

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

ميدان الحقوق
تخصص قانون أسرة



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان

انحلال الرابطة الزوجية على ضوء اجتهادات المحكمة العليا

إشراف أستاذ:

إعداد الطلبتين:

د/ الوافي سعيد

زيان هند

زروقي زخروفة

لجنة المناقشة:

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
د. مقدم ياسين	أستاذ محاضر أ	رئيسا
الوافي سعيد	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
د. عجابي الياس	أستاذ محاضر أ	ممتحنا

السنة الجامعية: 2021-2022

ملحق بالقرار رقم 10822... المؤرخ في 27 مارس 2020
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد يوسف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرقي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

المسيد (ذ): بكوش خولة
الصفة: طالب، أستاذ، باحث
الحامل (ذ) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 201289424 والصادرة بتاريخ 20/7/03/22
المسجل (ذ) بكلية / معهد كلية الحقوق والعلوم السياسية - قسم الحقوق
والمكلف (ذ) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).
عنوانها: نظرية الميطان في القانون المدني الجزائري

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2022/06/10

توقيع الممضي (ذ)



ملحق بالقرار رقم المؤرخ في
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد فوسيان - الطاسيلي -

نموذج التصريح الشرقي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

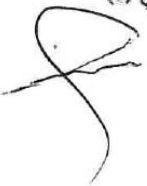
أنا المصفي أسفله،

السيد(ة): لمصطفى حنين الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالبة
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 201210851 والصادرة بتاريخ: 03.12.2017
المسجل(ة) بكلية / معهد كلية الحقوق والعلوم الإدارية قسم: الصقوف
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).
عنوانها: نظم إدارة المخازن في القانون الإداري

أصبح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2022/06/06

توقيع المعني (ة)



شكر وعرفان

أول من يشكر ويحمد آناء الليل وأطراف النهار، هو العلي القهار الأول والآخر والظاهر والباطن الذي أغرقنا بنعمه التي لا تعد ولا تحصى، وأغدق علينا برزقه الذي لا يفنى وأنار دربنا فله جزيل الحمد والثناء العظيم هو الذي أنعم علينا إذا أرسل فينا عبده ورسوله محمد بن عبد الله عليه أفضل الصلوات وأظهر التسليم، أرسله بقرآنه المبين فعلمنا ما لم نعلم وحثنا على طلب العلم أينما وجد الشكر الجزيل إلى كل معلم أفادنا بعلمه من أولى المراحل الدراسية حتى هذه اللحظة.

نتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ المشرف " يرمش مراد" الذي رافقنا طيلة هذا البحث وأمدنا بالمعلومات والنصائح القيمة راجين من الله عز وجل أن يسدد خطاه ويحقق مناه فجزاه الله عنا كل خير.

ونتقدم بالشكر إلى كل الأساتذة والإداريين بكلية الحقوق بجامعة المسيلة منذ بداية مشوارنا إلى يوم تخرجنا وإلى جميع من جمعنا بهم القدر وكانوا رفقاء الدرب إلى كل أصدقائنا دفعة 2018/2017 بكلية الحقوق

إلى عائلتي الغالية إلى أمي وأبي وإخوتي حفظكم الله ورعاكم وأدامكم دائما معي وسندا لي.

كما نشكر كل من مد لنا يد العون من قريب أو بعيد وفي الأخير لا يسعنا إلا أن ندعوا الله عز وجل أن يرزقنا السداد وأن يجعلنا من المهتمدين.

اهداء

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على النبي المصطفى وأهله ومن وفى...

الحمد لله الذي وفقني لتتمين هذه الخطوة في مسيرتي الدراسية بمذكرتي
ثمرة جهدي.

بوصولي إلى لحظات النجاح أتذكر دوما الأشخاص الذين قدموا لي
الدعم والتقدير وحينما أتذكر من ساعدني وشجعني ووقف جوارى لا أجد
خيرا من أمي لأهديها نجاحي، فسنوات من التعب والألم، سنوات كانت
فيها الأب والأم والصديق والصاحب والسند، أمي العزيزة الغالية إليك اهدي
نجاحي وما وصلت وما سأصل إليه فمن دونكي ما كنت هنا، حفظك الله
وأطال في عمرك.

إلى كل من كان شعارهم السعي إلى الأعلى إلى الأكثر إلى الأمام وحبهم
يسري في عروقي وإخوتي وأخواتي خاصة أخي "محمد الأمين" حفظهم الله
وأطال في أعمارهم .

إلى من علموني حروفا من ذهب وكلمات من درر وعبارات من أسرار
وأجلى العبارات في العلم إلى أساتذتي الكرام الذين رافقوني في مسيرتي
الدراسية.

إلى من سرنا سويا ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح والإبداع إلى من
تكاثفنا يدا بيد ونحن نقطف زهرة تعلمنا إلى صديقاتي العزيزات.

بـكـوـش خـوـلة

اهداء

اهدي هذا البحث إلى كل طالب علم يسعى لكسب المعرفة وتزويد
الرصيد المعرفي والعلمي والثقافي .

إلى أعز ما أملك في الوجود إلى جنتي ونر عيني إلى من منحني
الحنان والحب والقوة إلى من ظلت مؤمنة بي، فظلت تشجعني
وتساندني وتحميني بدعواتها أُمي الغالية العزيزة.

إلى الرجل الوحيد في العالم الذي يأخذ من نفسه ويعطيني إلى من
جرع الكأس فارغا ليسقيني قطرة حب إلى من حصد الأشواك عن
حربي ليمهد لي طريق العلم ابي وصديق حياتي .

إلى النعمة الله إلى من يذكرهم القلب قبل أن يكتب القلم إلى من
قاسموني حلو الحياة ومرها تحت سقف واحد إلى إخوتي وأغلى ما
أملك .

إلى أصدقائي التي جمعتني بهم مقاعد الدراسة وتقاسمت معهم
الضحك والحزن وسهرنا الليالي سمية - خولة- زهرا- مريم.

إلى كل قسم الحقوق من أساتذة وإداريين إلى دفعة قانون الأعمال
2022/2021

إلى كل من أثر في حياتي وإلى من أحبهم قلبي ونسيهم قلمي

حنين لبصير

مقدمة:

أولاً: موضوع البحث:

يعتبر العقد أهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية، لأن الإرادة المنفردة ليست ليست سوى مصدر استثنائي للالتزام، لا تنشئه إلا في حالات محددة يعترف لها القانون بالقدرة على إنشاء الروابط القانونية.

وقد عرف القانون المدني الجزائري العقد من خلال المادة 54ق. م. ج المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 بقوله: " العقد اتفاقي يلتزم بموجبه شخص، او عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، او عدم فعل شيء ما".¹

يقوم العقد على ثلاثة أركان وهي التراضي، والمحل والسبب، ويضاف الى هذه الأركان ركن الشكل في العقود الشكلية، وعليه ينعقد العقد إذا توافرت أركانه جميعا، بحيث إذا تخلف واحد منها كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، بينما يترتب على تخلف أحد شروط الصحة كما في حالة وجود عيب في الرضا، أو نقص أهلية العاقدين، فإن العقد يكون قابلا للإبطال.

ونظرية البطلان في القانون المدني نظرية قديمة تضرب بجذورها في أعماق التاريخ وهي من النظريات الهامة والمعقدة في نفس الوقت.

ومن أبرز هذه النظريات النظرية التقليدية التي تقسم البطلان الى مراتب ثلاثة: الإنعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي، ويذهب بعض الفقهاء على النقيض مما تقدم فيرى عدم الإقتصار على مراتب البطلان الثلاث طبقا لنظرية التقليدية، بل تتعدد المراتب وفقا للاختلال أي شرط من شروط العقد التي يتطلبها القانون، فيكون البطلان في الناحية

¹ - القانون المدني، الصادر بالامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، وبالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

التي تتلاءم مع هذا الشرط، فتعدد أوجه البطلان وتتنوع درجاته طبقا للأغراض التي توخاها القانون.

ويعتبر أفضل هذه التقسيمات هو التقسيم الثنائي إلى عقد باطل (البطلان المطلق) أو قابلا للإبطال (البطلان النسبي) كما جاء في التقنين المدني الجزائري، ومعظم التقنينات المدنية العربية.

البطلان هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توفر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته وهو عبارة عن إنعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير.

والعقد الذي لم تراعى قواعد القانون في تكوينه يكون باطلا فلا ينتج أثرا قانونيا، ولا ينشأ عنه حق أو التزام.

وتختلف قوة الجزاء باختلاف نوع القاعدة التي لم تراعى في تكوين العقد، فإذا كانت القاعدة تحمي مصلحة عامة، كان البطلان مطلقا بحيث لا يكون للعقد وجود أمام القانون. أما إذا كانت تلك القاعدة تحمي مصلحة خاصة كان البطلان نسبيا، فيكون للعقد وجوده القانوني إلى أن يطلب إبطاله من تقرر الجزاء لمصلحته، ومتى تقرر هذا الإبطال يزول ذلك الوجود، زوال إلى حين إبرامه.

ثانيا: أهمية البحث:

تتجلى أهمية الموضوع في أن نظرية البطلان في القانون المدني تحظى بأهمية كبيرة ولذلك وجبت التفرقة بين الشروط والأركان والمفاهيم المشابهة لها.

ثالثا: أسباب اختيار البحث:

وتعود أسباب دراستنا لهذا الموضوع إلى إبراز الأهمية الكبيرة لآثار بطلان العقد على الغير في دائرة المعاملات، وأيضا لإثراء معلوماتنا من خلال دراستنا لمختلف جوانبه.

رابعاً: الهدف من الموضوع :

والهدف من دراستنا لهذا الموضوع هو معرفة الآثار القانونية المترتبة على البطلان بنوعيه، وصاحب الحق في التمسك بالبطلان.

خامساً: صعوبات البحث:

حيث لا يخلو هذا البحث من المصاعب التي تواجه كل باحث، والتي تتلخص في مجملها أن المراجع الجزائرية لم تكن ملمة بالشكل التام لهذه النظرية وكذا عدم تمكنا من الحصول على القدر الكافي من الكتب المتخصصة في هذا المجال .

سادساً: إشكالية البحث :

ومن خلال ما تم ذكره توصلنا الى طرح الاشكالية المتمثلة في التساؤل التالي :

ماهي أحكام البطلان في القانون المدني الجزائري والآثار المترتبة عليه؟

سابعاً : المنهج المتبع:

لدراسة الموضوع الذي تطرقنا له توجب منا الإعتماد على عدة مناهج منها المنهج الوصفي الذي استخدمناه في وصف الظواهر القانونية، والمنهج التحليلي عند تحليل ودراسة المواد القانونية.

ثامنا :خطة البحث:

اعتمدنا في دراسة الموضوع خطة ثنائية حيث:

- تضمن الفصل الأول ماهية البطلان وقسمناه إلى مبحثين المبحث الأول مفهوم البطلان أما المبحث الثاني أنواع البطلان.
- وأما الفصل الثاني تقرير البطلان وآثاره والذي بدوره يتضمن عتبر العقد اهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية، لأن الارادة المنفردة ليست ليست سوى مصدر استثنائي للالتزام، لا تنشئه إلا في حالات محددة يعترف لها القانون بالقدرة على إنشاء الروابط القانونية.

الفصل الأول

ماهية البطلان

إن للعقد أركان أساسية يقوم عليها من ينتج الأثر المبتغى من إبرامها أو من الضروري أن تكون هذه أركان قائمة بصورة صحيحة لا سيما إذا تطلب القانون وجودها بشكل معين يراعي وجوباً، فإذا تخلفت إحدى هذه الأركان أو شرط من شروط صحتها ترتب على ذلك البطلان، حيث أن الدراسة : الإطار القانوني للبطلان في القانون المدني الجزائري يستوجب التطرق إلى مسألتين تتمثل أولهما قديم مفهوم للبطلان وهذا ما يتضمنه المبحث الأول أما المبحث الثاني أنواع البطلان .

المبحث الأول : مفهوم البطلان

تنوعت واختلفت تعريفات البطلان، لذلك سنذكر في موضوع دراستنا ما هو بارز ومهم ، بداية بالتعريف في اللغة وثانيا في الاصطلاح

المطلب الأول: تعريف البطلان:

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف البطلان لغة (الفرع الأول) و تعريف البطلان اصطلاحاً (الفرع ثاني).

الفرع الأول: المقصود بالبطلان في اللغة:

البطلان في اللغة يعني الفساد، وسقوط الحكم، فالعمل الباطل عمل ضائع أو خاسر أو قديم القيمة.

وجاء بالمصباح المنير، بطل شيء يبطل بطلانا وطولا وبطلانا بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه، فهو باطل، وجمعه بواطل قبل بجمع أباطل على غير قياس.

ويعني أيضا البطلان الضياع والخسران أو سقوط الحكم يقال بطل الشيء.

يبطل بطلا وبطلانا، وبمعنى ذهب ضياعا وخسرانا أو سقط حكم ومن معاينة الهبوط.¹

¹ - فرح علواني خليل، البطلان في قانون المرافعات المدنية، د.ط، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2008، ص9.

الفرع الثاني : المقصود بالبطلان اصطلاحا:

البطلان والفساد مترادفان يقابلان الصحة عند الجمهور سواء كان ذلك في العبادات أو المعاملات وهو.¹

كون الشيء لم يتتبع غايته، أو هو الفعل الذي لم يرتب عليه الأثر المقصود منه أو هو:

مخالفة الفعل ذي الوجهين وقوعا الشرع أو هو:

عدم موافقة الأمر.

هذه التعاريف بعضها قريب من بعض وتدل على أن كل عبادة أو عقد أو تصرف فقد بعض أركانه أو بعض شروطه فهو باطل أو فاسد ولا يرتب عليه أي اثر .

هناك فريق من الفقهاء يرى أن لفظ البطلان والفساد بمعنى واحد وجاء عدد من التعاريف عنهم، منها الباطل بأنه لا مثمر.

البطلان هو الجزاء الذي يوقعه القانون لعدم توافر أركان العقد وشروط صحتها وقد نظم القانون المدني الجزائري على أحكام البطلان في المواد من 99 إلى 105 من القانون المدني الجزائري.²

المطلب الثاني: تمييز البطلان عن ما يشابهها من مفاهيم :

سنتطرق في هذا المطلب إلى البطلان والفسخ كفرع أول والبطلان وعدم التنفيذ كفرع ثاني والبطلان والانحلال كفرع ثالث .

¹ - د.أكرم البدوي أبو العينين، المحاضرة الحادية عشر، من أصول الفقه، 18مايو 2010

² - خليل أحمد حسن ققاده، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 1994، ص8.

الفرع الأول: البطلان والفسخ :

لكي نستطيع التمييز يجب علينا ذكر تعريف الفسخ وما هي شروطه وأنواعه؟

الفسخ هو جزء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به، والفسخ هو أيضا حق المتعاقد في حل الرابطة العقدية، إذا لم يوف المتعاقد الآخر التزامه فيتحرك بدوره من الالتزامات التي تحملها بموجب العقد محل الفسخ، وهذا ما نصت عليه المادة 119 من القانون المدني في العقود للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الجانبين إذا اقتضى الحال ذلك، تبين من خلال هذه المادة أن تمسك المتعاقد بحقه في فسخ العقد يخضع لشروط وأن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بخصوص تقرير فسخ العقد ما لم يتضمن هذا الأخير شرط فسخ اتفاقهم.¹

وعليه فإن الفسخ هو حل رباط التعاقد بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه وهذا بعد شراء العقد صحيحا مستوفيا لكل أركانه وشروطه.²

أولا: شروط الفسخ:

يخضع حق المتعاقد في طلب فسخ العقد إلى ثلاثة شروط:

منها ما يتعلق بالعقد المراد فسخه والذي يشترط أن يكون تبادليا أي ملزم للجانبين، أو منها ما يتعلق بالمتعاقد الآخر ويتمثل في امتناعه عند تنفيذ الالتزام المترتبة عليه بموجب العقد ويخضع الشرط الثالث المتعاقد الذي يطالب بفسخ العقد إذ يجب عليه أن لا يكون مقتصرًا في تنفيذ التزامه.

¹ - علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موقع النشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص457.

² - عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط3، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.

1. العقد محل الفسخ ملزم للجانبين :

تقوم نظرية الفسخ من جهة أخرى على فكرة السبب مفهوم النظرية التقليدية، حيث يكون التزام كل متعاقد هو سبب التزام المتعاقد الآخر، وهذا الارتباط الموجود بين الالتزامات المتقابلة و المتصلة بعضها البعض تقتضي أن يتحلل المتعاقد من التزامه إذا امتنع الآخر عن تنفيذ التزامه.

-الفسخ يرد على كل العقود التبادلية ولو كانت احتمالية كعقد إيراد المرتب مدى الحياة طبقا للمادة 618 من القانون المدني ، وكذلك العقود الناقصة .

2. عدم وفاء المتعاقد بالتزامه:

يقتضي فسخ العقد باعتباره جزء لإخلال المتعاقد بالتزامه أن يكون هو المتسبب في عدم التنفيذ، و بعبارة أخرى فإن لا مجال لفسخ العقد إذا لم يكن المتعاقد الذي أخل بالتزامه هو المسؤول عن ذلك، أي عدم التنفيذ يرجع، إلى خطأ صدر منه¹.

3. وفاء المتعاقد المتمسك بالفسخ بالتزامه:

لم يرد هذا الشرط في نص المادة 119 ق.م، غير أنه من غير المعقول أن يتمسك المتعاقد بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، إذا لم يبادر هو بتنفيذ ما عليه من التزامات، يجب أن لا يكون طالب الفسخ مقتصرًا في تنفيذ التزامه، وهذا يقتضي أن يكون وفي بما تعهد به أو أن يكون على الأقل مستعد للوفاء به².

ثانيا: أنواع الفسخ :

ينقسم الفسخ إلى ثلاثة أنواع :

1. الفسخ القضائي:

يقع الفسخ بحكم القضاء ما دام أن ليس هناك اتفاق في هذا الشأن، ويجب على الدائن أن يطلب الفسخ أن يعذر المدين مطالبا إياه بتنفيذ المادة 1/119 ق المدني، غير أنه لضرورة للأعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو غير مجد بفعل المدين (م 1/181 ق.م)³

¹ - علي فيلالي ، مرجع سابق، ص 457-458-459.

² - علي فيلالي ، المرجع نفسه، ص 460.

³ - المادة 110 من ق.م، المرجع السابق

2. الفسخ الاتفاقي:

تنص المادة 120 ق م ج مدني على أنه " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد عدم تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي ، وهذا الشرط لا يعفي من الأعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين¹.

وعليه يجوز الاتفاق الأفراد على الفسخ عند عدم الوفاء بالالتزام.

3. الفسخ بحكم القانون:

يراد به انحلال العقد التبادلي بقوة القانون تبعا لانقضاء الالتزام لسبب أجنبي، وهذا ما نصت عليه المادة 121 ق.م.ج

فالبطلان يرجع إلى عيب أصاب العقد في أحد أركانه أما الفسخ فه جزء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، بعد أن يكون العقد قد انعقد صحيحا مستوفيا لكل شروطه، فيكون للعاقدا الآخر إذا كان العقد صحيحا ملزما للجانبين أن يتمسك بالفسخ لكي تحلل مما عليه من التزام، ولذلك لا يكون الفسخ إلا في العقود التبادلية².

الفرع الثاني: البطلان وعدم النفاذ:

البطلان هو الجزاء على عدم توافر أركان العقد أو شروط صحته، وهذا الجزاء يتمثل في عدم التزام العاقد بالآثار التي كان من المفروض أن يترتبها هذا العقد الباطل أو الذي قضى بإبطاله.

أما عدم النفاذ فالمقصود به عدم الاحتجاج بالعقد ولو كان صحيحا في مواجهة الغير، أي عدم سريانه في حق الغير، ومن أمثلة عدم النفاذ في القانون الجزائري، وجوب قيد التصرفات المنشأة لحق عيني أصلي، أو التي من شأنها نقله أو تغييره أو زواله في السجن العيني حتى ترتب أثرها بين ذوي الشأن و بالنسبة للغير.

¹ - بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005،

ط.4، د.س، ص 310-312.

² - بالحاج العربي، مرجع سابق، ص 174-175.

وترتباً على ذلك فإن عقد بيع العقار الغير مقيد في السجل العقاري لا يرتب أثره بين المتعاقدين، كما لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير 793 م.ق والبطلان إذا كان مترتباً على عدم توافر صحة العقد يرتفع عن طريق الإجازة الصريحة أو الضمنية م 100 ق.م، أما عدم النفاذ فينقضي عن طريق إقرار الغير للعقد كإقرار بيع ملك الغير بمعرفة المالك الحقيقي المادة 1/398 ق.م

فعدم النفاذ هو عدم جواز الاحتجاج بالعقد ولو كان صحيحاً في مواجهة الغير أي عدم سريانه في حق الغير، فهو الجزاء المترتب على مخالفة قاعدة تغاير قواعد الخالصة بإبرام العقد على الرغم من خلل بينه، فإذا كان التشابه متمثلاً في أنهما يتعلقان بالتصرف القانوني، أو أنهما يمسان آثاره فهنا عدم النفاذ ليس وجهاً للبطلان ولا أحده صدره¹.

المادة 123 ق.م في العقود الملزمة لجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ مما التزم به، ففي التبادلي للمتعاقد بدلاً من أن يطلب الفسخ إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، أن يقتصر على الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه².

الفرع الثالث: البطلان وانحلال العقد:

لكي نميز بين البطلان والانحلال يجب أن نحدد ما هو المراد بالانحلال ثم أسبابه

1- المقصود بانحلال العقد:

يقصد بالانحلال إزالة الرابطة العقدية التي تجمع بين طرفيه بعد قيامها، فالانحلال يكون قبل تمام تنفيذ العقد أو قبل البدء في تنفيذه.

¹ محمد سامر دغمش، نظرية البطلان في العقود الإدارية، ط.1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص83.

² علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانوني المدني الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، بن هكنون، الجزائر، 2008، ص110.

ويرى جانب من الفقه أن العقد يزول بالانقضاء، فينقضي بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها، وهذا هو مصيره الطبيعي.

وينبغي ملاحظة أن الانحلال العقد يختلف عن إبطاله فمع أنه يترتب على كل منها زوال العقد إلا أن الانحلال يكون في الحالات التي ينعقد فيها العد صحيحا، ثم يطرأ بسبب يزيل وجوده بأثر رجعي أو بدون أثر رجعي، أما الإبطال فيكون في حالات العقد غير الصحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال¹.

فإن الانحلال مثله مثل البطلان يرمي إلى زوال الرابطة العقدية غير أنهما يتميزان عن بعضهما البعض من حيث الأسباب التي تبرز كلا منهما، فيظل التصرف القانوني لكونه لم ينشأ صحيحا، كأن يختلف أحد أركانه أو شرط من شروطه، بينما يرد الانحلال على العقد الصحيح بسبب عدم تنفيذه كليا أو جزئيا².

ويكون عدم تنفيذ العقد أحد الأسباب الرئيسية التي تؤدي انحلاله، ويدخل العقد في حالة انقضاء الالتزامات التي رتبها بسبب استحالة تنفيذها، بينما العقد قائما في حالة انقضاء تلك الالتزامات بسبب الوفاء أو ما يعادل ذلك.

ويمكننا القول إن انحلال العقد هو الوضع القانوني الذي قد ينتهي إليه كل عقد صحيح لم يتم تنفيذه كليا أو جزئيا.

زيادة على اتفاق الطرفين الذي يمكنهما نقض العقد الذي أبرماه، ومن ثم حل الرابطة العقدية التي تجمعهما، وهذا ما يسمى بالتقابل أو نقض العقد باتفاق المتعاقدين، وخروجا عن ميدان (العقد شريعة المتعاقدين) الذي أقره المشرع في المادة 106 ق.م،

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات مصدر الالتزام العقد والإرادة

المنفردة) ط4، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص346.

² علي فيلاي، مرجع سابق، ص455.

يمكن في بعض الحالات حل الرابطة العقدية بإرادة منفردة أي بإرادة أحد المتعاقدين فقط، وهذا نقض العقد بالرادة المنفردة في حين اعتبرها المشرع حالة إنهاء العقد كما يمكن للمتعاقد أن يطلب في بعض الحالات الأخرى بفسخ العقد¹.

ولقد انشغل المشرع بهذه الحالات الأخيرة في القسم العقاري الرابع المعنون (انحلال العقد) الذي يتم عن طريق الفسخ أو عن طريق الانفساخ مع العلم أنه يمكن للمتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ .

2- أسباب انحلال العقد:

إذا كانت القاعدة الأصلية أن العقد لا ينحل غير أنه يرد على هذه القاعدة بع الاستثناءات وهي أسباب الانحلال العامة التي تسري على العقود بوجه عام.

وهذه الأسباب هي الفسخ والانفساخ والتقابل أو الإقالة .

وهناك حالة إذا كانت لا تضمن انحلال للعقد يتوقف فيها تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد مما يمكن القول أنه انحلال جزئي للعقد وهي حالة الدفع بعدم التنفيذ².

وإذا كان أهم أسباب انحلال العقد هي الفسخ والانفساخ فإنه يجدر بنا أن نتكلم عن الأسباب الآخر للانحلال وهي إنهاء العقد، والتفاسخ أو التقابل.

أ- **إنهاء العقد:** هو حل الرابطة العقدية بالنسبة للمستقبل، عن يتضمن الآثار التي أحدثها، والقاعدة العامة هي عدم جواز إنهاء العقد إلا بالتراضي فجميع من اشتركوا في إبرامه إذا اتفق الشركاء على حل الشركة.

ب- **التقابل:** هو انحلال الرابطة العقدية باتفاق الطرفين، ويعتبر التقابل عقدا يتم بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين وقد تقصر الإرادة المشتركة للمتعاقدين تقرير اثر رجعي للتقابل.

¹ -علي فيلالي، مرجع سابق، ص 455-456

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 347.

المبحث الثاني: أنواع البطلان:

اختلف الفقه في تقسيمه للبطلان اذ منهم من قسمه تقسيما ثلاثيا ومنهم من اعتمد على التقسيم الثنائي إذ كان التقسيم الثلاثي يتضمن ثلاثة أنواع من البطلان وهي الانعدام البطلان المطلق والبطلان النسبي، فبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بالتقسيم الثنائي.¹

المطلب الأول: البطلان المطلق:

ونتطرق من خلال هذا المطلب إلى المقصود بالبطلان المطلق في الفرع الأول وحالاته في الفرع الثاني

الفرع الأول: المقصود بالبطلان المطلق:

اختلفت الآراء الفقهية في تحديد مفهوم البطلان المطلق، فهناك جانب من الفقه يرى بأنه يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا إستوفى العقد كل أركانه وتخلف شرط المشروعية، كأن يكون المحل او السبب غير مشروعين ففي هذه الحالة ينعقد العقد لأنه إستكمل جميع أركانه إلا أنه يكون باطلا بطلانا مطلقا لعدم مشروعية المحل أو السبب.²

ولقد نصت المادة 102 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقائي نفسها ولا يزول البطلان بالاجازة....."³ وحسب هذه المادة فإن البطلان هو الجزاء الذي يترتب عليه نتيجة تخلف ركن من أركان الإنعقاد وهي الرضا والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية فيعتبر هذا العقد غير موجود من الناحية القانونية، مصلحه تمسك به ولا ينتج اي اثر.⁴

¹ _ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 82.

² _ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 332 .

³ _ المادة 102، من الامر رقم 07-05 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 13 مايو سنة 2005، الجريدة الرسمية عدد 78 ص 22.

⁴ _ فتحي مجيدي، قانونية وإدارية، مقياس الإلتزامات، كلية الحقوق جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2010، ص 394.

الفرع الثاني: حالات البطلان المطلق:

يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف ركن من أركانه، من تراضي ومحل وسبب بشروطها القانونية والشكل الذي يتطلبه القانون بالنسبة للعقود الشكلية:

أولاً: إنعدام ركن الرضا:

إذا إنعدم ركن الرضا، أما لعدم تطابق الإرادتين¹، وفقاً لماده 59ق. م. : "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".² أو لأن أحد المتعاقدين عديم الإرادة كالصغير غير المميز والمجنون والمعتوه.³

كما كما تنعدم الإرادة لدى الشخص الذي فقد الوعي لسكر أو مرض أو غيبوبة عقلية أو كان خاضعاً لتتويم مغناطيسي، وقد تتحقق الإرادة لدى الشخص لكن القانون لا يعتد بها ذلك أن القانون لا يعتد إلا بإرادة الشخص المميز طبقاً للمواد 40 و 78 و 79 و 80 من ق. م. ج المعدله بالقانون 05-10.

فلا ينعقد العقد مع فاقدة التمييز، الصغير غير المميز والمجنون والمعتوه وكذا في حالات إنعدام الإرادة أو عدم جديتها.⁴

¹ _ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 243.

² _ الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، معدل بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005.

³ _ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 242.

⁴ _ عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار العلوم والنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004، ص 49.

ثانيا: إنعدام ركن المحل:

عدم وجود محل العقد أو كان المحل غير معين أو مستحيلا أو كان خارجا عن دائرة التعامل أو كان غير مشروع،¹ وهذا حسب المادة 93 ق.م.ج المعدل عام 2005.

ثالثا: إنعدام ركن السبب:

يشترط في سبب الالتزام أن يكون موجودا فإذا كان معدوما بطل العقد. ومعنى ذلك لابد أن يكون للالتزام مقابلا، وهذا المقابل يختلف باختلاف تقسيمات العقود، وهذا الشرط يتعلق بسبب الالتزام وهو الغرض المباشر المجرد الذي يقصد إليه الملتزم من وراء تصرفه.²

وقد نصت المادة 97 من ق.م.ج على أنه: " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع او لسبب مخالف للنظام العام او للآداب العامة كان العقد باطلا".

وعليه فإن القانون المدني الجزائري يشترط في السبب وفقا للمادتين 97 و 98 من ق.م.ج شرطان مهمان وهما: أن يكون السبب موجودا نصت المادة 98 الفقرة 1 و 2و أن يكون السبب مشروعاً.³

رابعا: تخلف الشكل في العقود الشكلية:

وهذا ما تنص عليه المادة 883 ق.م.ج بالنسبة للرهن الرسمي اذ لا ينعقد إلا بعقد رسمي، وكذلك إذا إتفق المتعاقدان على شكل خاص لإبرام العقد لم يستوجبه القانون، فإنه لا ينتج أثرا إلا إذا أبرم في الشكل المتفق عليه فاذا معنا النظر في هذه الحالات، نجد أن بعض أسباب البطلان ترجع إلى إعتبارات فنية يقتضيها إبرام العقد، والبعض الآخر يرجع إلى هدف حماية المجتمع من مخالفة النظام العام والآداب، كما في حالتي عدم مشروعية محل العقد وعدم مشروعية سببه.⁴

¹ _ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 242.

² _ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 166.

³ _ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 76.

⁴ _ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 243.

المطلب الثاني: البطلان النسبي:

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى المقصود بالبطلان النسبي وحالاته:

الفرع الأول: المقصود بالبطلان النسبي:

يقصد بالبطلان النسبي أن العقد صحيح، وتترتب عليها آثاره، غير أنه مهدد بالزوال إذا طلب أحد طرفيه الذي قرر القانون له حق الإبطال، إبطال العقد.

ويقال في هذه الحالة أن العقد قابل للإبطال، فإذا حكم بالبطلان واعتبر العقد باطلا من يوم إبرامه وزال ما يترتب عليه من آثار، ويكون شأنه في ذلك شأن العقد الباطل (البطلان المطلق).

والإجازة تلحق العقد القابل للإبطال، وتكون من صاحب الحق الذي تقرر لمصلحته الإبطال دون الطرف الآخر في العقد.¹

الفرع الثاني: حالات البطلان النسبي:

يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا أوقابل للإبطال إذا تخلف شرط من شروط الصحة كنقص الأهلية اللازمة لإبرام العقد لدى كل المتعاقدين، أو فساد الإرادة بأحد عيوب الرضا وهي الغلط والإكراه والغبن والاستغلال، كما يوجد حالات معينة يقرر فيها القانون البطلان النسبي تتمثل هذه الحالات فيما يلي:²

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 240.

² وليد طالبي، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ص 12.

أولاً: نقص الأهلية:

أجاز القانون لناقص الأهلية طلب إبطال العقد، وناقص الأهلية هو الصبي المميز ووفقاً للتقنين المدني الجزائري هو من بلغ 16 سنة ويقل عن 19 سنة وهو سن الرشد كما يكون نقص الأهلية لعامة عقلية.¹

وقد إعتبر المشرع الجزائري نقص الأهلية سبباً من أسباب البطلان النسبي إذ أنه نصفي المادة 101 الفقرة المعدلة: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات.

والحقيقة أن الأهلية في نظر المشرع الجزائري ليست ركناً في الالتزام، وإنما هي شرط لصحة التراضي وسلامة الإرادة من العيوب التي قد تشوبها فإنها تؤدي إلى مجرد إمكانية إبطال العقد، ومن جهة أخرى فإن القاعدة العامة في البطلان إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد غير أنه في حالة ناقص الأهلية لا يرد إلى العاقد الآخر إلا مقدار ما عاد عليه هو من المنفعة.²

ثانياً: إذا كانت إرادة المتعاقدين مشوبة بعيب من عيوب الرضا:

إذا شاب رضا أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة التي نص عليها القانون المدني الجزائري وهي: الغلط والتدليس، الإكراه والإستغلال ، تجعل الرضا فاسداً أي قابلاً للإبطال من شاب إرادته هذا العيب.³

وعليه فإن هذه العيوب لا تؤثر في وجود العقد وإنما تؤثر في صحته القانونية، ذلك أن الإرادة موجودة لكنها أصيبت بعيب أثر على سلامتها وذلك على النحو التالي:

¹ _ محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 243.

² _ المادة 103 ف 2 و 1 من ق. م. ج، المرجع السابق.

³ _ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 243.

1- الغلط:

الغلط هو يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها، فهو تصور خاطئ للأمور والأشياء حيث يتبين للشخص أن للشيء مواصفات معينة إلا أن الحقيقة غير ذلك.¹

وقد وجدت بصدد الغلط نظريتان، أولها النظرية التقليدية وقد قسمت هذه النظرية الغلط إلى ثلاث أنواع وهي:

أ/ 1_ الغلط في طبيعة العقد المراد إبرامه كما إذا أعطى شخص آخر مبلغا من المال على سبيل القرض فتسلمه الآخر على أنه هبة له وبمعنى آخر غلط يقع في ماهية العقد. ففي هذا المثال لا يوجد عقد قرض أو هبة لعدم توافق الإرادتين على ماهية العقد المراد إبرامه.²

أ/ 2_ الغلط الذي ينصب على محل الالتزام كما لو كان لمالك منزلان أحدهما بمدينة الجزائر والثاني في قسنطينة، ولكن المتعاقد معه قصد بيع الأول منهما، لكن المالك قصد بيع الثاني منهما، فإرتضى الشراء على هذا الأساس.³

أ/ 3_ الغلط الذي ينصب على سبب الالتزام كما إذا إعتقد الورثة ان مورثهم قد أوصى لآخر بمبلغ من النقود فتعهدوا بدفعه له ثم إتضح أن الوصية باطلة أو أن الموصي كان قد رجع فيها قبل وفاته هذا ما يسمى بسبب الموهم أو المغلوط.

¹ _علي فيلالي، المرجع السابق، ص 174.

² _محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 163.

³ _خليل أحسن قدارة، المرجع السابق، ص 52.

ب_ الغلط المؤثر في الرضا:

وهذا النوع يجعل العقد القابل للإبطال، ويوجد في الحالتين الآتيتين:

ب/1_ إذا أنصب الغلط على مادة الشيء اوعلى صفة جوهرية فيه كما إذا إشتري شخص ساعة على أنها من الذهب، في حين أنها من النحاس المطلي بالذهب فهذا غلط في مادة الشيء.¹

ب/2_ إذا انصب الغلط على شخصية المتعاقد نفسها كمن يتعاقد مع شخص يظنه طبيباً بينما هو ممرض، أو كأن يتفق أحد الأشخاص مع أحد الرسامين معتقدين بأنه افضل الرسامين لصورته، ثم يثبت عكس ذلك.. لخ.²

ج/الغلط غير المؤثر:

في غير الحالات التي لا يكون فيها الغلط مانعاً وتلك التي يعيب فيها الرضا فإن الغلط يكون غير مؤثر ويبقى العقد صحيح . ويشمل هذا النوع من الغلط الحالات الآتية:

ج/1_ الغلط في صفة غير أساسية في الشيء محل العقد كذلك الذي ينصب على صنف ورق الكتاب الذي تشتريه لتقرأ

ج/2_ الغلط في شخصية المتعاقد إن لم تكن محل إعتبار أساسي في التعاقد، دينار فباعها بهذا المبلغ، ثم اتضح أنها تساوي ثمانية آلاف.

ج/3_ الغلط في الباعث، كما إذا اشترى شخص حصان معتقد أن حصانه القديم قد نفق، ثم تبين أنه لم ينفق أو يشتري سيارة معتقداً أن سيارته إحتترقت في حادث واتضح أنها سليمة.³

¹ _محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 163.

² _خليل أحسن قدادة، المرجع السابق، ص 53.

³ _محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 164.

أما بخصوص النظرية الحديثة فهي تستبعد فكرة الغلط المانع وتستند إلى معيار واحد في الغلط يعد عيباً من عيوب الإرادة، وهو الغلط الجوهرى الدافع إلى التعاقد، بحيث لولاه لما أقدم المتعاقد على العملية التعاقدية وهو ما أقر به المشرع الجزائري سالكا مسلك المشرع المصري.

فتنص المادة 81 من ق.م. ج على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".¹

كما تنص المادة 82 ق.م. ج على أنه: "يكون الغلط جوهرى إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط...."

في حين تنص المادة 83 من القانون ذاته على أنه: " يكون العقد قابل للإبطال لغرض في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82 ما لم يقضى القانون بغير ذلك".

كما ان المادة 84 من ق.م. ج نصت على أنه " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات في القلم ولكن يجب تصحيح الغلط".

وتنص المادة 85 من ق.م. ج على أنه: " ليس من وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية".

نستنتج من كل ذلك أنه إذا لم يكن المتعاقد الآخر متصلا بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد طلب الإبطال، فإن ذلك لا يكون مبررا لإبطال العقد.²

ثانيا: التدليس:

هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد، ويقترب التدليس من الغلط في إذا كان الأخير وهم تلقائيا فإن التدليس وهم بفعل شخص آخر لذا يسمى التخليط أي الإيقاع في الغلط.

¹ _ عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2012، ص5.

² _ عبد الحفيظ بقة، المرجع نفسه، ص5.

لقد نص ق. م. ج. على أحكام التدليس في المادتين 86 و 87 وحدد شرطان أساسيان هما:

أ- يلزم أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد:

وتقضي بذلك المادة 86 / 1 بقولها: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيلة التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".¹

ب- إتصال التدليس بالمتعاقد الآخر :

يلزم ان تكون الطرق الاحتمالية صادرة من المتعاقد أو من نائبه أو أن يكون هذا الأخير على الأقل عالما بها أو كان من المفروض حتما أن يكون كذلك فتقضي المادة 87 ق. م. ج: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

وفي حالة عدم إتصال المتعاقد الآخر بالتدليس الذي صدر من الغير فللمتعاقد المخدوع الرجوع بالتعويض على هذا الغير.²

ثالثا: الإكراه:

تنص المادة 88 ق. م. ج ف/ 1 على أنه: " لا يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بين بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق. وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت الظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطر جسيما محققا يهدده".³

¹ _محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 179.

² _محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 181.

³ _علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 64.

وحتى يكون هناك إكراه لابد من توافر الشروط التالية:

أ- حصول رهبة في نفس المتعاقد تدفعه إلى التعاقد وهو مانصت عليه المادة 88 من ق.م.ج المشار إليها أعلاه.

ب- التهديد بخاطر جسيم محقق لتحقيق غير مشروع ويكون بناءا على الرهبة البينة التي بعثها أحد المتعاقدين في المتعاقد الآخر بحيث تصور له بأن خطرا جسيما يهدده أو يهدد أحد آقاربه في النفس أو المال أو الشرف.

كما نلاحظ أن معيار الرهبة التي تتولد في نفس المتعاقد معيار شخصي ذاتي، فنصت المادة 88 ف 3 من ق.م.ج على أنه: "ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه من حالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه".¹

ج/ إتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر: يجب أن يكون الإكراه متصلا بمن يتعاقد مع المكره،و يعتبر هكذا إذا وقع من نفس المتعاقد وهي الحالة الغالبة، كما يكفي أن يكون المتعاقد عالما بالإكراه.

فنصت المادة 89 ق.م.ج. على أنه: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا اثبت أنالمتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه".

وعليه فالقانون المدني الجزائري لا يسمح بإبطال العقد بسبب إكراه صادر من الغير إلا إذا كان المتعاقد الآخر سيء النية، أما إذا كان حسن النية فهنا لا يجوز إبطال العقد، وللمكره حق الرجوع بتعويض على الغير الذي مارس الإكراه بناء على المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 124 ق.م.ج.²

¹ _ محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، - دار الجامعه الجديد للنشر -، الإسكندرية، 2006، ص 178.

² _ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 192 و 193.

4-الإستغلال:

هو إنتهاز ضعف المتعاقد الآخر والحصول منه على عقد معاوضة فيه غبن أو عقد تبرع.

أما الغبن فهو عدم التعادل بينما يأخذه العاقد وما يعطيه وبمعنى آخر الخسارة التي تلحق أحد العاقلين.¹

وحسب المادة 90ق. م. ج التي تقضي بأنه: "إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستعمل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد".

يتبين من خلال نص المادة 90ق. م. ج. انه يلزم لقيام الاستغلال توافر شرطين اساسيين هما:

- أن يوجد تفاوت صارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه وهذا هو العنصر المادي في الإستغلال أو العنصر الموضوعي.

-أما الثاني أن يكون هذا التفاوت نتيجة إستغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في الطرف المغبون وهذا هو العنصر النفسي.

يتضح مما سبق ذكره أن البطلان النسبي يكون في الحالات التي يوجد فيها الرضا ولكنه يكون مختلا، كما إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الرضا أو أن أحد طرفي العقد ناقص الأهلية.

¹ _ محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 196 و 197.

ثالثا: حالات خاصة للبطلان النسبي:

- الحالة الأولى: نصت عليها المادة 410 ق.م.ج: " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو بإسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني مع كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى، ويكون العقد قابلا للإبطال في حالة بيع النائب لنفسه حسب ما نصت عليه المادة.¹
- الحالة الثانية: قد نصت عليها المادة 411 ق.م.ج على أنه: " لا يجوز لسماسرة، ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار". والبطلان في هذه الحالة نسبي وتنص على ذلك المادة 412 ق.م.ج. بقولها: "يصح البيع في الأحوال الشخصية المشار إليها في المادتين 410 و 411 إذا أجازته من تم البيع لحسابه".

ومن حالات البطلان النسبي أيضا بيع ملك الغير، والإبطال هنا مقرر لصالح المشتري. فتنص المادة 397 ق.م.ج. على أنه: "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن او لم يعلن بيعه."

وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري.²

• جواز المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها بمقتضى أحكام المادة 102 قانون مدني جزائري يمكن للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان العقد أو معنى ذلك أن يجوز للقضاة أن يقضوا ببطلان العقد ولو لم يتنازع أويطالب المخاصمات بذلك.

• النيابة العامة لها الحق في التمسك بالبطلان في الحدود المقررة قانونا مثال ذلك الدعاوى الخاصة بعيب الأهلية، والدعاوى التي ترى النيابة التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام.³

¹ _ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 98 و 199 و 244.

² _ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 244 و 245.

³ _ هباش رانية، محمداتي راوية، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، ص 17.

الفصل الثاني

تقرير البطالان و آثاره

مما سبق اتضح لنا أن البطلان المطلق هو الجزء المقرر لتخلف ركن من أركان العقد، أو شرط من شروط المحل أو السبب، أما البطلان النسبي فهو الجزء المقرر في حالة نقص الأهلية أو عيوب الرضا ولكل نوع من أنواع البطلان، الأسس التي يقوم عليها ويتجلى ذلك من خلال دراسة تقرير البطلان كمبحث أول وما يتخلف من آثار عن البطلان بالرغم من تقرير البطلان كمبحث ثاني.

المبحث الأول: تقرير البطلان:

نظرا لإختلاف أساس كل نوع من نوعي البطلان، فإن الفوارق بينه هذا تتعدد، ويتضح ذلك من حيث الأشخاص الذين لهم الحق في التمسك بالبطلان¹ كمطلب أول وكذلك مكان سقوط الحق في التمسك بالبطلان عن طريق الإجازة أو عن طريق التقادم كمطلب ثاني.

المطلب الأول: صاحب الحق في التمسك بالبطلان:

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى صاحب الحق في التمسك بالبطلان المطلق (الفرع الأول) وصاحب الحق في التمسك بالبطلان النسبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صاحب الحق في التمسك بالبطلان المطلق:

العقد الباطل هو عقد معدوم لم ينعقد أصلا من الناحية القانونية، ولذلك لا يحتاج تقرير البطلان فيه لأي إجراء، خاصة إستصدار حكم من القضاء، غير أننا نرى لا ضرورة لرفع دعوى البطلان في حالة العقد الباطل، إلا إذا كان قد تم تنفيذ التصرف فلا يحتاج الأمر الى رفع الدعوى، ويستطيع طرف التصرف الذي يطالبه الطرف الآخر بالتنفيذ أن يتمسك بالبطلان عن طريق الدفع.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 245.

ويحق لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، وتتص المادة 102 ق.م.ج على أنه: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالاجازة وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة (15) سنة من وقت إبرام العقد".¹

وانطلاقا من هذه الإعتبارات، وما دام الأمر يتعلق بالمصلحة العامة، فمن المنطقي أن يكون لكل ذي مصلحة الحق في التمسك بدعوى البطلان على المتعاقدين أو من يقوم مهامهما بل تقرر أيضا للخلف الخاص والخلف العام والدائنين. كما يمكن للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان العقد. ويجوز عندئذ للقضاة أن يقضوا ببطلان العقد ولو لم ينازع فيه أو يطالب المتخاصمان بذلك.²

أولا: بالنسبة للمتعاقدین:

حق الإبطال هو حق للمتعاقد الذي تقرر الإبطال لصالحه دون المتعاقد معه ولا الغير، فإذا كنا بصدد تدليس أو غلط أو إكراه، أو إستغلال، فحق التمسك بإبطال العقد هو للمدلس عليه، أو لمن وقع في الغلط أو للمكره، أو للمغبون المستغل . وتمنع خصوصية هذا الحق المحكمة من الحكم بالابطال من تلقاء نفسها، كما أنه ليس للغير أيضا أن يحتج به.³

ثانيا: بالنسبة للخلف العام:

وهم من يخلف السلف في ذمته الماليه أو في أي جزء منها (الورثة والموصى له بحصة في التركة). إذ يعتبر الخلف العام طرفا في العقد مثلهم مثل السلف تماما لهم حق التمسك بإبطال العقد مثل الحق المقرر للسلف ويمارسون دعواهم بإسمهم الشخصي، فإذا توفي المشتري وطالب البائع ورثته بالثمن، كان للورثة التمسك ببطلان العقد.⁴

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 245 و 246.

² علي فيلالي، المرجع السابق، ص 340 و 341.

³ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 341.

⁴ عبد الحفيظ بقة، المرجع السابق، ص 87.

ثالثا: بالنسبة للخلف الخاص:

لم يختلف الفقهاء حول حق الخلف الخاص في التمسك بإبطال العقد، وإنما تمحور إختلافهم حول أساس هذا الحق، فهناك من يرى أن الخلف الخاص يستطيع التمسك بإبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقا للمادة 189 ق.م.ج، حيث ترفع الدعوى باسم السلف،و هناك من يرى أن للخلف الخاص الحق في التمسك بإبطال العقد عن طريق الدعوى المباشرة وإعتقادنا أن الراي الأول هو الأصح، لأن الخلف الخاص يعد من الغير في ضوء المادة 108 ق.م.ج.¹

رابعا: بالنسبة للدائنين:

تنص المادة 183 ق.م.ج على أنه: "لكل دائن ولو لم يحصل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ماكان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز...". ويجوز عندئذ بمقتضى هذا النص للدائن العادي، عند توفر الشروط المقررة قانونا، أن يتمسك بحق إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة، فهو يستعمل في هذا الشأن حق مدينه باعتباره نائبا عنه، ولا تخرج هذه الحالة عن المبدأ العام، لكون الخلف العام أو الدائن العادي يقوم مقام السلف بعد وفاته، فيحل محله بقوة القانون في الحقوق والواجبات ذات الطابعالمالي. وأما بالنسبة للشخص الأجنبي عن العقد فليس له الحق في طلب إبطاله.²

خامسا: بالنسبة للمحكمة:

يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها في أي حالة تكون عليها الدعوى لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني بل ويجب على المحكمة الحكم بالبطلان المطلق حتى ولو لم يطلبه منها أحد الخصوم وذلك لتعلق الأمر بالمصلحة العامة والنظام العام.

¹ _ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 343 و 341.

² _ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 344.

فإذا رفع البائع دعوى على المشتري يطالب بالثمن فيتبين للقاضي ببطلان العقد بطلانا مطلقا لعدم مشروعية المحل.¹

الفرع الثاني: صاحب الحق في التمسك بالبطلان النسبي:

في حالة البطلان النسبي ينعقد العقد صحيحا ويظل كذلك ما لم يطعن المتعاقد في صحته، ويكون العقد باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال اذا كان رضا المتعاقد مشوبا بعيب من عيوب الرضا، الغلط والتدليس والإكراه أو كان ناقص الأهلية، وعلى عكس البطلان النسبي تلحقه الاجازة ويسقط بالتقادم² لا يكون حق التمسك بإبطاله إلا للمتعاقد الذي قرر القانون لمصلحته هذا الإبطال فإذا كان أحد طرفي العقد ناقص الأهلية، أو شاب إرادته عيب من عيوب الرضا فله الحق في طلب الإبطال.

وكذلك لا يصح للغير الأجنبي الذي يراد الإحتجاج عليه بالعقد القابل للإبطال، أنا يتمسك بإبطال العقد ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها وذلك حسب المادة 99 من ق. م. ج: " إذ جعل القانون لأحد المتعاقدين إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق". ونلاحظ أن الحق في التمسك بالإبطال ينتقل إلى الورثة.³

وليس لدائن هذا المتعاقد أو خلفه الخاص طلب إبطال العقد إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة، كما أنه ليس للمحكمة أن تقضي بإبطاله من تلقاء نفسها، خلافا للبطلان المطلق.

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 248 و 249.

² مجيدي فتحي، المرجع السابق، ص 349.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 248 و 249.

غير أنه ما يمكن ملاحظته على نص المادة 99 من ق.م.ج أن المشرع الجزائري لم يقيم بتحديد ذوي المصلحة في التمسك بطلب الإبطال، فكان من المستحسن الإشارة في صياغة المادة أصحاب المصلحة في التمسك بالإبطال وهم (المتعاقد وحده، وخلفه العام، وخلفه الخاص، ودائنيه) كذلك كان عليه توضيح في حالة ما إن تمسك بالإبطال صاحب المصلحة فيه، كان على المحكمة أن تقضي به ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك.¹

المطلب الثاني: سقوط الحق في التمسك بالبطلان:

العقد الباطل بطلانا مطلقا هو عدم فلا يصححه التقادم أو الإجازة. أما العقد القابل للإبطال (البطلان النسبي) فإن الحق يسقط في إبطاله بالإجازة والتقادم.² وسنتطرق للإجازة كفرع أول والتقادم كفرع ثاني:

الفرع الأول: الإجازة:

الإجازة معناها نزول المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد لالتحق إلا العقود القابلة للإبطال.³ ويجب تقادي الخلط بين الإجازة والإقرار حيث أنا هذا الأخير هو أيضا عمل قانوني يجعل العقد نافدا، إلا أنه يتميز عن الإجازة بكونه صادرا عن الغير بينما تصدر الإجازة من المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته وأن الإقرار يرد على عقد صحيح بينما ترد الإجازة على العقد القابل للإبطال. ويتمثل أثر الإقرار في نفاذ العقد في حق المقر، بينما يترتب على الإجازة زوال حق التمسك بالإبطال ومن بين الحالات التي تستوجب الإقرار أشار المشرع في المادة 398 ق.م.ج إلى بيع ملك الغير: "وإذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري المشتري ناجزا في حق المشتري....".⁴

¹ -وليد طالبي، المرجع السابق، ص32.

² -محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص249.

³ -أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص161.

⁴ -علي فيلاي، المرجع السابق، ص345 و346.

ومثاله بيع ملك الغير فلا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي إلا بإقراره حسب المادة 308ق.م.ج.

ويجب أن تتوافر في الإجازة شروط موضوعية وأخرى شكلية حتى يترتب أثرها. وفيما يلي نتكلم في ذلك.¹

أولاً: شروط الإجازة:

يشترط في الإجازة حتى يترتب عليها أثرها من زوال العيب اللاحق بالعقد وإنقضاء الحق في إبطاله الشروط التالية:

1_ أن يكون العقد من العقود القابلة للإبطال لنقص في اهلية العاقد أو لعيب في رضاه أو من العقود التي قرر المشرع إبطالها.² وليس باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن الإجازة لا تلحق العقد الباطل لأنه من عدم.

2_ يلزم العلم بالعيب فينبغي أن يكون المجيز على علم بالعيب، وأنه قصد تأييد العقد وتثبيتته، وأنه نزل عن حقه في التمسك بإبطاله. وعلى ذلك إذا تم تنفيذ العقد القابل للإبطال، دون علم من تقرر لمصلحته الإبطال بالعيب الذي شابه، فلا يعني ذلك أن تنفيذ العقد كان إجازة ضمنية له مهما طالت المدة.³

3_ زوال العيب المبطل العقد لا يمكن إجازة العقد إلا بعد زوال العيب الذي يعرضه للإبطال، فإذا كان العقد قابلاً للإبطال بسبب الإكراه، فإن إجازته تتطلب زوال الإكراه، كما تتطلب إجازة عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية، زوال هذا العيب وذلك ببلوغ سن الرشد. كما تصح إجازة الولي للعقد الذي أبرمه القاصر في حدود سلطته.⁴

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 250.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 161.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 250 و 251.

⁴ علي فيلال، المرجع السابق، ص 347.

أما في حالة الإستغلال فليس من اللازم إختفاء العيب الذي إقترن بالعقد بل يكفي زوال ظروف التعاقد وهي حالة الطيش البين أو الهوى الجامح.

ثانياً_ شكل الإجازة:

والإجازة نوعان إما أن تكون صريحة أو أن تكون ضمنية وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 100ق.م.ج على أنه: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير".¹

أ- الإجازة الصريحة: إذا إنصرفت إرادة المجيز إلى إجازة العقد، فيقوم بالتصرف القانوني بقصد التنازل صراحه عن حقه في إبطال العقد.

ب-الإجازة الضمنية: عندما تنصرف إرادة المتعاقد إلى أمر آخر يفهم منه أن المتعاقد تنازل عن حقه في إبطال العقد، كأن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد القابل للإبطال. إن الغرض الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقد هو تنفيذ العقد لا إجازته، ولكن بها أن العقد قابل للإبطال ومع ذلك ومع ذلك شرع في تنفيذه فيفهم من هذا الموقف أن المتعاقد قد تنازل عن حقه في إبطال العقد.²

ثالثاً_ آثار الإجازة:

يترتب على الإجازة زوال حق المتعاقد في طلب إبطال العقد. وإعتبار التصرف صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت إجازته.³ وفي ذلك تقول المادة 100ق.م.ج. وتستند الإجازة إلى تاريخ الذي تم فيه العقد. ويرى جانب من الفقه أن للإجازة أثر رجعي غير أن بعض الفقه يرى أنه ليس لها أثر رجعي لأن العقد الصحيح ما لم يبطل. فالإجازة يترتب عليها إستمرار العقد في إنتاج أثر كعقد صحيح تستبعد الأثر الرجعي للإبطال.⁴

¹ _محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص251و249.

² _علي فيلاي، المرجع السابق، ص346.

³ _أنور سلطان، المرجع السابق، ص163.

⁴ _محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص252و253.

وحسب المادة السابقة فإن المشرع فرق فيما يتعلق بأثر الإجازة بين المتعاقدين والغير.

أ- فيما يخص أثر الإجازة بين المتعاقدين: يكون للإجازة أثر رجعي، أي أن العقد يعتبر بالنسبة لهما صحيحا من وقت إنعقاده.¹

ب- فيما يخص أثر الإجازة بالنسبة للغير: والمقصود بحقوق الغير في نص المادة 100 ق. م. ج هم الخلف الخاص للعائد ذي المصلحة في إبطال العقد فلا تتأثر حقوقهم التي كسبوها منه على الشيء موضوع العقد قبل إجازته، كأن باع قاصر عينا يملكها وبعد بلوغه رهنها فإن إجازته للبيع بعد هذا الرهن لا تؤثر على حق الدائن المرتهن فيبقى رهنه على العين المبيعة فالحكم الوارد في المادى 100 ق. م. ج. تمليه الرغبة فيإحباط الغش الذي تنطوي إليه إجازة العقد بعد التصرف مع الغير على تقدير التمسك بإبطاله. فلا يؤخذ به بالنسبة إلى الغير الذي كسب حقا عينيا على الشيء الذي ورد عليه التعاقد.²

الفرع الثاني: التقادم:

التقادم هو جزاء تهاون الشخص الذي إمتنع مدة من الزمن عن التمسك بحقه لم يورد المشرع الجزائي تعريفا واضحا بل اكتفى بذكره في المواد من 308 إلى 322 ق.م.ج بوضعه أنواعه وتحديد مدة التقادم وأسباب إنقطاعه ووضع كيفية للتمسك به والآثار التي ترتب عنه وإعتبره كأحد الأسباب التي تؤدي إلى إنقضاء الإلتزام من دون الوفاء به، وبحسب القانون المدني يمكن تقديم تعريفه بأنه ذلك الأسلوب ابتدعه المشرع لإنقضاء الإلتزام إذا لم يقم الدائن خلاله بأي عمل قانوني للحصول على حقه.³

¹ -أنور سلطان، المرجع السابق، ص162.

² -إلحاج العربي، المرجع السابق، ص181.

³ -علجية بويحد، بورنان رزيقة، التقادم المسقط في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص11.

أولاً: مدة التقادم:

تقضي المادة 101ق.م.ج: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال (5) خمس سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم إنقطاعه غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلك أو تدليس أو إكراه إذا عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد.¹

ومنه نستنتج أن مدة تقادم دعوى الإبطال بحسب الأحوال والتي تكون كالتالي، حيث حدد المشرع مدة التقادم بالنسبة للحق في إبطال العقد بخمس سنوات من يوم:

-إكتشاف الغلط أو التدليس بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في غلط أو المدلس علي.

-إنقطاع الإكراه بالنسبة للمتعاقد المكره.

-زوال نقص الأهلية بالنسبة للمتعاقد ناقص الأهلية.

ولقد قيد المشرع هذا الأجل بشرط ثاني وهو عدم تجاوز مدة (10)عشر سنوات من يوم إبرام العقد، فتكون العبرة بخمس سنوات إنطلاقاً من اليوم المشار إليه أعلاه إذا لم يمضي على إبرام العقد عشر سنوات ويسقط حق الإبطال عندئذ بالتقادم بأقصر الأجلين، عشر سنوات من يوم إبرام العقد، او خمس سنوات من يوم إكتشاف العيب أو زواله.

والجدير بالذكر أن مدة النفاذ قابلة للانقطاع والوقوف على خلاف أجل الإسقاط.²

¹ _هباش رانية، محمداتي راوية، المرجع السابق، ص24.

² _علي فيلاي، المرجع السابق، ص350و351.

ثانياً: آثار التقادم:

ويتضح مما سبق أنا حق من تقرر له البطلان يسقط بالتقادم بعد مضي المدة التي حددها القانون فلا يجوز رفع الدعوى بعد إنقضاء هذه المدة، وبذلك يستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهدداً بالزوال، وفي ذلك يكون للتقادم الأثر الذي للإجازة.

فإذا نفذ المتعاقد إلتزامه رغم أن إرادته شابها عيب من عيوب الرضا أو كان ناقص الأهلية ثم سكت بعد أن زال العيب، أو بلغ سن الرشد المدة التي قررها القانون فإنه لا يستطيع التمسك بالبطلان عن طريق رفع الدعوى.¹

ولكن هل يجوز عند تقادم حق الإبطال الدفع به؟ وبعبارة أخرى، إذا كان تحقق التقادم لا يسمح لمن تقرر الإبطال لمصلحته أن يرفع دعوى قضائية رئيسية لإبطال العقد، فهل له أن يدفع بالإبطال إذا ما طالبه المتعاقد الآخر بتنفيذ العقد؟²

ويرى أغلب شراح القانون المدني المصري لأنه لا يجوز ذلك.

ويفترض الدفع بالإبطال أن المتعاقدين لم ينفذا العقد القابل للإبطال وإستمر هذا الوضع المدة القانونية، وهي عشر سنوات في القانون المدني الجزائري ثم طالب الطرف الآخر وهو من قرر له القانون حق الإبطال، بتنفيذ العقد.

وسبق القول أنا الرأي الغالب في الفقه المصري، متفق غالبية الفقه الفرنسي، أن الإبطال عن طريق الدفع لا يجوز غير أن محكمة النقض الفرنسية تذهب إلى جواز ذلك، ونحن نميل مع بعض الفقه إلى الآخذ بوجه نظر محكمة النقض الفرنسية، الذي يستند إلى إعتبارات العدالة لأن الدائن، يستطيع إنتظار مدة التقادم ثم يطالب المدين بالتنفيذ دون أن يستطيع الأخير التمسك بالإبطال.³

¹ _محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص256 و257.

² _علي فيلاي، المرجع السابق، ص351.

³ _محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص258.

المبحث الثاني : آثار البطلان :

ترتب على بطلان العقد أو إبطاله انعدام أثره سواء بالنسبة للماضي أو المستقبل، فيعتبر العقد كأن لم يكن غير أن هناك أحدا لا يجري فيها الفقه على القول بأن العقد ينتج آثاره رغم بطلانه.¹

وكقاعدة المعمول بها والسابق لنا ذكرها أن البطلان ينقسم إلى نوعين :

النوع الأول: يلحق العقد عند إبرامه فيحول دون انعقاده أصلا، أي لا يترتب أي أثر أي العقد باطلا.

النوع الثاني: يلحق عند إبرامه ما يهدده بالزوال بعد إنشائه فهو ينشأ صحيحا ولكن يكون قابل للإبطال لمصلحة من قرر القانون له ذلك.

كما نجد أن الآثار التي تترتب على البطلان مشتركة بين كل من البطلان المطلق والنسبي وهي زوال العقد من يوم إبرامه، استنادا إلى ما تم عرضه سوف نتطرق إلى آثار البطلان الذي قسمناه إلى مطلبين المطلب الأول الآثار الأصلية للبطلان وفي المطلب الثاني الآثار العرضية للبطلان.²

المطلب الأول : الآثار الأصلية للبطلان :

قد يترتب القانون في بعض الحالات على العقد الباطل آثاره العادية باعتبارها واقعة مادية كما هو الأمر في الآثار الاستثنائية بل باعتباره عقد فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء ويختلف حكم البطلان في هذا الصدد فيما يتعلق بين المتعاقدين (فرع أول) ثم بالنسبة للغير (فرع ثاني)

¹ -محمد سامر دغمش، مرجع سابق، ص243.

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص258.

الفرع الأول : آثار البطلان بين المتعاقدين :

نتناول في دراستنا التالية القاعدة العامة للبطلان بين المتعاقدين ثم نتطرق للقيود الواردة على هذه القاعدة:

أولاً- القاعدة العامة في أثر البطلان بين المتعاقدين :

القاعدة العامة في أثر البطلان بين المتعاقدين هي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد وما يرد عليها وبالتالي زوال كل أثر قانوني للعقد، ويتعين على كل عاقد أن يرد ما تسلمه، أو ما حصل عليه بمقتضاه¹.

تنص المادة 103 من التقنين المدني الجزائري على ما يأتي (يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد غفي حالة بطلان العقد أو إبطاله ف أو إبطاله فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بالتعويض معادل)².

يفهم من نص المادة أن في حالة ما إذا نفذ العقد بصفة جزئية أو كلية وجب على كل عاقد أن يرجع ما تسلمه.

مثال عقد الإيجار بحيث سترد المؤجر العيني المؤجرة والمستأجر مقابل بدل الإيجار وعليه فإنه عند بطلان العقد يجوز لكلا المتعاقدان استرداد المبالغ المدفوعة على أساس العقد الباطل فيعود بموجبه المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد.

أما في حالة ملك العين أو استحالة استرداد أحد المتعاقدين إذا كان الملاك بسبب خطأ المشتري وهي تحت يده كما في العقود الزمنية مثل عقد العمل أو الإيجار فهنا يجوز للقاضي أن يحكم بتعويض نقدي معادل وهذا التعويض أساسه المسؤولية التقصيرية لأن الحكم القانوني يقرر بأنه (لا عقد باطل) .

¹ - العربي بالحاج، مرجع سابق، ص192.

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص259.

وهو ما ذهبت إليه المادة 103 ق.م السابق ذكرها ويرى بعض الفقهاء ان أساس الرد هو دفع غير مستحق وعليه فإذا هلك المبيع مثلاً في يدي المشتري بسبب لابد له فيه وكان حسن النية، فإنه لا يسأل إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة وللبائع أن يسترد المبيع التالف دون أن يكون له الحق في التعويض عن التلف¹.

والحقيقة أن التزام بالرد يجب أن ينفذ كما لو كان ناشئاً عن عقد وذلك نظراً إلى ما قام من علاقة بين المتعاقدين، ومقتضى هذا أن أحد الطرفين لا يستطيع أن يطالب الآخر برد ما أخذه إلا بقدر ما يرد هو أيضاً مما أخذ، فإذا استحال على أحدهما أن يرد ما أخذه فلا يستطيع أن يطالب الآخر بالرد، ويمكن الحكم بالتعويض على الطرف الذي البطلان من جانبه قولاً أو فعلاً.

ثانياً - القيود الوارد على هذه القاعدة:

على القاعدة السابقة قد يحد منها قيدان هما:

1- حالة ناقص الأهلية: تقضي المادة 2/103 ق.م على مايلي (غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد)

أي يرد ما قد يكون قد تبقى غفي يده مما أعطاه العاقد الآخر وكذلك يرد ما أنفقه، وما عاد عليه بمنفعة أو فائدة بان كان سدد ديون عليه، أو قام بشراء الأشياء المفيدة، أما ما أنفقه ولم يعد عليه بالفائدة فلا يلتزم ناقص الأهلية برده، وقد أراد المشرع الجزائري بهذا الحكم أن يكفل الحماية لناقص الأهلية وتقضي قواعد التفسير في القياس تطبيق الحكم على عديم الأهلية.

¹ - بالحاج العربي، مرجع سابق، ص 192-194.

2- حالة بطلان العقد لعدم المشروعية:

نشأ في القانون الروماني مبدأ مشهور يتضمن استثناء الآخر على أثر البطلان ويمنعه غفي حالة البطلان العقد لمخالفته للنظام العام والآداب استرداد ما سلمه العاقد الملوث وفقا له.

ومعنى هذه القاعدة الرومانية أنه لا يجوز للعاقد الملوثان يؤسس دعواه على غش صدر منه من جانبه، وان يستند إلى تلويثه في المطالبة بحق أمام القضاء، فإذا كان العقد باطلا لمخالفة المحل أو سبب للنظام العام أو الآداب، فإن من سلم شيئا لا يستطيع أن يسترده إلا إذا كان غير ملوث ، بأن كان عدم المشروعية غير آت من ناحية، ومثال ذلك من يدفع مبلغا لآخر في مقابل أن يقبل شخص ثالث، فإنه لا يجوز له أن سارد هذا المبلغ في حالة عدم قيام الشخص الآخر بالقتل.

وقد أخذت بعض القوانين الحديثة بهذه القاعدة كالقانون الاسباني (م1305) والقانون الألماني (م317ق.م.أ) والقانون السويسري (م26ق.م.س) والمشرع الفرنسي والايطالي (م2/27) حيث أنه لم يعمل بها كل من القانون المصري والجزائري.

والقواعد في القانون الجزائري هي أن العقد الباطل لعدم المشروعية حكمه حكم العقد الباطل لأي سبب آخر، فيلتزم فيه كل من الطرفين برد ما أخذه طبقا للقاعدة العامة الني ذكرناها سابقا، وهذا انطلاقا من أن القاعدة الرومانية لا تتفق من منطق البطلان، كما أنها تشجع على الفساد¹.

¹ - بالحاج العربي، مرجع سابق، ص 197.

الفرع الثاني : آثار البطلان بالنسبة للغير :

لا يقتصر أثر تقرير البطلان أو الإبطال على المتعاقدين بل يسير كذلك في حق الغير والمقصود بالغير هو كل من تأثر حقوقه بصحة أو بطلان عقد لم يكن طرفا فيه فالغير ليس لأجنبي، وإنما هو الخلف الخاص الذي يخلف المتعاقدين.

نتعرض في هذه النقطة الهامة إلى المسائل الآتية : القاعدة العامة والاستثناءات الواردة على هذه القاعدة

أولاً- القاعدة العامة :

لا يقتصر أثر البطلان على العاقدين بل يمتد إلى الغير فالبطلان اثر مطلق ويحتج به في مواجهة كافة والمقصود بالغير هنا كل من اكتسب حقا على العين محل العقد الذي تقرر بطلانه، كما لو كان العقد الباطل بيعا، وتصرف المشتري غفي العين التي اشتراها الآخر بالبيع، فالأصل أنه إذا بطل العقد الأول، فيجب أن يبطل العقد الآخر، تطبيقا للأثر الرجعي للبطلان، ومن مقتضاها أن المشتري لم يمتلك الشيء بمقتضى عقد شرائه، فيكون العقد الثاني قد صدر عن غير المالك، وفاقد الشيء لا يعطيه، كما يعبر الفقه الإسلامي، إذا كان هذا الشخص قد رتب على العين هنا أو حقا عينيا لآخر فإن البائع يسترد العين غالبية من الرهن أو أي حق آخر¹.

وتمس هذه النتيجة التي يرتبها الأثر الرجعي للبطلان باستقرار المعاملات، وكذلك الثقة والائتمان مما يجعل المشرع يحمي الغير إذا كان حسن النية فنصت المادة 835ق.م من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا إذا كان الصحيح لدى الحائز على أساس أن الشيء خال من التكاليف والقيود العينية².

¹ - بالحاج العربي، كرجع سابق، ص198.

² - علي فيلالي، مرجع سابق، ص263.

فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف والقيود العينية والحيازة في حد ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقد دليل على خلاف ذلك فإذا باع عمر عميلا بهذه المادة منقولاً لزيد فباعه لعلّي واستلمه الأخير وهو يجهل تماماً بطلان العقد، فلا يمكن لعمر عند تقرير البطلان العقد أن يسترد المنقول من علي.

ونصت كذلك المادة 885 ق.م يبقّى صحيحاً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكية أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن.

وطبقاً لهذه المادة فإن بطلان العقد لا يسري في حق الغير المستفيد من الرهن طالما كان حسن النية¹.

ثانياً - الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة:

القاعدة العامة بينت أثر البطلان بالنسبة للغير وخاصة الأحكام الخاصة بحماية الغير حسن النية، ولذلك سنتطرق إلى ما يلي:

رد في القانون المدني استثناءات التي تظل فيها الحقوق يتحصل عليها لا غير على الشيء المتصل بالعقد الباطل في حالات معينة هي كالتالي².

1- بالنسبة لعقود الإدارة: كعقد إيجار فإنه من المتفق بين الفقهاء أنه استثناء من الأثر الرجعي لزوال الملكية، فإن أعمال الإدارة الصادرة من المالك الذي زالت ملكيته تظل نافذة بعد ذلك، عملاً على استقرار المعاملات، ولكن بشرط لنفاذ هذه العقود في حق المالك الأصلي أن يكون المتصرف (كالمستأجر) حسن النية، ذلك أن المقصود من بقاء الإيجار الصادر ممن زالت ملكيته بأثر رجعي هو حماية المستأجر، وهو لا يكون جديراً بهذه الحماية إلا إذا كان حسن النية.

¹ - علي فيلالي ، مرجع سابق، ص363.

² - بالحاج العربي، مرجع سابق، ص198-199.

2- عقد التصرف: وهنا يتوجب علينا التمييز بين عقد التصرف في العقار وفي المنقول، ففي العقار إذا كانت سند التصرف باطل بطلان مطلقا فإن المتصرف إليه حين النية يستقر حقه العين الذي اكتسبه استنادا إلى مدة التقادم باعتباره أنه تلقى حقه حق غير مالك لكن ليس أن يحتج على المالك الحقيقي لما اكتسبه قبل التسجيل بالدعوى بغير الاستناد إلى التقادم، باعتبار أن عقده لا وجود له من الناحية القانونية¹.

أما إذا كان سند التصرف باطلا نسبيا فإن الحكم بالبطلان لا يحتاج به على الغير هل حسن النية قبل التسجيل بدعوى الإبطال ومقابلته يكون الحكم حجة على من تترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى².

القانون الجزائري قد أذن بنظام الشهر العيني بالنسبة للتصرفات والحقوق التي ترد على العقار (كالتصرفات المنشئة أو المقررة)

لا يزول الرهن الرسمي الذي يترتب للدائن المرتهن حسن النية على العقار ببطلان التصرف الذي تملكه الراهن بمقتضاه بل يعود العقار إلى ملكية المتصرف مثقلا به³.

وتبقى المادة 835 ق.م.ج والتي مفادها قاعدة عدم الاحتجاج على الغير الذي بعقد قضائي ببطلان هذا العقد الذي تملك بموجبه المنقول أو اكتسب بمقتضاه حقا عينيا عليه⁴.

¹ - محمد محمود زهران همام، الأصل العامة للالتزام نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة مصر، 2004، ص203

² نبيل ابراهيم سعد، نظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص250.

³ - بالحاج العربي، مرجع سابق، ص199.

⁴ - طالبي وليد، مرجع سابق، ص45.

3- الشركات التجارية الباطلة : إذا قضى ببطلان الشركة التجارية لعدم توفر الشكل الذي يحدده القانون أو لعدم شهرها وفقا لقواعده أو لأن أحد الشركاء ناقص الأهلية أو شاب رضاه عين، بعد أن باشرت نشاطها وتعالّت مع الغير فإنها تعتبر شركة واقعية وتظل التصرفات القانونية التي أبرمتها قائمة ومنتجة لآثارها ويقتصر أثر البطلان بعد تقريره على المستقل حماية الغير الذي اطمأن إلى قيام الشركة¹.

المطلب الثاني : الآثار العرضية للبطلان :

قد يستحيل إزالة بعض الآثار التي رتبها العقد الباطل وقد يستحيل تجاهلها نظرا لخطورتها وفي نفس الوقت لا يمكن إلحاقها بالعقد لأنه منعدم الوجود بعد تقرير بطلانه أو إبطاله، ففي هذه الحالة تلحق هذه الآثار بالعقد الباطل كونه واقعة مادية وليس تصرفا قانوني فتعتبر هذه الآثار عرضية لأن مصيرها القانون وليس إرادة المتعاقدين².

ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل مما اشر في احدهما نظرية العقد والأخرى نظرية الخطأ في تكوين العقد (إنقاص العقد)

الفرع الأول – نظرية تحويل العقد :

في هذا الفرع سوف نتطرق ونقوم بإظهار مفهوم تحويل العقد وشروطه.

أولاً- مفهوم تحويل العقد :

سنتطرق إلى مفهوم تحويل العقد فنجد التحويل في

أ- اللغة: هو الانتقال ويقال تحول من مكانه إذا انتقل عنه إلى موضع آخر.

¹-بالحاج العربي، مرجع سابق، ص199.

²- وليد طابي، مرجع سابق 48.

ب- اصطلاحاً: أنه إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال¹، أو كان يتضمن أركاناً أو عناصر عقد آخر رغم بطلانه فإن العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل يتحول إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح وبالتالي يترتب آثار العقد الصحيح الشرعية².

الأصل أن العقد الباطل ليس له وجود قانوني لذا لتفادي ذلك نجد أن المشرع الجزائري قلل من حالات البطلان وهذا ما نصت عليه المادة 105 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: (إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذي توافرت فيه أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد³)

ثانياً - شروط تحويل العقد :

يتضح من خلال نص المادة 105 ق.م.ج. أن التقنين المدني الجزائري أخذ بنظرية تحويل العقد، وهذه النظرية صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر وأخذ بها التقنين المدني الألماني بنصه عليها في المادة 140 منه.

أم القانون المدني الفرنسي، نص فيه على هذه النظرية وبالرغم من ذلك، فإنه يمكن إهمال حكم هذه النظرية في ظل القانون طبقاً لنظرية التكيف.

فنظرية تحويل العقد تقتضي توافر ثلاثة شروط هي:

أن يكون العقد باطلاً أو أن يتضمن عقد آخر صحيح الأركان ، وان تتصرف إرادة المتعاقدين إلى العقد الصحيح .

¹ - إبراهيم عبد الرحمان بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره (دراسة المقارنة)) جامعة محمد بن سعود الإسلامية المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، 1424-1425هـ، ص39.

² - نفس المرجع، ص39

³ - محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص263-264.

1- بطلان العقد: لا مجال لتحويل العقد ما لم يكن باطلا بطلانا مكلفا أو قابل للإبطال، وتم تقرير إبطاله لأن نظرية تحويل العقد لا تعني العقد الصحيح، ويجب أن يكون البطلان كليا لا جزئيا، لأنه بسبيل المثال المادة 390 تجاري، التي تشترط في السفنجة أن تشمل على بيانات معينة منها (تسمية السفنجة في متن السند نفسه باللغة المستعملة في تحريره...) وبمقتضى هذه المادة لا يعتد بالسند عن إغفال هذه البيانات أي أن يكون هذا السند باطلا ولا يعد سفنجة.

2- توافر عناصر العقد الجديد: لا يمكن تحويل العقد الباطل ما لم يتضمن عناصر العقد الجديد، بحيث يكون العقد الجديد عقدا كاملا دون إضافة أي عنصر، أما إذا اختلف أحد عناصر العقد الجديد فلا يجوز استكماله بغية تحويله¹.

ويتمثل تحويل العقد في استبدال العقد الباطل بعقد جديد صحيح يكون قد تضمنه العقد الباطل، ويجب عدم الخلط بين تصحيح العقد بإضافة تغيير بند من بنوده، وتحويل العقد الذي يقتصر على استبدال العقد الباطل بالعقد الجديد.

3- انصراف إرادة المتعاقدين إلى العقد الصحيح:

والمقصود بهذا الشرط هو تبين إرادة المحتملة للمتعاقدين في حالة بطلان العقد الأصلي يجب استنتاج رغبة المتعاقدين في التمسك بالعقد الأصلي يجب استنتاج رغبة المتعاقدين في التمسك بالعقد الجديد بعدما تبين لهما أن العقد الأصلي باطل، ولا شك في أن الإرادة الحقيقية انصرفت إلى العقد الأصلي، وبالتالي يجب الرجوع إلى إرادتهما المحتملة، مثل ما يمكن تصورها عند بطلان العقد الأصلي.

¹ - علي فيلي، المرجع السابق، ص 365-366.

إذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة، فإن نص القانون يجيز للقاضي تبعا للظروف النظر في إعادة التوازن بين التزامات الطرفين، فيجوز له أن يرد التزامات الطرفين، فيجوز له أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، حيث بتوازن مع التزام الدائن، ويجوز له إذا رأى أن الظروف الطارئة المؤقتة ولن تلبث طويلا حتى تزول أن يأمر بوقف تنفيذ الالتزام المدين إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن، ويكون ذلك نوعا من نظرة المسيرة التي نص عليها القانون في المادة 181، ولكن يشترط أن لا تزيد مدة الوقف عن سنة، وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق حتى يتوازن مع التزام المدين¹.

فالقاضي يحل نفسه محل العاقدين بعد أن يستخلص عناصر العقد الجديد من العقد الباطل ويقيم لهما عقدا جديدا بدلا من العقد الأصلي الباطل، وذلك جعل العقد الجديد أثرا عرضيا للعقد الباطل².

ثالثا - آثار تحويل العقد :

إذا تم تحويل العقد الباطل وهو العقد الألين يصبح هذا الأخير منعدم الوجود، ويعتبر كأنه لم يكن، بينما يرتب العقد الجديد، وهو القد الصحيح وكل آثاره³.

¹ - علي سليمان، مرجع سابق، ص 101.

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 266.

³ - علي فيلاي، مرجع سابق، ص 367.

الفرع الثاني - نظرية إنقاص العقد :

سنقوم في دراستنا التالية بتناول مفهوم إنقاص العقد والشروط ثم الآثار

أولاً- مفهوم الانتقاص:

تعني بالانتقاص التخلص من الجزء الباطل والإبقاء على الجزء الصحيح طالما احتمل التجزئة، فإذا لم يحتملها لم يكن هناك محل بهذا الانتقاص¹.

نصت المادة 104 ق.م.ج، إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله.

إن المقصود بنظرية إنقاص العقد هو إنقاص شقه الباطل وإبقاء العقد صحيحاً بشقه الآخر وتسمى هذه العملية كذلك بالبطلان الجزئي، حيث يبطل جزء من العقد دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحاً ومرتباً بكل آثاره².

مثال ذلك إذا باع شخص ما يمتلكه من منزل وسيارة بعقد واحد ولكن مع تحيدي ثمن مستقل لكل منهما فلو كان المنزل مثلاً يستغل في عمل مخالف لنظام العام والآداب العامة، عندئذ يبطل الشق الخاص بالمنزل ولكن يبقى لعقد صحيحاً في الشق الآخر المتعلق بالسيارة، ذلك أننا نكون ففي هذه الحالة بصدد عقدين كل منهما مستقل على الآخر وليس عقداً واحداً³.

¹ - فرح علواني هليل، مرجع سابق، ص 50

² - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام) ط6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 20.

³ - علي فيلاي، مرجع سابق، ص 367-368.

ثانيا - شروط إنقاص العقد:

لا بد من تحقيق ثلاثة شروط وهي : أن يكون العقد باطلا في شق منه فقط وأن يكون العقد قابلا للانقسام، وأن يكون الشق الباطل غير مؤثر.

1- بطلان شق من العقد:

إذا كان العقد صحيحا في كل بنوده أو باطلا بأكمله، فلا حاجة من إنقاصه، حيث يكون العقد في الحالة الأولى صحيحا، ويكون باطلا كليا في الحالة الثانية، وهذا بند من بنوده، أو في جزء منه فقط ، ويحدث هذا الوضع عادة إذا تضمن العقد شرطا أو بعض من الشروط المخالفة للقانون، كالشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأثره في التصريح بالحادث المؤمن عليه (المادة 622 ق.م) أو الشرط الذي يقضي بإعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد أو الإنقاص منه (المادة 566 ق.م) أو الشرط الذي يسقط أو ينقص من الضمان عندما يعتمد البائع إخفاء عيب في المبيع غشا منه (المادة 384 ق.م)¹.

2- قابلية العقد الانقسام :

تقتضي عملية إنقاص العقد أن يكون قابلا للانقسام وقد نصت المادة 236 ق.م، بخصوص الالتزام أنه: لا يقبل الالتزام الانقسام ... إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته.... إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم، أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك) ويكون عموما العقد قابلا للانقسام إذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا ينال من تكييف العقد، فلا يغير من طبيعته القانونية كإبطال الشرط الذي يسقط حق المؤمن له في التعويض الذي أشارت إليه المادة (622 مدني) فلا ينال من تكييف العقد الذي يبقى عقد قابل أما إذا كان الإنقاص يغير من طبيعة العقد فيكون غير قابل للانقسام.

¹ - علي فيلاي، مرجع سابق، ص 367-368.

وقد نصت المادة 426 ق.م.: إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا....) إذ مثل هذا الشرط ينال من طبيعة عقد الشركة الذي يقوم أساسا على إقسام الربح والخسارة طبقا لمادة 426 ق.م.¹.

المادة 466 ق.م (الصلاح لا يتجزأ، فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله)².

3- الشق الباطل غير مؤثر :

اشتراط المادة 104 من التقنين المدني الجزائر أن لا يكون الشق الباطل من العقد مؤثرا غير أن العبارة المستعملة من طرف المشرع قد تحدث بعض الصعوبات في تحديد المعيار الذي يجد الاعتداد به من أجل اعتبار الشق الباطل ضروريا لوجود العقد فهل هو المعيار الشخصي أو المعيار الموضوعي³.

ثالثا: أثر انتقاص العقد:

بعد إنقاص العقد يكون الشق الباطل منعما وكأنه لم يكف ولا يرتب أي أثر، فعند إبطال شرط سقوط ضمان المهندس المعماري أو المقاول طبقا (المادة 556م) فإنهما يلتزمان متى توفرت الشروط المقررة لذلك، أما بالنسبة للشق الصحيح فإنه يرتب آثاره القانونية الأصلية⁴.

¹ - علي فيلالي، مرجع سابق، ص368.

² - نفس المرجع السابق، ص368

³ - بلال عثمان، محاضرات في القانون المدني، سنة 2 ليسانس (نظرية العقد) ج.1، تكوين العقد كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم التعليم الأساسي للحقوق، بجاية، 2018-2019، ص81.

⁴ - علي فيلالي، مرجع سابق، ص369.

كما إذا اشترى شخص بئمن إجمالي عددا من الساعات معتقدا أنها من الذهب، ثم يتضح أنه وقع في غلط بالنسبة إلى بعضها لأنه من النحاس، فيمكن تجزئة العقد إلى شطرين يشمل أولهما بيع الساعات التي لم يقع المشتري في الغلط بالنسبة إليها، ويشمل ثانيهما بيع تلك التي داخل المشتري الغلط فيها انتقص الشطر أو الشق الأول وحده الذي يظل صحيحا، واقتصر البطلان على الشطر الثاني.¹

ومن أمثلة أيضا أن يذهب الرجل وزوجته ماله، ويشترط عليها ألا تتزوج من بعده إذا مات مدفوعا بذلك بمحض الغيرة.

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 367.

وفي نهاية الفصل نشير إلى أبطال أو بطلان العقد قد يلحق بالمتعاقد أضرار خاصة إذا كان يجهل سبب ذلك البطلان أو الإبطال عند التعاقد، وهذا يطرح مشكلة التعويض، فهل للمتعاقد المتضرر أن يطلب المتعاقد معه بالتعويض عند الضرر الذي لحقه نتيجة الإبطال أو بطلان العقد؟

يكفي للمتضرر أن يثبت وقوع الخطأ من جانب المتعاقد معه طبقاً للمادة 124 مدني، للحصول على التعويض¹.

فالعبرة تكون بالمسؤولية التقصيرية وليست بالمسؤولية العقدية لأن العقد باطل.

يعاب على هذه النظرية أنها لا تقوم على أساس صحيح فإذا ترتب مسؤولية عقدية دون وجود عقد صحيح².

ويخلص مما سبق أن الإنقاص هو تفسير لإرادة المتعاقدين فإذا تبين أن إرادتهما قد قصدت إما أن يصبح العقد كله أو يبطل كله، فيمتنع الإنقاص إلا إذا تبين أن المتعاقدين كان يرتضيان العقد الجديد لو علما بالبطلان³.

¹ - علي فيلالي، مرجع سابق، ص 369.

² - مرجع نفسه، ص 370

³ - محمد صبري السعيد، مرجع سابق، ص 268.

الخاتمة :

مما سبق لنا ذكره في موضوع دراستنا نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري ومن خلال تقديمنا لمفهوم البطلان الذي هو الجزاء الذي يوقعه القانون لعدم توافر أركان العقد، وشروط صحتها مما يجعل التصرف باطلا.

فعند تخلف أحد هذه الأركان (الرضى - المحل - السبب شكله في بعض العقود) يترتب على التصرف بطلانا مطلقا أما عند تخلف شرط من شروط الصحة (عيب في الرضى - نقص الأهلية لأحد المتعاقدين) فهنا يكون البطلان نسبي .

إلا أنه للبطلان كباقي المفاهيم القانونية يشابه مع بعض منها، حيث يصل الشبه بين آثارها، وأثر البطلان إلى حد أن الفقه يحاول التقرب بينهما في مداها، تناولنا في هذه المقارنة كل من نظام عدم النفاذ والانحلال والفسخ، والآثار التي تقع على عاتق المتعاقدين، وهنا فإن الآثار تنقسم إلى آثار أصلية وهي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، ولا تقتصر هذه القاعدة على من هم في العقد (المتعاقدين) فقط، وإنما تشمل أيضا الغير، ونقصد بالغير هو الخلف الخاص الذي اكتسب حقا عينيا من المتعاقدين، وله أثر على حقوقه عند تقرير البطلان وزوال حقوقه.

وفقا لنتائج المتحصل عليها :

1. نص قانوني صريح في القانون المدني يزيل أي لبس حول مدني شرعية الإبطال ، وذلك حفاظا على العقد من الزوال والنتائج المترتبة على العقد .
2. يظل العقد صحيحا ويرتب آثاره إلى حين أن يحكم ببطلانه بطلانا مطلقا والقابل للإبطال، وذلك من خلال انعدام الأثر القانوني عند احترام أحد قواعده.
3. النظرية التقليدية تقسم البطلان إلى ثلاث مراتب، الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي.
4. النظرية الحديثة قسمت البطلان إلى : بطلان نسبي، بطلان مطلق
5. فالبطلان في نوعيه المطلق الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد لانعدام الرضا استحالة أو انعدام المحل أو يكون المحل خارج عن دائرة التعامل، أو تخلف الشكل في العقود والتي تتطلب الشكالية كعقد البيع.
6. والبطلان النسبي الذي ينجم على وقوع عيب من عيوب الإرادة تجعل من إرادة المتعاقد ناقصة فلولا حدوث هذا العيب ما تعاقد، كالإكراه، والاستغلال والغلط والتدليس، وقد يكون المتعاقد ناقص الأهلية بحكم صغر سنه (طفل مميزا 13 سنة) أو يعود نقص أهليته لسنه أو مرض عقلي، نظمها المشرع بدوره تمنح القانون المدني.
7. أن قاعدة الأثر الرجعي ترتب عليها استثناءات بدورها تمنح لحسن النية التمسك بحقوقه والمشرع بدوره حماية له منح له حق محل التعاقد الباطل، وهو لا يعلم ببطلانه مما يؤدي إلى ضياع حقوق الغير إضراره.

8. ومن آثار البطلان التي تقع على المتعاقدين وهي الآثار العرضية والآثار الأصلية التي تتمثل في إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد وتمتد أيضا للغير (الخلف الخاص).

بناء على ما سبق توصلنا إلى الاقتراحات التالية :

1- الإكثار من الدراسات القانونية المختصة في مجال القانون المدني المتعلقة بنظرية البطلان وذلك لقلّة الدراسات المتعلقة بهذا الصدد.

2- الأخذ بقواعد الفقه الإسلامي في ما يخص تصرفات القاصر المميز التي ميز فيها بين التصرفات التي يمكن أن يباشرها المميز من التي تقصر عليه سيما وأنها تشكل المصدر الاحتياطي الأول في القانون الجزائري.

3- من الضروري أخذ بعين الاعتبار إجراء تعديلات فيما يخص مراحل العقد أي تقسيمه صحيحا وباطل.

4- ضرورة وضع المشرع تعديل شامل حول العقد الباطل.

5- يجب على المشرع أن يضع نصوص خاصة تنظم مفهوم اتفاق العقد.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب:

1. ابراهيم عبد الرحمان بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره (دراسة المقارنة)) جامعة محمد بن سعود الاسلامية المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، 1425-1424هـ، ص39.
2. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام) ط6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011،.
3. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
4. بلال عثماني، محاضرات في القانون المدني، سنة 2 ليسانس (نظرية العقد) ج.1، تكوين العقدكليه الحقوق والعلوم السياسية، قسم التعليم الأساسي للحقوق، بجاية، 2018-2019.
5. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني للعقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
6. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الاول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
7. خليل أحمد حسن قداره، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 1994.
8. د.أكرم البدوي أبو العينين، المحاضرة الحادية عشر، من أصول الفقه، 18مايو 2010
9. عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط3، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.
10. عبد الرزاق دريال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- دار العلوم والنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004.

11. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانوني المدني الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، بن هكنون، الجزائر، 2008.
12. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية-بن عكنون- الجزائر، الطبعة الثامنة، 2008.
13. علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موقع النشر، قانون المدني م 119 الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26/09/1975 الجزائر، 2014.
14. فرح علواني خليل، البطلان في قانون المرافعات المدنية، د.ط، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2008.
15. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام،- دار الجامعهالجديده للنشر-، الإسكندرية، 2006.
16. محمد سامر دغمش، نظرية البطلان في العقود الإدارية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
17. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات مصدر الالتزام العقد والإرادة المنفردة) ط4، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007،
18. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (العقد والارادة المنفردة)- دراسة مقارنة في القوانين العربية- دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
19. محمد محمود زهران همام، الأصل العامة للالتزام نظرية العقد، دار الجامعة جديدة مصر، 2004.
20. نبيل ابراهيم سعد، نظرية العامة الالتزام مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

ثانيا: المذكرات الجامعية:

1. علجية بويحد، بورنان رزيقة، التقادم المسقط في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016.
2. هباش رانية، محمداتي راوية، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمة.
3. وليد طالبي، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة.

ثالثا :النصوص القانونية:

1. القانون المدني، الصادر بالامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، وبالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.
2. الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، معدل بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005.
3. المادة 102، من الامر رقم 07-05 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 13 مايو سنة 2005، الجريدة الرسمية عدد 78.

رابعا :مطبوعات في شكل محاضرات :

1. عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الإلتزام، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2012.
2. فتحي مجيدي، قانونية وإدارية، مقياس الإلتزامات، كليه الحقوق جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2010.
3. مجيدي فتحي، مقياس الإلتزامات، موجهة لطلبة سنة ثانية علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2009-2010

الصفحة 4.	
	اهداء
	شكر و عرفان
	قائمة المختصرات
	مقدمة
	الفصل الاول: ماهية البطلان
	المبحث الاول: مفهوم البطلان
	المطلب الاول: تعريف البطلان
	الفرع الاول: تعريف البطلان لغة
	الفرع الثاني: تعريف البطلان اصطلاحا
	المطلب الثاني: تمييز البطلان عن المفاهيم السابقة
	الفرع الاول: البطلان و الفسخ
	الفرع الثاني: البطلان و عدم النفاذ
	المبحث الثاني: انواع البطلان
	المطلب الاول: البطلان المطلق
	الفرع الاول: المقصود بالبطلان المطلق
	الفرع الثاني: حالات البطلان المطلق
	المطلب الثاني: البطلان النسبي
	الفرع الاول: المقصود بالبطلان النسبي
	الفرع الثاني: حالات البطلان النسبي

	الفصل الثاني: تقرير البطلان و اثاره
	المبحث الاول: تقرير البطلان
	المطلب الاول: صاحب الحق في التمسك بالبطلان
	الفرع الاول: العقد الباطل (البطلان المطلق)
	الفرع الثاني: العقد القابل للإبطال (البطلان النسبي)
	المطلب الثاني: سقوط الحق في التمسك بالبطلان
	الفرع الاول: الاجازة
	الفرع الثاني: التقادم
	المبحث الثاني: آثار البطلان
	المطلب الاول: الآثار الأصلية للبطلان
	الفرع الاول: آثار البطلان بين المتعاقدين
	الفرع الثاني: آثار البطلان بالنسبة للغير
	المطلب الثاني: الآثار العرضية للبطلان
	الفرع الاول: نظرية تحول العقد
	الفرع الثاني: نظرية انقاص العقد
	الخاتمة
	قائمة المصادر و المراجع
	الفهرس
	الملخص

المخلص: يتم العقد ويكون صحيحا لكنه يتعرض للبطلان في عدة حالات إذا ما تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته على شكل بطلان مطلق وبطلان نسبي.

كقاعدة عامة فيما بين المتعاقدين أن أثر البطلان لا يقتصر عليهم فقط، وغنما يمتد أيضا إلى الغير (الخلف الخاص) حتى تتأثر حقوقه بهذا البطلان لم يكن طرفا فيه.

هذه الآثار لها أثر رجعي على استقرار المعاملات لذلك المشرع الجزائري قد منح حماية خاصة لحسن النية، وهي الحياة في المنقول سند الملكية وحالة الرهن الرسمي، وتسجيل دعاوى البطلان وعقود الإدارة.

Abstract: The contract is completed and valid, but it is subject to invalidity in several cases, if one of its pillars or conditions of its validity are missed in the form of absolute invalidity and relative invalidity.

The general rule among the contracting parties is that the effect of invalidity is not limited to them only, but also extends to third parties (special successors) so that his rights are affected by this invalidity if he is not a party to it.

These effects have a retroactive effect on the stability of transactions, so the Algerian legislator has granted special protection for good faith, which is possession in movable title deed, official mortgage status, registration of nullity cases and management contracts

الصورة

استمارة معلومات

المعلومات الشخصية:

الاسم حسين

لقب: كبريت

اسم الاب محمد

اسم ولقب الأم: حمزة زرق ربيعة

تاريخ الميلاد: 11/12/1998 مكان الميلاد: بوسعادة

رقم الهاتف: 0657622249

شريد إلكتروني:

تعاون شخصي في الموامير - بوسعادة

البكالوريا:

المعدل: 14,30 الشعبة/التخصص: أدب وفلسفة سنة الحصول على شهادة البكالوريا: 2017

التخصص:

الدفعات/ سنة التخرج: 2020

تخصص تيسر: خاص

المعدل:

الدفعات/ سنة التخرج: 2022

تخصص المعسر: تعاون أعمال

المعدل الترتيبي المعسر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

☒ عاطل عن العمل

☐ موظف

في حالة موظف:

وظيف عسومي

قطاع خاص:

المنشأة المستعملة:

اسم المؤسسة / الشركة:

الترتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم:

موظف في إطار عقود:

نوع العقد:

امضاء الطالب



استمارة معلومات

المعلومات الشخصية:

الاسم حولة
لقب بكوش
اسم الأب: بخوش
اسم ولقب الأم: سائب الطبع
تاريخ الميلاد: 30/08/1999 مكان الميلاد: سيلة
رقم الهاتف: 04, 92, 24, 19, 34
البريد الإلكتروني: bkmaraml@gmail.com
العنوان الشخصي: بلعانية

البكالوريا:

المعدل: 15,05 الشعبة/التخصص: تقني رياضي هندسة مدنية سنة الحصول على شهادة البكالوريا: 2017

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون خاص
الدرجة/سنة التخرج: 2020

الماستر:

تخصص الماستر: قانون اعمال
الدرجة/سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:



عاطل عن العمل:



موظف:

في حالة موظف:

قطاع خاص:

وظيفة عمومي:

اسم المؤسسة / الشركة:

المصلحة المستحقة:

ترتبة في العمل:

الصفة:

نوع العقد:

موظف في إطار عقود:

موظف دائم:

امضاء الطالب

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



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: حسابات رياضية... تخصص قانون الأسرة

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرقي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): أروحي زخرفة

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث درائم:

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 896656/7449

والصادرة بتاريخ: 2013/12/16

عن دائرة: ببدي عيسى

المسجل (ة) بكلية: الحقوق قسم: حسابات رياضية... تخصص قانون الأسرة

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها:

تحليل الرابطة الزوجية على ضوء اجتهادات المحكمة العليا

أصح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2022/06/06

إمضاء المعني

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



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: ...صا...ب...ع...ي...ت...م...م...ن...أ...س...ة

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرقي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): ...زيان...ص...د

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث ملثم:

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 80378370

والصادرة بتاريخ: 2018/11/19

عن دائرة: ...ب...ي...ع...ي...

المسجل (ة) بكلية: ...ال...ق...ف... قسم: ...م...س...ر...ة ...ت...م...م...ن...أ...س...ة

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها:

الانحلال الرباعي الزوجية على ضوء اجتهادات المحكمة العليا

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2022/06/06

إمضاء المعني

إهداء

أهدي عملي المتواضع هذا إلى روح أبي الغالية الذي تطوف حولي دائما
والذي أتممت دراستي من أجل تحقيق حلمه والذي العزيز
" زروقي أحمد " رحمه الله

إلى أُمي الغالية وأدعو لها بالشفاء وأن ترجع أحسن مما كان وطول العمر
إلى أُمي الثانية أم زوجي وأدعو لها بالشفاء
إلى زوجي العزيز وسندي في الحياة بعد أبي ورفيق دربي ونجاحاتي
" عيسى "

إلى قرة عينيا ولديا الصغيرين " أحمد وعبد الحكيم "
إلى أولادي " اسحاق , إبراهيم , علي , رتاج , سيف الدين "
إلى أختي التي لم تلدها أُمي " حميدة "
إلى أخي الوحيد " العيد "
إلى أخواتي " عائشة , سليمة , صفية , عقيلة , خولة , صديقة , مريم "
إلى كل عائلتي الكبيرة وصديقاتي .

الطالبة : زروقي زخروفة

شكر وعرفان

نتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذنا المشرف " الوافي سعيد " الذي ساعدنا على إنجاز هذا البحث .

إلى كل الأساتذة الذين رافقونا خلال جميع مراحل الدراسة وأعطوا لنا من جهدهم ووقتهم جميع المعلومات التي أنارت لنا الطريق وأوصلتنا إلى ما نحن عليه.

قائمة المختصرات

د ط = دون طبعة

د ر ش = دون دار نشر

د س ن = دون سنة نشر

د م ن = دون مكان نشر

ج = الجزء

ص = الصفحة

ه = هجري

م = ميلادي

ق أ ج = قانون الأسرة الجزائري

ق إ م إ = قانون الإجراءات المدنية والإدارية

المقدمة

يكتسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتبارها الخلية الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة على حد سواء، لذلك فإن كل تشريعات الأول والأنظمة تعرضت لها بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصيتها.

وما هو معلوم فإن الأحوال الشخصية في شريعتنا جاءت مفصلة الأحكام لأن معظمها مبني على مصلحة ثابتة لا تتغير، إلا أن مستجدات العصر هي على خلاف ذلك فهي متسارعة الظهور والنشوء والانتشار.

منذ العصور التاريخية والأزمنة المتتالية وخاصة فترة الإسلام عرف للقضاء دور هام وخاصة من حيث وضع المبادئ الفقهية، حيث كانوا يختارون القضاة من بين الفقهاء البارزين وهذا ما 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 وهذا ما يعرف بالاجتهاد القضائي .

و الاجتهاد القضائي هو بذل المجتهد وسعة 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 يقول: "وهذا ما رأى عمر، فإن يكن صوابا من الله، وإن يكن خطأ فمن نفسي"

وعرفه فقهاء القانون بأنه 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 اجتهادات المحاكم بمعنى الآراء التي أخذت بها المحاكم في أحكامها.

ولقد عرفت الجزائر بعد الاستقلال فراغا قانونيا يزيد عن عشرين سنة في مجال تنظيم أحوال الأسرة وخاصة فيما يتعلق بمسألتى الزواج والطلاق، فاتخذ القضاء من الفقه الإسلامي سندا له في حله لمختلف النزاعات المطروحة أمامه بالرغم من صدور العديد من المراسيم والقوانين خلال الفترة الاستعمارية، ليتدخل المشرع بعد ذلك لسد الفراغ القانوني عن طريق القانون رقم 11 لسنة 1984.

غير أنه ومع دخول الجزائر مرحلة التعددية السياسية والنقابية ثار نزاع حاد حول طبيعة هذا القانون وهويته وتباينت وجهات النظر حوله ما بين مؤيد يرى أن هذا القانون مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية فلا داعي لتعديله، وبين معارض يرى ضرورة إلغاء هذا القانون جملة وتفصيلا، وبين هذا وذاك ظهر اتجاه ثالث ينادي بتعديل قانون الأسرة وتجديده، بحيث يكون مساهرا لتطور المجتمع الجزائري وذلك في ضوء التمييز بين الأحكام الثابتة والمتغيرة و اعتباره عملا بشريا وتقنيا وضعيا يحتاج إلى تعديل نصوصه حتى يكون أكثر انسجاما في جوانبه القانونية. هذه الانتقادات استدعت تدخلا تشريعيًا جديدا جاء في صورة الأمر 05/02 المؤرخ في : 2005/02/27

حيث قام المشرع على إثره بتعديل جديد لقانون الأسرة، ومن أهم المواضيع التي خصها المشرع الجزائري بالتعديل "موضوع انحلال الرابطة الزوجية " سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية، بالنسبة للجانب الموضوعي فكان التطلاق من أهم مواضيع هذا التعديل، حيث أضاف المشرع أسباب جديدة يحق بموجبها للزوجة طلب التطلاق من زوجها وهو ما نصت عليه المادة 53 في فقراتها 08-10-09 وكذا من خلال نص المادة 54 التي تناولت انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بتكليفه الجديد، حيث حاول من خلال ذلك المشرع منح الزوجة حرية أكبر وأوسع في ممارسة حق طلب فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة .

أما من الناحية الإجرائية فقد قام المشرع الجزائري باستحداثه مواد جديدة لم تكن موجودة في ظل القانون رقم : 1984/11 كتفعيل دور النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة، طبقا لما نصت عليه المادة 03

مكرر من هذا القانون، وكذا من خلال التدابير الاستعجالية المتعلقة بطبيعة الأحكام الصادرة في هذا النوع من القضايا، وفقا لما نصت عليه المادة 57 مكرر من نفس القانون.

وقد جاء الاجتهاد القضائي لتحقيق بعض الإصلاحات و المراجعات 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 دفعنا لاختيار موضوع انحلال الرابطة الزوجية على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ما له من أهمية بالغة حيث تمس بكيان الأسرة، لذلك أردنا التعريف بالموضوع

والإلمام به من جميع الزوايا وتخفيف الضرر الناتج عن فك الرابطة الزوجية. خاصة أمام تفشي ظاهرة الطلاق وتعالى أرقام السجلات وما يترتب عليهما من آثار على الأسرة خاصة الأطفال و بروز الكثير من المشاكل العملية العديدة التي تثار بمحاكمنا حول انحلال الرابطة الزوجية بسبب عدم وجود قوانين إجرائية تحكم قضايا شؤون الأسرة وتنظمها، بالإضافة إلى قلة الاجتهادات القضائية في بعض الأمور الإجرائية ، كما هو الحال بالنسبة للحالات الإستعجالية في شؤون الأسرة.

2- أهمية الموضوع : يعتبر عقد الزواج من أقدم العقود ولذلك فإن الله سبحانه وتعالى سماه في محكم تنزيله ميثاقا غليظا، ووضع له من القواعد ما يضمن به بقاءه و استمراره، غير أنه قد تستحكم الخلافات والمشاكل الأسرية بين الزوجين مما قد يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية

وتتجلى أهمية هذا الموضوع من خلال تزايد وتنامي هذه الظاهرة و انتشارها في وسط مجتمعنا بشكل لافت، حتى أصبحت تكاد تكون ظاهرة اجتماعية عادية نظرا لتزايد الملفات المطروحة في محارب القضاء لفك هذه الرابطة ، كما تتجلى أهمية هذا الموضوع من خلال :

- تأكيد حق المساواة بين الزوجين في طلب فك الرابطة الزوجية.
- تأكيد دور النيابة العامة في هذا النوع من القضايا الأسرية .
- معرفة مختلف إجراءات التقاضي الخاصة بفك الرابطة الزوجية
- تتجلى أهمية ذلك أيضا من خلال تأكيد دور الطابع الاستعجالي لقضايا شؤون الأسرة بالنظر لما تنطوي عليه من حالات استعجال، لا يمكن ردها بإجراءات التقاضي العادية.
- بيان الطبيعة القانونية لكل من التطلق والخلع والنيابة العامة والقضاء الاستعجالي .
- توضيح مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بهذه المواضيع .
- الطرق لأهم ومختلف القرارات القضائية، التي عالجت هاته الموضوعات.
- التعرف على مختلف الأسس القانونية التي يعتمدها القاضي ويبنى عليها حكمه في الحكم للزوجة بالتطلق .

- بيان مدى موافقة ومخالفة قانون الأسرة الجزائري للشريعة الإسلامية في تكييفه لأحكام الخلع.
- التعرف على هدف المشرع من جعله للنيابة العامة طرفا أصليا في جميع قضايا شؤون الأسرة .
- توضيح مختلف الإجراءات التي يتخذها قضاة شؤون الأسرة في معالجتهم لمختلف التدابير الإستعجالية المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة

3 - الهدف من الدراسة: يوجد بين ثنايا فكر الباحث دائما أهدافا يرجو بلوغها من وراء دراسته مهما كان مستواه، وهدفنا من هذه الدراسة هو:

- بيان الطبيعة القانونية لكل من التطلق والخلع والنيابة العامة والقضاء الإستعجالي .
- توضيح مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بهذه المواضيع .
- الطرق لأهم ومختلف القرارات القضائية، التي عالجت هذه الموضوعات.
- التعرف على مختلف الأسس القانونية التي يعتمدها القاضي ويبنى عليها حكمه في الحكم للزوجة بالتطلق .
- بيان مدى موافقة ومخالفة قانون الأسرة الجزائري للشرعية الإسلامية في تكييفه لأحكام الخلع.
- التعرف على هدف المشرع من جعله للنيابة العامة طرفا أصليا في جميع قضايا شؤون الأسرة .
- توضيح مختلف الإجراءات التي يتخذها قضاة شؤون الأسرة في معالجتهم لمختلف التدابير الإستعجالية المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة.
- 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.

4 - المنهج المتبع: إن طبيعة الدراسة تقتضي الجمع بين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي وهما المنهجين الأساسيين في دراستنا هذه، بالإضافة إلى المنهج الاستقرائي في بعض الجوانب من هذه الدراسة .

- المنهج الوصفي :

ذلك أن هذا المنهج هو الذي يتناسب مع جل الدراسات القانونية وهذا من خلال وصف ظاهرة انحلال الرابطة الزوجية كظاهرة اجتماعية وإبراز حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق وفقا لإحدى الأسباب الواردة في نص المادة 53 من قانون الأسرة، أو عن طريق مطالبتها بالخلع وفقا لنص المادة 54 من نفس القانون .

- المنهج التحليلي :

أيضا اعتمدت المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل نصوص القوانين والأحكام والقرارات القضائية وأراء فقهاء القانون بشأن موضوع النيابة العامة ودورها في قضايا شؤون الأسرة، وكذا في موضوع القضاء الإستعجالي ومختلف التدابير الإستعجالية المتعلقة بق الرابطة الزوجية .

- المنهج الاستقرائي :

إضافة إلى المنهجين السابقين اعتمدنا أيضا على المنهج الاستقرائي في الجانب الأول من الدراسة فخصصناه لتتبع الجزئيات والأحكام الفقهية لفقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في موضوعي التطلق والخلع.

اعتمدنا في دراستنا 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: لقد عثرت في حدود إطلاعي المتواضع على بعض الدراسات ذات الصلة بالموضوع في شكل شروحات لقانون الأسرة وبعض مواضيع بعد صدور التعديل الأخير للقانون الأسرة السالف الذكر، نذكر منها على سبيل المثال: "قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد" للأستاذ عبد العزيز سعد، وكذا "شرح قانون الأسرة الجزائري" للدكتور أحمد نصر الجندي.

أما فيما يخص البحوث الأكاديمية فقد وجدت رسالة دكتوراه للباحث تقيّة عبد الفتاح بعنوان: «الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي» وهي رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون وقشت سنة 2006-2007 بقسم الحقوق، كلية يوسف بن خده، بن عكنون، الجزائر.

ورسالة ماجستير بعنوان: «دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون» لصاحبتها زيتوني نجية نوقشت بجامعة الجزائر بكلية الحقوق سنة 2006، وهي رسالة غلب عليها الطابع الفقهي، إلا أنها مدعمة بنصوص قانون الأسرة قبل تعديله الأخير. وهناك بعض الدراسات والمقالات في موضوع قانون الأسرة منشورة في بعض المجلات، وعلى مواقع الإنترنت إلا أنها عالجت الموضوع في بعض جزئياته، مما جعلها تفتقر إلى البعد التكاملي في الطرح.

وعلى هذا الأساس جاءت دراستنا للموضوع قانونية أكثر منها شرعية، محاولا الوقوف على مدى احتكام المشرع الجزائري في تعديله الأخير إلى المرجعية الشرعية في أصولها وفروعها بما يتماشى ومتطلبات العصر، وهي بذلك تفتح المجال للبحث في تفصيلات أخرى تخص جوانب عديدة في قانون الأسرة الجزائري، تحتاج بدورها إلى المناقشة والإثراء.

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 وأيضا في صعوبة الحصول على المراجع المتخصصة التي عالجت موضوع الدراسة، خاصة ما تعلق منها بالمواضيع المستحدثة والجديدة التي تفتقر إلى نوع من الاهتمام في الدراسة والتأليف نظرا لحدائتها وتأخر الإهتمام بمثل هذا النوع من الدراسة.

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:

- إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في ضبطه لمختلف الآليات القانونية المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية؟ وعلى هذا فإن إشكالية البحث في هذا الموضوع تقوم على طرح مجموع الأسئلة الآتية:

- هل استطاع المشرع الجزائري من خلال تعديله للمادة 53 من قانون الأسرة موازنة الكفة بين حق الزوجة في طلب التطليق بحق الزوج في فك الرابطة الزوجية بالطلاق؟

- ما الموقف الفقهي والقانوني من أحكام الخلع؟

- ما المغزى والغاية من اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في دعاوى الأسرة؟

- وما هو الجزاء المترتب عن استبعادها ؟

- ثم هل حركة التشريع التي جاء بها المشرع الجزائري باستحداثه لهذه المواد نابع من عمق الوضع الاجتماعي، أم هو مجرد محاكاة لتشريعات دول أخرى ؟ وما تأثير اجتهادات المحكمة العليا على أحكام فك الرابطة الزوجية ؟

8 - الخطة المقترحة: وللإجابة على الإشكالية المطروحة فقد قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين، تطرقنا في الفصل الأول إلى الحديث عن انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق وأدرجنا تحته ثلاث مباحث ، الأول بعنوان انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج ، وذلك ثلاث مطالب أولهما مفهوم الطلاق أما الثاني فعن أحكامه ، بينما المطلب الثالث فكان بعنوان إجراءاته في قانون الأسرة الجزائري . بعدها تناولنا المبحث الثاني والذي جاء تحت عنوان انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق بالتراضي ، وهو مفصل بثلاث مطالب بدوره الأول يتحدث عن مفهوم الطلاق بالتراضي ، والثاني عن أحكامه ، أما المطلب الثالث فكان بعنوان إجراءاته في قانون الأسرة الجزائري ، والمبحث الثالث كان اجتهادات المحكمة العليا فيما يخص الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بالتراضي .

تطرقنا بعدها للفصل الثاني فكان تحت عنوان انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق والخلع وأدرجنا تحته ثلاث مباحث ، الأول بعنوان انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق، وذلك ثلاث مطالب أولهما مفهوم التطليق أما الثاني فعن أسباب طلب التطليق في قانون الأسرة الجزائري ، بينما المطلب الثالث فكان بعنوان السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتطليق. بعدها تناولت المبحث الثاني والذي جاء تحت عنوان انحلال الرابطة الزوجية بالخلع، وهو مفصل بثلاث مطالب بدوره الأول يتحدث عن مفهوم الخلع، والثاني عن أحكامه ، أما المطلب الثالث فكان بعنوان السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالخلع والمبحث الثالث كان اجتهادات المحكمة العليا فيما يخص التطليق والخلع .

وعليه فهذه خطتنا في البحث، فإن جاءت موفقة فمن الله وإن وجد فيها خطأ أو هو فذاك من نفسنا والشيطان، وأسأل المولى جل في علاه أن نكون موفقين في عملنا هذا .

الفصل الأول

إنحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

تمهيد:

استخلف الله الإنسان في الأرض وجعل منه زوجين، ذكر 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 جحيما ونقمة.

وقد شرع الطلاق شرعا لرفع قيد النكاح في الحال بلفظ مخصوص صريح أو كناية يقصد منه إنهاء الرابطة الزوجية، وقد أقر 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.

المبحث الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

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

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 المعنوي.¹

ب/ إصطلاحا: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص، فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن، وفي المال أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي، واللفظ المخصوص هو الصريح كلفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوها.²

وعرفه الإمام ابن عرفة بقوله: "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه، موجبا تكررها مرتين حرمتها عليه قبل زوج. (عرفه المالكية)³. ويقوم مقام اللفظ: الكتابة والإشارة المفهمة.⁴

- القانون رقم : 11/84 المؤرخ في : 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المنشور بالجريدة الرسمية العدد 24 سنة 1984 المعدل بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق لـ 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد 15، لسنة 2005.
- 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.

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 الزواج بالطلاق، وقد استعمل المشرع كلمة حل التي تشمل كرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة الحكم القضائي.1

ثانيا - معنى الفرقة وبيان أنواعها:

أ- معنى الفرقة: الفرقة في باب النكاح هي " إنهاء عقد الزواج، التفريق بين الزوجين الانقطاع 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 « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن بيوتهن » ، وقوله أيضا: « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن »4.

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

من الفعل : حيث قال عمر بن الخطاب ((طلق النبي (ص) حفصة ثم راجعها))5.

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 شرعي6.

1- عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه ، ص 214.

2- محفوظ بن صغير، الاجتهادات القضائية في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري , بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصول جامعة الحاج لخضر باتنة لسنة 2008 - 2009 ، ص518.

3- سورة الطلاق ، الآية 01

4- سورة البقرة ، الآية 236.

5- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 214

6- بن شريخ الرشيد، المرجع السابق، ص173.

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 الأولى 1.

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

ثالثا - 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 إباء 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 الطلقات 2.

كما تكون الفرقة طلاقا عند المالكية إذا استعمل لفظ الطلاق في الزواج الصحيح أو المختلف في فساده، مثل زواج المرأة من غير ولي 3.

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:

أولا- 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 مضاف 4.

ومن حيث إنهاء الرابطة الزوجية، وإمكانية الرجعة بعده بدون عقد من عدمه، ينقسم إلى طلاق رجعي وطلاق بائن، وهذا الأخير المتناول في المادتين 49 و 50 من قانون الأسرة وأحكامه 5.

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 بائنا، ولا يملك الزوج حق مراجعة زوجته إلا بعقد جديد 6.

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

1 - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 216، 217.

2 - المرجع نفسه، ص 211، 212.

3- المرجع نفسه

4- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 542.

5 - المرجع نفسه.

6 - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 177.

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 والخلوة بمجرد الطلاق، ولا تجوز المراجعة إلا بعقد جديد، وينقص به عدد الطلاقات التي يملكها الزوج كالطلاق الرجعي، ويحل الصداق بمجرد الطلاق ويمنع التوارث بين الزوجين، إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت، وقامت قرينة على أن الزوج يقصد حرمان الزوجة من الميراث 1.

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 مؤقتا، ولا تحل له حتى تتزوج بزواج آخر، ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه، وهذا هو الفارق الجوهرى بين نوعي البينونة 2.

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 الآثار 3 .

والمقصود بالعدة: هو الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي طلقت بواسطة زوجها، أو بواسطة القاضي، أو حدثت الوفاة، لقوله تعالى: «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة» 4 . وهي واجبة بالكتاب و السنة 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، و عليه إن حدث وراجع الزوج، زوجته في جلسات الصلح التي تجاوزت مدتها مدة العدة بال عقد جديد طبقا للمادة 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.

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 لبית 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.

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.

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 فقها وقضاء 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 بناء على طلب من الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها. وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا"².

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 الدعوى"³.

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 أشهر 4. وقد ساند نص المادة 49 من قانون الأسرة الاجتهاد القضائي في قراره الصادر في 18/06/1991

حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا 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 تقض القرار المطعون فيه"⁵. وعليه نفهم مما سبق أنه في حالة إغفال المحكمة عن محاولة إجراء محاولات الصلح والنطق بحكم الطلاق، فإن ذلك الحكم يعد خطأ في تطبيق القانون.

1- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 552.

2 - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 39463: المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ص 115. نقلا عن: سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2014، ص 178.

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

4 - قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 174132، نشرة القضاة، العدد 55، 1997، ص 179. نقلا عن دلانده يوسف، قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 35.

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

وعلى المحكمة تدوين تواريخ جلسات الصلح لتضمن محضر الجلسة ما يدل على قيام المحكمة بمحاولات الصلح، فلا يكفي عرض الصلح على الزوجين مشافهة¹، طبقاً للفقرة 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" 2.

لقد ذهب المشرع الجزائري إلى بيان أهمية إجراء محاولات الصلح قبل صدور حكم الطلاق، وأهم 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 شرعاً إذا كان قد تلفظ به قبل النزاع على المحكمة وإن لم ينطق به إلى يوم الحكم تبدأ العدة من تاريخ الحكم³. والصريح ما أقره القرار الصادر عن الاجتهاد القضائي عن المحكمة العليا بتاريخ 17/12/1984 ما جاء فيه: أن من المقرر شرعاً، وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضاً أن الرجعة لا تعتبر شرعاً إلا أثناء قيام العدة. ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً 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 شرعاً في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناء عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته كان عليه اتباع القواعد الفقهية التي تنظم وتضبط الرجعيين، وكان على قضاة الاستئناف التقيد بهذه القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى إلا أنهم بقضائهم برجع الزوج إلى بيت الزوجية، خالفوا أحكام هذا المبدأ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة 4. ولقد 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 1998/02/17: "من المقرر شرعاً 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 بناء 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" 5.

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

2- الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27

3- محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 554.

4- قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 35322، نقلاً عن: بلحاج العربي، ص 238.

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

المبحث الثاني: الطلاق التعسفي والطلاق بالتراضي

المطلب 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.

الفرع الأول: 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 شرعا للإضرار بالغير¹. وعليه وجب تحديد معايير التفريق بين الطلاق السني والطلاق البدعي، ومنه:

الطلاق السني: وهو ما كان موافقا للشريعة الإسلامية كتابا 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 طلقة واحدة كأن يقول لها أنت طالق²، وذلك لقوله تعالى: ((يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن)). 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 رسول الله (ص) ومنه جاء الطلاق السني مقيدا بحالات وأوقات معينة على خلاف الطلاق البدعي الذي جاء مقيدا بعدد الطلقات وفي الحالات المذكورة سابقا في الطلاق البدعي.

2 - من الجانب القانوني: جاء التعسف في الحق وفقا 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 مشروعة⁴.
- 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 حاجة تدعو إليه⁵.

ب- معيار اختلاف التوازن بين المصالح المعارضة: وعليه قيام الزوج بإيقاع الطلاق السبب غير معقول أو مقبول ولو كان يحقق له مصلحة ضئيلة لا تتناسب مع الضرر المترتب عن الطلاق⁶.

1- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 556.

2 - أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، كتاب عقائد و آداب وأخلاق و عبادات و معاملات، الطبعة الأولى، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، بيروت، 1995، ص 370.

3- المرجع نفسه، ص 370.

4-المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

5-حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق، 2014/2015، ص 41.

6-حياة خطاب، المرجع نفسه، ص 41.

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 كان 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 "1. 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 بها2.

الفرع الثاني : 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 بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأن الله تعالى ملك الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة فهو حر التصرف فيه.

الرأي الثاني: يرون أن التعسف في الطلاق موجود من خلال أن الزوج طلق زوجته بغير مسوغ شرعي 3.

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 كليا أو جزئيا، كما قد عرفه الفقه الإسلامي على أنه إلحاق مفسدة بالآخرين سواء في ماله أو جسده أو عاطفته أو عرضه4. 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، الضرر الناتج عن عدم الالتزام 5

ب/ شروط الضرر:

- أن يمس الضرر بحق أو مصلحة كما يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع، ومباشر على الشخص 6

الفرع الثالث : 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 سببا في حدوثه بالتعويض 7. كما أن المشرع الجزائري لم يوضح معايير اعتبار الطلاق الذي يوقعه الزوج تعسفيا، ولم يضع حد أدنى أو حد أقصى للمقدار الواجب للتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة سواء كان الضرر مادي أو معنوي، كما وضع تقدير التعويض بسلطة تقديرية للقاضي، وهذا ما جاء في الاجتهاد القضائي الصادر في : 1984/03/02

1- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 568.

2- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 187.

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

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

5- المرجع نفسه.

6- حياة خطاب، المرجع نفسه، ص 50، 54.

7- المرجع نفسه.

من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا، من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخلف أحكام هذا المبدأ يعد شهادة للقواعد الشرعية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية¹.

ولقد جاء في قرار المحكمة العليا في قرارها الصادر في : 1999/06/15

حيث قضت بموجبه أنه من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النعي

على قرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله ومتى تبيّن في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح عن الأسباب التي تدفعه للطلاق، وذلك تجنباً للحرص أو تخطي لقواعد الإثبات خلافاً للزواج 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 وتحمل 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 طلاق تعسفي.

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

في "أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"³.
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 قضائيه ينطق التعويض والمتعة معاً، وقد جاء هذا في القرار الصادر في : 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 النفود مقابل الطلاق التعسفي⁴.

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: «لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقا على المحسنين»⁵.

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- قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 32779، نقلاً يوسف دلانده، قانون الأسرة، ص 51.

2- قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 223019، نقلاً عن: خطاب حياة، المرجع السابق، ص 66.

3- حياة خطاب، المرجع السابق، ص 67.

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

5- سورة البقرة، الآية 236.

إن المتعة والتعويض يتشابهان 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: «وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير»3 .

وعليه صرحت الشريعة الإسلامية للزوجة إذا ما ظهر من الزوج نشوز وإعراض عنها أو توقعت منه ذلك، بادرت بمصالحته رغبة في استئثار 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.

وأكد 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 الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"4.

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

الحالة الثانية

- **نشوز الزوجة:**

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

وأما 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 بالنشوز أولاً وانطلاقاً من هذه اللحظة يثبت النشوز.

1- العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 55.

2- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 596.

3- سورة النساء، الآية 128.

4- قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 189226: نقلاً عن العيش فضيل، المرجع السابق، ص 55،

أما ما جعل القضاة لا يعتبرون النشوز 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 ناشزا ومن ثم يحملها المسؤولية ويقضي التعويض للطرف المتضرر، وعلى المستوى التطبيقي وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ : 2005/10/12

: "إن نشوز الزوجة لا يثبت إلا بموجب محضر امتناع عن الرجوع بعد تنفيذ يقضي بالرجوع"1. إلا أن عدم رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج أو الإساءة إليها يعد نشوز وهذا ما أكد الاجتهاد القضائي الصادر بالتاريخ : 1998/05/19

: "إن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا، ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طلاق الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا ثم تراجع عن ذلك وطلب رجوعها من جديد ليتجنب مسؤولية الطلاق، فإن امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا، 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"2.

لقد خص المشرع الجزائري اعتبار النشوز من الوقائع الموضوعية التي يتمتع قاضي الموضوع بتقييمها. وله سلطة مطلقة في تقدير عناصر ومكونات النشوز3.

المطلب الثاني: الطلاق بالتراضي في قانون الاسرة الجزائري:

هو ما جاء في نص المادة 48 من الأمر 02-05 المؤرخ في : 2005/02/27 الذي نص على أن : "... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة " 4.

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

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 في : 1967/03/29 : من المقرر شرعا انه يجوز الطلاق بالتراضي بعد محاولات صلح من طرف القاضي5.

1- 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.

2- قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 213669، نقلا عن بلحاج العربي، ص 300.

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

4 - الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27

5- نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 211.

أما ما أقر به الاجتهاد القضائي في قراره الصادر في : 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 مخالفا 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"¹.

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.

ثانيا - 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 للعرض الذي قدمته الزوجة يجعل الخلع غير صحيح². إلا أن القضاء الجزائي تدارك الوضع وغير رأيه حديثا، حيث أصبح يعتبر أن الخلع حق للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق، وليس رخصة كما قال سابقا.

1- قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف رقم: 49858. نقلا عن بلحاج العربي 226.

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

الفصل الثاني

انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق والخلع

حظيت الأسرة باهتمام خاص في جل الشرائع السماوية والقوانين الوضعية باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع ، واللبننة الأساسية لتطوره وتماسكه وصلاحه، وعلى هذا | الأساس حرصت التشريعات على إرساء قواعد خاصة لتنظيم العلاقات بين أفراد الأسرة ،وتعتبر الرابطة الزوجية من أهم أسس عقد الزواج الذي تنشأ به الأسرة، إلا أن هذه الرابطة قد لا تستمر في كل الأحوال ، ذلك أن الزواج قد يتعرض للفشل فيضع حدا للعلاقة الزوجية، لذلك حرص قانون الأسرة في التعديل الجديد على وضع القواعد اللازمة فيما يتعلق بالجوانب الموضوعية لانحلال هذه الرابطة، وذلك من خلال زيادة أسباب الطلاق وتعديل أحكام الخلع. طبقا لنص المادة 53 و 54 من قانون الأسرة، ولهذا سنتناول في هذا الفصل كلا من موضوعي التطليق والخلع، مع تسليط الضوء على مجمل التعديلات التي جاء بها الأمر 05/02

في ذلك . وتفرعاً عما سبق ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين هما :

المبحث الأول : انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق ؟

المبحث الثاني : انحلال الرابطة الزوجية بالخلع ؟

المبحث الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق :

نظرا لما للطلاق من خطورة على الكيان الأسري، وبالأخص على حياة الأطفال ضحايا الطلاق، وعلى المجتمع ككل، لذا جعل الله سبحانه وتعالى الطلاق أصلا للزوج وحده، وذلك لما يتميز به من رزانة وقوة تقدير لنتائجه قبل الإقبال عليه، لأنه هو الذي سيتحمل نتائجه من مهر ونفقة وتعويضات...

ولكن وبالرغم من جعل هذه السلطة بيد الرجل، إلا أن ديننا الحنيف لم يهمل دور المرأة في فك هذه الرابطة، باعتبارها طرفا فيها، فجعل لها الحق في طلب التطليق إذا ما ألحق بها الزوج ضررا غير متحمل، سواء كان ضررا ماديا أو معنويا، وتبرز أهمية هذا الموضوع أساسا في أهميته للمجتمع ككل وكذا بالنسبة للمرأة بصفة أخص، وخاصة للزوجات اللاتي يجهلن الكثير من حقوقهن، التي منحه إياها ديننا الحنيف، فارتأيت أن أبحث في أصل هذا الموضوع، وفي نص المادة 53 من قانون الأسرة في هذا المبحث وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم التطليق؟

المطلب الثاني: الموقف الفقهي والقانوني من أسباب التطليق؟

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم الطليق؟

المطلب الأول:

مفهوم التطليق: عند تناول أي موضوع يكون ولا بد من استبيان مفاهيمه الأساسية، وذلك من خلال تعريفه ومعرفة جوانبه وطبيعته، وبغية ذلك ارتأيت معالجة هذا المطلب تبعا لمايلي:

الفرع الأول: تعريف التطليق؟

الفرع الثاني: دليل مشروعية التطليق وحكمته؟

الفرع الثالث: طبيعة التطليق؟

الفرع الأول:

تعريف الطلاق : لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الطلاق ، و لا حتى الطلاق ، بصفة عامة فقانون الأسرة الجزائري كان متذبذبا بين التطرق للتعريف و غرض النظر عنها، ففي الوقت الذي ألف ترك وضع التعارف القانونية للفقهاء، للخوض فيها ، هذا ما جسده نص المادة 48 من قانون رقم 84-11 (1) إذ نص صراحة على أن : "الطلاق حل عقد الزواج... " ثم بين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق، من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أورده المادتان 53 و 54 من نفس القانون .

كذلك فإن التعديل الجديد 05-02 (2) لم يتطرق إلى تعريف قانوني للطلاق، واكتفى من خلال المادة 48 بذكر بعض حالات انحلال الرابطة الزوجية، والتي يعتبر الطلاق من إحدى حالاتها، فلم يعرفه أيضا واقتصر على ذكر أسبابه في نص المادة 53 من نفس القانون . وبالرجوع إلى معنى الطلاق في اللغة نجده لا يختلف، عن لفظ الطلاق، فكلاهما سواء في اللغة العربية فكلمة تطليق، يعود أصلها في اللغة، إلى "طلق تطليقا" والمصدر طلق يرجع لعدة معاني (3):

- الترك : ومنه طلق البلاد تركها، وطلقت القوم تركتهم.
- الفراق : ومنه طلقت البلاد فارقها.
- الخلية : ومنه أطلق الأسير أي خلته.
- الإرسال: ومنه ناقة طالق بلا خصام، وهي التي ترس في الحي فترعى من جنباهم حيث شاءت لا تعقل إذا راحت ولا تتحى في المسرح.
- من لا قيد له : ومنه وحبسه في السجن طلقا، أي بغير قيد والطلاق من الإبل... التي لا قيد عليها، بمعنى حل القيد، والإطلاق ومنه ناقة طالق، أي مرسله بلا قيد وأسير مطلق أي كل قيده وخلي عنه .
- وطلاق النساء : يأتي في اللغة بمعنيين (4) أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى الخلية والإرسال.
- قال : طلق الرجل زوجته فهي طالق، وطلقت المرأة من زوجها طلقا، أي تكلفت من قيد الزواج وخرجت من عصمته.

أما عن تعريفه في الاصطلاح : فهو منح الزوجة حق فك الرابطة الزوجية، بناء على إرادتها المنفردة، وفي حدود ما ورد في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 تأسيسا على ضرر منصوص عليه قانونا، أو ضرر معتبر شرعا، طبقا لما نصت عليه الفقرة 06 من المادة 53 قانون الأسرة قبل التعديل، والتي أصبحت فقرة 10 من نفس المادة بعد التعديل، وبذلك فإن الطلاق في الإصلاح هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي، رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة، ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف. (5)

-
- (1) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 ، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، لسنة 1984
 - (2) الأمر الرئاسي، رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق لـ 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد 15، لسنة 2005.
 - (3) جمال الدين، ابن منظور، لسان العرب ، مجلد 10، دط، دار صادر، بيروت، لبنان، د س ن، ص 229.
 - (4) جمال الدين، ابن منظور، المرجع السابق، ص 229.
 - (5) العربي، بلحاج، الوجيز في شرح القانون الجزائري، ج 1، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن، ص 273.

فإذا كان القانون قد منح الزوج في طلاق زوجته بإرادته المنفردة، باعتبار أن العصمة بيده أساساً، فإنه بالمقابل منح المرأة، حق طلب التطليق بإرادتها المنفردة، إذا أساء عشتها، وألحق بها ضرراً غير متحمل، فجعل لها حق اللجوء إلى القضاء ورفع أمرها إلى القاضي ليطلقها، إذا ما أثبتت سبباً مشروعاً يجعل من استمرار الحياة الزوجية بينهما مستحيلة، وبذلك لم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر انحلال الزواج بالطلاق وأصبح بإمكان الزوجة أن تفك الرابطة الزوجية بالطلاق، مؤسسة طلبها على حالة من الحالات الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، السالفة الذكر، وإلا قوبل طلبها بالرفض.

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية: فإثرها انتهجت واتجهت إلى التضييق في كل ما من شأنه هدم الحياة الزوجية، فنجد في مذهب الإمام أبي حنيفة أنه، لا يمكن للقاضي أن يمنح الطلاق للزوجة إلا لعيب في الزوج، وقصر العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية. وحصرها "الحنفية" في علتان فقط هي "الجب والعنة"، وأضاف البعض من الحنفية "الخصاء" أيضاً (1)، في حين توسع غيرهم من أصحاب المذاهب في ذلك، فحصرُوا أسباب التطليق في حالات معينة وهي: عدم النفقة والضرر المعتبر شرعاً، والشقاق وغيبية الزوج أو حبسه، والعيوب التناسلية. (2)

وما نلاحظه في هذا الصدد، أنه لم يرق فقهاء الشريعة الإسلامية ولا الفقه القانوني بإعطاء تعريف شامل ودقيق للطلاق، وإنما كل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات أو الأسباب التي يمكن للزوجة على إثرها طلب الطلاق، ويكون ذلك أمام القاضي الذي يثبت الحكم. وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ

03/12/1984

جاء فيه: "من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية" (3)

نجد بذلك أن المحكمة العليا أرادت أن تعرف الطلاق من خلال هذا القرار، إلا أنها لم تعطه تعريفاً شاملاً ودقيقاً، بحيث أنها لم تبين المقصود بالمرأة المتضررة ولا حتى أعطت مثلاً عن ذلك.

الفرع الثاني : دليل مشروعية الطلاق وحكمته :

أولاً : دليل مشروعيته :

لقد شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى، الذي شرع لأجله النكاح ليكون وسيلة لغض الخلاف بين الزوجين، يلجأ إليه عند الحاجة، ومع ذلك فإن الشارع الحكيم أبغضه، وأخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته رغم مشروعيته. ويعتبر الكتاب والسنة والإجماع، الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل، وعليه سنتناول دليل مشروعية الطلاق على ضوءهم .

- (1) الجب: هو قطع الذكر والأنثيين، العنة : هو العجز عن الوطء، وعرفها المالكية بأنها صغر الذكر بحيث لا يتأتى معها إتيان النساء، الخصاء : رض الخصيتين أو قطعهما، محمد، سمارة، أحكام وأثار الزوجية "شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية"، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص 322.

- (2) محفوظ، بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر

05-02، دط، دار الوعي للنشر والتوزيع، روية، الجزائر، 2012، ص229-230.

- (3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 35026، بتاريخ: 1984/12/03، المجلة القضائية، لسنة 1989، العدد 4، ص86.

1. من الكتاب: لم ترد آيات في كتاب الله الكريم تدل صراحة على مشروعية الطليق، إلا أن هناك من الآيات ما يدل ضمناً على أنه للمرأة حق طلب التطليق إذا لحق بها الضرر ومنه قوله تعالى: ((وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيماً)) سورة النساء 130.

وقوله تعالى: ((ولا تمسكوهن ضراً لتعتدوا)) سورة البقرة 231 وقوله أيضاً: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" البقرة الآية 229 وقوله أيضاً: "وعاشروهن بالمعروف" النساء 19.

2. ومن السنة: قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار" (1) فلا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق بأخر ضرراً ولا ضراراً، وبذلك فإنه لا يجوز للمرأة أن تطلب التطليق من غير ضرر، لقوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة" (2).

3. من الإجماع: انعقد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، حتى اليوم على جواز الفرقة وهي محظورة أصلاً، ولا تباح إلا لحاجة أو ضرورة، وإباحتها مقيدة بقيود تكفل الصالح العام، وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما، ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينقسم إلا لأسباب ملحة، وخلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه (3).

ثانياً: الحكمة من التطليق:

الأصل في الزواج أنه استقرار للأنفس وسكينة، وأنه عقد للتأبيد والاستمرار، ومن ثم كان التأقيت فيه مفسداً له، فتكون العلاقة الزوجية ممتدة بين الزوجين إلى وفاة أحدهما أو كليهما، غير أن الإسلام وهو دين الفطرة والحياة، يعالج المشكلات الإنسانية من منظور واقعي، ولذا فإنه راعى ما قد يعترض الإنسان، من تقلبات نفسية ومعنوية، وقدر ما قد يجد بين الزوجين من مشكلات لا يمكن للحياة الزوجية أن تستمر معها، ومن هنا لم يكن أصل التأبيد في عقد الزواج مانعاً دون انتهاء هذا العقد، إذا حالت دون بقائه على الوجه الذي يحقق رسالة الزواج، لذلك منح المرأة حقها في طلب الطليق متى وجدت أسباب ومبررات شرعية لذلك، وتتولى الحكمة من ذلك في:

1. حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية، وذلك بمنع الرجل من أن يسيء استعمال ما خول له من القوامة على الأسرة. (4)

2. تغيير نظرة الرجل إلى المرأة، فليست مجرد منفعة مالية يحوزها، كما هو منطق الماديين، وليست مجرد متعة شهوانية كما يقول أصحاب الغرائز، لكنها صلة إنسانية رفيعة ومرموقة، تقوم على المودة والتراحم والتكامل النفسي والمادي والجسدي، والله عز وجل يقول: ((ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون)) الروم 21.

- (1) محمد، زرقا، شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة عبد الستار أبو غدة، ط2، دار القلم، دمشق، 1989، ص165.

- (2) أبو داود، سنن أبي داود، تعليق عزت عبيد الدفاس وعادل السيد "كتاب الطلاق"، باب الخلع، حديث رقم: 2225، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1997، ص647.

- (3) محمد كمال، إمام، الطلاق عند المسلمين "دراسة فقهية وقانونية"، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990، ص30.

- (4) عبد الحافظ، عبد ربه، الثورة الاجتماعية في الإسلام، دط، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1980، ص100.

3. حماية الأسرة من التفكك و الانحلال، وتشرد الأولاد، وما ينجر عن ذلك من مساوئ وأخطار متنوعة على الأسرة و على المجتمع .
4. إن أبغض الحلال عند الله الطلاق، ولا يباح الطلاق إلا لحاجة، فإذا لم تكن هناك حاجة، فإن الطلاق والطلاق يكون مجرد فران للنعمة أنعمها الله عليهما. (1)
5. إن توسع المشرع الجزائري، في أسباب الطلاق، إنما هو حماية لحقوق المرأة، كي لا يبقى الطلاق حكراً على الرجل، يتلاعب به ويستعمله كوسيلة للانتقام من المرأة ، وقت ما يشاء وكيف ما شاء، وسمح للزوجة بطلب الطلاق، إن ما لحقها ضرر ثابت من زوجها فدرء المفسد أولى من جلب المصالح (2)
6. تحطيم سلطة طغيان الرجل على المرأة، عندما يعلم أن لها الحق في فك الرابطة الزوجية بالتطليق، وبذلك تهذيبهم وتخليصهم من روح التسلط .

الفرع الثالث: طبيعة التطليق:

يعتبر الطلاق منحة منحها المشرع للزوجة ، غير أنه لم يجعل هذه المنحة مطلقة بيد الزوجة ، وإنما قيدها بأسباب محددة ، تلجأ من خلالها الزوجة للقضاء طالبة الفرقة بينها وبين زوجها، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول ذلك أو رفضه، فإذا ما قبل القاضي التفريق بينهما واستجاب لطلب الزوجة. فما طبيعة التطليق حينها هل هو فسخ أم طلاق ؟ وحتى نتعرف على طبيعة التطليق لابد لنا من معرفة معنى الفسخ ذلك أن الطلاق ثابت بنصوص قطعية لا تحتل تأويلاً، ولا تحتاج إلى تفسير ، فهو من الحكم الذي لم يتناوله نسخ كلي أو جزئي ، ويجب العمل به كما هو. ومن أنكره فقد أنكر شيئاً علم من الدين بالضرورة، وقد سبق لنا أن عرفنا الطلاق أيضاً، أما " الفسخ " فيقصد به هو إزالة ما يترتب على العقد من أحكام وقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد كما لو نشأ العقد غير لازم، وقد يكون لخلل طراً على العقد بعد نشوئه تماماً صحيحاً (3) وفسخ عقد الزواج عبارة عن نقضه و إزالة الحل الذي كان يترتب عليه (4) وبذلك فإن الفسخ يختلف عن الطلاق من عدة أوجه نوردتها(5):

1. يعتبر الطلاق إنهاء العقد الزواج، أما الفسخ فقد يكون نقضاً لعقد الزواج لخلل رافق نشوئه، أو عارض طراً على الزواج فممنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحاً، أو حادث أصاب أحد الزوجين، فأعطى الآخر حق طلب الفسخ .
2. يكون الطلاق بائناً لا رجعة فيه ، كما يكون رجعيًا يجوز للزوج مراجعة زوجته مادامت في العدة، أما الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها.
3. أن الطلاق لا يكون إلا في نكاح صحيح، أما الفسخ فقد يكون في نكاح صحيح أو غير صحيح.
4. الفرقة التي تعد طلقاً تنقص من عدد الطلاقات الثلاث التي يملكها الزوج، أما الفسخ فلا يعتبر من الطلاقات الثلاث، أي لا ينقص العدد.

- (1) محمد عزمي، البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط2، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1994، ص08.

- (2) فتحي، الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط03، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1981، ص238.

- (3) علي، حسب الله، الفرقة بين الزوجين، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1968، ص 20-21.

- (4) العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص 295.

- (5) عبد الرحمان، الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط02، دار الفكر، بيروت، 1968، ص75.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من طبيعة التطليق :

تختلف طبيعة التطليق في الفقه الإسلامي، تبعاً لطبيعة الضابط الذي يتميز به الفسخ عن الطلاق عند كل مذهب.

1. رأي الحنفية : ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن ضابط ما يتميز به الفسخ عن الطلاق، أنه تقوم كل فرقة من جانب الزوج، ولا يمكن أن تقوم من قبل المرأة، فهي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء*، وكل فرقة من قبل الزوجة ولا يمكن أن تكون من قبل الزوج، فهي فسخ بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته، إلا أن أبا حنيفة خلافاً لمحمد، يعتبر الفرقة بسبب ردة الزوج فسخ، لأنه يرى أن الردة كالموت من حيث أن صاحبها مهد الأم، فتشبه بذلك الفرقة بالموت و الفرقة بالموت لا يمكن جعلها طلاقاً. (1)

2. رأي المالكية : أما الضابط عند المالكية فيتمثل في سبب الموجب للفرقة، فإن كان راجعاً إلى الزوجين فهو طلاق، أما إذا كان غير راجع لأحد الزوجين بحيث لو أراد الاستمرار على حياتهما الزوجية المشتركة لما جاز لهما ذلك، كان هذا فسخاً (2)

3. رأي الشافعية والحنابلة: ذهب كل من الشافعية والحنابلة إلى أن الفرقة التي تقع بين الزوجين، تعتبر طلاقاً إذا وقعها الزوج، أو نائبه، وما عدا ذلك من الفرق فهي فسخ (3)

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من طبيعة التطليق :

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري قد تناول انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق في ظل المادة 48 والتي نصت على مايلي: " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53/54 من هذا القانون " ومن هذا النص، يتضح أن المشرع الجزائري قد حصر طرق انحلال الرابطة الزوجية في الطلاق بإرادة الزوج، وبالإرادة المشتركة بين الزوجين، وبطلب من الزوجة عن طريق التطليق طبقاً للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وعن طريق الخلع طبقاً للمادة 54 من نفس القانون. كما أضافت المادة 55 من ذات القانون حالة الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين.

مما يدل على أن المشرع الجزائري، أخذ بالمذهب المالكي، واعتبر الطلاق طلاقاً لا فسخاً، ولم يجعل الفسخ صورة من صور انحلال الرابطة الزوجية، بل ذكر الفسخ وأحكامه في المواد (32-33-34) من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان "النكاح الفاسد والباطل (1)

*- الإيلاء: هو حلف الزوج على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعداً بالله . أنظر محمد، أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص 342.

- (1) وهبة، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط07، دار الفكر، بيروت، 1996، ص 350.

- (2) عبد الرحمان، الصابوني، المرجع السابق، ص 78.

- (3) عبد الكريم، زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 07، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 343.

- (4) محمد لمين، لوعيل، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط2، دار هومة للطباعة والنشر التوزيع، الجزائر، 2012، ص 55.

بعدما عرفنا التطليق وتطرقنا لدليل مشروعية والحكمة منه، وتناولنا طبيعته، وجدنا أن فقهاء الشريعة والقانون، كلما ذكر الطلاق ربطوه بحالات وأسباب معينة، تؤسس بمقتضاها الزوجة طلبها في فك الرابطة الزوجية، هذه الأسباب أوردها المشرع الجزائري في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، على سبيل الحصر، غير أن فضول كل دارس يستهويه التساؤل عن موقف الفقه والتشريع من هذه الأسباب..

فما موقف الفقه والقانون من أسباب التطليق ؟

هذا ما سنحاول استبياناه في المطلب الثاني من هذا المبحث تحت عنوان الموقف الفقهي والقانوني من أسباب التطليق .

المطلب الثاني : الموقف الفقهي والقانوني من أسباب التطليق :

إذا كانت حكمة الشريعة قد قصت أن يكون الطلاق بيد الزوج، فقد اقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها ، وأوجبت على القاضي أن يجيبها إلى طلبها ، متى كان مؤسسا على سبب يدعو إلى ذلك ، هذه الأسباب أوردها المشرع الجزائري على سبيل الحصر، بنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري * والتي نصت على ما يلي : " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية :

1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج , مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون .
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج
3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر
4. الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية
5. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة
6. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه
7. ارتكاب فاحشة مبينة
8. الشقاق المستمر بين الزوجين .
9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
10. كل ضرر معتبر شرعا " .

والجديد في المادة المعدلة، مقارنة مع المادة السابقة في ظل القانون 11/84 أن المشرع أضاف 03 أسباب أخرى لطلب التطليق، أو بالأحرى هما سببين ، ذلك أن الفقرة 10 كانت محتواة ضمنيا في نص الفقرة 06 سابقا، من قانون 84-11 وهذه الأسباب هي:

- 1- الشقاق المستمر بين الزوجين .
- 2- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .
- 3- كل ضرر معتبر شرعا .

*- عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في : 2005/02/27 ، وحررت في ظل قانون 84/11 كما يلي: " يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق للأسباب التالية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة باعتباره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79 من هذا القانون . 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج . 3- الهجر المضجع فوق أربعة أشهر . 4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة ، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية. 5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة . 6- كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه 7- ارتكاب فاحشة مبينة"

وبغية التوفيق في معالجة هذا المطلب ارتأينا تقسيمه إلى فرعين نتحدث في الفرع الأول عن الأسباب المادية المخولة للزوجة طلب الطلاق، ونتحدث في الفرع الثاني عن الأسباب المعنوية المخولة للزوجة طلب التطليق.

الفرع الأول : الأسباب المادية المخولة للزوجة طلب التطليق :

أولا : التطليق لعدم الإنفاق :

تعتبر النفقة من أهم حقوق الزوجة على زوجها، وقد ثبت لها ذلك بالكتاب و السنة والإجماع والمعقول، إذ جاء في كتابه العزيز : ((وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)) البقرة 231، وقال أيضا و((لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها)) الطلاق 07. أما من السنة: فقد روي أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال " ما حق المرأة على زوجها فقال أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ... " (1)

أما من المعقول والإجماع : فقد اتفق أغلب الفقهاء على أن النفقة تتمثل في كل ما يلزم الزوجة من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن، وذلك حسب حال الزوجين(2). أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد نظم مواد النفقة، في فصله الثالث من الباب الثاني في كتابه الزواج و انحلاله من المادة 74-80 (3)

1. التطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي : تضاربت الآراء الفقهية من حيث إجازة وعدم إجازة طلب التفريق للزوجة ، بسبب إفسار الزوج بالنفقة، فهناك من يرى بأنه يحق للزوجة طلب التفريق وهو الرأي الحنفية، و آخر يرى بأنه لا تلزم الزوجة بتحمل هذا الضرر بل يجب أن تعطى لها حرية الاختيار في ذلك ، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

أ- القائلون بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق : ذهب الحنفية إلى أن الإفسار بالنفقة لا يكون سببا يثبت به حق الفرقة للزوجة ،سواء كان الزوج موسا أو معسرا حاضرا أو غائبا (4) وللمرأة أن تستدين أو تنفق على نفسها إن كان لها مال، على أن يكون هذا في ذمة الزوج كدين على الزوج، يدفعه لاحقا عند يساره، ويضيف أصحاب المذهب أنه إذا تبين أن الزوج ممتنع عن الإنفاق ظلم حبسه القاضي (5) ودعموا موقفهم بعدة أدلة منها: قوله تعالى : ((لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا)) الطلاق 07 وقوله أيضا ((وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)) البقرة 280. وقد ثبت في السنة النبوية "أن نساء النبي سألوا النبي ما ليس عنده فاعتزلهن شهرا" (6) وكان ذلك عقوبة لهن وإذا كانت المطالبة بما لا يملك الزوج تستحق العقاب، فأولى أن يكون طلب التفريق عند الإفسار ظلما ولا يلتفت إليه ولا يعتد به أصلا.

(1) أبو داود، سليمان، سنن أبي داود، تحقيق عصام موسي هادي ، ط1، دار الصديق، الجبيل، المملكة العربية السعودية، 1424هـ-2013م ، حديث صحيح رقم 2226، ص488.

(2) عبد الرحمن، الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 04، دط، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1969، ص 583

(3) قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المرجع السابق.

(4) إسماعيل أبا بكر علي، البامري، أحكام الأسرة الرواج والطلاق بين الحنفية و الشافعية " دراسة مقارنة بالقانون"، ط1، دار حامد، عمان ، الأردن، 2008، ص 311.

(5) عبد الرحمن، الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الطلاق وأثاره، ج 2، ط05، الطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص 91.

(6) محمد حسين، هيكّل، حياة محمد، ط13 ، دار المعارف، مصر، 1975، ص 415.

أما من المعقول فإذا كان الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه ظلماً ، فإن الوسيلة في رفع هذا الظلم هي بيع ماله للإنفاق منه أو حبسه، حتى ينفق عليها ولا يتعين التفريق لرفع هذا الظلم، ما دام هناك وسائل أخرى ، خاصة أن التفريق أبغض الحلال إلى الله فكيف يلجأ إليه القاضي وليس هو السبيل الوحيد لرفع الظلم.(1)

ب - القائلون بجواز التفريق لعدم الإنفاق:

إن المبدأ والأساس الذي اتفق عليه جمهور الفقهاء (مالك و الشافعي وأحمد) (2) أنه للزوجة حق طلب التفريق من القاضي متى امتنع الزوج عن الإنفاق، لعجزه أو امتنع ظلماً منه مع قدرته، و استدلووا على ذلك بما يلي : قوله تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " البقرة الآية 229 وقال أيضاً: " وعاشروهن بالمعروف " النساء الآية 19 وقال عز من قائل: «ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا» البقرة 231.

أما من السنة فقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال الرسول صلى الله عليه وسلم : " أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعنني وإما أن تطلقني " (3) فقالوا يا أبا هريرة أسمعنا هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال لا هذا من كيس أبي هريرة. " (4)، وقد روي عن الصحابة رضوان الله عليهم أن " عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، أن يأمرهم بأن ينفقوا، أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا.(5)

2. التطليق لعدم الإنفاق في القانون الجزائري : نص المشرع الجزائري في المادة 53 من القانون الأسرة، في الفقرة 01 على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق في حالة عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون " وبذلك نجد أن المشرع الجزائري، قد حذو الرأي القائل بحق المرأة في التفريق، إذا ما حرمتها زوجها من حقها في النفقة، وهو رأي جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، غير أن المشرع الجزائري، ربط ذلك بشروط لا بد من توفرها، حتى يكون للزوجة الحق في طلب التطليق من جراء عدم إنفاق زوجها عليها ، يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ-أن يكون امتناع الزوج عن الإنفاق بعد صدور الحكم : فيجب أن يكون الزوج قد امتنع عن الإنفاق عمدا ، وتقوم الزوجة المتضررة برفع دعوى للمطالبة بالنفقة، فإن صدر الحكم الذي يلزمه بأدائه وامتنع عن تنفيذه وطعنت هنا جاز لها طلب الطلاق وفقا للضرر اللاحق بها، وفي هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 02/05/1995 جاء فيه: "لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة وأن إمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك. " (6)

-
- (1) السيد سابق، فقه السنة، ج 02، ط 07 ، دار الكتاب العربي، بيروت، 1985، ص 288 وما بعدها.
 - (2) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، دط، مطبعة الهدى، مصر، 1354هـ، ص 51، 52.
 - (3) محمد بن علي بن محمد، الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المجلد 03، ج 06، دط، دار الجيل، بيروت، 1297هـ، ص 324-325.
 - (4) محمد بن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة بن بردزبة، البخاري، صحيح البخاري، "باب وجوب النفقة"، المجلد 04، ج 07، دط، المكتبة الثقافية، بيروت، د س ن، ص 1168.
 - (5) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، ابن قدامة المقدسي، المغني ج 07، دط، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د س ن، ص 574.
 - (6) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 118475، بتاريخ 02/05/1995 ، نشرة القضاة، العدد 99، السنة 1996، ص 241.

ب - ألا يكون امتناعه عن الإنفاق بسبب عسره وهي عالمة بحاله قبلا: فإن كانت رضيت الزواج به وهي عالمة بإعساره قبلا، رفضت دعوها لعدم التأسيس القانوني، ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الزوج

ج - مراعاة أحكام المواد 78 - 79 - 80: معنى ذلك أنه ينبغي على القاضي أن يراعي أثناء حكمه بإلزام الزوج على الإنفاق على زوجته ما تشمله النفقة طبقا لما نصت عليه المادة 78 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة " وأن يراعي أيضا ظروف وحالة الزوجين طبقا للمادة 79 من نفس القانون "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، وأن يراعي أخيرا المدة التي تستحق وتحتسب فيها النفقة قبل رفع الدعوى طبقا للمادة 80 " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى" وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بقولها: "من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة، ومن المقرر أيضا أن يراعي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم (1)

3 - التطليق لغياب الزوج :

من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف والاستقرار، وبما أن الزوج هو رب الأسرة والمسؤول عن رعايتها، فإن غيابه بدون عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الاستقرار واهتزاز كيانها، فالفراق ضرر يهون أمامه عدم الإنفاق والفرقة به ثابتة حتى ولو كان للزوج ما ظاهر تتفق منه الزوجة، لتعدد مطالب الحياة التي لا تنحصر فقط في السكن والغذاء والكسوة.

وغياب الزوج عن أهله قد يكون بإرادته ورضاه وقد يكون مكرها عليه كحالة دخوله السجن مثلا، والغياب الذي يفعله الزوج بإرادته إما أن يكون الغرض منه سليما كسفره للعلم أو لأجل التجارة، أو العمل إن احتاج لذلك، أو أن يكون القصد منه إلحاق الضرر بالزوجة، وذلك ببعده عنها، وقد ينقطع خبره فلا تعلم له حياة من موت، ولا يعلم في أي جهة هو فما موقف الفقه والقانون من طلب الزوجة التطليق لغياب الزوج؟

1. التطليق لغياب الزوج في الفقه الإسلامي : بالرجوع إلى آراء الفقهاء في الفقه الإسلامي خاصة المذاهب الفقهية الأربعة نجد لها رأيان في التفريق بين الزوجين، إذا غاب الزوج وتضررت الزوجة من غيبته وخشيت على نفسها الفتنة (2) فرأي يرى بجواز التفرقة لغيبة الزوج، ورأي يرى بعدم جواز ذلك.

أ- القائلون بعدم جواز التفرقة لغياب الزوج : يرى الحنفية والشافعية (3) أنه ليس لزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها، لانعدام الدليل الشرعي على الحق في التفريق، ولأن سبب التفريق لم يتحقق ففي نظرهم حق الزوجة في طلب التطليق من القاضي لغياب زوجها يسقط، ولا يصلح أن يتخذ سببا للتفريق بينهما، فإن كان معلوما مكانه بعث الحاكم لحاكم بلدته ويلزمه بدفع النفقة وما دام أنه لم يقم دليل شرعي على ثبوت هذا الحق، فإن الأصل بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على جواز التفريق.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 1715 بتاريخ 16/01/1989، المجلة القضائية، العدد 02، السنة 1992، ص 55

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 532.

(3) أبو محمد بن أحمد بن سعيد، ابن حزم، المحلى، ج10، دط، دار الجبل، بيروت، لبنان، د س ن، ص 142

وقال ابن حزم " لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبته ولا إيجاب عدة ممن لا يصح موته ولا أن يطلق أحد من غيره" (1) ودليلهم في ذلك أنه إذا غاب الزوج عن زوجته مدة مهما طالت وترك لها مالا تنفقه على نفسها لم يكن لها حق طلب التطليق للغيبة،

فإذا دخل الزوج بزوجه ووطئها ولو مرة واحدة فقد أعطاهما حقها في المباشرة ، لأن الزواج يثبت للمرأة الحق في الوطء مرة، فإذا ما ترك الزوج ووطئ زوجته مدة لم يكن ظالما لها أمام القاضي سواء أكان حاضرا أم غائبا طالت غيبته أم لا لأن حقها في الوطء قضاء ينقضي بالمرّة الواحدة، فإذا استوفته لم يعد لها في الوطء حق في القضاء. (2)

ب - القائلون بجواز التفرقة لغياب الزوج :

ذهب المالكية والحنابلة إلى أنه يجوز للمرأة طلب الطلاق بسبب غياب زوجها عنها إذا لم تصبر على فراقه وتضررت من ذلك، حتى لو ترك الزوج لها مالا تنفقه أثناء غيابه غير أن القاضي لا يوقع الطلاق عليه إلا بعد أن يكتب إليه إن كان له مكان معلوم، فيطلب منه الحضور لزوجه أو يلحقها به، أو يطلقها أن لم يكن له بها شأن، فإذا لم يستجب قام القاضي وطلق عليه، هذا ما اتفق عليه المالكية والحنابلة في جواز التفرقة لغياب الزوج غير أنهما في احتساب مدة الغيبة كان لكل واحد منهما رأي، فعند المالكية أقل مدة يمكن للمرأة أن تطلب بموجبها التطليق للغيبة هي سنة، وفي رواية ثلاث سنوات، ولم يفرق المالكية بين أن تكون الغيبة بعذر كطلب العلم والجهاد والتجارة أو بغير عذر. (3)

أما الحنابلة فجعلوا أدنى مدة يمكن للزوجة بمقتضاها أن ترفع أمرها للقاضي ليطلقها بسبب غياب زوجها، بعد مضي ستة أشهر من غياب زوجها، إذ هي المدة التي يمكن للمرأة أن تصبر فيها عن غيبة زوجها عنها وقد ثبت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد جعل 06 أشهر أقصى مدة للجند الغائبين عن أهلهم ثم يعودون. (4) وهذا باستشارة ابنته حفصة رضي الله عنها. واشترط الحنابلة في الغياب الموجب للفريق أن يكون الغياب لغير عذر فإن كان لعذر مقبول شرعا فلا يستجاب لها ولو تضررت. (5)

2. التطليق لغياب الزوج في القانون الجزائري :

أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها حالة الغياب، وذلك ما تضمنته المادة 53 في فقرتها الخامسة فنصت " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة "، كما نصت المادة 112 من نفس القانون على أنه " يجوز للزوجة المفقودة أو الغائبة أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة 05 من المادة 53 من هذا القانون ". غير أن المشرع منح الزوجة هذا الحق بناء على توافر ثلاث شروط (6) وتحققها وهي : أن تكون مدة الغيبة تجاوزت السنة ولو بيوم :

-
- (1) عبد المؤمن، بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي" دراسة مقارنة مدعمة بنصوص قانون الأسرة الجزائري"، دط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص 52.
 - (2) رمضان على السيد، الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 357.
 - (3) عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثرهما "دراسة فقهية مقارنة"، ط1، دار النهضة العربية، 2008-2009، ص 234.
 - (4) محمد عزمي، البكري، المرجع السابق، ص 403 .
 - (5) عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 234 .
 - (6) أحمد نصر، جنيدي، شرح القانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2014، ص 118.

من خلال هذا الشرط نجد أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المذهب المالكي الذي جعل مدة الغيبة بين سنة وثلاث سنوات ، على أن تكون هذه المدة مستمرة غير منقطعة فإذا انقطعت فإن شرط المدة لا يكون متوفرا ، ويكون احتساب هذه المدة من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى ، أما إذا كانت المدة أقل من ذلك ولو بيوم فلا يجوز للزوجة طلب التطليق وبالنسبة للزوجة المفقودة فإن احتساب المدة يكون من يوم صدور الحكم بفقده، وتحسب السنة لدى فقهاء المسلمين بالسنة القمرية، غير أن القانون لم يحدد ذلك فيصح اعتماد السنة الميلادية طالما العمل جار بها. بالإضافة إلى ما تقدم فإنه يثبت الحق في التطليق للزوجة الغير المدخول بها ولو لم يختل بها الزوج لأن ضرر الغياب متوفر في حقها وفي ذلك قضت المحكمة العليا بأنه: "يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق مع التعويض ، إذا تأخر الزوج عن الدخول بزوجه لمدة 5 سنوات فإن ذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض ..." (1).

ب - أن تكون الغيبة بدون عذر : فيجب أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج بدون عذر شرعي، كما لو سافر لمجرد السياحة ولم يعد، أما إذا كان غيابه مقبول شرعا أو قانونا كما لو سافر للخارج من أجل الدراسة أو تغييب من أجل تأدية الخدمة العسكرية، أو من أجل إتمام دراسته أو لأي سبب جدي آخر مما استدعى بقاءه لمدة تفوق السنة، فلا حق لها في طلب الطلاق، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير عذر الغياب (2).

ج - أن لا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه : أخيرا وإضافة على الشرطين السابقين أضاف المشرع شرطا ثالثا، لكي تتمكن الزوجة بمقتضاه طلب التطليق بسبب الغياب، أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة بدون عذر لم يترك لها ملا تنفقه على نفسها وعلى أولادها، أما إذا غاب لمدة سنة وأكثر ولعذر مقبول شرعا، أو حتى بدون عذر مقبول وترك لها مالا تنفق منه على نفسها وأولادها، فلا يجوز لها أن تطلب الطلاق من القاضي (3). وتجدر الإشارة إلى أن التطليق للغياب يقوم على أساس الضرر الواقع وليس الضرر المتوقع فقط ، وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك ومن هنا يشترط قصد الزوج بالإضرار بزوجه أو إيذاؤها بتعنته لأنه غاب ولم يعلمها، فيجب معاقبته بإيقاع الطلاق عليه، فإن لم يقم به قام القاضي مقامه فيهو طلق . أما إذا كانت غيبته لسبب و عذر شرعي، أو أنه كان يرسل من أمواله كنفقة غير أنها لا تصل إلى زوجته بسبب خطأ مادي في الحساب البريدي الجاري، أو في العنوان فيكون ذلك عذرا شرعيا (4). ويدخل تحت طائلة الأسباب القاهرة الخارجة عن إرادته وأسباب وظروف غير متوقعة (5). أما في حالة ملكية الزوج للأموال دون أن يترك للزوجة ما تنفقه فإن القاضي ومتي رفعت إليه الزوجة طلب الطلاق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من وجود الأموال، ويحكم لها بأخذ ما يكفيها من النفقة من ماله الموجود بحوزتها، أو تحت حيازة الغير وتكون الأحكام مشمولة بالنفذ المعجل (6). فإذا توفرت هذه الشروط جاز للزوجة طلب التطليق لغياب الزوج.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم : 135435 بتاريخ 23/04/1996 المجلة القضائية، العدد 01، السنة 1998، ص129.

(2) - عبد الفتاح إبراهيم، بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية "فقها وقانونا"، دط، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 104.

(3) - عبد العزيز، سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، دس ن، ص 269.

(4) - فضيل، سعد، شرح القانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج01، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 294

(5)- علي علي، سليمان، النظرية العامة للالتزام ، لط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1990، ص100.

(3) فضيل، سعد، المرجع السابق، ص194.

(6) جمال الدين، ابن منظور، المرجع السابق، ص 482-483.

3 - التطليق لكل ضرر معتبر شرعا : أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسئ الزوج إلى زوجته في المعاملة، ولا أن يؤذيها بقول، وهذه مبادئ قررها الإسلام ، فقد قال عز وجل: ((ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم)) البقرة 228 وقال أيضا " وعاشروهن بالمعروف النساء 19، ولما كان الإسلام قد جعل القوامة للرجل على المرأة بما تخوله له من الحق في استخدامها بما هو في صالح الأسرة واستقامة الأمور الزوجية، فقد نهى الأزواج عن التعسف والجور في معاملة الزوجات، فما دامت الزوجة تقوم بواجباتها كما يتطلبها الشرع فلاحق للزوج في الإساءة إليها وإيذاؤها بما يجرح شعورها وكرمتها، بسب أو شتم أو ضرب أو أي ضرر سواء كان معنويا أو ماديا، فإذا ما حدث وأن تجاوز الزوج حدوده معها وألحق بها ضرر غير متحمل، كان للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي طالبة التطليق. وتستعمل مادة (ضرر) ومشتقاتها في معاجم اللغة العربية على معاني متعددة، إذ جاء في لسان العرب أن الضر و الضر لغتان :

فالضر هو الهزل وسوء الحال و الضرر ضد النفع (1) أما في الإصلاح الشرعي فعرفه ابن العربي في كتاب أحكام القرآن على أنه: " الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه وهو نقيض النفع (2). أما في الإصلاح القانوني نجد أن الضرر يرتبط بمفهوم المسؤولية المدنية لأنه الركن الثاني من أركانها، وبالرغم من أن القانون لم يتطرق إلى تعريف الضرر، إلا أن فكرته أوردها ضمن القانون المدني الجزائري في مواده من المادة 124 إلى المادة 140 وكذا في المادة 176 وما يليها من نفس القانون. وهناك من عرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، أو بمعنى آخر هو الإخلال بمصلحة مشروعة للفرد مادية كانت أم أدبية (3)، فما موقف الفقه الإسلامي والقانون من طلب الزوجة في الرابطة الزوجية للضرر المعتبر شرعا؟

1. التطليق للضرر في الفقه الإسلامي : اتفق علماء الشريعة كلهم على حسن معاملة الزوج لزوجته، وأن لا يؤذيها بقول أو فعل غير أنهم اختلفوا فيما يخص جواز طلب الزوجة فك الرابطة الزوجية بالتطليق لضرر بين مجيزو غير مجيز، فما موقف أصحاب المذاهب الأربعة من جواز التطليق للضرر؟

أ - القانون بعدم جواز التفرقة للضرر: يرى الحنفية والجعفرية والشافعية في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين عنه أن المرأة ليس لها حق طلب الطلاق من زوجها، حتى ولو طلبت ذلك بسبب إيذاها بالقول أو بالفعل، ومعاملتها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة، فعليها أن تطلب من القاضي زجره ليمتنع عن ذلك أو تعزيره بما يراه رادعا له إن لم يمتنع، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما، بعث القاضي حكيمين ليقوما بالإصلاح بينهما عملا بقوله تعالى: «فإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً» النساء 35، وقالوا أن هذه الآية قصرت عمل الحكيمين على محاولة الإصلاح بينهما، ولم تجعل لهما التفريق فيبقى هذا على الأصل للزوج وحده، إلا إذا وكلهما بذلك، حيث لا كتاب ولا سنة ولا أثر يدل على ثبوت هذا الحق للغير (4).

- (1) جمال الدين، ابن منظور، المرجع السابق، ص 482-483.
- (2) أبو بكر، ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد الجاوي، ط03، دار الفكر، القاهرة، 1972، ص 54.
- (3) سعيد، مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 35. وأنظر عبد الهادي، بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دط، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2007، ص 22.
- (4) محمد مصطفى، شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977، ص 581-582.

ب - القائلون بجواز التفريق للضرر:

يرى المالكية أن الزوج إذا تعدى على زوجته بالضرب ونحوه، كالإكراه على فعل أمر حرام أو كان يضار بها بالسب والشتم ورفعت أمرها للقاضي وأثبتت تعديه، كان لها أن تطلب منه تأديبه وزجره للكف عن إيذائها، وذلك بالشبل التي يتخذها الزوج مع زوجته حين تمتنع عن طاعته، بأن يعظه إن رأى القاضي ذلك مجدياً، فإن لم تجبر العظة أمرها فيه أمرها بهجره، فإن لم تفذ ضربه، هذا إن اختارت البقاء معه (1) وبذلك فإن الشرع أجاز للزوجة أن تطلب الطلاق لقوله تعالى: «ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه» (البقرة 231) والمقصود بالضرر هنا هو التضييق على الزوجة وإيذائها بالقول أو الفعل، أو إهمالها من الجانب المادي أو المعنوي، والضرر عند المالكية هو كل ما لا يجوز شرعا، ويثبت بالبينة التي يكفي فيها مجرد سماع الشاهد من بين النساء والرجال في أن الزوج يضربها، كما يثبت بالإقرار، ومنهم من يعتمد على قرائن الأحوال، فعليها أن تثبت أمام القاضي حصول الضرر بكافة الأحوال فإن عجزت عن إثبات دعواها، عين لها القاضي حكما من أهلها وحكما من أهله يسعيان للإصلاح بينهما، فإن عجزا عن ذلك فرقا بينهما، وقد ثبت أن عثمان أرسل حكيمين وقال لهما: "إن رأيتمَا أن تفرضا ففرضا (2)"

2. التطليق للضرر في القانون الجزائري: لم يعرف المشرع الجزائري الضرر، بل اكتفى بذكر عبارة كل ضرر معتبر شرعا ومادام تعريف الضرر غائب في نص القانون، وجب الرجوع إلى الأصل التشريعي وهو المذهب المالكي الذي يرى بأن ضرر الزوج بزوجه يتمثل في كل إيذاء، سواء كان بالقول أو الفعل واعتبر عرفا أنه ضار، وقد نصت على ذلك المادة 53 في فقرتها 10 "يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق لكل ضرر معتبر شرعا"، دون أن يفوتنا التنويه إلى أن هذه العبارة كانت ضمن الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون 84-11 سابقا، والتي أصبحت فقرة 10 في ظل القانون الجديد المعدل بالأمر 05/02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، وما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت بسبب واسع النطاق، فلم تحدد نوع الضرر، بل قالت كل ضرر معتبر شرعا، فهذا السبب وحده كفيلا بأن يشمل جميع الأسباب الأخرى الواردة في نص المادة 53، تاركا بذلك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الأضرار التي يمكن للزوجة بمقتضاها أن تطلب التطليق.

ولقد أحسن المشرع الجزائري عندما لم يحدد أنواع معينة من الضرر، لأن ما يعتبر ضرر لزوجة لا يكون كذلك بالنسبة لأخرى، وأن الضرر المعتبر شرعا في زمن ولدى جماعة قد لا يكون كذلك بالنسبة لزمن آخر وجماعة أخرى، خاصة وأن قواعد الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر فلم يورد أي معيار للتمييز بين الأفعال الضارة الصادرة عن الزوج ضد زوجته، وهذا يعني أن تقييم الفعل ومعرفة كونه ضارة من عدمه ينبغي أن يتم من وجهة نظر اجتماعية وثقافية محضة وبالتالي فالمعيار هنا معيار شخصي يعود في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي في تقديره، ذلك أن الأضرار عديدة ويصعب حصرها، غاية ما في الأمر أنه يطلب أن يكون الضرر معتبر شرعا أو عرفا (3). ولقد اعتبرت هذه الفقرة الملاذ والملجأ المحب لقضاة المحاكم، وحتى المحكمة العليا النشر أي شيء في خانة الضرر المعتبر شرعا، ذلك أن كل قرارات المحكمة العليا تؤسس للتطليق بالضرر المعتبر شرعا رغم توافر للقضاة أسباب أخرى منوه عنها بوضوح في المادة 53 من قانون الأسرة. (4)

(1) رمضان علي السيد، الشرياصي، المرجع السابق، ص 364.

(2) محمد مصطفى، شلبي، المرجع السابق، ص 582.

(3) الرشيد، بن شيوخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، لط، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 207.

(4) باديس، ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 51.

فنستطيع القول أن العبارة مرنة وصالحة التطبيق من طرف القاضي وله السلطة التقديرية لكل حالة تعرض عليه حسب ظروفها وملاستها مادام أن القانون الجزائري لم يذكر معياراً أو ميزاناً معيناً للتمييز بين الفعل الضار وغير الضار، وعليه وحتى يكون الضرر سبباً يبيح لزوجة طلب التطليق لأبد من توفر شروط، هذه الشروط يمكن إجمالها فيما يلي: (1)

أ- أن يقع ضرر من الزوج: وذلك بأن ينتج عن الزوج ضرر يلحق بالزوجة نتيجة فعل أو قول قام به، فيكون صاحب الضرر هو الزوج وليس الغير ما لم يكن هو من حرص الغير على زوجته.
ب- أن يعجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين بعد عرض الصلح عليهما ثم عن طريق الحكّمين عند عدم ثبوت الضرر: إذ لا بد للقاضي قبل أن يفك أي رابطة بين الزوجين من إجراء صلح بين الطرفين، وقد نصت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعدة عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن يتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" فيتضح من هذا النص أنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء وصدر الحكم بالطلاق يأتي في مرتبة ما بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وهو إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق (2)، وبعبارة أخرى فإنه يجب على القاضي قبل القضاء بالتطليق أن يتدخل لإنهاء الرابطة الزوجية صلحاً ولو لم يطلب أحد الزوجين منه ذلك، فالحكم بالطلاق دون محاولات الصلح خطأ في تطبيق القانون حسب تعبير المحكمة العليا حيث أقرت أنه: "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضية الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" (3).

ت- أن تطلب الزوجة من القاضي التطليق: إذا ما أصابها ضرر شرعي هذا ما أقرته المحكمة العليا حيث نصت على أنه: "يمكن للزوجة أن تطلب الطلاق إذا أصابها ضرر شرعي" (4) غير أنه لا بد لها من إثبات ذلك بالطرق الشرعية وإلا لم يجز لها طلب التطليق امن المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبراً عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ولا يعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سبباً لتطليقها منه والقضاء بما يخالف هذا المبدأ الشرعي يستوجب نقض القرار الذي يقضي بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها» (5)

4- التطليق لمخالفة أحكام المادة 08: مما لا شك فيه أن الإسلام وضع نظاماً محكماً للزواج يقوم على أقوى المبادئ والقيم التي من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري وانتشار الفضيلة في المجتمع، فأضفى عليه قدسية تجعله فريداً بين سائر العقود الأخرى، فجعل له أركاناً وشروطاً متينة ذلك أنه أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته لذا تولاه الشارع بالرعاية من حين الابتداء في التفكير فيه إلى أن ينتهي بالموت والطلاق، والتعدد في الزواج هو مباح كمبدأ عام لقوله تعالى: «فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة» (النساء 03)، لكنه ربط ذلك بشرط العدل، وقد تتضرر الزوجة من إعادة زوجها زواجه عليها .

(1) اليزيد، عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري "مدعماً بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، فرحات عباس، سطيف، 2003، ص 138. (2) العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص 956.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 75141 بتاريخ 18/06/1991، المجلة القضائية، العدد 01 لسنة 1999، ص 65.

(4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 40429، بتاريخ 05/05/1986، نشرة القضاء، العدد 44، لسنة 1988، ص 179.

(5) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35891، بتاريخ 25/02/1985، المجلة القضائية، العدد 01 لسنة 1989، ص 80.

فما موقف الفقه والقانون من طلب الزوجة التطليق حينها ؟

1. موقف الفقه الإسلامي من ذلك :

قبل التطرق إلى حكم الفقه على طلب الزوجة التطليق لتضررها من إعادة الزواج عليها وتضررها من عدم العدل، وحتى لا يكون موضوعنا خداجا بما أن هذه المادة تحدثت عن التعدد في الزواج أساسا، كان ولا بد أن نبين على عجلة أن الزواج تعتريه الأحكام الخمسة من وجوب وندب وكراهية وحرمة وإباحة، فاختلاف العلماء في حكمه هو اختلافهم في كون المكلف معتدلا قادرا على تكاليف الزواج، وثقا من نفسه أنه يؤدي حقوق زوجته دون جورها أو ظلمها مؤمنا على نفسه الوقوع في الفاحشة أن لم يتزوج وهو الأصل في الزواج. (1)

أما عن حكم طلب المرأة للتطليق بسبب زواج زوجها عليها وعدم العدل فإنه يدخل في مضمون تضررها بفعل الزوج كما سبق بيانه في التفريق للضرر، فذهب الحنفية و الجعفرية والشافعية في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين أنه لا يجوز للمرأة طلب التطليق من زوجها حتى وإن عاملها بما لم تستطيع معه دوام العشرة بين مثيلاتها، فالحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة، ولها أن تطلب من القاضي زجره. أما المالكية فأجازوا لها طلب التطليق على أن تثبت للقاضي تضررها (2)

2. موقف القانون الجزائري من مخالفة أحكام المادة 08.

نص المشرع الجزائري على أنه يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة، وهذا طبقا لما نصت عليه الفقرة 06 من المادة 53 فمن خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أنشأ حالة جديدة للتطليق، وهي حالة تعدد الزوجات، فقد أباح المشرع التعدد كمبدأ عام ولكنه قيد الأمر بتوفر شروط معينة تتضح بجلاء من خلال نص المادة 08 من قانون الأسرة، والتي نصت على ما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية". فهذه المادة تثبت الشروط الواجب توفرها في الزوج حتى يتمكن من الزواج بأكثر من زوجة واحدة وهته الشروط هي :

أ- أن يوجد المبرر الشرعي لزواج مرة أخرى: وهو معيار مرن وشخصي وواسع، كأن تكون زوجته الأولى عقيما وهو يرغب في إنجاب الأولاد مع تعلقهما ببعض، أو أن تكون زوجته مريضة ويرى زوجها أنه من الوفاء ألا يتركها ويتقها تحت رعايته، فيكون من الحكمة ألا تمنعه من الزواج بغيرها، كما قد يستولى الحب على قلب الزوج فيهيئ بحب امرأة غير زوجته تهيم به حبا، بحيث يصعب عليهما التخلي عن بعضهما، فيكون من المصلحة أن يباح لهذا الرجل التزوج بهذه المرأة مع الإبقاء على زوجته، حتى لا يقعان في الفاحشة المحرمة (3)

(1)- محفوظ، بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص582

(2)- محمد مصطفى، شلبي، المرجع السابق، ص 581-582.

(3) بدران أبو العينين، بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون الزواج والطلاق"، ج01، دط، دار الطباعة والنشر بيروت، لبنان، 1967، ص130.

ب - أن تتوفر نية العدل بين الزوجات في الحقوق والواجبات: لقوله تعالى: «فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا ((النساء 03 ويلاحظ أنه لا تعارض بين ما أوجبه الله من العدل في هذه الآية وبين ما نفاه في الآية الأخرى من سورة النساء حيث قال: « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان عفورا رحيمًا ((النساء 129، فعلى الزوج أن يعدل بين زوجاته ما استطاع من غير ظلم وقد صدر عن المحكمة العليا قرار صريح في هذا الشأن حيث أقرت أن: " عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ويبرر بتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق". (1)

ج - ضرورة إخبار الزوجة الأولى برغبته في الزواج بثانية ويخبر الزوجة الثانية بوجود زوجة سابقة له: فمن واجب الزوج إخبارهما معا وإخبارهن إن تعددن، وإذا لم يفعل ذلك فإن المشرع الجزائري قد جعل ذلك سببا يسمح من خلاله للزوجة السابقة وكذا اللاحقة بطلب التطليق من القاضي بناء على غش الزوج لهما أو لإحدهما، طبقا لما نصت عليه الفقرة 06 من المادة 53 وفي هذا الشأن أيضا نصت المادة 8 مكرر من نفس القانون على أنه: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق". وقد عقب المحامي والمؤلف يوسف دلاندة على هذه المادة فقال « أن أحكام الفقرة السادسة من المادة 53 لا موجب لها مادام القانون رقم 05-02 المعدل لقانون الأسرة نص في المادة 8 مكرر على أحقية الزوجية الثانية في المطالبة بالتطليق في حالة التدليس، أي أن الزوج تزوج خفية عنها ودون أن يعلمها أو يتحصل على الموافقة المسبقة منها ومهما يكن فتأسيس طلب التطليق على أحكام المادة 53 من قانون الأسرة تتوفر حالة قيام الزوج بالزواج بامرأة ثانية دون أن يخبر المرأة الأولى بذلك ودون أن ينال موافقتها المسبقة ودون أن يتحصل على ترخيص مسبق «(2). ولا يكفي علم الزوجة بزواج زوجها بامرأة ثانية، بل لابد من موافقتها ورضاها حتى يستطيع الزوج عليها ثانية هذا ما أكدته المحكمة العليا بدورها حيث نصت على أنه : "لا يكفي لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى ويجب إثبات رضاها بهذا الزواج" (3)

د- الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية: وهو شرط أضافه المشرع الجزائري بموجب الأمر (05-02)، بتقديم طلب ترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية ويمكن لهذا الأخير أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية. وقد صدر في شأن هذه المادة منشور وزاري تحت رقم 84102 المؤرخ في 23 ديسمبر 1984 تضمنين كيفية تطبيق المادة

08 من تقنين الأسرة الجزائري، نظرا لشروطها المستحدثة خاصة ما تعلق بشرطها الأول السابق الذكر، ذلك أن المشرع لم يحدد بدقة الحالات التي تعتبر بمثابة مبرر شرعي مما أثار مشاكل كثير من حيث التطبيق (4)

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف 356997، بتاريخ 12/07/2006، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2006، ص 441.

(2) يوسف، دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة "الزواج والطلاق"، دط، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 58.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 334060، بتاريخ 19/01/2005، المجلة القضائية، العدد 02، السنة 2005، ص 325.

(4) نجية، زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2006، ص 61-62.

5 - التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج: يعتبر عقد الزواج الركن الأصيل في الأسرة، وأهم ما يبنى عليه المجتمع لذا أولاه الإسلام من الأهمية بما كان، وقد وصفه القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، حيث يقول المولى عزوجل: ((وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض أخذن منكم ميثاقا غليظا)) النساء 21 وقد منح الإسلام حق اشتراط الشروط في عقد الزواج لكلا الزوجين، مادامت هذه الشروط لا تتعارض مع كتاب الله أو سنة نبيه ولا تحلل حلالا أو تحرم حرما فلزوج أن يشترط ما يشاء من شروط، ولزوجته أيضا الحق في أن تحتاط لنفسها وتشتري ما تراه من شروط، تحفظ عليها حقها وتحول دون حيف زوجها بها، ولم يكتف الإسلام بهذا بل أولى الشروط بين الزوجين من المكانة ما يتناسب وقيمة العلاقة الزوجية ذاتها، حتى أن الأمر بالوفاء بها كان أكثر إلزاما من أي شرط يقع في عقد آخر . ويعرف الشرط في اللغة "بأنه إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه." يقال شرط شرط، شرط - بكسر الراء وضمها. إذا شرط على صاحبه أمرا وقال شارطه، إذا شرط كل واحد منهما على الآخر أمرا، فإذا باع رجل صيغة وشرط على المشتري شرطا فقد ألزمه أمرا، أو شرط المشتري على البائع شرطا، فقد ألزمه أمرا (1) .

أما اصطلاحا فقد عرف بأنه: "ما يلزم من عدمه عدم المشتري ولا يلزم من وجوده المشتري ولا عدمه." (2) .

فما موقف الفقه والقانون من الاشتراط في عقد الزواج ؟

- وهل يحق للمرأة طلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ؟

1. موقف فقهاء الشريعة من الاشتراط في عقد الزواج : اختلف موقف فقهاء الشريعة من الاشتراط في عقد الزواج بين الحظر والإباحة فيرى مذهب الظاهرية أساسا المتمثلون في أتباع داود بن علي، وابن حزم الأندلسي والحنفية والمالكية والشافعية الذين يتمسكون بظاهر النصوص، أن الأصل في العقود والشرط هو الحظر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان على الإباحة، ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه وصحته. (3) ودليلهم من الكتاب أن الشريعة الإسلامية جاءت شاملة لكل شيء وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة، ومنها العقود على أساس من العدل لأن الله تعالى يقول: «ومن يتعدى حدود الله فأولئك هم الظالمون ((البقرة 229. وقوله تعالى: ((اليوم أكملت لكم دينكم)) المائدة 03 ومن السنة ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق فلان والولاء لي إنما الولاء لمن أعتق " (4)، وبذلك فالحنفية يرون أن الشرط إذا كان لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ولم يتحقق مضمون الشرط لم يكن لمن اشترطه الخيار في فسخ العقد، وذلك بأن تشتري الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها أو أن لا ينتقل بها من دارها، ثم لم يوف الزوج بهذه الشروط لم يكن لها الخيار في فسخ النكاح من أجل فوات الشرط. أما الشافعية فيفرون بين ما إذا كانت الشروط التي تنافي مقتضى عقد النكاح لا تخل بمقصوده الأصلي.

(1). علي محمد علي، قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، لط، دار الجامعة الجديدة الأزراطية، الإسكندرية، 2005، ص 08-09.

(2) علي محمد علي، قاسم، المرجع نفسه، ص 10.

(3) كوتر، كامل علي، شرط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دط، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 1983، ص 18.

(4) - الباجي، المنتقى، المجلد السادس، ط04، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984، ص 279.

كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها أو لا يسافر بها، فهذا لا يؤثر هذه الشروط على عقد النكاح فيبقى العقد صحيحا ويبطل الشرط وحده، أو أن تشترط أن لا يطأها أو لا ينفق عليها فإن العقد يبطل، لأنه ينافي مقتضى عقد النكاح. في حين يرى المالكية أن هذا النوع من الشروط مكروه وهو المشهور عندهم، لكنه لا يفسد النكاح ولا يقتضي فسخه لا قبل الدخول ولا بعده لأنه لا يخالف مقتضى العقد، وذلك لأنه يمكن لزوج أن يوفي به وله أن لا يوفي به (1). بينما ذهب الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم وطائفة من فقهاء المالكية (2) إلى التوسع في دائرة الشروط واعتبروها صحيحة إلا ما منعه الشارع الحكيم وهم يقسمون الشروط إلى صحيحة وغير صحيحة، فأما غير الصحيحة فهي تلك التي ورد النهي عنها كاشتراطها أن يطلق امرأته الأولى أي تطليق ضررتها، أو تشترط أن لا يستمتع بها، ففي هذه الحالات يبقى عقد النكاح صحيحا وتبطل هذه الشروط لأنها تنافي مقتضى العقد ومن المعلوم أن الشروط التي تنافي مقتضى العقد تبطل وحدها مع بقاء عقد النكاح صحيحا. أما الشروط الصحيحة فهي التي فيها منفعة لأحد الزوجين ولم يرد نهي عنها، ومنها ألا يسافر بها إلى مكان لا تريده أو ألا يتزوج عليها، وهذه الشروط واجبة الوفاء بها فإذا لم يتحقق الوفاء بها فأتى رضا بالعقد والرضا أمر لا بد منه في عقد النكاح (3). واستدلوا على ذلك من قوله تعالى ((وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا)) (الإسراء: 34)، وقوله أيضا: ((والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون)) المؤمنون 08 وقال أيضا ((ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسيؤتية أجرا عظيما)) الفتح 10. ومن السنة ما رواه البخاري ومسلم عن عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " أحق الشروط أن يوفي به ما استحللتم به الفروج." (4) وقوله صلى الله عليه وسلم: "أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها إذا أؤتمن خان وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر" (5)

وفي الأخير يمكن القول أن الفقهاء اتفقوا جميعا على أن الشرط الموافق لمقتضى العقد يلحق بأصل العقد ولا أثر له عليه ويجب الوفاء به، وإذا أخل الزوج بهذا الشرط جاز طلب التطليق لمخالفة هذا الشرط

2. موقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج :

تنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتنافي هذه الشروط مع أحكام هذا القانون." في حين نصت الفقرة 09 من المادة 53 من نفس القانون على أنه : "يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج" ، وباستقراء وتحليل هاتين المادتين يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد أجاز لزوجين أن يشترطا في عقد الزواج ويضعوا من الشروط التي يريانها ضرورية في العقد، على أن لا تخالف هذه الشروط أحكام القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية، كأن تشترط الزوجة عدم الزواج عليها طالما أن هذا الشرط أمر جوازي ومتروك لإرادة الزوجين، وطالما أن قانون الأسرة يبيح مبدأ التعدد كأصل عام، ولو أنه قيده ببعض القيود التي تحول دون إساءة استعمال هذا الحق وتمنع من وقوع الظلم على الزوجة السابقة واللاحقة وفقا لما نصت عليه المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري كما سبق بيان ذلك، أو كان تشترط إكمال دراستها أو ممارسته عملها بعد إتمام الدراسة على ألا يتعارض عملها مع الآداب العامة والنظام العام.

(1) أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات "دراسة فقهية مقارنة"، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 210-2011.

(2) مصطفى، الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط09، مطابع ألف باء، سوريا، 1967، ص 480.

(3) أحمد شامي، المرجع السابق، ص 209.

(4) السيد سابق، المرجع السابق، ص 138.

(5) النووي، رياض الصالحين "باب الوفاء بالعهد وانجاز الوعد"، ط02، دار الإمام مالك، الجزائر، 2004، ص 212.

فليس لها أن تشتغل في أماكن الفجور أو اللهو وإلا فإنه حينها لا يمكن لها أن تطلب التطليق بدعوى منعها من حقها في العمل، لعدم شرعية الشرط المشترك أصلاً (1). وبذلك فإنه متى انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط ورفض الزوج أن يمتثل لما وافق عليه سابقاً ففي هذه الحالة جاز للزوجة طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق الطليق، أما على المستوى التطبيقي فنجد أن المحكمة العليا قد أقرت على أنه: " من المقرر قانوناً أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً ولا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي عندما قضي بتطليق الوجة بسبب بقاءها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه واستحالت الحياة الروحية فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن". (2)

لكن هناك سؤال يثار هاهنا وهو أن المادة 19 جعلت للزوجين حق الاختيار في إدراج شروطهما ضمن عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق فالمسألة اختيارية في هذه المادة غير أن ذلك لم يراع بدقة في المادة 53 من نفس القانون في فقرتها 09 التي تحدثت عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون أن يتم ذكر عبارة أو في عقد رسمي لا حق. - فهل يأخذ القاضي بمخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق أم يعزف عن ذلك تطبيقاً لمبدأ حرفية النص؟ (3)

الفرع الثاني : الأسباب المعنوية المخولة للزوجة طلب التطليق :

أولاً: التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج :

تقوم الحياة الزوجية أساساً على الألفة والمودة والوئام، ذلك أن الزواج سكينة للأنفس وانسجام بين الزوجين، ولولا الشعور المتبادل الذي يبعثه الله في نفوس الزوجين لما استطاع أحدهما معاشرة الآخر زمناً قصيراً، فكيف بمعاشرته طوال حياته، غير أنه قد لا تسير الحياة بنفس الوتيرة فيحدث ما يعكر صفو هذا الجو ويكرهه، كأن يفاجأ أحد الزوجين عند أول لقاء بصاحبه عيباً أو يستجد بعد حياتهما القصيرة ويكون العيب صعباً أو مستحيل الشفاء منه، مانعاً بذلك تحقيق المقصد الشرعي كالاستمتاع وإنجاب الأولاد والسكينة والعيب هو ذلك النقص البدني أو العقلي، أو هو نقص مادي أو معنوي يعتري أحد الزوجين فيسبب ضيقاً للزوج الآخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة ومقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية (4). وهو أنواع منها ما تكون جنسية ومنها ما تكون جسدية (5)، منها ما يخص الرجل كالجب ، العنة ، الخصاء ومنها ما يخص المرأة كالرتق ، القرن ، العفل ، الفتق ، والبخر، أما العيوب الجسدية فتشترك فيها المرأة والرجل مثل الجنون والجذام والبرص

(1) عبد القادر، بن داوود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، لط، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، ص180.

(2). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 75588، بتاريخ 20/02/1991، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1993، ص 78.

(3). باديس، ديابي، المرجع السابق، ص 56.

(4) - محمد عزمي، البكري، المرجع السابق، ص266.

(5) محمد سمارة، المرجع السابق، ص 321.

فالأصل في الزواج هو السكنينة وراحة البال، ومادامت هذه العيوب تؤدي إلى الفور والكراهية وتمنع في تحقيق المقاصد المرجوة، فإنه يمكن للزوج فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة إذا شاب الزوجة عيب أدى إلى رغبته في تركها بما أن عصمة الطلاق بيده، غير أنه وبالمقابل

- هل يمكن للمرأة فك الرابطة الزوجية بالتطليق لعيب من العيوب المستحكمة في زوجها والتي تحول من مواصلة العشرة بينهما؟

- وما موقف الفقه الإسلامي والقانون من طلبها التطليق؟

1. التطليق للعيوب في الفقه الإسلامي : انقسم الفقهاء في معالجتهم لهذا الموضوع إلى فريقين : فريق يجيز التفريق بالعيوب وفريق لا يجيز ذلك، ولكل من الفريقين أدلته التي بني عليه رأيه.

أ- جوز التفريق بالعيوب : ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التفريق بين الزوجين بالعيوب وإن اختلفوا في موضعين، وهما في العدد الموجب للتفريق، ومن يملك هذا الحق بينهما، بمعنى آخر ماهي العيوب التي يثبت بها حق طلب التفريق وهل يثبت الحق لكل من الزوجين أم للزوجة فقط (1)

وهل يعتبر بذلك فسخا أم طلاق؟

- بالنسبة للعيوب الموجبة التطليق ؟

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنها العيوب التي تمنع التناسل، وهي ثلاثة أن يكون الجل عنيئا أو مجبوبا أو خصيا وزاد أبو محمد ابن الحسن ثلاث عيوب أخرى وهي الجنون والجذام والبرص. (2) والأئمة الثلاثة وافقوا عليها وزادوا غيرها، أما المالكية فذهبوا إلى أن عددها ثلاثة عشر عيبا،

أربعة مشتركة بين الرجل والمرأة وهي: الجنون والجذام والبرص والعذيمة. وأربعة تختص بالرجل: وهي الخصاء والجب والعنة والاعتراض. (3)، وخمسة تختص بالمرأة وهي: الرتق والقرن والبخر والعفل والإفضاء. وزاد الإمام أحمد عن ذلك العيوب المستعصية كالسل والزهرى، والعيوب عند الشافعية سبعة وهي: الجب والعنة والجنون والجذام والبرص والرتق والقرن، ويمكن أن يكون في كل من الزوجين الخمسة الأولان في الرجل، والأخيران في المرأة، والثلاثة الوسطى مشتركة بينهما، ولا فسخ في البخر والاستحاضة والقروح السيالة والعمى لأنها لا تقوت مقصود النكاح، فيمن يثبت له الخيار لكلا من الزوجين أم الزوجة ؟

ذهب أبو حنيفة إلى أنه يثبت للزوجة فقط ، لأن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي ملكه الله إياه، أما الأئمة الثلاثة فقالوا أن حق التفريق يثبت لكل من الزوجين سواء كانت العيوب بالرجل أو بالمرأة فالجنون والجذام والبرص والعيوب المانعة من التناسل تجيز للطرف الآخر طلب التفريق، ولكن الفرق يظهر في أحكام كل واحد منها فالجوء إلى الطلاق يؤدي إلى إلزام الزوج بكل المهر بعد الدخول وبنصفه قبل الدخول وفي التفريق بسبب العيب يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول، وبعد الدخول على ولي الزوجة كالأب والأخ، لتدليسه بكتمان العيب، ولا سكنى لها ولا نفقة (4). أما الشافعي فيقول إن دخل بها لزمه الصداق كله بالمسييس ولا رجوع له عليها ولا على وليها. (5)

(1). وهبة، الزحيلي، المرجع السابق، ص 516.

(2). الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 07، ط 02، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ص 327.

(3) أحمد، الدردير، الشرح الصغير على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دط، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992، ص 130-131.

(4). وهبة، الزحيلي، المرجع السابق، ص 517.

(5). ابن رشد، المرجع السابق، ص 81.

- في نوع التطليق للعيوب هل هو فسخ أم طلاق ؟

ذهب الحنفية والمالكية إلى أن التفريق بالعيوب يقع طلاقاً بئناً، حيث أن حكم القاضي يضاف إلى الزوج، وبعبارة أخرى فإن القاضي يقوم مقام الزوج كأنه طلقها بنفسه، ولأنها فرقة بعد زواج صحيح والفرقة بعد الزواج الصحيح عند المالكية تكون طلاقاً لا فسخاً (1). وبما أن المقصود من التفريق رفع الظلم عن الزوجة فإن ذلك لا يكون إلا بالطلاق البائن ويقوم القاضي مقام الزوج، لأن الزوج امتنع عن طلاقها ظلماً فيكون بئناً حتى لا يكون له مراجعتها، وإلا صارت معلقة لا هي ذات زوج يؤدي لها حقها، ولا هي مطلقة بلا رجعة فيحق لها أن تتزوج بغيره. (2) أما الشافعية والحنابلة وعلى خلاف الرأي الأول يعتبران أن نوع الفرقة بسبب العيب هي فسخ لا طلاق (3)، والفسخ لا ينقص من عدد طلاقات الزوج وبالتالي للزوج إعادة الزوجة بنكاح جديد وبولي وشاهدي عدل ومهر، لأنها فرقة من جهة الزوجة، والفرقة إذا كانت من جهة الزوجة تكون فسخاً لا طلاقاً، ومعنى ذلك عند أهل هذا الرأي لا يكون الطلاق إلا من الزوج وحده، وما عداه فهو فسخ لرابطة النكاح، وبذلك فهو لا طلاق رجعي ولا بائن وللزوج أن يراجع زوجته ويملك ثلاث طلاقات (4)، واستدل القائلون بجواز التفريق للعيوب بالسنة والإجماع والمعقول حيث روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه تزوج إمرة من بني غفار فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفرش فأبصر بكشحتها * بياضاً فانحاز عن الفراش ثم قال عليك ثيابك وفي رواية وألحقي بأهلك ولم يأخذ مما أتاها شيئاً (5)، وهذا الحديث يدل على جواز رد النكاح بالعيوب الذي يكون بالمرأة مما تعافه النفس وتنفر منه، فإذا كان في الرجل ما ينفر وتحقق وجود مثله في الزوج وطلبت المرأة الطلاق، فرق القاضي بينهما دفعاً للظلم لها والضرر الذي يلحقها. أما من الإجماع فقد أجمع الصحابة على ثبوت الخيار بالجب والعنة (6). أما القياس فقد قيس النكاح على البيع في كون أن البيع يرد بالعيوب، فإن كان بالمبيع أو محل البيع عيباً فيجوز رده شرعاً وقانوناً فإن الزواج من باب أولى لخطورة التدليس فيه.

ب - عدم جواز التفريق بالعيوب : إذا كان جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى جواز التفريق للعيوب وأن أكثر الفقهاء اتفقوا على أن العيب مما يثبت خيار الفرقة، فإن الظاهرية يرون بأنه لا يجوز التفريق بأي عيب سواء كان العيب في الزوج أو في الزوجة، ومهما كان نوعه تناسلياً أو من الأمراض المنفرة كالجذام والبرص ... هذا ما ذهب إليه ابن حزم حيث قال: " لا يفسخ النكاح بعد صحبة بجذام حادث ولا ببرص كذلك ولا بجنون ولا بأن يجد بها شيء من العيوب ولا بأن تجده هي كذلك ولا بعنانة ولا بأي شيء من العيوب " (7) وهذا ما قاله عمر بن عبد العزيز ونقله عنه ابن رشد في بداية المجتهد. (8) ويضيف الظاهرية أنه لم يصح في فسخ الزواج أي دليل في القرآن والسنة والإجماع ولا حتى القياس أو المعقول. (9) كما استدلوا القولهم أن كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد أحل الله المنكوحة فيه لزوجها وحرم مباشرتها وفرجها على كل من سواه، فمن فرق بينهما بغير القرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله: ((ويتعلمون ما يفرقون به بين المرء وزوجه)) البقرة 102.

(1). وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 523.

(2) - بدران أبو العنين، بدران، المرجع السابق، ص 441. د.

(3) عبد الرحمن، الصابوني، المرجع السابق، ص 441.

(4) فضيل، سعد، المرجع السابق، ص 278.

(5) محمد عزمي، المرجع السابق، ص 268.

(6) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 355.

(7) ابن حزم، المرجع السابق، ص 58.

(8) ابن رشد، المرجع السابق، ص 80.

(9). وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 516.

كما استدل ابن حزم على رأيه بما رواه عروة بن الزبير أن عائشة رضي الله عنها أخبرته أن رفاة القرطبي طلق امرأته فتزوجت بعبد الرحمان بن الزبير، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني كنت تحت رفاة فطلقني أخر التطليقات الثلاث فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير فوالله ما وجدت منه إلا مثل هذه الهدية وأخذت هدية من جلبابها فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاة ... لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك." ووجه الاستدلال من الحديث أن طلب المرأة مفارقة زوجها وتطليقها من زوجها عبد الرحمان وعودتها لزوجها الأول مع قيام العذر وهو عدم وصوله إليها يدل على أنه لا يصح أن يكون العيب موجبا للخيار (1) بين الزوجين، مع الإشارة إلى أن ابن حزم أعطى حق اشتراط السلامة من العيوب عند التعاقد وإن تبين له خلاف ما اشترطه فلهما حق طلب التفريق .

2. التطليق للعيوب في القانون الجزائري :

أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه الفقهاء من جواز تطليق المرأة بسبب العيوب هذا ما أكدته الفقرة 02 من المادة 53 قانون الأسرة، حيث منحت للزوجة حق طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، غير أن المشرع الجزائري ربط ذلك بشروط هي :

أ- أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة: لأن العيوب إن كانت في المرأة فإن الرجل يمكن له تطليقها في أي وقت شاء طبقا لإرادته المنفردة.

ب- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج: أي تمنع من الدخول أو الاستمتاع الجنسي وكذا الأمراض الضارة والمضرة والمنفرة التي تعكر الحياة الزوجية، ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما لم يحدد العيب ولم يذكر أمثلة عن ذلك، وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي وهو: هل العيب يحول أم لا في تحقيق الهدف من الزواج؟ فإذا كان العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، جاز للزوجة طلب التطليق هذا ما أكدته المحكمة العليا حيث أقرت: "من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج كتكوين أسرة وتربية الأبناء ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على: عدم إمكانية إنجاب الأولاد استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج فاهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية..." (2)

ج- أن تكون العيوب غير قابلة للزوال : أي أن تكون هذه العيوب غير قابلة للعلاج والشفاء، أما إذا كانت هذه العيوب مما يرجى الشفاء منها وقابلة للعلاج، فينبغي على القاضي في هذه الحالة أن يضرب للزوج أجل وأن تبقى الزوجة بجانب زوجها فإن ثبت عدم قابليته للشفاء، كان حينئذ لها الحق في طلب الطلاق، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: " من المقرر في الفقه الإسلامي ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلاها وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية." (3)

(1) عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 68.

(2). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 78301 بتاريخ 22/12/1992 ، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1995، ص 92

(3). المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34784، بتاريخ 19/11/84، المجلة القضائية ، عدد 03، لسنة 1989، ص 73.

د- أن تثبت الزوجة ما تدعيه بكل الوسائل القانونية، خاصة الشهادات الطبية ويجوز للقاضي أن يتأكد مما تدعيه بالخبرة والأطباء والاختصاصيين وبأي وسيلة أخرى كالإقرار (1) هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي نص على أنه " من المقرر شرعا أنه يسوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم ، غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه فاتهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية " (2)

ثانيا : التطليق للهجر في المضجع :

كثيرا ما يحدث وأن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج، فلا يعتبر زوجته موجودة بجانبه، وقد يترك فراش الزوجية أو غرفة النوم لينام في فراش آخر أو في غرفة أخرى ... هذا السلوك من الزوج تجاه زوجته

قد يكون قصد تأديبها وهو حق من حقوقه الشرعية ليمنعها من النشوز والعصيان والمبرر شرعي و قانوني، وقد يكون الهجر في المضجع ناتج عن حلف الزوج على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر وذلك ما يعرف بالإيلاء في الشريعة الإسلامية، وقد يكون الهجر في المضجع بقصد الإضرار بها وتعذيبها لا غير، وهو ما يخول لها طلب التطليق باعتبار أنه لا يؤدي لها حقا من حقوقها الشرعية الملازم لطبيعتها البشرية، فما موقف الفقه الإسلامي والقانون من ذلك ؟

1. التطليق للهجر في المضجع في الفقه الإسلامي :

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن فقهاء الشريعة يفرقون بين نوعين من الهجر وهو الهجر الذي يكون مقترنا بالحلف والمسمى "بالإيلاء"، وكذا الهجر الناتج عن تشبيه الزوجة بما تحرم على الزوج مجامعتها والمسمى "بالظهار" لذا سأحاول التطرق لكل منهما مع بيان موقف الفقهاء من تطليق الزوجة لذلك.

أ- **التطليق للإيلاء** : الإيلاء لغة: هو الحلف من آلى، يؤلى، إيلاء. (3) واصطلاحا : هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر وأكثر بالله أو بصفة من صفاته أو تعليق القربان على ما يشق، إذا عرفه كمال الدين ابن الهمام في فتح القدير بأنه: " الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القربان على ما يشق " (4) ، وقد كان الإيلاء في الجاهلية نوعا من الإساءة إلى المرأة، إذ كان يدوم هجر الرجل لزوجته سنة أو سنتين (5) فجاء الإسلام بمعالجة هذا الوضع ورفع الظلم عن المرأة إذا أعطى الزوج المولي مهلة، طالبة من خلالها بالرجوع عما حلف أو الطلاق ولكن كان اختلاف الفقهاء في كيفية التطليق للإيلاء؟

(1) - فضيل، سعد، المرجع السابق، ص 279.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33275، بتاريخ 14/05/84، المجلة القضائية ، عدد 02، لسنة 1990، ص 75.

(3) ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 142.

(4). محمد، أبو زهرة، المرجع السابق، ص 342.

(5) - بدران، أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 414.

- كيفية التطليق للإيلاء: اختلف الفقهاء في كيفية التطليق للإيلاء بين الزوجين وذلك بناء على اختلافهم في تفسير الآية الكريمة المذكورة سابقا فانقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى أبو حنيفة وأصحابه والثوري أنه يجب أن ينتظر المولي، أي تمنح له مهلة أربعة أشهر فإن فاء خلالها فهي زوجته وإن لم يفئ، حتى مضت الأربعة أشهر طلقت عليه امرأته بطلقة بائنة، دون حاجة لرفع الأمر إلى القاضي كجزاء على ظلمه ورحمة بالمرأة، ونظرا لمصلحتها بتخليصها منه، لنتمكن من إيفاء حقها من زوج آخر ولا تبقى كالمعلقة (1).

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء، المالكية في مشهور مذهبهم (2)، والشافعية في الجديد ورواية لدى الحنابلة (3) إلى القول بتطليق الحاكم على الزوج إذا ما رفض الفيء، أي أنه لا يقع الطلاق بمجرد مضي أربعة أشهر، بل يوقف ويؤمر إما بالفيء أو الطلاق. أما الظاهرية (4) وقديم قول الشافعي فيرون أن الحاكم لا يفرق بينهما وإنما يأمر بالفيء أو الطلاق، فإن فعل فيها ونعمت وإلا حبسة وضيق عليه حتى يفيء أو يطلق، واستدل الجمهور بنفس الآية السابقة الذكر.

ب - التطليق للظهار:

الظهار لغة: مصدره ظاهر فلان إذا جعل ظهره قبلة ظهره ويقال ظاهر الرجل من امرأته إذا قال لها أنت علي كظهر أمي (5) قاصدا بذلك تحريمها وإبعادها.

أما اصطلاحاً: تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريماً مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهره. (6) فكان الظهار سابق صورة إيذاء الزوج بزوجة حتى يتركها كالمعلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، إلا أنه بعد مجيء الإسلام حرمه الله تعالى ووصفه بأنه منكر من القول وزوراً، ولم يعتبره طلاقاً ثم عاقب مرتكبه وحرم عليه قربان امرأته حتى يفكر بما يستطيع من الكفارات. وللظهار شروط وأحكام اختلفت الآراء الفقهية في تحديدها لكن أكثر ما يهتما في مجال بحثنا هذا هو اختلاف الفقهاء في الضرر الذي يعطي للزوجة حق طلب التطليق بسبب الظهار؟

- كيفية التطليق للظهار : اختلف الفقهاء في كيفية التطليق بين الزوجين للظهار إلى رأيين:

الرأي الأول: ذهب المالكية والحنابلة وبعض الشافعية والحنفية والأمامية إلى أن المرأة المظاهر منها إذا رفعت أمرها إلى القاضي بعد مضي أربعة أشهر فعلى الحاكم أن يأمره بالتكفير والرجوع إلى الزوجة، فإن فعل فقد انتهى حكم الظهار، أما إذا امتنع للقاضي أن يطلق عليه، وبهذا قال المالكية والحنابلة وبعض الشافعية وذهب بعض الحنفية والأمامية إلى أنه للقاضي أن يحبس الزوج إذا امتنع عن التكفير والرجوع إلى ما ظاهر منه ويضيق عليه حتى يكفر أو يفيء أو يطلق عليه القاضي. (7)

(1). علي، حسب الله، المرجع السابق، ص 158

(2) مالك بن أنس، الموطأ، ط3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2003، ص340.

(3) ابن قدامة، المقسري، المرجع السابق، ص 119.

(4) - ابن حزم، المحلى، ج11، المرجع السابق، ص 240.

(5). محمد ابن أبي بكر عبد القادر، الرازي، مختار الصحاح، مادة "ظ، ه، ر"، دط، مكتبة لبنان، والمطبعة الأميرية، بيروت، لبنان سنة 1904 ص 173.

(6) - رمضان علي، السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص320.

(7) شمس الدين محمد بن أبي بكر، ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد 2، ج 4، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د س ن، ص 163.

الرأي الثاني : ذهب الإمام الشافعي وجمهور الحنفية إلى أنه إذا ظاهر الزوج من إمرته ثم تركها أكثر من أربعة أشهر فلا يطبق عليه حكم الإيلاء ولا يوقف، فبهذا نجد أن سبب الخلاف بين الرأيين كما جاء في قول ابن رشد هو " مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتدخلان ومن اعتبر المعنى قال يتدخلان إذا كان قصد الضرر." (1)

2 - التطليق للهجر في الموضع في القانون الجزائري :

سبق وأن أشرنا إلى أن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 53 في الفقرة 03 من القانون الأسرة قد جعل من الهجر في الموضع فوق أربعة أشهر سببا من الأسباب المبررة للزوجة طلب الطلاق، غير أن المشرع ربط ذلك بتوافر شروط لابد من تحقيقها حتى يحكم القاضي لها بالطلاق، باعتباره صاحب الولاية العامة حسب ما خول له ذلك المشرع وحتى لا يستبد الزوج في الإضرار بزوجته، هذه الشروط هي كالتالي :

أ- هجر الزوج لزوجته من المبيت معها في فراش الزوجية : والإعراض عنها وعدم قربانها أو ترك فراش الزوجية وينام في فراش آخر أو غرفة أخرى فلا يعتبرها زوجة له.

ب - أن يكون الهجر عمدية : أما إذا كان الهجر لابد منه كأن يكون الزوج مريضا طريح الفراش أو كان بمستشفى من أجل العلاج أو بالخدمة العسكرية فلا يجوز للزوجة رفع دعوى التطليق بناء على الهجر في الموضع، فلا بد من توفر نية الإضرار بالزوجة.

ج - أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر وأن لا يقع أي اتصال بين الزوجين طيلة هذه المدة : وهو ما لا يقبله الشرع إذا "لا ضرر ولا ضرار". فإذا توفرت هذه الشروط جاز للزوجة طلب التطليق للهجر في الموضع .

ثالثا : التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة :

نصت المادة 53 من ق.أ.ج في فقرتها الرابعة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، وقد تم تعديل المادة 53 في فقرتها 04 وذلك بحذف العقوبة الشائنة في أسباب التطليق وتعويضها بالجريمة التي فيها مساس بشرف الأسرة ومنه ليس كل الجرائم تؤدي إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية، فجريمة المشاجرة أو انعدام شهادة التأمين والجروح الخطأ و نحوها فهذه الجرائم يعاقب عليها القانون، لكنها لا تمس بشرف الأسرة و لا تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، كما تراجع المشرع عن المدة التي كانت لأكثر من سنة، ومن ثم لا يشترط الحكم بحبس الزوج بل تكفي الإدانة النهائية كي تستطيع الزوجة طلب التطليق من زوجها. (2)، فقد يرتكب الزوج جريمة يعاقب عليها القانون فتننصر الزوجة من ذلك، بل قد تجعل الحياة الزوجية بينهما متنافرة ومستحيلة وهو ما يتنافى ومقاصد التشريع مما يدفع بالزوجة إلى طلب الطلاق من زوجها. فما موقف الفقه والقانون من ذلك ؟

1. موقف الفقه الإسلامي : بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء تطرقوا إلى ذلك من خلال جواز تطليق الزوجة لحبس زوجها من عدمه، فمنهم من أباح تطليقها ومنهم من ذهب إلى خلاف ذلك فذهب الأحناف والشافعية إلى أنه لا يجوز تطليق الزوجة لحبس زوجها مهما طال مدة الحبس (3) لعدم وجود دليل شرعي على ذلك.

(1) - ابن رشد، المرجع السابق، ص 170. وأنظر، ابن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص 337 .

(2) - سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة، مجلة المنتدى القانوني، العدد بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، ص 207.

(3) محمد عزمي، البكري، المرجع السابق، ص 420.

أما المالكية والحنابلة فأنهم يقولون بالتطليق بين الزوجين لغياب الزوج ولكن المالكية صرحوا بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق لأن معيار ومناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته، سواء كان باختياره أو قهراً عنه كما في الأسير لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد، وهذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس، ولأن الزوج الذي حكم عليه نهائياً بسجنه وبعد مضي سنة فأكثر على تنفيذ الحكم ما يعادل الغياب لأكثر من سنة، فلا تختلف زوجة المحبوس عن حالة زوجة الغائب سنة فأكثر في أن زوجها بعيد عنها زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف (2) وهو أمر صعب بالنظر إلى الطبيعة البشرية في الأعم الغالب من الحالات.

2 - موقف المشرع الجزائري : عندما تمعن النظر في الفقرة الرابعة من المادة 53 من ق.أ. ج وبتحليل نص الفقرة بغرض استخلاص أحكامها، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد منح الزوجة حق طلب الطلاق من زوجها بسبب الحكم عليه بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، لكن المشرع الجزائري قد قيد استعمال هذا الحق بوجوب توفر عدة شروط مجتمعة كلها تتمثل فيما يلي :

أ- يجب على الزوجة أن تثبت بالطرق القانونية أن زوجها وبسبب ارتكابه جريمة معينة صدر ضده حكم قضائي نهائي أي أن الحكم قد حاز قوة الشيء المقضي فيه (3) ولم يعد يقبل أي طعن فيه وبأي طريقة من طرق الطعن القانونية العادية وغير العادية .

ب- أن تكون الجريمة المعاقب عليها مما يمس شرف الأسرة : والمقصود بذلك أن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج وصمة عار على الأسرة، والملاحظ أن المصطلح في حد ذاته " شرف الأسرة" واسع المدلول لكن بالرجوع إلى التقرير التكميلي لمشروع قانون الأسرة الجزائري (4) فإنه يظهر قصد المشرع، حيث يقصد بذلك الأفعال التي تؤدي إلى زعزعة الثقة بين الزوجين وبالتالي توليد النفور بينهما، فالمعيار موضوعي ومرن وهذه المرونة تسمح للقاضي أن يدخل فيها ما يشاء من الأفعال ويخرج عن دائرتها ما يشاء، وهذا المعيار الموضوعي يتكون من شرطين متى اجتمعا كان الفعل المعاقب عليه من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب الطلاق وهما : . تعلق الفعل بالجرائم الأخلاقية و معيار الأخلاق واسع. أن تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة حيث تشعر الزوجة أنها مست بعرق في كرامتها وحرمتها وقيمتها الاجتماعية بل تكون نقطة سوداء في جبين الأسرة والأقارب .

ج - أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمراً مستحيلاً : حيث يتحول الحب بينهما إلى بغض وكراهية وتصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق فمتى توفرت هذه الشروط أمكن للزوجة طلب التطليق من زوجها لهذا السبب .

رابعا : التطليق لارتكاب فاحشة مبينة :

نص المشرع الجزائري في الفقرة السابعة من المادة 53 ق.أ.ج على أنه يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق لارتكاب زوجها فاحشة مبينة، والواقع أن المصطلح المستعمل من قبل المشرع يسوده الإبهام والغموض، فمن الصعب تحديد مفهوم الفاحشة بدقة ولكن يمكن حصر مفهومها من خلال المدلول اللغوي كما شاع الاستعمال فيه وجرى بها عرف اللسان العام وبالضبط كما استعمله القرآن الكريم فنقول عن الأمر أنه

(2) - بدران أبو العينين، بدران، المرجع السابق، ص 448 - 449.

(3). عبد العزيز، سعد، المرجع السابق، ص 266.

(4) عبد العزيز، سعد، المرجع نفسه، ص 20.

فاحش إذا زاد عن الحد المعقول، فيقال رجل فاحش أي مثير في القول أو يقال خسارة فاحشة أي كبيرة أو غبن فاحش أي إذا تجاوزت الزيادة ما يعتاد مثله (1) وجاء في القرآن الكريم آيات عديدة تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك والأنظمة العامة إخلالا كبيرا مثل قوله تعالى: «ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا» (الإسراء 32، وقوله سبحانه وتعالى: ((ولا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)) الطلاق 01، والفاحشة في حكم الفقه الإسلامي بمعناها الواسع يندرج تحت طياتها كل فعل من الكبائر كالشرك بالله وعصيان الوالدين وارتكاب الزنا... الخ ، لكن المشرع الجزائري لم يفصح إذا كان قد أخذ بهذا المعنى غير أنه وبحكم الفقرة السابعة الواردة في المادة 53 من ق.أ.ج نعتقد أن المشرع كان يقصد من وراء ذلك جريمة " النان" مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة (2) وكذلك تناول أم الخبائث الخمر وكذا الشرك بالله والردة أو الاعتداء على قاصرة وكل فعل مخل بالآداب بصفة خطيرة وجسيمة (3) و عليه إذا تبين للزوجة أن زوجها قد ارتكب فاحشة معينة وأصبحت الحياة الزوجية لا تطاق فإنه يجوز لها أن ترفع دعوة قضائية لتطلب الحكم بتطليقها من زوجها وعليها أن تقدم الأدلة والحجج لإثبات فعل الفاحشة، وتقنع القاضي بذلك حتى يحكم لها بما تريد طبقا للفقرة 07 من المادة 53 ق.أ.ج، وارتكاب الزوج لفاحشة مبنية كسبب الطلب الطليق يكاد ينفرد بالنص عليه قانون الأسرة الجزائري دون سواه من قوانين البلاد العربية والإسلامية (4)

وعلى ذلك فإن القاضي وحين ترفع إليه الزوجة طلب التطليق بناء على ارتكاب زوجها لفاحشة فإنه لا يجبها إلى طلبها إلا بعد أن يتأكد من أن الفعل المرتكب فاحش انطلاقا من سلطته التقديرية وعليه فلا يجوز للزوجة أن تطلب الطليق إلا إذ تحقق الشرطان التاليان وهما:

1- أن يكون الفعل المرتكب مخ بالحياء والآداب العامة والمبادئ الإسلامية

2- أن يكون هذا الفعل قد ارتكب من طرف الزوج.

خامسا : التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين :

نصت الفقرة 08 من المادة 53 من ق.أ.ج على أنه يجوز للزوجة طلب الطليق في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين وهي حالة تم إضافتها بموجب تعديل قانون الأسرة بواسطة الأمر 05/02 وذلك لانعدام أسباب الألفة ونفي المحبة والرحمة والسكينة بين الزوجين وهذا السبب هو وليد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، فجعل المشرع الجزائري الشقاق المستمر بين الزوجين سببا من أسباب طلب الزوجة للتطليق، وباستقراء المادة المذكورة نجد أن المشرع الجزائري مكن الزوجة من طلبها للتطليق للشقاق تحت عنوان وحيد وهو الضرر المعتبر شرعا ، ذلك أن عبارة كل ضرر معتبر شرعا هي عبارة واسعة وشاملة، واستفحال الشقاق و استمراره بين الزوجين قد يكون محل تأسيس على الفقرة العاشرة من نفس المادة السالفة الذكر، وبذلك فإن موقف الفقه الإسلامي والقانون من الطليق لشقاق المستمر بين الزوجين هو الموقف ذاته من التطليق لكل ضرر معتبر شرعا كما رأينا سابقا وأشرنا إليه، وحتى لا نقع في الدور فإنني وفي هذا الموضع اقتصرته حديثي عن موقف القضاء من التطليق للشقاق باعتباره وليدا للاجتهاد القضائي حتى تكتمل لنا صورة ذلك.

(1). المنجد في اللغة والأعلام، ط22، دار المشرق، بيروت، 1973، ص 570.

(2) عبد العزيز، سعد، المرجع السابق، ص275.

(3). العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص305.

(4). عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 275.

- التطليق للشقاق في القضاء :

اشترط القضاء في الشقاق الموجب للتفريق شرطين أساسيين هما: " الاستمرارية وثبوت الضرر"، فقد جاء في المادة 53 في الفقرة 08 منها ما يفيد استمرار الشقاق وجاء في القرار الصادر في 24/09/1996 والذي كان مدعاة لوجود هذه الفقرة من المادة 53 ما يلي: " من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرقا ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب و أصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن (1) وعليه يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد تناول موضوع الشقاق المبرر لطلب التفريق، الذي جاء متأخرا بطريقة عرضية غامضة تدعو إلى الاختلاف حوله إلا أنه يمكن الاستئناس بالاجتهاد القضائي الذي جاء به القرار المؤرخ في 24/09/1996 وكذا القرار المؤرخ في 15/06/1999 السابقين عن وجود هذه الفقرة من المادة 53 في تفسيرها ومعرفة شروطها المتمثلة أساسا في استمرار الشقاق واستفحاله وتضرر الزوجة منه. حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 15/06/1999 ما يلي: " من مستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء لتوفير سكن منفرد للوجة مما يجعل الوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام ، و بتظلم الزوج وتعويض الوجة طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن " (2) حيث يفهم من هذين القرارين أن الاجتهاد القضائي قد قيد التطليق للشقاق بقيدتين أساسيين هما: الاستمرار الذي تصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة وكذلك الضرر بسبب الشقاق مع أنه لم يحدد معيار الضرر الناشئ بسبب الشقاق الموجب للتطليق وفي غياب ذلك يبقى أمر تحديده خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي و على الزوجة إثبات ذلك الضرر المعبر لقبول طلبها للتطليق.

سادسا : التطليق للنشوز :

نصت المادة 55 من ق.أ.ج على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر". فإذا ادعت الزوجة نشوز زوجها كان لها الحق في طلب الطلاق كما يجوز للزوج أن يطلب الطلاق في حالة نشوز زوجته.

والنشوز في اللغة: هو الارتفاع مأخوذ من النشز وهو ما ارتفع عن الأرض وعلا وجاء في لسان العرب النشر و النشر (بإسكان الشين وفتحها) المتن المرتفع من الأرض (3) قال تعالى: «وإذا قيل أنشزوا فأنشزوا ((المجادلة 11، أي أنهضوا للقتال. (4) والنشوز هو جحود الزوجية بغير سبب شرعي. (5) . فإذا تأذت الزوجة من نشوز زوجها منها فهل يحق لها طلب التطليق وما موقف الفقه والقانون من ذلك؟

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 139353 بتاريخ 24/06/96، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1997، ص 66.
(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 224655 بتاريخ 15/06/99، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 129.

(3) جمال الدين، ابن منظور، المرجع السابق، ص 425.
(4) عماد الدين أبو الفداء إسماعيل، ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، المجلد 04، دط، شركة دار الأرقام بن أبي الأرقام للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د س ن، ص 414.
(5) محمد، أبو زهرة، المرجع السابق، ص 277.

1. موقف الفقه الإسلامي : ذهب الأحناف إلى أنه ليس للمرأة طلب التفريق، بل أن القاضي لا يستجيب لطلبها إنما لها أن تطلب تعزيز زوجها، ويقوم القاضي بنهي الزوج ويطلب منه حسن المعاشرة وإن عاد إلى الإضرار بها عزره القاضي بما يراه زجرا له وهو ما ذهب إليه الشافعية (1)، أما المالكية فيقولون أن للمرأة الحق في رفع أمرها إلى القاضي، إذا كان الزوج يضرها فإن طلبت زجر الزوج وعظة القاضي، فإن عادت ثانية لتخبر القاضي بأن الزوج لم يتوقف عن إيذاها واستمر الحال على ما هو عليه، بعث القاضي إليهما بحكمين بغرض الإصلاح فإن تعذر ذلك طلق الزوجة بغير عوض. (2)

2. موقف القانون الجزائري : بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن النشوز من الناحية الفقهية يختلف عنه من الناحية القانونية ففي الجانب الفقهي يتحقق النشوز بمجرد تخلي الزوج عن زوجته بإهمالها ماديا أو معنويا سواء بقي داخل البيت أم خارجه، أما من الجانب القانوني فالمحاكم عادة لا تعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت ويطلب من الناشز الرجوع إلى بيت الزوجية والقيام بواجباته الزوجية خصوصا جانبها المعنوي أي العودة إلى المعاشرة الزوجية فيمتنع، فبذلك يثبت النشوز مع أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يبين طرق إثبات النشوز، وإنما نص في المادة 55 على أنه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر" إلا أن المعمول به من الناحية الواقعية في المحاكم أن القاضي يحكم بالطلاق لنشوز الزوجة إذ صدر حكم يقضي برجوع الزوجة إلى محل الزوجية، فإذا امتنعت الزوجة عن الرجوع ولم تمتثل، يحرر المحضر القضائي محضر امتناع عن الرجوع، ثم يبادر الزوج بطلب الطلاق لنشوز الزوجة بناء على هذا المحضر الذي يعتبر الدليل على النشوز وعلى القاضي أن يتأكد من صحة المحضر وأنه مستوفي لشروط القانونية، وأن الزوج قد سعى الإرجاع زوجته لمحل الزوجية إلا أنها امتنعت وعليه فالقضاء الجزائري في الواقع العملي لا يعتبر الزوجة ناشزا إلا إذ توفرت الشروط الآتية:

أ- أن يصدر حكم قضائي نهائي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية وأن يتم تبليغها به.

ب- أن يسعى الزوج لتنفيذ الحكم وتمتنع الزوجة عن ذلك.

ج- أن يتم تحرير محضر امتناع عن الرجوع لمحل الزوجية من طرف المحضر القضائي يبين فيه عدم وجود الزوجة في منزل الزوجية وأن يرافقه الزوج في ذلك فحضوره ضروري أثناء انتقال المحضر القضائي لمحل الزوجية (3) ثم يلجأ الزوج للقضاء لطلب الطلاق لنشوز الزوجة وهذا ما قرره المحكمة العليا في إحدى مبادئها: "إن الإنذار القانوني المنصوص عليه في المادة 102 من قانون الإجراءات المدنية هو غير الإنذار الموجه للزوجة للعودة إلى البيت الزوجي الذي يترتب عليه استئناف الحياة الزوجية ويجب أن ينفذ الإنذار من طرف المنفذ مصحوبا بالزوج الذي يلتزم بإرجاع الزوجة إلى المسكن المنفرد في حالة امتناع الزوجة عن الرجوع يحكم عليها بنشوز" (4) هذا بالنسبة لنشوز الزوجة .

(1) - بدران أبو العينين، بدران، المرجع السابق، ص444.

(2) - بدران أبو العينين، بدران، المرجع نفسه، ص 445.

(3) فتية سويس، النشوز في ظل أحكام الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة 12، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2003-2004، ص 15-16.

(4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف 235357 بتاريخ 23/02/2000 المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2002، ص129.

أما بالنسبة لنشوز الزوج فإن المعمول به في المحاكم من الناحية الواقعية (1) نجد أن القضاة بعد إجراء محاولة الصلح وتحرير محضر عدم الصلح وبعد التحقق ومناقشة طلبات ودفع كل من الطرفين، يحكم القاضي بالتطليق لنشوز الزوج إذ صدر حكم نهائي برجوع الزوجة لمحل الزوجة ولم يسع الزوج لتنفيذ الحكم أي لم يسعى لإرجاعها، عندئذ يجوز لها طلب التطليق لنشوز الزوج على أن تثبت ذلك للقاضي حتى يحكم لها بتطليق.

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي للحكم بالتطليق:

إن سلطة القاضي التقديرية للحكم في طلب الطلاق تكون أحيانا مقيدة وذلك إذا قامت الزوجة بإثبات السبب المؤدي للتطليق حسب الحالات الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، ومن ثم يصبح من واجب القاضي الحكم لها بالتطليق مباشرة، غير أنه أحيانا تصبح سلطته التقديرية واسعة ومطلقة، ومن ثم قد لا يستجيب إلى طلب الزوجة الرامي للطلب الطلاق، وهذا ما سنحاول تبياناه في الفرعين المواليين نتحدث في الفرع الأول عن أسباب التطليق التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مقيدة لأتحدث في الفرع الثاني عن الأسباب التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مطلقة مع الإشارة إلى أهم الاجتهادات القضائية في ذلك.

الفرع الأول : أسباب التطليق التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مقيدة :

بعد دراستنا لأسباب التطليق طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة، نجد بأن هناك أسباب إذا ما توفرت فيها الشروط اللازمة لقيامها يكون القاضي على إثرها ملزم قانونا أن يحكم بتطليق الزوجة تحقيقا للعدل وتطبيقا للقانون، وبالتالي تصبح سلطته التقديرية في هذه الحالات مقيدة نوعا ما بقيام هذه الشروط، وتتمثل هذه الأسباب في التطليق لعدم الإنفاق والعيوب وللحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة والتطليق لغياب الزوج بعد سنة والتطليق للفاحشة المبينة، وسنحاول التطرق إلى كل سبب على حدا مع ذكر الاجتهادات والأحكام القضائية التي صدرت في شأنها وذلك بنوع من الإيجاز. فإذا رفعت الزوجة دعوى أمام القضاء تطلب الطلاق استنادا لسبب عدم إنفاق زوجها عليها وعلى أولادها، وجب عليها إثبات ذلك بموجب حكم قضائي يقضي بوجوب الإنفاق وأن يبلغ هذا الحكم إلى الزوج ويمتنع هذا الأخير عن الإنفاق، وعندئذ يصبح من حق الزوجة الحصول على التطليق ومن واجب القاضي الحكم لها بذلك ولقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 19/11/1984 ما يلي: " متى كان من المقرر فقها وقانونا في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها الطلاق من زوجها وإذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزئيا من محكمة الجناح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابيا بسنة نافذة فان قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعة المتعلقة بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ. " (2) كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 26/01/1987 ما يلي: "من المقرر فقها وقانونا أنه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أوفي حالة عدم الإنفاق ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة غير صحيح ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة الطول أمد الخلاف بين الزوجين وثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن. " (3)

(1). فتحة سويسبي، المرجع السابق، ص 19.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 34791، بتاريخ 19/11/1984، المجلة القضائية، العدد 03 لسنة 1989، ص 76.

(3). المحكمة العليا، غرفة الشخصية، ملف رقم 44457، بتاريخ 26/01/1987، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1991، ص 88.

أما فيما يخص التطليق للعيوب فقد أوجب القانون على الزوجة إثبات العيب الجنسي أو الجسدي الموجود لدى زوجها، وذلك بموجب خبرة أو شهادات طبية ومتى ثبت ذلك بعد فوات المهلة الممنوحة للزوج شرعا وقانونا للعلاج دون أية نتيجة فلا يتبقى للقاضي سوى الحكم بالتطليق، ولقد جاء قرار من المحكمة العليا بهذا الصدد بتاريخ 14/05/1984 نص على ما يلي: " من مقرر شرقا أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه فإهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون". (1) كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 22/12/1992 ما يلي: " من مقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج كتكوين أسرة وتربية الأبناء ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج فاتهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية. " (2)، ومن أسباب التطليق التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مقيدة، هي التطليق لغياب الزوج بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة طبقا للفقرة الخامسة من المادة 53 ق.أ.ج وكذا التطليق لارتكاب الزوج لجريمة تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها موصلة الحياة الزوجية طبقا للفقرة السابعة من المادة ذاتها وما على الزوجة إلا إثبات غياب زوجها وتضررها، وكذا الحكم الذي يدين زوجها لارتكابه هذا الفعل، وما على القاضي سوى الاستجابة لطلبها تحقيقا للعدل والقانون.

الفرع الثاني : أسباب التطليق التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مطلقة :

من الأسباب التي تجعل ممارسة القاضي لسلطته التقديرية مطلقة وواسعة، نجد الهجر في المضجع والضرر المعتبر شرا أو الشقاق المستمر بين الزوجين، وذلك راجع الصعوبة إثباتها من قبل الزوجة مما يؤدي بالقاضي في كثير من الأحيان إلى رفض طلب التطليق لعدم إثبات السبب المستند عليه، فأجاز المشرع للزوجة طبقا للفقرة الثالثة من المادة 53 ق.أ.ج اللجوء إلى القضاء لطلب الطلاق بسبب هجرة زوجها لها في المضجع المدة تفوق الأربعة أشهر، بشرط أن تثبت ما تدعيه لكي يتوصل القاضي لاقتناعه لكن إثبات الهجر أمر عسير على الزوجة مما يحض طلبها بالرفض لعدم إثبات السبب المستند إليه خاصة إذا ما أنكره الزوج. أما بالنسبة لتطليق لكل ضرر معتبر شرعا والذي نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 53 فقد وردت العبارة عامة وشاملة، وهذا ما يجعل السلطة التقديرية للقاضي واسعة ومطلقة، ويشترط القانون على الزوجة عندما تقدم طلبها بالتطليق للضرر أن تثبت ذلك الضرر الواقع عليها بكافة الطرق القانونية الممكنة، حتى يتسنى للقاضي الحكم لها بالتطليق، وقد صدر قرار في هذا الشأن بتاريخ 02/01/1989 قضى بما يلي: " من مقرر شرعا وقانونا أن تقديم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطليق لا يعمل بها باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فعل الضرب وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية والقانونية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف الذين ألغى الحكم المستأنف لديهم ومن جديد حكموا بالطلاق بطلب

(1). المحكمة العليا، غرفة الشخصية، ملف رقم، 33275، بتاريخ 14/05/1984 ، المجلة القضائية، العدد 02 ، لسنة 1990، ص 75

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 87301، بتاريخ 22/12/1992 المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1995، ص 81

من الزوجة بناء على تقديم الشهادات الطبية وحدها دون وجود أي سبب تطلق به الزوجة على زوجها فاهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية والقانونية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار دون إحالة". (1)

ومن الأسباب التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مطلقة، التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين طبقاً للفقرة الثامنة من المادة 53 ق.أ. ج حيث قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 24/06/1996 في هذا الشأن بما يلي: " من مستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا ولما كان من الثابت 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 بتطليق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون". (2)

(1). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 54727 بتاريخ 02/01/1989، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1999، ص 95.

(2). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 139353 بتاريخ 24/06/1996، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1997، ص 96.

المبحث الثاني : انحلال الرابطة الزوجية بالخلع :

الأصل في عقد الزواج أنه للتأبيد والاستمرار، ومن ثم كان التأقيت فيه مفسدا له فتكون العلاقة الزوجية ممتدة بين الزوجين إلى وفاة أحدهما أو كليهما، غير أن الإسلام وهو دين الفطرة والحياة يعالج المشكلات الإنسانية من منظور واقعي، ويراعي ما قد يعتري الإنسان من تقلبات نفسية ومعنوية، وقدّر ما قد يجد بين الزوجين من مشكلات لا يمكن للحياة الزوجية أن تستمر معها، ومن هنا لم يكن أصل التأبيد في عقد الزواج مناعا دون انتهاء هذا العقد إذا حالت موانع دون بقاءه على الوجه الذي يحقق رسالة الزواج . وانتهاء عقد الزواج أو الفرقة بين الزوجين في الفقه الإسلامي قد تكون بالإرادة المنفردة للزوج «الطلاق»، وقد تكون باتفاق الطرفين، وقد تكون بحكم القاضي، بالتطليق الضرر قد يلحق الزوجة وفق ما ورد في نص المادة 53 من قانون الأسرة وقد يكون من خلال «الخلع» الذي نصت عليه المادة 54 من نفس القانون

- فما مفهوم الخلع؟ وما هو الموقف الفقهي والقانوني من أحكامه؟

- وكيف تكون السلطة التقديرية في الحكم به ؟

ولهذا ارتأيت أن أبحث في أصل هذا الموضوع وذلك من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول: مفهوم الخلع؟

المطلب الثاني: الموقف الفقهي والقانوني من أحكام الخلع؟

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالخلع؟

المطلب الأول:

مفهوم الخلع : حتى أتطرق إلى معرفة عناصر الخلع كصورة لفك الرابطة الزوجية لابد من التطرق إلى حقيقته ومفهومه وسنحاول معالجة ذلك تبعا للفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الخلع؟

الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع وحكمته؟

الفرع الثالث: طبيعة الخلع؟

الفرع الأول : تعريف الخلع :

1. التعريف اللغوي للخلع : هو التجريد والإزالة، وخلع الشيء يخلعه خلعا، واختلعة أي نزعة، وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا بمعنى جرده ، وانخلع الرجل من ماله صدقة أي أخرج منه جمعه وتصدق به وتعزى منه كما يرى الإنسان إذ خلع ثوبه. وخلع امرأته خلعا بالضم و خلعا فاختلعت، وخلعتة أزالها من نفسه على بذل منها له فهي خالعة ومختلعة (1) جاء في النهاية لابن الأثير: يقال خالعة امرأته خلعا وخلقتها مخالعة، واختلعت هي منه فهي خالعة وأصله من خلع الثوب، والخلع أن يطلق الزوج زوجته على عوض تبذله له (2)، كما عرف الخلع لغة : بأنه النزاع أي خلع الثوب ونعله، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال، وخلعها وتخلعا صيغ منها المخالعة. (3)

(1) جمال الدين، ابن المنظور، ج1، لسان العرب، دط، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د س ن، ص 114.

(2) مجد الدين أبي السعادات المبارك الجزري، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج 02، دط، دار حياء التراث العربي، بيروت، د س ن ، ص65.

(3) - ابن الهمام، شرح فتح القدير، تعليق عبد الرزاق غالب المهدي، ط1، دارا لكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص510.

2. **التعريف الاصطلاحي للخلع:** يعرف الخلع اصطلاحاً: بأنه إزالة ملك النكاح (1) بعوض (2) وبألفاظ مخصوصة (3)، وهو أيضاً إنهاء العلاقة الزوجية بتراضي الزوجين مقابل مال تدفعها الزوجة لزوجها، كما يقال أن الخلع فرقة على عوض، راجع إلى الزوج (4)
 3. **التعريف الشرعي للخلع:** الخلع الذي أباحه الإسلام مأخوذ من خلع الثوب إذ أزاله لأن المرأة لباس للرجل والرجل لباس لها، وفي معرض هذا قال تعالى: ((هن لباس لكم وأنتم لباس لهن)) البقرة 187، كما أن للفقهاء رحمة الله عليهم تعريفات كثيرة للخلع سأعرض الكل منها بالتفصيل الموجز:
 - أ- **تعريف الحنفية:** عرف الحنفية الخلع بأنه: « إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه. » (5) وعرفه عثمان بن علي الزيلعي الحنفي بأنه: « أخذ المال بإزالة ملك النكاح بلفظ الخلع. » (6) فقولهم "إزالة ملك النكاح" خرج به أمور ثلاثة:
 - إذا خالعتها في العدة بعد إبانيتها فإن الخلع لا يصح، وذلك لأن ملك النكاح قد زال بإبانيتها. فلو خالعتها بما ثم خالعتها في العدة بمال آخر فإن الخلع لا يصح.
 - المرتدة إذ خالعتها زوجها فإن الخلع لا يصح، لأن الردة إزالة ملك النكاح والخلع هو إزالة الملك فلم يتحقق معناه.
 - النكاح الفاسد، فإذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها، فإن المهر يتقرر لها بالوطء، فإن خالعتها على مهرها فإن الخلع لا يصح.
 - ب- **تعريف المالكية:** عرف المالكية الخلع بأنه "الطلاق بعوض" (7)، فقيل أنه طلاق بعوض ولو من غير الزوجة، أو بلفظ الخلع، فقولهم "الطلاق" شمل الطلاق بأنواعه وهو الصريح والكناية الظاهرة أو أي لفظ آخر كان بنية الطلاق. وعرفه ابن رشد بأنه: "بذل المرأة العوض على طلاقها." (8) وعرفه وابن عرفة بأنه: "معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض." (9)
 - ج. **تعريف الشافعية:** عرف الشافعية الخلع كما عرفه المالكية وليس عندهم فرق بين الخلع والطلاق على مال فهما شيء واحد، وغالباً لا يكون الخلع عندهم بدون عوض، كما أنه لا يختص بلفظ معين، كما يقع بصريح الطلاق والكناية المقترنة بالنية، فعرفه الشافعية بأنه: "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع
-
- (1)- عبد الغني الدمشقي الميداني، الغنيمي، اللباب شرح الكتاب، ج 01، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د س ن، ص 245.
 - (2). أبي البركات أحمد، الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي، ج 03، دط، المكتبة التجارية، بيروت، د س ن، ص 347
 - (3). علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان، المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، ج 03، دط، طبع بمطبعة السنة المحمدية، غزة، 1374هـ، 1995م، ص 382.
 - (4)- تقي الدين أبو بكر بن محمد، الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ج 03، لط، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، د س ن، ص 146.
 - (5)- عبد الغني الدمشقي الميداني، الغنيمي، المرجع السابق، ص 245.
 - (6)- عثمان بن علي الحنفي، الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 1، ط 02، دار المعرفة للنشر، بيروت، د س ن، ص 267
 - (7) - أبي البركات أحمد، الدردير، المرجع السابق، ص 347.
 - (8) ابن رشد، ج 02، المرجع السابق، ص 66.
 - (9) - الصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجناف والطاهر المعموري، ط 01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993، ص 275.

لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع"، أو هو "اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض." (1)
د- تعريف الحنابلة: يرى الحنابلة بأن الخلع هو: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة فالخلع عندهم لا بد أن يكون نظير عوض. (2)
هـ - تعريف الظاهرية: عرفه الظاهرية بأنه: "الاقتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيه حقه." (3)

ويلاحظ من هذه التعريفات السابقة اتفاق كل من التعريف اللغوي والتعريف الفقهي في بيان مقصود الخلع، وكونه فرقة بطلب المرأة مقابل عوض تلزمه لزوجها، لتحصيل طلاقها وبذلك تملك أمر نفسها .
4. التعريف القانوني للخلع: لم يعط التشريع تعريفا محددا للخلع وإنما اقتصر على كيفية تحقيقه من خلال ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05/02 المؤرخ في 27/02/2005 في المادة 54 منه على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم." وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أنها تكاد تكون مجتمعة في معنى واحد ومتفقة على أن الخلع من قبل الزوجة هو معاوضة تدفعها الزوجة لزوجها مقابل مفارقتها له (4)

الفرع الثاني : دليل مشروعية الخلع وحكمته :

أولاً: دليل مشروعية الخلع: ثبتت مشروعية الخلع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول
1. من الكتاب: قال تعالى: ((الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون)) البقرة 229، ووجه الدلالة من الآية أنها تفيد نهى الله عز وجل، للأزواج عن أخذ ما دفعوه لزوجاتهن كصداق بقوله تعالى: «ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً» البقرة 229. إلا أن الشارع الحكيم خص هذا النهي العام بضابط هو نشوز الزوجة وإظهارها للبغضاء لزوجها حتى يخاف عليها ترك طاعة الله فيما فرض عليها من حق له، بأن تستعص عليه غير ممثلة لأوامره وتسيء صحبته وتنفر منه ومن عشرته، فاتفقا على الفراق مقابل ما أصدقها الزوج، ولا حرج على المرأة أن تفتدي نفسها ولا حرج على الزوج في أخذ ما اقتدت به نفسها مقابل تحصيل رغبتها بطلب الفرقة (5). وجاء في تفسير الطبري أن الآية الكريمة ذكرت الطلاق الذي بيد الرجل وهو حق من حقوقه وله أن يستعمله في حدود ما شرع الله، فإن كانت الكراهية من جهة المرأة فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من الزوجية بالخلع، بأن تعطي الزوج ما كانت أخذته منه باسم الزوجية وله أن يأخذ من زوجته ما لا لتملك عصمتها (6) .

(1). محمد الخطيب، الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 03، دط، المكتبة التجارية، بيروت، دس ن، ص 347.

(2). ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ص 58.

(3) ابن حزم، المحلى، ج 10، المرجع السابق، ص 235.

(4) - سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، جامعة يوسف بن خده، الجزائر، ص 20.

(5) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج 01، المرجع السابق، ص 364-367.

(6) - محمد جرير، الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، تحقيق محمود شاكر، ج 08، دط، دار المعارف، مصر، دس ن، ص 110-112.

2. السنة النبوية: حيث وردت عدة أحاديث تشير إلى تطبيق الخلع منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم منها ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما: " أن امرأة ثابت بنت قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها تطليقه(1). ووجه الدلالة في هذا الحديث أن الأمر الوارد في قوله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقه" يدل على جواز الخلع، ومن ثم مشروعيته إذا كرهت المرأة زوجها، الأمر المفضي إلى كفران العشيرة وعدم القيام بحق الله فيه، ويعد هذا أول خلع وقع في الإسلام. (2)

3. الإجماع : انعقد إجماع الصحابة على مشروعية الخلع وجوازه، وعلى ذلك علماء الأمة الإسلامية إذ توافرت شروطه الشرعية (3) قال القرطبي وعليه جمهور الفقهاء قال مالك لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسيئ إليها ولم تأت من قبله وأحبت فراقه، فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما اقتدت به كما فعل النبي الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس. (4)

4. المعقول: إن الأصل في الطلاق أن يكون بيد الرجل، وقد ترغب المرأة بالخلاص من الزوج لسبب أو لآخر وهي لا تملك حق الطلاق فتتفق مع زوجها على مقدار من مال تدفعه له مقابل طلاقه لها، فإن رضي بذلك كانت المخالعة بينهما افتداء لها من حياة لا ترغب فيها وتخاف ألا تقيم حدود الله فترد للزوج ما قدمه لها من أموال(5)، وإذا كان من حق المرأة أن تهب مهرها لزوجها من غير فائدة تعود عليها، جاز لها بالأولى أن تعطيه الفداء لتملك به نفسها .

ثانيا : الحكمة من الخلع :

الحياة الزوجية أساسها الرحمة وحسن المعاشرة والطمأنينة والسكن وقيام كل من الزوجين بواجبه تجاه الآخر، ولكن قد يحدث كره الرجل لزوجته أو كره المرأة لزوجها، مما يؤدي إلى وقوع خلافات بين الزوجين فيزول مقصود الزواج الحقيقي من المودة والسكينة المنشودة إلى الشقاق والتنافر وبغض الرجل لامراته أو بغضها له أو الاثنين معا، وهنا يوصي الإسلام بالصبر والاحتمال و ينصح بعلاج ما عسى أن يكون من أسباب الكراهية لقوله عز وجل : ((وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا)) النساء 19. فإذا اشتد الخصام وعسر العلاج ونفذ الصبر وأصبحت الحياة الزوجية غير محتملة، حينئذ رخص الإسلام بالحل الذي لا بد منه وهو طلب الزوجة الاقتداء لنفسها لرفع الضرر عنها وتمكينها من الخلاص من الرابطة الزوجية عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج، فعليها أن تدفع لزوجها مالا لتتخلص مادام النفور من جهتها ولأن الزوج تجب عليه التكاليف المالية من مهر ونفقة وإعداد منزل، وبذل الخلع من الزوجة يقوم مقابل هذه النفقات (6)

الفرع الثالث : طبيعة الخلع : تنتهي العلاقة الزوجية إما بالطلاق الذي يكون بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بالتطليق أو الخلع وقد اختلف رأي الفقه في نوع الفرقة التي تحصل بين الزوجين إذا ما منحت المرأة مالا لزوجها مقابل فرقها له فحصلت هذه الفرقة وجرت بلفظ الخلع. - فهل تعتبر فسخا أم طلاقا وما موقف الفقه والقانون من طبيعة الخلع حينها ؟

(1). البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، ج 03، حديث رقم: 5273، المرجع السابق، ص 406.

(2) محمد خطيب، الشريبي، المرجع السابق، ص 347.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02، المرجع السابق، ص 66.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006، ص 77.

(5) محمد، الرابعة، المخالعة بين الزوجين، دط، عالم الكتاب الحديث، إربد، الأردن، د س ن، ص 17.

(6) أحمد، الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، بحث مقارن، ط 01، دار المعارف، مصر، 1378 هـ - 1967 م، ص 262.

1. طبيعة الخلع في الفقه الإسلامي :

انقسم الفقه الإسلامي في الحكم على طبيعة الفرقة بين الزوجين بالخلع بين اعتباره فسخا واعتباره طلاقا، فمن الفقهاء من اعتبر أنه فسخ ومنهم من ذهب بالقول بأنه طلاق.

أ- القائلين بالفسخ : ذهب إلى ذلك كل من ابن عباس رضي الله عنه، و به قال طاووس وعكرمة وذهب إلى ذلك الحنابلة (1) وهو قول الشافعية (2) أن الخلع فسخ وليس طلاقا واستدلوا إلى قوله تعالى ((الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به)) وقوله تعالى : ((فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما)) البقرة 229/230

. ووجه الاستدلال هنا أن الله تعالى عند ما ذكر الطلاق ذكره مرتين " الطلاق مرتان " . ثم ذكر بعده الافتداء " الخلع " بقوله عز وجل ((فلا جناح عليهما فيما افتدت به)) ثم ذكر الطلقة الثالثة ((فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره)) فلو كان الخلع طلاقا لكان عدد الطلقات هنا حسب ما ورد في الآيات الكريمة أربعا وهذا طبعا غير صحيح لأن الطلاق مرتان تحل بعدها المرأة لزوجها، أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج زوجا آخر، فإن هو دخل بها دخولا شرعيا ثم طلقها فأنها تحل لزوجها الأول، فهذا دليلهم من القرآن و اعتبروه كان على أن الخلع فسخ وليس طلاق.

ب - القائلين بالطلاق : ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء ومنهم الأحناف والمالكية ورأي عند الشافعية أن الخلع يقع به طلاق بائن متى توفرت في الخلع شروطه، ووقع الطلاق البائن يكون بمجرد صدور صيغة الخلع ورضا الزوجين دون حاجة إلى قضاء القاضي، بمعنى أن الطلاق البائن يقع بالخلع كأثر له بحكم الشرع. (3) واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي: قوله تعالى ((فلا جناح عليهما فيما افتدت به)) البقرة 229 ووجه الدلالة أن المرأة تقتدي نفسها من عصمة الرجل وسلطانها لأن الزوج ملك البذل عليها فتصير هي بمقابلته أملك لنفسها، ولأن غرضها من دفع البذل هو التخلص من الزوج، وهذا لا يحصل إلا بوقوع الطلاق البائن (4). واستدلوا أيضا من السنة ما جاء في حديث البخاري عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم: " أمر ثابت بن قيس أن يقبل الحديقة ويطلقها تطليقه ". ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بطلاقها مقابل إرجاع الحديقة بلفظ الطلاق صراحة (1)

2. طبيعة الخلع في التشريع والقضاء الجزائري :

أحدث أولا عن موقف المشرع الجزائري في ذلك وبعدها أتعرض لموقف القضاء الجزائري أيضا. أ- موقف المشرع الجزائري :

لم يتطرق المشرع الجزائري في نص المادة 54 من ق.أ.ج المعدل و المتمم بالأمر 05/02 المؤرخ في 27/02/2005 إلى طبيعة الفرقة الحاصلة بين زوجين عن طريق الخلع، عكس القوانين العربية التي اعتبرته طلاق بائن كالقانون المغربي الذي نص من خلال المادة 67 من القانون الأسرة المغربي: " كل

(1) شهاب الدين بن أحمد بن محمد، الهيتمي المكي، تحفة المحتاج بشرح المناهج للشيخ عبد الحميد الشرواني و الشيخ أحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج، ج 07، دط، مطبعة مصطفى محمد، مصر، د س ن، ص 477.

(2) ابن قدامة، المقدسي، المغني، ج 08، المرجع السابق، ص 185.

(3) أحمد نصر، الجندي، من فرق الزوجية الخلع- الإيلاء - الظهار- اللعان، دط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 33.

(4) ابن قدامة المقدسي، ج 07، المرجع السابق، ص 57.

(5). عامر سعيد، الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، 1997، ص 224-227.

طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي إلا المكمل لثلاث و الطلاق قبل الدخول و الخلع المملك " و كذا القانون العراقي الذي نص من خلال المادة 278 قانون الأحوال الشخصية العراقي: " يقع بالخلع طلاق بائن سواء كان بمال أو بغير مال و تصح فيه نية الثلاث ولا يتوقف على القضاء " بالإضافة إلى القانون المصري الذي نص هو الآخر في المادة 20 قانون الأحوال الشخصية المصري " للزوجين أن يتراضيا بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه و أقامت الزوجة دعواها بطلبه و اقتدت نفسها و خالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية و ردت عليه الصداق الذي أعطاها لها حكمت المحكمة بتطليقها. " و لما كان الخلع اقتداء بمال من الزوجة إلى الزوج، كان حكمه كالطلاق على مال، فقد اعتبر المالكية أن الطلاق بعوض هو طلاق بائن فلا يمكن أن تكون المرأة قد اقتدت نفسها بالمال، إلا إذا كان الطلاق بائنا لا يملك المطلق معه مراجعتها في العدة بغير رضاها .

وبما أن قانون الأسرة مستنبط من الشريعة الإسلامية و أن المذهب السائد في الجزائر هو المذهب المالكي فإن قانون الأسرة الجزائري في التعديل الأخير إعتبر الفرقة عن طريق الخلع طلاقا بائنا، خصوصا بعد أن حوله إلى حق خالص للزوجة بموجب التعديل الأخير 05/02 يمكنها أن تستعمله متى قدرت ذلك دون موافقة الزوج فلا يمكن أن نعتبره حقا محضا للزوجة ثم يكون رجعيا. (1)

ب - موقف القضاء الجزائري :

في القضاء الجزائري الطلاق قد يكون رجعيا وقد يكون بائنا و قد جاء قرار عن المحكمة العليا مؤرخ في 10/02/1986

نص على ما يلي : " من المتفق عليه فقها و قضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي و أن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب طلاق أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه كذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها طبقا للأحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية لذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاق بائنا و عليه فالطلاق بالخلع يعد طلاق بائن. " (2)

فمن خلال هذا القرار يتضح جليا موقف القضاء الجزائري من الخلع بأنه طلاق بائن و ذلك عندما نص بعبارة " الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية "

المطلب الثاني : الموقف الفقهي و القانوني من أحكام الخلع :

سبق و أن بينا أنه إذا كانت حكمة الشريعة الإسلامية قد قصت أن يكون الطلاق بيد الزوج، فإن عدالتها و إنصافها لم يهمل دور الزوجة في فك الرابطة الزوجية إذا استحالت عليها مواصلة العشرة الزوجية مع زوجها، و ذلك بطريقتين، إما عن طريق التطليق متى كان مؤسسا على سبب جدي طبقا لنص المادة 53 ق.أ.ج كما سبق بيانه و إما عن طريق الخلع الذي سألوا في هذا المطلب بيان أحكامه و ذلك في الفرعين التاليين، نتحدث في الفرع الأول: عن أحكام الخلع من ناحية الموضوعية ، انطلاقا من نص المادة 54 من نفس القانون و التي جاء فيها " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. "

(1) - سليم سعدي، المرجع السابق، ص 45.
(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39463، بتاريخ 10/02/1986، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1989، ص 76.

وأحدثت في الفرع الثاني: عن أحكام الخلع من الناحية الإجرائية بما في ذلك أحكام التطليق من الناحية الإجرائية أيضاً، وفقاً لما نصت عليه المادة 57 من القانون السابق الذكر حيث جاء فيها: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و الطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف "

الفرع الأول : أحكام الخلع من الناحية الموضوعية : أولاً : الخلع بين الرخصة و الحق الأصل للزوجة :

حدد قانون الأسرة الجزائري صور فك الرابطة الزوجية من خلال نص المادة 48 منه والتي أكدت على أن الطلاق "حل عقد الزواج بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين أو في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من القانون نفسه" وهما المادتان اللتان تتحدثان عن التطليق بتظلم الزوج في حدود الحالات المستوجبة و المذكورة حصراً في المادة 53 و كذا المادة 54 و المتمثلة في الخلع. ثم إن تعدد الصور الدالة على فك الرابطة الزوجية طرح إشكالية هامة، تمثلت في أحقية الزوجة في الانفصال عن زوجها بإرادتها من عدمه، فإذا كان التطليق واضحاً بالنسبة للصور الأخرى فإن الغموض كان السيد في المادة 54 قبل التعديل الأخير، لكونها لم تخسم إن كان الخلع حقاً للزوجة يمكنها استعماله في أي وقت شاءت، أم يخضع لقبول الزوج ورضاه، فالأمر لم يكن مستتباً في القانون الجزائري، والرأي مختلف فيه عند الفقهاء و القضاة وبغية بيان ذلك ارتأيت التطرق إلى موقف فقهاء الشريعة و بعد ذلك أتبين موقف القانون لأعرج على رأي الاجتهاد القضائي في الأخير .

01- موقف فقهاء الشريعة : اختلف فقهاء الشريعة في ذلك إلى رأيين هما:

أ- الرأي الأول : وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة و الظاهرية أنه يستحب للزوج تلبية طلب زوجته للخلع، و من ثم فإنه للزوج رفض طلب زوجته و لا يجب عليه و إلا صار واجباً، الأمر الذي يترتب عليه انتفاء إرادة الزوجة في إيقاع الفرقة بالخلع دون رضا الزوج ، قال البهوتي : " وتسن إجابتها أي الزوجة إذا سألته الخلع على عوض (1) . وجاء في المحلي : " فلها أن تفتدي منه و يطلقها إن رضي هو، وإلا لم يجبر هو. " (2) و بذلك فهو عقد رضائي بين الزوجين .

ب - الرأي الثاني : ذهب المالكية إلى القول بوجوب استجابة الزوج لرغبة امرأته في طلب الخلع، ومن ثم فللمرأة الإرادة المنفردة في الحصول على الطلاق بالخلع بإجبار الزوج عليه لوجوبه (3) قال ابن رشد: " و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل. " * واستدلوا على ذلك بأن الأمر في الحديث " اقبل الحديقة و طلقها تطليقه " يفيد وجوب تلبية الرجل لرغبة زوجته في طلب الخلع لبقاء وعدم انصراف الأمر عن أصله في إفادة الوجوب، كما قاسوا إرادة المرأة في تحصيل الطلاق خلعا على عوض وإرادة الرجل في إيقاع الطلاق بها متى شاء دون اعتبار لرضاها بجامع مشترك وهو الكراهية الداعية إلى الفرقة و عدم الرغبة في استمرار الزوجية. (4) و بذلك فالخلع هو حق شخصي و حق أصيل للزوجة.

(1) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج 05، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000، ص 336.

(2)- ابن حزم، المحلى، ج 10، المرجع السابق، ص 336.

(3)- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 68.

(4) ابن رشد، المرجع السابق، ص 68.

2- موقف القانون الجزائري : سنتطرق في هذا الصدد إلى بيان موقف المشرع قبل التعديل ثم أتطرق بعدها إلى موقفه بعد التعديل.

أ- موقف المشرع قبل التعديل : نصت المادة 54 من ق.أ.ج في ظل القانون السابق 84/11 قبل التعديل على أنه : "يجوز للزوجة أن تخالغ نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم." فهذه المادة لم تخلو من الغموض و الإبهام، ومن الوهلة الأولى نستشف أن المشرع الجزائري لم يحسم الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج، فالمادة تحدثت فقط عن إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مال تعطيه لزوجها دون أن يتم التوضيح إن كان الرضا الزوج اعتبار في الخلع أم لا. ثم واصلت بالحديث عن حالة الاتفاق بين الزوجين على مبلغ المال " بدل الخلع " وأكدت أنه في حالة عدم الاتفاق يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم. (1) هذه المادة أسالت الحبر الكثير وتعددت من حولها الآراء بين مخالف للرأي القائل أن الخلع عقد ثنائي، والرأي القائل بأنه حق شخصي تستعمله الزوجة بكامل حريتها في طلب المخالعة، فسكوت المشرع الجزائري في تحديده هل هو حق خالص لزوج أم عقد رضائي، سمح لرجال القانون بالرجوع إلى نص المادة 222 من ق.ج والتي نصت على أنه كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية (2) وبذلك فقد أبقى القضاة والشرح والقانونيين على سيادة الرأي القائل بضرورة اشتراط اتفاق الزوجين على مبدأ المخالعة، وقد تجلّى ذلك بشكل واضح في قرارات المحكمة العليا التي أسست ذلك على أساس أن العصمة بيد الزوج، وبالتالي فلا بد من رضاه بالخلع حتى يتم وقد ذكرت المحكمة العليا بإحدى قراراتها الصادر بتاريخ 21/11/1988 على أنه: " من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج الخلع أمر وجوبي و أن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه و لما كان من الثابت في القضية الحال أن المطعون ضدها طلبت الطليق و لم يكن لها سبب فيه ، أظهرت استعداها المخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع و متى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة " (3).

ب - موقف المشرع بعد التعديل : رغم التباين الفقهي المسجل حول المادة 54 شكلا و مضمونا خلال عشرين سنة منذ صدور أول قانون أسرة ببلادنا، ورغم الحركية الكبيرة التي أثارها الموضوع داخل أوساط المجتمع المدني من رجال قانون و مثقفين و مهتمين بمجالات حقوق المرأة، فكان المراقبون ينتظرون أن يواكب المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة هذه الديناميكية والحركية المسجلة، إلا أن الملاحظ على المادة المعدلة في القانون رقم 05/02 أنها جاءت مقتضبة عكس التوقعات، ورغم ذلك فإن ذات المادة المعدلة حسمت مسألة الخلاف بين رضائية الخلع وكونه حق شخصي يتم بالإرادة المنفردة للزوجة فنصت صراحة على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالغ نفسها بمقابل مالي" فقد جاءت المادة بإضافة عبارة " دون موافقة الزوج " على النص القديم، و تكون بذلك قد أدت المذهب القائل أن الخلع مسألة شخصية تتعلق بالزوجة، فلها كامل الحرية في أن طالب المخالعة من زوجها دون الاهتمام بموافقة. (4)

(1) - باديس، ديابي، المرجع السابق، ص 75.

(2).- سليم، سعدي، المرجع السابق، ص 32.

(3) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 51728، بتاريخ 19/11/1988، المجلة القضائية، عدد 03، لسنة 1990، ص 72.73

(4).- سليم، سعدي، المرجع السابق، ص 32-33 .

وأيدت أيضا الحديث الصحيح الذي جاء في مسألة الخلع و الذي لم يشترط فيه النبي صلى الله عليه وسلم منها موافقة زوجها بل ولم يستشر الزوج في الموافقة من عدمها، فكل ما دار من حديث بينهم كان في مسألة التعويض أو المال، حيث روي في الحديث أنه : " أنت امرأة ثابت بن قيس للنبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه من خلق ودين و لكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة و طلقها تطليقه." وبذلك يكون المشرع من خلال تعديله الأخير قد نص صراحة بأن الخلع هو صورة من صور فك الرابطة الزوجية، وهو حق للزوجة تستعمله وقت ما شاءت و ليس مجرد رخصة حبسية الزكية والموافقة من الزوج، هذا ما أكدته مختلف الاجتهادات القضائية الصادرة بعد سنة 1992 في موضوع الخلع، فكيف كان موقف الاجتهاد القضائي من الخلع ؟

ج - موقف الاجتهاد القضائي من الخلع : بدأ القضاء الجزائري الحديث عن الخلع كعقد رضائي و لا يمكن وقوعه دون أن يكون هناك إيجاب و قبول بين الزوجين، مما يقتضي لقبول الخلع موافقة الزوج، ومن ثم لا يجوز للقاضي الحكم به إذا طالبت به الزوجة بإرادتها المنفردة هذا ما استقرت عليه مختلف القرارات الصادرة في شأن هذا الموضوع من سنة 1984 و إلى غاية 1992 غير أنه ومنذ سنة 1992 انصبت مختلف قرارات المحكمة العليا على أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليست عقدا رضائيا. هذا ما سأحاول بيانه أكثر من خلال ما يلي :

- قبل سنة 1992 :سار القضاء الجزائري على نهج أن الخلع عقد معاوضة رضائي و ثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض من أحد الزوجين وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعا تدفعه الزوجة، فيتفقان على نوعه أو مقدراه في جلسة الحكم، أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم ولا يجوز الرجوع فيه، وهذا هو الموقف الذي اتخذه المجلس الأعلى المحكمة العليا حاليا" قبل صدور قانون الأسرة 1984 حيث اعتبر الخلع عقد ثنائي ورضائي في قراره الصادر في 19/02/1969 والذي نص على أنه: "من المقرر شرعا وقانونا بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه ومن ثم فانه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج . " (1) وفي قرار آخر للمجلس الأعلى الصادر في 12/03/1969 أوضح من خلاله : "أن الخلع لا يتم إلا بالإيجاب والقبول بين الزوجين وأنه يشترط اتفاقهما على المبلغ الذي تقدمه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها. " (2) يصدر قرار آخر عن المجلس الأعلى في نفس الصياغ بتاريخ 23/04/1989 جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في القضية أن قاضي الموضوع فرض على الزوج الطاعن الخلع يكون بقضائه كما فعل خطأ في تطبيق القانون." (1) كما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا في 21/11/1988 أنه: " من مقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت ولم يكن لها سببا فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد قبولا من هذا الأخير فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة . " (3)

(1) سليم، سعدي، المرجع السابق، ص 34.

(2) - قرارا صادر عن مجلس الأعلى مؤرخ في 12/03/1969، المجلة القضائية، ج1، ص 170 مكرر.

(3) قرار صادر عن مجلس الأعلى، ملف رقم 73885، بتاريخ 23/04/1981، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1993، ص39

وكذا القرار الصادر قبله في 11/06/1984 والذي نص على أنه: "متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع وإن كان من الثابت في الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع بتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق بين الزوجين وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك الحكم فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائيا قد انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي." (1)

نضيف إلى ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23/04/1991 والذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال ، أن قاضي الموضوع فرض على الزوج الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه." (2)

- بعد سنة 1992:

سبق وأن بينا أن مختلف القرارات الصادرة في موضوع الطلاق قبل سنة 1992 كانت تأخذ بفكرة أن الطلاق بواسطة الخلع هو عقد رضائي، إلا أن التحول نحو القول بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها لم يكن سوى في عام 1992 وبالصبط في القرار الصادر في: 21/07/1992

تحت رقم 83603 حيث جاء القرار كالتالي: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، إن المادة المذكورة في قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده | على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرقا. وعليه فإن القضاة في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلقا دون موافقة الزوج، طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن. " (3) وقد صدر في ذات السياق قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30/07/1996 جاء فيه : "من المقرر شرعا وقانونا أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية السمحة للزوجة لفك الرابطة الزوجية وليس عقدا رضائيا ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلقا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه." (4) وفي قرار آخر صادر بتاريخ 13/07/2005 نص صراحة على أنه: "إن الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه.

(1). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 51728، بتاريخ 21/11/1988، المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1990، ص 74-73-72.

(2). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 33652، بتاريخ 11/06/1984، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1989، ص 55.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 73885، بتاريخ: 23/04/1991، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1993، ص 55.

(4). باديس، ديابي، المرجع السابق، ص 80-81.

وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي، أما عدم مناقشة الزوج لقيمة المبلغ المعروف فأنه لا يشكل مانعا للحكم بالخلع". (1) هذا القرار جاء تأكيدا للقرار الذي سبقه والصادر بتاريخ 16/03/999 حين قضت المحكمة العليا : "أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه ومن ثم فإن قضية الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار". (2)

وبذلك ومن خلال ما سبق نجد أن المحكمة العليا ومن خلال قراراتها تراجعت عن موقفها وأصبحت لا تعند برضا الزوج في حالة الطلاق بواسطة الخلع، إذ أن العقد ليس رضائيا بل أكثر من هذا فإن المحكمة العليا قررت أن المحكمة يمكن لها أن تمنح للزوجة الطلاق بواسطة الخلع مع حفظ حق المطلق في عوض الخلع إذا كان لم يطالب به وإن كان رفض فكرة الطلاق وتمسك بالرجوع.

فالطلاق بواسطة الخلع يختلف عن الطلاق بالتراضي، لكون الطلاق بالتراضي يقتضي موافقة الزوج على الطلاق وكذا الزوجة بالاتفاق، كما يختلف عن التطليق للأسباب المقررة في المادة 53 من قانون الأسرة والتي يجب على الزوجة أن تثبت أنها تحصل على التطليق بغض النظر عن موافقة الزوج عن فكرة الطلاق .

فالطلاق بالخلع هو الحل الأخير بيد الزوجة إذا لم تستطيع إثبات أي سبب من أسباب التطليق المقررة في المادة 53 لكن مقابل دفعها لمبلغ مالي كعوض للخلع. (3)

ثانيا : شروط الخلع :

يشترط في الخلع قيام الرابطة الزوجية فلا يجوز للمرأة أن تخالع رجلا أجنبيا عنها أو تربطها به رابطة غير الزوجية، بل لا بد من توفر عقد زواج صحيح، فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة فلا يقع الخلع، و كذلك لو انفصمت عرى الزوجية بسبب الفسخ أو الطلاق البائن، أما إذا كانت قائمة من عقد صحيح ولم يقع دخول أو طلاق فإن الخلع يقطع هذه الرابطة، ولو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها لأن في هذا الطلاق تبقى زوجيتها قائمة من جهة وملكية الاستماع بها لم ترفع من جهة أخرى .

فإذا توفر شرط الرابطة الزوجية فالسؤال المطروح حينها

- من يصح خلعه ؟ لاسيما أن الخلع تصرف يحتمل النفع والضرر وأثاره خطيرة ولهذا فهو لا يقع من كل زوج ولا في كل الأحوال بل لا بد لصحة إيقاعه وجوازه قانونا، أن يكون من يصدر عنه بالا عاقلا لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات، وهناك قاعدة اتفق عليها الفقهاء وهي " كل من صخ طلاقه صمم خلعه". (4) ولأن الخلع تصرف قانوني يصدر من الزوج والزوجة فهو مركب يصح تجزئته، فكما يشترط في الزوج أن يكون أهلا للطلاق يشترط في الزوجة الملتزمة بالعوض أن تكون أهلا للتصرف المالي، بأن تكون بالغة، عاقلة، غير محجور عليها لسفه أو مرض أو غفلة. وهو ما سأحاول بيانه وذلك وفقا لما يلي :

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 336380، بتاريخ 13/07/2005، نشرة القضاة، ج 1، عدد 61، السنة 2006، ص 382.

(2). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 216239، بتاريخ 16/03/1999، المجلة القضائية، عدد خاص، السنة 2001، ص 140.

(3). سليم، سعدي، المرجع السابق، ص 37.

(4). عامر سعيد، الزبياري، المرجع السابق، ص 33.

01 - خلع الصغيرة :

إذا كانت الزوجة المخالعة على بدل صغيرة مميزة تفهم معنى الخلع وما يترتب عليه وخالقها زوجها على مقدار من مال وقبل ذلك وقع الطلاق عليها ولا يلزمها المال، لأن العوض في الخلع في معنى التبرع، وهي ليست أهلاً للتبرع في مالها (1) فلا خلاف بين الفقهاء في أن الزوجة المحجور عليها لصغر إذا خالعت زوجها لا يصح خلعه، ولا يلزمها ما بذلت من مال كعوض له. (2) وقد جاء في كشف القناع: "إن خالعت المحجوز عليها لسفه أو صغر أو جنون لم يصح الخلع ولو أذن فيه الولي لأنه تصرف في المال وليست من أهله". (3) إلا أنهم اختلفوا في وقوع الطلاق ووصفه على أربعة أقوال :

أ- القول الأول : فرق الحنفية بين ما إذا جرى الخلع من صغيرة من أهل القبول أو صغيرة ليست من أهل القبول، فإن لم تكن من أهل القبول بأن كانت لا تعرف أن النكاح جالب للمهر والاستمتاع والخلع سالب للعوض وقبلت أو لم تقبل الخلع لا تطلق. أما إن كانت من أهل القبول بعلمها أن النكاح جالب والخلع سالب تطلق رجعيًا لوجود القبول منها ولا يلزمها المال المخالعة به لعدم صلاحيتها للتبرع بشيء من مالها. (4)

ب - القول الثاني : ذهب المالكية إلى أن الزوجة الصغيرة إذا خالعت زوجها فأنها تبين ولا يلزمها العوض، وإن أخذه الزوج فعليه رده ما لم يشترطه لوقوع الطلاق بقوله " إن ته لي هذا المال أو إن صحت براءتك فأنت طالق. (5)

ج - القول الثالث : يرى الشافعية أن خلع الصغيرة وقبولها سواء كانت مميزة أو غير مميزة لغو لا يقع به شيء من الطلاق لانتهاء أهلية القبول وعدم اعتبار عبارتها. (6)

د - القول الرابع : ذهب الحنابلة إلى أن الزوجة الصغيرة إن خالعت زوجها يقع طلاقها رجعيًا إذا كان بلفظ الطلاق أو نيته - وكان دون ثلاث - وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان لغو فلا يقع به شيء. (7)

02 خلع السفية :

إذا كانت الزوجة كبيرة محجورًا عليها لسفه وقبلت المخالعة على مال من مالها يقع الطلاق، ولا تلتزم الزوجة بالبدل لكونها محجورًا عليها لسفه، والشخص المحجور عليه ليس أهلاً للتبرع، وقد اختلف الفقهاء في حكم خلع السفية عن نفسها فيما إذا كان يصح الخلع ويلزم المال أم لا ؟ وذلك على رأيين :

أ - الرأي الأول : ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن خلع الزوجة الكبيرة غير الرشيدة والمحجور عليها لسفه عن نفسها على مال هو مهر أو غيره جائز، ويقع به الطلاق بائنًا إذا كان بلفظ الخلع - والغير صريح في الطلاق - بينما تطلق رجعيًا إذا كان بصريح لفظ الطلاق، وفي الحالتين لا يلزم المال المبدول من المرأة، لعدم ثبوت حقها في التبرع بشيء من أموالها بسبب السفه وهذا ما ذهب إليه الحنفية. (8)

(1) - أحمد حسين، فراج، أحكام الأسرة في الإسلام "الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب"، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 570.

(2) - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، د س ن، ص 348.

(3) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج05، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص 215.

(4) - محمد زيد، الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط 03، مطبعة النهضة، مصر، 1920، ص 411-412.

(5) - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص 348 .

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج03، المرجع السابق، ص 349.

(7) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج05، المرجع السابق، ص 340.

(8) ابن عابدين، حاشية رد المحتار علي الدر المختار، ج03، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ص 458.

ب - الرأي الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الزوجة السفية لا يجوز أن تنفرد بالمخالعة عن نفسها، ولا يلزمها المال، واختلفوا فيما يقع من طلاق إذا لم يقع باختلاعها الخلع على ثلاث أقوال :

- القول الأول : ذهب المالكية إلى أن السفية غير الرشيدة يقع عليها الطلاق البائن ولا يلزمها العوض المبذول للزوج عند الاختلاع، فإن أخذه رده إن لم يشترط لوقوع الطلاق ونفاذه (2)
القول الثاني : يرى الشافعية أن مخالعة الفهية المحجور عليها وغير المحجور عليها لزوجها قبل الدخول يقع به طلاقاً بائناً، بخلاف ما إذا اختلعت بعد الدخول فإنه رجعي. (3)
- القول الثالث : ذهب الحنابلة إلى أن تطليق السفية عند مخلعتها مع الزوج يقع رجعيًا إذا خالعت بلفظ الطلاق، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق لا يقع به شيء من الطلاق وكان لغوا. (4)

03 - خلع المحجور عليها لفلس : ذهب الشافعية (5) والحنابلة (6) إلى أنه يجوز خلع المحجور عليها لفلس، بينما يختلف حكم وقوعه تبعاً للعوض المخالعة به والذي قد يكون قدراً من المال تلتزمة ديناً في ذمتها أو يكون عينا من مالها وذلك على النحو الآتي :

- **الرأي الأول :** المخالعة على قدر من المال إذا اختلعت المحجور عليها لفلس على قدر من المال غير المحجور عليه تلتزمه دين في ذمتها صح الخلع، لأن لها ذمة مالية يصح تصرفها فيه، ويستوفيه منها الزوج متى ترفع الحجر عنها و أسرت، ولا يحق له مطالبتها باستفائه زمن الحجر عليها، كما لو كان له ديناً في ذمتها أو باعها شيئاً وثمنه ديناً لعلها. قال البهوتي : "يصح الخلع من زوجة محجور عليها لفلس على ما في ذمتها الصحة تصرفها فيه كاقتراضها وتطالب به إذا انفك حجرها و أسرت لا إن خالعتها بعين مالها (7)
- **الرأي الثاني :** المخالعة على قدر معين من مالها إذ جرى خلع المحجور عليها لفلس مع زوجها على عين من مالها، لا يصح خلعها لعدم خلاص هذا المال لمليتها ملكية تامة التعلق حق الغرماء فيه ويقع طلاقها بائناً، وللزوج أن يرجع عليها بمهر المثل إذا انفك الحجر عليها. (8)

4. موقف المشرع الجزائري : تعتبر المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02-05 لسنة 2005 الأساس القانوني لنظام الخلع، فبموجب هذه المادة تقرر نظام الخلع كأساس قانوني صحيح وقد سبق للمشرع ذكره في القانون 84-11 إلا أنه لم يبين الشروط الواجب توافرها في كل من الزوج و الزوجة والتي سبق تفصيل بينها في الفقه الإسلامي، غير أنه وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في بعض مواد المتفرقة يمكننا استخلاص ذلك، فنجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 07 منه على أنه: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضى أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج." و الخلع بدوره لا بد أن تتوفر فيه أهلية الزوج والزوجة أي أن يكون الزوج المعني متمتعاً بقواه العقلية و غير محجور عليه طبقاً لنص المادة 85 من نفس القانون والتي "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه و السفية غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه" وإلا وقع التصرف باطلاً ولا ينتج عنه أي أثر لأن الخلع تصرف قانوني ذي أثر مالي يحتاج إلى أهلية التصرف .

(2) الدردير، الشرح الكبير، ج 02، المرجع السابق، ص 348.

(3) الشربيني، المرجع السابق، ص 350.

(4) ابن قدامة، المغني، ج 10، المرجع السابق، ص 307.

(5) الشربيني، المرجع السابق، ص 349.

(6) - ابن قدامة، المقدسي، المرجع السابق، ص 307.

(7) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 05، المرجع السابق، ص 340.

(8) - ابن قدامة، المغني، ج 10، المرجع السابق، ص 307.

وإذا رجعنا إلى نص المادة 203 من ق.أ.ج نجدها تنص على أنه: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً تسع عشر (19) سنة وغير محجوز عليه." ولأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فإنه يأخذ حكم المادة 203 أنفاً، وبذلك فإن كانت الزوجة سفيهة محجوز عليها فلا تستطيع الالتزام بمبلغ المال لا اعتبارها سفيهة في قانون الأسرة الجزائري عديمة الأهلية كالمجنونة و المعتوهة والصغيرة عديمة التمييز فإن أرادت أن تخالع نفسها وهي على هذه الحال فإن أباه هو الذي يتكفل بذلك وفي حالة غياب هذا الأخير يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له .

غير أن الحال الذي يستدعي النظر هنا هو الزوجة التي أعفاها القاضي من س الزواج إن أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني

- فهل يصح لها ذلك؟

- ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية و تصرفاتها خاضعة لإجازة وليها طبقاً للمادة (83) من قانون الأسرة الجزائري. (1)

كما يجوز للقاضي إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذاً بالمذهب المالكي، فمن لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن. وباعتماد القاعدة الفقهية السالفة الذكر " كل من صَحَّ طلاقه صَحَّ خلعُه " فإنه من لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الخلع إلا بإذن .

أما بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت فهنا عرض الزوجة المخالعة مقبول وتكون ملزمة ببذل الخلع لأنها أهل لجميع التصرفات المالية، فالمرض لا يوجب الحجر إلا إذا تسبب في إضعاف العقل فيحجر عليها عندئذ بحكم قضائي، فأما وقوع الخلع فلأنها عاقلة رشيدة وأما لزوم العوض فلأنها قبلت ما خالعه زوجها عليه. وفي حالة وفاتها فبذل الخلع يكون لازماً على ألا يتجاوز ثلث التركة، وإن زاد على مهر المثل لأنها تملك حق التصرف في مالها ماعدا التبرع بأكثر من الثلث فإذا كان عوض الخلع يساوي مهر المثل فإنه ينفذ ولو زاد على الثلث لأن الأصل في بدل الخلع أن يساوي قيمة الصداق، وأما إذا كان أكثر من ذلك فلا ينفذ وتطبيقاً للمادة 204 من قانون الأسرة الجزائري (2) التي تحيلنا إلى المادة 185 من نفس القانون (3) فإن الثلث يلزم، وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة.

ثالثاً : صيغة الخلع :

الصيغة هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع وقبوله من الزوجة فلا يصح بالمعطاة وفقط كأن تعطيه مال وتخرج من داره بدون أن يقول: "اختلعي عن كذا" فتقول له: " اخلعني على كذا " فيقول لها: " خلعتك على كذا " فالإيجاب والقبول بالقول لا بد منه أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع وإن نوى به الطلاق أو كان به الطلاق متعارفاً وسأعرض في مجال ذلك إلى موقف الفقه الإسلامي ثم موقف المشرع الجزائري:

1. موقف الفقه الإسلامي: أتطرق في هذا الصدد إلى آراء فقهاء المذاهب تبعاً لما يلي :

أ- رأي الحنفية : يرى الحنفية أن الفرقة على مال تكون بأحد اللفظين: (3) - لفظ الخلع وما في معناه كالمفارقة و المبارأة و المباينة وهو كناية.

(1) - تنص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري " من بلغ س التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً لمادة 43 من قانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الوالي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء. "

(2)- تنص المادة 204 من ق.أ.ج: " الهبة في المرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية "

(3) تنص المادة 185 من ق.أ.ج: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة "

(4) عامر سعيد، الزبياري، المرجع السابق، ص 127.

لفظ الطلاق على مال وهو لفظ صريح فيرى الحنفية أن الخلع يعتمد على الرضا كسائر العقود، وهو بمنزلة الطلاق بعوض و للزوج إيقاع الطلاق، ولها ولاية التزام العوض ويشترط الحنفية مطابقة الإيجاب بالقبول" فإن قال لامرأته قد خالعتك أو بارتكتك أو طلقتك بألف درهم فالقبول إليها في مجالسها" ولهذا فإن إيجاب الخلع من الزوج في المعنى تعليق الطلاق، بشرط قبولها لأن العوض من جانبها في هذا العقد طلاق وهو محتمل للتعليق بالشرط ومن هنا لا يبطل بقيامه عن المجلس ويصح منه، أما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف درهم فطلقها واحدة فله ثلاث الألف، ولو طلقها ثلاثا في كلام متفرق في مجلس واحد في القياس يلزمها ثلاث الألف. أما إذا كانت غائبة حتى إذا بلغها فقبلت في مجلسها ثم وإن قامت من مجلسها قبل أن تقبل بطل ذلك لأنه بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتمليك الأمر منها، لأنها تقدر على المشيئة في مجالسها فيبطل بقيامها. (1)

ب - رأي المالكية : يرى المالكية في الصيغة أنها كل لفظ أدى إلى بذل المرأة مالها لتملك نفسها، أو أدى إلى الفرقة ولو بدون عوض كالخلع و المبرأة و المصالحة و المفاداة وقد فرق علماء المالكية بين الألفاظ تفريقا يعود إلى العرض المبذول من قبل الزوجة لزوجها (2) فقال ابن رشد: " أن اسم الخلع يختص ببذل المرأة جميع ما أعطاهما والصلح ببعضه والفدية بأكثره و المبرأة بإسقاطها حقها لها عليه " (3) وذهب المالكية إلى أنه لا بد أن يشترط في الصيغة ثلاثة شروط وهي : (4)

- أن تكون لفظ بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحا أو كناية، فإن عمل عملا يدل على الطلاق بدون مطلق فإنه لا يقع به الطلاق إلا إذا جرى به العرف .

- أن يكون القبول في المجلس إلا إذا علقه الزوج بالأداء أو الأقباض، فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس فإذا قال لها: " إن أقبضتي عشرين درهما أو أدت إلي كذا فأنت طالق" كان لها أن تقبضه بعد المجلس ومتى فعلت ذلك بات منه، إلا إذا طال الزمن بعد الانصراف عن المجلس بحيث تمكث مدة يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها على أنه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تقبضه في المجلس فإنه يعمل بها، فلو قامت من المجلس بطل الخلع فلا تملك طلاق نفسها بالبدل - أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال فإذا قال لها: " أنت طالق على ألف " فقبلت طلقته وعليها الألف ولا بد من القبول في الوجهين لأن معنى قوله بألف بعوض ألف يجب عليك ومعنى قوله على ألف على شرط يكون لي عليك العوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده . أما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلاث الألف، لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلاث الألف وهذا لأن حرف الباء يصحب الأعراض والعوض ينقسم على المعرض والطلاق بالوجوب المال.

ج - رأي الشافعية : ذهب الشافعية إلى القول بأن صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة وكناية ومن كنياته لفظ "بيع وفسخ" فإذا قال لها بعثك نفسك بألف ناويا بذلك الطلاق فقالت قبلت كان الخلع صحيحا تبين به ويلزمها العوض، أما الصريح كأن تقول له طلقني على عشرين فقال طلقتك على ذلك كان طلاقا صريحا بائنا والخلاف بين المالكية والشافعية يكمن في أن الشافعية يكتفون بوجود العوض فلا عبرة باللفظ المستعمل بينما الملكية باللفظ إن لم يكن المال، طالما أن اللفظ هو الخلع و أن العودة في تحديد المبلغ ستكون إلى القاضي الذي لن يتجاوز قيمة صداق المثل كحد أقصى وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة المعدل تحت رقم 05/02. (5)

(1). أحمد، شامي، المرجع السابق، ص230.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 01، المرجع السابق، ص 312.

(3) - ابن رشد، بداية المجتهد ، ج 02، المرجع السابق، ص 40.

(4) أحمد، شامي، المرجع السابق، ص231.

(5) - سليم، سعدي، المرجع السابق، ص 28.

د - رأي الحنابلة : ألفاظ الخلع عند الحنابلة هما قسمان : (1) القسم الأول : الصريحة وهي الخلع، المفاداة ، الفسخ. القسم الثاني : مثل بارتكك، أبنتك، فارقتك، ولا يقع الخلع إلا مع البنية ويشترط الحنابلة في صيغة الخلع أربعة شروط وهي : (2) - أن تكون لفظاً فلا يصح الخلع بالمعطاة ولو توى بها الطلاق بل لا بد فيه من إيجاب وقبول. - أن يكون الإيجاب والقبول في المجلس فإذا قال لها " خلعتك بكذا" وقام من المجلس قبل قبولها فإنه لا يصح وكذا إذا قامت هي ولم تقبل . - ألا يضاف الخلع إلى جزء منها فإذا قال لها " خالعتك يدك أو رجلك بكذا" وقبلت كان الغوا وذلك لأن الخلع فسخ لا طلاق بخلاف الطلاق يقع بإضافته لجزء المرأة . - أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها " إن بذلت لي كذا فقد خالعتك " فإن الخلع لا يصح ولو بذلت له ما سماه بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه، وإذا اجتمع شرط مع الخلع فإن الخلع يصح و الشرط يبطل مثل ذلك إذا اشترط الخيار كما لو قال لها : "خالعتك بكذا

على أن لي الخيار أو لك ثلاثة أيام" فإن الخلع يصح والخيار يبطل فيقع الخلع فوراً وله الحق في العوض

2. موقف المشرع الجزائري: لم يتعرض المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري لمسألة الصيغة وشروطها، تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني لاسيما في المادة 60 منه التي نصت على أنه: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً." وبذلك فكل فعل أو قول متداول بين الناس ومتعارف عليه بينهم يستعمل للتعبير عن الرغبة في الطلاق بواسطة الخلع يصح صيغة لهذا الطلاق. (3)

رابعا : بدل الخلع:

الخلع كما سبق بيانه هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدي به الزوجة نفسها فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع وبدونه لا يتحقق فبدل الخلع هو العوض الذي تدفعه الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها منه. - فما موقف الفقه الإسلامي منه وما موقف المشرع الجزائري بصده ؟

1. موقف الفقه الإسلامي :

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن هناك قاعدة فقهية تقول: " أن كل ما يصح أن يكون مهراً يصح أن يكون بدل خلع " (4) فهل معنى هذه القاعدة أن البدل في الخلع يكون مقدراً بالمهر أم يجوز أن يكون أكثر منه أو أقل أو مساوياً ؟ وبصدد ذلك إنقسم الفقهاء في مقدار البدل إلى فريقين :

- **الفريق الأول:** قال به الحنفية والشافعية والمالكية والشيعة والحنابلة و الأوزعي والثوري والظاهرية (5) على أن البدل في المملع غير مقدر، وعلى ذلك قالوا أنه يجوز البدل بأكثر من المهر أو بأقل أو

(1)- عامر سعيد، الزبياري، المرجع السابق، ص 139.

(2) أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 232-233.

(3) - سليم، سعدي، المرجع السابق، ص 29.

(4). الموصلي، الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق وتعليق ومراجعة الشيخ زهير عثمان الجعيد، المجلد 02، ج 03، بطن، دار الأرقام بن أبي الأرقم، بيروت، د س ن، ص 202.

(5) - ابن حزم، المحلي، ج 09، المرجع السابق، ص 511

يساوي المهر وبذلك يجوز للزوج أن يأخذ من المرأة ما تراضيا عليه عوضا عن المخالعة سواء كان أقل مما أعطاه أم أكثر منه. (1) واستدلوا على ذلك من قوله تعالى: " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " البقرة 229. وقال أبو حنيفة و أبو يوسف ومحمد إذا كان النشوز من طرف الزوجة حل له أن يأخذ منها ما أعطاه ولا يزيد وإن كان النشوز من طرف الزوج لم يحل له أن يأخذ منها شيئا، فإن فعل جاز في القضاء. وذكر أن القاسم بن مالك أجاز للرجل أن يأخذ منها في الخلع مما أعطاه ويحل له، وإن كان النشوز من قبل الزوج حل له أن يأخذ مما أعطته على الخلع إذا رضيت بذلك بشرط ما لم يكون في ذلك ضرر منه لها. وفي ذلك قال الثوري: "إن كان الخلع من قبلها فلا بأس أن يأخذ منها شيئا زيادة على المهر وإن كان من قبله فلا يحل له أن يأخذ منها شيئا." (2)

ب - الفريق الثاني: قال به الاباضية و الزيدية والزهرية وبه قال إسحاق وأحمد أنه يجوز أخذ البذل في الخلع بقدر المهر الذي تزوجها به و لا يجوز أكثر من ذلك. (3) كما ذهب إلى ذلك ميمون بن مهران و الأوزاعي إلى أنه لا يأخذ منها أكثر مما أعطاه وقد روي هذا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومن هؤلاء من قال بكراهة الزيادة، ومنهم من قال بحرمتها. (4) لأن الزيادة لا وجه لها واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: " ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله " البقرة 229. فالآية الكريمة تدل على جواز أخذ الزوج البذل في الخلع بالمقدار الذي أعطاه مهرا لها، فإن أخذ منها زيادة على ما أتاها فقد خالف ما جاء في الكتاب العزيز. واستدلوا بما روي عن علي كما سبق القول أنه قال: " لا يأخذ منها فوق ما أعطاه. " (5) وكذا بما رواه التابعين قالوا إن أخذ الزيادة على صدقها فالزيادة مردودة إليها، وقال الزهري: "لا يحل له أن يأخذ أكثر مما أعطاه. " وقال ميمون بن مهران: "إن أخذ منها أكثر مما أعطاه لم يسرح بإحسان." (6) واستدلوا بما أخرجه الحافظ ابن كثير في تفسيره عن ابن عباس رضي الله عنه: " أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: والله ما أعتب على ثابت بني قيس في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديثه؟ قالت: نعم فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يأخذ ما ساق ولا يزداد. " قال ابن كثير بعد ما ذكر أسانيد هذا الحديث "وهو إسناد جيد مستقيم." (7) ويتفرع عن القاعدة السابقة أيضا: " كل ما يصح أن يكون مهرا يصح أن يكون بدل خلع. " أنه يصح أن يكون بدل الخلع من النقد أو المنقول، كما يصح أن يكون دينا في ذمة الزوج أو منفعة تقوم بمال، كما يصح أن يكون بإرضاع الزوجة لولدها منه مدة معينة أو على حضانتها المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها، أو تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة و عليها الوفاء بذلك، فإن امتنعت عن القيام بما التزمت أو عجزت عن ذلك كان لمن خالعها الرجوع عليها فيما يقابل المدة الباقية. (8) وإذا لم يستوف الزوج ما اتفق عليه يرجع على الزوجة ببقية حقه أو على ورثتها إن ماتت أثناء المدة المتفق عليها. (9)

(1). محمود علي، السن طاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط02، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007، ص 292.

(2). تقي الدين، الهاللي، أحكام الخلع في الإسلام، ط1، المكتب العربي، بيروت، د س ن، ص 61.

(3). أبي بكر أحمد بن علي الرازي، الجصاص، أحكام القرآن الكريم، ج 01، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، د س ن، ص 159.

(4). ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، ج05، المرجع السابق، ص 194.

(5). البخاري، صحيح البخاري، ج9، المرجع السابق، ص 347.

(6). ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 194.

(7). تقي الدين، الهاللي، المرجع السابق، ص 53.

(8). محمد مصطفى، شلبي، المرجع السابق، ص 565-566.

(9). ابن قدامة، المغني، ج07، المرجع السابق، ص 65.

أما إذا خالعه على مال باعتقاد أن البذل ملك للزوجة فظهر أنه لغيرها قال الحنفية والامامية: "إذا أجاز المالك صح الخلع وأخذ الزوج المال وإن لم يجرز كان البذل له من المثل أو القيمة.
"كما قال الشافعية: له مهر المثل استنادا إلى ما هو مقرر عندهم ومتى ذكر البذل الذي لا يصح بدلا يبطل ويثبت بمهر المثل، وقال المالكية يقع الطلاق بائن ويبطل العوض وليس للمطلق شيء ولو أجاز المالك. (1)

وأضافوا أنه يشترط في العوض أن يكون حلالا، فلا يصح الخلع على خمر أو خنزير أو مالي مغصوب مثل: المسروق، فإذا خالعه على شيء من ذلك وقع الطلاق بائنا ويبطل العوض، فإن كان مغصوبا وجب عليه أن يده إلى صاحبه، فإن كان خمرًا وجب عليه إراقته وإن كان خنزيرا وجب قتله وقيل يسر ولا شيء للزوج على الزوجة في مقابل ذلك.

أما إذا خالعه على شيء بعضه حلال وبعضه حرام كما إذا خالعه على خمر وثوب فإن الخلع ينفذ والعوض يبطل، ولا شيء للزوج مطلقا. (2) أما لو علمت الزوجة بالحرمة دون الزوج فلا يلزمه الخلع.

2- موقف المشرع الجزائري: نصت المادة 54 من قانون الأسرة 84/11 على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها على ما يتم الاتفاق عليه فإذا لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم." فنجد أن كل من المادة السابقة والمادة المعدلة، بموجب الأمر 05/02 لم تبين ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه، مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا باعتبار أنه استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة، وكذا كل الأشياء التي يمكن تقييمها نقدا أو عينا، وبعبارة فقهية كما سبق بينها والتي تعتبر أكثر دقة: "أن كل ما صح أن يكون صدقا صح أن يكون مقابل الخلع" ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع والذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعا وقانونا ولكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلقا، لأن الحضانة هي حق للمحضون وليس للزوجة حق الغير بدلا للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون المقابل معلوما ومتفق عليه. أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين حول المبلغ المطلوب أدائه فيحكم بالطلاق خلعا مقابل مال لا يتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة. (3) وقد كرس الاجتهاد القضائي سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع، من خلال عدة قرارات منها ما ورد في القرار المؤرخ في: 22/05/1968 عن المجلس الأعلى سابقا جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه فلقضاء الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناء على الصداق المعجل وما يثبت لهم من الظلم، وينتج عن الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج دون حاجة إلى اشتراط أدائه فورا إذا تمكن فوق ذلك تأجيل دفعه، كما يسوغ أن يكون شيئا غير موجود وقت الاتفاق." (4) كما قضت المحكمة العليا أيضا في إحدى قراراتها: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم." (5)

(1) عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج 01، ط 02، دار النشر المعرفة، الرباط، د س ن، ص 268.

(2) عبد الرحمان، الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 04، المرجع السابق، ص 362.

(3) - أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 239-240.

(4) - العربي، بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05/02، ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د س ن، ص 286.

(5) الغوثي، بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 01، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د س ن، ص 111.

كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ: 22/04/1985 جاء فيه : " من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره، فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بالخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجع الزوجة المحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها، واشترط الزوج مبلغاً قدره خمسين ألف (50.000 دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معاً." (1) هذا ما أكدته الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 11/10/2006 والذي جاء فيه: "لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلقاً سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا." (2) وبذلك يتبين أنه ورغم الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إلا أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير أبقى على تقدير بدل الخلع للسلطة التقديرية للقاضي . وعليه يمكن القول بأن المشرع الجزائري وفي ظل قانون الأسرة رقم 84/11 لم يحسم الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج فالمادة تحدثت فقط على إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مالي تعطيها لزوجها دون أن يتم التوضيح إذا كان لرضا الزوج اعتبار في الخلع أم لا، لكن المشرع وفي تعديله الأخير بموجب الأمر 02-05 حسم الأمر واعتبر أن الخلع حق أصيل للزوجة تستعمله وقت ما شاءت، وليس مجرد رخصة حبسية الزكية والموافقة من الزوج، وذلك من خلال نص المادة 54 المعدلة والتي نصت على أنه : "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي." (3) هذا ما أكدته المحكمة العليا من خلال اجتهادها القضائي الصادر بتاريخ: 13/07/2005 الذي جاء فيه: "أن الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي." (4)

الفرع الثاني : أحكام الخلع من الناحية الإجرائية وكذا التطليق :

تنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (5) على أن المحكمة تنظر في جميع القضايا، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة، وتتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع. غير أن القانون الجديد تضمن ابتداء من مادته 423 تفصيل الإجراءات أمام الأقسام المختصة ومن بينها قسم شؤون الأسرة، لذلك سأحاول التطرق في هذا الفرع إلى الإجراءات التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بخصوص هذا القسم فيما يخص دعاوى الخلع والتطليق وطبيعة الأحكام الصادرة فيهما وذلك وفق لمايلي : أولاً: الجهات القضائية المختصة نوعياً وإقليمياً في منازعات الخلع والتطليق :

1- بالنسبة للاختصاص النوعي : تنص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى أنه: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط

- (1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36709، بتاريخ 22/04/1985، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1989، ص 92
- (2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 365244، بتاريخ 11/10/2006، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 2007، ص 467.
- (3) أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 241.
- (4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 336380 بتاريخ 13/07/2005، نشرة القضاة، عدد 61، ج 1، السنة 2006، ص 328
- (5) - قانون رقم 09-08 المؤرخ في: 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخ في: 23/04/2008

المذكورة في قانون الأسرة. (1) وبالرجوع إلى دعاوى التطليق، نجدها من الدعاوى المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية وبالتالي فهي من اختصاص قسم شؤون الأسرة وحده.

2- بالنسبة للاختصاص الإقليمي :

نصت المادة 426 من ق.إ.م. والتي حددت الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع إما في موطن المدعى عليه أو موطن المدعي أو بناء على اختيار الطرفين، أما القضايا التي لم يرد ذكرها فيتم الرجوع فيها للقواعد العامة في الاختصاص وبالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 426 ذاتها فإننا نجد أن محكمة وجود المسكن الزوجي هي المحكمة المختصة إقليميا في دعاوى الخلع والتطليق. (2)

ثانيا: إجراءات رفع دعاوى الخلع والتطليق:

أما عن إجراءات رفع دعاوى الخلع والتطليق فإنها ترفع من طرف الزوجة وذلك بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعاوى، وذلك بمراعاة قواعد الاختصاص المحلي والنوعي كما سبق بيانه، فترفع دعاوها أمام قسم الأحوال الشخصية مع ضرورة توافر شرطي " الضفة والمصلحة " كما نصت على ذلك المادة 13 من ق.إ.م. والتي نصت على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه، كما يثير... (3) ، وكذا "الأهلية" فلا بد أن يكون المعني قد أتم (19) سنة وهي س الشد المدني حسب المادة 40 من القانون المدني (4) وأن لا يكون رضاه مشوب بأحد العيوب خاصة الجنون والعتة، فإذا كانت الزوجة ناقصة الأهلية فلا بد أن يقدم الطلب باسمها من قبل وليها بحسب الحالة وهذا ما تقتضيه أحكام المادتين 436-437 ق.إ.م. ، كما نصت المادة 05 من قانون رقم 63-224 بأنه: "لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج وأن يطالب بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يقدم نسخة من عقد زواج مسجل أو مقيد في سجلات الحالة المدنية" (5) وإلا ترفض الدعوى. (6) ومن تحليل هته المواد يتبين لنا بأنه يجب على الزوجة قبل أن تغض النزاع على المحكمة المختصة أن تتوفر فيها الشروط العامة المتمثلة في الضفة والأهلية وأن تكون لها مصلحة في ذلك، كما يجب توفر هذه الشروط في المدعى عليه كون أن الدعوى لا ترفع إلا من ذي صفة على ذي صفة.

ثالثا: في إجراءات الصلح والحكيم :

1. في الصلح:

إن إجراءات الصلح في مسائل الأحوال الشخصية أو الخصومات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين، هي من الإجراءات الأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي اللجوء إليها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه لاسيما إذا تعلق الأمر بالطلاق، وهي إجراءات كان التشريع الإسلامي قد عرفها منذ مئات السنين وقبل ولادة نابليون وقوانينه، حيث رغب الشارع الحكيم في الصلح بين الزوجين بل فضله وخصه عن غيره من الأحكام الأخرى ولذا قبل أن نتكلم عن إجراءات الصلح في قانون الأسرة لابد أن نتعرض إلى تعريفه.

- (1) - سائح، سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج 1، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 579.
- (2) - عبد الرحمان، بربرارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغداددي، الجزائر، 2009، ص 329.
- (3) . أنظر، المادة 13 ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
- (4) القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007 ، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، لسنة 2007.
- (5) - أنظر، المادة 05، من قانون رقم 63-224 الصادر بتاريخ 29/06/1963
- (6) - عبد العزيز، سعد، المرجع السابق، ص 286.

أ- تعريف الصلح:

- لغة: هو اسم بمعنى المصالحة التي هي خلاف المخاصمة وأصله بمعنى الصلح الذي هو بمعنى استقامة الحال أو هو إنهاء الخصومة، فنقول صالحة وصالحا إذ صالحه وصافاه ونقول صالحة على شيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق، وصلح الشيء زال عنه الفساد.

- شرعا: هو عقد يرفع النزاع بالتراضي، أي بتراضي الطرفين المتخاصمين ويزيل الخصومة ويقطعها بالتراضي، وركنه عبارة عن الإيجاب والقبول، وينعقد ويصح بحصول الإيجاب من طرف والقبول من الطرف الآخر. (1)

- قانونا: عرفته المادة 459 من القانون المدني بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه" ومن خلال التعريف السابق نرى أن الصلح كسائر العقود المدنية يجب أن تتوفر فيه الشروط الأساسية للعقد "كالرضا والمحل والسبب" وهي الشروط الواجب توفرها في جميع العقود بصفة عامة، إلا أن عقد الصلح في الدعوى يتميز بأركان وشروط خاصة، نجد منها على الخصوص ضرورة وجود نزاع قائم بين الطرفين أو يكون هذا النزاع محتمل الوقوع مستقبلا، وأن يكون موضوع الصلح هو تنازل كل طرف عن كل أو بعض طلباته أو إدعاءاته، ويجب أن يكون طرفي الصلح لهما أهلية التصرف في الحقوق التي وقع عليها الصلح، كما يجب أن تكون إرادة المتصالحين خالية من عيوب الرضا. (2)

أما عن إجراءات الصلح فنجد أن المادة 49 من قانون الأسرة نصت على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى". وبالتالي يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح ويوقعه القاضي والطرفين، ذلك أن الأصل في الصلح أن يكون كتابة في وثيقة تتضمن توقيعات الأطراف المتصالحة. (3) وإذا وقع خلاف حول مدى صحة الصلح يمكن إثبات ذلك بجمع طرق الإثبات الجائزة قانونا، وعليه فإن الصلح في مادة شؤون الأسرة هو إجراء وجوبي ويتم في جلسة سرية طبقا لأحكام المادة 439 من ق.إ.م. والأصل أن يباشر القاضي بنفسه إجراءات الصلح وله أن يسيد تلك المهمة إلى حكمين، فإذا تم الصلح أمام القاضي توجب المادة 440 من نفس القانون أعلاه على قاضي أن يستمتع إلى كل زوج على إنفراد ثم معا ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في الصلح. وأضافت المادة 441 أنه إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصا فإن القاضي يحضر محضرا بذلك. (4) كما يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، على أن لا تتجاوز محاولات الصلح بين الزوجين ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، حسب ما تقتضيه المادة 442 من ق.إ.م. هذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث جاء فيه: "من مقرر قانوننا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات الصلح بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. (5)

(1). أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 265.

(2). عبد الفتاح، تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2006-2007، ص 251.

(3). عبد الحكيم، فوده، أحكام الصلح، دط، دار البعث، قسنطينة، 1999، ص 18.

(4). نسيم، ولد عمار، الطليق، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2009-2010، ص 46.

(5). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 57812، بتاريخ 25/12/1989، المجلة القضائية، عدد 03، لسنة 1991، ص 71.

لتصنيف المادة التي بعدها أن الصلح بين الزوجين يثبت بموجب محضر يحضر في الحال من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي ويوقعه هذا الأخير بمعية أمين الضبط والزوجين، ويودع بأمانة الضبط ويعد في هذا الحالة سنداً تنفيذياً، أما في حالة عدم المصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بنفس القرار السابق حيث نصت : " من مقرر قانوننا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات المصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. " وبذلك يتبين لنا أن إجراء محاولات المصلح أصبح ضروري قبل النطق بالطلاق من طرف القاضي، وأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر حكم من القضاء يقضي بذلك، فلا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء، ولا يتم إلا بعد إجراء محاولة الصلح ومرور فترة زمنية معينة عليها.(1)

2. في التحكيم: خص المشرع الجزائي ندب الحكمين للإصلاح بين الزوجين في حال تفاقم الخصام بينهما، فإن عجز القاضي في الإصلاح بينهما فقد لا يعجز عنه الحكمين. (2)

أ- تعريف التحكيم:

- **لغة:** مصدر حكم، يقال حكمة في الأمر تحكيماً أي أمره أن يحكم فاحتكم وتحكم يعني جاز فيه حكمه واستحكم فلان في مال فلان إذا أجاز له فيه حكمه، حكمت الرجل أي فوض الحكم إليه، ويقال حكمه إلى الحاكم أي خاصمته إليه ودعوته لحكمه، ومن اختاره الطرفان للحاكم إليه يسمى حكماً أو محكماً أو حاكماً، ويسمى أطراف النزاع، المحكم فيه أو محكماً بكسر الكاف وتشديدها. (3)

- **اصطلاحاً:** عرفه الفقهاء بتعاريف متعددة، وهي في جملتها لا تخرج عن المعنى اللغوي حيث جاء في الحاوي الكبير "إذا حكم الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جاز". (4) وقال ابن قدامة "إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماء بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز". (5) غير أنه يتضح من جملة التعاريف أن الحكيم هو "أن يختار أطراف الخصومة طرفاً ثالثاً بتراضيهما ليفصل في النزاع القائم بينهما طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية" (6) والتحكيم بين الزوجين في اصطلاح الفقهاء هو : "تولية الزوجين المتنازعين رجلين من أهلها للإصلاح بينهما والفصل في خصومتها". (7)

أما من الناحية الإجرائية فقد نصت المادة 56 من قانون الأسرة على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتها في أجل شهرين". وأضافت المادة 449 ق.إ.م... أنه: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائياً إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة". فإذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

(1). عمر، زوده، مقال بعنوان "طرق الطعن في الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية"، مجلة الفكر القانوني، عدد 03، ديسمبر، 1986، ص 42.

(2) عبد الرحمان، الصابوني، المرجع السابق، ص 88.

(3) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط 04، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 190.

(4). الماوردي، الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد معوض، ج 16، دط، دار الكتب العملية، بيروت، لبنان، 1994، ص 325.

(5) - ابن قدامة، المقدسي، المغني، ج 14، المرجع السابق، ص 92

(6). أحمد، إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط 05، مطابع دار الجمهورية، مصر، 2003، ص 433.

(7) - ابن قدامة، المقدسي، المغني، ج 10، المرجع السابق، ص 264.

وفي الأخير نشير بأن محضر الصلح الذي يعدة الحكيم ليست له ذات اليمية والقوة التي منحها المشرع لمحضر الصلح الذي يتم أمام القاضي وفقا للمادتين 443 و 993 من القانون الجديد، فمحضر الصلح الأول يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر، مثله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط عملا بالمادة 1004 من نفس القانون، بينما لا يحتاج المحضر الثاني أي مصادقة ليصبح سندا تنفيذيا. (1)

رابعا : في طرق الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع والتطليق :
إن الحكم الصادر في شأن أحكام الخلع والتطليق يخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأعمال القضائية، ومن ثم يجوز الطعن فيهما بطرق الطعن العادية وكذا طرق الطعن الغير العادية، وهذا ما سنحاول بيناه من خلال النقاط التالية : أتحدث في الأولى فيما يتعلق باستئناف أحكام الخلع والتطليق وأتحدث في الثانية عن الطعن بالنقض في أحكام الخلع والتطليق، لنتحدث في الأخير عن الآثار المترتبة عن الحكم بالخلع والتطليق.

1. الطعن بالاستئناف في أحكام الخلع والتطليق:

الاستئناف هو أحد طرق الطعن العادية يرفع ضد حكم محكمة الدرجة الأولى بقصد تحديد النزاع أمام جهة الدرجة الثانية قصد إلغائه أو تعديله، ويجب أن يرفع في مهلة لا تتجاوز شهر من تاريخ التبليغ للحكم إذا كان حضوريا أو من تاريخ انقضاء المعارضة إذا كان غائبا، وطبقا للمادة 332 فإن الاستئناف يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة (2)

. فما مدى قابلية الحكم بالخلع وكذا التطليق للطعن بالاستئناف؟

أ- مدى قابلية الحكم بالتطليق لطن بالاستئناف:

بالرغم أن المشرع في التعديل الأخير قد خرج عن صمته وأعلن أنه لا فرق بين الطلاق والتطليق في عدم القابلية للطعن بالاستئناف، واضعا بذلك حدا للتناقض في الاجتهادات القضائية، إلا أن التحليل القانوني لمسألة الطليق يستوجب لماذا لا يقبل التطليق الاستئناف ؟

مع أن هناك خلافا في طبيعة كل منهما فدور القاضي في الطليق يختلف عن دوره في الطلاق حيث يقتصر دوره في الطلاق على إثبات إرادة الزوج. (3) بينما نجد حكم القاضي في الطليق منشئ وليس كاشف طالما أن العصمة هنا بيد الزوج كأصل عام والزوجة تطلب التفريق بناء على ضرر محد من الأضرار المذكورة في المادة 53 المعدلة من المشروع. (4) وبالتالي فإن نطق القاضي بالطليق يستند إلى تقدير شخصي لأسباب الطليق، و قد يقع في الغلط أو يدلس عليه أو تستعمل الزوجة الغش أو يخطأ القاضي في التقدير. (5) فوجب أن تكون أحكام التطليق قابلة للاستئناف، حتى يسمح لقضاة المجلس و هي تشكيلة جماع معي أن تراقب أحكام المحاكم في هذا الصدد والقضاء إما بتأييدها أو بإلغائها عند الاقتضاء والتصدي للفصل من جديد كما يقتضيه القانون، و يتم احتساب العدة من تاريخ صدور الحكم النهائي بالتطليق ، أي من تاريخ صيرورة حكم الدرجة الأولى القاضي بالتطليق نهائيا بعد استنفاد أجل الطعن فيه ، أو من تاريخ صدور قرار المجلس القضائي في حال استئنافه (6) وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن أن موقف المحكمة العليا بخصوص هذه المسألة قد انقسم إلى اتجاهين. (7)

(1) عبد الرحمان، بربارة، المرجع السابق، ص 339.

(2) - أنظر، المادة 332، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق .

(3) . أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 296.

(4) - أنظر، المادة 53، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 22.

(5) - عبد القادر، بن داوود، المرجع السابق، ص 164.

(6) - نسيم، ولد عمار، المرجع السابق، ص 49.

(7) يوسف، عزيزية، الطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003 - 2004، ص 47-48 .

- **الاتجاه الأول :** يجيز الطعن في الاستئناف في أحكام التطليق و الخلع معتمدا في ذلك على نص المادة 57 ق.أ.ج التي لم تنص صراحة على أن الأحكام الصادرة بالتطليق أو الخلع لا تقبل الاستئناف، و طالما أنه لا يوجد نص صريح يستثنى ذلك فبمفهوم المخالفة فإنه يجوز استئناف أحكام التطليق و الخلع طبقا لمبدأ التقاضي على درجتين ، و في هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 27/04/1993 تحت رقم 89625 قضى برفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة في 16/06/1990 والذي صرح بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتطليق حيث جاء في حيثياته : "فالقضاء بالتطليق عن طريق المجلس مندرج في اختصاصاته ذلك أن المادة 57 من قانون الأسرة لا تجيز الاستئناف في الأحكام بالطلاق والحكم المستأنف لم ينص بالطلاق وإنما بالتطليق".

- **الاتجاه الثاني :** يعتبر الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف لأن هناك فرق بين الطلاق الصادر بإرادة الزوج والذي لا يقبل الاستئناف تطبيقا للمادة 57 ق.أ.ج و بين الطلاق و الخلع الذي تطلبهما الزوجة استنادا إلى أحكام المادتين 53 و 54 ق.أ.ج و اللذين يقبلان الطعن بالاستئناف. وفي هذا الشأن صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا التي أعتبرت فيها الأحكام الصادرة بالتطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف منها القرار المؤرخ في : 17/02/1998 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية حيث وقع الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر الذي قضى بإلغاء الحكم المعاد و القضاء من جديد بالتطليق فانتهى هذا النقض إلى الرفض، ومن ثم استوجب تعديل أحكام المادة 57 بشكل صريح وواضح حتى لا يترك أي لبس. (1) و منه نقادى تناقض الاجتهاد القضائي في تفسير المادة 57 فنص الاقتراح بتعديل المادة 57 المعدلة على أن يكون مؤداها: "أين أحكام الطلاق بناء على طلب الزوج و الأحكام بالتطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف إلا في جوانبها المادية "

ب - مدى قابلية الحكم بالخلع للطعن بالاستئناف :

سبق وأن بينا أن قرارات المحكمة العليا تضاربت بين اتجاه يجيز استئناف أحكام الخلع، وقرارات تمنع استئناف أحكام الخلع، غير أنه و بعد التعديل نجد أن المادة 57 ق.أ.ج قد نصت على أنه: "لنكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية . " ولما كان الطلاق بيد الزوج فهو حق إرادي يملكه الزوج ، ومن هنا فإن حكم القاضي يعتبر كاشفا للحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة وهو نفس الشيء بالنسبة للخلع الذي هو اتفاق بين الزوجة و الزوج على مخالفته مقابل مال تدفعه له ، و عندها ما على القاضي إلا بكشف إرادة الزوجة في وثيقة رسمية تحتج بها أمام الغير. هذا ما أخذ به المشرع في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم 05/02 في مادته 57 المعدلة على أن الأحكام القضائية بالخلع تقع نهائيا لأن الخلع في الشريعة الإسلامية يقع بانئا وبالتالي فإن الخلع لا يقبل الاستئناف إلا في جوانبه المادية . (2) هذا ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 20/03/1999 و الذي جاء فيه : "من المقرر قانون أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا جوانبها المادية و من ثم ف إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم و القاضي بالطلاق بالخلع إلى الطلاق بتظلم الزوج قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون." (3) وخلاصة القول فإن الأحكام الصادرة بالخلع ليست إلا قرارات ولائية ، هي شكل الممارسة الحق الإرادي الذي تتمتع به الزوجة ، حيث يخول لها هذا الحق إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج لقاء بدل تدفعه للزوج لا يقل عن مهر المثل وقت الحكم وعمل القاضي هنا يدخل ضمن الوظيفة الولائية وبالتالي لا يخضع هذا العمل للطعن بالاستئناف المقرر ضد الأحكام القضائية، لأن ما صدر عن القاضي ليس إلا قرارا ولائيا يخضع للتظلم فيه. (4)

(1) عبد القادر، بن داوود، المرجع السابق، ص 122.

(2) - أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 297-298 .

(3). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 72858، بتاريخ 20/03/1991، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1993، ص 97.

(4). عمر، زوده، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وطرق الطعن فيها، دط، دار النشر أنسكلوبيديا، د س ن، ص 164.

2. الطعن بالنقض في أحكام الخلع و التطليق :

الطعن بالنقض هو طريق من طرق الطعن الغير العادية و يجب أن يبنى على وجه واحد أو أكثر من الأوجه المنصوص عليها في المادة 358 من ق.م. و هي 18 حالة (1) و بالتالي فإن أوجه الطعن بالنقض تضاعفت ثلاث مرات مقارنة بما تضمنته المادة 233 في القانون القديم، ولا يطعن بهذا الطريق طبقاً لنص المادتين 349-350 من ق.إ.م. في الأحكام و القرارات الصادرة في آخر درجة عن المحاكم و المجالس القضائية (م 349) و في الأحكام و القرارات الصادرة في آخر درجة والتي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكلية أو بعدم القبول أو أي دفع آخر (م350). وأضافت المادة 361 ق.إ.م. حيث نصت على ما يلي : " لا يترتب على الطعن بالنقض و قف تنفيذ الحكم أو القرار ماعدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم و في دعوى التزوير."

إن أحكام الخلع و التطليق إذا صدرت فإنها غير قابلة للاستئناف إلا فيما يخص جوانبها المادية فقط كما بيناه سابقاً ، وهذا ما نلاحظه في جميع الأحكام الصادرة بش أن الطلاق عبر كافة محاكم الوطن، إذ نجد قضاة أقسام شؤون الأسرة يستعملون في منطوق الحكم العبارة التالية : " فصلاً في مسائل شؤون الأسرة حكمت المحكمة علناً حضورياً نهائياً فيما يخص التطليق - الخلع ، و ابتدائياً فيما عداه . " وبالتالي فإنه لا يبقى إلا الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا. (2)

فيتبين مما تقدم إن الأحكام الصادرة بالتطليق و الخلع تقبل الطعن بالنقض ، مادام لم يوجد نص خاص يقضي بخلاف ذلك

03- الآثار المترتبة عن الحكم بالخلع و التطليق :

إن آثار الحكم بالتطليق هي نفسها آثار الحكم بالطلاق خلقاً مع اختلاف بسيط كمن في أن التعويض في الخلع يكون من طرف الزوجة و سنتكلم في هذه النقطة عن الآثار العامة التي يشترك فيها كل من الخلع و التطليق و ذلك بشيء من الإيجاز لأننا سننتقل إلى ذلك في المباحث اللاحقة بأكثر تفصيل و تتمثل هذه الآثار فيما يلي :

أ- **رفقة العدة** : والعدة هي المهلة أو المدة التي منحتها الشريعة و كذا القانون للزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أو الحامل أو المفقود عنها زوجها أن تتربص بها ، ولا يمكن لها أن تتزوج خلال هذه المدة إلا بعد انتهائها وقد نص المشرع في المادة 58 ق.أ.ج. : " تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق. " لتضيف المادة 60 : " عدة الحامل هو وضع حملها وأقصى مدة حمل (10) أشهر من تاريخ الطلاق . " والهدف من العدة هو استبراء الرحم، فكل مطلقة معتدة تستحق نفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها ، و يجب على المطلق أن يتحمل نفقة العدة ، وعلى المحكمة أن تحددها سواء شهرياً أو إجمالياً و لكن في الميدان العملي فإنها تحدد إجمالياً وعلى القاضي أن يراعي عند تقديرها حال الطرفين (3) طبقاً لما نصت عليه المادة 80 ق.أ.ج. هذا ما أكدته المحكمة العليا بدورها في اجتهادها القضائي الصادر بتاريخ 25/12/1989 جاء فيه : " من المقرر قانوناً أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيئة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى " (4) فالعدة واجبة على الزوجة إذا كانت مدخول بها، أما إذا لم يكن مدخل بها و لم يكن هناك دخول أو خلوة صحيحة فلا عدة للمرأة ، ذلك أن المشرع لم يذكر المطلقة غير المدخول بها ضمن نص المادة 58 السابقة الذكر، هذا ما أكدته القرار الصادر بدوره عن المحكمة العليا بتاريخ 18/06/1996 و الذي جاء فيه : " من المقرر شرعاً أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة و المتوفى عنها زوجها، ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المطعون ضدها طلقت و أعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها ، فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى بيت الزوج طبقوا صحيح القانون. و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن. " (5)

(1). أنظر، المادة 358، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق .

(2). نسيم، ولد عمار، المرجع السابق، ص 50.

(3) - يوسف، عزيرية، المرجع السابق، ص 42.

(4) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 57506، بتاريخ 25/12/1989، المجلة القضائية، عدد 03، لسنة 1991، ص 65.

(5) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 137571، بتاريخ 18/06/1996، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1997، ص 93.

ب - نفقة الإهمال: نصت المادة 74 ق. إ.ج على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه سببية مع مراعاة أحكام المواد 79.80.78 من هذا القانون." و عليه فإن نفقة الزوجة مبدئياً واجبة على زوجها سواء كان م وسرنا أو غنيا أو معسرا أو فقيرا، و من حق الزوجة أن تطالبه بها في كل وقت مادامت في عصمته شرعا وما دام عقد الزواج قائما . وإذا توقف الزوج عن الإنفاق على زوجته المدخول بها فإن من حقها أن ترفع دعوى أمام القضاء وتطلب الحكم عليه بالإنفاق نتيجة إهماله لها، كما يجوز الحكم بنفقة المتعة ونفقة الإهمال بحكم واحد. (1)

ج - الحضانة: نص عليها المشرع في المادة 62 بقوله: " أن الحاضنة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا . " في حين نصت المادة 64 من نفس القانون على الأولوية في حضانة الولد فنصت : " الأم أولى بحضانة ولها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة." في حين نصت المادة 65 على مدة الحضانة فنصت : " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات إذا كانت الحضانة الأم لم تتزوج ثانية وللأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أنه لم تتزوج ثانية" في حين تحدثت المادة 72 من نفس القانون على نفقة المحضون و سكنه هذا ما سألينه في المباحث القادمة بأكثر تفصيل.

د - النزاع حول متاع البيت : نصت المادة 73 ق.أ.ج على أنه: " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع * البيت وليس لأحدهما بنية فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال . والمشتراك بينهما يتقسمانها مع اليمين . " فللمادة واضحة بمنطوقها غير أنه و في حالة إذا ما أنكر أحد الزوجين أن ما يدعيه الطرف الآخر من أثاث غير موجود فعلى الطرف الذي يدعي وجود ذلك إثبات ذلك بكل وسائل الإثبات المقررة في القانون المدني(2) فيتضح من خلال المادة أن النزاع حول متاع البيت وأثاته ينتهي لصالح من له بينة. وقد صدر في شأن ذلك من المحكمة العليا عدة قرارات نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 18/07/1988 جاء فيه : " متى كان مقررا شرعا أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر و من ثمة فإن إدعاء الزوج أن زوجته أخذت مصوغاتها و أثاتها وملابسها يصير مكلفا بإثبات دعواه فإن عجز فالقول للزوجة مع يمينها ومن ثم ف إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية ولما كان في قضية الحال أن الخلاف حول متاع البيت لم يكن حول وجود ه المنزل الزوجية بل كان حول إدعاء الزوج أن زوجته أخذته معها فإن قضاة الموضوع حينما عكسوا الأمر ووجهوا اليمين للزوج وهو مدع و تلقوها منه مباشرة يكونون بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " (3) وفي قرار آخر صادر بتاريخ 16/01/1989 والذي جاء فيه: " من المستقر عليه قضاء وشرعا أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها فبن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوج اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فله استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه في المجلس القضائي الذي اعتبرها استثناء للزوج داخلا في أمتعة زوجته و حكم لها به دون أن يطالبها باقامة البينة على أشياء هي للرجل يأخذها بعد حلفه يكون بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه . " (4) أما عند اشتراك الشيء بين الزوجين، فإن المحكمة تقضي بقسمته بينهما مع تحليفهما اليمين.

(1) - نسيم ولد عمار المرجع السابق ص 50 .

(2) - يوسف عزيرية المرجع السابق ص 44 .

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 50075، بتاريخ 18/07/1988، المجلة القضائية، عدد 4 لسنة 1990، ص 64.

(4). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 52212، بتاريخ 16/01/1989، المجلة القضائية، عدد 3 لسنة 1991، ص 55.

المطلب الثالث : السلطة التقديرية للقاضي للحكم بالخلع :

إن سلطة القاضي التقديرية للحكم في ال يقويق بالخلع في الفقه الإسلامي تختلف عنها في القانون الوضعي، فإن رجعنا إلى الفقه الإسلامي نجدها تدور بين من يرى أنه لا حاجة للتدخل القاضي في حكمه بالخلع، و من يرى بأنه لا يصح أن يقع الخلع إلا بحكم القاضي و أن له سلطة تقديرية في ذلك، بينما في القانون الوضعي فإن سلطته التقديرية تكون مقيدة و أحيانا أخرى مطلقة ، ولبيان ذلك ارتأيت التطرق في هذا المطلب إلى موقف الفقه الإسلامي لأتناول بعدها موقف القانون في ذلك.

أولا : موقف الفقه الإسلامي : اختلف العلماء بصدد ذلك إلى رأيين :

1. الرأي الأول: يرى هذا الفريق أن الخلع لا يحتاج إلى حكم القاضي و ليست له أي سلطة تقديرية للحكم به، وإنما تتم المخالعة بالتراضي بين الزوجين، واستدلوا لرأيهم بقوله تعالى: «ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما أقتدت به ((البقرة 229، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء الحنفية و المالكية والحنابلة، وكذا الشيعة و الإباضية والظاهرية والأوزاعي والثوري.(1) ووجه الاستدلال من الآية الكريمة في قوله عز وجل : " فلا جناح عليهما " فقصد بذلك الزوجين ولم يشترط تدخل القاضي ، و استدلوا أيضا بقول النبي صلى الله عليه و سلم لامرأة ثابت بن قيس: " أتردين عليه حديقته " قالت: نعم فقال عليه الصلاة و سلام : " خذها و فارقها " فوجه الدلالة أنه لو كان الخلع إلى السلطان لما سأله النبي صلى الله عليه و سلم عن موافقتها لرد الحديقة ولما طلب من الزوج أن يفارقها ، لأن السلطان له أن يجتهد في حكمه حسب ما يرى ولا عبرة برفض أو موافقة الخصمين أو أحدهما. (2) وبذلك لا دخل للقاضي بالحكم بالخلع.

2. الرأي الثاني: يرى هذا الفريق أن الخلع لا يصح إلا بقاض و اعتبره شرطا في صحة الخلع، وله السلطة التقديرية في ذلك وهو ما ذهب إليه وبن سرين والحسن البصري. (3) واستدلوا على ذلك بفعل الصحابة رضوان الله عليهم ، ومنه ما حدث أيام عثمان و عمر رضي الله عنهما عندما اختلعت امرأة نفسها من زوجها بألف درهم ، فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فأجازه، وكذلك الأمر حدث في زمن عثمان بن عفان رضي الله عنه و لم ينكر أحد من الصحابة ذلك. (4) وهناك قول آخر فيه تفصيل لسعيد بن جبير حيث قال: الخلع بين الزوجين لا يكون إلا حتى يعط الزوج زوجته، فإن اتعظت وإلا ضربها، فإن اتعظت وإلا رفع أمرها إلى السلطان (القاضي) فبيعت حكما من أهلها و حكما من أهله فيسمع كل منهما ما يسمع . ينفع ذلك إلى السلطان (القاضي) فإن رأى أن يفرق فرق، وإن رأى أن يجمع جمع. (5)

ثانيا : موقف القانون الجزائري : للرجوع إلى نص المادة 54 من ق. أرج نجد أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المذاهب الفقهية في سلطة القاضي التقديرية في قضايا الخلع ، حيث حدد دوره في مهنتين أساسيتين هما :

1. المهمة الأولى : تتمثل في الاستجابة التلقائية من القاضي لطلب الخلع إذا طلبته الزوجة، وتؤكد من بغضها و كراهيتها لزوجها دون الالتفاتة إلى رأي و إرادة هذا الأخير عكس ما جاءت به الاجتهادات القضائية قبل سنة 1992 التي اعتبرت الخلع عقد رضائي لا يتم إلا بموافقة الزوجين ، ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، مثلما جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 1984/11/06

(1) - ابن قدامة، المقدسي، المغني، ج8، المرجع السابق، ص 175.

(2). الكسائي، المرجع السابق، ص 894.

(3)- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج02، المرجع السابق، ص 69.

(4). أحمد بن الحسين، البيهقي، السنن الكبرى، ج07، دط، مطبعة مجلس دائرة المعارف، حيدر آباد، الهند، د س ن، ص 316.

(5) - ابن حزم، المحلي، ج09، المرجع السابق، ص 514

والذي نص على أنه : " متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع". وكذا القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 21/11/1988 والذي جاء فيه: "من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و أن ليس القاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج و من ثم كان القضاء بما يخالف المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه " (1) وقد صدر عن المحكمة العليا في هذا الصدد قرار بتاريخ 11/06/1984 جاء فيه : "متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقد رضائي ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع". (2)

أما الاجتهادات القضائية الصادرة بعد سنة 1992 و بعد تعديل المادة 54 من ق. أرج بموجب الأمر 05/02 أصبح عقد غير رضائي، يجوز الحكم به من غير رضا الزوج، بل إن القاضي يحكم به ويستجيب تلقائيا لطلب الخلع من الزوجة متى قمت المقابل المالي وطلبت ذلك حتى ولو لم يكن الزوج موافقا ، وفي هذا الصدد صدر قرار من المحكمة العليا بتاريخ 13/07/2005 نص على ما يلي : " إن الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي ... " (3) وكذا القرار الصادر قله عن المحكمة العليا بتاريخ 30/07/1996 جاء فيه : " من المقرر قانونا و شرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلقا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فلهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من ق.أ.ج ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه " (4)

2. المهمة الثانية : تؤكد على ضرورة تدخل القاضي في تحديد المبلغ المالي أو مقدار العوض في حالة عدم اتفاق الزوجين على ذلك ، والحكم به حيث جاء قرار من المحكمة العليا بتاريخ 11/10/2006 نص على ما يلي: "لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع و القاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلقا سواء اتفق الطرفين عليه أم اختلاف " (5) وقد وضعت المادة 54 من ق.أ.ج سقفا لمقدار الخلع لا ينبغي عليه تجاوزه وهو قيمة صداق المثل، فيجب على القاضي عند تحديده لمقدار الخلع أن يكون محايدا و لا يتدخل الصالح أحد المتخاصمين ليرفع من مقدار الخلع أو يخفضه ، وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى في قرار له مؤرخ في 22/03/1968 والذي جاء فيه : " عندما يتفق الزوجان على مبدأ الطلاق بالمخالفة و يختلفان في بدل الخلع فله يمكن للقاضي بصفة مطلقة القيام بمهمة التحكيم وتحديد مقابل الخلع انطلاقا من مقدار الصداق المقدم للزوجة و الأضرار الواقعة. " (6)

- (1). عامر سعيد، الزبياري، المرجع السابق، ص 215-216.
- (2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 33652، بتاريخ 11/06/1984، المجلة القضائية عدد 03، لسنة 1989، ص 38.
- (3). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 336380، بتاريخ 13/07/2005، نشرة القضاة، ج 1، عدد 61، السنة 2006، ص 328.
- (4) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 141262، بتاريخ 30/07/1996، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1998، ص 120.
- (5)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 365244، بتاريخ 11/10/2006، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 2007، ص 467.
- (6). قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 22/03/1968، مجلة القضائية، عدد 01، ص 35 مكرر.

كما قضى المجلس الأعلى بقرار مؤرخ في 8/02/1982 على أنه : " من المقرر شرعا أنه للطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج إن الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع و طلقت منه." (2) وفي هذا الصدد أيضا أكدت المحكمة العليا على دور القاضي في تحديد مقدار الخلع في قرار صادر عنها بتاريخ 22/04/1985 والذي جاء فيه : " من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم يت عن على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق. وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج خلقا قدره (50) ألف دينار ورغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معا." (3) وكذا القرار الصادر بتاريخ 17/10/2001 الذي جاء فيه : "تحديد مبلغ الخلع عنصر أساسي في الطلاق بالخلع، يحدده القاضي وجوبا في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه." (4) ومن خلال ما سبق يتبين لنا جليا أن التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05/02 المؤرخ في 27/02/2005 قد جعل من الخلع حق إرادي للزوجة مقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق وجعل العصمة بيده ، هذا ما أكدته المادة 54 من ق.. وهذا ما أكدته المحكمة العليا هي الأخرى بقرارها الصادر بتاريخ 15/09/2011 والذي نص على أن : " الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج." (5)

-
- (2). قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 26709، بتاريخ 08/02/1982، نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982، ص258.
- (3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36709، بتاريخ 22/04/1985، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1989، ص92.
- (4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 275497، بتاريخ 22/04/1985، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 2004، ص353.
- (5). المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 656259، بتاريخ 15/09/2011، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 2012، ص318.



الخاتمة

عرف الاجتهاد منذ العصر الإسلامي، واشتهر 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 صوابا فمن الله، وإن يكن خطأ 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 اجتهادا قضائيا 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.

للجانب التطبيقي لموضوعات الأسرة وما يرتبط بها من أحكام أثر على العلاقات الأسرية خاصة والمجتمع عامة سواء كان ذلك ايجابيا بديمومة الرابطة الزوجية والمحافظة عليها أو سلبا بتفكك هذه الرابطة وانحلالها ولما كان موضوع دراستنا يتعلق بانحلال الرابطة الزوجية على ضوء اجتهادات المحكمة العليا فإننا ارتكزنا وسلطنا الضوء على هذا الجانب تحديدا سواء ما تعلق منها من الناحية الموضوعية من خلال ما أضافه المشرع الجزائري من جديد فيما تعلق بموضوع الخلع والتطليق طبقا للمادة 53 ، 54 من قانون الأسرة

فمن خلال ما تم عرضه في هذه الدراسة من تفصيل وتحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية والآراء الفقهية في بعض المجالات خلصنا إلى ذكر بعض النتائج والتوصيات المتوصل إليها

أولا / النتائج :

- 01 - كما جعل المشرع الجزائري الطلاق بيد الزوج باعتبار أن العصمة بيده فغنه بالمقابل لم يهمل دور المرأة في فك الرابطة الزوجية بإحدى الطريقتين سواء كان ذلك بالتطليق أو الخلع .
- 02 - بالرغم من أن المشرع جعل للمرأة الحق في فك الرابطة الزوجية إلا أنه لم يجعله حقا مطلقا وإنما قيد ذلك بأسباب تأسس بمقتضى الزوجة حقها في طلب التطليق فإذا ما ثبت أن دعواها مؤسسة كان لها الحق في طلب التطليق وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك .
- 03 - أجاز المشرع الجزائري للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للزوجة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها , وهذا ما نلاحظه من خلال أحكام المادة 53 مكرر من قانون الأسرة .
- 04 - إن دور القاضي في التطليق يختلف عن دوره في الطلاق حيث يقتصر دوره في الطلاق على إثبات إرادة الزوج فيكون كاشفا بينما حكم القاضي في التطليق يكون منشأ وليس كاشفا طالما أن العصمة بيد الزوج أساسا وأن الزوجة تطلب تطليق بناء على أحد الأسباب المذكورة بنص المادة 53 من قانون الأسرة .

- 05 - الطلاق بالخلع هو الحل الأخير بيد الزوجة إذا لم تستطع إثبات أي سبب من أسباب التطليق المقررة في المادة 53 من قانون الأسرة مقابل دفعها مبلغ مالي كعوض للخلع .

ثانيا / التوصيات :

- يجدر على المشرع الجزائري أن يهتم أكثر لمسألة انحلال الرابطة الزوجية بالقدر الكافي وخاصة حالتي التطليق والخلع حيث نجد أن المشرع الجزائري جعل من المادة 53 و 54 من قانون الأسرة الأساس القانوني لنظام الخلع والتطليق فمادة واحدة لكل منهما غير كافية على الرغم من أهمية هذين الموضوعين وفائدتهما كبيرة في المجتمع نظرا لما قد يترتب عنهما من تشتيت الأسرة وتفريق الأولاد وأن إغفاله هذا قد يؤدي إلى تضارب في الاجتهادات والأحكام وتناقضها من مجلس لآخر فحبذا لو تم استحداث مواد جديدة تنص على ذلك .

- يجدر تغيير صياغة نص المادة 57 من قانون الأسرة على النحو التالي : تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق بناء على طلب الزوج والأحكام بالتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف إلا في جوانبها المادية حتى نتفادى التناقض الذي وقع فيه الاجتهاد القضائي حول استئناف أحكام التطليق والخلع .

الملاحظ على قانون الأسرة أنه تضمن النصوص الموضوعية لتنظيم الأسرة وأهم القواعد الشكلية والإجرائية اللازمة لتطبيقه مما تطلب دائما الرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية فكان على المشرع الجزائي أن ينظم مسائل المتعلقة بالأسرة في جوانبها الإجرائية بقواعد خاصة بها نظرا لخصوصية التي تتميز بها الأسرة ويبرز بالتدقيق كيفية اعتبار النيابة العامة طرف أصلي في مسائلها بواسطة قواعد تنظيمية إجرائية وذلك باستحداث مواد جديدة تبين ذلك ضمن قانون الأسرة وخاصة ما تعلق بانحلال الرابطة الزوجية و آثارها .

وفي الأخير نرجوا أن تكون هذه النتائج والتوصيات جديرة بالذكر تبقى محل تقدير حسب جهدنا القاصر لهذه الدراسة أتمنى أن تكون قد خطونا خطوة في درب البحث العلمي .



قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

1- القرآن الكريم.

أولا - الكتب والدراسات المقارنة :

1. أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، الطبعة الأولى، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، بيروت، 1995م.
2. بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، بن عكنون، الجزائر، 1988م.
3. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008م.
4. بلحاج العربي، قانون الأسرة، مدعم بالاجتهادات القضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007م.
5. دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة - الزواج والطلاق - الطبعة الثالث، دار هومة، الجزائر، 2011م.
6. دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ الاجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة، الجزائر، 2004م.
7. سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2014.
8. سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2014.
9. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج بعد التعديل، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2007م.
10. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007م.
11. العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005م.
12. جمال الدين، ابن منظور، لسان العرب، مجلد 10، دط، دار صادر، بيروت، لبنان، د س ن.
13. بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الجزائري، ج 1، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن، ص.
14. محفوظ، بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دط، دار الوعي للنشر والتوزيع، روية، الجزائر، 2012.
15. محمد زرقا، شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة عبد الستار أبو غدة، ط02، دار القلم، دمشق، 1989.
16. أبو داود، سنن أبي داود، تعليق عزت عبيد الدفاس وعادل السيد "كتاب الطلاق"، ط01، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1997.
17. محمد كمال، إمام، الطلاق عند المسلمين "دراسة فقهية وقانونية"، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990.
18. عبد الحافظ عبد ربه، الثورة الاجتماعية في الإسلام، دط، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1980.

19. محمد عزمي، البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط2، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1994.
20. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط03، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1981.
21. علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1968.
22. عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط02، دار الفكر، بيروت، 1968.
23. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط07، دار الفكر، بيروت، 1996.
24. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 07، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
25. محمد لمين لوعيل، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
26. أبو داود سليمان، سنن أبي داود، تحقيق عصام موسي هادي، ط1، دار الصديق، الجبيل، المملكة العربية السعودية، 1424هـ-2013م.
27. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 04، دط، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1969.
28. إسماعيل أبا بكر علي، البامري، أحكام الأسرة الرواج والطلاق بين الحنفية و الشافعية " دراسة مقارنة بالقانون"، ط1، دار حامد، عمان ، الأردن، 2008.
29. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الطلاق وأثاره، ج 2، ط05، الطبعة الجديدة، دمشق، 1979.
30. محمد حسين، هيكل، حياة محمد، ط13، دار المعارف، مصر، 1975.
31. السيد سابق، فقه السنة، ج02، ط07، دار الكتاب العربي، بيروت، 1985.
32. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، دط، مطبعة الهدى، مصر، 1354 هـ.
33. محمد بن علي بن محمد، الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المجلد 03، ج06، دط، دار الجيل، بيروت، 1297هـ.
34. محمد بن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة بن بردزبة، البخاري، صحيح البخاري، "باب وجوب النفقة"، المجلد 04، ج07، دط، المكتبة الثقافية، بيروت، د س ن.
35. أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد، ابن قدامة المقدسي، المغني ج 07، دط، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د س ن.
36. أبو محمد بن أحمد بن سعيد، ابن حزم، المحلي، ج10، دط، دار الجبل، بيروت، لبنان، د س ن.
37. عبد المؤمن، بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي" دراسة مقارنة مدعمة بنصوص قانون الأسرة الجزائري"، دط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
38. رمضان علي السيد، الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
39. عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثرهما "دراسة فقهية مقارنة"، ط1، دار النهضة العربية، 2008-2009.
40. أحمد نصر جنيدي، شرح القانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2014.

41. عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية "فقهها وقانونها"، دط، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، مصر، 2001 .
42. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، دس ن،
43. فضيل سعد، شرح القانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج01، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
44. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ، لط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1990.
45. أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد الجاوي، ط03، دار الفكر، القاهرة، 1972.
46. سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992 .
47. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977.
48. الرشيد بن شيوخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، لط، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 .
49. باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012 .
50. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون الزواج والطلاق"، ج01، دط، دار الطباعة والنشر بيروت، لبنان، 1967.
51. علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، لط، دار الجامعة الجديدة الأزراطية، الإسكندرية، 2005.
52. كوثر كامل علي، شرط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دط، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 1983.
53. - الباجي المنتقى، المجلد السادس، ط04، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984.
54. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحداث التعديلات "دراسة فقهية مقارنة"، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010 .
55. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط09، مطابع ألف باء، سوريا، 1967.
56. النووي رياض الصالحين "باب الوفاء بالعهد وانجاز الوعد"، ط02، دار الإمام مالك، الجزائر، 2004 .
57. عبد القادر بن داوود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، لط، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004 .
58. الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ط02، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982.
59. أحمد الدردير، الشرح الصغير على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دط، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992.
60. مالك بن أنس، الموطأ، ط3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2003.
61. محمد ابن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مادة "ظ، ه، ر"، دط، مكتبة لبنان، والمطبعة الأميرية، بيروت، لبنان سنة 1904 ص 173.
62. شمس الدين محمد بن أبي بكر، ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد 2، ج 4، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دس ن .

- 63 - سميرة معاشي، أحكام التطلاق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة، مجلة المنتدى القانوني، العدد بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة
64. عماد الدين أبو الفداء إسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، المجلد 04، دط، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقام للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د س ن .
65. جمال الدين ابن المنظور، ج 1، لسان العرب، دط، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د س ن.
66. مجد الدين أبي السعادات المبارك الجزري، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج 02، دط، دار حياء التراث العربي، بيروت، د س ن .
- 67 - ابن الهمام، شرح فتح القدير، تعليق عبد الرزاق غالب المهدي، ط 1، دارا لكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
- 68- عبد الغني الدمشقي الميداني الغنيمي، اللباب شرح الكتاب، ج 01، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د س ن .
69. أبي البركات أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي، ج 03، دط، المكتبة التجارية، بيروت، د س ن .
70. علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان، المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، ج 03، دط، طبع بمطبعة السنة المحمدية، غزة، 1374هـ، 1995م .
- 71- تقي الدين أبو بكر بن محمد الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ج 03، لط، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، د س ن.
- 72- عثمان بن علي الحنفي، الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 1، ط 02، دار المعرفة للنشر، بيروت، د س ن .
- 73 - الصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، ط 01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993 .
74. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 03، دط، المكتبة التجارية، بيروت، د س ن .
- 75 . القرطبي الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006 .
76. محمد الربابعة، المخالعة بين الزوجين، دط، عالم الكتاب الحديث، إربد، الأردن، د س ن .
77. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، بحث مقارنة، ط 01، دار المعارف، مصر، 1378هـ - 1967م .
- 78 - محمد جرير، الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، تحقيق محمود شاكر، ج 08، دط، دار المعارف، مصر، د س ن .
79. شهاب الدين بن أحمد بن محمد، الهيتمي المكي، تحفة المحتاج بشرح المناهج للشيخ عبد الحميد الشرواني و الشيخ أحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج، ج 07، دط، مطبعة مصطفى محمد، مصر، د س ن .
80. أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية الخلع- الإيلاء - الظهار- اللعان، دط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009 .
81. عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، 1997 .

82. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج 05، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000 .
- 83 - أحمد حسين فراج، أحكام الأسرة في الإسلام "الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب"، دط، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004 .
- 84- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، د س ن .
85. البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج05، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982.
- 86- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط 03، مطبعة النهضة، مصر، 1920
87. ابن عابدين حاشية , رد المختار علي الدر المختار، ج03، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992.
88. الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق وتعليق ومراجعة الشيخ زهير عثمان الجعيد، المجلد 02، ج 03، بط، دار الأرقام بن أبي الأرقم، بيروت، د س ن .
89. محمود علي، السن طاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط02، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007 .
- 90- تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، ط1، المكتب العربي، بيروت، د س ن .
91. أبي بكر أحمد بن علي الرازي، الجصاص، أحكام القرآن الكريم، ج 01، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، د س ن
92. عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج 01، ط02، دار النشر المعرفة، الرباط ، د س ن .
- 93 – العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05/02، ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د س ن .
94. الغوثي، بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط01، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د س ن .
- 95 – سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج 1، دار الهدى، الجزائر، 2011 .
- 96- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009 .
- 97- عبد الحكيم فوده، أحكام الصلح، دط، دار البعث، قسنطينة، 1999 .
98. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط 04، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004 .
99. الماوردي، الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد معوض، ج16، دط، دار الكتب العملية، بيروت، لبنان، 1994 .
100. أحمد، إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط05، مطابع دار الجمهورية، مصر، 2003 .
101. عمر زوده، طببعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وطرق الطعن فيها، دط، دار النشر أنسكلوبيديا، د س ن.

ثانيا- المقالات والرسائل الجامعية:

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

02. 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.
03. اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري "مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، فرحات عباس، سطيف، 2003.
04. نجية، زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2006.
05. فتيحة سويس، النشوز في ظل أحكام الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاة، دفعة 12، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2003-2004.
06. سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر.
07. عبد الفتاح، تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2006-2007.
- نسيم ولد عمار، الطليق، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2009-2010.
- عمر زوده، مقال بعنوان "طرق الطعن في الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية"، مجلة الفكر القانوني، عدد 03، ديسمبر، 1986.
- يوسف، عزيزية، الطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003 - 2004.
- ثالثا - النصوص القانونية والأوامر:**
01. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
02. 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.
03. 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.
04. 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.

الفهرس العام

انحلال الرابطة الزوجية على ضوء اجتهادات المحكمة العليا

الخطة :

مقدمة

الفصل الأول : انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

المبحث الأول : مفهوم الطلاق وأحكامه

المطلب الأول : مفهوم الطلاق والفرق بينه وبين الفسخ

الفرع الأول : مفهوم الطلاق

الفرع الثاني : مشروعية الطلاق وحكمته وحكمه

الفرع الثالث : الفرق بين الطلاق والفسخ

المطلب الثاني : أحكام الطلاق

الفرع الأول : أحكام الطلاق من الجانب الفقهي

الفرع الثاني : أحكام الطلاق من الجانب القانوني

المبحث الثاني : الطلاق التعسفي والطلاق بالتراضي

المطلب الأول : أحكام الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول : مفهوم الطلاق التعسفي في الفقه والقانون

الفرع الثاني : أحكام الطلاق التعسفي وآثاره

الفرع الثالث : التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الثاني : أحكام الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري

الفصل الثاني : انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق والخلع

المبحث الأول : انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق

المطلب الأول : مفهوم التطليق

الفرع الأول : تعريف التطليق

الفرع الثاني : دليل مشروعية التطليق وحكمته

الفرع الثالث : طبيعة التطليق

المطلب الثاني : الموقف الفقهي والقانوني من أسباب التطليق

الفرع الأول : الأسباب المادية المخولة للزوجة طلب التطليق

الفرع الثاني : الأسباب المعنوية المخولة للزوجة طلب التطليق

المطلب الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتطليق

الفرع الأول : أسباب التطليق التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مقيدة

الفرع الثاني : أسباب التطليق التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مطلقة

المبحث الثاني : انحلال الرابطة الزوجية بالخلع

المطلب الأول : مفهوم الخلع

الفرع الأول : تعريف الخلع

الفرع الثاني : دليل مشروعية الخلع وحكمته

الفرع الثالث : طبيعة الخلع

المطلب الثاني : الموقف الفقهي والقانوني من أحكام الخلع

الفرع الأول : أحكام الخلع من الناحية الموضوعية

الفرع الثاني : أحكام الخلع من الناحية الإجرائية

المطلب الثالث : السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالخلع

الفرع الأول : موقف الفقه الإسلامي

الفرع الثاني : موقف القانون الجزائري

خاتمة

قائمة المصادر والمراجع.

الفهرس العام.