ضمن حقوقها حقها في النفقة أو ما يصطلح عليه قضاء بنفقة الإهمال، وكذلك حقها في متاعها.

وللوقوف على الآثار المالية للطلاق بالإرادة المنفردة يتحتم البحث في الأحكام التي تنظمها سواء تلك التي تضمنها قانون الأسرة أو التي جاءت في المذاهب السنية حينما يقتضي الأمر إعمال نص المادة 222 من ق.أ. في محاولة للإجابة على التساؤلين التاليين كيف نظم المشرع الجزائري التعويض عن الطلاق التعسفي وما هي علاقته بنفقة المتعة؟ وما هي باقي الآثار المالية للطلاق بالإرادة المنفردة عموماً؟

وعلى هذا الأساس ستكون الإجابة على ذلك في دراسة التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة وميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت (المطلب الأول) وفي دراسة الآثار المالية المشتركة لفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعويض التعسفي ونفقة المتعة وميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت

كآثار مالية للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

إن الطلاق الواقع بإرادة الزوج المنفردة في غياب الأسباب التي تدعو إليه وتبرره يسبب حتماً ضرراً للزوجة، وهو الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري بوضع نص يخول للقاضي أن يحكم لها

بتعويض جبرا لذلك الضرر تمثل في المادة 52 من ق.أ. غير أنه يلاحظ أن بعض القضاة يستعملون مصطلح نفقة المتعة في أحكامهم والبعض الآخر يستعمل مصطلح التعويض عن الطلاق التعسفي، الأمر الذي يدعو إلى البحث في التعويض عن الطلاق التعسفي (الفرع الأول) وفي نفقة المتعة (الفرع الثاني) ثم دراسة العلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة (الفرع الثالث) وقد اعتبر الفقهاء المطلق لزوجته طلاقا بائنا في مرض موته فارا من ميراثها. وهو ما يمثل صورة من صور التعسف في الطلاق، ورتبوا على ذلك توريثها لذلك ستتم دراسة توريث المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت في (الفرع الرابع).

الفرع الأول

التعويض عن الطلاق التعسفي

إن مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي تقتضي أن يتأكد القاضي من أن الزوج قد تعسف في طلاقه فعلا أولا، وأنه مسؤولا عن الطلاق، ثم بعد ذلك يقوم بالحكم بتعويض المطلقة عن الطلاق التعسفي بعد تقديره، وإلا كان حكمه بالتعويض غير مؤسس. وهو ما ذهبت إليه التطبيقات القضائية لا سيما قرار المحكمة العليا الذي قضى بأنه: "من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق. ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"، وورد في تسبيب قضاة المحكمة العليا لهذا القرار ما يلي: "حيث أن قضاة الموضوع قد قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز مع أن المادتين 52 و55 من قانون الأسرة قد حددتا التعويض الذي تستحقه المطلقة في حالتين حالة تعسف الزوج في الطلاق طبقا للفقرة الأولى من المادة 52 من قانون الأسرة والحالة الثانية عند نشوز الزوج طبقا للمادة 55 من نفس القانون"¹.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/11/17، ملف رقم 210451، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 252.

ويستفاد من المادة 52 ق.أ على أن القاضي يحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي للمطلقة جبرا للضرر الذي لحق بها. وعليه يمكن التمييز بين نوعين من الضرر، ضرر مادي يصيب المضرور في جسمه أو ماله، وضرر معنوي أو أدبي يصيب الشخص المضرور في عاطفته أو شعوره أو كرامته أو شرفه¹. وإذا كان الضرر المعنوي جريا تعسف الزوج في طلاقه مفترضا، لأن الزوجة سيصيبها ضررا إذا طلقها زوجها بدون سبب جدي ووجيه، وإذا كانت مسؤوليتها في ذلك الطلاق منتفية، وخاصة إذا كانت تريد استمرار الحياة الزوجية مع مطلقها، إذ أن الضرر المعنوي في هذه الحالة يكون أشد. وعلى هذا الأساس، يجمع بعض شراح قانون الأسرة الجزائري على أن الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق، وغالبا ما يصاحب الطلاق، فإن الضرر المادي يتطلب إثباته، ويقع عبء إثباته على الزوجة المطلقة. فإذا كان الضرر المادي من تعسف الزوج في طلاقه مثلا بسبب توقيف الزوج لمطلقته عن دراستها أو وظيفتها ليتزوجها ثم طلقها بدون سبب، فإنه يتعين على الزوجة أن تثبته بكافة وسائل الإثبات المتاحة قانونا².

ونتيجة لذلك، فإن المشرع اكتفى بوضع معيار واحد يكون أساسا للتعويض وهو معيار الضرر اللاحق بالزوجة جراء الطلاق التعسفي سواء كان ضررا ماديا أو معنويا. ومسألة تقدير الضرر مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع، وعلى أساسه يقوم القاضي بتقدير التعويض مستعملا ما يملكه من سلطة تقديرية في ذلك. وهو الأمر الذي يمكن استخلاصه من قرار المحكمة العليا بتاريخ 16/03/1999 الذي قضى بأنه: "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومتى تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون"³.

وقد أكدت المحكمة ذاتها أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يخضع لسلطة قضاة الموضوع التقديرية بقولها في قرارها بتاريخ 12/07/2006: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي

¹ لمزيد من التفصيل، أنظر، مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 256، 257.

² مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 285؛ بوخاتم آسية، المرجع السابق، ص 313.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16/03/1999، ملف رقم 216865، إجتهااد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 256.

يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم¹. ويمكن للقاضي الاستهداء ببعض المعايير في تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي كالظروف المادية لكل من الطرفين، درجة التعسف وحجم الضرر اللاحق بالزوجة مع الأخذ في الحسبان مدة الزواج وسن الزوجة²، رغم أن بعض الطلاق بدون مبرر لا يمكن تعويضه بأي مبلغ مثلما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "فإن طلاق امرأة بعد زواج دام أربعين سنة دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال"³. وبالرجوع إلى بعض الأحكام القضائية التي قضت بفك الرابطة الزوجية عن طريق إرادة الزوج المنفردة، يتبين أن على الزوجة المتضررة أن تطلب من القاضي بأن يحكم لها بالتعويض التعسفي في مذكراتها الجوابية بواسطة طلب مقابل، لأن القاضي لا يحكم إلا بما طلب منه في الدعاوى المدنية. ولمناقشة طلبها يقوم القاضي أولاً بالتأكد من وجود الأساس الذي بنت عليه طلبها وهو وجود التعسف في الطلاق، ليحكم لها بالتعويض بعد ذلك بعد تقديره. فقد يرجع مبلغه إلى الحد المعقول كما يمكن أن يحكم بالمبلغ الذي طلبته المدعية وذلك على أساس التعسف في استعمال الطلاق.

وينبغي على القاضي التأكد أولاً من وجود التعسف في الطلاق بتمسك الزوج بفك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة دون أن يقنع المحكمة بالمبررات والأسباب التي قد يسوقها في دعواه كحدوث خلاف بينه وبين الزوجة، أو خروج الزوجة من البيت الزوجي دون إذنه، أو عدم احترام أهله، ثم بعد ذلك يستجيب لطلب الزوجة التعويض لكونه مؤسس قانوناً في وجود التعسف.

إضافة إلى التنصيص في قانون الأسرة على التعويض عن الطلاق التعسفي في حالة فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، يذهب بعض القضاة إلى تطبيق أحكام نفقة المتعة بموجب المادة 222 من ق.أ.

¹ المحكمة العليا، غ أش، 2006/07/12، ملف رقم 368660، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 2، ص 483.

² نظر، اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة ماجستير في قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2011، ص 192-194.

³ المحكمة العليا، غ أش، 2006/07/12، ملف رقم 368660، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 2، ص 483.

الفرع الثاني

نفقة المتعة

نفقة المتعة ثابتة في أحكام الشريعة الإسلامية، وقد اختلف الفقهاء في حكمها، كما ثار جدل كبير بين الفقهاء المعاصرين حول العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي. فما هو تعريفها ومشروعيتها؟ وما هي أحكامها في الفقه الإسلامي والقضاء الجزائري؟ سيخصص هذا الفرع لتعريف ومشروعية نفقة المتعة (أ) وللبحث في أحكامها في الفقه الإسلامي والقضاء الجزائري (ب).

أ- تعريفها ومشروعيتها:

المتعة لغة مشتقة من الفعل متع، نقول متع الرجل ومتع: جاد وظرف، وقيل كل ما جاد فقد متع، وهو ممتع، والممتع من كل شيء البالغ في الجودة، فأما المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به، والمتاع المال والأثاث والجمع أمتعة، ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق، وقد متعها¹. أما اصطلاحاً، فيقول الشافعية أن المتعة بضم الميم وحكي كسرهما مشتقة من المتاع، وهو ما يستمتع به، والمراد بها مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة بطلاق وما في معناه²، أو هي مال يجب على الزوج دفعه لمفارقة من لم يجب لها نصف مهر فقط إن كانت الفرقة لا بسببها³. أما المالكية فيعرفون المتعة على أنها مال أمر المطلق بها تطيباً لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسلياً لها عن الفراق⁴.

ومتعة المطلقة مشروعة في الكتاب والسنة، فقد وردت عدة آيات تدل على مشروعيتها، منها قوله سبحانه وتعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"⁵، وقوله تعالى: "وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"⁶، وقوله عز

¹ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان...، المرجع السابق، م8، ص329-330 و333.

² شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج4، ص398.

³ أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة المسمى خلاصة...، المرجع السابق، ص463.

⁴ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات ابن رشد...، المرجع السابق، ص309.

⁵ سورة البقرة، الآية 236.

⁶ سورة البقرة، الآية 241.

وجل: "يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا"¹، وكذلك في قوله تعالى: "يا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكَنَّ وَأُسرِّحْكَنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا"².

أما دليل مشروعيتها من السنة النبوية ما جاء في صحيح البخاري: عَنْ أَبِي أُسَيْدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: "خَرَجْنَا مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى انْطَلَقْنَا إِلَى حَائِطٍ يُقَالُ لَهُ الشَّوْطُ، حَتَّى انْتَهَيْنَا إِلَى حَائِطَيْنِ، فَجَلَسْنَا بَيْنَهُمَا، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: اجْلِسُوا هَاهُنَا. وَدَخَلَ وَقَدْ أَتَى بِالْجُونِيَِّّةِ، فَأَنْزَلَتْ فِي بَيْتٍ فِي نَحْلِ فِي بَيْتِ أُمِّمَةَ بِنْتِ النُّعْمَانِ بْنِ شَرَّاحِيلَ، وَمَعَهَا دَائِئُهَا حَاضِنَةٌ لَهَا، فَلَمَّا دَخَلَ عَلَيْهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: هَبِي نَفْسِكَ لِي. قَالَتْ: وَهَلْ تَهَبُ الْمَلَائِكَةُ نَفْسَهَا لِلشُّوْقَةِ. قَالَ: فَأَهْوَى بِيَدِهِ يَضَعُ يَدَهُ عَلَيْهَا لِتَسْكُنَ. فَقَالَتْ: أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْكَ. فَقَالَ: قَدْ عُدْتُ بِمَعَاذِ. ثُمَّ خَرَجَ عَلَيْنَا، فَقَالَ: يَا أَبَا أُسَيْدٍ اكْسُهَا رَازِقَتَيْنِ وَأَلْحِقْهَا بِأَهْلِهَا"³.

ووجه الدلالة في ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر أبا أسيد بكسوة الجونية برازقتين على سبيل المتعة لها بعد تطليقه لها⁴.

ب- أحكام المتعة في الفقه الإسلامي والقضاء الجزائري:

يرى الشافعية أنه لا متعة لمن كان الطلاق بسببها سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده⁵. بينما يرى المالكية أن المتعة مستحبة لكل مطلقة لم يكن الطلاق بسببها، إذ يقول ابن رشد: "فإن قلنا إن المتعة تسلية للمرأة عن فراق زوجها فلا متعة في كل فراق تختاره المرأة من غير سبب يكون للزوج في ذلك"⁶، ويضيف قائلا: "وأما المختلعة والمطلقة والمبارئة فلا متعة لهن باتفاق لأنهن قدر

¹ سورة الأحزاب، الآية 49.

² سورة الأحزاب، الآية 28.

³ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح...، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب من طلق وهل يواجه امرأته بالطلاق؟، حديث رقم 5255، ص 1339.

⁴ أنظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، المكتبة السلفية، ب س ط، ص 359.

⁵ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج...، المرجع السابق، ج4، ص 399.

⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مقدمات بن رشد...، المرجع السابق، ص 311-312.

رغبين في فراق أزواجهن واشترينه بما بذلن عليه، فلا يحتاج إلى تسليتهن"¹. أما الإمام مالك فيقول في المدونة الكبرى: "قال مالك: لا متعة للمختلعة ولا للمبارئة"². وقد اختلف الفقهاء في حكم المتعة ولمن تجب³ وفقا للتفصيل التالي:

1- حكم المطلقة قبل الدخول ولم يسم لها صداق:

اختلف الفقهاء في حكم متعتها حيث يرى الحنفية أن متعتها واجبة لقول ابن عابدين في الحاشية: "المطلقة قبله إن لم يسم لها، فمتعتها واجبة"⁴. أما المالكية فيرون أن متعتها مستحبة، حيث جاء في فتح القدير: "وقال مالك، وأبو عبيد، والقاضي شريح، وغيرهم: إن المتعة للمطلقة المذكورة مندوبة لا واجبة لقوله تعالى: "حقا على المحسنين" ولو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين"⁵. ويرى الحنابلة أن متعتها واجبة، جاء في كشف القناع: "فإن فارقها أي فارق المفوضة زوجها قبل الدخول بطلاق أو غيره مما ينصف الصداق لم يكن لها إلا المتعة"⁶، ولقول ابن قدامة في المغني: "نص عليه أحمد، فقال: "أنا أوجبها على من لم يسم لها صداق"⁷، وفي المقنع: "فإن طلقها قبل الدخول بها لم يكن عليه إلا المتعة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"⁸. كما يرى الشافعية أن متعتها واجبة⁹، حيث جاء في المهذب: "فإن كان قبل الدخول نظرت: فإن لم يفرض لها مهر وجب لها المتعة"¹⁰.

¹ المرجع نفسه، ص 312.

² مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 240.

³ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 194.

⁴ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 4، ص 246.

⁵ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير...، المرجع السابق، ص 162.

⁶ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 157.

⁷ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 141.

⁸ أنظر، أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع، ط 1، مكتبة السوادي، جدة، 2000، ص 323.

⁹ أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 10، ص 139؛ وفاء معتوق حمزة فراس، المرجع السابق، ص

278.

¹⁰ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 220.

2- حكم المطلقة قبل الدخول وقد سمي لها صداق:

يقول الحنفية بأنها تستحق نصف الصداق واختلفوا في حكم متعتها، حيث يرى بعضهم أن متعتها مستحبة، إذ جاء في كنز الدقائق: "وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا للمفوضة قبل الوطء"¹. بينما يرى فقهاء آخرون من الحنفية أنه لا متعة لها، لقول ابن عابدين في حاشيته "المطلقة قبله إن لم يسم لها، فمتعتها واجبة، وإن سمي فغير واجبة ولا مستحبة أيضا على ما هنا"². أما المالكية فيذهبون إلى القول بأنها تستحق نصف الصداق ولا متعة لها، حيث جاء في المدونة الكبرى: "قلت: رأيت المتعة في قول مالك أهي لكل مطلقة؟ قال: نعم، إلا التي سمي لها صداقا فطلقها قبل أن يدخل بها فلا متعة لها. وكذلك قال لي مالك وهذه التي استثنيت في القرآن كما ذكرت لك"³. ويرى الفقهاء الحنابلة في رواية أنه لكل مطلقة متعة حيث جاء في المغني لأبي قدامة: "وروي عن أحمد: لكل مطلقة متاع"⁴. وفي رواية أخرى يرون أنها مستحبة إذ جاء في كشف القناع: "وتستحب المتعة لكل مطلقة غيرها أي غير المفوضة التي لم يفرض لها"⁵، وفي المغني: "فإن كان سمي صداقا، فلا أوجبها علي، وأستحب أن يمتنع وإن سمي لها صداقا"⁶. أما الشافعية فيقولون بأنها تستحق نصف الصداق ويرون بأنه لا متعة لها لما جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "وقال الشافعي: هي واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول"⁷، ولما جاء في المهذب: "وإن فرض لها المهر لم تجب المتعة"⁸.

3- حكم المطلقة بعد الدخول سمي لها أم لم يسم لها مهر:

ذهب الحنفية إلى القول أن متعة المطلقة بعد الدخول سمي لها أو لم يسم لها مهر مستحبة، إذ جاء في حاشية ابن عابدين: "والمطلقة بعده متعتها مستحبة، سمي لها أولا"⁹. بينما يرى المالكية

¹ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 258.

² محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 246.

³ مالك بن أنس الأصبغي، المدونة...، المرجع السابق، ص 239.

⁴ أنظر، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 140.

⁵ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع...، المرجع السابق، ج5، ص 158.

⁶ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج10، ص 141.

⁷ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 624.

⁸ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 220.

⁹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج4، ص 246.

أن متعتها مندوبة ومستحبة، لقول مالك في المدونة الكبرى: "قلت: أرأيت المطلقة إذا كان زوجها قد دخل بها وكان قد سمى لها مهرا في أصل النكاح، أ يكون لها عليه المتعة في قول مالك؟ قال: نعم. عليه المتعة. قلت فهل يجبر على المتعة أم لا؟ قال لا يجبر على المتعة في قول مالك"¹. وللحنابلة في حكم متعتها رواية تقول بأن متعتها مستحبة²، حيث جاء في كشف الفناع: "وتستحب المتعة لكل مطلقة غيرها أي غير المفوضة التي لم يفرض لها"³. ويرى الشافعية في القديم أنه ليس لها متعة، وفي الجديد متعتها واجبة⁴.

أما المشرع، فلم ينص في قانون الأسرة على نفقة المتعة، وأمام انتفاء النص الذي ينظمها ينبغي على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتقديرها بموجب المادة 222 من ذات القانون، وقد تبني القضاء الجزائري موقفين متباينين في مسألة نفقة المتعة، فذهب هذا التبنى برأي إلى اعتبار أن المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي. وذلك ما يمكن الوقوف عليه في قرار المجلس الأعلى الذي جاء فيه: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"⁵.

بينما ذهب إلى القول بأن كل من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي مستقلين عن بعضهما، وهذا ما جسده أحد قرارات المحكمة العليا حيث جاء فيه: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي إطار تدخل. والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"⁶. وهو الموقف الذي تبناه نص المادة 52 من مشروع تعديل قانون الأسرة قبل أن يسقط تعديل 2005 الجزء المتعلق بالمتعة، حيث كان المشروع

¹ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 238.

² وفاء معتوق حمزة فراس، المرجع السابق، ص 293.

³ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف الفناع...، المرجع السابق، ج 5، ص 158.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 220.

⁵ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1985/04/08، ملف رقم 35912، المجلة القضائية، 1989، عدد 1، ص 89.

⁶ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، المجلة القضائية، 1989، عدد 02، ص 69.

التمهيدي لقانون الأسرة ينص في المادة 52 المعدلة: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بتعويض عن الضرر اللاحق بها زيادة على حقها في المتعة"¹.

ويبدو أن ما ذهبت إليه المحكمة العليا هو الأقرب إلى الصواب فالتعويض عن الطلاق التعسفي يكون جبرا للضرر الذي لحق الزوجة جراء تعسف الزوج في الطلاق، أما نفقة المتعة فهي تطيب لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسلية لها عن الفراق.

إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معايير لتقدير نفقة المتعة، حيث يرى البعض أن تقديرها يكون بالنظر إلى حالة الزوجة يسرا أو عسرا، ويرى البعض الآخر أنه يكون باعتبار حالة الزوجين معا يسرا أو عسرا، بينما يرى فريق ثالث أن تقدير نفقة المتعة يتوقف على حالة الزوج وحده².

أمام سكوت المشرع الجزائري عن وضع نصوص تنظم نفقة المتعة في قانون الأسرة الجزائري، يقوم القاضي، بموجب المادة 222 من نفس القانون والتي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بالحكم بنفقة المتعة وتقديرها آخذا بعين الاعتبار عدة عوامل تتمثل في حال الزوج والزوجة من غنى وفقر³ وتناسب مبلغ نفقة المتعة مع الإمكانات المادية للزوج. وذلك وفقا لما جاء في قرار المجلس الأعلى: "من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان ثابتا أن قضاء الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غبن أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج

¹ بوخاتم آسية، المرجع السابق، ص 266.

² محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 159.

³ أنظر، شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة-دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 312.

كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطي عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبب وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد على أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة¹.

كما أنه يجب على القاضي مراعاة الأسباب التي أدت إلى الطلاق في حكمه، فإذا ما تبين له أن لكل زوج جزء من المسؤولية، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة. وهذا ما كرسه قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1986/01/27 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقضاً أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة. ومتى كان ذلك استوجب النقض جزئياً فيما يخص المتعة"².

ومن بين المسائل التي كانت محل مد وجزر في ساحات القضاء والفقهاء علاقة نفقة المتعة بالتعويض التعسفي عن الطلاق.

الفرع الثالث

العلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة

اختلف الفقهاء المعاصرون في مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي فمنهم من يرى بأن نفقة المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، حيث يرى السرطاوي بأن وجوب المتعة لكل مطلقة ما عدا التي طلقت قبل الدخول وسمي لها المهر في العقد كفيل بدفع الضرر عن المرأة المطلقة تعسفاً ويرى أن ذلك من شأنه الحفاظ على أسرار البيوت وتوفير الوقت للقضاء³. وهو ما أكدته

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/04/02، ملف رقم 32779، المجلة القضائية، 1989، عدد 2، ص 61.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/01/27، ملف رقم 39731، المجلة القضائية، 1993، عدد 4، ص 61.

³ قال السرطاوي: "إن في الأخذ بهذا الرأي تخفيفاً عن فرض عقوبة على الزوج جزاء تعسفه في الطلاق ووضع حد للأزواج الذين يتعسفون في الطلاق، وجبر لخاطر المرأة، ودفع للضرر عنها، وفيه امتثال لأمر الله بأن يكون التفريق بإحسان... وإذا أخذنا بوجوبها على كل مطلق حافظنا على أسرار البيوت وأعراض المسلمين من أن تناهوا الألسن وأن يتحدث بها في ساحات المحاكم ووفرننا الوقت على القضاء ولم يستفحل الشر بين الأسر لأننا إذا أخذنا بمبدأ التعويض عن التعسف في استعمال حق الطلاق الذي أخذت به قوانين الأحوال الشخصية حاول كل من الزوجين إلصاق التهم بأخيه ليبرأ ساحته، أو ليحصل على مكسب مادي، فيقع كل منهما في الحرام لا سيما مع قلة الوازع الديني في هذه الأيام، ولا يفوتنا أن نذكر بأن المسلم إذا علم أن ما طبق عليه من نظام المتعة هو ما أمر الله تبارك وتعالى أذعن له وأطاع وسلم بأمر الله، على العكس من تطبيق نظام

محمد أبو زهرة بقوله: "وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق. ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض، إذ يكون شرطاً فاسداً فيلغى، والحاجة التي تلزم ليست حاجة تجرى عليها وسائل الإثبات كما قلنا. والمسؤولية التعاقدية على قدر ما تفهم تكون ناشئة من طبيعة عقد الزواج، أي من مقتضاه في الشريعة، وطبيعة عقد الزواج على ما هو مقرر ثابت، لا توجب تعويض الزوجة إذا طلقت. إلا أن يكون لها مؤخر صداق، أو تجب المتعة، ولا تعويض يجب للمطلقة، والأمر في الزواج على الأخلاق والدين، ولا يغني عنهما شيء"¹.

وفي نفس السياق، يقول الدكتور جميل فخري محمد جاسم: "الذي تطمئن إليه النفس ترجيح مذهب الجمهور القائل: بأن المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك لأن الله عز وجل علام الغيوب الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، يعلم بأن كل طلاق يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، ولو كان بسبب مشروع، يترتب عنه ضرر يلحق بالمطلقة ويسيء لها، لذلك فقد أوجب المتعة، والتي هي تعويض مالي جبراً لهذا الضرر الواقع على المطلقة"². وهو نفس الرأي للصابوني الذي نادى إلى التعويض عن الطلاق التعسفي بأن: "يكون هذا التعويض المتعة التي شرعها الله"³، وقد تبنت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية هذا الرأي، حيث يقول خطاب خالد خطاب: "كما اعتبرت بعض التشريعات متعة المطلقة هي التعويض الوحيد لها مثال ذلك القانون المصري والقانون الكويتي والقانون الفلسطيني"⁴.

لكن على خلاف ما سبق ذكره، تبني بعض الفقهاء المعاصرون رأياً آخرًا يقول بأن نفقة المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، ومن بين هؤلاء الفقهاء الأستاذ عبد الفتاح عمرو الذي يرى بأن: "ما ورد بخصوص المتعة لا يمكن اعتباره تعويضاً عن الطلاق التعسفي" ليخلص إلى القول: "الذي أراه في هذه المسألة من باب السياسة الشرعية أن التعويض عن الطلاق التعسفي يرتبط بنظرية التعسف في استعمال الحق، وهو تعويض مالي فيه معنى العقوبة على أمر محظور شرعاً بحسب الأصل"⁵.

بشري وقد رأينا كيف اختلفت فيه تشريعات قوانين الأحوال الشخصية حتى أوجبت على الزوج ما هو واجب على الأمة بكفالة العيش الكريم للمرأة وكل فرد من أفراد المجتمع السليم"، محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 182.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 285.

² جميل فخري محمد جاسم، المرجع السابق، ص 360.

³ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية...، المرجع السابق، ص 119.

⁴ خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص 245.

⁵ عبد الفتاح عمرو، المرجع السابق، ص 183، 184.

وقد تبنت عدة دول عربية هذا الرأي في قوانينها الأسرية، من بينها قانون الأحوال الشخصية الأردني¹ وقانون الأحوال الشخصية السوري². وخلافاً لذلك، اكتفى المشرع الجزائري بتبني مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي بموجب المادة 52 من قانون الأسرة، ولم ينص على نفقة المتعة، بل ترك للقاضي الإختيار بين الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي أو نفقة المتعة، أو الجمع بينهما، مستندا في حالة حكمه بنفقة المتعة إلى نص المادة 222 التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية أمام عدم تنظيمه لها بنصوص قانونية. وهذا يشكل قصورا تشريعيا لأنه قد يكتفي قاض بالحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، في حين يحكم قاض آخر بنفقة المتعة على أنها تعويض عن الطلاق التعسفي، بل قد يحكم قاض آخر بهما في نفس الوقت. إضافة إلى أنه في حالة الحكم بنفقة المتعة، يثار إشكال الاختلاف الفقهي حول حكم نفقة المتعة كما سبق الإشارة إليه، فالقاضي حينما يعود لأحكام الشريعة الإسلامية يجد نفسه أمام عدة آراء، ويتعين عليه أن يختار رأي أحد المذاهب لأن المشرع الجزائري يأخذ بالمنهجية المقارنة أو اللامذهبية، ويختلف تقدير ذلك من قاض إلى آخر، الأمر الذي يؤدي في نهاية المطاف إلى تضارب الأحكام القضائية من محكمة إلى أخرى، بل من فرع إلى فرع في نفس المحكمة.

بعد دراسة التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة سيتم البحث في ميراث المطلقة طلاقا بائنا من زوجها المريض مرض الموت.

الفرع الرابع

ميراث المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت

من الآثار المترتبة على طلاق الزوج المريض مرض الموت لزوجته طلاقا بائنا توريثها عملا بنقيض قصده الرامي إلى حرمانها من الميراث، فما هو موقف الفقهاء من توريث المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت؟ وما هي شروط استحقاقها للميراث؟ وما هو موقف القانون والقضاء الجزائريين من توريثها؟

¹ نظم المشرع الأردني نفقة المتعة بموجب المادة 55 والتعويض عن الطلاق التعسفي بموجب المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 359.

² نظم المشرع السوري نفقة المتعة بموجب المادة 61 فقرة 2 والتعويض عن الطلاق التعسفي بموجب المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري، جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 359.

للإجابة على ذلك سيتم البحث في موقف موقف الفقهاء من توريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت (أولاً) وفي شروط استحقاقها للميراث (ثانياً) وتبيان موقف القانون والقضاء الجزائريين من توريثها (ثالثاً).

أولاً-موقف الفقهاء من توريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت:

اختلف الفقهاء حول مسألة توريث المطلقة البائن في مرض الموت، وجاءت أقوالهم وفقاً للتفصيل التالي:

يرى الشافعية أن طلاق المريض في الوقوع كطلاق الصحيح، فإذا كان الطلاق رجعياً يرث الحي منهما الميت ما لم تنقض العدة، أما إذا انقضت العدة فلا توارث بينهما. أما إذا طلقها طلاقاً بائناً في مرض موته ففي الجديد يكون قاطعاً للميراث، وحجتهم في ذلك انقطاع الزوجية ولأنها لو ماتت لا يرثها بالإتفاق فلا ترثه الزوجة¹، وفي القديم ترثه²، لأن تطبيقها بغير اختيارها دليل على قصده حرمانها من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده³. وفي هذا يقول الشيرازي: "واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن بت طلاق امرأته في المرض المخوف، واتصل به الموت، فقال في أحد القولين أنها ترثه، لأنه متهم في قطع إرثها فورثت، كالقاتل لما كان متهماً في استعجال الميراث لم يرث، والثاني: أنها لا ترث، وهو الصحيح، لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الإرث في الطلاق كالصحة"⁴. ويرى الإمام الشافعي في الأم أنها لا ترثه إذا طلقها طلاقاً لا يملك الرجوع فيه⁵.

وعند الشافعية الذين قالوا أنها ترث ثلاثة أقوال حول مسألة وقت الإرث، القول الأول: أنها ترث إن مات وهي في العدة لأن حكم الزوجية باق، والثاني: أنها ترث ما لم تتزوج، لأنها إذا تزوجت تكون قد اختارت ذلك، وأما الثالث: أنها ترث أبداً، لأن سبب توريثها فرار زوجها من

¹ محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج 8، ص 72.

² محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع نفسه، ص 72.

³ أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ص 1078.

⁴ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج 4، ص 81.

⁵ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 6، ص 644.

إرثها، وذلك لا يزول بالزواج فلم يبطل حقها¹، وإذا كان الطلاق بسببها كأن سألتها الطلاق لا تترث لأنه غير متهم بالفرار².

حيث جاء في المغني: "وإن طلقها في الصحة طلاقاً بائناً أو رجعيًا فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعاً، وإن كان الطلاق في المرض المخوف، ثم مات من مرضه ذلك في عدتها، ورثته ولم يرثها إن ماتت. يروى هذا عن عمر، وعثمان رضي الله عنهما. وبه قال عروة، وشريح، والحسن، والشعبي، والنخعي، والثوري، وأبو حنيفة في أهل العراق، ومالك في أهل المدينة، وابن أبي ليلى، وهو قول الشافعي رضي الله عنه في القديم. وروى عن عتبة بن عبد الله بن الزبير: لا تترث مبتوتة، وروي ذلك عن علي، وعبد الرحمن بن عوف، وهو قول الشافعي الجديد، لأنها بائنة، فلا تترث كالبائنة في الصحة، أو كما كان الطلاق باختيارها، ولأن أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء، وليس لها شيء من هذه الأسباب"³.

بينما قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة أنها تترثه، لكن اختلفوا في وقت الإرث، إذ يرى الحنفية أن المعتدة لا تخلو إما أن تكون من طلاق رجعي وإما أن تكون من طلاق بائن أو ثلاث، والحال لا يخلو إما إن كانت حال الصحة أو كانت حال المرض، فإن كانت العدة من طلاق رجعي ومات أحد الزوجين قبل انقضاء العدة ورثه الآخر سواء كان في حال الصحة أو في حال المرض، لأن النكاح سبب لاستحقاق الميراث، والطلاق الرجعي لا يزيل النكاح. وإذا كانت العدة من طلاق بائن أو ثلاث، فإن كان الطلاق في حال الصحة سواء كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها فمات أحدهما لا يرثه صاحبه، وإن كان الطلاق في حال المرض فإن كان برضاها⁴ لا تترث بالإجماع، وإن كان بغير رضاها فإنها تترث زوجها⁵. فإذا طلق الزوج زوجته في مرض موته طلاقاً بائناً فمات وهي في العدة ورثته، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها، لأن الزوج قصد إبطال سبب إرثها في مرض موته والمتمثل في الزوجية، فكان هذا الحكم ليرد عليه

¹ أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 81.

² أبو إسحاق الشيرازي، المهذب...، المرجع السابق، ج4، ص 82.

³ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج9، ص 195، 194.

⁴ "ولو أبانها بأمرها أو اختلعت منه أو اختارت نفسها بتفويضه لم تترث"، زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج4، ص72.

⁵ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 218.

قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا عن الضرر عليها. فسبب ميراثها في العدة من الطلاق البائن هو الإمكان وهو بقاء بعض أحكام الزوجية، أما سبب عدم ميراثها بعد انقضاء العدة من الطلاق البائن بعدم الإمكان وانقطاع آثار الزوجية السابقة¹، أما إذا طلقها ثلاثا بأمرها أو قال لها اختاري فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه².

ويرى الحنابلة أنه إذا طلق الرجل امرأته طلاقا يملك رجعتها في عدتها، لم يسقط التوارث بينهما، سواء كان في المرض أو الصحة، أما إن طلقها في الصحة طلاقا بائنا أو رجعيًا، فبانت بانقضاء عدتها، لم يتوارثا بالإجماع. وإن كان الطلاق في المرض المخوف، ثم مات من مرضه ذلك في عدتها، ورثته ولم يرثها إن ماتت، وهو قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ليلى. فالمشهور عن أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج، وهو قول للحسن وابن أبي ليلى، وبعض البصريين، وأصحاب الحسن³، وجاء في الإنصاف أن في ذلك روايتان: إحداهما ترثه بعد العدة، ولو كانت غير مدخول بها، ما لم تتزوج وهو الصحيح من المذهب، وثانيهما: لا ترثه⁴.

أما المالكية فيرون أنه إذا طلق الزوج المريض مرض الموت زوجته طلاقا بائنا، فإنها ترثه بعد موته في العدة وبعد انتهاء العدة⁵ تزوجت أو لم تتزوج⁶، لأن سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة⁷. وترث المبتوتة في مرض الموت عند مالك حتى ولو اختلعت منه في

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 454.

² كمال الدين محمد بن عبد الواحد السراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح...، المرجع السابق، ج 4، ص 132.

³ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 9، ص 194، 195.

⁴ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف...، المرجع السابق، ج 7، ص 356، 357.

⁵ طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقا فإن مات عن ذلك المرض ورثته المطلقة ولا ينقطع ميراثها وإن انقضت عدتها وتزوجت. وقال أبو حنيفة ترثه مادامت في العدة وقال ابن حنبل ما لم تتزوج. "ابن جزري، المرجع السابق، ص 182.

⁶ "قلت: هل ترث امرأة أزواج كلهم يطلقها في مرضه، ثم تتزوج زوجها والذين طلقوها كلهم أحياء ثم ماتوا من قبل أن يصحوا من مرضهم ذلك وهي تحت زوج أتورتها من جميعهم أم لا في قول مالك؟ قال: لها الميراث من جميعهم قال مالك: وكذلك لو طلقها واحدة البتة وهو مريض وتزوجت أزواجاً بعد ذلك كلهم يطلقها ورثت الأول إذا مات من مرضه ذلك"، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 87.

⁷ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 9، ص 196.

ورد في الموطأ: "حدثني يحيى، عن مالك، عن ابن شهاب، عن طلحة بن عبد الله بن عوف، قال: وكان أعلمهم بذلك. وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض. فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها"، مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص 83.

وفي المدونة الكبرى: "قال مالك: وإن طلقها طلاقاً بائناً وهو مريض وقد دخل بها كان عليها عدة الطلاق ولها الميراث وإن كان طلاقاً يملك رجعتها فمات وهي في عدتها من الطلاق انتقلت إلى عدة الوفاة وإن انقضت عدتها من الطلاق قبل أن يهلك فهلك بعد ذلك فلها الميراث ولا عدة عليها من الوفاة"، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 87.

مرضه، أو سألته الطلاق، فطلقها، كما لو طلقها ابتداء دون أن تسأله ذلك¹.
مما سبق ذكره، يتضح أن الإمام مالك يرى أنها ترثه كانت في العدة أو لم تكن، سواء تزوجت أم لم تتزوج. بينما يرى أبو حنيفة وأصحابه أنها ترثه ما دامت في عدته، على خلاف أحمد بن حنبل الذي قال بأنها ترثه ما لم تتزوج².

ويرجع خلاف الفقهاء في ميراث المطلقة طلاقاً بائناً من زوج مريض مرض الموت إلى اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، إذ قال ابن رشد: "وسبب الخلاف: اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث. فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثاً، وذلك أن هذه الطائفة تقول: إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه، لأنهم قالوا: إنه لا يرثها إن ماتت وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها"³.

ثانياً- شروط ثبوت الميراث:

متى أوقع الزوج الطلاق بإرادته المنفردة، بتوفر الشروط التي وضعتها الشريعة الإسلامية لإيقاع الطلاق، فإن طلاقه واقع، ويترتب على ذلك توارث الزوجين إذا كانت وفاة أحدهما أثناء العدة من طلاق رجعي في حال الصحة أو المرض. وإذا كانت الوفاة في عدة من طلاق بائن في حال الصحة فلا توارث بينهما كأصل. غير أنه إذا قصد الزوج المريض مرض الموت الإضرار بزوجه، ومنعها من حقها في الميراث من خلال إيقاع الطلاق البائن، ذهب جمهور الفقهاء، كما سبقت الإشارة إليه، إلى أن طلاقه واقع، ولها الحق في الميراث، وحتى يثبت ذلك الحق لا بد من توافر الشروط التالية:

1- أن يكون المرض مخوفاً يحجر عليه فيه⁴، وألا يصح الزوج من ذلك المرض، وإن مات منه بعد مدة⁵.

¹ أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، الإستذكار...، المرجع السابق، م17، ص 268.

² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 610؛ ابن جزى، المرجع السابق، ص 182.

³ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 610.

⁴ جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، المرجع السابق، ص 523، 524.

⁵ ابن جزى، المرجع السابق، ص 182.

2- أن يطلقها في مرض الموت طلاقاً بائناً لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث سواء كان برضاها أو بغيره ما دامت في العدة¹.

3- لا بد أن تكون أهلاً للميراث وقت الطلاق والموت وما بينهما²، لأن فرار الزوج من ميراث زوجته غير متحقق، لأنها لا ترثه كونها محرومة منه بإختلاف الدين، وكذلك لو خرجت عن أهليتها للميراث قبل موت الزوج بعد أن كانت أهلاً له وقت الطلاق، بأن كانت مسلمة وقت الطلاق ثم إرتدت عن دين الإسلام، وبقيت مرتدة حتى مات زوجها³.

4- أن يكون الزوج طائعاً مختاراً غير مكره عند الحنفية لأن المكره يقع طلاقه عندهم، وإذا كان مكرهاً لا يعتبر فاراً من ميراث زوجته⁴.

5- أن يكون الطلاق البائن منه لا من الزوجة ولا بسببها⁵، وبدون رضاها، فإن رضيت بسبب الفرقة لا ترث، لأنها رضيت بطلان حقها. فالتوريث ثبت لها من أجل صيانة حقها، فإذا رضيت بإسقاط حقها لم ترث. فإذا قال لها في مرضه أمرك بيدك أو اختاري فاخترت نفسها، أو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً ففعلت، أو سألت زوجها الطلاق ثلاثاً ففعل، أو اختلعت من زوجها ثم مات الزوج، فإنها لا ترث لأنها باشرت سبب البطلان بنفسها⁶. غير أنها إذا سألته أن يطلقها طلاقاً رجعياً، فطلقها ثلاثاً، فإنها ترثه، جاء في كنز الدقائق: "وإن أبانها بأمرها، أو اختلعت منه، أو اختارت نفسه بتفويضه: لم ترث، وفي طلقي رجعية، فطلقها ثلاثاً: ورثت"⁷.

ويضيف البعض شرطاً آخر يتمثل في أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي، فلو كان الطلاق البائن قبل الدخول الحقيقي، ولو بعد الخلوة، لا تستحق ميراثاً لعدم تحقق الفرار منه⁸، ولأن العدة لا تجب بهذا الطلاق. كما أن الميراث أثر من آثار الزواج إلا في حالة وجود

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 241.

² زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق...، المرجع السابق، ج4، ص 71.

³ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 220؛ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 150.

⁴ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 299.

⁵ ابن جزري، المرجع السابق، ص 182.

⁶ علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 221.

⁷ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 286.

⁸ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 241.

الزواج والعدة¹. غير أن هذا الشرط كان محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فالإمام مالك يورث المطلقة طلاقاً قبل الدخول إذا كان زوجها فاراً من ميراثها بأن طلقها في مرض الموت². كما ورد في المغني والإنصاف أنه اختلفت الروايات في طلاق الغير مدخول بها في المرض ثلاثاً. ففي رواية لها الصداق كاملاً والميراث وعليها العدة: وهو قول الحسن، وعطاء، وأبي عبيد، وحجتهم أن الميراث ثبت للمدخول بها لفراره منه، وإذا ثبت الميراث ثبت وجوب العدة وتكميل الصداق، وينبغي أن تكون العدة عدة وفاة، لأن الطلاق لا يوجب العدة على غير المدخول بها. وفي رواية ثانية لها الميراث والصداق ولا عدة عليها: وهو قول عطاء، وحجته في ذلك أن العدة حق عليها، وبقائه يسقط هذا الحق، وفي رواية ثالثة لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة: وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه، لأن من تراث يجب أن تعتد، ولا يكمل الصداق. وفي رواية أخرى لا تعتد، ففي الموطأ: "قال مالك: وإن طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها، فلها نصف الصداق ولها الميراث، ولا عدة عليها، وإن دخل بها ثم طلقها، فلها المهر كله، والميراث، البكر والثيب في هذا عندنا سواء"³. وفي رواية رابعة لا تراث ولا عدة عليها ولها نصف الصداق: وهو قول جابر بن زيد، والنخعي، وأبي حنيفة، والشافعي، وأكثر أهل العلم⁴.

ثالثاً-موقف القانون والقضاء الجزائريين من طلاق المريض مرض الموت:

لم يضع المشرع نصاً خاصاً ينظم طلاق المريض مرض الموت، غير أنه وضع نص المادة 222 التي تحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص. وفي الواقع أن القاضي يكون مجبراً، للفصل في النزاع المعروض عليه، على القيام بعملية موازنة بين أحكام المذاهب الفقهية في حالة إختلاف الفقهاء حول مسألة ما، كما هو الحال بالنسبة لمسألة ميراث الفار، لترجيح الرأي الفقهي الأنسب لحل النزاع المعروض عليه وفقاً لقناعته وسلطته التقديرية. فقد يختار قاض

¹ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 150.

² "قلت: أرأيت إذا طلق رجل امرأته وهو مريض قبل البناء بها؟ قال: قال مالك: لها نصف الصداق ولها الميراث إن مات من مرضه ذلك. قلت: فهل يكون على هذه عدة الوفاة أو عدة الطلاق؟ قال: قال مالك: لا عدة عليها لا عدة وفاة ولا عدة طلاق"، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 86.

³ مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص 84، 85.

⁴ موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج 9، ص 197؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، المرجع السابق، ج 7، ص 357.

رأي الأحناف مثلاً، وقد يختار آخر رأياً فقهياً آخر، ويكون كلا القاضيين قد طبقا القانون تطبيقاً سليماً لأن المادة 222 لا تقيّد القاضي بمذهب فقهي واحد، بل تركت له المجال رحباً لإختيار أي مذهب يراه مناسباً.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، ورد في المادة 116 من قانون الأحوال الشخصية السوري: "من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت". يستخلص من هذا النصّان المشرع الأسري السوري قد تبنى رأي فقهاء الحنفية القائل بأن الزوج الذي يطلق زوجته في مرض الموت يقع طلاقه، غير أن الزوجة ترثه بعد موته في عدتها بسبب تعسفه في إيقاع ذلك الطلاق.

وقد كان موقف القضاء واضحاً حول مسألة ميراث المطلق الفار، حيث اعترف بحق الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً في مرض زوجها مرض الموت في الميراث، فقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/03/17 بأن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، وقد جاء فيه: "عن الوجه الوحيد: المأخوذ من قصور الأسباب.

بدعوى أنه كان على القاضي الأول قبل أن يصدر حكم الطلاق أن يتحقق من الحالة الصحية والعقلية للزوج الذي كان يعاني من مرض خطير أدى إلى وفاته بتاريخ 1977/02/09. لكن وحيث أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعاً وقانوناً بخلاف الميراث، فإن حق الطاعنة فيها ثابت شرعاً إذا طلقت في مرض الموت، لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، عملاً بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود"¹.

ومن خلال قراءة متمعنة في هذا القرار يمكن استنباط النتائج التالية:

- طلاق المريض مرض الموت طلاق صحيح ونافذ، تماماً مثل وقوع طلاق الزوج الصحيح،

¹ المحكمة العليا، 1998/03/17، ملف رقم 179696، غ.أ.ش.م، إجتهد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 98.

وقد أصاب قضاة المحكمة العليا في استعمالهم لمصطلح "شرعا"، لأن موقفهم يستند إلى اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية على وقوع طلاق المريض مرض الموت. كما وفقوا في استعمالهم لمصطلح "قانونا"، لأن المادة 222 من قانون الأسرة تحيلهم إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة انتفاء النص، وبالتالي أساس وصفهم للطلاق الذي يوقعه المريض مرض الموت بالصحة والنفذ شرعي وقانوني.

-عدم وجود تلازم بين العدة والحق في الميراث، فسواء توفي الزوج المريض مرض الموت في العدة من طلاقه البائن لزوجته أو بعد انقضاء عدتها، يكون فارا من ميراث زوجته التي ترثه معاملة له بنقيض قصده، وقد انحاز قضاة المحكمة العليا إلى قول الفقهاء المالكية والحنابلة بأن زوجة الفار ترث سواء كانت وفاته في العدة أو بعد انقضائها، مع فرق أن الحنابلة اشترطوا عدم زواجها خلافا للمالكية.

-طلاق الزوج لزوجته طلاقا بائنا في مرض الموت قرينة على نيته حرمانها من حقها في الميراث، وذلك لمجرد احتمال تلك النية بسبب إيقاعه الطلاق البائن في مرض الموت.

إذا كان يترتب عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج التعويض في حالة تعسف الزوج كأثر مادي يختص به هذا النوع من الطلاق، فإنه يترتب على فك الرابطة الزوجية سواء كان عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق الخلعي آثار مادية حددها القانون تمثلت في النفقة والآثار المالية المرتبطة بالحضانة ومتاع البيت.

المطلب الثاني

الآثار المالية للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة

تترتب على انحلال الرابطة الزوجية بفكها عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة آثار مادية أخرى، إذ أنه قبل الحكم بالطلاق بل قبل رفع الدعوى قد يتوقف الزوج على الإنفاق على زوجته، مما يخول للزوجة طلب تمكينها من نفقتها إما بواسطة طلب مقابل في دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة أو عن طريق طلب أصلي أو إضافي في دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق الخلعي. وبعد الحكم بالطلاق يتعين على الزوجة أن تعتد، لذلك منحها المشرع نفقة العدة.

كما يترتب على فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة آثار شخصية تتمثل في الحضانة، وبدورها يترتب عليها آثار مالية خصصها المشرع الأسري بأحكام تنظمها في قانون الأسرة.

ويؤدي عادة الطلاق بالإرادة المنفردة إلى ظهور نزاع الزوجين حول متاع البيت، فقد يدعي كل منهما أن متاعا ما ملكه وقد ينكر أحدهما وجوده أصلا، مما يجعل عرض هذا النزاع على القاضي الذي ينظر في دعوى فك الرابطة الزوجية الحل الأنسب لمن يدعي منهما أن حقه في المتاع مهدر.

لذلك تطرح التساؤلات التالية: كيف نظم المشرع الجزائري نفقة الإهمال ونفقة العدة؟ وماهي الآثار المالية المرتبطة بالحضانة؟ وما هي الحلول القانونية التي وضعها أمام القاضي للفصل في النزاع في متاع البيت؟

الأمر الذي يستوجب دراسة نفقة الإهمال والعدة (الفرع الأول) ودراسة الآثار المالية المرتبطة بالحضانة (الفرع الثاني) ودراسة النزاع في متاع البيت (الفرع الثالث).

الفرع الأول

نفقة الإهمال ونفقة العدة

تعتبر نفقة الإهمال ونفقة العدة من بين الآثار المالية للطلاق بالإرادة المنفردة، لذلك لا بد من الإجابة على الإشكالية التالية: ما هي الأحكام المنظمة لكل من نفقة الإهمال (أولا) ونفقة العدة (ثانيا) في القانون الجزائري؟

أولا: نفقة الإهمال:

اتفق جمهور الفقهاء على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة، فقال المالكية أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج واشتروا ذلك بعد الدعوة إلى الدخول بها¹، أو بعد الدخول بها، وبلوغ الزوج، وقدرة الزوجة على الوطاء، وتقديرها يختلف بحسب الزوج في ماله والزوجة في مالها². أما الحنابلة فقالوا بوجود نفقتها بتسلمها، أو بذلها، ولو كان الزوج صغيرا³. وفي الفقه الحنفي نفقة،

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 581.

² ابن جزري، المرجع السابق، ص 177.

³ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، عمدة الطالب...، المرجع السابق، ص 217.

الزوجة واجبة على الزوج، إذا سلمت نفسها إلى منزله، فإذا كان الزوجان موسرين، فتجب نفقة اليسار، وإذا كانا معسرين فتجب نفقة الإعسار. أما إذا كانت الزوجة معسرة، وكان الزوج موسرا، فتكون نفقتها دون الموسرات وفوق المعسرات¹.

وبدورهم رأى الشافعية بوجوب نفقة الزوجة على الزوج بالنصوص والإجماع، وتقديرها يختلف باختلاف حال الزوج باليسار والإعسار، ولا تعتبر فيه الكفاية، ولا ينظر إلى حال المرأة في الزهادة والرغبة، ولا إلى منصبها وشرفها²، قال القرطبي: "وقال الإمام الشافعي رضي الله عنه وأصحابه: النفقة مقدرة محددة، ولا اجتهاد لحاكم ولا ملفت فيها. وتقديرها هو بحال الزوج وحده من يسره وعسره، ولا يعتبر بحالها وكفايته". وقد ذكر الشوكاني أن الشافعية وبعض الحنفية ذهبوا إلى أن العبرة في تقدير النفقة بحال الزوج، بينما ذهب أكثر الحنفية ومالك إلى الإعتبار بحال الزوجة³.

وأن نفقة الزوجة واجبة على الزوج لقوله عز وجل: "لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۗ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۗ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا"⁴، فقد قال القرطبي في تفسيره لهذه الآية: "لينفق" أي لينفق الزوج على زوجته وعلى ولده الصغير على قدر وسعه حتى يوسع عليهما إذا كان موسعا عليه. ومن كان فقيرا فعلى قدر ذلك. فتقدر النفقة بحسب الحالة من المنفق والحاجة من المنفق عليه بالاجتهاد على مجرى العادة⁵. وكذلك لقوله عز وجل: "وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا"⁶. وقد فسر ابن كثير هذه الآية بقوله: "وعلى والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بالمعروف، أي: بما جرت به عادة أمثالهن في بلدن من غير إسراف ولا إقتار، بحسب قدرته في يساره وتوسطه وإقتاره"⁷. أما الطبري فقال: "يعني تعالى ذكره بقوله: "وعلى المولود له" وعلى آباء الصبيان للمراضع رزقهن، يعني رزق والدتهن ويعني بالرزق ما يقوتهن من طعام، وما لا بد لهن من

¹ برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج3، ص 374-376.

² محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين...، المرجع السابق، ج9، ص 40.

³ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار...، المرجع السابق، ص 1328.

⁴ سورة الطلاق، الآية 7.

⁵ أنظر، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام...، المرجع السابق، ج1، ص 57.

⁶ سورة البقرة، الآية 233.

⁷ أنظر، أبو الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن الكريم، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2000، ص 298.

غذاء ومطعم وكسوتهن، ويعني بالكسوة الملبس ويعني بقوله : " بالمعروف" بما يجب مثلها على مثله إذ كان الله تعالى ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه بالغنى والفقر، وأن منهم الموسع والمقتدر وبين ذلك، فأمر كلا أن ينفق على من لزمته نفقته من زوجته وولده على قدر ميسرته¹.

ودليل وجوبها من السنة النبوية الشريفة عن عائشة أن هند بنت عتبة قالت: يارسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"². وعن معاوية القشيري قال: "أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: فقلت: ما تقول في نساءنا؟ قال: أطعموهن مما تأكلون، واكسوهن مما تكتسون، ولا تضربوهن ولا تقبحوهن"³، وفي هذا الحديث دليل على وجوب نفقة الزوج على زوجته بإطعامها مما يأكل وكسوتها مما يلبس، وعدم جواز ضربها أو تقييحها.

هذا من زاوية الفقه الإسلامي، أما من زاوية القانون، فإن المشرع الجزائري أوجب على الزوج نفقة زوجته بالدخول أو دعوتها إليه بيينة بموجب المادة 74 ق.4⁴، وعلى هذا الأساس، إذا لم يقع الدخول بالزوجة أو رفضت الدخول رغم دعوتها إليه فإن حقها في النفقة على زوجها سيسقط⁵. وقد حددت المادة 78 ق.أ مشتملات النفقة في الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

كما وضع المشرع معيارين على أساسهما يقوم بتقدير النفقة تمثلا في حال الطرفين وظروف المعاش، على ألا يقوم بمراجعة تقديره للنفقة قبل مضي سنة من تاريخ الحكم بالنفقة. ولذلك لا يجوز الإحتجاج بحجية الشيء المقضي فيه في الحكم الذي فصل في دعوى النفقة، إذ ذهبت المحكمة العليا إلى القول في فصلها للطعن بالنقض في قرار صادر عن مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 24 ماي 1993 حضوريا وعلنيا ونهائيا بقبول الإستئناف شكلا وفي الموضوع تأييد الحكم المعاد وتعديلا له رفع النفقة إلى 400 دج شهريا لكل واحد من الأولاد الأربعة. وقد صدر الحكم

¹ أنظر، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري...، المرجع السابق، ج2، ص 58-59.

² أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم 5364، ص 1367.

³ أنظر، سنن أبي داود، كتاب النكاح، حديث رقم 2144، ج3، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009، ص 478.

⁴ تنص المادة 74 ق.أ على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

⁵ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 105.

المستأنف فيه بتاريخ 27 سبتمبر 1988 وقضى بـ 250 دج نفقة لكل واحد من الأطفال: حيث جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم، ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/09/27 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السكن فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"¹.

وحتى لا تترك الزوجة بدون نفقة في حالة امتناع الزوج عن الإنفاق عليها وإهمالها، وحتى لا يهدر حقها في النفقة، خول لها المشرع ولكل من له الحق في النفقة أن يرفع دعوى قضائية يكون تاريخها هو التاريخ الذي يبدأ منه حساب مدة استحقاق النفقة، التي عادة ما تكون من تاريخ رفع الدعوى بالنفقة إلى غاية صدور الحكم القضائي، ومع ذلك أجاز المشرع للقاضي الحكم باستحقاقها لمدة لا تتجاوز سنة، لكنه قيد ذلك بوجود بيئة.

ومن الحالات التي يتجسد فيها إهمال الزوج لزوجته وعدم الإنفاق عليها، نشوب الخلاف الذي يفضي إلى رفع أحد الزوجين دعوى فك الرابطة الزوجية إما بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق الطلاق الخلعي، إذ عادة ما تغادر الزوجة بيت الزوجية وينفصل الزوجان في انتظار صدور الحكم بفك الرابطة الزوجية. وقد تغادر الزوجة بيت الزوجية حتى قبل رفع الدعوى، وفي هذه المدة يقع على الزوج الإلتزام بنفقة الزوجة لأنها قانوناً لازالت زوجته ما دام لم يصدر حكم قضائي يقضي بانفصالهما وفي غياب الحكم عليها بالنشوز². ولما كان الحال كذلك فالزوجة تستحق بموجب المادة 80 ق.أ³ النفقة من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم بالطلاق، ولها أن

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/04/23، ملف رقم 136604، المجلة القضائية، 1997، عدد 2، ص 89.

² كان المشرع الجزائري يعتبر نشوز المرأة سبباً كافياً لسقوط حقها على زوجها في النفقة في النص الأصلي للمادة 37 من ق.أ قبل التعديل الذي جاء فيه: "1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها"، غير أنه بعد تعديل قانون الأسرة أسقط هذا السبب واكتفى بالإشارة إلى النشوز في المادة 55 من ق.أ التي تنص على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، وعلى هذا الأساس فإن المشرع الجزائري جعل من للنشوز سبباً للطلاق، لمزيد من التفصيل، أنظر، بوخاتم آسية، المرجع السابق، ص 215-217؛ ص 360-369.

³ تنص المادة 80 ق.أ على أنه: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيئة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

ثبتت بينة حقها في النفقة بجميع وسائل الإثبات قبل رفع الدعوى حتى يحكم لها القاضي باستحقاقها على ألا تتجاوز تلك المدة بسنة قبل رفع الدعوى.

وقد أكدت المحكمة العليا الحكم الذي تضمنته المادة 80 ق.أ في القرار الذي قضى بأنه: "من المقرر قانوناً أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه عدم التسبب ليس في محله. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقاته نفقة الإهمال ابتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون وسببوا قرارهم تسيباً كافياً. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"¹.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا قبل تعديل قانون الأسرة على أن للزوجة الحق في النفقة متى لم يحكم بنشوزها، ونتيجة لذلك يتعين على الزوج الإنفاق عليها لأنه التزم يقع عليه ويبقى قائماً حتى ولو كانت مقيمة عند أهلها في غياب حكم قضائي يقضي بنشوزها. وهذا ما يمكن استخلاصه مما جاء في أحد قراراتها: "حيث طالما أن الطاعن يقر من خلال وقائع القضية بأن زوجته كانت خارج بيت الزوجية منذ 2004/06/28 نتيجة للنزاع الذي نشب بينهما فإنه يبقى أمام هذه الحالة ملزماً بالإنفاق عليها، لكونها ما زالت في عصمته وتبقى هي محقة في أن ينفق زوجها الطاعن طالما لا وجود لحكم نشوزها كما برر ذلك قضاة الموضوع، وهو تبرير سليم، الأمر الذي يستوجب رفض الوجه لعدم قانونيته وتبعاً لذلك رفض الطعن"².

كما أن المحكمة العليا لا تعتبر يسر الزوجة سبباً من أسباب سقوط حقها في النفقة، لذلك قضت في أحد قراراتها بأنه: "لكن حيث يتجلى من القرار المطعون فيه أنه أقام قضاءه بإلغاء النفقة المقضي بها بالحكم المستأنف بمقولة يسار الطاعنة مع أن هذا اليسار لا يسقط حقها وحق البنتين في النفقة دون مبرر شرعي سواء بالنسبة للنفقة الزوجية الواجبة لها، أو بالنسبة لنفقة العدة الواجبة على مطلقها شرعاً، أو بالنسبة لنفقة البنتين..."³.

ومن خلال الإطلاع على بعض الأحكام القضائية التي قضت بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، يتبين أن طلب الزوجة نفقة الإهمال يكون مؤسساً، ويستجيب له القضاة

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 57506، المجلة القضائية، 1991، عدد 3، ص 65.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2008/11/12، ملف رقم 466390، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 2، ص 317.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/02/22، ملف رقم 237148، المجلة القضائية، 2001، عدد 1، ص 284.

بالحكم بإلزام مطلقها منحها نفقة الإهمال والتي يقدرونها على أساس حال الزوج يسرا أو عسرا وظروف المعاش من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم، وإذا أتت بينة يحكم لها بنفقة الإهمال قبل رفع الدعوى على ألا تتعد تلك المدة سنة

ومن بين الملاحظات التي يمكن إبدائها بخصوص هذا الحكم، أنه قضى بنفقة الإهمال من تاريخ خروجها من بيت الزوجية بتاريخ 2016/12/27 في حين يبدو من بيان وقائع الدعوى أن الزوجة المطلقة طلبت الحكم لها بها من تاريخ رفع الدعوى أي تاريخ 2017/01/12، ليكون بذلك القاضي قد حكم بما لم يطلب منه رغم أن المدة بين التاريخين ليست بالكبيرة.

ومن بين الأحكام القضائية التي قضت بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والحكم للمطلقة بنفقة إهمال يبدأ سريانها من تاريخ سابق لتاريخ رفع الدعوى على ألا تتجاوز مدة سنة بناء على بينة وفقا لمقتضيات المادة 80 ق.أ، الحكم القضائي الذي قضى بإلزام الزوج المطلق بأن يؤدي لمطلقاته: "مبلغ 4000 دج (أربعة آلاف دينار جزائري) مقابل نفقة إهمال تسري ابتداء من شهر سبتمبر 2016 وإلى غاية النطق بالحكم". وقد كان تسبب القاضي لذلك كما يلي: "وحيث أن المدعى عليها كانت في عصمة المدعى قبل صدور الحكم القاضي بالطلاق، ولم ينكر عدم إنفاقه عليها بل وأكد بمحضر محاولة الصلح أنها ببيت أهلها منذ شهر سبتمبر 2016، فإن ذلك يجعل من طلبها الرامي إلى إلزامه بتمكينها من نفقة إهمال شهرية طلبا مؤسسا قانونا يتعين الإستجابة لها مع خفض المبلغ إلى حده المعقول مراعاة للطرفين وجعله بمبلغ 4000 دج تسري شهريا ابتداء من شهر سبتمبر 2016 وتستمر إلى غاية النطق بالحكم". وتمثلت البينة التي اعتمد عليها القاضي في حكمه للمطلقة بنفقة إهمال تبدأ من سبتمبر 2016 وليس من تاريخ رفع الدعوى الموافق لـ 2017/03/07 حسب ما ذكر في بيان وقائع الدعوى في إقرار الزوج بعدم إنفاقه على زوجته منذ ذلك التاريخ.

وإذا كان القضاة يستجيبون لطلب الزوجة المطلقة طلاقا بالإرادة المنفردة للزوج بآداء الزوج لها مبلغ نفقة الإهمال، فإنه واضح من التطبيقات القضائية أن الحال مغاير تماما لذلك في حالات الأحكام بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، إذ أن استحقاق المختلعة لنفقة الإهمال محل اختلاف وتباين بين المحاكم. بين من يرى باستحقاقها لنفقة الإهمال، ومن يرى عكس ذلك أي

عدم استحقاقها لها، الأمر الذي يدعو إلى التساؤل ما هو رأي المحكمة العليا بخصوص مسألة نفقة إهمال المختلعة؟

بعد الاطلاع على عدد من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا حديثاً، يتبين استقرار المحكمة العليا على عدم استحقاق المرأة التي تخالع نفسها نفقة الإهمال وسقوط جميع الديون المتعلقة بالزواج، فقد جاء في قرار بتاريخ 2017/04/05 صدر بمناسبة الطعن بالنقض في قرار غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء وهران الذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيه مبدئياً وتعديلاً له خفض نفقة العدة وقد قضى هذا الحكم بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع وإلزام المدعى عليه أن يؤدي للمدعية نفقة إهمال شهرية: "عن الوجه الأول المأخوذ من قاعدة جوهرية في الإجراءات بدعوى أن قضاة المجلس اخطئوا لما أفادوا المطعون ضدها بنفقة الإهمال وأنها هي من بادرت بطلب الخلع.

حيث بالفعل من المقرر قضاء وشرعاً لا تستحق المرأة التي تخالع نفسها نفقة الإهمال، متى بادرت بمخالعة نفسها من زوجها والحكم لها به يفقدها جميع حقوقها ما عدا ما تعلق منه بنفقة العدة".

ولا يقف الأمر عند عدم استحقاق المخالعة لنفقة الإهمال في قضاء المحكمة العليا بل يتعداه إلى عدم استحقاقها لمؤخر الصداق. هذا الأمر يظهر جلياً من قرار المحكمة العليا الذي صدر إثر طعن بالنقض في القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء وهران والذي قضى بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة قديل الذي قضى بالخلع وبنفقة عدة وبأدائه للمخالعة مؤخر صداقها. وقد قضى بما يلي: "عن الوجهين المثارين معا لتشابههما وترابطهما: والمأخوذ من مخالفة القانون وقصور التسبيب ومفادهما أن المخالعة نفسها لاحق لها في الجوانب المادية ومن بينها مؤخر الصداق ولا حق لها إلا في نفقة العدة.

حيث أنه فعلاً بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار الذي أيده يتبين أن قضاة الموضوع مكنوا المطعون ضدها من مؤخر صداقها الذي أقر به الطاعن رغم أن المخالعة نفسها لاحق لها إلا في نفقة العدة مهما كان سبب الفرقة بينها وبين زوجها مما يجعل الوجهين سديدين وستعين بالاعتماد عليهما نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص مؤخر الصداق وإحالة القضية إلى نفس المجلس بتشكيلة مغايرة للفصل فيها من جديد".

وعلى العموم، فإن موقف المحكمة العليا مستقر على عدم استحقاق المخالعة نفسها نفقة الإهمال وتسبب ذلك بما يلي: " لكن حيث أن الطاعنة بلجوتها إلى الخلع تحرم طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية من جميع حقوقها باستثناء نفقة العدة.... " ، " مما يجعل حقها في نفقة إهمالها غير مؤسس حسب الثابت من اجتهاد المحكمة العليا بعدم أحقية المخالعة نفسها لنفقة إهمالها.... " . " وأن قضاة المجلس ناقشوا طلبها وتم الرد عليه بالرفض اعتماداً في ذلك على أن المطلقة خلعا لا تستحق نفقة الإهمال وأن الزوجة وبمطالبتها مخالعة نفسها تكون قد افتدت نفسها ولا تستحق أي تعويض ما عدا حقها في نفقة العدة وبقضائهم بذلك قد طبقوا صحيح القانون، وأن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أن المخالعة لا تستحق نفقة الإهمال مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض ". واستناد المحكمة العليا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بعدم استحقاق الزوجة لنفقة إهمالها يدفع إلى التساؤل ما هي المذاهب التي قضت بذلك؟

قال أبو حنيفة بأن المبرأة والخلع يسقطان كل حق متعلق بالنيكاح لكل واحد من الزوجين على الآخر مثل المهر والنفقة الماضية دون المستقبلية لأن للمبرأة والمختلعة النفقة والسكنى مادامت في العدة. بينما قال محمد لا يسقط إلا ما سمياه. في حين قال يوسف يسقط في الخلع ما سمياه، ويسقط كل حق متعلق بالنيكاح لكل واحد من الزوجين¹. بينما قال جمهور الفقهاء أن الخلع لا يسقط أي حق من الحقوق الزوجية، سواء كان بلفظ المبرأة أو الخلع إلا ما سمياه، لأن الحقوق لا تسقط إلا بما يدل على سقوطها قطعاً، وليس في الخلع ما يدل على إسقاط الحقوق المتعلقة بالزواج، ولأن الخلع معاوضة، فلا يسقط إلا ما تراضيا عليه².

¹ برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج3، ص 290-291؛ أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، ص 295، 296؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 506.

قال الكاساني: " وإن كان يبذل فإن كان البذل هو المهر بان خلعه على المهر فحكمه ان المهر إن كان غير مقبوض انه يسقط المهر عن الزوج وتسقط عنه النفقة الماضية وإن كان مقبوضاً فعليها ان ترده على الزوج وإن كان البذل مالا آخر سوى المهر فحكمه حكم سقوط كل حكم وجب بالنيكاح قبل الخلع من المهر والنفقة الماضية ووجوب البذل حتى لو خلعه على عبد أو على مائة درهم ولم يذكر شيئاً آخر فله ذلك ثم إن كان لم يعطها المهر برئ ولم يكن لها عليه شيء سواء كان لم يدخل بها أو كان قد دخل بها وإن كان قد أعطها المهر لم يرجع عليها شيء سواء كان بعد الدخول بها أو قبل الدخول بها وكذلك إذا بارأها على عبد أو على مائة درهم فهو مثل الخلع في جميع ما وصفنا وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف في المبرأة مثل قول أبي حنيفة وقال في الخلع انه لا يسقط به الا ما سميا وقال محمد لا يسقط في الخلع والمبرأة جميعاً الا ما سميا، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع...، المرجع السابق، ج3، ص 151.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 506؛ عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 248-249.

والراجع من خلال ما قاله الفقهاء بخصوص سقوط الحقوق المتعلقة بالزواج في حالة الطلاق الخلعي من عدمه أن المحكمة العليا أخذت برأي أبي حنيفة في عدم استحقاق المخالعة لحقوقها المتعلقة بالزواج ومنها نفقة الإهمال ومؤخر الصداق.

وفي الحقيقة فإن موقف المحكمة العليا من نفقة الإهمال هو موقف صائب، إذ أن الخلع يسقط الحقوق المتعلقة بالزواج، ومن تلك الحقوق النفقة التي تكون دينا في ذمة الزوج.

بدورها نفقة العدة تمثل أثرا ماليا للطلاق يتعين علينا دراستها.

ثانيا: نفقة العدة:

أما بخصوص نفقة المطلقة المعتدة فيما سبق ذكره، يظهر أن المالكية والحنفية والشافعية قد اتفقوا على أن المطلقة طلاقا رجعيا تستحق نفقة العدة، لأنها لا زالت في حكم الزوجة، وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن المطلقة البائن الحامل لها النفقة دون المطلقة البائن الحائل أي الغير حامل التي لا تستحقها. في حين قال الحنفية بأن للمطلقة طلاقا رجعيا أو طلاقا بائنا على حد سواء الحق في النفقة.

وعلى ذلك، فإنه بالقول أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الطلاق الخلعي هو طلاق بائن، فإنه يبدو أن المشرع اعتنق رأي الحنفية الذين قالوا بأن للمطلقة الحق في النفقة بغض النظر عن نوع الفرقة، وذلك باستعماله مصطلح "الزوجة المطلقة" في المادة 61 ق.أ دون تمييز بين المطلقة رجعيا والمطلقة بائنا. لذلك اعتبرت الأستاذة بوخاتم آسية أن عدم تمييز المشرع بين ما إذا كانت مطلقة من طلاق رجعي أم من طلاق بائن مرده إلى أن المشرع لا يعتد إلا بالطلاق الذي يكون بموجب حكم قضائي، وهو طلاق بائن. غير أنها قالت بأن المشرع اعترف بالطلاق الرجعي. وقد دعمت ذلك برأي الأستاذ لمطاعي نور الدين، واستدللت في ذلك باستعمال المشرع الجزائري لعبارة "من تاريخ التصريح بالطلاق" في المادة 58 ق.أ، وخلصت إلى أن المشرع الجزائري قصد بتلك العبارة تصريح الزوج الذي يوقع الطلاق بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة 48 ق.أ، ولم

يقصد تصريح القاضي، وقد تساءلت لو أنه لم يقر بعدة الطلاق فلماذا لم يأت بعبارة "من تاريخ صدور الحكم" بدلا من عبارة "من تاريخ التصريح بالطلاق"¹؟

في الحقيقة لو افترضنا أن المشرع كان فعلا يقصد بعبارة "من تاريخ التصريح بالطلاق" تصريح الزوج بالطلاق بموجب المادة 48 ق.أ، فإننا بذلك نقول أن نص المادة 58 ق.أ يتعلق فقط بعدة المطلقة التي طلقها زوجها بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة 48 ق.أ، وحينئذ لنا أن نتساءل هل استثنت المادة 58 ق.أ عدة المطلقة عن طريق الطلاق الخلعي والمطلقة عن طريق التطليق؟ وفي هذه الحالة ما هو النص الذي ينظم العدة في الحالتين؟ لأنه في حالة الخلع لا يصرح الزوج بالطلاق وكذلك الأمر في حالة التطليق، فالقاضي هو الذي يصرح بالطلاق. لذلك من الواضح أن المشرع كان يقصد بعبارة "من تاريخ التصريح بالطلاق" تصريح القاضي بالطلاق بموجب حكمه القضائي لا تصريح الزوج.

وقد اعترف قضاء المحكمة العليا صراحة بحق الزوجة المطلقة في السكن والنفقة أثناء عدتها، إذ اعتبر أن نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناء العدة تقع على عاتق الزوج في القرار الذي قضى بما يلي: "بدعوى أنه لا يجوز منح تعويض عن المسكن ضمن نفقة العدة المحكوم بها كون المنزل مستقل بنص قانوني ولا يتم منحه إلا بتوافر شروط المادة 52 من ق.أ، والقرار المطعون فيه رفع نفقة العدة مع السكن أو دمجها مع بعضهما البعض بدون أي تبرير ولم يتطرق في أسبابه تماما إلى السكن، وذلك يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وخاصة المادتين 52 و78 من قانون الأسرة.

لكن حيث إن نفقة العدة والمسكن التي منحها الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه المقصود منها أن المطلقة أثناء فترة العدة تقيم في مسكن الزوجية إلى انتهاء عدتها كما تنص الشريعة وأحكام المادة 61 من قانون الأسرة، وليس المقصود من عبارة السكن ما هو منصوص عليه في المادة 72 من قانون الأسرة التي تنص على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"².

¹ بوخاتم آسية، المرجع السابق، ص 256-257.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2007/04/11، ملف رقم 390091، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 01، ص 245.

وقضى المجلس الأعلى في أحد قراراته بأنه من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، والقضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، فالمطلقة تستحق نفقة العدة حتى ولو ثبت أنها كانت زانية، حيث يظهر ذلك جليا من رد المجلس الأعلى على وجه الطعن الوحيد الذي استند إليه الطاعن: "حيث يستند الطعن إلى وجه واحد مأخوذ من خرق قواعد الشريعة الإسلامية بدعوى أن المجلس قضى بتظلم الزوجين ومنح للزوجة بنفقة العدة مع أنها اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا وازدياد ثلاثة أولاد نتيجة العلاقات اللاشريعة مما يشكل مخالفة لقواعد الشرع التي تقرر إسقاط جميع حقوق الزانية.

لكن حيث أن القرار جاء موافقا لأحكام الشريعة إذ أسقط جميع حقوق المطعون ضدها ما عدا نفقة العدة الواجبة لها في كل حال من الحالات سواء كانت ظالمة أو مظلومة وبالتالي لا يوجد أي خرق كما يزعمه الطاعن الأمر الذي يستوجب رفض الطعن"¹.

بعد دراسة أحكام نفقة الإهمال ونفقة العدة كأثرين ماليين للطلاق بالإرادة المنفردة يقودنا البحث إلى دراسة الآثار المالية المرتبطة بالحضانة.

الفرع الثاني

الآثار المالية للحضانة

بما أن نفقة الأبناء واجبة على الأب أثناء الحياة الزوجية قانونا، فإن فك الرابطة الزوجية لا يعني إطلاقا تخليه عن هذا الواجب، بل يتعين عليه الإنفاق على أطفاله حتى ولو أسندت الحضانة إلى الأم. فالنفقة من الأهمية بمكان في ممارسة الحضانة، إذ أن الطفل المحضون يحتاج إلى الكسوة والغذاء والدواء وما تتطلبه الحياة من ضروريات، ولا يمكن تحقيق مصلحة الطفل المحضون بدون نفقة.

إضافة إلى ذلك يترتب على انفصال الزوجين مغادرة الزوجة لبيت الزوجية، وإسناد القاضي لها حضانة أولادها يقتضي توفير سكن ملائم لممارستها، إذ أن مصلحة المحضون تقتضي أن ينشأ

1 المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/10/22، ملف رقم 34327، المجلة القضائية، 1989، عدد 03، ص 71.

الطفل في مكان آمن يتوفر على شروط الحياة، وإلا كان عرضة مع أمه إلى التشرذم والتنقل وعدم الإستقرار، الأمر الذي يتعارض مع الحكمة من تشريع الحضانة.

لهذا كله تتبادر إلى الأذهان الأسئلة التالية: ما هي أحكام نفقة الطفل المحضون؟ (أولا) وهل للحاضنة الحق في سكن لممارسة الحضانة؟ (ثانيا).

أولا: نفقة الطفل المحضون:

جاء في المادة 78 ق.أ على أن "النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". كما نصت المادة 75 ق.أعلى أنه: "تجب نفقة الابن على الأب ما لم يكن له مال. فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، فتستمر إذا ما كان الطفل عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب". طبقا لمضمون هذين النصين، فإن نفقة الطفل، سواء كانت في إطار زوجية قائمة أو في إطار حضانة بعد انحلال الرابطة الزوجية، تقع على عاتق أبيه ما لم يكن له مال، وتكون واجبة عليه حتى بلوغه سن الرشد إذا كان ذكرا، وحتى الدخول إذا كانت أنثى. كما أن واجب النفقة يستمر إذا كان الطفل عاجزا عن الكسب بسبب إعاقة ذهنية أو بدنية، أو لا زال يزاول دراسته. ويسقط هذا الواجب بالكسب.

أما في حالة إعسار الأب أو عجزه عن النفقة، ينتقل واجب النفقة على الأبناء إلى الأم طبقا لنص المادة 76 ق.أ الذي جاء فيه: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك". وعلى القاضي في تقديره للنفقة مراعاة حال الطرفين وظروف المعاش، ولايراجع تقديره لها إلا بعد مضي سنة عن حكمه وفقا للمادة 79 ق.أ، ولعل الحكمة من كل هذه الأحكام هي توفير كل ما تتطلبها لرعاية المادية للأطفال التي بغيرها لا تقوم لمصلحتهم قائمة. وبما أنه يستخلص من النصوص القانونية المذكورة آنفا أن نفقة المحضون تقع على والده أساسا، فإنه بدونها لا يمكن للحضانة أن تحقق الأهداف المبتغاة من تشريعها لأنها تتطلب إنفاق المال في رعاية الطفل المحضون وتسيير شؤونه من ملبس وغذاء وكسوة وتعليم إلى غير ذلك من متطلبات الحضانة.

أما إذا كان الأب محجورا عليه وعين له مقدم، فإن هذا المقدم لا يلزم بدفع نفقة أبناء المحجور عليه وتوابع فك العصمة للمطلقة من ماله الخاص، وإنما هي دين في أموال المحجور عليه

طبقا لما قضت به المحكمة العليا في قرارها الذي جاء في حيثياته: "حيث أن الحجر يستهدف مصلحة خاصة ومصالح عامة ترجع إلى رعاية المطلوب الحجر عليه والقيام بشؤونه وبخاصة إدارة أمواله من طرف المقدم المعين لهذا الغرض والتصرف فيها تصرف الرجل الحريص وبالتالي فإن النفقة المحكوم بها لمطلقة المحجور عليه ولأبنائه منها إنما تكون دينا في أموال المحجور عليه وأن المقدم مجرد مكلف بإدارتها والحرص عليها ولا يلزم بها شخصا ومن ذمته المالية بأي حال من الأحوال، ومنه فإنه لإلزام المقدم بدفع النفقة المقررة لمطلقة المحجور عليه وأبنائه منها، يتعين البحث فيما إذا كان للمحجور عليه أموال أم لا، ويقع عبء الإثبات على مدعي وجودها، وفي حالة إثبات ذلك يلزم المقدم بالسداد منها وحينها يحل محل المحجور عليه ويدفع منها لمطلقاته وأبنائه باعتباره مديرا لهذه الأموال مما يجعل الوجه سديدا"¹.

وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الذي تضمن ما يلي: "عن الوجه الثاني بالأولوية المأخوذ من انعدام الأساس القانوني: حيث إن مهمة المقدم تتمثل في رعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه وإدارة أمواله والتصرف فيها تصرف الرجل الحريص ومنه فإن المقدم لا يكون ملزما بدفع النفقة لأبناء المحجور عليه وبتوابع العصمة المحكوم بها للمطلقة من ماله الخاص وإنما هي دينا في أموال المحجور عليه وذمته المالية وأنه لإلزام المقدم بدفع المبالغ المحكوم بها قضاء لمطلقة المحجور عليه يتعين البحث فيما إذا كان هذا الأخير يملك أموالا أم لا ويقع عبء الإثبات على مدعي وجودها وفي حالة إثبات ذلك يكون المقدم ملزما بالسداد منها وحينها يحل محل المحجور عليه ويدفع منها لمطلقاته وأبنائه باعتباره مديرا لهذه الأموال مما يجعل الوجه سديدا.

حيث إنه بذلك يصبح الوجه الثاني مؤسس ويتعين معه نقض القرار دون حاجة للرد على بقية الأوجه"².

والجدير بالذكر، أنه تعتبر مصاريف العلاج والدواء من مشتملات النفقة لذلك يتحملها الأب. ففي هذا الإطار قضت المحكمة العليا بأن الوالد يتحمل مصاريف علاج المحضون الثابت

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2015/10/14، ملف رقم: 0901961، المجلة القضائية، 2015، عدد 2، ص 170

² المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2018/12/05، ملف رقم 1235655، منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة العليا

بشهادة طبية¹، وأنه لا يحق للأم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد، ما دامت النفقة حقا للمحضون².

وقد أولى المشرع أهمية كبيرة للنفقة لذلك كان متشددا إزاء كل تنصل ممن قررت عليه النفقة على زوجه أو أصوله أو فروعهم من هذه المسؤولية في قانون العقوبات، إذ نص في المادة 331 فقرة 1ق.ع على أنه:

"يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعهم، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

ويخضع امتناع الأب عن تقديم النفقة لأبنائه المحضون عمدا لأحكام هذه المادة، ونتيجة لذلك فإنه بعد امتناع الأب عن تقديم النفقة لأبنائه المحضون في حالة عدم إسناد الحضانة له بعد صدور الحكم القاضي بإلزامه بذلك لمدة تتجاوز الشهرين. ولكن صياغة النص اتسمت بنوع من الغموض حول بدأ سريان مدة الشهرين. لذلك يرى الدكتور عمrani كمال الدين أن الغموض الذي اكتنف نص المادة 331 ق.ع بخصوص بدأ سريان مدة الشهرين التي تضمنها، يدفع إلى التساؤل هل أن سريان تلك المدة يبدأ من تاريخ الإجراء الأولي الذي يقوم به المحضر القضائي في إطار التبليغ الرسمي للأحكام القضائية، أم الإجراء الذي يقوم به في إطار تنفيذ الأحكام القضائية؟ وأمام عدم وضوح الإجابة من الناحية القانونية، لا مناص من البحث عن الحل في الفقه والقضاء، اللذان رجحا أن سريان مدة الشهرين تبدأ من تاريخ انقضاء مهلة 15 يوما المحددة في التكليف بالوفاء³.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2006/11/15، ملف رقم 372292، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد1، ص 493.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2004/01/21، ملف رقم 311458، مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد2، ص 379.

³ أنظر، عمrani كمال الدين، الإطار القانوني لجريمة عدم تسديد نفقة واجبة بحكم قضائي (دراسة في إطار التشريع الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية)، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، 2017، مجلد رقم 4، عدد1، ص 83-85.

فإذا تضمن منطوق الحكم القضائي الذي قضى بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بالطلاق الخلعي الحكم على الزوج بنفقة الأطفال في حالة وجود أطفال محضونين، وكان ذلك الحكم حضورياً أو اعتبارياً حضورياً¹، فإن تنفيذه يتوقف على القيام بالإجراءات التي يتطلبها القانون، إذ يتعين أولاً تبليغ ذلك الحكم إلى الزوج عن طريق محضر قضائي، بعد التبليغ الرسمي لذلك الحكم القضائي يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم يستأنف الزوج ذلك الحكم بعد التبليغ الرسمي في الآجال القانونية، يحوز ذلك الحكم على حجية الشيء المقضي فيه ويصبح حكماً نهائياً قابلاً للتنفيذ باعتباره سنداً تنفيذياً طبقاً للمادة 600 ق.إ.م.إ ف1 التي نصت على أنه: "والسندات التنفيذية هي:

1- أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية..."، وطبقاً للمادة 609 ق.إ.م.إ التي نصت على أن: "الأحكام والقرارات القضائية لا تكون قابلة للتنفيذ، إلا بعد انقضاء آجال المعارضة أو الاستئناف، وتقديم شهادة بذلك من أمانة ضبط الجهة القضائية المعنية، تتضمن تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار إلى المحكوم عليه، وثبتت عدم حصول معارضة أو استئناف. في حالات الطعن بالنقض الموقوف للتنفيذ تطلب شهادة عدم الطعن بالنقض. غير أن الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل والأوامر الإستعجالية تكون قابلة للتنفيذ رغم المعارضة والاستئناف". ولتنفيذه يشترط القانون أولاً مهره بالصيغة التنفيذية من طرف أمانة ضبط المحكمة التي أصدرته طبقاً لنص المادة 601 ق.إ.م.إ بعد تقديم شهادة عدم الاستئناف.

الحالة الثانية: إذا استأنف الزوج الحكم القضائي المتضمن الحكم بنفقة الأطفال، يصدر قرار عن المجلس القضائي عادة إما بمراجعة مبلغ النفقة زيادة أو نقصاناً، أو تأييد الحكم بما قضى فيه بخصوص هذا الجانب، وبالتالي بمجرد صدوره يصبح سنداً تنفيذياً طبقاً لنص المادة 600 ف 6 التي تعتبر من السندات التنفيذية: "قرارات المجالس القضائية وقرارات المحكمة العليا المتضمنة

¹ إذا كان الحكم غيابياً يتم تبليغ الزوج تبليغاً رسمياً بنسخة من الحكم القضائي ويمنح له أجل شهر للمعارضة إذا قام بممارسة حقه في المعارضة تصدر المحكمة حكماً حضورياً، أما إذا لم يتم بممارسة حقه في المعارضة، فإنه بعد انقضاء أجل المعارضة تفتح آجال الاستئناف التي يبدأ سريانها من تاريخ انقضاء أجل المعارضة طبقاً لنص المادة 336 ق.إ.م.إ التي نصت على أنه: "لايسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة".

إلتزاماً، وطبقاً للمادة 609 ق.إ.م.إ، ويشترط لتنفيذه مهرة بالصيغة التنفيذية، إذا كان القرار غيايباً يشترط قبل ذلك تقديم شهادة عدم معارضة ذلك القرار من أمانة ضبط المجلس القضائي.

بعد ذلك يقوم المحضر القضائي طبقاً للمادة 612 ق.إ.م.إ بالتبليغ الرسمي للحكم القضائي الممهور بالصيغة التنفيذية أو القرار القضائي الممهور بالصيغة التنفيذية أو ما يسمى بالنسخة التنفيذية للزوج وتكليفه بالوفاء بما تضمنه ذلك السند التنفيذي في أجل 15 يوماً وفقاً لأحكام المواد من 406 إلى 416 ق.إ.م.إ. وقد اشترط المشرع الجزائري لقيام جريمة عدم تسديد النفقة طبقاً للمادة 333 ق.عامتاع الزوج عن تسديدها بعد انقضاء شهرين، وذهب بعض فقهاء القانون إلى القول أن سريان تلك المدة يبدأ من تاريخ انقضاء أجل 15 يوماً الذي تضمنه التكليف بالوفاء¹.

وفي سياق سعي المشرع الحثيث لتوفير الحماية للطفل، وضع نصاً في قانون الأسرة يجيز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن في المادة 57 مكرر. وعليه، فإن هذا الإجراء يتسم بكونه تدبيراً مؤقتاً قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع، وذلك بغرض توفير الحماية للطفل أثناء سير الدعوى بدلاً من الإنتظار إلى غاية الفصل في موضوع الدعوى. في هذا الإتجاه قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأن: "قاضي الإستعجال مختص للحكم للزوجة وللأبناء بنفقة، قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع"².

ويدعو هذا النص إلى التساؤل عن القاضي المختص في الفصل في التدابير المؤقتة طبقاً لما جاء في المادة 75 مكرر من ق.أ، هل هو قاضي الإستعجال، أم رئيس المحكمة، أم رئيس قسم الأسرة؟ فقد ذهب البعض إلى القول بأن رئيس المحكمة هو صاحب الإختصاص لكونه محول قانوناً بالقيام بالأعمال الولائية، ولأن إصدار الأوامر على ذيل عريضة يدخل في صلب الأعمال الولائية. بينما رأى البعض الآخر أن الفصل في التدابير المؤقتة هو اختصاص يعود لرئيس قسم شؤون الأسرة لأنه الأكثر إلماماً ودراية بالملف المعروض عليه ولأن النص جاء في تعديل قانون

¹ عمراني كمال الدين، المرجع السابق، ص 84.

² المحكمة العليا، 2005/01/19، ملف رقم 333042، مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد 1، ص 321.

الأسرة من جهة وللعرائض¹، والراجع أن استعمال المشرع الجزائري للفظ "القاضي" ولفظ "أمر على عريضة" ولفظ "على وجه الإستعجال" وإدراج النص في قانون الأسرة، يدفع إلى القول بأن كل من رئيس المحكمة وقاضي الإستعجال ورئيس قسم شؤون الأسرة مختصون في الفصل في التدابير المؤقتة المتعلقة بالنفقة والحضانة والسكن والزيارة، لأن العبرة من وضع هذا النص تكمن في الحماية القانونية لكل من الطفل والزوجة على وجه السرعة مؤقتا.

وفي إطار توفير الحماية القانونية للطفل المحضون وضع المشرع قانونا يتضمن إنشاء صندوق النفقة² يتكفل بدفع المستحقات المالية للأطفال المحضون ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة³ إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته، وإذا ثبت تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره محضر قضائي⁴.

وعلى ما تقدم ذكره في مسألة نفقة الطفل المحضون، يمكن القول أن الأحكام الواردة في قانون الأسرة، وفي قانون العقوبات بخصوص هذه المسألة، تمثل بحق آليات قانونية لضمان ممارسة حق الحضانة وفقا للوجه الذي يحقق مصالح الطفل الفضلى التي نادى بها إتفاقية نيويورك لسنة 1989. ولا شك أنها تعكس بوضوح ما جاء في المادة 27 من تلك الإتفاقية التي نصت على ما يلي:

1- "تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والروحي والمعنوي والاجتماعي.

2- يتحمل الوالدان أو أحدهما أو الأشخاص الآخرون المسؤولون عن الطفل، المسؤولية الأساسية عن القيام، في حدود إمكانياتهم المالية وقدراتهم، بتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنمو الطفل.

¹ كريمة محروق، التدابير الوقائية في مسائل الأسرة في ضوء تعديل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، عدد 02، ص 321-322.

² قانون رقم 01-15 مؤرخ في 04 يناير سنة 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية رقم 01، سنة 2015.

³ الفقرة 5 من المادة 2 من القانون رقم 01-15 مؤرخ في 04 يناير سنة 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة.

⁴ المادة 3 من القانون رقم 01-15 المؤرخ في 04 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

3- تتخذ الدول الأطراف، وفقا لظروفها الوطنية وفي حدود إمكانياتها، التدابير الملائمة من أجل مساعدة الوالدين وغيرهم امن الأشخاص المسؤولين عن الطفل، علي أعمال هذا الحق وتقدم عند الضرورة المساعدة المادية وبرامج الدعم، ولا سيما فيما يتعلق بالتغذية والكساء والإسكان.

4- تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة لكفالة تحصيل نفقة الطفل من الوالدين أو من الأشخاص الآخرين المسؤولين ماليا عن الطفل، سواء داخل الدولة الطرف أو في الخارج".

ومن الجانب العملي، يمكن القول من خلال الجدول الموالي المتضمن للأرقام المتعلقة بنفقة الطفل المحضون بالمحاكم التابعة لمجلس قضاء تلمسان خلال السنوات 2018، 2019، و 2020 بأن القضاء يضطلع بمهمة تطبيق القوانين إن في شقها الأسري أو في شقها العقابي حين فصله في النزاعات المعروضة عليه بخصوص مسألة الأطفال المحضون، مما يوفر لهذه الفئة حماية قانونية.

الأحكام الصادرة في قضايا النفقة الخاصة بالنساء المطلقات الحاضنات للأطفال القصر

السنة	عدد الأحكام المدنية	عدد الأحكام الجزائية	عدد النساء المطلقات الحاضنات للأطفال القصر	عدد الأطفال القصر في حاجة للنفقة
2018	800	600	883	1210
2019	500	284	538	709
2020	517	344	410	545

كما تقتضي الحضانة توفير الأب لسكن يليق بممارستها طبقا لما نص عليه قانون الأسرة والذي سيخصص لدراسته الفرع الموالي.

ثانيا: حق الحضانة في سكن لممارسة الحضانة:

إن الحديث عن سكن ملائم لممارسة الحضانة يقود حتما إلى البحث عن موقف بعض فقهاء المذاهب السنية منه، فقد جاء في فقه الأحناف أن أجرة السكن غير واجبة لممارسة الحضانة

بدليل ما أورده ابن عابدين في نفقات البحر عن التفريق. في حين رأى بعضهم أنها تجب إن كان للصبي مال، وإلا فإنها تجب على من عليه نفقته¹. وقد جاء في الدر المختار: "وفي شرح النقاية للباقاني عن البحر المحيط: سئل أبو حفص عمن لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد فقال: على الأب سكنها جميعاً؟ وقال نجم الأئمة: المختار أنه عليه السكنى في الحضانة، وكذا إن احتاج الصغير إلى خادم يلزم الأب به"². بينما يذهب الدردير من فقهاء المالكية إلى القول أنه جاء في التوضيح أن مذهب المدونة على أن سكنى المحضون على الوالد وعلى المشهور قال سحنون أن السكنى تكون على حسب الإجهاد³. وقال ابن جزى بأن كراء المسكن للحاضنة والمحضونين على والدهم في المشهور وقيل تؤدي حصتها من الكراء⁴.

إن رعاية الطفل وحمايته لا يمكن أن تتحقق دون نفقة وسكن ملائم، وحرصاً منه على توفير جو يكفل بلوغ الغايات المتبتغة من الحضانة، نص المشرع في المادة 72 ق.أ على أنه: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن". وقد كانت المادة قبل التعديل تنص على أن: "نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكناً وإن تعذر فعليه أجرته". والجدير بالذكر أن نص المادة 78 ق.أ قد جعل السكن وأجرته من مشتملات النفقة، بنصه على أنه: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

ولم يخل نص المادة 72 ق.أ المعدلة من بعض الانتقادات، فمن بين المآخذ التي سجلتها الأستاذة تشوار زكية حميدو عليه أن المشرع لم يوفق في توظيفه لمصطلح "بيت الزوجية"، وكان الأحرى أن يستعمل مصطلح "بيت المطلق" أو "بيت والد المحضون"، أو من الأحسن مصطلح "بيت الزوجية قبل الطلاق". كما أن النص الجديد تضمن لحكم يقضي بإبقاء المطلقة في نفس البيت مع مطلقها حتى ولو انتهت العدة بموجب الفقرة الثانية من المادة 71 ق.أ يؤدي إلى تحليل

¹ محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار...، المرجع السابق، ج 5، ص 261.

² محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، المرجع السابق، ص 255.

³ أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 222.

⁴ ابن جزى، المرجع السابق، ص 180.

ما حرّمه الله، بالإضافة إلى أن نص هذه الفقرة جاء متناقضا مع مضمون المادة 61 ق.أ التي تنص على أنه: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة وعدة الطلاق". فإذا كان هذا النص لا يثير إشكال بالنسبة للمطلقة أو المتوفى عنها زوجها غير الحاضنة التي ينبغي عليها مغادرة السكن بمجرد إنتهاء عدتها، فإن الأمر يختلف بالنسبة للحاضنة. فكيف يمكن التوفيق بين الحكم الذي جاء في الفقرة الثانية من المادة 71 ق.أ الذي ينص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الزوج للحكم القضائي المتعلق بالسكن حتى ولو انقضت عدتها وحكم المادة 61 ق.أ الذي ينص على مغادرة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها السكن بمجرد انتهاء عدتها ولو كانت حاضنة؟¹

وعلى العموم، يمكن القول أن المشرع الجزائري في تعديله لنص المادة 71 ق.أ غير موقفه فبعد أن كان الأب في ظل النص القديم مطالبا بتهيئة سكن أو أجرته لفائدة المحضون في حالة عدم امتلاك المحضون مال يغطي سكنه أو نفقته، أصبح توفير سكن ملائم لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار إلزاما وجوبيا يقع على عاتق الأب بغض النظر عن ما إذا كان للطفل المحضون مال من عدمه، ويرمي من خلال ذلك إلى تحقيق مصلحة المحضون التي تكمن في أن تمارس الحضانة في سكن ملائم.

وفي إطار تفسير المحكمة العليا لبعض الجوانب التي سكت عنها المشرع في نص المادة 72 ق.أ بمناسبة النظر في الطعون بالنقض المرفوعة أمامها، حددت مكان ممارسة الحضانة إما بمكان تواجد بيت الزوجية أو مكان تواجد أهل الحاضنة في أحد قراراتها الذي تضمن ما يلي: "حيث أن ما يعييه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله لأن المادة 72 ق.أ إذا كانت توجب على الأب أن يوفر المسكن الملائم لممارسة الحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وأنها لم تحدد المكان الذي يجب توفير السكن، ويبقى توفير السكن مرتبطا بمكان ممارسة الحضانة الذي يتحدد إما بمكان بيت الزوجية قبل الطلاق أو بمكان تواجد أهل الحاضنة، ومن ثم فطالما أن الحاضن وفر المسكن في المكان الذي يقيم فيه وهو مكان الزوجية قبل الطلاق فإنه لا يمكن إلزامه بتوفير

¹تشوار حميدو ركية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص 161-162.

السكن في مكان آخر تختاره الحاضنة خاصة وأن المكان الأول يحقق مصلحة للمحضون من باب رعاية الأب وتفقد أحواله...¹.

فالمحكمة العليا ترى بأنه لا عبرة بعدد الأطفال المحضونين في منح بدل الإيجار من خلال قرارها الذي جاء فيه: "وحيث أن المادة 72 من ق.أ لم تشترط وجود عددا من الأولاد المحضونين اثنين وأكثر كي تستحق الحاضنة مسكنا لتمارس الحضانة به أو مبلغا ماليا بدله زيادة على ذلك فإن اجتهاد المحكمة العليا استقر على كون الحاضنة تستحق سكنا لممارسة الحضانة أو بدل إيجار مقابله عند تعذر توفيره مهما كان عدد الأولاد المحضونين..."².

وكما يتضح من قرارها الذي اعتبر أن بدل الإيجار أو السكن عنصر من عناصر النفقة الواجب دفعها من طرف الأب للمحضون ولا يمكن أن يقترن منح بدل الإيجار بعدد الأطفال المحضونين، حيث تضمن ما يلي: "لكن حيث أن القرار المطعون فيه رفض حذف بدل الإيجار المحكوم به على أساس أن سكن المحضون أو دفع بدل الإيجار واجب شرعا وقانونا وفقا لأحكام المادة 75 من ق.أ باعتبار أن السكن أو دفع بدل الإيجار ما هو إلا عنصر من عناصر النفقات الواجب دفعها من طرف الأب للمحضون وبالإضافة للقانون لا يشترط أن الحاضنة تكون لها أكثر من طفلين ولا يحدد عدد المحضونين للحكم بتوفير سكن أو دفع بدل الإيجار لممارسة الحضانة، مما يجعل الوجه غير مؤسس"³.

كما قضت المحكمة العليا أنه لا يمكن إلزام الزوج على توفير سكن أو دفع بدل الإيجار إذا كانت الحاضنة مقيمة خارج الإقليم الوطني، وبذلك تكون قد فسرت نص المادتين 72 و78 ق.أ على أن الحكم ببديل إيجار سكن ممارسة الحضانة مقيد بممارستها في الجزائر. ويمكن الوقوف على ذلك في قرارها الذي تضمن ما يلي: "حيث أنه بخصوص الشق الثاني من الوجه المتعلق ببديل الإيجار فإنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة المجلس قضوا بإلزام الطاعن بتوفير السكن لممارسة الحضانة وفي حالة التعذر يكون ملزما بدفع بدل الإيجار بالدينار الجزائري، والحال

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2010/11/11، ملف رقم 581700، مجلة المحكمة العليا، 2011، عدد 1، ص 252.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/11/16، ملف رقم: 348956، مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد 02، ص 425.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2002/05/08، ملف رقم: 254635، نشرة القضاة، 2006، عدد 57، ص 425.

وأن الأب إذا كان ملزماً بتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة أو دفع بدل الإيجار وفقاً لنص المادتين 72 و78 ق.أ فإن ذلك مقيد بأن تمارس الحضانة في الجزائر لا في الخارج ومتى كانت الحضانة تمارس بفرنسا فإن الأب لا يكون ملزماً لا بتوفير السكن ولا ببدل الإيجار مما يجعل الوجه سديد في هذا الشق ويجب له فيه¹.

ويبدو جلياً من نص المادة 72 ق.أ أن توفير السكن من طرف الأب أو دفعه لبدل الإيجار في حالة تعذر ذلك هو مقرر قانوناً لفائدة الطفل المحضون ومصالحته وليس لفائدة الحضانة. ويظهر ذلك من استعمال المشرع الجزائري لمصطلح "لممارسة الحضانة".

وقد كان للمحكمة العليا موقف بخصوص هذه المسألة حينما قضت في أحد قراراتها بأنه لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجزة عن حكم الطلاق، حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل الإيجار، جاء في هذا القرار: "لكن حيث أن قضاة الموضوع استندوا في أسباب القرار المنتقد على أساس أن الطاعنة تنازلت عن كافة حقوقها المنجزة عن الطلاق بموجب الحكم القاضي بذلك يوم 1993/04/26 ومن ثم لا يحق لها المطالبة بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار وهو أمر صحيح بالنسبة للحقوق المتعلقة بها شخصياً لكن لا يمكن أن يمتد تنازلها فيما يخص حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار طبقاً للمادة 72 و78 من قانون الأسرة باعتبارها لصيقة بهم وعليهم فإن قضاة الموضوع بقضائهم خلاف ذلك يكونون قد أخطأوا تطبيق القانون..."².

وإذا كان واضحاً من نص المادة 72 ق.أ أن المطلقة الحضانة تبقى في بيت والد المحضون إلى غاية تنفيذه للحكم القضائي المتعلق بالسكن، فإذا وفر لها الزوج السكن الملائم لممارسة الحضانة انتقلت إلى العيش فيه مع الطفل أو الأطفال المحضونين، فإن التساؤل الذي يطرح متى يبدأ سريان مدة دفع الأب لبدل الإيجار عندما يتعذر عليه توفير سكن ملائم لممارسة الحضانة؟

الإجابة عن ذلك التساؤل تضمنها قرار المحكمة العليا الذي قضى بأنه تسري مدة بدل الإيجار من تاريخ الحكم، ويتجلى ذلك مما جاء في ذلك القرار: "حيث وعن كون تاريخ بداية

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2011/05/12، ملف رقم 622754، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 1، ص 304.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2007/04/11، ملف رقم 384529، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 02، ص 291.

استحقاق بدل الإيجار غير مذكور في القرار موضوع الطعن حسب ما احتج به الطاعن، فهذا لن يؤثر في سلامة القرار باعتبار أن الإيجار تستحقه الحاضنة ابتداء من تاريخ صدور القرار الذي وافق على إسناد الحضانة إلى الحاضنة...¹.

كما أنه ينبغي الإشارة إلى أن توفير الأب لسكن ملائم لممارسة الحضانة يغني عن دفعه لبدل الإيجار إذا رفضت الحاضنة ذلك السكن وطالبت به بدفع الإيجار، وبالتالي، فإنه ليس للحاضنة الخيار بين توفير السكن لممارسة الحضانة وبدل الإيجار، وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا الذي قضى بأن القضاء بتخيير الزوج بين تخصيص سكن للحضانة أو دفع بدل الإيجار، بالرغم من تخصيص الزوج سكنا مستقلا لممارسة الحضانة، إساءة للتطبيق السليم للقانون. حيث جاء في هذا القرار: "حيث متى قدم الطاعن أمام قضاة المجلس محضر إثبات حالة محرر تاريخ 2006/01/23 ممضي من طرف المحضر القضائي الأستاذ عكروم سعيد يوضح فيه بوجود شقة منعزلة عن عائلة الطاعن متكونة من ثلاثة غرف لها مدخل منفرد عن العائلة خصصها للمطعون ضدها وابنها، فكان على قضاة الموضوع أن يحكموا على الطاعن بتخصيص هذا المسكن للحاضنة لممارسة الحضانة بدلا من أن يخيره بتخصيص المسكن أو بدل الإيجار..."².

وقد وصفت المحكمة ذاتها في قرار سابق تخيير الزوج بين توفير مسكن أو بدل الإيجار لممارسة الحضانة بالإنتهاك للقانون، جاء فيه: "حيث أنه من المقرر قانونا وفق المادة 72 من ق.أ. يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك دل الإيجار. ولما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعنة طالبت بتخصيص سكن لممارسة الحضانة منفصل ومنفرد وقضاة الموضوع خيروا الطاعن بين توفير مسكن أو بدل الإيجار يكونون قد انتهكوا نص المادة المذكورة أعلاه وكان عليهم القضاء بالسكن إلا إذا رأوا أن ذلك يتعذر على المطعون ضده ومن ثم يجوز لهم القضاء ببدل الإيجار الأمر الذي يتعين معه القضاء بالأخذ بالوجه المثار لوجهته"³.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/01/14، ملف رقم 460137، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 01، ص 251.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/01/14، ملف رقم 474255، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 02، ص 267.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2008/10/15، ملف رقم 451303، نشرة القضاة، 2012، عدد 67، ص 252.

وقد كرست المحكمة ذاتها ذلك المبدأ حينما قضت في أحد قراراتها بأن توفير سكن ملائم للأمم لممارسة الحضانة يحول دون مطالبتها ببدل الإيجار، وقد تضمن ما يلي: "وحيث أن المادة 72 ق.أ تنص بأنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وحيث إنه لذلك يجب على قضاة المجلس التطرق إلى عرض الطاعن فيما يخص سكن ممارسة الحضانة، لأن الإلزام الأول الواقع على الطاعن المطلق هو توفير سكن لممارسة الحضانة وفي حالة تعذر ذلك عليه يتنقل الإلزام إلى بدل الإيجار ولا يحكم إلا بواحد منهما وليس له الخيار. وعليه فإن هذا الفرع مؤسس وينجر عنه نقض جزئيا القرار المطعون فيه فيما يخص بدل الإيجار المحكوم به"¹.

ولم تر المحكمة العليا أي مانع في الحكم ببدل الإيجار دون الحكم بإلزام الزوج بتوفير سكن لممارسة الحضانة إذا تبين لها أن الزوج لم يبد أي استعداد، طيلة إجراءات الدعوى، لتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة. ويتجلى ذلك في ما جاء في قرارها الذي قضى بأنه: "عن الوجهين الأول والثاني معا: المأخوذ من مخالفة القانون وتناقض قرارات صادرة في آخر درجة لارتباطهما وتكاملهما، لكن حيث إنه بالرجوع إلى القرار المؤرخ في 2005/07/09 الصادر في الدعوى التي كانت قائمة بين الطاعن والمطعون ضدها يتبين وأنه قضى فعلا بإلغاء بدل الإيجار الذي حكم به قاضي أول درجة معللا ذلك بمخالفته نص المادة 52 من قانون الإجراءات المدنية وهي المادة التي لا صلة لها ببدل الإيجار ولا حتى بقانون الأسرة ويفهم من هذا القرار وأن قضاة الموضوع كانوا يقصدون نص المادة 72 من قانون الأسرة واعتبروا أنه كان يجب على القاضي الأول أن يحكم أولا بتوفير سكن ملائما لممارسة الحضانة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وحيث إنه بالرجوع إلى أوراق الملف وإلى القرار المطعون فيه يتبين وأن قضاة الموضوع استندوا في قرارهم إلى أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وبالتالي لا يوجد سبق الفصل

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2010/09/16، ملف رقم 566381، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد 02، ص 268.

معتبرين وأن مراجعة النفقة تشمل مراجعة بدل الإيجار في حين أن المطعون ضدها لم تستفيد من بدل الإيجار حتى يمكن مراجعته.

حيث إن الاعتبارات سالفة الذكر تؤدي حتما إلى القول وأن التسبيب الذي جاء به القرار المنتقد غير قانوني وأن المحكمة العليا وعملا بنص المادة 376 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تستبدله بالقول وأنه يمكن الحكم ببدل الإيجار دون ضرورة الحكم بتوفير سكن ملائم لممارسة الحضانة إذا لم يظهر الأب أي استعداد طيلة إجراءات الدعوى لتوفير السكن الملائم لممارسة الحضانة فيمكن الحكم عليه مباشرة بدفع بدل الإيجار الذي يقدره قضاة الموضوع وفقا لسلطتهم التقديرية وعليه فلما تبين من قضية الحال وأن الطاعن لم يبد أي استعداد لتوفير سكن لممارسة الحضانة فإن الحكم عليه بدفع بدل الإيجار لا يوجد فيه لا مخالفة للقانون ولا تناقض مع القرار الذي رفض هذا الطلب أساسا لتمكينه من توفير السكن وتجنب دفع بدل الإيجار وبما أنه لم يفعل فإن قضاة الموضوع يكونون قد طبقوا صحيح القانون ولا يعد قرارهم متناقضا مع القرار الأول المؤرخ في 09/07/2005 الأمر الذي يجعل من الوجهين في غير محلهما، ويتعين رفضهما ورفض الطعن.¹

كما أنها قضت أنه ليس للقاضي إجبار الزوج على تخصيص مسكن الزوجية لممارسة الحضانة في حالة طلب الحضانة ذلك، ووضعت مبدأ يقضي بأنه يحكم للحاضنة ببدل الإيجار لأن طلب تخصيص مسكن الزوجية لممارسة الحضانة يتوقف على موافقة الزوج وقد استندت في ذلك إلى نص المادة 72 ق.أ التي لا تشترط توفير المسكن الزوجي لممارسة الحضانة ولا تنص على حق الحضانة في البقاء فيه. ويبدو ذلك من قرارها الذي جاء فيه ما يلي: "عن الوجهين معا لارتباطهما وتكاملهما والمأخوذ من انعدام الأساس القانوني ومخالفة القانون الداخلي: لكن

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ، 2016/01/06، ملف رقم 0937015، منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة العليا

حيث إن المادة 72 من قانون الأسرة تنص أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر عليه ذلك فعليه بدفع بدل الإيجار.

وحيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين من الوقائع والحديثات وأن الطاعنة ومن خلال استئنافها الفرعي طالبت بتخصيص لها مسكن الزوجية لممارسة الحضانة وأن قضاة المجلس ناقشوا طلبها وردوا عليه بأنه يخلو من التأسيس القانوني ما دام أن المطعون ضده لم يعلن موافقته على ذلك ولم يعرض عليها هذا السكن لتمارس فيه الحضانة وقضوا لها ببدل الإيجار مضيفين بأن الفصل في حق البقاء في هذا المسكن يخرج عن اختصاص قاضي شؤون الأسرة وبقضائهم بذلك لم يخالفوا نص المادة 72 من قانون الأسرة التي لا تشترط توفير المسكن الزوجي لممارسة الحضانة ولا تنص على بقاء الحاضنة بالمسكن الزوجي لممارسة الحضانة وأن قضاة المجلس قد أعطوا لقرارهم الأساس القانوني مما يجعل الوجهين غير سديدين مستوجبان الرفض. حيث بذلك يصبح الوجهان غير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن.¹

تعليقا على ما ذهبت إليه المحكمة العليا بأن الحكم على الزوج بتخصيص سكن ملائم لممارسة الحضانة يتوقف على موافقة الزوج واستعداده لتوفير السكن وإلا حكم للزوجة الحاضنة ببدل الإيجار بدلا عن الحكم بتوفير السكن، يمكن القول أن هذا التوجه لا يحقق الحماية المرجوة للأطفال المحضونين طبقا لفلسفة المشرع الجزائري الذي صادق على إتفاقية حقوق الطفل، والذي وضع العديد من الأحكام في مختلف القوانين لتوفير الحماية القانونية لهذه الفئة الهشة. فكيف يمكن للزوجة توفير سكن ببدل إيجار قد لا يمكنها من إيجار سكن ملائم لممارسة الحضانة في ظل ارتفاع أسعار الإيجار خاصة في المدن الكبرى من جهة، وما هو المكان الذي تمارس فيه الزوجة حضانة أطفالها على أكمل وجه في غياب السكن الذي ينبغي على الزوج توفيره، خاصة إذا غادرت بيت الزوجية قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية أو بعدها مباشرة وهو الأمر الشائع في قضايا الطلاق من جهة أخرى.

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2016/05/04، ملف رقم 0973124، مجلة المحكمة العليا، 2016، عدد 01، ص 155.

وفي هذه الحالة يكون الأطفال ضحية قرارات ارتجالية للأبوين الذين قررا الانفصال. وبالتالي لم يراع كل من الزوجين مصلحة أبنائه، بل رجح مصلحته على مصلحتهم. والحل لهذه المشاكل يكمن في الحد من ظاهرة الطلاق خاصة إذا كان هناك أطفال، لأن مصلحة الأطفال تكون في وجودهم في كنف والديهم.

إن الفلسفة التشريعية في هذا المجال تهدف إلى تحقيق الحماية القانونية للطفل المحضون الذي لا يتحمل تبعات انفصال أبويه المطالبين بتحمل مسؤولية رعايته وتعليمه وتربيته وحمايته صحة وخلقاً، وهي تلبي حقوق الطفل المحضون الذي يمثل إحدى فئات الأطفال التي تحتاج رعاية وحماية خاصة مثلما نصت عليه الإتفاقية. وبالتالي، فإن ما وضعه المشرع من أحكام متعلقة بالحضانة، لا سيما ما تعلق منها بتوفير سكن ملائم لممارستها رغم ما يشوبها من النقص، كفيل بتحقيق ما تضمنته هذه الإتفاقية من مبادئ وحقوق، بل يترجم بحق ما تبنته في المادة 9 فقرة 1 التي نصت على:

"1-تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا عندما تقرر السلطات المختصة، رهنا بإجراء إعادة نظر قضائية، وفقاً للقوانين والإجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى. وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة مثل حالة إساءة الوالدين معاملة الطفل أو إهماله ماله، أو عندما يعيش الوالدان منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل".

ونص المشرع في نص المادة 72 من قانون الأسرة على أنه: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

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

ويتضح من هذه المادة أنه على الأب أن يوفر سكناً ملائماً ليس من المفروض للحاضنة وإنما للمحضون وإن تعذر عليه ذلك فيلتزم بدفع بدل الإيجار. وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 11 أبريل 2007 الذي وضع المبدأ التالي: "لا يشمل تنازل الأم عن جميع حقوقها المنجزة عن حكم الطلاق، حقوق المحضونين في تهيئة مسكن لممارسة الحضانة أو الحصول على بدل

الإيجار"¹. وتسري مدة بدل الإيجار من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة حسب ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 14 جانفي 2009².

ولعل ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 16 سبتمبر 2010 يؤكد عدم الخيار بين توفير السكن لممارسة الحضانة وبدل الإيجار والذي كرس المبدأ التالي:

"توفير سكن ملائم للأُم، لممارسة الحضانة، يحول دون مطالبتها وبدل الإيجار"³.

وقد كان المبدأ الذي جاء به قرار المحكمة العليا بتاريخ 14 جانفي 2009 أكثر وضوحاً ودقة:

"القضاء بتخيير الزوج بين تخصيص سكن للحضانة أو دفع بدل الإيجار، بالرغم من تخصيص الزوج سكناً مستقلاً لممارسة الحضانة، إساءة للتطبيق السليم للقانون"⁴.

من بين المسائل المتعلقة بالطلاق بالإرادة المنفردة التي أولاها المشرع الأسري أهمية بالغة وخصها ببعض الأحكام في قانون الأسرة النزاع في متاع البيت، يتعين علينا البحث فيه.

الفرع الثالث

النزاع على متاع البيت

قبل دراسة الأحكام الفقهية والقانونية التي تضمنت حلولاً للنزاعات في متاع البيت بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر لا بد من تعريف متاع البيت. فالمتاع لغة، هو السلعة وهو المنفعة وما تمتعت به⁵. والمتاع في اللغة كل ما ينتفع به كالطعام وأثاث البيت وأثل المتاع ما يتبلغ به من الزاد⁶، وهو كذلك المال والأثاث والجمع أمتعة¹. وقال الأزهري: "فأما المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به ويتبلغ به ويتزود والفناء يأتي عليه في الدنيا"².

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 11/04/2007، ملف رقم 384529، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 02، ص 291.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 14/01/2009، ملف رقم 460137، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 01، ص 251.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16/09/2010، ملف رقم 566381، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد 02، ص 268.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 14/01/2009، ملف رقم 474255، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 02، ص 267.

⁵ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص 256.

⁶ أحمد بن محمد بن علي بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص 214.

والمقصود كذلك بالمتاع الذي يختلف عليه الزوجان كل شيء يملكه الإنسان ويتنفع به، ويطلب به سواء كان يخص الرجال أم النساء، سواء امتلكنه المرأة أو الرجل³ ويقصد بمتاع البيت اسم جمع للأدوات والأواني التي تستخدم في الدار من فرش وبساط وأرائك وتلفاز وغيرها⁴، وهو عادة كل ما يوجد داخل بيت الزوجية مما ينتفع به عادة، كأدوات المطبخ والأفرشة والأغطية والملابس وأجهزة التسخين والتحف الفنية والكتب وأدوات التجميل، وأدوات الحرفة التي يمارسها أحد الطرفين وهما معا داخل بيت الزوجية أو خارجه⁵.

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد محاولا تعريف متاع البيت أمام عدم وضع قانون الأسرة تعريفا له "أنه مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصصة للإستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة، كالأفرشة والأغطية وجهاز التلفزيون والبراد والكراسي والأرائك وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل وقاعة الجلوس وغرفة النوم. واستثنى من متاع البيت كل ما لا يدخل ضمن الإستعمال المشترك ويخص الزوجة وحدها مثل المصوغات والملبوسات الشخصية وأدوات الزينة، أو يخص الزوج وحده كالكتب والأدوات المستعملة لممارسة المهنة. وهو يرى أنه لا يمكن إدخالها ضمن متاع البيت حتى في حالة وجودها في بيت الزوجية، وهو يرى كذلك أنه لا يجوز تطبيق المادة 73 من ق.أ. بشأنها، بل ينبغي الرجوع إلى وسائل الإثبات التي نص عليه القانون المدني⁶.

طبقا للمادة 4 من ق.أ، فإن عقد الزواج يجمع بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة، وعلى هذا الأساس

¹ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان...، المرجع السابق، م8، ص 333.

² المرجع نفسه، ص 329.

³ أنظر، ياسين رشيد عمر الزبياري، الإختلاف بين الزوجين في متاع المنزل، ط1، دار دجلة ناشرون وموزعون، عمان، الأردن، 2009، ص 32.

⁴ أنظر، قيس عبد الوهاب الحيايلى، ملكية أثاث بيت الزوجية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 53.

⁵ محمد الكشيور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 561.

⁶ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص 148، 149.

يقيم الزوجان في بيت سواء كان مع العائلة أو كان منفردا، ويسهران على تجهيزه وتأثيثه بما يحتاجان إليه من فراش وكراسي ومعدات كالتلفاز وآلة الغسيل وغيرها. وقد تساهم الزوجة سواء كانت عاملة أم مأكثة بالبيت مع زوجها في ذلك، كما أنها تأتي بجهازها بعد عقد قرانها. ومن الطبيعي أنه أثناء قيام الرابطة الزوجية يتم شراء ما يحتاج إليه الزوجان من ألبسة أو حلي وأدوات الزينة، وي بذل كل زوج جهده من أجل بناء بيت فيه كل متطلبات الحيات الكريمة وبناء أسرة قوامها المودة والسكينة، وعادة ما يكون ذلك دون إعارة أدنى اهتمام لضرورة إثبات كل ما يتم اقتناؤه بوسائل الإثبات كالفواتير والوصلات بفعل عامل الثقة بين الزوجين.

غير أنه بعد نشوب الخلافات وإصرار الزوج على طلاق زوجته بإرادته المنفردة أو الزوجة على مخالعة نفسها يطفو إلى السطح نزاع بينهما حول متاع البيت، الأمر الذي يتطلب تدخل القاضي لحسم ذلك النزاع. ونظرا للتعقيدات التي يتميز بها هذا النزاع بسبب إنكار أحد الزوجين وجود المتاع المتنازع عليه أصلا في غياب الدليل الذي يثبت وجوده، أو إدعاء أحد الزوجين ملكيته بدون أن يقيم البينة على ذلك، وضع المشرع بيد القاضي وسائل تمكنه من حل النزاعات التي تعرض عليه بهذا الخصوص. وعلى هذا الأساس ينبغي أولا عرض موقف الفقه الإسلامي من النزاع في متاع البيت ثم دراسة الحلول التي تضمنها قانون الأسرة لمثل هذا النوع من النزاعات مع الاستئناس بموقف القضاء.

فمن زاوية الفقه الإسلامي، كان النزاع حول متاع البيت أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها بالوفاة أو الطلاق من المسائل التي تطرق لها الفقهاء، وكانت موضع اختلاف بينهم، إذ رأى الإمام الشافعي أنه إذا اختلف الرجل أو المرأة في متاع البيت سواء كان ذلك أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها بالطلاق أو الموت أو اختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته، فإن كل منهما يحلف للآخر، فإذا حلفا جميع فإنهما يتقاسمان المتاع بينهما مناصفة. ويعلل الإمام الشافعي

ذلك بأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك، كما قد تملك المرأة متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك¹.

بينما ذهب الإمام مالك إلى القول أنه إذا اختلف الزوجان سواء كان ذلك أثناء الزواج أو بعد انحلاله بالطلاق أو الموت حول متاع البيت فإن للمرأة ما كان يعرف أنه من متاع النساء وللرجل ما كان يعرف أنه من متاع الرجال. أما ما كان يعرف أنه من متاع الرجال والنساء فهو كذلك للرجل، وإذا أقام الرجل البيعة على أنه اشترى ما كان من متاع النساء وأقام اليمين على أنه اشتراه لنفسه ولم يشتره لها، فهو له ما لم يكن للمرأة أو ورثتها بيعة على أنه اشتراه لها. وإذا أقامت الزوجة البيعة على أنها اشترت ما كان في البيت من متاع الرجال فهو لها، وجعل الإمام مالك ورثة الزوج في منزلة الزوج في اليمين والبيعة، وورثة الزوجة في منزلة الزوجة في اليمين والبيعة².

وقد جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: "وإن تنازع الزوجان قبل البناء أو بعده في متاع البيت أي الكائن فيه فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين كالحلي وما يناسبها من الملابس ونحوها إن لم يكن في حوز الرجل الخاص به ولم تكن فقيرة معروفة به وإلا فلا يقبل قولها فيما زاد

¹ جاء في الام: "أخبرنا الربيع بن سليمان قال (قال الشافعي) رحمه الله تعالى إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان وقد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا أو مات أحدهما فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته فذلك كله سواء والمتاع إذا كانا ساكني البيت في أيديهما معا فالظاهر أنه في أيديهما كما تكون الدار في أيديهما أو في يد رجلين فيحلف كل واحد منهما لصاحبه على دعواه فإن حلفا جميعا فالتناع بينهما نصفان لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك فلما كان هذا ممكنا وكان المتاع في أيديهما لم يجز أن يحكم فيه إلا بهذا لكيثونة الشئ في أيديهما"، الشافعي، الأم، شركة الطباعة الفنية، ج5، ص 95.

² جاء في المدونة الكبرى: "قلت رأيت إذا تنازعا في متاع البيت الرجل والمرأة جميعا وقد طلقها أو لم يطلقها أو ماتت أو مات هو؟ قال: قال مالك: ما كان يعرف أنه من متاع الرجال فهو للرجل وما كان يعرف أنه من متاع النساء فهو للنساء، وما كان يعرف أنه من متاع الرجال والنساء فهو للرجل، لأن البيت هو بيت الرجل، وما كان من متاع النساء ولي شراه الرجل وله بذلك بيعة فهو له ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو أنه ما اشتراه لها وما اشتراه إلا لنفسه ويكون أحق به، إلا أن تكون لها بيعة أو لورثتها أنه اشتراه لها. قلت رأيت ما كان في البيت من متاع الرجال أقامت المرأة البيعة أنها اشترته؟ قال: قال مالك: هو لها. قلت: وورثتها في اليمين والبيعة بمنزلتها؟ قال: نعم... قلت: وورثة الرجل بهذه المنزلة؟ قال نعم."، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة...، المرجع السابق، ص 187.

على صداقتها وإلا يكن معتادا للنساء فقط بل للرجال فقط أو للرجال والنساء معا كالطشت وسائر الأواني فله أي فالقول فيه للرجل بيمين¹.

ويرى أبو حنيفة أنه إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما كان للنساء كالدرع والخمار فهو للمرأة وما كان للرجال كالسلاح والقلنسوة فهو للرجل، وما كان للرجال والنساء كالخادم والشاة والفرش فهو للرجل إذا كانا حيين. أما إذا مات أحدهما واختلف الحي منهما مع ورثة الميت فأيا كان المتاع، فهو للباقي منهما. بينما يرى محمد أن ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل إن كان حيا ولورثته إذا كان ميتا. وخلافا لذلك، رأى أبو يوسف أن المرأة تعطى جهاز مثلها والباقي للرجل، أما زفر فقال أن المتاع بينهما نصفان إذا لم تكن لأحدهما بينة².

ويرى ابن حزم أنه إذا تنازع الزوجان في متاع البيت في حال الزوجية أو بعد الطلاق، أو تنازع أحدهما مع ورثة الآخر بعد الموت، أو ورثتهما جميعا بعد موتهما فكل ذلك بينهما مع أيماهما، أو يمين الباقي منهما، أو ورثة الميت منهما، أو أيما ورثتهما معا، سواء كان ذلك السلاح، أو الحلبي، وما لا يصلح إلا للرجال، أو إلا للنساء، أو للرجال والنساء، إلا ما على ظهر كل واحد منهما فهو له مع يمينه. وقد أشار إلى اختلاف السلف في مسألة النزاع في متاع البيت وذكر تسعة أقوال، وقد ذكر أن أبي حنيفة قال أنهما كان من متاع الرجال فهو للرجل مع يمينه،

¹ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 336.

² جاء في المبسوط: "وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما كان للنساء كالدرع والخمار والمغازل وما أشبه ذلك فهو للمرأة وما كان للرجال كالسلاح والقباء والقلنسوة والمنطقة والطيلسان والسرراويل والفرس فهو للرجل وما كان للرجال والنساء كالخادم والعبد والشاة والفرش فهو للرجل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى إن كانا حيين، وإن مات أحدهما ووقع الاختلاف بين الحي منها وورثة الميت فهو للباقي منهما أيهما كان وقال محمد رحمه الله تعالى: ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل إن كان حيا ولورثته إن كان ميتا وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى تعطى المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل، استحسن ذلك، وقال ابن أبي ليلى: ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حيا ولورثته إن كان ميتا وإنما لها ما يصلح للنساء خاصة. وعلى قول ابن شرملة المتاع كله للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنها. وقال زفر رحمه الله تعالى المتاع بينهما نصفان إذا لم تقم لواحد منهما بينة وهو قول مالك رحمه الله تعالى وأحد أقاويل الشافعي رضي الله تعالى عنه وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول الحسن البصري إن كان البيت بيت المرأة فالتناع كله لها إلا ما على الزوج من ثياب بدنه، وإن كان البيت بيت الزوج فالتناع كله له؛ لأن يد صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره؛ ولأن المرأة ساكنة البيت"، شمس الدين السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج5، ص 213-214.

وما كان من متاع النساء فهو للمرأة مع يمينها في الفرقة والموت، وما صلح للرجال والنساء فهو للرجل مع يمينه في الفرقة، وهو للباقي منهما أيهما كان¹.

مما سبق ذكره، يمكن القول أن ما ذهب إليه الفقهاء القائلون بأنه في حالة النزاع على متاع البيت فإن المعتاد أو ما كان للنساء فهو للمرأة مع اليمين، والمعتاد أو ما كان للرجال فهو للرجل مع اليمين، هو الأرجح والأنسب لتحقيق العدالة بين المتنازعين. ولقد أحسن المشرع الجزائري صنيعا حينما نص في المادة 73 ق.أ على أنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين". وقد أدرج هذا النص ضمن الفصل الثاني تحت عنوان آثار الطلاق من الباب الثاني الذي خصصه لانحلال الزواج.

من خلال استقراء هذا النص، يمكن القول أنه يتعلق بالنزاع في متاع البيت الموجود بينة أو بدون بينة، لأنه يجب التمييز بين حالتين: إما أن ينكر أحد الزوجين وجود المتاع وبالتالي يكون النزاع حول وجود المتاع، وإما أن يكون النزاع حول ملكية متاع البيت الموجود.

ففي حالة النزاع حول وجود متاع البيت وأنكر أحد الزوجين وجوده، فإن القاضي يطبق القاعدة العامة للإثبات التي تقضي بأن "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر". فإذا ادعت المرأة وجود المتاع فعليها إقامة البينة على ذلك وتكون البينة بكل الطرق الجائزة قانونا كتقديم فواتير ووصولات شراء المتاع المتنازع عنه أو شهادة الشهود. وإذا أقر الزوج بذلك، فإن الإقرار يحسم النزاع. أما إذا لم تقدم الدليل، فإن القاضي يوجه اليمين إلى المدعى عليه، فإذا حلف حكم القاضي لصالحه أما إذا نكل خسر الدعوى².

¹ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ص 312-314.

² أنظر، بن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين دراسة مقارنة نقدية تحليلية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2012، ص 70-71.

ففي حالة النزاع حول وجود المتاع تطبق القاعدة المذكورة أعلاه وليس ما جاءت به المادة 73 من ق.أ. وهو ما يمكن الوقوف عليه من خلال قرار المحكمة العليا الذي تضمن ما يلي: "بدعوى أن الطاعن قد أنكر من أول يوم حيازته للأمتعة والمصوغ الذي تدعيه المطعون ضدها وأنه طلب الإستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها ولكن المجلس قد وجه لها اليمين المتممة. حيث أنه بالفعل فإن الطاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواها والتمس الاستماع إلى شهادة ابنها وأن قضاة الموضوع لم يجيبوا على ذلك وبادروا بتوجيه اليمين للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ. حيث أن المادة 73 من ق.أ لا تمنح أي طرف توجيه اليمين إليه قبل التأكد من وجود ما يدعيه أولاً ثم تأتي مرحلة اليمين بعد ذلك عند عجز أحد الطرفين عن إثبات ما يدعيه وإن الاكتفاء بأداء اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسيب وخرقا واضحا لقواعد الإثبات الأمر الذي جعل قضاة الموضوع يعرضون قرارهم للنقض جزئيا فيما يخص الأثاث والمصوغ".

وكذلك من قرار آخر للمحكمة ذاتها الذي قضى بما يلي: "حيث وأنه في حالة إنكار وجود الأمتعة المطالب بها عند أحد الزوجين ستطبق القاعدة العامة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" وليس المادة 73 من قانون الأسرة التي تطبق عندما النزاع يدور حول ملكية الأمتعة المطالب بها وبذلك فقضاة الإستئناف قد أصابوا لما حكموا بأن قاضي الدرجة الأولى بتوجيه اليمين للمدعية قد خالف العامة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" باعتبار أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها ولكن كان على قضاة الموضوع تطبيق هذه القاعدة العامة وتوجيه اليمين للمدعى عليه عوضا عن رفض الدعوى في الحال الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس".

ويبدو استقرار المحكمة العليا على ذلك المبدأ جليا في قرارها الذي قضى بأنه: "والذي جاء فيه أن الطاعنة تقدمت أمام المحكمة بقائمة للمطالبة بأغراضها الشخصية والمتمثلة في لباسها ومتاعها، وهي من المعتاد للنساء فإذا وقع خلاف بين الزوجين فإن المادة 73 من قانون الأسرة

هي الواجبة التطبيق بعد أداء الزوجة اليمين وليس تطبيق القاعدة العامة التي تقضي بأن اليمين على من ادعى، إذ أن قانون الأسرة هو قانون خاص، وقضاة الإستئناف بتوجيه اليمين للمطعون ضده قد جانبوا الصواب.

لكن حيث إن تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة يستلزم أن يكون المتنازع محل النزاع موجوداً، بينما الطاعنة تدعي أنها تركته بيت الزوجية، بينما أنكر المطعون ضده ذلك، ولذلك فإن القاعدة العامة في الإثبات هي التي تطبق والتي تقضي بأن البينة على المدعي -أي الطاعنة- واليمين على من أنكر -أي المطعون ضده-.

وهذا ما قضى به القرار محل الطعن لما وجه اليمين القانونية للمطعون ضده. وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه¹.

وكذلك في قرارها الذي تضمن ما يلي: "حيث بالفعل، بالرجوع إلى القرار المطعون فيه وإلى الحكم المستأنف، يتبين منهما وأن القرار المطعون فيه اعتمد في قضاؤه في مسألة المصوغ وأن عدم رد الطاعن على عريضة الإستئناف يعد بمثابة إقرار ضمني بحيازته للأمتعة والمصوغ، في حين اعتبر الحكم المستأنف عدم حضور المطعون ضدها لمناقشة الأغراض يعد بمثابة عدم الإثبات، في حين كان في جميع الأحوال تطبيق القاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، ولما لم تطبق هذه القاعدة في مواجهة الطرفين يتعين نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص الأغراض والمصوغ".

من خلال الإطلاع على بعض الأحكام والقرارات القضائية يبدو أن هناك اختلاف بين القضاة حول مسألة مكان أداء اليمين، فقد يقضي قاض بأدائها بجلسة تحدد لذلك بالمحكمة أو المجلس القضائي بحضور الطرفين، بينما قد يقضي قاض آخر بأدائها بالمسجد بعد صلاة الجمعة بحضور الطرفين. ومكان أداء اليمين لا يؤثر في مجرى النزاع باعتباره من الإجراءات الشكلية لأن العبرة في ذلك في مدى شعور مؤديها بخطورة اليمين وعواقبها في حالة الكذب² رغم أن أداء اليمين بالمسجد من شأنه أن يثني الحالف عن الكذب نظراً لقدسية المسجد والإحترام الذي يحظى

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2011/12/08، ملف رقم 666627، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص 250.

² أنظر، حفصية دونة، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015، ص 66.

به الإمام وذلك بالرغم من نقص الوازع الديني عند البعض¹. وهذا الاختلاف في مكان أداء اليمين يتعلق باليمين التي تؤدي بموجب القاعدة العامة للإثبات البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، كما يتعلق باليمين التي تؤدي بموجب المادة 73 من ق.أ.

وباستقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي وضعت أحكام تبين للقاضي كيفية أداء اليمين يتضح أن المشرع ترك للقاضي سلطة تحديد اليوم والساعة والمكان الذي تؤدي فيه اليمين والصيغة التي تؤدي بها بموجب المادة 191 من ق.إ.م.إ². كما أنه نص على أنه تؤدي اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيا بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي بحضور أمين الضبط أو المحضر القضائي الذي يحرر محضرا عن ذلك في المادة 193 من ق.إ.م.إ³. وبالتالي، إذا حدد القاضي مكان أداء اليمين بالجلسة أو بالمسجد، فإنه بذلك لا يخالف أي قاعدة جوهرية في الإجراءات، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي قضى بما يلي: "والذي جاء فيه بأن القرار محل الطعن قضى بأن تكون اليمين القانونية بالمسجد، غير أن اليمين القانونية وعند أدائها يجب أن تؤدي أمام القاضي وبالمجلس لمراقبة صحة أدائها.

لكن حيث إن المادة 193 من ق.إ.م.إ تنص على أنه تؤدي اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيا بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي... وبالتالي فإن القرار المطعون فيه لما نص على أداء اليمين القانونية من قبل المطعون ضده بالمسجد الكبير بسيدي بلعباس لم يخالف أية

¹ يرى الدكتور بلحاج العربي أنه عندما يكلف القاضي أحد الزوجين بأداء اليمين الحاسمة يجب عليه أن يراعي شخصية كل منهما، و ظروف وملايسات كل قضية على حدة حينما اعتبر رأي الأستاذ عبد العزيز سعد الذي يرى بأن اليمين لم تعد تأتي بثمارها اليوم، خاصة بعد اندفاع أفراد المجتمع الجزائري نحو ماديات الحياة، وضعف الوازع الديني وانعدام التربية الأخلاقية داخل الأسرة رأيا صائبا، بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 395.

² تنص المادة 191 من ق.إ.م.إ على أنه: "يحدد القاضي اليوم والساعة والمكان الذي تؤدي فيه اليمين.

يحدد القاضي الصيغة التي تؤدي بها اليمين، وينبه الخصوم إلى ما يترتب من عقوبات جزائية على اليمين الكاذبة.

³ تنص المادة 193 من ق.إ.م.إ على أنه: "تؤدي اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيا بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي، وإذا برر استحالة التنقل يمكنه أداءها إما أمام قاض منتدب لهذا الغرض، ينتقل إلى مكان تواجده بحضور أمين الضبط، وإما أمام المحكمة الموجود بدائرة اختصاصها محل إقامته.

تؤدي اليمين حسب الحالة، بحضور أمين الضبط أو المحضر القضائي الذي يحرر محضرا عن ذلك، وفي جميع الحالات، تؤدي بحضور الخصم الآخر أو بعد صحة تـبـلـيـغـه."

قاعدة جوهرية في الإجراءات كما جاء في الوجه. وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ويرفض الطعن"¹.

أما إذا لم يحدد الحكم القاضي باليمين يوم وساعة ومكان أداء اليمين، فلا يمي من الخصمين الحق في استصدار أمر على عريضة من القاضي لتحديد اليوم والساعة ومكان أدائها، حسبما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الذي قضى بأنه: "...وهذا فضلا على أن تحديد جلسة أداء اليمين لا يحتاج لإقامة دعوى وإنما يمكن مواجهته بأمر على عريضة فقط..."².

أما في حالة النزاع حول ملكية متاع البيت الموجود، فإنه يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: النزاع حول ملكية متاع البيت في وجود البينة على ملكيته:

إذا أقام أحد الزوجين البينة على أن متاع البيت المتنازع عليه ملك له، فإن القاضي يصدر حكما لصالحه بناء على الدليل أو البينة التي قدمها دون توجيه اليمين له، سواء كان المتاع معتادا للنساء أو الرجال أو معتادا للرجال والنساء³. ويتجسد ذلك في قرار المحكمة العليا الذي تضمن ما يلي: "وحيث إنه بمراجعة الحكم الصادر عن أول درجة وكذا القرار المؤيد له المطعون فيه يتبين وأن قضاة الموضوع أبرزوا أن الطاعن كان يطالب بحذف بعض الأثاث من القائمة المقدمة من طرف المطعون ضدها بدعوى أنه ملك له، كما أوضحوا أن المطعون ضدها قدمت وصلات تخص ملكيتها للأثاث المتنازع عليه وعليه فلما تبين لهم أن للزوجة بينة تتمثل في وصلات تخص الأثاث المتنازع عليه فإن ما انتهوا إليه من إلزام الطاعن بتمكين المطعون ضدها من المتاع المتنازع عليه مستنديين في ذلك إلى نص المادة 73 من قانون الأسرة قد التزموا صحيح القانون وأعطوا لقرارهم التسبب الكافي مما يتعين معه التصريح برفض الوجهين معا لعدم سدادهما ورفض الطعن".

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2011/12/08، ملف رقم 666627، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01، ص 250، 251.

² المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2017/05/03، ملف رقم 1072148، مجلة المحكمة العليا، 2017، عدد 1، ص 187.

³ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 76؛ بوخاتم أسية، المرجع السابق، ص 421-422.

الحالة الثانية: النزاع حول ملكية متاع البيت في عدم وجود البينة على ملكيته:

أما إذا تنازع الزوجان أو ورثتهما في متاع البيت ولم يتم كل منهما البينة والدليل على ملكيته لذلك المتاع، فإن القاضي يلجأ إلى تطبيق أحكام المادة 73 من ق.أ.أ. تبني المشرع في ذلك قول من شهد له الظاهر بيمينه، فما يكون صالحا لاستعمال الرجل فهو للرجل وما يكون صالحا لاستعمال المرأة فالقول فيه للزوجة مع يمينها¹. ويشترط لتطبيق المادة 73 من ق.أ.أ. أن يكون موضوع النزاع القائم بين الزوجين شيء من متاع البيت حقيقة، وأن يكون سبب النزاع منصبا على حق أحدهما في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له. كما يشترط ألا يكون للمدعي منها حجة أو دليل على ما يدعيه²، وقد ميزت أحكام المادة 73 من ق.أ.أ. بين ثلاثة حالات تبعا لكل نوع من متاع البيت:

إذا كان المتاع المتنازع عليه من المعتاد للنساء كالمصوغ³ والحلي والألبسة النسائية، فإن القاضي يحكم بها للمرأة بعد توجيه اليمين لها، ويخضع تحديد ما إذا كان المتاع معتادا للنساء لتقدير القاضي، فإذا كانت الزوجة تمارس مهنة الخياطة مثلا فإن آلات الخياطة ووسائلها من قماش وغيره فهي ملك للزوجة مع آدائها اليمين⁴.

أما إذا كان المتاع المتنازع عليه من المعتاد للرجال، فإن القول قول الزوج مع اليمين له، بينما إذا كان المتاع المتنازع عليه من المعتاد للرجال والنساء، فإنهما يقتسمانه مع اليمين. وقد اعتبرت المحكمة العليا في أحد قراراتها أن جهاز التلفاز والمقياس الذهبي والراديو من الأمتعة المشتركة بين الزوجين، إذ جاء فيه أن: " بدعوى أن القرار المنتقد قد أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء

¹ لو عيل محمد الأمين، المرجع السابق، ص 161-162.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه...، المرجع السابق، ص 150.

³ قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه: " يعتبر المصوغ من متاع البيت ومن المعتاد للنساء."، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/02/21، ملف رقم 256672، المجلة القضائية، 2001، عدد 2، ص 304.

⁴ بن عائشة لخضر، المرجع السابق، ص 72.

اليمن بشأن أمتعتها، ومع ذلك فقد استثنى المقياس الذهبي وجهاز التلفزيون والراديو، مخالفًا بذلك المادة 73 من قانون الأسرة.

حيث أنه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد بأن الطاعنة لم تقدم الدليل على المقياس الذهبي دون أن يذكر أن المطعون ضده هو الذي قدم الدليل بشأنه، وفي حالة إنكاره له عليه أن يؤدي يمين النفي تطبيقًا لقاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، إضافة إلى أن القرار المنتقد قد اعتبر أن جهاز التلفزيون والراديو لم تقدم بشأنهما الطاعنة أي دليل مع أنهما يعتبران من الأمتعة المشتركة يملكان بشأنهما مع ويقتسمانها طبقًا للمادة 73 من قانون الأسرة¹.

وعموماً، فإن تحديد ما هو ملك للزوج عادة وعرفاً، وما هو ملك للزوجة عادة وعرفاً لا يخضع لمعيار محدد ومتفق عليه، بل هو مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع².

وإضافة إلى ذلك، فإن المحكمة العليا رأت أن تقدير مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار وليس إلى القضاة في أحد قراراتها الذي قضى بأنه: "حيث أنه بالفعل فالقرار المنتقد قد أيد الحكم المستأنف القاضي على الطاعن بدفع مبالغ مالية مقابل أمتعة المطعون ضدها، مع أن تقدير مبلغ الأمتعة هي مسألة فنية يرجع فيها إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار، خصوصاً عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس"³.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/04/21، ملف رقم 189245، الإجتهد القضائي لغرفة شؤون الأسرة، 2001، عدد خاص، ص 243.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه...، المرجع السابق، ص 149.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/04/21، ملف رقم 189245، الإجتهد القضائي لغرفة شؤون الأسرة، 2001، عدد خاص، ص 249.

وتتقادم دعوى المطالبة بالمتاع بمرور 15 سنة من تاريخ الحكم بالطلاق طبقاً لأحد قرارات المحكمة العليا¹.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2010/11/11، ملف رقم 582154، مجلة المحكمة العليا، 2011، عدد 01، ص 255.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة التي تناولت موضوع الطلاق بالإرادة المنفردة في القانون الجزائري، يلاحظ أن المشرع الأسري منح للزوج الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة مقابل منحه للزوجة الحق في مخالعة نفسها بمقابل مالي دون موافقة الزوج.

وتلعب الإرادة المنفردة في هاتين الصورتين دورا بارزا ومحوريا في إيقاع الطلاق رغم تنصيب المشرع الأسري على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي. إذ أنه بالرغم من إشراف القضاء على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق الخلعي، فإن دور القاضي يقتصر في الصورة الأولى على تقدير جدية الأسباب التي ساقها الزوج لتبرير إقدامه على طلاق زوجته، فإذا خلص إلى عدم جدية تلك الأسباب وعدم تبريرها لهذا الطلاق وكيف هذا الطلاق على أنه طلاق تعسفي، وبالنتيجة يترتب عليه حكمه للزوجة بالتعويض.

أما فيما يخص الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية فإن إصرار الزوج على الطلاق يؤدي إلى استجابة القاضي لطلبه حتى في غياب الأسباب، وبالمقابل فإن دور القاضي في الطلاق الخلعي يقتصر على تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الزوجين عليه بصداد المثل وقت صدور الحكم بعد استيفاء الدعوى لجميع شروطها، وإذا أصرت الزوجة على طلبها خلع زوجها لا يملك القاضي إلا الإستجابة له.

وبالتالي، يبدو بوضوح أن المشرع حاول تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في هاتين الصورتين من صور الطلاق التي تبناها في قانون الأسرة، فأصبحت الإرادة المنفردة للزوج في الطلاق حقا له يقابله حق الزوجة في الطلاق بالإرادة المنفردة بواسطة الطلاق الخلعي. وهذا كله يدخل في مساعيه لتنفيذ إلتزاماته الدولية الناتجة عن مصادقته على اتفاقية سيداو ولو بتحفظات، التي تفرض على الدول الأعضاء تكييف تشريعاتها الوطنية بما يتماشى وأهدافها.

وألزم المشرع القاضي بالقيام بإجراء محاولات الصلح قبل الفصل في موضوع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر من رفع الدعوى في محاولة لرأب الصدع بين الزوجين. غير أنه بالرغم من إحاطة هذا الإجراء بجملة من الأحكام في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا أن النتائج على أرض الواقع. كما ظهر في هذه الدراسة، أثبتت محدودية هذا الإجراء مما يدفع إلى البحث عن آليات أخرى للصلح أكثر نجاعة.

وأكثر من ذلك، فإن المشرع قيد الإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق بجملة من القواعد القانونية الإجرائية التي ينبغي على الزوج أو الزوجة أن يتقيد بها في دعواه، فمتى استوفت الدعوى جميع الشروط التي يفرضها القانون وقام طالب الطلاق، بعد فشل محاولات الصلح، بجميع الإجراءات القانونية ينتقل القاضي إلى النظر في موضوع الدعوى ليتوج سير الدعوى في نهاية المطاف بحكم قضائي يقضي بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة سواء كان بإرادة الزوج المنفردة أو كان طلاقاً خلعياً بطلب من الزوجة. ويكون هذا الحكم غير قابل للإستئناف ما عدا في جوانبه المادية، ويكون قابلاً للمعارضة والطعن بالنقض.

ويلاحظ على القواعد الإجرائية التي تنظم دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة عدم الإنسجام مع خصوصيات المسائل الأسرية، لأن هذه القواعد وضعت لجميع الدعاوى المدنية، وبالتالي حبذا لو قام المشرع بوضع قانون إجراءات خاص فقط بشؤون الأسرة.

يترتب على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في حالة تعسفه تعويض الزوجة، كما يترتب على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة عن طريق الخلع بذلها للزوج عوض الخلع، إضافة إلى ذلك تترتب على الطلاق بالإرادة المنفردة آثار شخصية تتمثل في العدة والحضانة، وآثار مالية تتمثل في نفقة الإهمال التي ذهب القضاء بعدم أحقية الزوجة المخالعة فيها، ونفقة العدة.

وقد حاول المشرع توفير الحماية للأطفال، الذين يكونون في سن الحضانة المحدد قانونا بعد وقوع الطلاق، بتنظيم مسألة الحضانة بتحديد شروطها، وترتيب من لهم الحق في ممارستها، وحالات سقوطها وكيفية عودتها، بالإضافة إلى نصه على ضرورة توفير الزوج سكن لائق لممارستها، وفي حالة تعذر ذلك عليه يفرض القانون عليه بدل إيجار للحاضنة، كما يفرض عليه الإنفاق على أطفاله المحضونين.

والملاحظ على الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة بخصوص مسألة الحضانة أنها تنسجم وتتناغم إلى حد كبير مع أحكام الشريعة الإسلامية ومع ما تمليه اتفاقية نيويورك لحقوق الطفل بالرغم من بعض الاختلافات مع هذه الأخيرة لا سيما في مسألة حرية الطفل في اختيار أي دين وفقا لمنظور هذه الإتفاقية على نقيض ما ذهب إليه المشرع من فرضه على الحاضنة تربية الطفل على دين أبيه.

وقد ثبت من هذه الدراسة أن المشرع حاول تكيف الطلاق بالإرادة المنفردة في قانون الأسرة مع أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه لم يوفق في مسعاه إذ أفرزت الأحكام المنظمة لهذا النوع من الطلاق اختلالات وتناقضات مع الأحكام الشرعية، ناهيك عن تنظيم المشرع لمسألة من الأهمية بمكان بنصوص مقتضبة يشوب بعضها الغموض الأمر الذي جعل من تدخل القضاء لتفسيرها في إطار فصله في النزاعات المعروضة عليه حتمية لا مفر منها. ومن بين الملاحظات التي يمكن إبدائها على سبيل الذكر لا الحصر بخصوص كيفية تنظيم المشرع لمسألة الطلاق بالإرادة المنفردة وما يترتب عنها من آثار ما يلي:

- عدم اعتراف المشرع بالطلاق اللفظي الذي يقع خارج أروقة المحاكم والذي قد يكون موافقا للطلاق الشرعي، ويترتب على ذلك عدة اختلالات أهمها:

تلفظ الزوج بالطلاق يقع شرعا إذا توفرت فيه جميع الشروط التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية، ولا يقع قانونا إلا بموجب حكم قضائي بعد رفع الزوج للدعوى، وشرعا تحسب هذه الطلقة، أما قانونا فلا تحسب إلا بصدور الحكم القضائي من جهة. ومن جهة أخرى إذا تلفظ الزوج بالطلاق، فإن الصلح لا طائلة منه ما دام أن الطلاق وقع شرعا، أضف إلى ذلك مسألة ازدواجية العدة التي تبرز نتيجة لهذه الإختلالات.

لم يعترف المشرع بالطلاق الرجعي، ورتب المشرع على الطلاق توارث الزوجين إذا توفي أحدهما أثناء العدة رغم أن الطلاق الذي يقع قانونا هو طلاق بائن، خلافا لما أجمع عليه الفقه الإسلامي من أن توارث الزوجين يكون فقط إذا توفي أحدهما أثناء العدة من طلاق رجعي.

-تنظيم المشرع للطلاق الخلعي في مادة وحيدة لم تحط بجميع الجوانب المتعلقة بهذا النوع من الطلاق لذلك حبذا لو قام المشرع بالتفصيل في مواد أخرى في المسائل التالية: هل الخلع فسخ أم طلاق بائن؟، مسألة مخالعة الزوجة القاصرة، ومن الذي يقدم بدل الخلع هل هي أم وليها، مصير الخلع وبدله إذا كان الخلع نتيجة لإكراه وإضرار الزوج للزوجة، مسألة سقوط حقوق الزوجة بالخلع من عدمه، إعادة صياغة المادة 54 من ق.أ بالرجوع إلى أحكام الخلع المتفق عليها عند جمهور الفقهاء.

- طرق الطعن في الأحكام التي تقضي بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة تحتاج إلى إعادة النظر فيها، إذ ما هي الفوائد المرجوة من الطعن بالنقض في الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية، مع العلم أن الطعن بالنقض في مسائل الطلاق لا يوقف التنفيذ، وأن الفصل في هذه الطعون من طرف المحكمة العليا يأخذ وقتا طويلا، إذ يمكن للزوجة المطلقة بعد انتهاء عدتها من الزواج مرة أخرى، وحبذا لو تكون هذه الأحكام نهائية غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن. وفي الأخير، يتبين من خلال دراسة مسألة الطلاق دراسة قانونية أنه ينبغي كذلك دراستها كظاهرة إجتماعية ما فتى انتشارها يزداد في المجتمع الجزائري والبحث عن الأسباب التي

تساهم في تسجيل عدد كبير في قضايا الطلاق أمام المحاكم. الأمر الذي يهدد استقرار المجتمع لما للطلاق من عواقب وخيمة سواء على الزوجين أو الأبناء الذين يتأثرون به، مما ينعكس سلبا على دورهم في المجتمع. وتبعاً لذلك، لابد من تظافر جهود جميع الباحثين في علم النفس وعلم الاجتماع وعلم القانون ومختلف العلوم ذات الصلة بهذه الظاهرة للبحث في أسباب انتشار الطلاق وإيجاد حلول كفيلة بالحد من انتشاره. وقبل ذلك يجب تحسيس المقبلين على الزواج بأهمية هذا الرباط من جهة وبخطورة الإستهتار به لدرجة يصبح فيها الطلاق أمراً عادياً. وفي الحقيقة هو يمثل انخياراً للبنية الأساسية في المجتمع له تداعيات خطيرة على توازنه واستقراره.

قائمة المراجع

القرآن الكريم.

أولاً: المراجع العامة:

1- باللغة العربية:

1. - ابراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط2، مكتبة أسامة، الرياض، 1983.
2. - ابراهيم بن محمد بن أحمد الباجوري، حاشية الباجوري، م1، ط1، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، 2016.
3. - ابن جزي، القوانين الفقهية، دار الكتب، الجزائر، 1987.
4. - أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل المصري المزني، مختصر المزني في فروع الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.
5. - أبو إسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، ط1، ج3، دار بن عفان، المملكة العربية السعودية، 1997.
6. - أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004.
7. - أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج3، ج4، ط1، دار القلم، دمشق، 1997.
8. - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك وبهامشه حاشية العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، ج2، دار المعارف، القاهرة، مصر 595، ب.س.ط.
9. - أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق في الفقه الحنفي، ط1، دار السراج، المدينة المنورة، 2011.
10. - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، م1، ط1، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006.

- 11.- أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية، ج 6، ط2، محمد عبد المحسن صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1968، ص 371.
- 12.- أبو الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن الكريم، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2000.
- 13.- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، م2، م3، م8، م13، دار صادر، بيروت، د.س.ط.
- 14.- أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، المحرر في فقه الإمام الشافعي، ط1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، 2013.
- 15.- أبو الوليد أحمد بن محمد بن رشد، ملحق المدونة الكبرى مقدمات ابن رشد، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
- 16.- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهديات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعية، ج1، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1988.
- 17.- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، 2009، ص588.
- 18.- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ط2، ج7، كتاب الخلع والطلاق، حديث رقم 15097، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
- 19.- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج 5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1996.
- 20.- أبو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي، الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2006.
- 21.- أبو جعفر محمد جرير أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ط 1، ج23، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، 2001.

- 22- أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة المسمى خلاصة المختصر ونقاوة المعتصر، ط1، دار المنهاج للنشر والتوزيع، بيروت، 2007.
- 23- أبو داوود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، ط1، ج3، ج6، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009.
- 24- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، ط1، ج1، ج3، ج6، ج4، ج7، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006.
- 25- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار بن كثير، لبنان، 2002.
- 26- أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن، ج3، ط، رقم الحديث: 20161، دار الرسالة العلمية، دمشق، 2009.
- 27- أبو عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ، ط1، م17، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق، 1993.
- 28- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1978.
- 29- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، ج3، ط1، مطبعة مصطفى الباني الحلبي وأولاده، مصر، 1968.
- 30- أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ط1، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
- 31- أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، اختصار المدونة والمختلطة، ط1، م2، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الدار البيضاء، المغرب، 2013.
- 32- أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، رسالة ابن أبي زيد القيرواني ومعها إيضاح المعاني على رسالة القيرواني، تحقيق أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، ب.س.ط.

- 33- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج 10، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د.س.ط.
- 34- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ط1، دار عالم الفوائد، المملكة العربية السعودية، 2005.
- 35- أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج2، مؤسسة العصى للمنشورات الإسلامية، الجزائر، 1992.
- 36- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، ج9، المكتبة السلفية، د.س.ط.
- 37- أحمد بن محمد بن علي بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987.
- 38- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 39- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ط1، ج1، ج2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 40- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 41- برهان الدين أب الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ط1، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، 1417.
- 42- بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 43- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 44- بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، المكتبة العصرية، بيروت، 1997.
- 45- تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المالكي، الدرر في شرح المختصر، ط1، دار النوادر، لبنان، بيروت، 2014.

- 46- جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، د.س.ط.
- 47- حسن محمد هند ومصطفى عبد المحسن الحبشي، النظام القانوني لحقوق الطفل، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
- 48- حسين طاهري، الدليل القانوني للمتقاضين، ط1، ج2، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 49- خليل بن اسحق المالكي، مختصر العلامة خليل، دار الفكر للطباعة والنشر، 1981.
- 50- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 51- زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999.
- 52- زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
- 53- سليمان البجيرمي، حاشية سليمان البجيرمي على شرح منهاج الطالبين، ج3، ج4، مطبعة البايب الحلبى وأبناؤه، مصر، 1345هـ.
- 54- سليمان بن أحمد العليوي، الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية، ط1، دار التوبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2012.
- 55- السيد سابق، فقه السنة، ج2، نظام الأسرة-الحدود والجنايات، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1977.
- 56- شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
- 57- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج5، ج6، دار المعرفة، بيروت، د.س.ط.
- 58- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، عيسى البايب الحلبى، د.س.ط.

- 59- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ج4، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.
- 60- شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتان على منهاج الطالبين في فقه الشافعية، ج3، ج4، ط3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1956
- 61- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 62- عادل الأحمد عبد الموجود وآخرون، تكملة المجموع شرح المهذب، ج21، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ب.س.ط.
- 63- عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، ج8، مطبعة مصطفى محمد، مصر، ب.س.ط.
- 64- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، م2، م4، شركة دار الأرقم بن الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ب.س.ط.
- 65- عبد السند حسن يمامة، موسوعة شروح الموطأ، ط1، ج15، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، 2005.
- 66- عبد العزيز مبروك الأحمدى ونخبة من العلماء، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، 2004.
- 67- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 68- عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، علم أصول الفقه المقارن تحريملسائله ودراساتها دراسة نظرية تطبيقية، ط1، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1999.
- 69- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.

70. - عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير بابن قائد، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب لنيل المآرب، ط1، ج3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2007.
71. - العربي بجتي، نظام الأسرة غي الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
72. - علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج7، ج8، ج9، ط1.
73. - علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج3، ج4، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986.
74. - علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008.
75. - علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، ط1، دار بن حزم، بيروت، لبنان، 2011.
76. - علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط.خ، م4، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003.
77. - عماد عبد العاطي عبد الفتاح هدى، ضوابط إيقاع الطلاق شرعا دراسة فقهية مقارنة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015.
78. - عماد علي جمعة، أصول الفقه الميسر، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
79. - الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2005.
80. - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1988.
81. - القاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحضي، التنبهات المستنبطة على كتب المدونة والمختلطة، ط1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الدار البيضاء، المغرب، 2012.

- 82- قيس عبد الوهاب الحيايلى، ملكية أثاث بيت الزوجية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 83- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي المعروف بابن همام الحنفي، شرح فتح القدير، ج3، ج4، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 2003.
- 84- لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 85- مالك بن أنس، الموطأ، رواية يحيى بن يحيى الليثي الأندلسي، ط2، م2، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1997.
- 86- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى رواية سحنون بن سعيد التنوخي، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
- 87- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، ب.س.ط.
- 88- محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 89- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الزواج-إنحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة ونتائجها، ط3، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2008.
- 90- محمد الكشيبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول عقد الزواج وآثاره، ط2، 2009.
- 91- محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، ج5، ج8، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003.
- 92- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986.
- 93- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج3، ج6، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 2001.
- 94- محمد بن عرفة الورغمي التونسي، المختصر الفقهي، ط1، ج6، مؤسسة خلف أحمد الجبوتور، 2014.

- 95- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، ط4، دار المعرفة بيروت، لبنان، 2007.
- 96- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004.
- 97- محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار في فروع الفقه الحنفي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
- 98- محمد رشيد رضا الحسيني، حقوق النساء في الإسلام نداء للجنس اللطيف، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2005،
- 99- محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني-النظرية العامة للإلتزامات- مصادر الإلتزام-المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، 2011.
- 100- محمد سكال المجاجي، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، ط1، ج2، دار الوعي، الجزائر، 2010.
- 101- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
- 102- محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصرالعلامة خليل، ط1، ج6، دار الفكر للطباعة والنشر، 1984.
- 103- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، المكتبة العلمية، بيروت، 2007.
- 104- محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ج1، ج2، ط1، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982.
- 105- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان، 2010.

- 106.- محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج7، ج8، ج9، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991.
- 107.- محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ط1، دار المنهاج للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005.
- 108.- مصطفى الخن ومصطفى البغا وعلي الشريحي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج6، دار القلم، دمشق، ب.س.ط.
- 109.- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي، عمدة الطالب لنيل المآرب في الفقه على المذهب الأحمد الأمثل مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل، ط1، مبرة جلوي بن ضاوي العتيبي، الكويت، 2010.
- 110.- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج5، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2000.
- 111.- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، ج6، عالم الكتب، بيروت، 1983.
- 112.- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، المكتبة العصرية-بيروت، 2003.
- 113.- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ط1، مكتبة السوادبي، جدة، 2000.
- 114.- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ط3، ج7، ج9، ج10، ج11، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، 1997.
- 115.- وزارة الشؤون والأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج29، وزارة الشؤون والأوقاف الكويتية، 1983.
- 116.- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الأحوال الشخصية، ج7، ط2، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985.
- 117.- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الأحوال الشخصية، ج7، ط2، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985.

118.- ياسين رشيد عمر الزبياري، الإختلاف بين الزوجين في متاع المنزل، ط1، دار دجلة ناشرون وموزعون، عمان، الأردن، 2009.

باللغة الفرنسية:

- 1.- Tchouar Djilali, Reflexion sur les questions épineuses du code algerien de la famille, office des publications universitaires, Alger, 2004.
- 2.- Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, edition.11, tome II, librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris 1931.

ثانيا: المراجع الخاصة:

أ- المؤلفات:

- 1.- أحمد دكار، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 2.- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 3.- إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، ط1، دار أبي رقاق للطباعة والنشر، الرباط، المغرب، 2012.
- 4.- أماني علي المتولي، الضوابط القانونية والشرعية للمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2010.
- 5.- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، 2012.
- 6.- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، دار بغدادي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 7.- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ط3، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004.
- 8.- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008.
- 9.- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008.

- 10.- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 11.- جمال نجيمي، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري دراسة مقارنة، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 12.- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- 13.- حسين طاهري، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة لشرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ج 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 14.- حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 15.- حمدي باشا، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 16.- خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، الإسكندرية، 2010.
- 17.- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- 18.- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط 1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2015.
- 19.- رشيدة حدادي، الطلبات العارضة والدعاوي الفرعية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ط 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 20.- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج 1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.س.ط.
- 21.- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة، دار الفكر الجامعي، مصر، ط 1، 2013.

- 22.- عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 23.- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 24.- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 25.- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط2، دار الفكر، 1968.
- 26.- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 27.- عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر، عمان، 2007.
- 28.- عطا محمد المحتسب، دعاوى إثبات الطلاق وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2016.
- 29.- عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، أونسيكلوبيديا، الجزائر، د.س.ط.
- 30.- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، انسكلوبيديا، الجزائر، 2003.
- 31.- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 32.- محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 33.- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

- 34.- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 35.- مصطفى إبراهيم الزلي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011.
- 36.- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 37.- ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 38.- وفاء معتوق حمزة فراس، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، دار القاهرة، مصر، 2000.
- ب-رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير:**
- I-رسائل الدكتوراه:**
- 1-باللغة العربية:**
- 1.- آيت شاوش دليلا، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2014.
- 2.- بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2016.
- 3.- بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي -دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2019.
- 4.- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005.

- 5- خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغربية للأسرة -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2018.
- 6- سعادي لعلی، الزواج ونحلالة في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.
- 7- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية- أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014 .
- 8- عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.
- 9- عماري نورالدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين، دفاثر السياسة والقانون، عدد 13، جوان 2015.
- 10- فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015.
- 11- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2006.
- 12- محفوظ بن الصغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر-باتنة، 2009.
- 13- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق-دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، 2010.

2- باللغة الفرنسية:

- 1.- ISSAD Mohand, le jugement étranger devant le juge de l'exequatur : de la révision au contrôle, thèse pour le doctorat en droit, université d'Alger.

II-مذكرات الماجستير:

- 1.- اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة ماجستير في قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2011.
- 2.- بن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين دراسة مقارنة نقدية تحليلية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2012.
- 3.- بن هيري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1.
- 4.- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد انحلال الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعتمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014.
- 5.- حجيمي حادة، الحماية القانونية للمرأة في الجزائر، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014.
- 6.- حفصية دونة، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015.
- 7.- دليلا حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري -دراسة سوسيوقانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم، مذكرة ماجستير في علم الاجتماع القانوني، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014،
- 8.- ربيع وفاء، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014.
- 9.- عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون فرع عقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محمد أولحاج البويرة، 2015.

10. - عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006.
11. - عيدوني عبد الحكيم، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014.
12. - المستاري نور الهدى، الخلع دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014.
13. - ملاحى محمد، دعاوى انحلال الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، فرع: قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 01، 2016.
14. - هشام ذبيح، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015.

ثالثا: المقالات العلمية:

1- باللغة العربية:

1. - بداوي علي، أحكام التبليغ الرسمي على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2020،
2. - بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع 12، 2011.
3. - تشوار جيلالي، بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة، مجلة المعيار، المجلد 5، عدد 9.
4. - تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، ج 41، ع 2، 2003.

- 5- تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 12، 2011.
- 6- تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم عدالة القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، 2010، عدد 10.
- 7- حسينة شرون، جريمة الإمتناع عن تسليم طفل إلى حاضن، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة محمد خيدر بسكرة، مجلد5، عدد 7، 2010.
- 8- حمليل صالح وصديقي الأخضر، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، عدد 28.
- 9- خليل عمرو، الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة.
- 10- طحطاح علال، دراسة نقدية تقويمية لنص المادة 49 من قانون الأسرة، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، 2017، عدد8.
- 11- عبد الحميد عيدوني، مدى مشروطة الزوج رضا الزوج على مبدأ المخالعة، مجلة الفقه والقانون، عدد 27، 2015.
- 12- عبد القادر الدينس، فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة.
- 13- علال أمال، إجراءات التقاضي في دعوى الخلع، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، عدد7، 2019.
- 14- عمrani كمال الدين، الإطار القانوني لجريمة عدم تسديد نفقة واجبة بحكم قضائي (دراسة في إطار التشريع الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية)، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، 2017، مجلد رقم 4، عدد1.
- 15- كريمة محروق، التدابير الوقائية في مسائل الأسرة في ضوء تعديل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، عدد 02.

- 16.- لامية لعجال، الشروط الموضوعية لقبول الدعوى المدنية على ضوء التشريع، مجلة معارف العلوم القانونية والإقتصادية، معهد الحقوق العلوم الاقتصادية المركز الجامعي سي الحواس-بريكة، 2021، م.02، ع.02.
- 17.- معامير حسيبة، إثبات الطلاق بين القانون والقضاء، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، عدد 27.
- 18.- مقفولجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، م.3، ع.2، 2013.
- 19.- نعوم مراد، من معوقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإقتصادية والقانونية، 2013، عدد10.
- 2- باللغة الفرنسية:

1.- M.Mahieddin Nahas, La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des epoux en droit musulman et en droit algerien, *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 58 N°1,2006.

رابعاً: المقالات عبر الإنترنت:

- 1.- [http://fr.jurispedia.org/index.php/Caract%C3%A8re_d%C3%A9claratif_ou_constitutif_du_jugement_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Caract%C3%A8re_d%C3%A9claratif_ou_constitutif_du_jugement_(fr)).
- 2.- <http://pministry.gov.sy/default.aspx?id=14599>.
- 3.- https://fr.wikisource.org/wiki/L%E2%80%99Encyclop%C3%A9die/1re_%C3%A9dition/DEMANDEUR.
- 4.- https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fDZA%2fCO%2f3-4&Lang=ar.
- 5.- https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fDZA%2fQ%2f3-4%2fAdd.1&Lang=ar.
- 6.- <https://www.echoroukonline.com/أزواج-بمارسون-الاحتبال-بالطلاق-الصور/>.
- 7.- <https://www.echoroukonline.com/ضابط-سام-يطعن-زوجته-بعد-خروجهما-من-جلسة/>.
- 8.- <https://www.elkhabar.com/press/article/93169/>.
- 9.- <https://www.ennaharonline.com/كهل-يقتل-زوجته-بطعنات-خنجر-داخل-قاعة-ال/>.
- 10.- www.coursupreme.dz

خامسا: القوانين والمراسيم:

- 1.- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، عدد 47، المؤرخة في 09/06/1966، المعدل بالقانون رقم 08/09، المؤرخ في 25/02/2008، الجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخة في 23/04/2008.
- 2.- القانون رقم 01-15 مؤرخ في 04 يناير سنة 2015 يتضمن إنشاء صندوق النفقة، الجريدة الرسمية رقم 01، سنة 2015.
- 3.- القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.
- 4.- القانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015، يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية، عدد 39، مؤرخة في 19 يوليو 2015 .
- 5.- القانون رقم 70-03، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، المؤرخ في 03 فبراير 2004، الجريدة الرسمية، عدد 5184، المؤرخة في 05 فبراير 2004.
- 6.- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، عدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، عدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.
- 7.- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم.
- 8.- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30/12/2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية، 30/12/2020، عدد 82.
- 9.- المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، 15/04/1976، عدد 30، 1976.

الفهرس

أ	آية قرآنية.....
ب	شكر وتقدير.....
ت	إهداء.....
ث	قائمة أهم المختصرات.....
1	المقدمة.....
17	الباب الأول: دور الإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق في القانون الجزائري.....
17	الفصل الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....
19	المبحث الأول: أنواع الطلاق وتمييزه عن النظم المشابهة له.....
19	المطلب الأول: أنواع الطلاق.....
20	الفرع الأول: أنواع الطلاق من حيث الأثر أو الرجعة.....
35	الفرع الثاني: أنواع الطلاق من حيث الصيغة.....
40	الفرع الثالث: أنواع الطلاق من حيث الوصف الشرعي.....
43	المطلب الثاني: تمييز الطلاق عن بعض النظم المشابهة له.....
44	الفرع الأول: تمييز الطلاق عن الفسخ.....
50	الفرع الثاني: ماهية اللعان وتمييزه عن الطلاق.....
59	المبحث الثاني: أركان الطلاق وحدود الإرادة المنفردة للزوج في إيقاعه.....
59	المطلب الأول: أركان الطلاق.....
60	الفرع الأول: الزوج.....
77	الفرع الثاني: الزوجة.....
80	الفرع الثالث: الصيغة.....
101	المطلب الثاني: حدود الإرادة المنفردة للزوج في إيقاع الطلاق.....
101	الفرع الأول: القيود الشرعية للطلاق.....
113	الفرع الثاني: القيود التشريعية للطلاق.....
155	المبحث الثالث: الطلاق التعسفي.....
155	المطلب الأول: ماهية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون المقارن.....
155	الفرع الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون المقارن.....

160 الفرع الثاني: معايير التعسف في إستعمال الحق
165 المطلب الثاني: التعسف في الطلاق في القانون والقضاء الجزائريين
165 الفرع الأول: الأساس القانوني للتعسف في الطلاق
170 الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي
185 الفصل الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة
186 المبحث الأول: ماهية الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة بواسطة الخلع
187 المطلب الأول: مفهوم الخلع وتمييزه عن بعض النظم المشابهة له
187 الفرع الأول: مفهوم الخلع ومشروعيته
200 الفرع الثاني: تمييز الخلع عن النظم المشابهة له
205 المطلب الثاني: الحكم الشرعي للخلع وتكييفه الفقهي
205 الفرع الأول: الحكم الشرعي للخلع
210 الفرع الثاني: التكييف الفقهي للخلع
225 المبحث الثاني: أركان الطلاق الخلعي
226 المطلب الأول: الزوج والزوجة
227 الفرع الأول: الزوج
234 الفرع الثاني: الزوجة
244 المطلب الثاني: صيغة الخلع وعوضه
244 الفرع الأول: صيغة الخلع
247 الفرع الثاني: عوض الخلع
 المبحث الثالث: دور الإرادة المنفردة للزوجة في إيقاع الطلاق خلعا في قانون الأسرة والقضاء
266 الجزائريين
266 المطلب الأول: الطبيعة القانونية للخلع في النص الأصلي لقانون الأسرة
267 الفرع الأول: قصور الإرادة المنفردة للزوجة في إيقاع الطلاق خلعا قبل تعديل قانون الأسرة
273 الفرع الثاني: الخلع طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة قبل تعديل قانون الأسرة
278 المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخلع بعد تعديل قانون الأسرة
279 الفرع الأول: الخلع طلاق بالإرادة المنفردة قانونا وفقها بعد تعديل قانون الأسرة

292	الفرع الثاني: الخلع طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة قضاء بعد تعديل قانون الأسرة.....
298	الباب الثاني: تقييد القواعد الإجرائية للإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق والآثار المترتبة عنه....
298	الفصل الأول: تقييد القواعد الإجرائية للإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق.....
299	المبحث الأول: تقييد إرادة الزوجين بالقواعد الإجرائية لرفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة...
300	المطلب الأول: دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة.....
300	الفرع الأول: تعريف الدعوى وشروطها.....
309	الفرع الثاني: قواعد الإختصاص القضائي.....
315	المطلب الثاني: إجراءات رفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة.....
316	الفرع الأول: عريضة افتتاح لدعوى.....
319	الفرع الثاني: التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور.....
322	الفرع الثالث: إجراءات التبليغ الرسمي للتكليف بالحضور.....
329	المبحث الثاني: سير دعوى فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة.....
330	المطلب الأول: الطلبات والدفوع وجلسات الصلح.....
330	الفرع الأول: الطلبات والدفوع.....
347	الفرع الثاني: جلسات الصلح.....
355	المطلب الثاني: أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة في القانون الجزائري وطرق الطعن فيها.....
355	الفرع الأول: أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة.....
361	الفرع الثاني: طرق الطعن في أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة.....
382	الفصل الثاني: آثار الطلاق بالإرادة المنفردة.....
383	المبحث الأول: الآثار الشخصية للطلاق بالإرادة المنفردة.....
384	المطلب الأول: العدة.....
384	الفرع الأول: ماهية العدة.....
389	الفرع الثاني: أنواع العدة.....
402	الفرع الثالث: حق المعتدة في السكن.....
405	المطلب الثاني: الحضانة.....
406	الفرع الأول: ماهية الحضانة.....
416	الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة وأصحاب الحق فيها.....
429	الفرع الثالث: الحق في الولاية والزيارة بعد إسناد الحضانة.....
437	المطلب الثالث: أسباب سقوط الحضانة وعودتها.....

438 الفرع الأول: سقوط الحضانة بالزواج بغير قريب محرم أو بالتنازل
447 الفرع الثاني: سقوط الحضانة باختلال شروط الحضانة أو بعدم طلبها لمدة تفوق السنة
456 الفرع الثالث: سقوط الحضانة عن الحالة أو الجدة أو بالإقامة في بلد أجنبي
462 الفرع الرابع: عودة الحق في الحضانة
465 المبحث الثاني: الآثار المالية للطلاق بالإرادة المنفردة
	المطلب الأول: التعويض التعسفي ونفقة المتعة وميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت
465 كآثار مالية للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
466 الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي
469 الفرع الثاني: نفقة المتعة
475 الفرع الثالث: العلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة
477 الفرع الرابع: ميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت
485 المطلب الثاني: الآثار المالية للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة
486 الفرع الأول: نفقة الإهمال ونفقة العدة
496 الفرع الثاني: الآثار المالية للحضانة
513 الفرع الثالث: النزاع على متاع البيت
527 الخاتمة
533 قائمة المراجع
554 الفهرس

