

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف

ميدان : الحقوق والعلوم السياسية
فرع : الحقوق
تخصص : أحوال شخصية



كلية : الحقوق والعلوم السياسية
قسم : العلوم القانونية والإدارية
رقم :

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي
إعداد الطالبة: هناء عرفاوي
تحت عنوان

الاجتهاد القضائي في مسائل انحلال الرابطة الزوجية

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة محمد بوضياف	الدكتورة: سامية شرفة
مشرفا و مقررا	جامعة محمد بوضياف	الدكتور: العمري بلاعدة
مناقشا	جامعة محمد بوضياف	الدكتور: محمد بلموهوب

السنة الجامعية : 2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يا؟ يها؟ لنبي؟؟ طلقتم؟ لنسا؟ فطلقوهن لعدتهن ?? حصو؟ لعد؟ **فلا** :-

شكر وعرفان

الحمد لله تعالى الذي منّ عليّ بأن سدد خطاي وألهمني لأكمل الطريق على

خير حال، فبفضل منه ورحمة اهتديت إلى ما وصلت إليه.

أقدم خالص شكري مرفوقاً بتأمّ الإحترام والتقدير ووافر الامتنان والثناء الجميل

إلى الذي لم يبخل علي بالنصيحة والعون، كان كالنجم يتقدم ليضيء لي الدرب،

الدكتور الفاضل : بلاعدة العمري

كما أخص بالشكر أيضاً أساتذة لجنة المناقشة.

مقدمة

الحمد لله، نحمده ونشكره ونستعين به، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، فمن يهده الله فهو المهتد، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلّم تسليمًا كثيرًا إلى يوم الدين أما بعد.

إنّ الشريعة الإسلامية تنظم حياة الأفراد والمجتمعات وخاصة في مجال بناء أسرة محافظة ومتلاحمة، وذات ارتباط وثيق عن علاقة زوجية بين الرجل والمرأة يربطهما ميثاق غليظ، قال تعالى: «وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنُ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا»¹. كما قال تعالى «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»². فقد جاء الزواج ليتسم بالدوام، قوامه المودة والمحبة والرحمة والتفاهم وحسن المعاشرة، غير أن الحياة الزوجية تشوبها نزاعات وخلافات تحول دون القدرة على استمرار هذا الزواج.

في سبيل حل المشاكل التي تكون داخل الأسرة حثت الشريعة الإسلامية على الصبر والتحمل من أجل المحافظة على العلاقة الزوجية، إلا أن هناك حالات تحول دون استمرار الحياة الأسرية فكما شرع الإسلام الزواج لبناء أسرة، كذلك شرّع فك هذه الرابطة عند استحالة استمرارها حسب كل حالة، فإذا كان بإرادة الزوج، كما في قال تعالى «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ»³، وإذا كان بإرادة الزوجة، فجاء في قوله تعالى: «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَتَّقِيَ اللَّهُ فَلَاحُ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْدُوهَا»⁴.

¹ - سورة النساء، الآية 21.

² - سورة الروم، الآية 21.

³ - سورة الطلاق، الآية 01.

⁴ - سورة البقرة، الآية 229.

لقد سار المشرع الجزائري على خطة أحكام الشريعة الإسلامية لتنظيم شؤون الأسرة، بإصدار قوانين خاصة بعد فترة الاستعمار بتاريخ 29 جوان 1963، وتلتها مجموعة من الأوامر إلى حين ظهور القانون الأخير رقم 84-11 المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، وقد فصل في مسائل فك الرابطة الزوجية حيث جاء في المادتين (47، 48) من قانون الأسرة بيان طرق فك الزواج، والمتمثلة في الطلاق زهو حل عقد الزواج الذي يتم بإرادة الزوج وقد يكون بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53، 54) من نفس القانون، كذلك لم يهدر حق الزوجة من التخلص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها وفتح الباب أمامها للجوء إلى القضاء لطلب التطلاق كما فتح لها باب الخلع. وقد جاء الاجتهاد القضائي لتحقيق بعض الإصلاحات والمراجعات المتعلقة بنظام الأسرة، والتي تحمل في طياتها التنصل من بعض النصوص الثابتة والمتعلقة بأحكام الأسرة بدعوى قصورها وعجزها عن مواكبة التطورات الوطنية والإقليمية والعالمية.

1 - أسباب اختيار الموضوع: ما دفعني لاختيار موضوع الاجتهاد القضائي في انحلال الرابطة الزوجية:

- ما له من أهمية بالغة حيث تمس بكيان الأسرة، لذلك أردت التعريف بالموضوع والإلمام به من جميع الزوايا.
- الحياة العملية لا تخلو من الاجتهاد القضائي في حل الزواج وبيننا أهميته في محاولة تخفيف الضرر الناتج عن فك الرابطة الزوجية.
- تفشي ظاهرة الطلاق وتعالى أرقام السجلات وما يترتب عليهما من آثار على الأسرة خاصة الأطفال.

- مكانة الاجتهاد القضائي بين النصوص القانونية في مجال الأسرة.

2 - أهمية الدراسة: ينطوي موضوع الاجتهاد القضائي في انحلال الرابطة الزوجية على أهمية بالغة، حيث يمس بشكل مباشر ما ينتج عن تفكك الأسرة، بدعوى التنصل من أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما يعد خطرا على الأسرة والمجتمع، يستدعي التمسك بأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بالاستناد على أصول وضوابط الاجتهاد القضائي الشرعي ومقارنته مع غيره من الاجتهادات الوضعية التي تصدرها هيئة المحكمة العليا.

3 - الهدف من الدراسة: يوجد بين ثنايا فكر الباحث دائما أهدافاً يرجو بلوغها من وراء دراسته مهما كان مستواه، وهدفه من هذه الدراسة الاجتهاد القضائي في انحلال الرابطة الزوجية هو:

- التعريف بالاجتهاد القضائي في قانون الأسرة وخاصة ما يتعلق في الباب الثاني.
 - الكشف عن مدى ارتباط أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ومدى مساهمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ قضائية يمكن الرجوع إليها في حل مشاكل الأسرة الجزائرية.
 - بيان مكانة قرارات المحكمة العليا التي يمكن الرجوع إليها في حل مشاكل الأسرة، مقارنة بالنصوص القانونية المتضمنة لحل في نفس الموضوع.
 - التأكيد على صلاحية التشريع الإسلامي للتطبيق في كل زمان ومكان.
- 4 - المنهج المتبع:** اعتمدت في دراستي المنهج الوصفي في تقديم الاجتهاد القضائي، والتحليلي المقارن في جانب تطبيقاته على مسائل انحلال الرابطة الزوجية والمقارنة بين قانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية ومدى مطابقتها أو معارضتها.
- 5 - الدراسات السابقة:** جاء الاطلاع على الدراسات السابقة أولى الخطوات لأنها تساعد الباحث على تكوين خلفية للموضوع، والتحكم فيه أكثر، وبعد البحث والإطلاع على الكتب والمواقع الإلكترونية والجامعات حول ماله علاقة بموضوع، وجدت الاجتهاد القضائي في مسائل فك الرابطة الزوجية تناولته الكتب القانونية المتعلقة بمبادئ الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة وخاصة في حل الزواج، لكثرة الاجتهادات القضائية في الطلاق مثل:
- كتاب قانون الأسرة معلق عليه بمبادئ المحكمة العليا- بلحاج العربي.
 - كتب الاجتهاد القضائي في الطلاق، جمال سايس.
- تم تعددت الدراسات التي تناولت موضوع الاجتهادات القضائية في قانون الأسرة الجزائري، وتعد أطروحة الدكتوراه لمحفوظ بن صغير تحت عنوان: **الاجتهادات القضائية في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري - جامعة باتنة**، حيث قدمت هذه الأطروحة مفهوم عام للاجتهاد القضائي من حيث الجانب الفقهي والقانوني وعرضت تطبيقاته في مسائل الأسرة.

6 - **صعوبات الدراسة:** تكمن صعوبة موضوع الدراسة في صعوبة الحصول على المعلومات التي تخدم هذا البحث، بالإضافة إلى تناثر ما وجد منها بشكل يصعب على الباحث الإلمام بالموضوع وضبطه من جميع النواحي.

7 - **إشكالية الدراسة:** تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة وقد تناوله الاجتهاد القضائي.

غير أن الوفاة تحل الرابطة الزوجية دون دخل للإرادة لأي من الطرفين بخلاف الطلاق الذي يكون إما بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما جاء في المادتين 53، 54 من قانون الأسرة، ومنه يطرح التساؤل نفسه:

ما المقصود بالاجتهاد القضائي؟ وكيف ساهم تطور الاجتهاد القضائي وبيان أهميه في قانون الأسرة الجزائري؟ وما مدى اعتماد المشرع الجزائري على مبادئ الشريعة الإسلامية في تنظيمه لمسائل انحلال الرابطة الزوجية. وتطبيق الاجتهاد القضائي لها؟ من خلال الأمر 05-02.

وللإجابة عن هذه الإشكالية قمت بتقسيم بحثي هذا إلى فصلين: تناولت في الفصل الأول ماهية الاجتهاد القضائي وبيان أحكامه والذي بدوره يحتوي على مبحثين: يتعلق المبحث الأول بمفهوم الاجتهاد القضائي وبيان مجاله ومصادره وحجته، أما المبحث الثاني فقد تناولت فيه تطور الاجتهاد القضائي وبيان أهميته في قانون الأسرة الجزائري. وقد خصصت في الفصل الثاني تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسائل انحلال الرابطة الزوجية، ففي المبحث الأول تطرقت إلى انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، بدءاً بالمفهوم أولاً وأحكامه ثانياً ويليهِ أحكام الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. أما في المبحث الثاني فتناولت انحلال الرابطة الزوجية بالخلع والتطليق حيث جاء فيه مفهوم الخلع وأحكامه في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، كما ذكرت مفهوم التطليق لمخالفة أحكام المادة (08) من قانون الأسرة الجزائري، التطليق للشقاق، التحكيم في دعوى التطليق للشقاق بين الزوجين في الفقه وقانون الأسرة الجزائري.

تمهيد:

جاءت طريقة التشريع في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم كلها محصورة في الوحي كما جاء في القرآن الكريم: « وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ﴿١﴾ ۖ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ¹»، والقرآن هو وحي الله إلى رسوله الكريم باللفظ والمعنى، والسنة هي إلهام الله لنبيه عليه الصلاة والسلام بالمعنى والتعبير عنها من الرسول، ولم يكن هناك مجال للاختلاف في الأحكام، لأن سلطة التشريع كانت للرسول صلى الله عليه وسلم لتبيان الأحكام العامة، وتفصيل التشريعات الإجمالية، وتفسير وتحديد القواعد الكلية، وشرح ما غمض منها في الكتاب، لذلك لم يكن الاجتهاد مصدرا تشريعيًا في ذلك العصر، ما دام الوحي ينزل في كل لحظة على النبي صلى الله عليه وسلم.

والحقيقة أن مسألة الاجتهاد في عصرنا هذا لم تقتصر على القرآن والسنة، بل جمع الإجماع والقياس، وذلك استناداً لبعض حوادث جرت في عهده صلى الله عليه وسلم حين ولى معاذًا قاضياً على اليمن، وجاء اليوم ما يعرف بالاجتهاد القضائي الحديث وسنتناوله في الفصل الموالي.

¹ - سورة النجم، الآية 3، 4.

المبحث الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي وبيان مجاله ومصادره وحجيته

منذ العصور التاريخية والأزمنة المتتالية وخاصة فترة الإسلام عُرف للقضاء دور هام وخاصة من حيث وضع المبادئ الفقهية، حيث كانوا يختارون القضاة من بين الفقهاء البارزين وهذا أما مزج بين كون الفقيه قاضيا والقاضي فقيها، حيث عرف القاضي في هذه الحقبة بالالتزام بالقواعد الشرعية ومنه إحداث قاعدة قانونية جديدة حسب القواعد الشرعية في استنباط الأحكام إل أن القانون الوضعي الحديث يختلف وهذا ما سنتناوله في المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي وبيان مجاله ومصادره

الفرع الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي

نتناول مفهوم الاجتهاد القضائي عند فقهاء الشريعة ثم عند فقهاء القانون.

1 - حسب فقهاء الشريعة الإسلامية: هو بذل المجتهد وسعُهُ في استنباط الأحكام من أدلتها ويقوم بهذا الاجتهاد فقيها من الفقهاء فيكون الاجتهاد فقهيا. وكان عمر بن الخطاب ت بحق أكثر شخصية اجتهادية في تاريخ الإسلام حيث كان ت يقول: "وهذا ما رأى عمر، فإن يكن صوابا من الله، وإن يكن خطأ فمن نفسي"¹.

عرفه ابن الحاجب بأنه استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي"، وقيل هو: "استفراغ الجهد في طلب شيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من نفسه العجز عن المزيد"².

القضاء: هو مجموعة المبادئ العامة التي تتلخص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها³.

¹ - بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، بن عكنون، الجزائر، 1988م، ص149.

² - أحمد محمد لطفي أحمد، أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص149.

³ - أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص158.

3 – أما في مجال القانون: يمكن القول قياسا على تعريف الفقهاء للاجتهاد القضائي "هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية على أن مصطلح الاجتهاد القضائي يقصد به غالبا الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية والذي يقضي به، وعلى هذا يقال اجتهدات المحاكم بمعنى الآراء التي أخذت بها المحاكم في أحكامها".

كما يطلق على الاجتهاد القضائي أيضا اسم القضاء وتستعمل كلمة قضاء في أحد المعنيين:

أ – لفظ الدلالة على السلطة القضائية، أي مجموعة المحاكم الموجودة في الدولة والتي تتولى أمر الفصل في القضايا أمامها¹.

ب – كما يطلق اللفظ للتعبير عن مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقراء أحكام المحاكم، كما اختلفت النظرة إلى القضاء كمصدر للقانون باختلاف الأزمان والشرائع².

الفرع الثاني : مجالات الاجتهاد القضائي

● في حالة وجود نص قانوني:

الأصل في سلطة القاضي تقييده بالنص القانوني إلا أن للقاضي حالات استثنائية يظهر فيها القاضي إلا أن يجتهد كما في الحالتين التاليتين: حالة غموض في النص أو إبهامه من جهة وحالة نقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة أخرى³.

أما النص في حالة نقص: ففي هذه الحالة يستخلص القاضي من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكن عنها المشرع مستعينا بطرائق التفسير المتاحة له⁴.

¹ – محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، الطبعة العشرون، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 210، 211.

² – محفوظ بن صغير، الاجتهادات القضائية في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص 233، 234.

³ – عبد المنعم بدرأوي، مبادئ القانون، مكتبة السيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1972م، ص 244.

⁴ – عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2007م، ص 181.

الفصل الأول _____ ماهية الاجتهاد القضائي وبيان أحكامه

ومنه في الحالتين فتح مجال اجتهادي للقاضي لسد الثغرات التي خلفها المشرع يستثني الاجتهاد القضائي يسديها وفق المبادئ التي حددها المشرع حيث أنه يعطي للنصوص معنى جديد وأحكام مغايرة وأكثر ملاءمة.

الفرع الثالث : مصادر الاجتهاد القضائي

أ - في حالة عدم وجود نص:

تعتبر النصوص التشريعية قاعدة يقضي بموجبها القاضي ، أما إذا لم يكن للقاضي نص تشريعي يقضي به لا بد من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص وبالرجوع إلى مصادر قانونية رسمية أخرى.

من أهم هذه المصادر العرف، لأنه يعتبر من أقدم مصادر القانون ظهوراً، حيث عرفته الإنسانية منذ أقدم العصور باعتباره نابعا من ضمير الجماعة والمعبر عن إرادتها الطبيعية، وحظي بمكانة خاصة في أوساط بعض المجتمعات الفطرية، حيث احتل مصدره وقوة في أغلب المجالات¹. القاضي لا يصنع العرف كما لا يكسبه قوته الإلزامية، لأن العرف ملزم بذاته، قبل أن يطبقه القضاء².

حيث تنص المادة الأولى من التقنين المدني في الفقرة الثانية ما يلي: "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"³.

المطلب الثاني : دور الاجتهاد القضائي وبيان حجية الأحكام القضائية

إن الاجتهاد القضائي يلعب دوراً هاماً في الإضفاء على القانون طابع عملي ظاهر كما لا يكاد يقل أهمية عن دور التشريع نفسه.

¹ - أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانون، النظرية والتطبيق في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009م، ص260.

² - المرجع نفسه.

³ - المادة 02/01 ، من القانون 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.

الفرع الأول : دور الاجتهاد القضاء في وضع القواعد القانونية

من خلال ما سبق نرى أن إحالة القاضي إلى الاجتهاد برأيه، أي قيامه بالبحث عن الحل العادل للنزاع حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء.

كما أن الاجتهاد القضائي لا يقل أهمية عن دور التشريع نفسه، فالاجتهاد القضائي هو الذي يضيف على القانون طابعه العملي الكلي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده¹.

كما لا يزال القضاء في بعض الشرائع الحديثة مصدراً رسمياً لقواعد القانون، كما هو في النظام القانوني الأنجلو سكسوني، كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا وجنوب إفريقيا، وكندا، وهو يقوم إلى اليوم على قاعدة سابقة قضائية، والتي تلزم القضاة باحترام وبتطبيق الأحكام التي كانت قد صدرت عنهم أنفسهم، أو كانت صدرت عن سابقتهم من المحاكم العليا وتكون ملزمة للمحاكم الأدنى منها درجة، وتكون واجبة التطبيق على القضايا المماثلة لتلك التي صدرت².

في الزمن القديم وبالأخص في عهد الرومان وعلى يد البريتور تطور القانون الروماني تطوراً كبيراً بما كان قد أعطي له، بدء ولايته لوظيفته القضائية من حق في إصدار بعض القواعد القانونية في منشور أوامر بريتوري، يلزم شخصياً بتطبيقه، إلا أنه في العصر الحديث اعتبر دور القضاء مجرد وسيلة لتطبيق القانون – النص القانوني – كأصل، إلا أنه يقتصر دور القضاء باعتباره مصدراً أصلياً احتياطياً بتطبيق القانون، كذلك يقوم بدور أساسي في تفسير التشريع نظراً لعمومية القواعد القانونية وتجريدها، وذلك لغرض سد الثغرات في النصوص التشريعية أو تحقيقاً لمسايرة الظروف الاجتماعية عن وضعها³. ومنه فإن القاضي لا يختلق قانوناً للحالة المعروضة عليه، بل يطبق القانون عليها.

هنا تبين الدور الفعال الذي يقوم به الاجتهاد القضائي في النظام القانوني الجزائري من إرساء لقواعد القانون، فرغم أنه لا يعتبر مصدراً رسمياً من مصادر القانون، إلا أنه لا

¹ – محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 235.

² – أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 284.

³ – محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 212.

يصدر القانون وترى ذلك في سهر المحكمة العليا على التطبيق السليم للقانون يؤدي إلى توحيد أحكام القضاء في تفسير القانون وتطبيقه كما هو منصوص في الفقرة الثانية من المادة 152 من الدستور الجزائري الحالي، ومنه: "تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون"، أفلا يفهم من هذا النص أنه إذا استقرت المحاكم على العمل به بتواتر بهذا التفسير القاعدة القانونية موجودة سلفاً، ومنه تبين دور الاجتهاد القضائي في تفسير قاعدة قانونية تقسح المجال لاستنتاج قاعدة قانونية جديدة من قاعدة قانونية موجودة سلفاً مستندة في قوتها الملزمة إلى تطبيقها بالفعل بواسطة المحاكم نفسها¹.

من خلال دراستنا لدور الاجتهاد القضائي في خلق قاعدة قانونية فإنه لا بُدّ من الإشارة إلى هذا الجهاز الذي يقوم بهذا الدور حيث أنه يترأس هرم القضاء المحكمة العليا.

وهو جهاز يسهر على تفسير القانون وتطبيقه وتعمل على توحيد هذا التطبيق، حيث أن هذه الأخيرة تعمل على رقابة القاضي في تطبيقه للقانون، حيث أنه من خلال مراجعته للنزاع يقتصر دوره على مراقبته لتطبيق القانون والتسليم وبالوقائع لأن دوره الفصل في الحكم وليس في الخصومة، ومنه فهي لا تعد درجة ثالثة للتقاضي.

الفرع الثاني: دور الاجتهاد القضائي في استقرار الأحكام القضائية

إن القانون يتميز في كثير من النواحي بالجمود والصرامة، إلا أن القضاء يعطي للقاعدة القانونية جانب عملي ظاهر وواقعي، فيجعل الحياة تدب في هذه القواعد القانونية من عالم التجريد، إلى عالم حي وإعطائها المعنى الحقيقي من خلال تفسيرها وتبيان مجال تطبيقها.

إلا أنه في القضاء التابع لنظام القانون الأنجلو سكسوني المعروف بشريعة Common law، فالقضاء ذات هذه النزعة له دورٌ كبيرٌ في خلق القاعدة القانونية ويجعل القاضي صانعاً للقانون لأن هذا القانون يقوم على قاعدة السابقة القضائية التي تلزم القضاة باحترام وتطبيق

¹ - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 215.

الفصل الأول ماهية الاجتهاد القضائي وبيان أحكامه

الأحكام التي كانت قد صدرت عنهم أنفسهم أو تلك التي صدرت عن سابقهم، وخاصة القضاة من درجة أقل، حيث تسعى الأحكام التي تستقر عليها المحاكم العليا بالمبادئ القضائية¹.

حيث تقوم هذه المبادئ القضائية بدور كبير في ميدان القضاء، حيث كانت في المرجع للقاضي أو المحامي في الأحكام القضائي السابقة لحالات متشابهة وهي نشأت بسبب وجود مواد مهمة أو حالات لم يتم تناولها أثناء سن القانون أو النظام².

يستعين القاضي أثناء ابتداع حكم بالعرف وبمبادئ القانون الطبيعي والعمل القضائي في مجال الأحوال الشخصية، في ظل غياب ووجود تقنين شامل، حيث يبقى مفتوحا أمام القاضي ليحكم بما يرجحه من المذاهب الفقهية المختلفة.

إلا أن المبادئ القضائية السابقة غير ملزمة كما هو المعمول به في القضاء الفرنسي والذي يسير عليه معظم الدول العربية خلافا للقضاء الإنجليزي الذي يعتبر المبادئ القضائية قواعد ملزمة، مع أنها غير ملزمة من الناحية النظرية.

إلا أن ما درجت عليه المحاكم في درجات التقاضي واحترام المحاكم الأقل درجة قرارات وحلول أقرتها المحكمة العليا، فما هو إلا إلزام أدبي لا قانوني يقوم على أساس ما تتمتع به هذه المحكمة من توفير ومهابة وكذلك خشية هذه المحاكم من نقض المحكمة العليا لأحكامها، إذا ما عرضت عليها، غير أن المبادئ القضائية تكون ناتجة عن سهر المحكمة العليا على تطبيق سليم للقانون يؤدي إلى توحيد أحكام القضاء في تفسير القانون وتطبيقه³.

وعليه تبين لنا فيما سبق حسب نص المادة 152 من الدستور الجزائري الفقرة 2، "تضمنت المحكمة العليا... توحيد الاجتهاد في جميع أنحاء البلاد..." ومنه يفهم أن استقرار المحاكم على العمل بحل معين اعتبر هذا اجتهاداً قضائياً ترفض المحكمة العليا بمخالفته،

¹ - محمد سعيد جعفر، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 212.

² - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 241.

³ - المرجع نفسه، ص 242.

وبهذا تحقق نوع من المساواة والعدالة والاستقرار بتوحيد الأحكام القضائية الصادرة بصدد قضايا مماثلة¹.

غير أن المطلوب من القاضي هو النظر في القضايا كل على حدى، وكذلك إعمالاً لمبدأ لا وجود لسابقة قضائية للقاضي، لأنه لا ينظر إليها بصفاتها لا بذواتها، غير أن تتابع أحكام متتالية تحمل معاني متماثلة، ما هو غلا مؤثر على استقرار التفسير التي يضيفه القضاء على القواعد القانونية الموجودة سلفاً.

الفرع الرابع: بيان حجية الأحكام القضائية

إن المقصود من حجية الحكم القضائي حسب ما عرّفه الفقه، "بأنه حجة فيما فصلت فيه"، ذلك أنه إذا أصدر حكم في قضية فإن القانون يعتبر هذا الحكم عنوان للحقيقة، إلا أن الأحكام القضائية تنقسم درجاتها وقوة الحجية وقابلية الحكم للطعن، وهذا ما سنتناوله فيما يلي.

أ/ تقسيم الأحكام القضائية من حيث الحجية

1 - الحكم القطعي: هو الحكم الذي يفصل ويبت في موضوع الدعوى²، كذلك هي حد تنتهي عنده الخصومة، لأن الحجية تكمن في المنطوقة لا في الأسباب³، كما هو الحكم الذي يحسم موضوع النزاع كله، أو يحسم جزءاً منه أو يحسم مسألة فرعية عنه، ومثال ذلك الدفع بعدم الاختصاص أو طلب بطلان إجراء من إجراءاتها⁴.

2 - الحكم غير القطعي: وهو الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع وهو وقتي وتراعى فيه النسبية في الحقيقة القضائية، كما هو الحال في اتخاذ إجراء تحفظي أي وقتي، حتى يفصل في موضوع النزاع ويكون هذا الدفع لتجنب الضرر الذي ينتج عن تباطؤ إجراءات

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 214-215.

² - الغوثي بن ملح، القانون الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص 92.

³ - بوشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص 306.

⁴ - عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 85.

المرافعة¹، أي أنه لا يحاسم موضوع النزاع لا كله ولا جزءاً منه ولا يحسم مسألة فرعية متفرعة عنه².

وعليه فإن حجية الأحكام تختلف باختلاف نوع الحكم سواء أكان قطعياً أو غير قطعي، ومنه تكون الحجية كالتالي:

في الحكم القطعي تكون الحجية كاملة، بمعنى أنه لا يجوز للمحكمة أن تعدل عنها، كما لا يجوز عرض ما فصلت فيه على أية محكمة أخرى ما لم تكن هي المحكمة التي تنص القانون على الطعن في الحكم أساسها. أما الأحكام الوقفية أو غير القطعية فإن لها حجية مؤقتة ببقاء الظروف التي صدرت فيها على حالها، فإن تغيرت هذه الظروف جاز عرض موضوعها من جديد على القضاء ليعيد النظر فيها³.

ومما سبق من الأحكام يتبين أن هناك كذلك أحكام تنقسم من حيث الحجية في فصلها في الموضوع وأحكام فاصلة في الإجراءات، وهو ما سنعرضه فيما يلي.

أ/ **أحكام فاصلة في الموضوع:** وهي الأحكام التي تقرر مركزاً موضوعياً أو تلزم المحكوم عليه بأداء المطلوب في الدعوى، إلا أن كونها قضاء موضوعياً فهي تتمتع بحجية الأمر المقضي فيه وهذا ما نصت عليه المادة 269: "الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كلياً أو جزئياً في موضوع أو في أي دفع شكوى أو دفع بعدم القبول أو في طلب أي عارض، ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به حائز الحجية الشيء الموصي فيه في النزاع المفصول فيه"⁴.

¹ - الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 93.

² - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص 85.

³ - المرجع نفسه. ص 86.

⁴ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 245.

ب/ أحكام إجرائية: وهي أحكام تفصل في مسائل المرافعات التي تسير أثناء سير الخصومة¹. وتنقسم بدورها إلى أحكام قطعية ناهية للخصومة كالحكم ببطالان الإجراءات أو الحكم بسقوط الخصومة، وأحكام غير قطعية مثل الأحكام التمهيدية كالحكم بنذب خبير في الدعوى وهذا الأخير لا يتمتع بالحجية المطلقة²، وهذا ما نصت عليه المادة 298 من قانون الإجراءات المدنية³.

ومنه تظهر أهمية التقسيم في أوجه آثار الحكم، وعليه فالحكم القطعي أنهى الفصل في الموضوع وعليه مباشرة التنفيذ فيه، والعكس في الحكم غير قطعي⁴.

ب/ تقسيم الأحكام القضائية من حيث قابليتها للطعن:

1 - أحكام ابتدائية: "هي أحكام قابلة للطعن بالاستئناف"⁵.

2 - أحكام نهائية: "لا تقبل الطعن فيها باستئناف ولو كانت قابلا للطعن فيها بالمعارضة"⁶.

3 - أحكام حائزة لقوة الشيء المقضي فيه: وهو الحكم الحائزة على هذه الحجية حال صدوره، وعليه لا يجوز تعديله من القضاة الذين أصدره أو من غيرهم.

4 - أحكام باتة: هي أقوى أنواع الحكم ومنه لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن⁷.

ومنه تظهر أهمية تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن من خلال استنفاد كافة طرق الطعن .

¹ - عبد الحميد الشواربي، حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986م، ص31.

² - محفوظ بن صغير، الاجتهادات القضائية، المرجع السابق، ص245.

³ - المادة 298، من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 29 أبريل 2008، ص 25.

⁴ - الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص354.

⁵ - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص81.

⁶ - المرجع نفسه، ص82.

⁷ - المرجع نفسه، ص87.

المبحث الثاني: تطور الاجتهاد القضائي وأهميته في قانون الأسرة من الناحية العملية.

شهد العصر الحديث مجموعة من التطورات مست جميع المجالات ومن بينها الجانب القضائي الذي يلعب دور بالغ الأهمية في تنظيم المجتمعات وإحداث الانضباط فيها من خلال نصوص قانونية وخاصة في جانب الأسرة التي تعد هي اللبنة الأولى للمجتمع ويظهر هذا التطور من خلال ما سيتبين فيما يلي:

المطلب الأول: العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد القضائي وأهميته

الفرع الأول: العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة:

يراد بالعوامل جملة الجوانب التي بها تأثير مباشر في قضايا الأحوال الشخصية، مما جعل من وجود مستجدات في الاجتهاد القضائي فيها لبيان ما يناسبها من أحكام ومن هذه العوامل ما يأتي:

أولاً - التطور العلمي: وهو جملة الدراسات والأبحاث العلمية التي تطورت بسرعة كبيرة وهي دائمة التطور في كثير من الحقائق التي كانت مجهولة سابقاً، وتساعد اليوم الجانب القضائي في كثير من قضايا الأحوال الشخصية، كإثبات النسب، الحمل، أطفال الأنابيب، التلقيح الاصطناعي، فبيان حكم شرعي لكل ذلك يكون إلا عن طريق الاجتهاد القضائي¹.

ثانياً - الوضع السياسي والاجتماعي: شمل قانون الأحوال الشخصية كغيره من القوانين تأثيرات من الجانب السياسي والاجتماعي، فبعدما كان حكم الدولة العثمانية بالشرعية الإسلامية في كثير من الدول العربية والإسلامية، إلا أن الاحتلال الأجنبي لهذه الدول غير من تطبيق القوانين في مختلف النواحي وبالخصوص الحياة المدنية، وأبقى الأحوال الشخصية تحكمها قواعد الفقه الإسلامي، إلا أن تأثر بعض المسلمين بالمنهج المحتل، ما عكس ذلك عل فهمه لدينه ومدى التزامه بتطبيقه، ومنه كان من الدواعي النهوض بالاجتهاد والسعي لحماية الأسرة.

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 260.

ثالثا - التأثير بالحضارات الوافدة: من أهم ما خلقتة تلاقي الحضارات وتعارف الشعوب هو زعزعة الثقة، وخاصة ما يخص الأسرة، مما أدى إلى العمل على تغييرها ولو جزئيا، وعليه كانت حجة الطالبين بالتعديل واستتباط أحكام تتساير مع العصر، رغم ميولهم لتقاليد الأمم الأخرى، أو استتكار بعض ما تمليهم عليهم الشريعة الإسلامية، وتكون مجحفة في نظرهم، وهذا ما ينظر إليه في مسألة تعدد الزوجات، أو مساواة المرأة والرجل، والعديد من المسائل التي اختلفت فيها الحضارات من شعوب إلى أخرى.

فكان للاجتهاد دور في بيان تفوق النظام الإسلامي بكل جوانبه على ما لدى الآخرين من أنظمة، فما أعطته الأحكام الشرعية للمرأة يفوق ما أعطته القوانين والأنظمة في دول الغرب، وهذا ما صرح به الكثير منهم¹.

الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة من الوجهة العملية

يرى البعض أن الاجتهاد القضائي في حقيقته ليس سوى التطبيق العمل لمصادر القانون الرسمية، وإن قوته الإلزامية تكمن في قوة هذه المصادر التي يقوم بتطبيقها سواء تعلق الأمر بالنشر التشريعي، أو العرف أو الشريعة الإسلامية. أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وعليه يعد الاجتهاد القضائي الصناعة الواقعية تقوم على تحويل النص من عنصر ميت إلى عنصر حي، وأن اجتهاد المحكمة ليست له أي إلزام من الناحية النظرية، ويمكن لأي محكمة مخالفته إذا شاءت، لأن المحاكم الأدنى من محكمة النقض تدرك أنه لا فائدة من مخالفتها لاجتهادات مستقرة، لأن أحكامها ستقفز، لذا تلزم نفسها من الناحية العملية غالبا.

جاء التطبيق العملي لأحكام الأسرة في البلاد العربية -منها الجزائر- أثر واضح في الاجتهاد القضائي وتغطية ما لم يتناوله القانون المعمول به، أو ظهور صعوبة، ومن أمثلة ذلك، ما يلي:

لقد اخذ الاجتهاد برأي الجمهور في العديد من القضايا في مجال الأسرة، وخالف مذاهب كانت لم تُجزَ عدة أمور منها ما جاء في حق المرأة في طلب التطلاق في حالة غياب الزوج أو فقدانه أو سجنه، وأقر هذا الحق لرفع الضرر عنها، كما أقر أيضا بحق المرأة في

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 261.

طلب فسخ عقد الزواج بسبب إفسار الزوج عن النفقة وهو ما جاء في نص المادة 35، قانون الأسرة¹.

المطلب الثاني: سعة فضاء الاجتهاد القضائي ومجاليه في أحكام الأسرة

الفرع الأول: سعة فضاء الاجتهاد القضائي

لقد جاءت قواعد القانون الطبيعي ضابطة للعلاقات بين الإنسان وخالقه وجاء ضابطاً لجميع مجالات الحياة والقصد منها العدالة، وتحصين المجتمع، من جميع أبعاده من الناحية التربوية والأخلاقية.

يعتمد القاضي الفقيه في الاجتهاد بالاعتماد على ضوابط وتوجيهات لحل ما يطرح عليه الناس فمن قضايا ومشاكل تستوجب حل لها. ولقد جاء في قضايا الأسرة مجالات عديدة، كالنكاح، الطلاق، الوصية

جاءت ضوابط وتوجيهات القاضي في اجتهادات في حدود الشريعة الإسلامية والتفسيرات الفقهية، وما يتضمن احتمالات أخرى يتمكن القاضي الفقيه من تجنبها في القضايا المطروحة أمامه².

ولقد جاء في قضايا الطلاق التمسك بالعقيدة الدينية للشريعة الإسلامية التي حددت ضوابط الطلاق، بالتلفظ والعدة، ومحاولات الصلح وهو ما جاء في كتابه العزيز في قوله تعالى: «لَا تَذَرِي لَمَلَّ اللَّهِ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا»³، وجاء في العدة، قوله تعالى: «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ»⁴. ولقد جاء في الآية الكريمة ذكر لتوقيت في أمرين للعدة والإيلاء.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص208.

² - فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، ط2، الشركة المتحدة للتوزيع، دمشق، سورية، 1985م، ص151، 153.

³ - سورة الطلاق، الآية 1.

⁴ - سورة البقرة، الآية 226.

وعليه فقد كان فضاء الاجتهاد القضائي فضاءً واسعاً في مجالات عديدة، وتحمل ما جاء في الشريعة الإسلامية وما جاء في التفسيرات وما وضعه البشر لضبط سلوكياتهم وتقبيدها وفق نصوص قانون ملزمة.

الفرع الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة

تتخصر أحكام الشرع الإسلامي إلى مصدرين: نصوص القرآن الكريم، والسنة النبوية، وقد جاء فيها نصوص تضمنت كل ما يحتاج إليه التشريع في طلب المصالح ودرأ المفسدات، وما يستتبط من النصوص مبين في كتب علم الأصول. كما كانت عقول الناس ومداركهم متفاوتة ووجهات أنظارهم مختلفة اختلفت الأحكام المستنبطة بالاجتهاد تبعاً لذلك.

أولاً - النصوص التي جاءت واضحة وقطعية. كتحريم الزواج بالأمهات والبنات، وجعل نصيب البنت من الميراث على النصف من نصيب الابن، وهذا لا مجال للاجتهاد فيه. تغيير نظام الطلاق في دين الإسلام من حيث العدد والنوع غير مباح لأنه ثابت لا يجوز المساس فيه، لأنه مقرر شرعاً بنصوص قاطعة في القرآن الكريم. كما يجب أن يكون الطلاق بيد الرجل ليس بيد القاضي أصلاً إلا ما جاء أحوال التي تجعل للقاضي حق التطلاق¹.

وما جاء في زواج المرأة بغير المسلم باطل شرعاً بنص قاطع في القرآن الكريم والإجماع. كما لا يجوز حرمان المرأة من حقها في طلب التطلاق للضرر أمام القضاء لأن الضرر واجب.

ثانياً - ما استخرج من الاجتهاد القضائي كان نتيجة حوادث تلزم أحكام شرعية جديدة لم يكن يوجد لها نص صريح، يتلاءم مع الزمان والمكان وبما أن المفاهيم والإدراك متفاوت فإن الأحكام الشرعية المستنبطة بالاجتهاد تثير اختلاف بينهم فمنهم من يرى الحكم ثابت ومنهم من يرى أن تأويل، وهذا ما جاء في تحريم الزواج بسبب الرضاع ومنهم من يشترط الرضعة ومنهم يحرص على خمس رضعات. غير أن الاجتهاد في بعض المسائل يكون جديد ولم يكن معروف من ذي قبل، ولا يتعارض مع أحكام الشريعة.

¹ - فتحي الدريني، المرجع السابق، ص154.

الفرع الثالث: دواعي الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة وبيان ضوابطه وآثاره
أولاً: دواعي الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة

يعتمد الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة على الدواعي والتي تتمثل فيما يلي:

1 - تجدد الحياة من خلال تجدد الأعراف والعادات والتقاليد، حسب مقتضيات الحياة، مما تستوجب وتدعو إلى إجراء تعديل على نص قانوني سابق، وفق عرف أو مدى مناقضة تطبيقه إلى شرع الحكم

2 - الاستفادة من المناهج القانونية الحديثة، مع الاحتفاظ بهوية الفقه الإسلامي¹.

3 - دواعي الاجتهاد التيسير ورفع الحرج عن الناس، وذلك بالعدول عن مادة قانونية مؤدية إلى الحرج إلى مادة أخرى ما لم يؤد تطبيقها إلى مفسد أكبر منها².

ثانياً: ضوابط الاجتهاد في قضايا الأسرة

يترتب على المجتهد في قضايا الأسرة أن يتقيد بضوابط كالتالي:

1 - التقيد بالنصوص الشرعية المنصوص عليها في قانون الأسرة والالتزام بها، أما في حالة التفسير يستوجب أيضاً التقيد بضوابط التفسير والترجيح في حالة تعارض النصوص.

2 - الاعتماد على قضايا فقهية سابقة والاستعانة بها في فهم النص القانوني، لإيجاد اجتهاد قضائي جديد.

3 - أن يكون المجتهد في قضايا الأسرة من المختصين، خاصة في علوم الشريعة والاستفادة من باقي العلوم الأخرى التي تساعد على فهم الموضوع مثل قضايا النسب التي تستوجب علوم الطب وعلوم القانون وعلوم الشريعة معاً.

4 - احترام قيم وعادات وتقاليد ودين الأمة، ليكون مناسباً لمجتمعها.

5 - الاجتهاد الجماعي في المسائل المستجدة والأحكام الشرعية المستمدة من أدله ظنية الدلالة أو الثبوت بما يراعي المكلفين وظروفهم وفق ضوابط السياسة الشرعية، ولا

¹ - سيد معين الدين قدري، التقليد والتلفيق في الفقه الاسلامي، مجلة المسلم المعاصر، ط1، دار الفكر، بيروت، 2000م، ص119.

² - سيد معين الدين قدري، المرجع نفسه، ص120.

يمنع ذلك من استمرار الاجتهاد الفردي الذي يعد ركيزة الاجتهاد الجماعي، ولكن الالتزام بثماره لا يتم إلا بعد الاتفاق بين المجتهدين على صلاحه وخيرته للأمة¹.

ثالثاً: آثار الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة

لقد ترتب على موضع الاجتهاد القضائي جملة من الآثار نذكر منها:

- 1 - ترتب عن الاجتهاد وفق قيود شرعية، تطور في مجال الفقه الإسلامي، والالتحاق بالتطورات اليومية للحياة.
- 2 - يعد الاجتهاد بيان واضح على مرونة أحكام الشريعة ومدى صلاحيتها لكل زمان ومكان، وحل المشاكل الطارئة، ومعالجة ما يستجد من أمور.
- 3 - يعتبر الاجتهاد أحد الأمور التي جمعت بين المذاهب الفقهية والتقليل من درجة التعصيب المذهبي، وإعادة النهوض بالفقه الإسلامي من جديد.
- 4 - فتح باب الاجتهاد أمام الفقهاء بناء على القدرات الفكرية المختلفة بينهم لتساعد للنهوض بمجال القضاء وخاصة قانون الأسرة، والاستفادة منهم في الاستنباط قاعدة قانونية².

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص272.

² - المرجع نفسه، ص260، 261.

تمهيد:

استخلف الله الإنسان في الأرض وجعل منه زوجين، ذكراً وأنثى، وأودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم الزواج بينهما، ويكون من ثمرة التناسل ليبقى النوع الإنساني يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله.

فالزواج أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته، لذلك تولاه الشارع الحكيم بالرعاية وأفضى عليها القدسية على سبيل الدوام والبقاء، ولكن ما تعترض هذه العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمور تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق والخصام المستمر بين الزوجين فتصبح الحياة الزوجية جحيماً ونقمة.

وقد شرّع الطلاق شرعاً لرفع قيد النكاح في الحال بلفظ بخصوص صريح أو كناية يقصد منه إنهاء الرابطة الزوجية، وقد أقرّ المشرع الجزائري على غرار أحكام الشريعة الإسلامية طرق فك الزواج في المادتين (47 و 48) من قانون الأسرة وما جاء في حدود ما ورد في المادتين (53 و 54) من نفس القانون، وكذا ما توصل إليه الاجتهاد القضائي بشأنها، كل ذلك في هذا الفصل الذي ينطوي على تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسائل انحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الأول : انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

لقد تناول المشرع الجزائري انحلال الزواج في المادة 47 من قانون الأسرة حيث ذكر الطلاق أو الوفاة بأسباب عامة في الفرقة بين الزوجين، وعليه سنتناول في هذا المبحث الطلاق بأنواعه وكيف يتم الاجتهاد القضائي في هذه المسألة فيما يلي:

المطلب الأول: مفهوم الطلاق وأحكامه من خلال المواد 49 إلى 51 من قانون الأسرة.

الفرع الأول : مفهوم الطلاق ومعنى الفرقة والفرق بينه وبين الفسخ

أولا – مفهوم الطلاق:

أ/ لغة: حل القيد والإطلاق، ومنه الطلاق لغة هو التخلية والإرسال، لكن العرف خص الطلاق محل القيد المعنوي¹.

ب/ إصطلاحاً: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص، فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن، وفي المآل أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي، واللفظ المخصوص هو الصريح كلفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوها².

وعرفه الإمام ابن عرفة بقوله: "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته، موجبا تكررها مرتين حرمتها عليه قبل زوج.(عرفه المالكية)³. ويقوم مقام اللفظ: الكتابة والإشارة المفهمة⁴.

كما لا يصح الرجوع في الطلاق أو العدول عنه كسائر الإيمان، لقوله صلى الله عليه وسلم ((لا قيلولة في الطلاق)). وعرفه قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 بأنه يحل عقد

¹ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 212، 213.

² - المرجع نفسه.

³ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 173.

⁴ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 213.

الزواج بالطلاق، وقد استعمل المشرع كلمة حل التي تشمل كرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة الحكم القضائي¹.

ثانيا - معنى الفرقة وبيان أنواعها:

أ - معنى الفرقة: الفرقة في باب النكاح هي " إنهاء عقد الزواج، التفريق بين الزوجين لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما لأي سبب يقتضي ذلك كطلاق، أو خلع أو لعان، أو بواسطة التفريق القضائي، ونحو ذلك من أسباب الفرقة، تخاصم أحد الزوجين أو فسخ عقد الزواج لأي سبب من الأسباب الشرعية التي يتوجب ذلك"².

ب- أنواع الفرقة: وتكون بأحد الأمور الثلاثة:

- تكون بالطلاق من الزوج
- تكون بالفسخ من القاضي
- أن يوجد عند العقد ما ينافي قيام الزوجية شرعا، أو يطرأ بعده ما ينافي بقاءه، يفسخ الزواج من غير طلاق من الزوج ولا فسخ من القاضي.

ثانيا - مشروعية الطلاق وحكمته وحكمه

أ/ مشروعية الطلاق: الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

1- من الكتاب : نجد قوله تعالى «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ»³ ، وقوله أيضا: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ»⁴.

2 - من السنة: هو كل قول أو فعل. من القول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((أبغض الحلال إلى الله الطلاق)).

¹ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه ، ص214.

² - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص518.

³ - سورة الطلاق ، الآية 01.

⁴ - سورة البقرة ، الآية 236.

من الفعل: حيث قال عمر بن الخطاب ((طلق النبي(ص) حفصة ثم راجعها))¹.

3 - من الإجماع: فلقد أجمع علماء الأمة الإسلامية من أيام الرسول الكريم إلى اليوم على أن للرجل أن يطلق زوجته، ولم ينكر أحد هذا الأمر إلا إذا كان الطلاق لغير سبب شرعي².

ب/ حكم الطلاق:

ذهب جمهور المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الطلاق من حيث هو جائز، إلا أن الأولى عدم ارتكابه، لما فيه من قطع الألفة، والأصل أنه خلاف الأولى³.

إلا أنه يكون حراماً في حالة ما إذا علم أنه إن طلق زوجته وقع في الزنا. كما يكون مكروهاً، لو كان له رغبة في الزواج، أو يرجو به نسلاً، ويكره الطلاق من غير حاجة عليه.

ثالثاً - الفرق بين الطلاق والفسخ:

يتكون الفرق من ثلاثة أوجه:

- 1- **الحقيقة:** حقيقة الفسخ نقض العقد من أساسه وإزالة الحل الذي يترتب عليه.
 - 2- **السبب:** يحدث الفسخ إما لسبب طارئ على العقد كالردة أو إياء الإسلام، أما الطلاق فلا يكون إلا بناء على عقد صحيح لازم.
 - 3- **الأثر:** الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل، أما الطلاق فينقص عدد الطلقات⁴.
- كما تكون الفرقة طلاقاً عند المالكية إذا استعمل لفظ الطلاق في الزواج الصحيح أو المختلف في فساد، مثل زواج المرأة من غير ولي⁵.

¹ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص214.

² - بن شريخ الرشيد، المرجع السابق، ص173.

³ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص216، 217.

⁴ - المرجع نفسه، ص211، 212.

⁵ - المرجع نفسه.

الفرع الثاني: أحكام الطلاق من خلال المواد 49 إلى 51 من قانون الأسرة الجزائري

من خلال المواد المضمنة لأحكام الطلاق في القانون الأسرة الجزائري، ويتبين من خلال تحليل هذه المواد مدى موافقة أحكام الشريعة الإسلامية، فيما يأتي:

أولاً- من الجانب الفقهي: ينقسم الطلاق إلى عدة أقسام. فمن حيث اللفظ طلاق صريح وطلاق بالكناية، ومن حيث وصفه الشرعي ينقسم إلى طلاق سني وطلاق بدعي، وبالنظر إلى استكمال صيغته على التعليق على أمر مستقبل أو إضافته إلى زمن مستقبل من عدمه ينقسم إلى طلاق منجر طلاق معلق وطلاق مضاف¹.

ومن حيث إنهاء الرابطة الزوجية، وإمكانية الرجعة بعده بدون عقد من عدمه، ينقسم إلى طلاق رجعي وطلاق بائن، وهذا الأخير المتناول في المادتين 49 و50 من قانون الأسرة وأحكامه².

أ/ الطلاق الرجعي: هو الذي يملك الزوج بعد إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة. ولو لم ترض. وذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة، فإن انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائناً، ولا يملك الزوج حق مراجعة زوجته إلا بعقد جديد³.

ب/ الطلاق البائن: وهو نوعان بائن بينونة كبرى، وبينونة صغرى.

1 - أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى: وهي زوال الملك لا الحل بمجرد الطلاق، فيحرم الاستمتاع والخلو بمجرد الطلاق، ولا تجوز المراجعة إلا بعقد جديد، وينقص به عدد الطلاقات التي يملكها الزوج كالطلاق الرجعي، ويحل الصداق بمجرد الطلاق ويمنع التوارث

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص542.

² - المرجع نفسه.

³ - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص177.

بين الزوجين، إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت، وقامت قرينة على أن الزوج يقصد حرمان الزوجة من الميراث¹.

2 - أحكام الطلاق البائن بينونة كبرى: إزالة الملك والحل معا، ولا يبقى للزوجة أثر سوى العدة، فيحل به الصداق المؤجل، ويمنع التوارث بين الزوجين، إلا إذا كان كلاق فرار عن الجمهور غير الشافعية، كالبائن بينونة صغرى، وتحرم به المطلقة على الزوج تحريما مؤقتاً، ولا تحل له حتى تتزوج بزواج آخر، ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها، وتتقضي عدتها منه، وهذا هو الفارق الجوهرى بين نوعي البينونة².

ثانيا - من الجانب القانوني: الطلاق هو ما أوقعه الزوج بإرادته المنفردة، متى توافرت أسبابه وشروطه الشرعية، وأن إيقاعه يثبت بمجرد التلفظ به إذا كان المطلق قاصدا غير مكره، وتترتب عليه آثار الشرعية، والتي تتمثل في بدء حساب العدة الشرعية وغير من الآثار³.

والمقصود بالعدة: هو الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي طلقت بواسطة زوجها، أو بواسطة القاضي، أو حدثت الوفاة، لقوله تعالى: « يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ »⁴. وهي واجبة بالكتاب والسنة والإجماع، ولا يجوز إسقاطها أو التنازل عنها.

تنص المادة 50 من قانون الأسرة: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، وعليه إن حدث وراجع الزوج، زوجته في جلسات الصلح التي تجاوزت مدتها مدة العدة بال عقد جديد طبقاً المادة 50 يكون قد حدث تعارض بين القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، ومنه يكون الطلاق قد صار بائن بينونة صغرى من الناحية الشرعية، توجب المطلق مراجعة زوجته بعقد جديد، في حين أنه لا يحتاج إليه بمقتضى المادة 50 من قانون الأسرة.

¹ - عبد الله حرز الله، المرجع السابق، ص 238.

² - المرجع نفسه.

³ - محفوظ بن صغير، الاجتهادات القضائية، ص 551.

⁴ - سورة الطلاق، الآية 01.

ومن خلال ما سبق يظهر لنا وجود عدتين، عدة شرعية، وعدة قانونية، فأولى تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، أما الثانية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، وعليه يترتب تعارض فيما يلي:

- 1- لزم المطلقة لببب الزوجية قانونا لا شرعا، طبقا للمادة 61 من قانون الأسرة.
- 2- حلول مؤخر الصداق شرعا لا قانونا.
- 3- يستحق الحي منها ميراث المتوفي قانونا لا شرعا لعدم انحلال الرابطة الزوجية قضائيا.
- 4- يجوز للزوجة المطلقة المنتهية عدتها شرعا أن تتزوج برجل آخر، ولا يجوز لها قانونا عند قيام العدة القانونية¹.

كما يظهر التعارض بين أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 50 من قانون الأسرة الجزائري في أثر كل من الطلاق البائن والطلاق الرجعي، حيث من طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم راجعها قبل انتهاء العدة فإنه لا يحتاج إلى عقد ومهر جديدين، وتحسب له طلقة واحدة، فإذا طلقها مرة أخرى ثم راجعها في عدتها، فإنه يحتاج إلى عقد ومهر جديدين، ولا يحتاج إلى ذلك في قانون الأسرة إذا راجعها في فترة الصلح دون تفريق بين الطلاق الرجعي والبائن.

إلا أن ما جاء به الاجتهاد القضائي في التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، في قراره الصادر بتاريخ 1986/02/10: "من المتفق عليه فقهاً وقضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن الطلاق البائن، فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقع القاضي بناءً على طلب من الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها. وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً"².

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص552.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 39463: المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ص115. نقلا عن: سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2014، ص178.

إلا أن عجز المحكمة عن إحداث الصلح بين الزوجين في حالة تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له حسب ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية، على أنه في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالغرم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة الدعوى¹. وقد تناول الاجتهاد القضائي هذا المتناول في قراره الصادر بتاريخ 1997/10/23 حيث نص على أن عدم حضور احد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجراءاتها عدة مرات يجعل القاضي ملزم بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور احدهما لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر².

وقد ساند نص المادة 49 من قانون الأسرة الاجتهاد القضائي في قراره الصادر في 1991/06/18 حيث جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون كمبدأ". وعليه لما كان من الثابت في قضية الحال - أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه³. وعليه نفهم مما سبق أنه في حالة إغفال المحكمة عن محاولة إجراء محاولات الصلح والنطق بحكم الطلاق، فإن ذاك الحكم يعد خطأ في تطبيق القانون.

وعلى المحكمة تدوين تواريخ جلسات الصلح لتضمن محضر الجلسة ما يدل على قيام المحكمة بمحاولات الصلح، فلا يكفي عرض الصلح على الزوجين مشافهة⁴، طبقاً للفقرة

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 553.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 174132، نشرة القضاة، العدد 55، 1997، ص 179. نقلاً عن: دلاند يوسف، قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 35.

³ - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 75141، المجلة القضائية، العدد الأول، 1993م، ص 65. نقلاً عن جمال سايس، مرجع سابق، ص 367.

⁴ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج بعد التعديل، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 119، 120.

الثانية من المادة 49 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها كما يلي: " ... يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه كاتب الضبط والطرفين"¹.

لقد ذهب المشرع الجزائري إلى بيان أهمية إجراء محاولات الصلح قبل صدور حكم الطلاق، واهمل دور العدة، وأثر انتهائها الذي على أثره يترتب مخالفة لأحكام الشريعة، التي نصت على العدة الشرعية التي بدأت من يوم التلفظ بالطلاق على غرار العدة القانوني التي بدأت إثر رفع دعوى قضائية، حيث خلال انتهاء العدة الشرعية يكون الطلاق قد تغير من رجعي إلى بائن، وعليه يسقط دور إجراء محاولات الصلح، إذا تبين للقاضي انقضاء العدة الشرعية، فيما لم يحدد القاضي بداية الأشهر الثلاثة للصلح ونهايتها.

إلا أن المشرع الجزائري قد نص على عدم وجود طلاق إلا بحكم قضائي حسب نص المادة 495 من قانون الأسرة، وعليه فإن ثلاثة أشهر تبدأ من يوم التلفظ بالطلاق شرعا إذا كان قد تلفظ به قبل النزاع على المحكمة وإن لم ينطق به إلى يوم الحكم تبدأ العدة من تاريخ الحكم².

والصريح ما أقره القرار الصادر عن الاجتهاد القضائي عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/12/17 ما جاء فيه: أن من المقرر شرعا، وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضا أن الرجعة لا تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدة. ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

إذ كان من الثابت -في قضية الحال- أن الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد إنهاء مدة العدة، فإن هذا لا يشفع له شرعا في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناء عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته كان عليه اتباع القواعد الفقهية التي تنظم وتضبط الرجعين، وكان على قضاة الاستئناف التقيد بهذه القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى

¹ - الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

² - محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص554.

إلا أنهم بقضائهم برجع الزوجة إلى بيت الزوجية، خالفوا أحكام هذا المبدأ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة¹.

لقد تجاهل المشرع الجزائر التقرب بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن بينونة صغرى، وتركه في حالة غموض، وتناول الطلاق البائن بينونة كبرى وحكم فيه ما حكم الشرع حيث أنه جاء في مادة 51 من قانون الأسرة حيث جاء في نصها: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء".

وهو ما جاء في قرار القضاء الجزائري الصادر بتاريخ 17/02/1998: "من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو سموت عنها بعد البناء. والثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناءً على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثاً، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقاً سليماً مما يتعين التصريح برفض الطعن"².

المطلب الثاني: أحكام الطلاق التعسفي والطلاق بالتراضي

الفرع الأول : أحكام الطلاق التعسفي في الفقه وقانون الأسرة الجزائري

لا بد من بيان معنى التعسف في الطلاق لبيان أحكامه في كل من الجانب الفقهي والجانب القانوني.

أولاً - مفهوم الطلاق التعسفي من الجانب الفقهي وقانون الأسرة الجزائري:

1 - من الجانب الفقهي: التعسف هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير. ومنه استعمال حق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعاً للإضرار بالغير³.

وعليه وجب تحديد معايير التفرق بين الطلاق السني والطلاق البدعي، ومنه:

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 35322، . نقلا عن : بلحاج العربي، ص238.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 176551، المجلة القضائية، نقلا عن، جمال سايس. ص 510

³ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص556.

الطلاق السني: وهو ما كان موافقا للشريعة الإسلامية كتاباً وسنة، وهي طلاق المرأة في طهر لم يمسه فيها، فإذا أراد المسلم أن يطلق امرأته لضرر لحق بأحدهما، وكان لا يدفع - إلا بطلاق - انتظرها حتى تحيض وتطهر، فإذا طهرت لم يمسه ثم يطلقها طلاقاً واحدة كأن يقول لها أنت طالق¹، وذلك لقوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ)).

الطلاق البدعي: وهو مخالف لكتاب الله وسنته كأن يطلق الرجل امرأته وهي حائض أو نفساء أو في طهر قد مسها فيه، أو يطلقها ثلاث في كلمة واحدة أو ثلاث كلمات في الحال كأن يقول: هي طالق، ثم طالق، ثم طالق، وذلك لأمر رول الله (ص)². ومنه جاء الطلاق السني مقيداً بحالات وأوقات معينة على خلاف الطلاق البدعي الذي جاء مقيداً بعدد الطلقات وفي الحالات المذكورة سابقاً في الطلاق البدعي.

2 - من الجانب القانوني:

جاء التعسف في الحق وفقاً لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

— إذا وقع يقصد الإضرار بالغير

— إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ بالغير

— إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة³.

وعليه مما سبق أوجز معايير التعسف في الطلاق دون سبب فيما يلي:

أ- **معيار قصد الإضرار:** حيث يوقع الزوج الطلاق على زوجته دون سبب شرعي ودون

¹ - أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، الطبعة الأولى، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، بيروت، 1995، ص370.

² - المرجع نفسه، ص370.

³ - المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

حاجة تدعو إليه¹.

ب- **معيّار اختلاف التوازن بين المصال المعارضة:** وعليه قيام الزوج بإيقاع الطلاق لسبب غير معقول أو مقبول ولو كان يحقق له مصلحة ضئيلة لا تتناسب مع الضرر المترتب عن الطلاق².

ج- يكون الزوج متعسفا في طلاق زوجته إن طلقها في مرض موته، لأنه يعتبر فارا من الميراث فيرد عليه قصدا بتوريثها منه، وهذا الأخير يعتبر تعويضا لها عن تعسفه في الطلاق، طبقا لما جاء به الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 1998/03/17، والذي جاء فيه: " إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، ما عدا ما مكان القصد من الطلاق في مرض الموت الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"³. وعليه يكون الطلاق في مرض الموت تعسفا إذا كان القصد منه الحرمان من الميراث للزوجة.

كما نلاحظ أن نص المادة 52 من قانون الأسرة قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له أن الزوج قد تعسف في الطلاق بأن لم يقدم المبررات التي دعت له لطلب الطلاق، أو تبين له أنه طلقها بقصد الإضرار بها⁴.

ثانياً: أحكام الطلاق التعسفي وآثاره

1 - **أحكام الطلاق التعسفي:** لم يكن العسف في الطلاق في كتب الفقهاء القدامى وهو مصطلح تطرق إليه الفقهاء المحدثون، ولكنهم اختلفوا في حقيقة وجود تعسف في الطلاق:

الرأي الأول: يرون أنه ليس هنا تعسف في الطلاق، وذلك بناءً على أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأن الله تعالى ملك الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة فهو حر التصرف فيه.

¹ - حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أوّال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق، 2014/2015، ص41.

² - حياة خطاب، المرجع نفسه، ص41.

³ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص568.

⁴ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص187.

الرأي الثاني: يرون أن التعسف في الطلاق موجود من خلال أن الزوج طلق زوجته بغير مسوغ شرعي¹.

2 - آثار الطلاق التعسفي: يترتب عن الطلاق التعسفي جملة من الآثار تستدعي أحكام ترمي إلى تخفيض الضرر.

أ/ المقصود بالضرر: لقد اختلف الفقهاء في تعريف الضرر، إلا أنه اجتمعوا على أنه ما لا فيه منفعة للغير سواء كان كلياً أو جزئياً، كما قد عرفه الفقه الإسلامي على أنه إلحاق مفسدة بالآخرين سواء في ماله أو جسده أو عاطفته أو عرضه².

وقد أورد المشرع الجزائري في القانون المدني المادة 124 وما يليها بعض الأحكام المتعلقة بالضرر وتليها 176 وما يليها لبيان كيفية تنفيذ الأحكام المتعلقة بطريقة التعويض عن الضرر الناتج عن عدم الإلتزام³.

ب/ شروط الضرر:

- أن يمس الضرر بحق أو مصلحة كما يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع، ومباشر على الشخص⁴.

ثالثاً - التعويض عن الطلاق التعسفي:

وهذا ما نصت عليه المادة 52 من قانون الأسرة، إلا أن المشرع الجزائري لم يعط للتعويض تعريف إلا أنه نص في المادة 124 في القانون المدني حيث ذكرت أن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض⁵.

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 558.

² - حياة خطاب، المرجع السابق، ص 45، 46.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - حياة خطاب، المرجع نفسه، ص 50، 54.

⁵ - المرجع نفسه.

كما أن المشرع الجزائري لم يوضح معايير اعتبار الطلاق الذي يوقعه الزوج تعسفياً، ولم يضع حد أدنى أو حد أقصى للمقدار الواجب للتعويض عن الضرر اللاحق بالمطالبة سواء كان الضرر مادي أو معنوي، كما وضع قدر التعويض بسلطة تقديرية للقاضي، وهذا ما جاء في الاجتهاد القضائي الصادر بـ 1984/03/02 : من المقرر شرعاً أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلاً، من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخلف أحكام هذا المبدأ يعد شهادة للقواعد الشرعية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية¹.

ولقد جاء في قرار المحكمة العليا في قرارها الصادر 1999/06/15 حيث قضت بموجبه أنه من القرار قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النعي على قرار المطعون فيه بالقصورية والتسبيب ليس في محله ومتى تبيّن في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح عن الأسباب التي تدفعته للطلاق، وذلك تجنباً للحرّج أو تخطي لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن².

وعليه بفرض الزوج تقديم الأسباب الحقيقية التي بموجبها أحدث الطلاق ومنه تحمل كافة المسؤولية في الطلاق فلا يكون أما القاضي إلا الحكم بالطلاق وتحميل الزوج كافة تبعات الطلاق، وتعويض جراً للمطلقة حال ثبوت تعسف الزوج في الطلاق، ولا يمكن للزوجة أن تحدد مبلغ التعويض وإلا يعد خرقاً للقانون، وذلك احتراماً لمبدأ سلطة القاضي التقديرية في تقدير التعويض للمطلقة طلاقاً تعسفياً.

ومنه تعويض الزوجة لا ينطلق من المادة 124 من القانون المدني و124 مكرر وإنما مصدره مسؤولية الزوج كونه صاحب العصمة الزوجية، وهو ما أكدته المحكمة العليا

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 32779، نقلاً يوسف دلانده، قانون الأسرة، ص51.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 223019، نقلاً عن: خطاب حياة، المرجع السابق، ص66.

في "أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"¹.

إلا أنه فيما سيق الحديث عن تعويض المطلقة تعسفاً أحدث جدلاً بين أن التعويض الذي تأخذه المطلقة يعد متعة تخفف عنها ألم فاقها وهو ما جعل الاجتهاد القضائي في قرار قضائاه ينطق بالتعويض والمتعة معاً، وقد جاء هذا في قرار الصادر بـ 1986/04/07: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار يدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي"².

ومن هذا القرار يتبين أن التعويض شيء والمتعة شيء آخر، ومنه يفهم أن المطلقة طلاقاً تعسفياً تستحق التعويض على وجهين، وذلك حسب تقدير القاضي طبعاً.

رابعاً: موقف المشرع الجزائري:

لم يعرف المتعة المشرع الجزائري إلا أنها مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

في كتابه عز وجل، قال تعالى: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ»³.

على خلاف التعويض الذي جاء من خلال أمر اجتهادي مختلف فيه استند القائلون به على نظرية التعسف التي بنت مشروعية التعويض على أدلة القرآن والسنة حيث تجب المتعة بمجرد الطلاق، على خلاف التعويض الذي يكون في حالة عدم وجود سبب مشروع للطلاق.

¹ - حياة خطاب، المرجع السابق، ص 67.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 41560، نقلاً عن بلحاج العربي، ص 300.

³ - سورة البقرة، الآية 236.

إن المتعة والتعويض ينتشبهان في الطلاق البائن الذي يتوصل إلى حل الرابطة الزوجية نهائياً، على خلاف الطلاق الرجعي الذي لا تجب فيه لا المتعة ولا التعويض، حيث يمكن الاتفاق بين الزوجين على مقدار المتعة أو التعويض فإن اختلف قدرها القاضي.

في حالة تعمد الزوج عن عدم الإفصاح عن الأسباب الداعية إلى طلب الطلاق، فإن القاضي يحكم بالطلاق مع تحمل الزوج تبعات الطلاق في التعويض وهذا ما أقره الاجتهاد القضائي سابق الذكر الصادر في 1999/06/15 .

إلا أنه خلال دراسة التعويض عن الطلاق التعسفي وحالاته المستحقة للتعويض تبين وجود حالتين تتطلب التعويض وهو ما جاء في نص المادة 55 من قانون الأسرة ، الذي جاء فيه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"¹. وعليه:

الحالة الأولى- نشوز الزوج: معناه سواء سوء عشرة الزوج لزوجته ببعضهما وضربها². وقوله تعالى: «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ»³.

وعليه صرحت الشريعة الإسلامية للزوجة إذ ما ظهر من الزوج نشوز وإعراض عنها أو توقعت منه ذلك، بادرت بمصالحته رغبة في استقرار الحياة الزوجية، في حالة إعراض الزوج ورفض الصلح أو العودة إلى البيت الزوجية والقيام بواجباته الزوجية، فإذا امتنع الزوج صدر حكم نشوز ويقضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر منه. وأكدته ما جاء في قرار الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 1998/04/21: "من المقرر قانوناً أنه عند نشوز الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر، ومتى تبين في قضية

¹ - العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص55.

² - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص596.

³ - سورة النساء، الآية 128.

الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹.

أقرّ المشرع الجزائري عن حالة النشور في نص المادة 55 من قانون الأسرة والأخذ بالتعويض للطرف المتضرر في نص المادة 56 من قانون الأسرة، في حالة تبين النشور وأخص الإثبات بعدم تواجد الطرف الناشر خارج بيت الزوجية وهو التصرف الواضح والمعبر عن النشور رغم صدور حكم بالعودة إلى بيت الزوجية.

الحالة الثانية – نشور الزوجة:

أمّا من الناحية الفقهية يتحقق النشور بمجرد خروج الزوجة عن طاعة زوجها سواء داخل البيت أو خارجه.

وأمّا من الناحية القانونية: حيث لا تعتبر الزوجة ناشراً إلا إذا كانت خارج بيت الزوجية، ويطلب منها الرجوع إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الزوجية خاصة من جانبها المعنوي، فإذا امتنعت الزوجة يؤدي ذلك إلى صدور حكم بالنشور أولاً وانطلاقاً من هذه اللحظة يثبت النشور.

أما ما جعل القضاة لا يعتبرون النشور إلا ما كان خارج البيت هو لمقتضيات إثبات، وفي حالة طلب القاضي من الزوجة العودة إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولا يستجيب المعني لهذا الأمر، فإن القاضي يأخذ هذا الامتناع ضده ويعتبرها ناشراً ومن ثم يحملها المسؤولية ويقضي التعويض للطرف المتضرر، وعلى المستوى التطبيق وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 2005/10/12: "إن نشور الزوجة لا يثبت إلا بموجب محضر امتناع عن الرجوع بعد تنفيذ يقضي بالرجوع"².

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 189226: نقلا عن العيش فضيل، المرجع السابق، ص55،

² - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 339353. نقلا عن جمال السابيس، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي

الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2014، ص718.

إلا أن عدم رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج أو الإساءة إليها يعد نشوز وهذا ما أكد الاجتهاد القضائي الصادر بالتاريخ 19/05/1998: "إن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزاً، ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طلاق الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقلياً ثم تراجع عن ذلك وطلب رجوعها من جديد لئلا يتجنب مسؤولية الطلاق، فإن امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزاً، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المحكمة بالطلاق وتعويض الزوج لنشوز الزوجة دون مناقشة الدفع الذي أثارت الطاعنة، فبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 55 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. وعليه فإن قضاء الموضوع بقضائهم بعدم نشوز الزوجة طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن"¹.

لقد خص المشرع الجزائري اعتبار النشوز من الوقائع الموضوعية التي يتمتع قاضي الموضوع بتقييمها. وله سلطة مطلقة في تقدير عناصر ومكونات النشوز².

الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي في قانون الاسرة الجزائري:

هو ما جاء في نص المادة 48 من الأمر 02-05 المؤرخ في 27/02/2005 الذي نص على أن: "... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة..."³.

أولاً - حالة خلع اتفاقي: يتبين من النص انه يمكن فك الرابطة الزوجية باتفاق بين الزوجين، بناءً على إرادة مشتركة بينهما. كما يجوز أن تقوم بناء على طلب أحدهما وقبول أو موافقة الطرف الآخر.

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 213669، نقلا عن بالحاج العربي، ص 300.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 127.

³ - الأمر 02-05 المؤرخ في 27/02/2005.

إلا أن نص المادة 49 من الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 يتوجب على القاضي المعروضة أمامه الخصومة في الطلاق أن يقوم بمحاولات صلح وهو ما يؤكد الاجتهاد القضائي الصادر بـ 1967/03/29: من المقرر شرعاً انه يجوز الطلاق بالتراضي بعد محاولات صلح من طرف القاضي¹.

أما ما أقرّ به الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بـ 1988/07/18: "من المقرر أن الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين ولا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات الصلح من طرف القاضي، ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد. وثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضوا برجوع الزوجة رغم أن الطلاق وقع بالتراضي بينهما، بحكم وبقضائهم كما فعلوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"².

حيث أنه أقام الصلح في ظل أن الطلاق بالتراضي يستوجب عقد جديد لأن الطلاق تم إما بالخلع مع الاتفاق أو طلاق مقابل مال والذي يكون فيه الطلاق بائن وإن لم يكن هناك حكم قضائي.

ثانياً - حالة الطلاق مقابل مال: يجوز للزوجة أن تخالع نفسها مقابل مال دون قبول الزوج وهو ما نص عليه القرار الصادر بتاريخ: 1968/03/13، جاء فيه أن عدم قبول الزوج للعوض الذي قدمته الزوجة يجعل الخلع غير صحيح³. إلا أن القضاء الجزائي تدارك الوضع وغير رأيه حديثاً، حيث أصبح يعتبر أن الخلع حق للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق، وليس رخصة كما قال سابقاً.

¹ - نقلاً عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 211.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم: 49858. نقلاً عن بلحاج العربي 226.

³ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 129، 130.

المبحث الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بالخلع والتطليق

نصت المواد 48، 53، 54 من قانون الأسرة على أحكام التفريق بين الزوجين حسب كل من الإرادة المنفردة للزوجة أو بواسطة التفريق القضائي وسيتم تناولها في مطلبين كما يلي:

المطلب الأول : انحلال الرابطة الزوجية بالخلع

الفرع الأول : مفهوم الخلع

أولاً: أ- لغة: مأخوذة من خلع الثوب إذا أزاله، ولأن المرأة لباس الرجل والرجل لباس لها¹. لقوله تعالى: «... هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ...»².

ب- اصطلاحاً: الخلع هو افتداء المرأة من زوجها الكارهة له، بمال تدفعه إليه ليتخلى عنها³. كما عرفه المالكية: الطلاق بعوض سواء أكان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره، أو هو بلفظ الخلع، وهو يدل على أن الخلع نوعان:

الأول: وهو الغالب ما كان في نظر عوض.

الثاني: ما وقع بلفظ الخلع، ولو لم يكن في نظير شيء، كأن يقل لها: خالعتك أو أنت مخالعة⁴.

دليل مشروعيته: من الكتاب: في قوله تعالى: «... وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَتْهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...»⁵.

¹ - نسرين شريفي وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص79.

² - سورة البقرة، الآية 187.

³ - أبو بكر الجزائري، المرجع السابق، ص374.

⁴ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص265، 266.

⁵ - سورة البقرة، الآية 229.

من السنة: الخلع جائز متى استوفى شروطه، لقوله صلى الله عليه وسلم: لامرأة ثابت بن قيس، وقد جاءه تقول عن زوجها: يا رسول الله، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكر الكفر بعد الإسلام، فقال لها: أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: قبل الحديقة وطلقها تطليقة¹.

من الإجماع: فقد ذكر الإمام القرطبي في شرح الحديث فقال: فيقال أنها كانت تبغضه أشد البغض، وكان يحبها أشد الحب، ففرق بينهما الرسول صلى الله عليه وسلم، بطريق الخلع فكان أول خلع في الإسلام².

من القانون: "لم يعرف المشرع الجزائري الخلع إلا أنه نص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة: يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

"إلا أن المحكم العليا أصدرت هدة قرارات عرفت الخلع فيها، كما جاء في القرار الصادر في 1982/02/08 جاء فيه: "أن الخلع عقد يتوقف على إيجاب وقبول الطرفين"³، كما أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا فلا يحوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه"⁴، وأيضا: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه"⁵.

الفرع الثاني : أحكام الخلع في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أولا - من جانب الزوج: يشترط في الخلع عدم إضرار بالزوجة والدفع بها للخلع دون الطلاق، في حالة إثبات الضرر والابتزاز حكم القاضي بالطلاق دون الخلع، بحيث أن يكون الزوج عاقل وأهلا للتصرف في ماله، بالغا، إلا أن القاضي يمكن أن يجبر الخلع إن وجدت

¹ - أبو بكر الجزائري، المرجع السابق، ص374.

² - حياة خطاب، المرجع السابق، ص23.

³ - حياة خطاب، المرجع نفسه، ص93.

⁴ - ملف رقم: 33652، أنظر : عمر بن السعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، ص36.

⁵ - قرار صادر عن المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1999/03/16، نقلا عن بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص210.

مصلحة في ذلك وهذا ما أخذ به المذهب المالكي القائل: "من لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن"¹.

بينما السفية يمكن له أن يطلق لأنه محجور عليه في الجانب المالي فقط، على عكس مريض مرض الموت فإنه إذا خالغ زوجته فإن الخلع ينفذ واللعوض يلزم.

ثانيا - من جانب الزوجة: يشترط في الزوجة أن تكون مختارة غير مكرهة أهلا للتصرف بالعقل والبلوغ، بالإضافة إلا أن تكون متمتعة بأهلية التبرع.

أما عن جواز اختلاع الأب لابنته الصغيرة فالأصل أن يخالغها لمالها أو مهرها وقع الطلاق ولا يلزمها بشيء كما لا يلزم الأب بشيء، أما إذا اختلغها بماله فإنه يصح الخلع ويلزم المال². أما إذا خالغ الأب ابنته البالغة فإن الخلع يقع موقوفا على إجازتها ويجوز إخلع إذا خالغها من ماله. وإذا خلع المحجور عليه لسفه أو جنون لا يلزم به مال، ولكن يقع به الطلاق رجعيًا هذا إذا كان مدخولا بها، وبأئنا إذا لم يكن مدخولا بها.

أما بالنسبة لخلع الزوجة المريضة مرض الموت فهو مقبول وتكون ملزمة ببذل الخلع لأنها أهل لجميع التصرفات المالية.

ثالثا - قيام الرابطة الزوجية: فمن أجل قيام المرأة تخلع لرجل يجب أن تتوفر بينهما علاقة رابطة زوجية ومسجلة في الحالة المدنية، بحيث يكون الزواج قانوني وصحيح.

رابعا - بدل الخلع: هو مقابل الخلع والذي تقدمه الزوجة الخالعة لزوجها فيكون المبلغ من المال أو غيره من الأشياء القيمة ومباحة شرعاً كعوض عن ضرر الشقاق الذي أحدثته الزوجة للزوج بخلعها له، وأن يكون الشيء بدل الخلع موجود وقت إحداث الإيجاب، ويكون الشيء مقابل للخلع معينا أو قابل للتعيين، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، إلا أنه لا يصح بدل الخلع في الحالتين:

¹ - حياة خطاب، المرجع السابق، ص 27.

² - المرجع نفسه.

1 - في حالة الصداق كان غير مسمى فإنه لا يصلح أن يكون بدل الخلع.¹

2 - إذا اشتمل بدل الخلع اعتداء على حق الصغير، كإسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقهم.

شُرّع الخلع لمصلحة الزوجة بناءً على طلب منها، مقابل مال تدفعه الزوجة سواء كان بموافقة أو عدم موافقة الزوج. إلا أنه يصح الخلع باتفاق الزوجين على مبدأ الخلع وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادرة بتاريخ 1985/04/22، جاء به: "من المتفق عليه فقهاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ فقهاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتباره أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم بتعيين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيد أن هذا المبدأ استوجب النقض للقرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدرا صداقها واشترط الزوج خلعها قدره -50 ألف دج- رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معاً.²

يلاحظ أن في حالة قيام الخلع بانحلال الرابطة الزوجية فهذا لا يسقط النفقة في العدة فهي تبقى كأثر لانحلال الزواج، إلا أن الملاحظ في الخلع قيام إيجاب يستوجب قبول انحلال الرابطة الزوجية وهذا ما جاء في القرار الذي يرى أن الخلع لا يكون صحيحاً إلا إذا كان يرضي الزوج حتى يقع الخلع ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1988/11/21، جاء فيه: من المقرر وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالف الزوجية دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه -لما كان من الثابت- في قضية الحال أن المعون ضدها طلبت التطليق ولم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالفة زوجها دون أن يجد ذلك مقبولا من هذا الأخير، فإن القضاء

¹ - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص64.

² - نقلا عن يوسف دلاندة، قانون الأسرة، المرجع السابق، ملف رقم 36709، ص53.

بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع. ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة¹.

رغم أن نص المادة 54، نص أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها حتى دون موافقة زوجها مقابل مبل مالي، إلا أن ما جاء في القرار يخالف ما جاء في نص المادة وهو أنه يشترط موافقة الزوج أمر وجوبي.

كما جاء في قرار آخر يخالف القرار السابق وهو عدم اشتراط موافقة الزوج وإنما يحدث الخلع بمجرد عرض الزوجة لمبلغ مالي مقابل الخلع وهو ما جاء في القرار الصادر في 2000/11/21: "أن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلب غير مشروط قانونا وذلك منعا للإبتزاز والاستغلال بين الزوجين"².

موقف المشرع الجزائري في الخلع كان صائبا باعتبار الخلع طلاق، لأن الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد، والخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة واكتفى بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال، وترك مسألة الصيغة وشروطها لمبادئ الشريعة.

حتى نص المادة 54 لم توضح إذا كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عمليا، وانقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين الأول يرى أن رضا الزوج يشترط لصحة الخلع، كما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 تحت رقم 51728 جاء فيه "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنه ليس للقاض سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطبيق ولم يكن لها سبب فيه، أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 51728، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1990، ص72. أنظر: جمال

سايس، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2014، ص277.

² - حياة خطاب، المرجع السابق، ص30.

دون إحالته". وجاء في قرار آخر بتاريخ 1991/04/03 وتحت رقم 73885 جاء فيه " من المقرر شرعا وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون"¹.

بينما يرى الاتجاه الثاني أن رضا الزوج ليس شرط لقيام الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع، وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 وقد سبق ذكر نص القرار وجاء في قرار آخر بتاريخ 1999/03/16: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي . مسألة اشتراط رضا الزوج وجعل الخلع حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج حسب الشريعة الإسلامية والمذهب المالكي المعتمد في القانون الجزائري وهو ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/07/30، "أن طعن الزوج بالخلع انتهى إلى قبوله شكلاً ورفضه موضوعاً استناداً إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً بين الزوجين".

ومنه جاءت طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع أحكام نهائية من حيث قبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشرة، وما جاء من أحكام على مستوى درجات التقاضي كان اعتباراً لمبدأ التقاضي على درجتين حيث لو جاء التقاضي على درجة واحدة لصرحت المحكمة العليا بنقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة².

المطلب الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق

أشار المشرع الجزائري إلى التطليق في نص المادة 53 من قانون الأسرة إلا أنه لم يقم بتعريفه ولكي نقوم بتقديم التطليق في هذا الجزء من الدراسة من خلال ما يلي:

¹ - نورة منصوري، التطليق وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2012م، ص131، 132.

² - المرجع نفسه، ص134.

الفرع الأول: مفهوم التطلق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أولاً - تعريف التطلق: أ - لغة: من الفعل طلق أي شرك.¹

ب - اصطلاحاً: يمكن إظهار رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها لسبب من الأسباب المشار إليها قانوناً.²

لقد عدت المادة 53 من قانون الأسرة جملة من الأسباب تستطيع الزوجة التطلق بها.

1 - من الجانب الفقهي: إن موقف الفقه من التطلق لعدم الإنفاق على ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: من الحنفية: لا يجوز التطلق لعدم الإنفاق في حالة العجز أو الامتناع.³

الاتجاه الثاني: المالكية والشافعية، وأحمد بن حنبل: يعطون الحق للمرأة أن تطلب التطلق لعدم الإنفاق، مع الاختلاف في التفاصيل.

الاتجاه الثالث: هو لابن قيم الجوزية حيث ربط المسألة بالتنريد من عدمه.⁴

2 - من الجانب القانوني: اشترط القانون لجزائري في هذا النوع من الانحلال أن يتك بطلب من الزوجة بإرادتها المنفردة، وأمام القضاء في المحكمة، وهذا ما ورد في المادتين 48 و53 من الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27. ولقد عدت المادة 53 من نفس الأمر على أسباب التطلق . منها التطلق لمخالفة أحكام المادة (08) من نفس القانون.

¹ - نسرين شريفي وآخرون، المرجع السابق، ص84.

² - المرجع نفسه.

³ - د/ بن شويخ، المرجع السابق، ص190.

⁴ - المرجع نفسه.

الفرع الثاني: التطبيق لمخالفة أحكام المادة (08) من قانون الأسرة الجزائري

تجيز المادة 53 من قانون الأسرة للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج لأحكام المادة 08 من قانون الأسرة.

حيث نصت على أن مسألة تعدد الزوجات يستوجب وجود المبرر الشرعي بالإضافة إلى إخبار الزوجة السابقة، وبتقديم طلب إلى رئيس المحكمة، الذي بإمكانه أن يرخص للزوج بالزواج الجديد متى أثبت قدرته على العدل وتوفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية¹.

كما تبين من أحكام الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، والتي تقضي بأحقية كل زوجة في المطالبة بالتطليق متى تبين وجود تدلس من الزوج بعدم إخبارها والحصول على موافقتها، وترخيص القاضي المسبق، كما أن نص المادة 19 من نفس القانون حيث تعتبر أساس تجيز للمرأة طلب التطليق عند مخالفة الزوجة لشرط في عد الزواج عليها².

ومنه جعل المشرع الجزائري الفقرة السادسة من المادة 53 من نفس القانون سببا مستقل عن أحكام المادة 08 من نفس القانون أيضا لطلب التطليق من طرف الزوجة. كما نصت المادة 37 من قانون الأسرة على مسألة تعدد الزوجات، حيث إذا لم يقيم الزوج بالعدل بين الزوجات بطريقة مشروعة وقانونية، فإنه يجوز للزوجة التقديم بطلب التطليق للضرر، وهي عكس مخالفة لأحكام المادة 08 من نفس القانون.

وردت طبيعة الأحكام القضائي الصادرة في شأن التطليق باعتبار أحكام التطليق نهائية. أما أحكام التطليق الغيابية، فإننا لا نستطيع اعتبارها أحكام نهائية لأننا سوف نقع في تناقض مع أحكام المادة (98) من قانون الإجراءات المدنية، التي تنص على ابتدائية الأحكام الغيابية³.

¹ - الأمر 05-02، المؤرخ في 27/02/2005، المادة 08.

² - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي، المرجع السابق، ص58.

³ - نورة منصوري، التطليق والخلع، مرجع سابق، ص72 وما بعدها.

الفرع الثالث: التطليق للشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أولا - من الجانب الفقهي: المقصود بالشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة والضرر، أي هو كل إيذاء يقوم به الزوج لزوجته بالقول أو الفعل¹.

المالكية: التفريق للشقاق أو الضرر منعا للنزاع، وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما وبلاء، ولقوله عليه الصلاة والسلام: ((لا ضرر ولا ضرار))، وبناءً عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي².

الحنفية والشافعية والحنابلة: التفريق للشقاق والضرر مهما كان شديداً، لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق رفع الأمر إلى القاضي³.

وعليه يكون الفراق للشقاق يوقعه القاضي يكون طلاق بائن، لأن الضرر لا يزول إلا به، لأنه إذا كان الطلاق رجعياً يمكن الزوج من مراجعة زوجته في العدة، وعاد إلى الضرر.

من الجانب القانوني: في حالة استمرار الشقاق بين الزوجين جاز للقاضي الحكم بالطلاق أو التطليق بعد محاولات الصلح، إذا اشتد الخصام وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما حسب نص المادة 56 من قانون الأسرة، لقوله تعالى: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا»⁴.

كما أن المادة 53 من نفس القانون في الفقرة الثامنة نصت على أن الشقاق بين الزوجين يعد أحد أسباب طلب التطليق من الزوج. حيث نص عن الشقاق ولم يعرفه، إلا أن التطليق للشقاق بناءً على ضرر معتبر شرعاً، إلا أنه يبقى سلطة تقديرية للقاضي وهذا ما

¹ - عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص277.

² - غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، الطبعة الأولى، دار الطليعة، الجزائر، 2011، ص116.

³ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص277.

⁴ - سورة النساء، الآية 35.

جاء في الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 15/06/1999، "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز التطلق لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا¹.

وعليه يفهم من القرارين أن الاجتهاد القضائي جعل التطلق للشقاق مبني على أمرين، أولها الاستمرار الذي يجعل الحياة الزوجية مستحيلة، وثانيها ثبوت الضرر، وما جاء في الاجتهاد القضائي بتاريخ 18/05/1999: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ومتى تبين -من قضية الحال- أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديمهم كان سليما وطبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"².

موقف المشرع الجزائري من الشقاق بين الزوجين أنه يجوز طلب تطلق متى استمر الشقاق حسب نص المادة 53 الفقرة الثامنة من قانون الأسرة، ولم يبين في هذه الحالة إن كان سبب الشقاق الزوجة أو الزوج، أو كان سبب الشقاق مشترك أو من كانت نسبة الشقاق أكثر لديه، وقد ترك عبء الإثبات على عاتق الزوجة، إلا في حالة التعدد للزوجات تعفى من الإثبات لأن مجرد التعدد يعتبر ضررا موجبا لطلب التطلق.

كما لم يحدد المشرع جوانب الضرر وتركها سلطة تقديرية للقاضي.

الفرع الرابع: التحكيم في دعوى التطلق للشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة.

أولا - من الجانب الفقهي:

1 - مفهوم التحكيم: أ- لغة : من مصدر حكم، يقال حكمه في الأمر تحكيما.

ب - اصطلاحا: اختلفت تعاريف التحكيم إلا أنها جملة لا تخرج عن لامعنى اللغوي. فقد جاء في الدر المختار أن التحكيم هو: "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما". وجاء في ابن قدامة:

¹ - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص205.

² - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم: 222134- نقلا عن العيش فضيل، المرجع السابق، ص52.

إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّاه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز¹.

2 - مشروعية التحكيم: أ - من الكتاب: قوله تعالى: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا² إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا³».

ب - من السنة: ثبت مشروعية التحكيم من السنة بأحاديث كثيرة. ما جاء في حديث بريدة: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا"³.

ج - من الإجماع: الإجماع على جواز التحكيم ومشروعية العمل به منذ عصر السنة وإلى يومنا هذا. ولقد جاءت حكمة مشروعية التحكيم لحل النزاعات والخلافات القائمة بين الناس دون اللجوء إلى القضاء في كثير من الحالات.

من جملة القضايا التي تحل النزاعات بالتحكيم كان الإصلاح بين الزوجين من بينها، ولقد أعطي المشرع أهمية كبيرة للتحكيم بينهما لحل الخلاف وإصلاح الشقاق والعودة إلى الحياة الزوجية، إلا أن دور الحكّمين تختلف عليه بين الفقهاء، فمنهم من يرى أن للحكّمين سلطة التفريق لأنهما مبعوثين من قبل القاضي، ولهما حرية اتخاذ ما يريانه مناسب، إما الإصلاح أو التفريق.

ثانياً - الجانب القانوني:

جاء في نص المادة 65 من قانون الأسرة على أنه: إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما. وبموجب نص المادة أوجب على

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 655.

² - سورة النساء، الآية 35.

³ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 90.

القاضي تعيين حكمين للإصلاح بين الزوجين عند اتساع هو الخصام والشقاق بينهما. كما نصت المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية على جواز تعيين حكمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين آخرين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"¹.

من الملاحظ أن موقف المشرع الجزائري في مسألة توكيل حكمين عن الزوجين للإصلاح بينهما في حالة استمرار الشقاق جون أن يتمكن من إثبات الضرر وعليه يستوجب تعيين الحكمين في دعوى التطلق للشقاق، يكون تقدير شدة الخصام سلطة تقديرية للقاضي من خلال موضوع الدعوى، وجعل دور الحكمين الإصلاح وليس التفريق، لأن سلطة الحكمين لا بد أن تكون تكليف بمهمة.

التطبيق للشقاق في القضاء: اشترط التفريق القضائي شرطين لقيامه، استمرار الشقاق، وثبوت الضرر، وهذا ما جاء في المادة 53 من قانون الأسرة، وما جاء في القرار الصادر في 1996/09/24: من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة، مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب، وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطبيق الزوجة بهذا السبب كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

تناول المشرع الجزائري موضوع الشقاق المبرر لطلب التفريق بطريقة غير مبينة تدعوا إلى التساؤل فيها حوله، إلا أن الاجتهاد الذي جاء في 1996/09/24، والقرار السابق المؤرخ في 1999/06/15 الذين دلّ على وجود هذه الفقرة في المادة 53 من خلال تفسيرها واستخلاص أحكام التطبيق التي تبينت من خلال استمرار الشقاق، واستفحاله أي استحالة الإصلاح بينهما والعودة بهما إلى الحياة الزوجية وتضرر الزوجة منه.

¹ - المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية، القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 الجريدة الرسمية، العدد

21 المؤرخ في 2008/04/23، ص38.

الخاتمة

عُرِفَ الاجتهاد منذُ العصر الإسلامي، واشتهرَ أكثر في زمن خلافة عمر بن الخطاب الفاروق، حيث تميزت شخصيته الاجتهادية عبر تاريخ الإسلام، حيث كان يقول عن اجتهاداته: "هذا ما رأى عمر"، فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأً فمن عمر"، وعليه عرف الاجتهاد الفقهي على أنه بذل الجهد والوسع في استنباط الأحكام"، أما الاجتهاد القضائي فهو ما يقوم به القاضي بالنظر في النزاع المعروض عليه فيكون اجتهاداً قضائياً من خلال استنباط الأحكام القانونية من المصادر الرسمية، في حالة غموض أو نقص أو سكوت سيتوجب على القاضي أن يجتهد في فهم النص لسد الثغرات التي خلقها المشرع وفق المبادئ التي حددها المشرع.

للقاضي نص تشريعي يقضي به أما إذا لم يكن له نص فلا بد من البحث عن قاعدة خارج النصوص والمصادر الرسمية، وأهم هذه المصادر العرف، لأنه منذ أقدم العصور وهو ملزم بذاته، ويأتي بعد الشريعة الإسلامية من حيث الترتيب، كما جاء في النص القانوني للمادة الأولى من التقنين المدني، في الفقرة الثانية: "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ..."، والاجتهاد القضائي يقوم لا يقوم بوضع قواعد قانونية بل يطبقه على الحالة المعروضة عليه من خلال تفسير نص قانوني لاستنتاج حكم قضائي جديد، ويعتبر استقرار التفسير لنص قانوني ناتج إما عن احترام لمبادئ السلطة القضائية في إصدار الأحكام أو عدم مخالفة المحاكم الأقل درجة للحكم الناتج عن المحاكم الأكثر درجة خوفاً من الطعن فيها، وليس ناتج عن وجود سابقة قضائية تفرض على القاضي الحكم بنفس الأحكام. لأن المطلوب من القاضي هو النظر في القضايا على حدى، والأحكام المتتالية مجرد استقرار التفسير، لأن لكل حكم قضائي حجية خاصة به، وليس من الممكن أن يكون أمام نزاعين مختلفين ولهما نفس الحجية، وخاصة أن الحجة تختلف في الحكم الواحد فكيف لها أن تتماثل في نزاعين مختلفين من حيث الأطراف والوقائع وعليه كانت الأحكام القضائية من حيث الحجية إما قطعية فاصلة في الدعوى وحداً تنتهي فيه الخصومة في الكل أو الجزء، أما الحكم غير القطعي ما كان قبل الفصل في الموضوع حجيته تجنب الضرر الناتج عن تباطؤ الإجراءات، كما جاءت أحكام

فاصلة في الإجراءات والموضوع، أما الأحكام الجائزة لقوة الشيء المقضي فيه فلا ترد على كل ما يتضمنه منطوق الحكم من عبارات وإنما تقتصر على ما يكون فاصلاً في الدعوى، وهي أحكام غير قابلة للطعن بالطرق العادية، وتكون قابلة للطعن بطرق الطعن غير العادية كالالتماس والنقض عكس الأحكام الباتة التي هي أقوى أنواع الحكم، حيث لا تقبل الطعن سواء بالطرق العادية أو غير العادية وهي قابلة للتنفيذ من الناحية العملية.

نظراً لأهمية الأحكام القضائية الناتجة عن الدور البالغ الأهمية الذي يقوم به القضاء في استنباط الأحكام لكل نزاع قائم بين الطرفين وخاصة لما جاء في قضايا الأسرة من التطورات المستجدة التي أدت إلى تطور الاجتهاد القضائي لمواكبة هذه الحملة التطورية من الناحية العملية والسياسية والاجتماعية، والتأثر بالحضارات المختلفة، في جل هذه التطورات، اعتمد المشرع الجزائري في استنباط أحكام الأسرة من مصدرين هما القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وما كان على القضاء سوى تطبيق هذه الأحكام وصاغة واقعية تقوم على تحويل النص من عنصر ميت إلى عنصر حي.

دعت الضرورة للاجتهاد القضائي لرفع الحرج عن الناس والاستفادة من المناهج القانونية الحديثة مع الحفاظ على الهوية الفقهية للشريعة الإسلامية، وفق ضوابط لتقليل من درجت التعصيب المذهبي وإعادة النهوض بالفقه الإسلامي من جديد من خلال فتح الباب للقدرات الفكرية لنهوض بالقضاء وخاصة في قانون الأسرة، وبالأخص حل الشقاق بين الزوجين المتضمن في الباب الثاني من القانون في المادة 47 التي تضمنت الطلاق أو الوفاة كأسباب عامة في الفرقة بين الزوجية وتناول الاجتهاد القضائي هذا الموضوع في جوانب عديدة. وقد نصت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على حل عقد الزواج بالطلاق إما بإرادة منفردة أو بالتراضي أو بواسطة الحكم القضائي، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، وجاءت أحكام الطلاق من خلال المواد 49 إلى 51 من قانون الأسرة، وعليه كانت فترة العدة تفصل بين الطلاق الرجعي الذي يكون قبل انتهاء العدة والطلاق البائن الذي يكون بعد انتهاء العدة، إلا أن ما جاء في نص المادة 50 من قانون الأسرة عن إجراء محاولات الصلح قد تطول حسب نص المادة 49 من نفس القانون وانتهاء فترة العدة قبل انعقد جلسة الصلح في هذه الحالة يكون الحكم بالرجوع مخالفة لأحكام الشريعة التي تستوجب عقداً جديداً، ومنه وقع المشرع بين عدة قانونية وعدة شرعية من يوم التلفظ، وعليه يخلط

المشرع بين الطلاق البائن والطلاق الرجعي الذي يستوجب عقد جديد كان قد تعارض مع الحكم بالرجوع في جلسة الصلح دون التفريق بين نوع الطلاق، ويكون الحكم الصادر بالطلاق دون إجراء محاولات الصلح المنصوص عليها في مادة 49 من القانون، ويكون حكماً باطلاً وهو ما جاء في القرار الصادر في 18/02/1991، ومن المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلى بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون كمبدأ.

ومما هو معلوم الطلاق حقٌ إلا أنه قد يكون إساءة في استعمال حق وقد يؤدي إلى ضرر بالغير حيث تضمنت المادة 52 من قانون الأسرة أنه إذا تبين تعسف في الطلاق ترتبت جملة من أحكام ترمي إلى تخفيف الضرر إلا أن مفهوم الضرر يختلف وإنما يستوجب تعويضاً نص عليه القانون المدني في المادة 124 وأبقى التعويض سلطة تقديرية للقاضي كما جاء في القرار الصادر في 02/03/1984م نتج عنه تعويضاً عن طلاق بائن توصل إلى إنهاء الرابطة الزوجية نهائياً، كما يتبين من نص المادة 55 من قانون الأسرة أن حالة النشوز أحد الزوجين تستوجب تعويض، وما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة حق المرأة في مخالعة نفسها مقابل مال، واعتبر القضاء الجزائي الخلع حق وليس رخصة، وما جاء في المواد 48، 53 و 54 من نفس القانون جاءت أحكام التفريق بين الزوجين، حيث جاء الخلع دون موافقة الزوج مقابل مبلغ مالي إلا أن ما ظهر في قرار رقم 21/11/1998 أن موافقة الزوج أمر وجوبي وعكس ذلك ما جاء في القرار الصادر 21/11/2000 وعليه يعد تراجع عن قرار سابق.

غير أن ما جاء في نص المادة 53 من نفس الأمر هو أن يتم طلب الزوجة إنهاء الرابطة الزوجية أمام القضاء في المحكمة وقد عدت أسباب التطليق في نص المادة، وما كان أنها خالفت أحكام المادة 08 من نفس القانون حيث أوردت الفقرة 06 من المادة 53 من القانون سبب مستقل عن أحكام المادة 08 من قانون الأسرة، وجاء أيضاً في المادة 37 من قانون الأسرة على مسألة تعدد الزوجات حيث خالفت أيضاً أحكام المادة 08 من نفس القانون واستمرار الشقاق بين الزوجين سبب في طلب التطليق أمام القضاء، وهو ما جاء في القرار الصادر في 24/02/1996م نتيجة استحالة الحياة الزوجية وثبوت الضرر رغم محاولة التحكيم بين الطرفين حسب نص المادة 56 من نفس الأمر، وجعل دور الحكمين الإصلاح وليس التفريق في حدود الحد من استفحال الشقاق والعودة بهما إلى الحياة الزوجية.

قائمة المصادر والمراجع:

• القرآن الكريم.

أولا – كتب إسلامية:

1. أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، الطبعة الأولى، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، بيروت، 1995م.
2. أحمد محمد لطفي أحمد، أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م.
3. بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، بن عكنون، الجزائر، 1988م.
4. فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط3، بيروت، لبنان، 2013م.

ثانيا – كتب قانونية:

5. أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية – النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2009م.
6. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
7. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008م.
8. بلحاج العربي، قانون الأسرة، مدعم بالاجتهادات القضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007م.
9. بوشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008م.
10. دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة – الزواج والطلاق – الطبعة الثالث، دار هومة، الجزائر، 2011م.
11. دلاندة يوسف، قانون الأسرة – مدعم بأحدث مبادئ الاجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة، الجزائر، 2004م.

12. سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2014.
13. سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2014.
14. عبد الحميد الشواربي، حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986م.
15. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج بعد التعديل، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2007م.
16. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007م.
17. عبد المنعم البدر اوي، مبادئ القانون، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1972م.
18. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، الطبعة الثالثة، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م.
19. عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002م.
20. عمر بن السعيد، الإجتهد القضائي وفق أحكام قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014م.
21. العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005م.
22. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، الطبعة الأولى، دار الطليعة، الجزائر، 2011م.
23. الغوثي بن ملحة، القانون الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000م.
24. محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، الطبعة العشرون، دار هومة، الجزائر، 2014م.

25. منصوري نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشرعية، دار الهدى، الجزائر، 2012م.

26. نسرین شریفی وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013م.

ثالثا- المقالات والرسائل الجامعية:

27. حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق، 2015/2014.

28. محفوظ بن صغير، الاجتهادات القضائية في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل دكتوراه العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009م.

29. سيد معين الدين قدری، التقليد والتلفيق في الفقه الإسلامي، مجلة المسلم المعاصر، الطبعة الأولى.

رابعا- النصوص القانونية والأوامر:

30. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

31. قانون 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

32. الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 15، الصادرة في 27 فيفري 2005.

33. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 29 أفريل 2008.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
—	شكر
أ - د	مقدمة
	الفصل الأول : ماهية الاجتهاد القضائي وبيان أحكامه
06	المبحث الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي وبيان مجاله ومصادره وحجيته.
06	المطلب الأول / مفهوم الاجتهاد القضائي ومجاله ومصادره.
06	الفرع الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي
07	الفرع الثاني : مجال الاجتهاد القضائي
08	الفرع الثالث : مصادر الاجتهاد القضائي
08	المطلب الثاني: دور الاجتهاد القضائي وبيان حجية الأحكام القضائية
09	الفرع الأول : دور الاجتهاد القضائي في وضع القواعد القانونية
10	الفرع الثاني : دور الاجتهاد القضائي في استقرار الأحكام القضائية
12	الفرع الثالث : بيان حجية الأحكام القضائية
15	المبحث الثاني: تطور الاجتهاد القضائي وأهميته في قانون الأسرة من الناحية العملية.
15	المطلب الأول: العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد القضائي وأهميته.....
15	الفرع الأول: العوامل المساعدة على تطور الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة
16	الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية.
17	المطلب الثاني: سعة فضاء الاجتهاد القضائي ومجاله في أحكام الأسرة.....
17	الفرع الأول: سعة فضاء الاجتهاد القضائي
18	الفرع الثاني: مجال الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة.
19	الفرع الثالث: دواعي الاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة ضوابطه وآثاره.....
	الفصل الثاني : تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسائل انحلال الرابطة الزوجية
22	المبحث الأول : انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق
22	المطلب الأول: مفهوم الطلاق وأحكامه من خلال المواد من 49 إلى 51 من قانون الأسرة
22	الفرع الأول : مفهوم الطلاق ومعنى الفرقة والفرق بينه والفسخ.....

25	الفرع الثاني : أحكام الطلاق من خلال المواد من 49 إلى 51 من قانون الأسرة.....
30	المطلب الثاني: أحكام الطلاق التعسفي والطلاق بالتراضي
30	الفرع الأول: أحكام الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....
38	الفرع الثاني: أحكام الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة الجزائري.
40	المبحث الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بالخلع والتطليق.
40	المطلب الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالخلع.
40	الفرع الأول: مفهوم الخلع.
41	الفرع الثاني: أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....
45	المطلب الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق.
46	الفرع الأول : مفهوم التطليق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....
46	الفرع الثاني: التطليق لمخالفة أحكام المادة (08) من قانون الأسرة.....
47	الفرع الثالث: التطليق للشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....
49	الفرع الرابع: التحكيم في دعوى التطليق للشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة.
52	خاتمة.....
55	قائمة المصادر والمراجع
58	فهرس
60	ملخص باللغة العربية
60	ملخص باللغة الفرنسية.

ملخص:

جاءت دراسة الموضوع ابتداءً بالمفهوم العام للاجتهاد والاجتهاد القضائي وبيان أهميته، وسعة فضاءه الاجتهاد القضائي في مجال الأسرة، وضرورة تطوره للنهوض بالعملية الاجتهادية، ما يستدعي إلى بذل مجهودات لتدارك النقص وسد الثغرات وإعادة صياغة أصول شرعية منظمة لعلاقات أسرية، وفق ما تتطلبه تطورات العصر التي دفعت بالتطور التاريخي الذي صاحب التطبيق القضائي في مجال الأسرة وبالأخص مسائل إنهاء الرابطة الزوجية غير مختلف المراحل التي مر بها التشريع الجزائري، إذ بقي قانون الأسرة يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية لتدارك بعض المواد والأحكام القضائية الاجتهادية المخالفة لها، حيث كان من اللازم صياغتها وفق ما يتماشى مع التطورات اليومية والتطلعات الأسرية دون مخالفة النصوص الشرعية كما يحدث في المادة 08 من قانون الأسرة والتعارض بين أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 50 من هذا القانون، في حين ترك بعض المسائل في حالة غموض.

Résumé :

Etude du sujet est venu du concept général de la jurisprudence et de la jurisprudence et de son importance, et la capacité jurisprudence dans le domaine de la famille et de la nécessité pour le développement pour faire avancer le jurisprudentielle de processus, ce qui appelle à faire des efforts pour remédier aux carences et lacunes et reformulation des actifs d'une organisation légitime pour les relations familiales, comme l'exige les développements modernes qui ont poussé développement historique qui a accompagné la demande de contrôle judiciaire dans le domaine de la famille, et en particulier, de mettre fin aux obligations conjugales différentes étapes que Pollack adoptées par les questions de la législation algérienne est restée en droit de la famille découle des dispositions de la loi islamique pour remédier à certains des articles et des dispositions de la diligence judiciaire offensant Yeh, où il était nécessaire formulé comme aux évolutions quotidiennes et les aspirations de la famille sans violer les dispositions légales que l'article 08 du Code de la famille et de l'incompatibilité entre les dispositions de la loi islamique et l'article 50 de la présente loi, tout en laissant certaines des questions en cas d'ambiguïté.