

جامعة الجزائر
كلية الحقوق
بن عكنون

الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي

رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون

من إعداد الطالب :
عبد الفتاح تقية

تحت إشراف : الأستاذ الدكتور
بن ملحة الغوثي

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور / تشوار الجيلالي..... رئيسا
الأستاذ الدكتور / بن ملحة الغوثي..... مقرر
الأستاذ الدكتور / فيلالي علي..... عضوا
الأستاذ الدكتور / محمدي فريدة..... عضوا
الأستاذ الدكتور / محي الدين عكاشة..... عضوا
الأستاذ / طالب أحمد..... خبيرا

السنة الجامعية 2006/2007

مقدمة

يعتبر الطلاق في قانون الأسرة المحور الأساسي، والطريقة الرئيسية، التي تنحل بها الرابطة الزوجية طبقاً للمادة 48 من قانون الأسرة. (84 - 11) و القانون المعدل والمتمم 05-09. ومن المشكلات التي عنت بها الديانات، والشرائع، عناية متباينة الاتجاه، مختلفة الحلول فقد شرعه الله علاجاً للخلافات الزوجية، حين لا ينفع معها علاج سواه، كما يعد من الناحية الاجتماعية أهم إشكال⁽¹⁾ للتفكك الأسري في جميع المجتمعات بلا استثناء، وهو بدون شك حادث مشؤوم للأشخاص الذين يشملهم، ومؤشراً واضحاً لفشل نسق الأسرة، بالإضافة الى اعتباره محنة شخصية، وطريقة للهروب، من توترات الزوج ومتاعبه، ورغبة في الرحيل الإرادي، فهو إذن يحدث نتيجة لتعاضد الخلاف بين الزوجين، الى درجة لا يمكن تداركها، ولكنه بالإضافة الى ذلك يؤدي إلى صراع جانبي بين كل من أسرتي الزوج، والزوجة، حيث تقع بينهما في العادة خلافات لا نهاية لها، ذات مضمون مادي، أو معنوي، أو تتعلق بالأطفال الذين كانوا ثمرة هذا الزواج، إلا أنه في حقيقة الأمر رخصة، من الشارع الحكيم، أباحه عند الضرورة، إذ أن إباحته، أو حظره، تتصل بنظام الطلاق من حيث تقييده، وإطلاقه، في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، التي هي القانون الواجب التطبيق في هذا الصدد، فهو إذن من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج بإرادته المنفردة، وكما هو معلوم بضرورة أحكام الشريعة الإسلامية أن التصرف فيه مقيد بالحكم التكليفي، الذي تعتريه الأحكام الخمسة، من وجوب، أو إباحة، أو كراهية، أو تحريم، أو ندب. وهو أيضاً تصرف إرادي، تترتب عليه آثارا شرعية، ولذلك فإنه يشترط في الطلاق ما يشترط في سائر التصرفات الشرعية، تطبيقاً للقواعد العامة، غير أن هذا التصرف له طبيعة خاصة، تميزه عن غيره، من التصرفات الأخرى، ذلك أن الشريعة الإسلامية الغراء، أسندت هذا التصرف، الى شخص واحد هو الزوج، باعتباره هو الرجل دون سواه، الذي يقدر ظروف الطلاق وأسبابه، في روية، وتوؤدة، واستقرار فكري كامل، فالمسؤولية كلها عليه، من : (آثار الطلاق، وأعباء، ونفقة، ومتعة، وما يلزم الأولاد).

(1) الأشكال الرئيسية لتفكك الأسرة تنحصر فيما يلي : أ- انحلال الأسرة تحت تأثير الرحيل الإرادي لأحد الزوجين وهذا عن طريق : (الانفصال، الطلاق، أو الهجر) ب- التغيرات في تعريف الدور الناتجة، عن التأثير المختلف للتغيرات الثقافية للأسرة. ج- القوقعة الفارغة كون أن أفرادها، يعيشون تحت سقف واحد حيث تكون عائلاتهم في الحد الأدنى إن المذكور في الهامش أعلاه، دراسة تحليلية، لتفكك الأسرة صنفها الأستاذ «وليام جود» في كتابه بعنوان :

WILIAM Goode, "Family Dizozganization jovamovich INC, 1971, P. 468.)

إن الرجل هو المسؤول عن كل ذلك، فلا يعقل أن يكون الطلاق بيد المرأة التي لا روية عندها، وخاصة في ظروف النزاع، والشقاق، فهي أعجز أن تواجه مثل هذه المواقف الحاسمة، فلو جعل الطلاق بيد المرأة، لاضطربت الحياة، ولما استقر لها قرار، لسرعة تأثرها، وانفعالها، واندفاعها، وليس هناك ما يحملها على التروي حيث لا تغرم شيئاً.

الأ أن هذا التصرف، ليس مطلقاً من كل قيد، أو شرط، حتى يعتبر في يد الرجال سلاح استبداد، أو لعبة بأيدي الجهال منهم، وأن اللعبة نارية تحرق اللاعب بها وتحرق أهله والأولاد، بل له حالات وأوقات، تجرد الرجل من التعسف، وتحميه من العبث، فلا يستعمل إذن إلا في موضعه، وبمقتضى أحكام تضبطه، وأسباب قاهرة، وضرورة قصوى تدفعه إلى الرغبة الإرادية فيه، وعليه فإن مادة الطلاق من حيث المفاهيم قد حددت تعريفات لها من حيث الوجوه التالية : التعريف الاصطلاحي الشرعي الفقهي، التشريع المدني الفرنسي، الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المفهوم الاجتماعي للطلاق.

أولاً : الاصطلاح الشرعي (الفقهي) :

لقد عرف الفقهاء الطلاق تعاريف مختلفة، تتفق فيما بينها على المعنى المقصود شرعاً، وتختلف إلى حد ما في دقة الصياغة، ففقهاء الشريعة الإسلامية، لم يذهبوا بعيداً عند هذا المعنى، حيث يعرف الطلاق في اصطلاحهم بأنه : حل الرابطة الزوجية الصحيحة، من جانب الزوج، بلفظ مخصوص، أو ما يقوم مقامه، في الحال، أو في المآل. وقد درج معنى الطلاق في اصطلاح الفقهاء بالتعاريف التالية : نذكرها على وجه الحصر.

فهو لدى فقهاء المذهب المالكي : صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه.⁽²⁾

ويعرف فقهاء المذهب الحنفي : الطلاق : رفع قيد النكاح في الحال، والمآل، بلفظ مخصوص.⁽³⁾

كما يعرف عند فقهاء الحنابلة : حل قيد النكاح أو بعضه.⁽⁴⁾

ويعرف عند فقهاء الشافعية : حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.⁽⁵⁾

ويعرف عند فقهاء الإمامية : الطلاق إزالة قيد النكاح بصيغة طالق وشبهها.⁽⁶⁾

(2) الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل 18 / 4 دار إحياء الكتب العربية، مصر.

(3) اللباب علي القدوري 30. / 2

(4) مرعي بن يوسف الحنبل غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى 184. / 5 منشورات المؤسسة السعدية، مطبعة الكيلاني، الرياض، السعودية، 1982

(5) شمس الدين الأنصاري، الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج 279. / 3 مطبعة الباب الحلي، مصر. 1967

(6) جواهر الكلام 5 / 271

ثانيا : القانون المدني الفرنسي :

يعرف الطلاق في التشريع المدني الفرنسي : «أنه حل الزواج لزوجين، على قيد الحياة بواسطة إقرار قضائي، تبعا لعريضة أحد الزوجين، أو من طرفهما لسبب من الأسباب المقررة قانونا».

كما يعرف التشريع الفرنسي، ما يطلق عليه بالفرقة الجسدية وهي حالة زوجين رخص لهما بقرار قضائي، لعدم العيش معا، لسبب من الأسباب، التي قد تبرر الطلاق، وهي تختلف عن الطلاق، من حيث أنها لا تحل الرابطة الزوجية، بل تستبعد بعض الحقوق الزوجية كواجب الأمانة، والحماية.⁽⁷⁾

ثالثا : قانون الأسرة الجزائري :

لقد عرّف المشرع الجزائري موضوع الطلاق، ضمن قانون رقم 84-11، والقانون المعدل والمتمم 09/05 إذ خصص الباب الثاني من القانون المذكور أعلاه، للموضوع تحت عنوان انحلال الزواج، وبندّه في 13 مادة مخصوصة بالانحلال. وعليه فقد عرفه في المادة 48 منه : «الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة، في حدود ما ورد في المادتين (53 و54) من هذا القانون.

رابعا : المفهوم الاجتماعي للطلاق

لقد عرفته إحدى الدراسات الجزائرية الحديثة، بأنه : «عبارة عن أحد أشكال التبادل، التي تضمن ضرورة مختلف العلاقات الاجتماعية الناتجة عنه من جهة، كما يهدف الى الاعلان عن الوضعية الاجتماعية للأسرة، ومحاولة تثبيتها من جهة أخرى.⁽⁸⁾

كما عرف الطلاق من حيث المفهوم الاجتماعي :أنه نوع من التفكك الأسري، وإنهيار الوحدة الأسرية، وانحلال بناء الأدوار الاجتماعية المرتبطة بها، عندما يفشل عضوا، أو أكثر، في القيام بالتزامات دورية بصورة مرضية، هذا التفكك الأسري الذي يحدث نتيجة لتعاضم الخلافات بين الزوجين، الى درجة لا يمكن تداولها.⁽⁹⁾

7. LIMON/ Le divorce en France. Op. cit. p. 4.

8. A.A.R.D.E.S. (Association Algérienne pour la recherche démocratique sociale. Le mariage lieu d'un rapport entre famille, etsociété algérienne publication de A.A.R.D.E.S. Alger, Tome I. 1977 p. 90 et 164.

(9) د .سناء الخولي، الزواج والعلاقات الأسرية، الاسكندرية، مصر ، دار المعرفة الجامعية 1979 ص258.

ومن ذلك أيضا ما تتطلب ملاحظته في هذا الشأن، أن خبراء علم النفس⁽¹⁰⁾ ينظرون أعمق من ذلك، فنراهم يدافعون بشدة عن حقوق الفرد، عندما يطغى سلطان المجتمع، ولا يراعي حق الفرد في تنمية ذاته، وتحقيق إمكاناته العاطفية ما دام إستخدام هذا الحق لا يلحق بالمجتمع أي ضرر، وعليه فإن الزوج الذي يطلق زوجته بسبب أنها عاقم، لا شك أن حبه لزوجته ناقص، وتجاهله بأنها تتمتع بالفكر والحرية، وبالخصائص التي تميز الإنسان عن الحيوان، دليل على تخلفه من الناحية العاطفية ونقصه الوجداني.

إن مسألة الطلاق كأحكام قد كانت تخضع قبل الاحتلال الفرنسي لبلادنا عام 1830 في معظمها إلى نظام قضائي. يكرس العمل بمبادئ قواعد الشريعة الإسلامية، مثلها كأي مجتمع إسلامي آخر، إلا أن هناك في الواقع بعض الاختلافات في التطبيق، من منطقة جزائرية إلى أخرى، الناتجة عند محاولة التوفيق كل منها، بين نصوص الشريعة الإسلامية فيما يخص الزواج والطلاق، وبين عاداتها، وتقاليدها، وأعرافها المحلية المتعلقة بهما وعليه فالسؤال الذي يتطلب طرحه في هذا الصدد : وهو كيف كانت أحكام الطلاق في ظل الاحتلال، وهل كان هناك إطار قانوني ينظمها ؟

إن الأمر الذي يمكن تلمسه يكمن من خلال عرضنا لأمثلة، لبعض المناطق الجزائرية في هذا الشأن وهي كالآتي :

منطقة القبائل :⁽¹¹⁾ يعتبر الزواج في المجتمع القبائلي مسألة خاصة بالجماعة، وليس بالفرد فالفتاة تزوج في سن (12، 13) ويربّيها أهلها على تحمل الوضعية القانونية والاجتماعية، التي ستحتلّها بعد الزواج، بحيث تبقى غريبة عن أهل زوجها، وفي وضعية الضيف، فالزواج لا يحررها من سيطرة أبيها عليها، وإنما يمنحها بدوره إلى سيطرة زوجها التامة أو، بالأحرى إلى سيطرة جماعة زوجها، وخاصة حماتها.

أما ما يتعلق بالطلاق فإن للزوج الحرية المطلقة في إنهاء الرابطة الزوجية، إذ يكفي أن يعلن عن لفظ الطلاق أمام أصدقاء، أو رجل الدين ليحصل على الطلاق.

منطقة الأوراس :⁽¹²⁾ تلتنقي المرأة الأوراسية، والمرأة القبائلية في التزويج في معيار السن المبكرة، بحيث يملك والدها حق جبرها على الزواج، ما دامت في سن

(10) د. أبو بكر صادق المنى، نفس المرجع السابق، د. أحمد عادل سرقيس، الزواج وتطور المجتمع، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، بدون تاريخ ص 13.

11. Bourdien (Pierre) M. «Sociologie de l'Algérie», Paris que sais-je N° 802, 5^{ème} édition, 1975, p. 14-15 et 17.

BOURDIEN (Piérre) p.v 28,29 et 30. (130)

12. نفس المرجع السابق

المراهقة، وبعد هذا السن من الصعب أن يترك لها حرية الاختيار بينما الرجل الأوراسي بإمكانه أن يختار زوجته ولكن يُفضل أن تكون من القرابة (ابنة عمه أو خاله) وهذا من أجل توطيد الروابط الأسرية.

أما ما يتعلق بالطلاق فإننا نلاحظ أن الجماعة في المجتمع الأوراسي، أقل ضغطاً ممن المجتمع القبائلي على الأفراد، إلا أن شدة الضغط تظهر عندما يتعلق الأمر بشرف العائلة، وهذا في حالة الخيانة الزوجية، من طرف الزوجة وتشترك المرأة الأوراسية، والمرأة القبائلية في أن أزواجهن يستطيعن أن يطلقهن دون علمهن، كما أن المرأة في هاتين المنطقتين، لهن إمكانية الطلاق، وهذا لاعتبارين اثنين : الاعتبار الأول : من أجل إعادة الزواج، والاعتبار الثاني : من أجل احتلالها مرتبة العذرية (أي بدون رجل)، حيث أن الاعتبار الثاني باعتباره مرتبة تقدير، فإن المجتمع الأوراسي، يولي لها الاحترام والتقدير والهيبة والوقار.

منطقة الطوارق (التوارق) : تتمتع المرأة التارقية بحرية كبيرة، في التحكم في مصيرها، بحيث أنها تملك الحق الكامل في الاختيار الشخصي، والحرلزوجها، كما لها الحق في تطليق زوجها بإرادتها المنفردة بعد الزواج.⁽¹³⁾ وما ينبغي ملاحظته في هذا الصدد، أن السبب في هذه الحرية الكبيرة للمرأة الطوارقية، ترجع إلى ما هو معروف عن سيادة (النظام الأمومي) في المجتمع الطوارقي.

ومنه أيضاً أن الطلاق في ظل الاحتلال الفرنسي للجزائر، كان يخضع لرأي الأهل وجماعته ككل، وللزوج الحق الكامل في استغلال حقه في الطلاق بإرادته المنفردة⁽¹⁴⁾ وفي كثير من الأحيان دون توفر أية شروط موضوعية له، الأمر الذي يدل على سوء فهم العديد من الرجال سواء كانوا أباءاً، أو أزواجاً لنصوص الشريعة الإسلامية الغراء في هذا الصدد.

أما ما يتعلق بمادة الطلاق، حيث كان إسرافهم في استعمال حق الطلاق بالإرادة المنفردة. وعليه فإن ما يستوجب استطراده في الملاحظة هو الفهم الخاطيء لنصوص الشريعة الإسلامية، الأمر الذي رتب عنه ارتفاع معدلات الطلاق في هذه الفترة. وعليه فإن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن أن الشريعة الإسلامية، في ظل الاحتلال كانت هي القانون المعمول به، والمطبق في جميع ميادين الحياة العامة، ومنها نظام الأسرة،

13. MERIEM CADI MOSTEFAI, l'image de la femme Algérienne pendant la guerre (1954-1962) thèse de D.E.A Alger, 1978, P. 33-39.

14. FANON (Frantz) : Sociologie d'une révolution, petite collection maspero, 1968, p 100.

وكانت أحكام المذهب المالكي هي المطبقة على الأهالي، في كل أنحاء الوطن الجزائري، إلى جانبه كان يطبق المذهب الحنفي على السكان الأتراك، وكان المذهب الإباضي ينظم علاقة الإباضيين بعضهم البعض، وكان المسلمون من الجزائريين يصهرون على تطبيق مذهب الإمام مالك وعلى رأس مصادره الفقهية مختصر «سيدي خليل» الذي يعود تأليفه إلى القرن 14، والذي كان على متن هذا المذهب، حيث كان يتعين على القاضي إذا أراد أن يصل إلى حكم في مسألة ما، وهذا حتى يستخرج حلاً للواقعة المعروضة عليه، وهذا ما حدا ببعض رجال القانون الفرنسيين، على ما يرى - المستشار «سوتاي» - إلى محاولة تدوين هذه القوانين، بالاستناد إلى الأعراف المحلية، بالإضافة إلى كتب الشريعة الإسلامية، وكانت القواعد التي دونت هي آراء الفقهاء الذين اعتمدتهم القضاء الجزائري في التطبيق.

وعليه، نتيجة لذلك نشأت في ظل الاحتلال حالة من الثنائية، أو الازدواجية، في التنظيم القضائي، واستمرت طيلة مدة الاحتلال، حيث أسندت قضايا الأحوال الشخصية⁽¹⁵⁾ إلى قضاة جزائريين بالنسبة للدرجة الأولى.

أما بالنسبة للدرجة الثانية، فقد كانت القضايا تستأنف أمام المحاكم المدنية، أو أمام المجلس، بموجب ما نص عليه مرسوم 25، 12، 1866، كما أنه كان للأطراف الحق قبل الاستئناف أن يطلبوا عرض نزاعهم على المجلس، ليعطي رأيا استشاريا في الموضوع، ومتى رأت المحاكم، أو المجلس، أن هناك وجوه تثار بشأن وضع حل لنزاع من هذا النوع، فإنه لا بد عندئذ، من عرض القضية على الهيئة التي تدعى (المجلس الأعلى للقضاء الإسلامي) وتقضي عندئذ، حسب الرأي الذي يعطيه هذا المجلس.

وقد استمرت الإدارة الفرنسية في عمق طمس معالم أحكام الشريعة الإسلامية، حيث اضطرت أن تجعل قضاة الأحوال الشخصية من المسلمين ثم عملت عن طريق «موران» و «موسكية» على ترجمة «مختصر خليل بن إسحاق» وأقرت الإباضيين على مذهبهم في ميزاب، وأنشأت محاكم خاصة في الجزائر، ووهران، أما سكان القبائل فقد أقرت لهم الأعراف السائدة بينهم، وقننت مشروع «موران» الذي احتوى جميع أحكام الأسرة من زواج أو طلاق⁽¹⁶⁾ ومن ذلك أيضا صدور مرسوم (17/04/1889) الذي أقر مبدأ استمرار إخضاع الجزائريين المسلمين لقواعد قوانينهم، وأعرافهم، فيما يتعلق بمواد الأحوال الشخصية، حيث نصت المادة 04 من المرسوم أعلاه: «أن المسلمين تحكمهم

15. FANON (Frantz) : Sociologie d'une révolution, petite collection maspero, 1968, p 100.

16. Sautayna et cherbouneau: "droit Musulman", paris 1873, P. 1.

أعراف المناطق التي ينتمون إليها، وتطبيقا لذلك فلقد عد انحلال الزواج بالنسبة للمسلمين استثناءً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وأن للزوج أن يطلق زوجته، بمحض إرادته المنفردة ولا يخضع في ذلك إلا للشكلية الخاصة، بالتعبير عن هذه الإرادة، ولا يمكن للقاضي أن يحل محل الزوج في الطلاق إلا لأسباب تستدعي التفرقة القضائية المنصوص عليها في القواعد الجوهرية للشريعة الإسلامية.⁽¹⁷⁾

أما ما تعلق بأحكام الطلاق في ظل المحاكم الشرعية فقد طبق القضاة الجزائريون في فترة الاحتلال، قواعد الشريعة الإسلامية، فقضوا على سبيل المثال: أن الطلاق بعوض يأخذ حكم الطلاق البائن، وليس الطلاق الرجعي، ولا يمكن للزوج أن يسترجع زوجته إلا بعقد ومهر جديدين⁽¹⁸⁾ كما قضوا بأنه طبقا للشريعة الإسلامية، فإن المرأة يجوز لها الاتفاق مع زوجها في فك «العصمة» إذا دفعت له مبلغا على سبيل المقاصة.⁽¹⁹⁾ ومن الأحكام كذلك، أنه يحق للزوجة أن تطلب الطلاق من القاضي، إذا كان الزوج لا يقوم بواجباته الزوجية.⁽²⁰⁾

إنه بموجب قواعد الشريعة الإسلامية التي كانت تطبق في ظل الاحتلال، في أن الزوج إذا بالغ في إهانة زوجته، تعتبر مبرراً وسبباً، شرعياً للحكم بالطلاق، كذلك الزوجة التي شهرَّ بها زوجها، فأفشى سرها على محمل كشف عورة الجماع، والبكارة، بأنها أزيلت قبل الزواج، لها أن تطلب الطلاق.⁽²¹⁾

ومن قضاء المحاكم الشرعية أيضا: أن محاولة الصلح السابقة على الحكم في موضوع الطلاق، المنصوص عليه بموجب الشريعة الإسلامية، تتعلق بالنظام العام، وإن تخلف هذا الإجراء، يؤدي إلى بطلان الحكم بالطلاق بمقتضى المادة 69 من أمر 1842 09 26.

وعليه، فإن ما ينبغي استنتاجه، في ظل هذه الفترة، أن القضاة الجزائريين، أو كما يطلق عليهم في هذا العهد، بقضاة المحاكم الإسلامية، كانوا يطبقون أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الزواج، وبالخصوص مراعاتهم الدقة في أحكام الطلاق، حيث كان أكثر ميولهم إلى المذهب المالكي، والسبب في هذا يعود إلى اعتبارين:

1- عدم تواجد أي قانون مكتوب يستندون إليه في محاكمهم.

(17) بحث الأستاذ محمد الحسيني حنفي: «تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر»، منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 02 سنة 1971، ص 168 وما بعدها.

(18) محكمة الجزائر 1890، 11، 25.

(19) محكمة الجزائر 1878، 10، 28.

(20) محكمة الجزائر 1865، 11، 03.

(21) محكمة الجزائر 1891، 03، 02.

2- عدم تواجد نصوص شرعية، تنظم إجراءات التقاضي، إلا اللهم، استثناء ما نص عليه مرسوم 1890.12.29 الذي نظم الأحكام الواجبة التطبيق، حسب المذهب الإباضي في جنوب البلاد، وما تضمنه مرسوم 1922.08.12، بشأن تطبيق التقاليد والأعراف القبائلية، وإنشاء ما يسمى بالنظام القضائي في منطقة القبائل.

ومن ذلك أيضا ما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن، أنه من خلال سيطرة الإدارة الفرنسية في هذه الفترة على البلاد، وإمساك قبضتها على الأسرة الجزائرية وإصدارها أوامر من حين إلى آخر، فإن المشرع الفرنسي كانت له النية المبيتة، من خلال إحصاء كل تصرفاتها، وإلى إحداث تمييز بين جهات المجتمع الجزائري، إذ أن هذا التمييز كانت له أبعاد سياسية، واجتماعية، خطيرة تمكنه من سيادته على الأسرة الجزائرية، ويبدو من خلال هذه المراسيم، التي كانت تصدرها الإدارة الفرنسية إبان هذه الفترة، سنستقرؤها على ضوء الملاحظات التالية :

أولا : الانحراف عن تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية، عن طريق إخضاعها الأحوال الشخصية بما فيها أحكام الطلاق ببلاد القبائل للمحاكم الفرنسية، زعما منه أن السبب في ذلك، يعود إلى حماية أعراف، وعادات سكان هذه المنطقة.

ثانيا : التطبيقات الخاطئة لنصوص الشريعة الإسلامية في هذا الميدان، من طرف الأسرة الجزائرية آنذاك، والذي يعتبر عاملاً ساعد كثيراً في ارتفاع معدلات الطلاق، بحيث تشير إحدى الدراسات⁽²²⁾ الاجتماعية العربية، على سبيل المثال إلى أن نسبة معدلات الطلاق في المجتمع الجزائري بين الفترة المتراوحة ما بين (1877 - 1940) كانت أعلى من نسبة الولايات المتحدة الأمريكية، وعليه فبمجرد قيام الثورة التحريرية المسلحة الجزائرية في سنة 1954 قام قادتها بإدخال تغييرات هامة، بشأن قضايا الزواج، والطلاق. ومن بين الإجراءات التي اتخذوها، إعادة النظر في قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها، في هذه الفترة، حيث عارضوا شرعية الإدارة، والهيئة القضائية الفرنسية، وفضلوا العودة إلى قواعد الشريعة الإسلامية.

ثالثا : لقد كان القضاء يطبق الشريعة الإسلامية، من حيث الأحكام بمقتضى الاعتبارين التاليين :

أ- الاعتبار الأول : كون أنها قواعد عرفية تستمد قوتها من الأعراف، التي لها قوة التشريع في الجزائر.

* قامت بالدراسات الاجتماعية العربية باحثة مصرية، د. زينب عبد المجيد مستمدة من بيانات الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء، القاهرة بتنسيق مع مكتب جبهة التحرير آنذاك.

ب- الاعتبار الثاني : أن المحاكم قد لطفت من شدة بعض الأعراف المحلية، فهناك حكم صادر عن قاضي الصلح بالقبائل الكبرى، بتاريخ 1899.01.20 أين يقضي فيه : «بأنه يجوز للقاضي أن يحكم بتطليق المرأة بناء على طلبها، إذا ما تعرضت لسوء معاملة خطيرة من طرف زوجها».

رابعاً : تطبيق بعض المحاكم الأعراف، التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، حيث قضت محكمة الجزائر بتاريخ : 1891.01.20 «بأنه تطبقا لهذا العرف، الذي يرفض حق المرأة في أن ترفع دعوى الطلاق، ضد زوجها، فإن لها فقط الحق في التمرد، أو الهروب، والالتجاء إلى أهلها».⁽²³⁾

خامساً : ومنه أيضا أن الأسرة الجزائرية آنذاك، هي الحارس الأمين للأعراف، والعادات، كان لا بد أن تثور على كل تحريف في تطبيق تلك النصوص، من طرف القضاة، لأنها تمس القواعد الجوهرية، والأحكام المتعلقة بالطلاق.

سادساً : ممارسة المحاكم في ظل الاحتلال، بسلطة الحاكم القضائي، فيما تعلق بالشريعة، والأعراف المحلية.

سابعاً : قيام سلطة الحاكم القضائي، باستعمال وسائل نحصرها فيما يلي :
أ- سُمح للقاضي الفرنسي، بأن يفسر قواعد الشريعة الإسلامية بحسب هواه، وتقديره، وينسب عمله هذا إلى الشريعة الغراء.

ب- عدم احترام القضاء الفرنسي، لقواعد الشريعة الإسلامية، ما تعلق بأحكام الطلاق، حيث اعتبر خرق قواعد إحدى مذاهب الشريعة الإسلامية، متعلقا بالوقائع غير خاضع للطعن بالنقض فيه، من حيث كونه خرق لقاعدة جوهرية لاعتبار منه أنه لم يقنن بنصوص محددة.⁽²⁴⁾

ج - ترك الإدارة الفرنسية القضاء للمسلمين، لغرض أن يخدموا مصالحها.
حيث بموجب المادة 03 من مرسوم 1889.04.17 جعل للمسلمين الجزائريين الحق، في أن يعلنوا عن رغبتهم صراحة، في التنازل عن تطبيق قوانينهم، وأعرافهم،

(22) الأستاذ ابن تومي العربي، مقال، بعنوان النظام القضائي، في الجزائر نشرة القضاة رقم 1972 / 02 ص 05.

(23) ANDRE CANAC : L'évolution de l'organisation judiciaire en Algérie depuis 1930, la revue Algérienne N° 1, 1956, P. 191.

(24) SBA BRAHIM : "La jurisprudence de la 1^{ère} moitié du 19^{ème} siècle et la formation d'une loi coloniale en Algérie mémoire de D.E.S en 1975 faculté de droit d'Alger P. 106 et 107.

واختيارهم، الخضوع إلى القانون الفرنسي، مما جعل عرض النزاع في مسائل الطلاق على القاضي الفرنسي إجبارياً.⁽²⁵⁾

د- أن القضاء الفرنسي قضى بعدم تطبيق العرف القبائلي، الذي لا يعطي للمرأة الحق في أن تطلب الطلاق من القاضي، وقضى بأن الزوج قد فقد هذا الحق باعتبار أن هذا العرف، يخالف القانون الجنائي الفرنسي الذي يعتبر من النظام العام.⁽²⁶⁾

كما قضى بأنه يجوز للمرأة القبائلية طلب الطلاق من القاضي، في حالة تعرضها لسوء معاملة بالغة من الزوج، وفي حالة هجره لها دون أن يترك لها نفقة تلزمها للعيش مع أولادها.⁽²⁷⁾

هـ- صدور فيما بعد، مرسوم بتاريخ 1931.05.24 المادة 02 منه، أين يمنع فيه الزوج في حالة الطلاق، أن يفرض على المرأة المطلقة، أو على أهلها دفع علاوات مهما كان نوعها.

وعليه فإن ما تجدر الإشارة إليه أيضاً في هذا الصدد، إصدار المشرع الفرنسي، لأمر مؤرخ في 1944.11.23 أين تنظم نصوصه قواعد الإجراءات الواجبة التطبيق، أمام المحاكم الإسلامية ما تعلق بالأحوال الشخصية، حيث من أهم ما تضمنه هذا الأمر هو قواعد الاختصاص، وقواعد الإجراءات، وقواعد القضاء المستعجل، وقواعد تصفية وقسمة التركات، والطعن بالنقض، والطعن بالإلغاء، ثم نص في المادة الأخيرة منه إلغاء الأحكام، والقواعد المخالفة له، كمرسوم 1890.12.29 المتضمن إنشاء المحاكم الإباضية في الجزائر.

أما ما تعلق بأحكام الطلاق في التشريع 1959 (قانون السيدة قارة)، فإنه يعتبر تشريع 1959 / 04/02 والمتعلق بالزواج والطلاق، الأمر الثاني الذي أصدره المشرع الفرنسي.⁽²⁸⁾ هذا التشريع الذي بقي العمل به سائراً في الجزائر بعد الاستقلال، باستثناء قواعده التي تتنافى مع السيادة الوطنية، وعليه فإن هذا التشريع يتضمن على ثلاثة نصوص تحكم قضايا الأحوال الشخصية وهي :

25. (RENIE MONIR : La loi française et cotumes indigène en Algérie, paris 1932 P. 170).

26. C. KEHIL RITES Musulmans et coutumes indigènes devant la jurisprudence Algérienne, la revue Algérienne T. II 1936 P. 105 et 107.

27. Marcel-ghozi le juge de paix Algérienne, 07.03.

(28) الأمر الذي أصدره المشرع الفرنسي يتعلق بالولاية والوصاية والحجر وكان بتاريخ 1957 / 07 / 11

1- أمر رقم 59 / 274 الصادر بتاريخ 02 / 04 / 1959.

2- مرسوم رقم 59 / 1082 الصادر بتاريخ 17 / 09 / 1959 الذي حدد شروط تطبيق أمر 1959.

3- قرار وزير العدل الفرنسي الصادر بتاريخ⁽²⁹⁾ 14 / 11 / 1959؛

لقد كان المشرع الفرنسي يهدف من وراء التشريعات المذكورة أعلاه، إحكام قبضته على الأسرة الجزائرية وإحصاء كل تصرفاتها وإلى إحداث تمييز بين جهات المجتمع الجزائري. وعليه فما نستقرؤه من ملاحظات في تشريع 59 ما يلي :

أ- حيث جاءت المادة العاشرة منه : أنه لا تطبق أحكام هذا الأمر على عقود الزواج التي ألزمت وفقا للمذهب الإباضي، كما تضمن هذا التشريع أنه جعل كل انحلال لعقد الزواج، لا يتم إلا بطريقتين وهما : الأولى : وفاة أحد الزوجين، الثانية : صدور حكم من القاضي، بمعنى أن الزواج لا ينحل إلا بقرار من القاضي فيما عدا حالة الوفاة .

فما يستوحى من هذا التشريع من خلال، الانحلال عن طريق القضاء أنه لا يعترف بالطلاق، ولكنه يعترف بالتطليق طبقا لهذا التشريع⁽³⁰⁾ وهو بهذا يكون قد انتزع حق فك العصمة المقرر للزوج وحده، وأوقف كل طلاق.

ب- كما تضمن هذا التشريع في بعض المواد الآتية 4 ، 5 ، 8 ، 6 قواعد وأحكاما تتعلق بانحلال عقد الزواج، وما يمكن اتخاذه من إجراءات عاجلة مؤقتة، كما ضبط في نفس الوقت إجراءات عادت على الزوجة بمنافع ملموسة، كمحاولة الصلح المنصوص عليها في المادة 13 من تشريع 1959 ؛ حيث أظهرت التطبيقات العملية لهذا التشريع أنه في كثير من الأحوال يحل الوفاق بين الزوجين محل الشقاق، بفضل محاولة الصلح⁽³¹⁾ ومما تجدر الإشارة إليه أن هذا التشريع، وإن كانت بعض أحكامه مستمدة من الشريعة

(29) الدكتور وحيد الدين سوار مذكرة محاضرات لطلبة الحقوق، بن عكنون، من سنة 1970 بعنوان «الأشخاص والأسرة». د. محمد تقيّة: مقال بعنوان «تطور المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية خلال عشرين سنة من استرجاع السيادة الجزائرية» منشور بمجلة الفكر القانوني، العدد الأول، شهر نوفمبر من سنة 1984.

(30) مورييس بورمانس مقال / مترجم إلى العربية بعنوان : الأسرة والقانون الإيجابي في المغرب العربي - مجلة جزائرية رقم 03 سبتمبر 1974 ص 15.

(31) أ. صلاح الدين قورة مقال بعنوان : «الطلاق والتطليق في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي الجزائري في المجلة الجزائرية للعلوم القضائية والاقتصادية والسياسية عدد رقم 03 سبتمبر 1974 ص 16، وما بعدها.

الإسلامية معتمدا على مذهب الإمام مالك⁽³²⁾ مثل : مسألة الصلح المنصوص عليها في المادة 13 منه، والتي سبق نص تواجدها في القرآن الكريم باعتباره مصدراً أولياً لمبادئ الشريعة الإسلامية في أحكام الطلاق.

أما ما تعلق بقرار وزير العدل الفرنسي المؤرخ في 1959 / 11 / 14 المشار إليه أعلاه، والذي حدد أنواع الوثائق، والمستندات، التي يجب على الراغب في إبرام عقد الزواج تقديمها، إلى ضابط الحالة المدنية، أو القاضي، وتضمن أيضاً، في حالة انحلال عقد الزواج تبيان حالات وقوع الطلاق أمام القضاء⁽³³⁾. إنه في نظرنا أن تشريع 59، قد جعل إرادة الرجل المنفردة تلعب الدور الرئيسي في الطلاق، وبالتالي فالقضاء ملزم بإصدار الحكم بالطلاق، باعتبار أن مجاله واسع النطاق. وعليه ما تجدر الإشارة إليه أيضاً، أن المرسوم أعلاه (1082) قد حدد بموجب المادة 11 منه أسباب وقوع الطلاق المحصورة في ستة حالات وهي⁽³⁴⁾:

1- الاتفاق بين الزوجين على انحلال الرابطة الزوجية.

2- الغياب المتكرر للزوج.

3- الزنا من جانب الزوج المختصم.

4- الحكم على الزوج المختصم، بحكم يمس شرفه، أو كيانه.

5- الإساءة أو الظلم، أو الإهانة البالغة.

6- الإرادة المنفردة للزوج.

إن تشريع 1959 المتعلق بالزواج والطلاق، قد تأثر واضعوه بالقانون الفرنسي والذي يقصد بإنهاء الزواج وقت حياة الزوجين، بحكم يصدر من القاضي بناء على سبب، من الأسباب التي يحددها القانون⁽³⁵⁾ لأن تشريع 1959 في الجزائر في ظل الاحتلال كان لا يعرف النوع الأول (أي الطلاق) مما استلزم وجوباً في تشريعه أن يتم انحلال رابطة الزوجية في كل الحالات بحكم قضائي، كما أشارت إليه سلفاً ان عمق ما كان يهدف إليه المشرع الفرنسي في إصدار تشريعات، وعلى وجه الخصوص تشريع 59

(32) جاء في أمر صادر بتاريخ 1944 / 11 / 23 المادة 04 منه ما يلي : «يفترض أن كل مسلم جزائري يعد منتصياً إلى المذهب المالكي ما لم يثبت العكس».

33. Jules Roussier : Le mariage et sa dissolution dans le statut local alger 1960.

(34) ابن التومي العربي : مقال بعنوان : الطلاق في التشريع الإسلامي وقانون 1959، / 09 / 17 نشرة القضاء رقم 1967 / 6 ص 18، 19، 26.

(35) د. عبد الفتاح عبد الباقي : الزواج في القانون الفرنسي ص 167، 168 ط 1965، مطبعة النهضة، مصر.

هو التفريق، والتميز بين أبناء المجتمع الواحد، وخرق قواعد الشريعة الإسلامية في أحكامها الجوهرية، حيث كان قد سبق للمشرع الفرنسي في سنة 1931 أن أصدر مرسوما في 19/05/1931 عمد فيه إلى ترسيخ بعض العادات، والتقاليد، فحكمها أيما تحكيم وأعطى لها قوة القانون، إذ حرم بموجبها المرأة القبائلية حقها من الإرث تكريسا لبعض التقاليد، ولبعض الأعراف المحلية، وهو بهذا خرق قاعدة جوهرية في أحكام الشريعة الإسلامية وضربها عرض الحائط دون أن يبالي لآثارها. ومن ذلك أيضا إصدار المشرع الفرنسي مرسوم 24/05/1931 في المادة الأولى منه: «أين يلغي فيه العرف صراحة ما تعلق بأحكام الطلاق التي كان يطبقها ويكرسها قاضي الصلح، بمنطقة القبائل حيث جاء في المادة الأولى من المرسوم أعلاه أن⁽³⁶⁾ المرأة القبائلية تستطيع طلب التطليق بسبب سوء معاملة الزوج لها، أو في حالة عدم الانفاق أو التغيب، أكثر من سنتين أو حكم على الزوج بعقوبة جنائية قطعية.

إن نظام الطلاق ما تعلق بأحكامه في ظل الاحتلال يمكن حصر نتائجه في الآتي :
أولا : كان خاضعا لقواعد قانونية، تمثل خليطا من القانون المدني الفرنسي، والشريعة الإسلامية.

ثانيا : فرض الإدارة الفرنسية على بعض المحاكم تطبيق الأعراف، التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثا : حرص المشرع الفرنسي على تطبيق تشريع 1959 المتعلق بالزواج، والطلاق بهدف إحكام قبضته على الأسرة الجزائرية.

رابعا : انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، تكون تحت رقابة القضاء،

إن المشرع الجزائري لم يهمل، ولم يغفل المرجعية القانونية، في هذا الصدد، بل أقرها بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75/85 المؤرخ في 28/09/1975، والذي يعتبر الشريعة العامة للقانون الخاص والذي تقتضي، القواعد العامة في القانون، بأنه يجب الرجوع إليه ما لم يوجد نص خاص، وبرجعنا إلى المادة الأولى من القانون المدني نجدها تنص على ما يلي : «يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد القانون الطبيعي، وقواعد العدالة فالذي نستقرؤه من

(36) ابن تومي العربي المرجع السابق.

المادة أعلاه أن المشرع الجزائري رتب مصادر التشريع كالآتي :حيث جعل في المرتبة الأولى : النص القانوني، وفي المرتبة الثانية : مبادئ الشريعة الإسلامية، وفي المرتبة الثالثة : العرف، وفي المرتبة الرابعة : القانون الطبيعي، وقواعد العدالة. فالتحصيل الحاصل إذن أن القانون الواجب التطبيق في مادة الطلاق هي مبادئ الشريعة الإسلامية، باعتبارها مصدراً من مصادر القانون الجزائري وتشريع يكرس العمل بها في قضايا الأحوال الشخصية، ومنه أن قرارات المجلس الأعلى لم تتردد في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، فلقد جاء على سبيل الحصر قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1976.05.24 المرقم 220 / 13522 ما تعلق بمسالة الطلاق ما يلي : «إن طلب الطلاق هو حق للزوج منحت إياه الشريعة الإسلامية يمارسه متى شاء بدون أن يطالب بالأسباب التي جعلته يطلق» وما كان على قضاة الموضوع إلا أن استجابوا له طبقاً لقواعد الشرع.⁽³⁷⁾

أما ما تعلق بأحكام الطلاق بعد الاستقلال حيث استردت الجزائر استقلالها وتحررت من الهيمنة الاستعمارية، واسترجعت سيادتها الوطنية، وجدت الدولة الجزائرية الحديثة نفسها، أمام مجموعة من القوانين تخدم مصلحة المستعمر، وتحقيق أغراضه، أكثر مما تعمل على تنظيم شؤونها، وتحديد علاقات أفرادها بعضهم ببعض، ومن بين هذه القوانين تشريع قواعده التي تتنافى مع السيادة الوطنية، وذات الطابع الاستعماري، حيث من هنا بدأ مشكل التشريع في الجزائر المستقلة يطرح نفسه بحدة متناهية، وبناء عليه أصبح المشرع الجزائري أمام اختيار صعب للغاية، فهل يبقى على القوانين السائرة المفعول، وهذا بلا شك يتعارض مع حقيقة التشريع، الذي تحتم طبيعته أن يعكس الحقيقة الاجتماعية التي تمثل سلوك المجتمع، وأعرافه وما ينبغي أن يكون عليه من نظام اجتماعي، يبلور بحق مطامحه، وأصالته التاريخية والحضارية، أو يعمد إلى سن أي تشريع ليس فقط في ميدان قضايا الزواج والطلاق، والأسرة، على وجه العموم، إنما يتحتم عليه أن يشرع لكل الميادين ويحل محل التشريع القديم في كل المجالات، وهذا الأمر بات مستحيلاً استحالة مطلقة لأن سن أي قانون في أي مجال يتطلب بالضرورة وقتاً غير يسير، فأصبح عنصر الزمن ضاغطاً بكل شدة لا يسمح بسن

(37) قرار المجلس الأعلى رقم : 220/13522 غير منشور القرار المذكور أعلاه تتلخص حيثيات الطعن بالنقض في الحكم فيه كما يلي :- صدر قرار من مجلس قضاء سطيف بتاريخ 1974.11.20 صادق على حكم ابتدائي فيما قضي به من نفقة العمال (ص.م) لزوجته (ع.ف) وألغاه فيها زاد عن ذلك، وفضلاً للقضية من جديد قضى بالتفريق بين الطاعنة وبين زوجها، وألزم الأخير بأن يؤدي لها نفقة العدة 300 دج، 500 دج نفقة المتعة، واستند الطعن في الحكم إلى وجه وحيد مأخوذ من تشويه وقائع الدعوى بالقول بأن الطاعنة لم تطلب الطلاق البتة وإنما التمسّت الرجوع إلى محل الزوجية على شرط أن يُعد لها الزوج مسكناً يكون بعيداً عن أقاربه، وبما أسس قضاة الموضوع حكمهم على إلحاح الزوج في الطلاق، فهم قد شوّهوا الحقيقة - كما تدعي الطاعنة - الأمر الذي يجعل حكمهم عرضة للبطلان حسب زعمها.

أي تشريع مطلوب فاضطر المشرع الجزائري إلى سن قانون 1962.12.31⁽³⁸⁾ الحامل الرقم 153 - 62 مدد بواسطته العمل بالتشريع القديم، وأقر في مادته الثانية: «إن كل نص تشريعي باطل إذا ما مس بالسيادة الداخلية، أو الخارجية للدولة الجزائرية أو كان مستوحى، من بواعث استعمارية أو كان ذا طبيعة تمييزية، أو مس بالممارسة الطبيعية للحريات الديمقراطية، وبهذه المعايير استمر العمل بجمع النصوص القانونية، التي كانت سائدة قبل الاستقلال بوصفها تشريعات جزائية، تبناها المشرع الجزائري بحكم قانون استمرار العمل بالتشريعات السابقة، وبذلك رسم المشرع الجزائري الحدود الفاصلة بين ما يستمر العمل به، وبين ما يعتبر ملغى من التشريعات القديمة. وكما أشارت سابقا بدأ المشرع الجزائري يكرس العمل بنصوص تشريع 1959 أخذاً بقانون استمرار العمل بالتشريعات السابقة، حيث أضبط من خلال هذا التشريع النصوص التشريعية التي تحكم قضايا الأحوال الشخصية وهي :

- أمر 1957 المتضمن الوصاية والقوامة والحجز.

- أمر رقم 74-592 المؤرخ في 1959.02.04 المتضمن الزواج والطلاق.

- مرسوم رقم 59 1082 المؤرخ في 1959.04.17 الذي يحدد شروط تطبيق أمر 59 واستمرت هذه النصوص مطبقة على أن ألغيت كل التشريعات القديمة بأمر 1973.07.05 وأصبحت أحكام الشريعة الإسلامية هي القانون المطبق وحده في مجال قضايا الأحوال الشخصية.

وعليه فإن ما تجدر الإشارة له، أن المشرع ما تعلق بالتقنين المدني المؤرخ في 1975.09.26 والذي جعل سريان مفعوله بأثر رجعي بداية من تاريخ التشريعات القديمة، وهذا تحت ضغط الضرورة، وسداً للفراغ التشريعي الهائل، الواقع في الفترة ما بين 1975.07.05، و1975.09.26، والذي أكد فيه أن القانون المدني هو الصبغة الرسمية لأحكام الشريعة الإسلامية في مجال قضايا الأحوال الشخصية حيث نص في المادة 44 منه على أنه : يخضع فاقد الأهلية وناقصها بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط وفقاً للقواعد المقررة في القانون.

ومن المعلوم أن القواعد التي تنظم أحكام الولاية، الوصاية، والقوامة، كان ينص عليها أمر 1957 الذي ألغى ضمن التشريعات القديمة، ولذا فعند عدم وجود نص يطبق على قضايا الأحوال الشخصية التي من بينها الأحكام المذكور أعلاه، تطبق الفقرة الثانية من المادة

(38) مقال د . محمد تقي منشور بمجلة الفكر القانوني بعنوان «تطور المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية» .

الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه : «إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية» واستمر المشرع الجزائري من تكريس العمل في التفكير في كيفية التخلص من الازدواجية، والتبعية القضائية، فأنشأ جهازاً قضائياً يتلاءم مع تطلعات المجتمع، وأوضاعه الجديدة فكان أن صدر القانون رقم 21863 المؤرخ في 18.06.1963 ليلغي ولاية محكمة النقض الفرنسية، على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الجزائرية ولينشئ مكانة «المجلس القضائي الأعلى» وأصدر مرسوماً آخر يحمل رقم 261-63 المؤرخ في 18.06.1963 أين يلغى فيه المحاكم الشرعية الإسلامية ونقل اختصاصاتها إلى المحاكم المدنية العادية ليبقى في الأخير على ثلاثة أنواع من المحاكم هي المحاكم الابتدائية، والمحاكم الابتدائية الكبرى، ومحاكم الاستئناف تحت ظل المجلس القضائي الأعلى.⁽³⁹⁾

لقد أصبح المشرع الجزائري أمام اختيار صعب للغاية كما سبقت الإشارة له، فأصدر رقم 1962.12.31 / 62-153 الذي حسم الموقف فقضي باستمرارية تطبيق التشريع الفرنسي، إلا ما كان يتنافى منه مع السيادة الوطنية، وذات الطابع الاستعماري، والتي تتسم بطابع التفرقة والتمييز، ولقد برر المشرع هذا التمديد في ديباجة القانون المذكور بقوله :⁽⁴⁰⁾ «إذا كانت الظروف لا تسمح بإعطاء البلاد تشريعاً يتماشى مع احتياجاتها، وطموحاتها، فإنه من غير المعقول تركها تسير بدون قانون، ولذلك كان من الضروري تمديد مفعول القانون القديم واستبعاد الأحكام التي تتنافى، والسيادة الوطنية إلى أن يتم التمكن من وضع تشريع جديد » وهو بهذا يكون قد مدّ العمل بعد الاستقلال بتشريع 1959 ما تعلق بالطلاق، وعمم تطبيقه على كافة المواطنين خلافاً لما كان عليه الوضع في الاحتلال، أين كان يلتجأ فيه المستعمر من تمزيق، ووحدة الأسرة الفكرية، والثقافية، قصد إبعادها عن أصلاتها، ومقوماتها الشخصية العربية الإسلامية، لأنه كان يعلم جيداً أنها الخلية الحية في المجتمع، وجدير بالإشارة، واستناداً لما أكدته سابقاً، أن المشرع استمر تكريس عمله بعد الاستقلال في إصدار بعض القوانين ألغت صراحة بعض النصوص التي تتسم بروح التفرقة، بين أبناء الشعب الجزائري.

ومن ذلك مثلاً : قانون رقم 3/224 المؤرخ في 29.07.1963 الذي نص في المادة السادسة منه على ما يلي : تلغي جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون وعلى الأخص المادتان 05، 10 من الأمر رقم 59 / 274 الصادر في.⁽⁴¹⁾ 04.02.1959.

(39) الأستاذ عبد العزيز نويري مقال بعنوان : النظام القانوني الجزائري خلال ربع قرن، مجلة الشرطة العدد 41، 1989 ص 17 وما بعدها.

(40) جاء في نص المادة 10 من الأمر 59، 02، 04 ما يلي : لا تطبق أحكام هذا الأمر على عقود الزواج التي أبرمت وفقاً لمذهب الإباضية .

(41) د . جمال مرسي بدر : محاضرات بعنوان معايير التشريعات والقضاء في التطبيق على ضوءها مجلة القضاء العراقية العدد 03 من سنة 1970 ص 28 - 27 .

إن المشرع الجزائري أسند فعلاً إلى القاضي دوراً شبه تشريعي، بحكم كون النصوص التشريعية التي سيطبقها غير محددة على وجه قاطع مانع، فهناك القوانين القديمة التي استمر العمل بها ولكن هناك من جهة أخرى الاستثناءات، التي نصت عليها المادة الثانية من قانون 1962.12.31 التي من شأنها استبعاد سريان التشريعات القديمة، واعتبارها ملغاة من 1962.12.31 في بعض الحالات، فلو كانت المعايير التي نص عليها قانون 1962.12.31 لاستبعاد التشريعات معايير دقيقة لكان دور القاضي الجزائري أقرب إلى مجرد مطبق للقانون، كما هو الأصل في مهمة القاضي، لكن تلك المعايير جاءت بحكم الضرورات العلمية، ولاستحالة استعراض التشريعات القديمة كلها، وتحديد الملغى منها، والمستمر النفاذ، معايير عامة، ومرنة غير محددة، مثل كون التشريع القديم ماساً بالسيادة أو الصادر عن بواعث أستعمارية، أو غير ذلك مما نصت عليه المادة الثانية وكلها معايير لا يمكن بذاتها مباشرة، أن تدلنا على ما هو مستمر النفاذ وهو ملغى من القوانين القديمة الفرنسية الأصل بل إن معرفة ذلك يتطلب من القاضي معرفة إجتهادية ترمي إلى التعرف على القانون المطبق، لا إلى مجرد تطبيق قانون لا شبيهة في انطباقه⁽⁴²⁾

لقد أدى هذا الوضع، على دفع القضاء الجزائري، إلى المزيد من العناية والتمحيص، جعله يضطلع بمهمة القاضي المجتهد، والمنظر، الذي يلزمه استقصاء قصد المشرع، واستحضار المعايير، ومفاهيمها، وإحياءاتها، عند كل حالة فضلاً عن مهمته الأساسية، إذ عمل القضاء بنجاح على تطبيق القانون المستمر النفاذ، بروح وطنية ثابتة، وقام المجلس القضائي الأعلى بدور رائد في هذا المجال، فرسم اتجاهها سليماً، محافظاً على السيادة والكيان، متصاعداً في التبيان، والوضوح، والتطور، متماشياً مع التطور الاجتماعي، والاقتصادي، لمجتمعنا ويشهد له بذلك الأحكام، والقرارات، التي أصدرها منذ نشأته غداة الاستقلال، في كل المجالات سواء في مجالات القانون العام، أو القانون الخاص، وخاصة في مجال الأحوال الشخصية، التي لها صلة وثيقة بالعقيدة، وبأحكام الشريعة الإسلامية السمحة، حيث لوحظ تطور «المجلس الأعلى» في هذا الاتجاه نحو جعل الشريعة الإسلامية هي القانون العام، الواجب التطبيق في مسائل الطلاق، حيث نجده يدفع بعدم تطبيق تشريع 1959 في هذه المسائل، كلما تعارض تطبيقه مع أحكام الشريعة الإسلامية، فجاء في قراره الصادر بتاريخ 1976.05.13 الحامل لرقم 11826/181 مايلى : حيث أن الشريعة الإسلامية هي القانون العام الواجب التطبيق

(42) يلاحظ أنه وإن كان صدور قرار المجلس الأعلى هذا قد تم بعد إلغاء تشريع 59 أي بعد تاريخ 1975.07.05 فإن قضاء المجلس الأعلى راعو في هذه القضية القانون الواجب التطبيق وهو تشريع 59، وعملاً وتطبيقاً أيضاً من القضاء لقاعدة عدم رجعية القوانين، ولأن وقائع القضية تعود إلى سنة 1970، ولأن القانون الساري العمل به آنذاك هو تشريع 59.

في مسألة الطلاق، الذي هو بيد الرجل وحده، إذ له أن يطلق متى شاء من دون بيان أي سبب، ولا تتوقف صحة طلاقه على حكم حاكم وعليه إنه من خلال استقراءنا للقرار المذكور أعلاه، نلاحظ فيه أنه خلاف لتشريع 1959 الذي تنص المادة 06 منه : على أن الزواج لا ينحل إلا بقرار من القاضي في ما عدا حالة الوفاة، ويصدر قرار انحلال الزواج بناء على طلب يقدم من أي من الزوجين إلى القاضي المختص كما يستفاد من القرار المذكور أعلاه أن «المجلس الأعلى» مازال يكرس العمل بتشريع 59 بإعتباره النظام الحالي المتعلق بالأسرة بحيث أعتبر المجلس أن اليوم الذي مثل فيه المطلق (خ، ع) لأول مرة أمام المحاكم لإصدار حكم له، كان بمثابة إشهاد على إزالة قيد الزوجية، ولكن ما نلاحظه في نفس الوقت أن المجلس لم يطبق أحكام التشريع، التي تتنافي مع الشريعة الإسلامية، بل حاول إبعاد كل نص خالف القواعد الجوهرية لأحكام الطلاق، وقال في نص قراره : «أن الرجل يطلق متى شاء من دون بيان أي سبب ولا تتوقف صحة طلاقه على حكم حاكم⁽⁴³⁾ ومن ذلك أيضا اجتهادات «المجلس الأعلى» ما تعلق بمراجعة الزوج لزوجته، باقتراح جديد يعتبر في نظرهم استئناف للحياة الزوجية السابقة، بشرط إذا وقعت هذه الرجعية بعد الطلاق غير بائن بينونة كبرى، فقضاة «المجلس الأعلى» في هذا الشأن، يرون ما تعلق بصورة حكم المراجعة في هذه الحالة لا يمكن إخضاعه لنصوص تشريع 1959، لأنه مرخص به طبقا للقواعد الجوهرية للشريعة الإسلامية، في أحكام طلاق الرجعة، إذ جاء في قرارهم الصادر بتاريخ 27، 11، 1968 مايلي : إن الشريعة تسمح للزوجين بعد افتراق ولو نهائي، ولكن غير بائن بينونة كبرى، مثل الذي يحصل من طلاق ثلاث، أن يتراجعا باقتراح جديد هو في الواقع ليس إلا استئنافا للزواج السابق، ولا يمكن إخضاعه لنصوص تشريع 1959⁽⁴⁴⁾، إن ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد أن المشرع الجزائري وجد نفسه بعد الحصول على السيادة الوطنية الجزائرية أمام مشكل تشريعي يطرح نفسه، بحدّة متناهية، ويكمن في هل يبقى على القوانين السائرة المفعول أم يضطر إلى إنشاء تشريع جديد، يتماشى وطموحات المجتمع بعد الاستقلال، ومنه أيضا إصدار قانون 1962.12.13 مدد بواسطته العمل بالتشريع القديم مع رسوم الحدود الفاصلة بين ما يستمر العمل به وما يتغير ملغى من التشريعات القديمة، بما فيه صدور أمر 1973.07.05 الذي بموجبه أصبحت أحكام الشريعة الإسلامية هي القانون المطبق في

(43) قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 27 11 1968 في الطعن بالنقض في الحكم صادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 30 04 1968 لفائدة (ب، ب) ضد (أ، ب) منشور بمجموعة الأحكام - مديرية - وزارة العدل ص 72.

(44) لقد ورد في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 27، 03، 1968 استخدام عبارة التطبيق بدلا من عبارة الطلاق مع أن القرار يتعلق بالطلاق وليس التطبيق فالسؤال يبقى مطروحا لماذا عبر المجلس الأعلى في قراره هذا بعبارة التطبيق؟؟

مجال الأحوال الشخصية، مع تأكيد المشرع الجزائري أن القانون المدني، هو الصفة الرسمية لأحكام الشريعة الإسلامية في مجال قضايا الأحوال الشخصية، بموجب المادة 01، والمادة 44، وما للدور المميز والبناء، والفعال، للمجلس القضائي الأعلى الذي من خلاله أسند المشرع للقاضي دوراً شبه تشريعي، كون أن النصوص التشريعية التي سيطبقها غير محددة على وجه قاطع مانع، ومنه أيضاً تواجد الوضع بعد الاستقلال، بدفع القضاء الجزائري إلى المزيد من العناية، والتمحيص، حيث أصبح القاضي يضطلع بمهمة القاضي المجتهد، والمنظر الذي يلزمه استقصاء قصد المشرع، واستحضار المعايير، ومفاهيمها عن كل حالة فضلاً عن مهمته الأساسية.

إن ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الشأن، وهو أنه رغم ما سن المشرع الجزائري من قوانين وتشريعات، لقضايا الأحوال الشخصية، نظراً لخطورتها، وطبيعتها، ونوعيتها، أضحي من الضروري بما كان، على المشرع في هذه الفترة، بالخصوص بعد حيازته على السيادة الوطنية أن يفكر في إنشاء قانون للأسرة يتضمن مجموعة القواعد التي تظم حالة الشخص، وعلاقته المالية، وغير المالية مع أسرته، ومجتمعه، فلقد أدرك المشرع ووعيا منه أنه أتى على الجزائريين حين من الدهر، كادت تطمس فيه معالم شخصيتهم وتقطع بينهم وبين ماضيهم الحضاري، وانتمائهم الإسلامي، كل الأواصر حيث أراد أن يضيف إلى المجال التشريعي، بناء قانونيا في الجزائر العربية، المسلمة، المستقلة، بسنّه قانونا للأحوال الشخصية كغيره من البلدان العربية الإسلامية الأخرى، وهذا حتى يبعد ما من شأنه تأويلات، تختلف باختلاف المحاكم، والمجالس القضائية لأنه غالبا ما تكون أحكامها مختلفة حسب شخصية القاضي، وعليه فوجود قانون للأسرة، لعله يقلل من حدة هذه التأويلات ويضبط على وجه الخصوص قضايا الأحوال الشخصية، ونزولا عند كل هذه الطموحات، التي رغبها وتأملها المشرع فكان بتاريخ 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يوليو 1984 هو تاريخ إصدار المشرع الجزائري لقانون 11 / 84 الذي يتضمن قانون الأسرة الذي أصبح يحكم العلاقات التي تربط بين طرفي العقد سواء عند اقترانهما، أو عند افتراقهما، وكذا الآثار المترتبة على تلك العلاقات، وعليه فإن جميع العلاقات بين أفراد الأسرة تخضع لأحكامه، طبقا للمادة الأولى منه، ومن يومئذ أضحي هذا التشريع جيدا بالنسبة لهذه الفترة. وما زال ساري المفعول لحد الآن وحتى تاريخ 27 فبراير من سنة 2005. صدر أمر رقم 05 / 02 بتعديل بعضا من نصوصه، ومن ذلك أيضا ما تجدر الملاحظة في شأنه ما تعلق بمسألة الطلاق أن نسبة الطلاق ارتفعت بصفة مستمرة قبل صدور قانون 11 / 84، أي السنوات الأولى من الاستقلال، فخلال عام 1962 كانت النسبة 08 % بينما ارتفعت في سنة 1965 على 14 % ووصلت في سنة 1968 إلى 20 % حيث بدأت

تعرف نوعا من الاستقرار ابتداء من سنة 1970 حسب ما هو موضح في الجدول الإحصائي التالي الوارد عن وزارة العدل بالنسبة للأحصائيات القضائية للطلاق من سنة 1971 إلى سنة 1980 والجدول كآتي :

السنة	الطلبات المسجلة للطلاق	حالات الطلاق
1971	13.423	13.418
1972	16.725	13.481
1973	18.272	17.019
1974	14.705	16.602
1975	19.338	17.531
1976	23.145	17.793
1977	22.601	19.052
1978	23.889	22.138
1979	86.459	22.564
1980	25.991	22.096

و منه أيضا ما تعلق بالإحصائيات لظاهرة الطلاق، حيث أحصت مصالح النيابة العامة لدى مجلس قضاء وهران، على سبيل المثال وهذا على امتداد محاكم الولاية المهمة بالفصل في الأحوال الشخصية، زهاء 2036. حالة طلاق في سنة واحدة (2004). والإحصائيات كالتالي :

* الطلاق بالإرادة المنفردة محصاة بمجموع 1075 حالة.

* الطلاق بالتراضي بين الزوجين محصاة بمجموع 837 حالة.

* التطليق بطلب من الزوجة محصاة بمجموع 114 حالة.

* الخلع بطلب من الزوجة محصاة بمجموع 10 حالات.

إن ما تعلق بالطلاق في النصف الأول من سنة 2005 فقد وصلت نسبته إلى 22.5% من المعدل الإجمالي لعقود القران المسجلة في مصالح الحالة المدنية، مقارنة بسنة 2004 فإن نسبة الطلاق توقفت عند 19.25%. و عليه فإن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد أن إنتشار ظاهرة الطلاق في المدن الكبرى إزداد بكثرة، فعلى سبيل المثال، وبموجب ما جاء في إحصائيات مجلس قضاء العاصمة أن هناك 16000 قضية طلاق في سنة 2003 والتي وزعت على محاكمها الخمس.

ومنه أيضا ما استجد في الإحصائيات، حيث كشفت مصادر مسؤولة بوزارة العدل، أن حالات الطلاق في الجزائر خلال سنة 2006 تجاوزت 35 ألف حالة، حيث لوحظ أن الخلع قد سجل ارتفاعا كبيرا حيث تجاوز 3500 حالة في الوقت الذي سجل ما يزيد عن 300 ألف عقد زواج.

أهمية الموضوع ومكانته

لقد تناولت موضوع الطلاق، كدراسة، وصفية تحليلية، تستوجب مني، تحديد أهميته ومكانته وفق نطاقه الواسع المخصوص له.

أولاً : تكتسي أهمية الطلاق لكونه موضوع كل أسرة، وما ينشأ فيها من خلافات يومية تنتهي بالتفريق، أو بالصلح.

ثانيا : يعتبر الطلاق محورا أساسيا، ورئيسيا في قانون الأسرة، والذي يحكم حالة الشخص، وتصرفاته، بوصفه عضوا في الأسرة، وعضوا في المجتمع، فان مكانه يعتبر القانون الخاص، وبالتالي فرع من فروع القانون المدني.

ثالثا : يعتري الطلاق أحكام فقهية، مرجعيتها الشريعة الإسلامية الغراء التي هي القانون الواجب التطبيق طبقا للمادة 222 من تشريع الأسرة

رابعا : يعد الطلاق أثرا رئيساً، من حيث الآثار المترتبة في انحلال الرابطة الزوجية.

خامسا : تكريس العمل بنصوص قانونية، ليس فيها غموض، ولا لبس، مراعية في ذلك معيار استعمال الحق الارادي في هذا التصرف.

سادسا : ندرة الدراسات العلمية، حول موضوع الطلاق في الجزائر، على الرغم من الارتفاع الشديد، والمتزايد لمعدلات الطلاق في المجتمع الجزائري، وما لهذا من آثار سلبية على الأسرة الجزائرية، خاصة، والمجتمع الجزائري بصفة عامة.

سابعا : من حيث كون الجهة القضائية عليها أن تشدد في مسألة الطلاق، ولا تثبته بموجب أحكامها، إلا في حالة الأسباب القاهرة، والشرعية، نظراً لحساسيته وكونه تصرف، خطير، وله طبيعة، وخصوصية تميزه.

ثامنا : عدم انسجام الواقع المعاش، مع النصوص القانونية للطلاق.

تاسعا : تواجد أسباب معظم حالات الطلاق، منها على سبيل الحصر: «عدم التكافؤ الفكري، عدم التكافؤ الاقتصادي والاجتماعي، تطلعات المرأة للجانب المادي بإكتراث، الغيرة المفرطة التي تولد الشك، فارق السن الكبير بين الرجل والمرأة، أو عقم عند أحدهما...».

عاشرا : غياب قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية في الجزائر. مما رتب عن هذا الغياب، تواجد تباينات، أفرزت إشكالات كثيرة في المجال العملي. ومنها على سبيل المثال :«عدم التمييز بين الطلاق الرضائي، والطلاق بإرادة الزوج، أو بطلب من الزوجة، إذ رسم المشرع الطريق القضائي كخيار وحيد أمام الطرفين.

الحادي عشر : تكتسي أهميته الكبرى من حيث التشريع، أي ما تناوله مجال التشريع، من أحكام الطلاق بموجب نصوصه المقيدة لذلك، وهذا من حيث الموضوع، ومواده كالأتي انحلال الزواج م (47) الطلاق المواد (57/48، 57 مكرر) من القانون الجديد، آثار الطلاق المواد (80/58) العدة المواد (73/58) النزاع في متاع البيت (73)، النفقة. (80 / 74) الحضانة (72/62)

الثاني عشر : مدى مكانة المرأة في الطلاق، بإعتبارها المحل المقصود به. ولما للقضاء من دور في تكريس العمل بالتشريع في معاقبة كل من يسيء استعمال هذا التعسف في الحق وهذا بتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها من جراء الطلاق التعسفي الواقع بغير سبب معقول.

الثالث عشر : أهميته في الدراسة الوصفية والتفسيرية للطلاق، من حيث جميع الأحكام التي تعتريه شرعا، وقانونا، وقضاءً.

الرابع عشر : دور الاجتهاد القضائي، في أحكام الطلاق، وبالأخص قضاء (المحكمة العليا) في هذا الشأن، بإعتبارها المرجع في تفسير القانون، وتوحيد الرأي، وإرساء قواعد قانونية، وتحديثها ويتجلى ذلك من خلال التطور المستمر للإجتهاد القضائي، من يوم لآخر تماشيا مع تطور القانون في مختلف المجالات، فقضاء المحكمة العليا في هذا الخصوص، هو الإجتهد الأول والأخير في تأويل، وتفسير، ومراقبة مدى تطبيق القانون على أكمل وجه.

الخامس عشر : تتجلى أهمية الموضوع أيضا، في إظهار، وتبيان معدلات حالات الطلاق، من حيث الزيادة، والارتفاع، عن طريق إحصائيات دقيقة، صادرة من الجهة المعنية.

السادس عشر : النوعية، والطبيعة، والخصوصيته المعينة، لكون أن هذه المسألة ذات أهمية خاصة، لأن موضوعها الأسرة في كل المجتمعات الغربية، والعربية، والإسلامية، والمسيحية، واليهودية.

إنه لما كان العمل المنهجي يتطلب إشكالية للبحث، وفروض حل لها فقد ارتأيت بضرورة طبيعة وخصوصية هذه الدراسة طرح الإشكالية الرئيسية الأساسية للموضوع والتي تكمن في الآتي :- **ما مدى كفاية تشريع الأسرة في تنظيم انحلال الرابطة الزوجية وموقف الإجتهد القضائي منها ؟**

إن التساؤل الرئيسي أعلاه، يتفرع عنه إشكاليات جزئية، يكون الجواب عليها في مضامين الموضوع، من خلال أبوابه، وفصوله، ومباحثه، ومطالبه، وفروعه، وهذا غرضاً لدحضه، ودفعه الدفع الشكلي، والموضوعي، ومنه كانت منهجيتي في تقسيم خطة البحث كالآتي : مقدمة، وبابين رئيسيين يخضع كل باب فيها إلى فصول وكل فصل إلى مباحث وكل مبحث إلى مطالب وكل مطلب إلى فروع ثم خاتمة مرفقة بمقترحات وقائمة لثبت المراجع.

الخطة المتبعة

مقدمة

الباب الأول : الطلاق في ظل قانون 84 / 11 ، والقانون المعدل والمتمم 05/09

الفصل الأول : الموقف التشريعي من الطلاق من خلال قانون الأسرة.

الفصل الثاني : موقف التشريع والقضاء من الطلاق بطلب من الزوجة.

الباب الثاني : مبادئ وأثار الطلاق وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وموقف الإجتهد القضائي منه، وإجراءات التقاضي فيه .

الفصل الأول : مبادئ وأثار الطلاق في أحكام الشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني : موقف قضاء المحكمة العليا من النصوص الشرعية الواجبة التطبيق والطبيعة القانونية للحكم المنشئ.

الفصل الثالث : إجراءات التقاضي في الطلاق

تمت المناقشة العلنية لهذه الرسالة يوم الأربعاء 21 فيفري 2007 بمدرج الحرية
بكلية الحقوق جامعة الجزائر من طرف اللجنة المشكلة، من السادة الأساتذة
الدكاترة الآتية :

الأستاذ الدكتور / تشوار الجيلالي..... رئيسا
الأستاذ الدكتور / بن ملحّة الغوثي..... مقرا
الأستاذ الدكتور / فيلالي علي..... عضوا
الأستاذ الدكتور / محمدي فريدة عضوا
الأستاذ الدكتور / محي الدين عكاشة عضوا
الأستاذ / طالب أحمد / رئيس غرفة بالمحكمة العليا / خبيرا

الباب الأول

**الطلاق في ظل قانون 11/84
والمعدل والمتمم 09/05**

الفصل الأول
الموقف التشريعي من الطلاق
من خلال قانون الأسرة

المبحث الأول

موقف المشرع من المعايير، والعوارض، والطرق.

توطئة :

لقد تعرض تشريع الأسرة إلى أحكام الطلاق وكان له موقفا واضحا وجليا من خلال المعايير والعوارض والطرق، وعليه فما يتطلبه المبحث والذي سنتناول فيه الموقف طرح السؤال الآتي : ما مدى كفاية تشريع الأسرة لأحكام الطلاق ؟

إن السؤال المطروح أعلاه سنجيب عليه من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الطلاق في التشريع.

المطلب الثاني : المعايير الجوهرية في الطلاق.

المطلب الثالث : عوارض الطلاق من حيث الإعتبارين القانوني والقضائي.

المطلب الرابع : طرق إنحلال الرابطة الزوجية.

المطلب الخامس : القيمة القانونية للطلاق .

المطلب الأول : تعريف الطلاق في التشريع :

لقد عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من قانون 11 / 84 والقانون المعدل والمتمم 05/09 والذي جاء فيه ما يلي : (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).⁽⁴⁵⁾

وعليه إن ما نلاحظه في تعريف المشرع لمادة الطلاق أنه أكثر إستيعابا، ودقة عن غيره من التعاريف الفقهية الأخرى، مثل ما جاء في تعريف الفقهاء المحدثين⁽⁴⁶⁾ (الطلاق حل رابطة الزوجية الصحيحة في الحال، والمآل بصفة، تفيد ذلك صراحة أو دلالة).

فما يلاحظ على هذا التعريف أنه جاء غامضا في صياغة غير محبكة، يفتقر فيه لخصائص التعريف الجامع المانع، حيث أن إستعماله بصفة تفيد ذلك صراحة ودلالة، بجعل الطلاق بالأفعال يدخل في عداد الطلاق المعمول به شرعا، وهذا ليس صحيحا، بل أنه أعطى تعريفا يسمح بوقوع الطلاق ضمنا، وهو غير معمول به، وما نلاحظه أيضا، من محترزات هذا التعريف، في قوله : « حل الرباط الزوجية » فهو كالجنس في التعريف فيشمل الطلاق، والفسخ جميعا، لأن كل واحد منهما، ينحل به رباط الزوجية وقوله « الصحيحة » قيد في التعريف، يخرج به بعض أنواع الفسخ، مثل فسخ الزواج بسبب ظهور موانع أو محرمات. فكل حل ورد على عقد زواج غير صحيح، يكون فسخا، وليس كل حل ورد على عقد زواج صحيح يكون طلاقا، بل يكون طلاقا وقد يكون فسخا، وقوله في سياق التعريف (في الحال والمآل) إشارة إلى أن الطلاق يتنوع إلى نوعين :

أولا : ما يقتضي حل رباط الزوجية، بمجرد حصوله بحيث لا يجوز للرجل أن يعيد زوجته إلى عصمته وهو الطلاق البائن.

ثانيا : ما يقتضي حل رباط الزوجية في المستقبل، بحيث يجوز للرجل أن يعيد زوجته إلى عصمته قبل مجيء الوقت المستقبل وهو الطلاق الرجعي، فإن للرجل أن يراجع زوجته قبل إنقضاء عدتها منه.

وقوله في سياق تعريفه (تفيد ذلك صراحة أو دلالة) إشارة إلى أن العبارة التي تستعمل في حل رباط الزوجية تنقسم إلى قسمين :

أ- ما يفيد ذلك المعنى صراحة، وذلك بأن تكون العبارة غير محتملة لغير معنى، حل رباط الزوجية كقول الرجل لزوجته مثلا : أنت طالق، وأنت مطلقة.

(45) قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 90/50

(46) د. بدران زبو العينين بدران. الزواج والطلاق في الإسلام طبعة 3. دار النهضة العربية - لبنان الجزء 1 ص 250.

ب - ما يفيد ذلك المعنى دلالة، وذلك بأن تكون العبارة محتملة لحل رباط الزوجية، ومحتملة لغير ذلك، كقول الرجل لزوجته مثلاً: «أنت مطلقة» فإن هذا اللفظ يحتمل حل رباط الزوجية يحتمل أنها خالية عن القيد الحسي، ولا يتعين للمعنى الأول، إلا بقرينة، فما هو معلوم بضرورة الحاصل، من خلال مفهوم الصراحة، أو دلالة)، كقيد في تعريف (الأستاذ الدكتور بدران أبو العينين بدران).

وعليه فإن الصريح على ما يدل حل رباط الزوجية، بدون حاجة إلى قرينة، ومنه أن غير الصريح ما لا يدل على معنى حل رباط الزوجية إلا بقرينة وهو بهذا التعريف يسمح بوقوع الطلاق ضمناً، حيث أن الطلاق الضمني، لم يجر عرف الناس بقصر إستعماله ومنه أيضاً، تعريفات الفقهاء المحدثين، كتعريف الأستاذ الدكتور محمد أبو زهرة⁽⁴⁷⁾ بقوله: أن الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال والمآل، بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها. وما نلاحظه في هذا التعريف، أنه يتميز بالدقة، والشمول، مما يسمح بإستيعاب التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري، في المادة 48 من قانون الأسرة.

المطلب الثاني : المعايير الجوهرية للطلاق؛

إن الطلاق باعتباره تصرف خطير، يجب أن يستعمل بحذر، وللضرورة القصوى جداً، مما إستوجبت مبادئه العامة، تقييد الزوجين بها، والتي نعتبرها في نظرنا معايير جوهرية، لأن الأصل في الطلاق الحظر، طبقاً لقوله: **«أبغض الحلال عند الله الطلاق»**، وتتخلص هذه المعايير في ما يلي :

* شعور الزوجين بمسؤولية نحو الآخر.

* إذا بدأ الخلاف بينهما، أوصت الشريعة الإسلامية، بأن يعمل كلٌّ أخلاق الآخر، ويصبر على ما يكرهه منه.

* إذا لم يعد أحدهما يحتمل الآخر، ويصبر على الخلاف معه، واشتد الخلاف بينهما، بحيث يخشى من الشقاق، والافتراق، أوجبت الشريعة الغراء، التحكيم بين أهلها، في هذا الخلاف.

* إذا لم ينفع التحكيم، وأصر كل من الطرفين على موقفه، أجازت الشريعة الغراء أن يقع الطلاق بين الزوجين لمرة واحدة، تعتمد فيها الزوجة في بيت الزوجية، مدة تقارب ثلاثة أشهر.

(47) الأستاذ د. أبو زهرة محمد. الأحوال الشخصية دار الفكر ط 1957 ص 362.

* إذا إنتهت العدة ولم يراجع الزوج، زوجته، أصبحت الطلقة بائنة، بمعنى أن الزوج لا يستطيع أن يعود إليها، الا بمهر، وعقد جديدين، وفي هذا الصدد جاءت أحكام الفقهية فيها مفصلة.

* إن زواج المرأة من زوج آخر، ثم عودتها الى زوجها الأول، أمر شديد الوقع على نفس كل من الزوج، والزوجة، وهو مما تنفر منه النفوس الكريمة فكان تعليق إباحة عودتهما، الى الحياة الزوجية، بعد الطلقة الثالثة على الزواج بزواج آخر، ثم طلاقها منه، منعاً في الحقيقة لايقاع الطلقة الثالثة، بحيث لا يقدم عليها الزوج وهو يعلم ما وراءها، من حكم قاس تشمئز منه نفسه، الا وقد يؤس نهائياً من استمرار حياته معها.⁽⁴⁸⁾

إنه لما كان الطلاق تصرف إرادي، تترتب عليه آثار شرعية، وكونه قرار في غاية الخطورة، فإنه يتطلب أن يشترط في الطلاق، ما يشترط في سائر التصرفات الشرعية، تطبيقاً للقواعد العامة، مما يستلزم مراعاة هذه الشروط حتى يمكن الاعتراف بهذا التصرف أمام القضاء. وقد أطلقنا عليها بتسمية المعايير الجوهرية في الطلاق، وهذا لسببين.

السبب الأول : أن الشريعة الاسلامية أسندت هذا التصرف، الى شخص واحد هو الزوج، كما أشارنا له في محور سابق في هذه الدراسة.⁽⁴⁹⁾

السبب الثاني : حتى نميز بينها، وبين التصرفات الآتية : «المكره، والسكران، وفاقد الاهلية، أو الاغلاق، والمرعوب، والحلف باليمين، والحرام».

وعليه فإن المعايير الجوهرية في الطلاق من حيث السببين المذكورين أعلاه تتلخص فيما يلي :

أ- من حيث هو تصرف إرادي مسند الى الزوج :

أولاً : وجود المبرر الشرعي : يشترط لايقاع الطلاق، تواجد المعيار الجوهرية، لاصدار مثل هذا الاجراء، ولا يتم ذلك الأبعد التأكد من إبقاء الرابطة الزوجية، بحيث تصبح الحياة مستحيلة بينهما.

ثانياً : أن يكون الزوج صاحب الحق في الطلاق مؤهلاً،⁽⁵⁰⁾ أي أن لا يكون للفظ الصادر، عن زوج مجنون أو معتوه، أية قيمة قانونية، ان لا يرتب أي أثر يعتد به، باعتبار

(48) د. مصطفى السباعي. المرأة الفقه والقانون ط الخامسة دار النشر المكتب الاسلامي ص 123 - 127.

(49) المحور المتعلق : بصاحب الحق في الطلاق اعتبرته شرطاً جوهرياً.

(50) الأهلية المطلوبة لأحداث الآثار ما جاوزت سن 19 طبقاً للمادة 40 من ق.م.ج إذا كان من الذين تم الترخيص لهم بالزواج قبل بلوغ سن 21 التي نص عليها القانون في المادة 07 من قانون الأسرة كشرط للزواج «... وللقاضى أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة».

أن الطلاق من التصرفات التي تحتاج الى العقل السليم، لكي يرتب الشارع عليه الآثار اللازمة.

ثالثاً : سلامة الارادة من العيوب

يجب أن يكون الزوج الذي يوقع الطلاق سليم الإرادة، فلا يتعرض لأكراه من أية جهة كانت، وذلك لأن الاكراه يُعَدُّم الارادة ويغيّبها، مما يجعل التصرف باطلا، إضافة على أن النطق من مكره عليه، ليس تحقيقاً للغرض الشرعي من الطلاق.

رابعاً : قيام الزوجية الصحيحة، عند توقيع الطلاق:

ونقصد به، محل الطلاق اذ لا يقع الطلاق على امرأة، بل محله الزوجة، في زوجية صحيحة، سواء كان قبل الدخول، أو بعده، فالطلاق أثر، من آثار العقد الصحيح.⁽⁵¹⁾

ب - شروط القصد الصحيح في الطلاق من حيث التصرف الذي لا يوقعه.

أولاً: طلاق ناقص الأهلية :

لقد اعتبر المشرع السفه، عديم الأهلية عندما نص عليه في المادة 85 من قانون الأسرة، على نحو يحالف مقتضى أحكام المادة 43 من القانون المدني، التي تعتبر السفه ناقص أهلية فقط، وليس عديمها، ويجب إزالة هذا التناقض، بأن تصحح المادة 85 من قانون الأسرة، على نحو المادة 43 من القانون المدني، لأن السفه يكون كذلك بالنسبة للتصرفات المالية، أما ما يتعلق بالتصرفات الشخصية، يجيز الفقه الاسلامي⁽⁵²⁾ له أن يزوج نفسه، وينوب غيره في ذلك، فناقض الأهلية من السفه يفقد السيطرة على تصرفاته، لأنه لا يدركها وتحول بينه، وبين تقدير عواقبها، من حيث التصرفات ونتائجها فتستوي عنده الخسارة، والربح، نظراً لتبذيره المال، والاسراف، في انفاقه على غير مقتضى العقل السليم.⁽⁵³⁾

ثانياً : طلاق المرعوب:

وهو الذي افتقد السيطرة على أعصابه، بسبب صدمة نفسية انعكست عليه، من هول ما يرى، أو سمع، فتنتابه حالة من التوتر، قد نشد الى درجة تفقده معها التمييز بين الصالح، والطالح، من الأفعال، والأقوال، ولما كان وضعه لما آل عليه في حالة من التوتر، فإن ما يصدر عليه من ألفاظ، لا يلتفت إليها، ولا يكون طلاقه منتجا لآثاره، باعتبار أن

(51) لا يقع الطلاق في الزواج الفاسد، لا يقع الطلاق على المرأة بعد الوطء بشبهة.

(52) جمهور الفقهاء من الأحناف، والمالكية، والشافعية) من الفقه على المذاهب الأربعة. ج 4

(53) د. أبو زهر محمد المرجع السابق ص 339.

الحالة التي يعانيتها هي ضعف عقلي، نتيجة الدهشة التي أصابته، فلا يختلف عن المجنون والمعتوه.

ثالثاً : طلاق الغضبان :

إن طلاق الغضبان، كما يطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية بطلاق الاغلاق، وهو : ما يصدر من شخص يعاني حالة من الانفعال الشديد، تلتهب فيها أعصابه، ثم ينتابها التوتر، والضعف، فتزول لذبذبة قوة الادراك، وينعدم تمييزه، فتخلط لديه معاني الكلمات التي يتلفظها، أو التي يسمعها، قيأخذ حكم المدهوش، أو المرعوب ، فإن تلفظ بالطلاق فلا عبرة بقوله، أو فعله، متى صدر منه وهو يعاني تلك الأزمة العصبية.

وعليه قال رسول صلى الله عليه وسلم « لا طلاق في اغلاق » ويقصد بالاغلاق هو ضيق أفق تفكير الشخص، وانسداد منافذ، الرؤيا العقلية، عنده، أثناء غضبه مما يفقده التصرف، ويجعل معيار التمييز منعدماً في هذه الحالة.

رابعاً : طلاق السكران :

يقصد بطلاق السكران : هو الذي أذهبت عقله، نشوة الخمر، أو الكحول مهما كان السائل الذي اختلط به، ويدخل في حكمه «الحشيش» المعروف باسم «الكيف» والذي يؤثر على القدرة العقلية للشخص، وكلاً من الخمر، والحشيش، يذهبان العقل مما يفقدان الشخص على التصرف، ويجعله ينطق بألفاظ، لا معنى لها ولا يعيها إذ المسؤولية في هذا مناطها التمييز، والادراك.

وعليه فحيث ينعدم التمييز تنعدم المسؤولية، ولذلك فإن طلاق السكران لا يقع لا دينا ولا قانوناً.⁽⁵⁴⁾

خامساً : طلاق المكره :

إن من التصرفات التي لا توقع الطلاق طلاق المكره، وهو الشخص الذي تلقى من جهة أجنبية عليه تهديداً، يلحق به ضرراً في ماله، أو في نفسه، فيقع تحت ضغط يحمله على قول، أو فعل ما ليس فيه رغبة، فيكون قوله، وفعله، صادرين على إرادة معينة.

وعليه فإنه واضح بنص المشرع الجزائري أن الطلاق يقع بإرادة الزوج.⁽⁵⁵⁾ فمن كانت ارادته ناقصة، أو معدومة فلا يقع طلاقه.

(54) د. علاء الدين ، فقه الأحوال الشخصية ، وما يليها ط 1 ص 106.

(55) م. 48 من ق.أس.ج .

ومنه أيضا، أن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية،⁽⁵⁶⁾ يقررون على أن طلاق المكره لا يقع، وهذا إعمالا، وتكريسا، للحديث النبوي الشريف رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه.⁽⁵⁷⁾

وعلى هذا يسير الحكم في القانون الجزائري، فمتى كان التصرف صادرا تحت تأثير الاكراه كان باطلاً.

سادسا : طلاق الهازل :

يقصد بالطلاق الهازل : الذي يتكلم عن غير قصد، ويهزل حيث الجد، وهناك مبدأ قانوني متعارف مؤداه : « لا اجتهد فيما ورد فيه نص » وهذا هو الذي ينطبق عكس الهازل، فمتى نطق بالطلاق وقع منه، وذلك لورود النص في قوله صلى الله عليه وسلم «ثلاثة جدهن جد، وهزلهن جد، النكاح، والطلاق، والعقاق». وبهذا أخذ الأئمة الثلاثة، حيث اتفقوا على أن طلاق الهازل يقع، لأن الهازل بالرغم من أنه يستعمل اللفظ، دون أن يريد الأثر الناتج عليه، فإن النتائج تترتب بقوة القانون.

سابعا : طلاق المخطيء :

يقصد بطلاق المخطيء⁽⁵⁸⁾ هو : الشخص الذي يصرح بما يخالف ما يضمنه، فيتكلم خلاف ما يجول في خاطره، أي زلّ لسانه، ونطق بالطلاق، فيقول لزوجته كلاما غير الذي كان يريد أن يقوله مثل : مخاطبة الزوج زوجته، بكلمة «أنت طائر بقوله أنت طالق» ويحصل ذلك، من دون قصد للطلاق.

وعليه جمهور الفقهاء : «إن هذا النوع من الطلاق يقع قضاءً»، إلا أن المالكية قيدوا وقوعه أمام القضاء بأن لم يثبت سبق لسانه بالبينة، والا فلا يلزمه في فتوى، ولا في قضاء. وعليه فمن خلال استنطاقنا للتصرفات المذكورة أعلاه، من حيث كونها لا توقع الطلاق، ممن يملكه ينبغي أن نلاحظ ما يلي :

أن المعيار الجوهرى للطلاق ما تعلق بالسبب الثانى : هو من التصرفات التي لا توقعه، وعليه يشترط فيها مراعاة القصد الصحيح في الطلاق، وهو ارادة التلفظ به، ولو لم ينوه إضافة على التصرفات أعلاه، فلا يقع طلاق فقيه يكرره، ولا طلاق حاك عن نفسه، أو غيره، لأنه لم يقصد معناه، بل قصد التعلم، والحكاية، ولا يقع طلاق مرّ بلسان نائم، أو من زال عقله بسبب لم يعص به.

(56) فقهاء المذاهب الآتية : (مالك، الشافعي، أحمد)

(57) الزواج والطلاق في الإسلام د. بدران أبو العينين بدران ص 258 / 295.

(58) القوانين الفقهية ص 229 .

وقد أحسن تشريع الأسرة صنعا، في حالته في هذه التصرفات، لكونها لا توقع الطلاق بمن يملكه، الى المادة 222 والتي جاء فيها : كل ما لم يرد النص، عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الاسلامية» وهذا لاعتبار موضوعي منه وهو كون أحكام الطلاق، وما تعلق بها يحتاج الى تقعيد، وتأصيل، وحيوية، ومرونة، ولكونها أمور تتعلق بحالة الشخص الطبيعية، ولأنها أحكام فقهية، مفصلة، ودقيقة.

المطلب الثالث : عوارض الطلاق من حيث الإعتبارين القانوني والقضائي :

لقد فضلت إطلاق « تسمية العوارض من حيث الإعتبارين » للأسباب التالية.

I- السبب الأول : إنه إداركا مني أن الطلاق تصرف خطير، يجب أن يستعمل بحذر، وللضرورة القصوى، ولكون أن التصرف فيه قولي، مقيد بالقصد، من حيث هو تعبير بالارادة المنفردة، إذ أن الارادة من حيث الاعتبار القانوني، تتطلب السلامة من العيوب.

II- السبب الثاني : كَوْنُ أن الطلاق من حق الزوج، إرادته هي الأساس، وعليه فانه من الثابت أن يصنف هذا الحق ضمن الحقوق الارادية، التي فيها الاستعمال مقيدا ومصدرها القانون، فبمجرد استعماله من يملكه يترتب عليه الأثر القانوني، كما أشار الى ذلك قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 منه والتي تنص على ما يلي : «يتم حل عقد الزواج بارادة الزوج...» وأشار في هذا الصدد أيضا، الفقه الاسلامي على وجه الخصوص.

III- السبب الثالث : كون أن حق الزوج في الطلاق، يخضع الى الشكل القانوني كما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري : «لا يثبت الطلاق إلا بحكم، بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى بسعي من النيابة العامة».

وعليه ينبغي حتى تصح إرادة الزوج لها، الأثر القانوني لا بد أن تستوفي الشكل القانوني المتمثل في العناصر الشكلية، التي يتكون منها العمل القانوني⁽⁵⁹⁾ مثل «الاجراءات الشكلية في رفع دعوى الطلاق».

إن ما نلاحظه من غرضنا في إطلاق تسمية الاعتبار القانوني والقضائي ، هو التقعيد، والتأصيل، لمسألة التصرف في الطلاق، وإظهار مدى الاعتبارين، من حيث الوجوه التالية :

(59) الأستاذ : عمر زودة. طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها رسالة ماجستير ، كلية الحقوق - بن عكنون تحت إشراف الأستاذ الدكتور سنة المناقشة والطبع ص 104 - 106 - 107.

أ - من حيث العوارض :

الوجه الأول تحديداً : من حيث وقوع طلاق السفية : هل يقع طلاقه أم لا يقع؟

إنه لما كان السفية يطلق عليه في العرف الاصطلاحي⁽⁶⁰⁾ : «تبذير المال، والاسراف في إنفاقه، على مقتضى العقل السليم» وهو بذلك خلل يصبب التبذير عند الانسان في التصرفات المالية، لأن تصرفاته تكون حينئذ ضارة به، وبمن هم تحت كفالته فيجب إيقافه.

وعليه فإن وجه الاعتبار القانوني لهذه الحالة هو : وجوب توقيف السفية، عن مباشرة التصرفات المالية، ويكون هذا أمام الجهة القضائية، التي تصدر بشأنه حكماً يمنعه فيه، بمباشرة التصرفات المالية، أيّاً كانت طبيعتها. ويطلق على هذا النوع من الأحكام القضائية حكم الحجر، أي أنه ممنوع من التصرف بالمال.⁽⁶¹⁾

وعليه فإن ما تستوجب الإشارة له، في هذا الصدد، وهو أن المشرع الجزائري بعد أن اعتبر السفية ناقص الأهلية، في القانون المدني، فقد حرّمه منها نهائياً في قانون الأسرة في المادة 85 فجعله كالمجنون والمعتوه. حيث جاء في نص المادة 85 من قانون الأسرة ما يلي :
تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه، غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه.

وعليه فإنه يترتب على ذلك ما يلي :

1- أن السفية بعد أن كان متساوياً مع المجنون في التصرف المالي، ويخالفه في التصرفات الشخصية حسب القانون المدني، يصبح بموجب أحكام قانون الأسرة مساوياً له كل التصرفات المالية منها، والشخصية لأنه في نظر القانون عديم الأهلية.

2- إن المشرع بهذه القاعدة خالف القانون المدني، وما ذهب إليه الفقه الاسلامي من صحة تصرفات السفية، متى تعلقت بأموره الشخصية، فأباحوا له حق تزويج نفسه⁽⁶²⁾ على أن الجانب المالي في الزواج يثبت بصدّق المثل تلقائياً، وإرادة السفية في ذلك لا قيمة لها.

(60) د. بدران أبو العينين بدران ص 259 .

(61) نصت المادة 43 من القانون المدني على كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو معتوها يكون ناقصاً الأهلية وفقاً لما يقرره القانون.

(62) د. أبو زهرة محمد. الأحوال الشخصية ص 66 إذا أضاف الفقهاء من حيث تصرفات السفية ذو الغفلة الذي يأخذ نفس أحكام السفية لكون أن ذو الغفلة هو الذي يسهل على الغير إيقاعه في الغبن والنيل من حقه في إبرام التصرفات المالية، ولكنه أيضاً بسيط التفكير ضعيف التمييز بين الخير والشر لا يقدر بسهولة الربح من الخاسر ما يعرف في الوقت الحاضر «بالنية».

3- إن الكلام عن طلاق السفية، في نظرنا في هذه الحالة يرتب إعتبارين إثنين :
الاعتبار القضائي، والاعتبار القانوني.

* الاعتبار القضائي : فإن السفية بالمفهوم المشار اليه سلفا، وبعد أن يتقدم أمام
الجهة القضائية للحجر عليه، فإن ذلك كله يقتصر على الجانب المالي، في حياته فلا يملك
بعدها أي تصرف مالي، ولكنه كما قال به جمهور الفقهاء :

يملك أن يزوج نفسه، وبالتالي يملك حق طلاق زوجته، فمتى أراد طلاقها ونطق به،
طلقت منه، وكان طلاقه نافداً وصحيحاً،⁽⁶³⁾ وذلك باعتبار أن السفية كامل القوى العقلية .

وعليه فانه في نظري، ما تعلق بأن السفية يزوج نفسه، ويملك حق الطلاق⁽⁶⁴⁾ ففي
هذا الكلام إعتراض، إذ أن السفية الذي لا يملك التصرف في أمواله، لعدم رشده وللدلالة
على إضطراب عقله، وضعف تدبيره، فكيف نسمح له بطلاق زوجته ؟ وهل هذا أقل
أهمية، وأضعف آثاراً من التصرف في القليل من ماله ؟ وحتى من الناحية المالية ليس في
الطلاق تبعات مالية من دفع صداق، ونفقة العدة، وقد يسبب له الطلاق، الزواج ثانية
فيكبدته أموالاً أخرى، إن من لا يحسن التصرف في أمواله، جدير به ألا يحسن التصرف
في بيته، فيسعى إلى زوجته فيطلقها.

وعليه فإنه من الثابت شرعاً، وقانوناً، أن من المصلحة أن يحجر على السفية في
طلاقه، كما يحجر عليه في أمواله.

*. الاعتبار القانوني :

إن طلاق السفية في القانون الجزائري بموجب المادة 85 منه لا يقع لأن تصرفاته
باطلة، طالما أنه عديم الأهلية في نظر القانون، وعلى ذلك فإن طلق رجل سفية، وكان
محجور عليه فإن طلاقه لا يقع، إذا استظهرت زوجته بحكم الحجر عليه، وهذا ما تقضي
به المادة 85 من قانون الأسرة حيث نصت : (تعتبر تصرفات المجنون، أو المعتوه، أو السفية
غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه).

وقد ذهب البعض من الفقهاء⁽⁶⁵⁾ على ضرورة ايقاف طلاق السفية وهذا في نظري
يُعد الرأي الوحيد الذي يبرر موقف المشرع، الذي كان عليه أن يخصص له مادة في
تشريع الأسرة، أو يجعله ناقص الأهلية، فتحكمه وتضبطه القواعد العامة.

(63) د. بدران أبو العيين بدران المرجع السابق ص 259.

(64) قال به جمهور الفقهاء المالكية الشافعية والحنابلة.

(65) في مغنى المحتاج 3 / 279، المغنى الصغير 8 / 258، الشرح الكبير للدريدي 2 / 427 ضرورة وإعادة في القانون
المدني المطبوعات الجامعية من سنة 92 ص 268.

وعليه فما ينبغي ملاحظته في هذا الصدد من حيث الواقع، هو : أن السفية لا يعتبر عديم الأهلية كما تقضي به المادة 85 من قانون الأسرة، باعتبار أن له كامل القوة العقلية، ولا يمكن أن يلحق بالمجنون، والمعتوه، وكل ما يعيبه هو أنه مبذر⁽⁶⁶⁾. وينفق ماله في غير مقتضى العقل، والشرع، وكثيراً ما يكون السفية وارثاً للثروة لم يتعب في جمعها، فيبذرها دون اكتراث.

ولقد جاء في هذا الصدد تعريف محكمة النقض⁽⁶⁶⁾ المصرية للسفيه ما يلي : السفه هو الضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس، وبأن الصفة المميزة على خلاف مقتضى العقل، والشرع، وفي حكم سابق لهذه المحكمة⁽⁶⁷⁾ عرفت السفه بما يلي : أنه من العوارض التي لا تخل بالعقل، من الناحية الطبيعية وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإرادة، وحسن التقدير.

ومن ذلك أيضاً ما جاء به الأستاذ الدكتور علي علي سليمان⁽⁶⁸⁾ رحمه الله في إطار التعارض بين القانون المدني الجزائري، وقانون الأسرة، حيث عرض وجهة نظره في هذه المسألة قائلاً : لقد سارت كل القوانين العربية، على اعتبار السفية ناقص الأهلية فقط، إذ أن السفه ليس خلافاً في العقل، وإنما هو سوء في التقدير، ولذلك فإن قانون الأسرة خاطيء في الحاق السفية بالمجنون، والمعتوه، واعتباره عديم الأهلية، وكان القانون المدني على حق في إعتباره ناقص الأهلية بموجب المادة (43) منه والتي تقابل المواد 115 : مصري، 115 ليبي، 116 سوري، والمادة 127 مدني أردني.

ثم إستطرد الأستاذ الدكتور رحمه الله في هذا السياق، إظهار التعارض قائلاً : الموجود بين القانون المدني، وقانون الأسرة ما تعلق بالمادة 85 من قانون الأسرة قائلاً مايلي : إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة أسقط ذا الغفلة منه باعتبار أن السفية وذا الغفلة مقترنا بالشريعة الاسلامية⁽⁶⁹⁾.

وعليه فإنه في رأيي أن المشرع، لم يتناول في تشريعه طلاق السفية وذا الغفلة باعتبار منه، أنها أحكام مقترنة بالشريعة الاسلامية، بدليل أنه أحالنا بموجب المادة 222

(66) قرار محكمة النقض المصرية مؤرخ في 07 / 04 / 1955 - نشر في مجموعة أحكام محكمة النقض عدد 6 برقم 201 ص 121.

(67) قرار سابق لمحكمة النقض المصرية مؤرخ في 23 / 04 / 1954 - نشر في مجموعة أحكام هذه المحكمة عدد 6 برقم 49 ص 386.

(68) أ. د. علي علي سليمان رحمه الله - ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1990 ص 268.

(69) أ. د. علي علي سليمان نفس المرجع السابق

من نفس القانون القائلة ما يلي : « كل ما لم يرد النص عليه، في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الاسلامية ». ومن ذلك أيضا، أنه لما كان الطلاق من التصرفات الارادية، التي ترتب آثارا شرعية، فإن تصرفات السفية، وذا الغفلة ⁽⁷⁰⁾ في نظر المشرع غير نافذة، فورود إصطلاح غير نافذة، من وجهتنا، اصطلاح غير دقيق.

وعليه فإن النص الفرنسي في تشريع الأسرة جاء أدق حين اعتبرها باطلة، وعليه فإنه إذا كان طلاق السفية، وذا الغفلة من التصرفات التي لا يُعتد بها في الشريعة الاسلامية، باعتبار أنها لم تصدر من شخص متمتع بملكته العقلية، التي يستطيع بها التقدير والتمييز لانتفاء حسن التدبير، والتقدير. مما يستلزم أي يكون الاعتبار القضائي والاعتبار القانوني، ما تعلق بهذه المسألة متطابقين من حيث التصرف، فمن المصلحة أن يحجر على السفية في طلاقه، كما يحجر عليه في أمواله.

الوجه الثاني تحديدا : من حيث طلاق المريض مرض الموت :

يقصد بطلاق المريض مرض الموت : هو من غلبت عليه حالة الهلاك، وأصبحت حالة الموت والفناء متصلة به اتصالا قويا، بحيث أصبحت عضلاته تغنى شيئا فشيئا، وتستقبل نهايتها المحتومة بحيث وجد ظرف يغلب فيه احتمال الموت حالا على احتمال الحياة.

وعليه فقد عرفت مجلة الأحكام العدلية ⁽⁷¹⁾ مرض الموت بما يلي :

هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويُعْجِزُ معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره، إن كان من الذكور، ويُعْجِزُ عن رؤية المصالح الداخلية، في داره إن كان من الاناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش، أم لم يكن.

وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة، وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشهد مرضه ويتغير حاله.

كما عرفت أيضا ب ⁽⁷²⁾ : المراد بمرض الموت من أعجز عن القيام بواجباته ويكون مرضه من الأمراض التي لا يرجى بُرءها.

(70) طلاق ذو الغفلة : عرفت محكمة النقض المصرية في حكم لها مؤرخ بتاريخ 23 / 02 / 1954 منشور مجموعة أحكام محكمة النقض . طلاق ذا الغفلة بما يلي: «هو صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإرادة والتقدير، وأنها من العوارض التي تعتري الانسان ولا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وبعبارة أخرى هو عن في تصرفاته فيشتري ما قيمته خمسة عشر وبيعه بالعكس عدد 6 ص 386.

(71) مجلة الأحكام العدلية المادة 1595 العدد 12 السنة الثانية.

(72) د. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية الطبعة الأولى الناشر / دار الكتاب العربي من سنة 1984 ص 282.

وعرف أيضاً⁽⁷³⁾ : أنه هو الذي يغلب على صاحبه الهلاك، وتتصل به واقعة الموت باعتباره حالة تؤثر على العقد والاختيار.

وعُرف أيضاً بأنه «مرض يحدث منه الموت غالباً، وتكون تصرفات الشخص تخضع للموت المرتقب المرصود».⁽⁷⁴⁾

وعرفه القضاء المصري بما يلي : إن طلاق المريض مرض الموت، هو : من كان ملازماً للفراش طوال مدة مرضه، إذ ينقطع انقطاعاً تاماً عن الخروج من منزله لمباشرة أي عمل من أعماله العادية.⁽⁷⁵⁾

و عليه نجد أن المشرع قد سكت عن أحكام طلاق⁽⁷⁶⁾ المريض مرض الموت، وأوجب رجوعه الى الشريعة الاسلامية، باعتبارها المصدر التفسيري لتشريع الأسرة.

وعليه فإننا سنتناول في هذا الفرع، وعلى الخصوص حكم طلاق المريض مرض الموت، من حيث مدى تأثير مرض الموت في الطلاق.

وعليه فإن ما ينبغي أن نلاحظه في هذا الصدد وهو : أنه إذا طلق المريض مرض الموت زوجته ومات، وهو في مرضه، فإن كان الطلاق رجعياً فالزوجة في هذه الحالة ترثه، ما دامت في العدة لأنها لا تزال زوجته، أما إذا كان الطلاق بائناً فالأصل أن لا ترث لأن الزوجة تبين بالطلاق البائن فلا ميراث لها.

ومن ذلك أيضاً أن أكثر الفقهاء لاحظوا أن من يطلق زوجته، بدون رضاها، وهو مريض مرض الموت، إنما يقصد بذلك التهرب من ميراثها لذلك سموه طلاق الفرار، وهم بذلك قد ردوا عليه قصده.

وعليه فما تستوجب ملاحظته في مسألة طلاق المريض مرض الموت، أن المشرع عندما سكت عن هذه المسألة في التشريع، وأحال فيها الى مرجعية أحكام الشريعة الاسلامية، ليس معنى هذا أنه أغفلها، أو أسقطها، وإنما أحالنا الى مرجعية في الأحكام، وكما عودنا في تشريعه لمسائل حالة الأشخاص الطبيعة فإنه يقعدها، ويؤصلها بالمذهب السائد، والجاري العمل به، ألا وهو المذهب المالكي، وعند ضرورة الاجتهاد القضائي يرجع فيها الى المذهب الأكثر ضرورة للمصلحة.

(73) د. كمال محمد الامام . أحكام الأسرة

(74) د. محمد بن أحمد تقيّة قانون الأسرة مقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية والقانون (114 - 115) في الفقه الاسلامي من سنة 2000. ديوان المطبوعات الجامعية بالقاهرة ص 55.

(75) حكم إستئناف من محكمة مصر الابتدائية مؤرخ في 21 / 12 / 1909 أحكام مجلة الحقوق : مرجع القضاء 2705 ص 25.

(76) تصرفات المريض مرض الموت أوردها المشرع الجزائري أيضاً في القانون المدني ضمن صلب المواد وأعتبرها وصية ثم جاء قانون الأسرة فخالف القانون المدني فما يتعلق بالوصية.

إنَّ ما تعلق بمسألة أحكام المريض مرض الموت، فإنه يعتمد على المذهب المالكي، الذي يجعل آلا ثم مردود على صاحبه فنظراً أن الزوج قصد حرمان إمرأته من الميراث فهي ترثه إذا مات أثناء العدة أمّا هو فلا يرثها، حتى وإن طلقها وهي مريضة لأنه أسقط حقه في الميراث بإرادته.⁽⁷⁷⁾

وعليه فإن ما نستخلصه في هذه المسألة من حيث التصرف، النتائج التالية :

1- أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته، اعتبر الشارع هذا فراراً من ميراث زوجته، فرد عليه قصده بتوريثها منه، وأن هذا التصرف من حيث طبيعته القانونية، يعتبر صورة من صور التعسف في الطلاق.

وذلك يتوريثها رغم البيونه التي حصلت بالطلاق، لأن إيقاعه الطلاق، صحيح إنما قالوا بميراثها منه على خلاف فيما بينهم.

وعليه فإن ضرورة عرض المسألة في هذه الحالة، تستوجب ذكر الخلاف على سبيل الحصر:

قال الاحناف⁽⁷⁸⁾ : «ترث زوجة الفار ما دامت في العدة ولو كان الطلاق بأننا خلافا للأصل».⁽⁷⁹⁾

قال الحنابلة⁽⁸⁰⁾ : «ان الزوجة ترث زوجها ما دامت في العدة بدون خلاف».⁽⁸¹⁾

قال الشافعية⁽⁸²⁾ : «إن الزوجة ترث لأن المريض فيها يعتبر فاراً ولأنه متهم بقطع إرثها فورثت كالقاتل لما كان متهما في استعجال الميراث لم يرث».

قال المالكية : «إن حق الزوجة في الميراث لا ينقطع ولو تزوجت قبل الموت لأن العقد الآتم عند مالك مردود على صاحبه، وقد قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصد وذلك بتوريثها كما لو لم يطلقها».⁽⁸³⁾

(77) جاء في كتاب شرح الخرشي على خليل جزء 3 ص 155.

(78) فتح القدير للشوكاني 5 / 151.

(79) خلافا للأصل : يقصد به أنها ترث أبداً لأن توريثها للفرار.

(80) أعلام الموقعين 3 / 126 .

(81) بدون خلاف يقصد به الاخلاف بين جميع الفقهاء أن الزوج لا يرث زوجته وذا ماتت وهي في العدة، إذا كان طلاقه طلاق الفار.

(82) المذهب (الشافعي في هذه المسألة أقواله مختلفة) 2 / 27.

(83) بداية المجتهد 2 / 68.

2- أن المشرع قد اكتفى بنص المادة 132 فقط ما تعلق بالتوريث في حالة وفاة أحد الزوجين بقوله ما يلي :

إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور حكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث.

3- إن المشرع قد أخضع طلاق الفرار كحالة أمام الجهة القضائية، أي وجوب استصدار حكم به من المحكمة، لأنه يعتبر صورة من صور التعسف.

الشروط المطلوبة في الزوجة المعرضة للطلاق :

أ . من حيث محل الطلاق :

يقصد بالطلاق من حيث المحل : المرأة المعقود عليها بزوجة صحيحة، سواء كان قبل الدخول، أو بعده، فالطلاق أثر من أثار العقد الصحيح.

ولهذا يجب أن يشترط فمّن يقع طلاقها جملة من الشروط هي:

1- أن تكون زوجة حقيقية، أي أنه يربطها بالمطلق عقد زواج صحيح، لم يطرأ عليه أي شيء يرفع قيده، فيجب أن يكون عقد زواجها عقدا صحيحا، فإذا كانت معتدة مثلا وعقدت زواجها مع شخص ما، فإن عقد زواجها غير صحيح.

2- أن تكون زوجة للمطلق، فلو كانت الزوجة المعنية لا تربطها أية رابطة، بمن يريد طلاقها، فلا أثر لما يتلفظ به من كلام، ويعتبر لغوا في نظر القانون، إذ الشرط الذي يجعله لكلامه محلاً هو قيام الزوجية، تلك الزوجة مع من يطلقها قياما قانونيا، أو حقيقيا، بأن يكون قد دخل بها، وهي في عصمته، ولم يطلقها طلاقا بائنا، ولا ثلاثا، أو تكون زوجته حكما، بأن يعقد عليها بعقد صحيح مستوف الشروط.⁽⁸⁴⁾

3- أن تكون طاهرة من الحيض، باعتبارها محل الطلاق، فإذا طلق الزوج زوجته وهي حائض كان في نظر الدين آثما، ومخالفا للشرع، وعاصيا لربه، واعتبر طلاقه بدعة، لأن طلاق السنة هو : الذي أمر به الرسول ﷺ طبقا لقوله ﷺ أمره ليراجعها، ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض فتطهر،⁽⁸⁵⁾ فإن بدا له أن يطلقها، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء.

(84) د. محمد صبحي نجم. محاضرات في قانون الأسرة ص 10 وما يليها ط. الثانية 1988.

(85) طلاق البدعة.

وعليه فقد إعتبر الفقهاء طلاق البدعة، من حيث الوصف الشرعي حراماً، لأنه منهي عنه سنةً، لكون أن السنة النبوية مصدر تفسير للقرآن الكريم.

4- تعيين الزوجة المطلقة لغرض معرفة الزوجة المقصودة فيها بالطلاق لكونها محلاً للطلاق.

وهذا الشرط في واقع الأمر، لا أثر له عند الذين يتزوجون أكثر من واحدة، فلو قال : «زوجتي طالق» وجب عليه أن يعينها بالذات، والاسم، والأ كان كلامه لغواً، ما عدا إذا تلفظ بالجمع فقال : زوجاتي طالق أو بصيغة المثني إن كانتا اثنتين، فالأثر ينصرف إليهما معاً، أو اليهن جميعاً.⁽⁸⁶⁾

وعليه فإنما ينبغي أن تستخلصه في هذا الصدد وهو : أن الطلاق من حيث المحل، يكون موجهها أساساً للمطلقة، التي تكون معينة بآثار الصيغة التي يتلفظ بها المطلق، وبأحكامها، ذلك أن المطلق لا يملك تحقيق الآثار السابقة، في مواجهة الجميع، وإنما في مواجهة زوجة معينة بالذات، سواء كانت وحيدة في عصمته، أو كانت ثانية، أو ثالثة، أو رابعة، وعلى ذلك فإن الطلاق يقع على الزوجة، التي يجب أن تتوافر فيها الشروط التي ذكرناها آنفاً.

إن الطلاق من حيث المحل، لا يمكن أن ينصرف على أية امرأة، بل محله الزوجة من زوجة صحيحة، مما يستلزم أن هناك فئة من النساء اللواتي لا يقع عليهن طلاق من حيث محله لانتفاء أساس وجود الرابطة، وحيث انتفى وجودها، فلا يتصور وقوع الطلاق، ولذلك اشترط الفقهاء قيام الزوجية لكي يمكن اعتبار المرأة محلاً للطلاق، وبالتالي لتجب عليها آثاره.

وعليه فإن التحصيل الحاصل من خلال الشروط المذكورة أعلاه، أن هناك فئة من النساء، لا يقع عليهن طلاق إعتباراً للمحل فيه، وتتلخص شروطهن فيما يلي :

المطلقة قبل الدخول :

إذا نشأ العقد صحيحاً طبقاً لأحكام عقدا الزواج، فإن الزوجية تعتبر قائمة قانوناً، وعليه فلو حصل بين الزوجين طلاق، فإنه يقع، وتنقطع به رابطة الزوجية انقطاعاً تاماً، أي تكون الطلقة بمن لم يدخل بها طلقة بائنة، ولا عدة عليها وحتى

(86) أبو عمر يوسف عبد الله عمر القرطبي - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ج 2. مطبعة النفائس، القاهرة من سنة 1968 ص 572 وما بعدها.

يراجعها، يضطر المطلق الى إبرام عقد جديد برضا، وولى وشاهدين، وصادق، وأهلية الزواج، وهذا تكريسا وإعمالا للمادة 09 مكرر من قانون الأسرة، ولكن حينما يطلقها من قبل أن يمسه، ثم يريد أن يطلقها ثانية فإن الطلاق الثاني لا قيمة له، لأن العلاقة بينهما بانتهى بموجب الطلقة الأولى، طالما أنه لم يدخل بها فلا رجوع له عليها، وإن طلقها فلا يقع طلاقه عليها.

. النكاح الفاسد والباطل، من زواج إحدى المحرمات بصفة التأييد، أو التأقيت :

يعتبر النكاح فاسداً أو باطلاً من تزوج بالمحرمات المؤبدة أو المؤقتة وهذا ما وضحته أحكام قانون الأسرة في مواده.⁽⁸⁷⁾ من 32 إلى 34 من قانون 09/05.

. طلاق الحامل :

لا بدعة في طلاق الحامل، لأن الوقت المشروع للطلاق، هو استقبال العدة، ولا عدة للحامل المطلقة، إلا بوضع الحمل بمقتضى قوله تعالى : ﴿ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾⁽⁸⁸⁾.

. طلاق من لا يحضن من النساء :

إذا كانت الزوجة لا تحيض، أما لصغر، أو كبر، فإن عدتها تبدأ بعد طلاقها مباشرة، إذ لا حيض لها حتى يمتنع الرجل عن طلاقها، بل هي في طهر دائم⁽⁸⁹⁾ ولهذا قال الفقهاء لا سنة في طلاقها ولا بدعة.

وعليه فما يمكن أن نستخلصه، من نتائج وجهة الطلاق من حيث محله، سواء ما تعلق بشروط من يقع طلاقها من النساء، أو من لا يقع طلاقها عليهن، النتائج الآتية :

* أن الطلاق من حيث محله لا يقع على أية امرأة، بل يشترط أن تكون المرأة المقصودة بالمحل هي «الزوجة» من زوجية صحيحة، إذ ينبغي أن يستوجب فيها شرط قيام الزوجية حقيقة وحكما، ويقصد بالزوجية الحقيقية، استمرار العشرة فيها، وتكون العلاقة طبيعية بينهما، أما الزوجية القائمة حكما، وتعني المرأة المعتدة من طلاق رجعي.

ولهذا يجب أن تكون الزوجة مؤهلة للطلاق، باعتبارها محلاً فيه، فتكون في طهر لم يمسه الزوج فيه، ولا في حيض الذي قبله الجماع أو طلاق، وهذا ما يسميه الفقهاء

(87) (الطلاق وتوابع فك العلمة الزوجية - رسالة ماجستير، الطالبة نعمة بتورشت .تحت إشراف صبحي عراب سنة 2001 / 2000 كلية حقوق بن عكنون.

(88) السيوطي في الأشباه والنظائر ص 661 ج 3

(89) البهجة في شرح التحفة 336. / 1

بالطلاق المشروع، لأنه ارتقى الى مرتبة فيها المحل في الطلاق، شروطه مستوفية فكان أهلاً لطلاق مشروع.

ب. من حيث طلاق المتتابع أو المتتالي أو الموت بعد البناء : المادة 51 من الأمر 05/09

إن الطلاق المتتالي، الذي يقصده القانون،⁽⁹⁰⁾ إنما التعدد الذي يرتبط بزمان، حدده الشارع، ولا يعتد خارجه بتعدد الألفاظ، إذ غرض القانون في هذا الصدد واضح، في أنه يريد القضاء على فكرة، أن الزوج له أن يطلق دفعة واحدة متتالية،⁽⁹¹⁾ وأن له أن يفصم عرى الزوجية دفعة واحدة، فإذا كان ذلك غرض القانون العلة الباعث عليه، فإنه يكون من غير المفيد، أن يجعل الطلاق المقترن، بعدد يقع واحدة، مع القول بأن الطلاق المتتابع،⁽⁹²⁾ يقع ثلاث طلاقات. لكون أنه من السهل على المطلق، أن يعدل عن الطلاق المقترن بعدد الى الطلاق المتعدد، المتتابع⁽⁹³⁾، ومن ثم لا يتحقق غرض المشرع في القانون، وهو أن يوقع المطلق الطلاق على دفعات متعددة، لا دفعة واحدة .

إن ما نلاحظه في هذا الصدد، من خلال استقراءنا النص الشرعي، في قوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾.

إن النص المذكور أعلاه ينصرف إلى التأويلين الآتيين :

التأويل الأول : أنه بيان بعدد الطلاق، وتقديره بالثلاث، وأن الزوج يملك الرجعة في الاثنين، ولا يملكها في الثالثة.

التأويل الثاني : أنه بيان لسنة الطلاق، وأنه يوجب على الزوج أن يوقع الطلاق متعدياً أو متتابعاً في أزمته محددة، فلا يوقع الطلاق إلا في طهر محدد، ولا يجمع أكثر من طلاق في طهور واحد.⁽⁹⁴⁾

(90) ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 51 من قانون 11 / 84 والمعدل المتمم لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية الأبعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء.
(91) ما جاء به التشريع المصري في المادة 03 من قانون رقم 25 لسنة 1929 والتي تنص على لفظ طالق ثلاث مرات متتالية أنه لا يقع إلا واحداً لتكرير لفظ طالق ثلاث مرات متتالية.
(92) ما جاء به الإجتهد القضائي السوري لمحكمة النقض قرار رقم 141 المؤرخ في 14 / 04 / 1958 ما تعلق بالطلقات المتتالية. حيث جاء في قرار النقض السوري ما يلي: إن الطلاق الموصوف بعدد والذي تكرر لفظه يعتبر طلاقاً واحداً.
(93) من القواعد العامة في الطلاق في الفقه الاسلامي أن الأصل في الطلاق التعدد والتباعد فلا يقصد التعدد في الألفاظ. وهذا بموجب قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان﴾.
(94) الخلاف الفقهي حول طلاق الثلاث - ابن القيم زاد المعاد جـ 4 ص 54.
- د. أحمد محمد شاكر. نظام الطلاق حيث يعرض للرأي القائل بعدم وقوع طلاق الثلاث.
- د. محمد زاهد الكوثري : ويؤيده الاشفاق في أحكام الطلاق حيث يعرض للرأي المعارض ويؤيده حيث جاء في قرار النقض السوري ما يلي: إن الطلاق الموصوف بعدد والذي تكرر لفظه تعتبر طلاقاً واحداً.

وعليه فإن ما ينبغي ملاحظته في هذه المسألة (التتابع) أن التأويلات المعتمدة تشير الى مايلي :

- أن الزوج لا يملك إيقاع الطلقات الثلاث بلفظ واحد، لاعتبار معيار جوهر في نظرنا وهو أن الزوج، لا بد أن يطلق المرأة المدخول بها في طهر لم يجامعها فيه.

وعليه فإن الاستدلال الأنسب في هذه الحالة في نظري، هو ما استدلل به المذهب الحنفي على أن طلاق الثلاث محرم، وإن كان واقعا، إذ الاستدلال وما تضمنه التشريع في المادتين 50، 51.⁽⁹⁵⁾ وفي هذا الشأن قوله تعالى : ﴿ **إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة** ﴾. فقد تضمنت هذه الآية تفريق الطلاق في الاطهار من وجهين :

الوجه الأول : قوله تعالى : ﴿ **أحصوا العدة** ﴾ وإحصاؤها : إنما يكون انتظاراً حتى لا يقع الطلاق فيها.

الوجه الثاني : قوله تعالى : ﴿ **لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً** ﴾ يريد من هذا الوجه «الرجعة»، والرجعية لا تكون في الثلاث، وإنما تكون فيما دون الثلاث، فإذا كان كذلك المقصود به هو بيان لسنة الطلاق، وهو التأويل الثاني، باعتبار أنه يوجب على الزوج أن يوقع الطلاق متعدد، في أزمدة محددة، وهذا التأويل هو الأرجح لدينا، لما فيه من قوة في الاستدلال، وبيان لسنة الطلاق كذلك أيضا من حيث الاستدلال، اختيار المشرع، في نصي المادتين 50، 51 من قانون الأسرة والذي كان فيه اختياره، واضحا وموفقا، فقد رفع الحرج عن الناس، فكثيرا ما يندفع الرجل تحت ثورة عارضة فيطلق امرأته ثلاثا بلفظ واحد، ولا يجعل لنفسه من أمره يسرا، وعندما تهدأ نفسه، ويعود الى رشده، كان إما أن يعيش مع امرأته عيشة يعتقد أنها حرام، وأنهما يعيشان في الحرام، وفي ذلك موت الضمير الديني، وإما أن يتحايلا بطرق لم يحلها الشارع، لاعادة الحل، والعقد عليها من جديد، وفي ذلك من الفساد ما فيه، ومنه أيضا أن المشرع في نصي المادة (50، 51) كان حريصا على القانون الواجب التطبيق، وهو الشريعة الإسلامية في أحكام الطلاق، باعتبارها قاعدة جوهرية في هذه الأحكام، ومرجعية أصلية، كونها مصدر أصلي في تشريعه في مجال الأسرة، مما استوجب منه اعتبار إطلاق النصوص الشرعية المتعلقة بمادة الطلاق من حيث عمومها يدل على جواز إيقاع الطلاق في كل وقت، وادراكا منه

(95) نص المادة 51 من قانون 84 / 11 والمعدل المتمم 09/05.

أيضا، أنها نصوص عامة لا مخصصة، لها فقد دلت عمومها على وقوع الطلاق، في أي وقت أوقعه من له الحق في ذلك.

* فعلماء السنة مثلاً لهم أدلة من الأحاديث النبوية استدلو بها على رأيهم بوقوع الطلاق في الحيض مثلاً بعدة أحاديث.⁽⁹⁶⁾

* الأدلة القياسية بوقوع الطلاق، حيث استدل الجمهور بعدة أدلة قياسية.⁽⁹⁷⁾

* ومنها على سبيل الحصر المحقق: «شمول إسم الطلاق على المحرم منه دليل على اعتباره .

* فتاوى الصحابة: ⁽⁹⁸⁾ ومنها فتوى ابن عمر، فتوى نافع، فتوى عثمان، وزيد.

* الاجماع باعتباره حجة، كون أن الصحابة انعقد إجماعهم من عصرهم على وقوع الطلاق ولم يخالفهم في ذلك أحد.

وعليه ما يجب أن نلاحظه أن المشرع، لم يُشَرِّعْ إيقاع الطلاق إلا بموجب أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وما تراه الضرورة القصوى، لهذا الخطير من التصرفات، وإحكاما وتكريسا للعمل بقواعد التشريع، في هذا النوع من المسائل، غرضا لما يهدف إليه نص التشريع.

المطلب الرابع : انحلال الرابطة الزوجية :

لقد صار من المعلوم بضرورة الشرع، والقانون أن انحلال الرابطة الزوجية، لا يتم إلا بالطريقة الرئيسة الآتية وهي طريقة الانحلال بالألفاظ المخصوصة المؤدية للطلاق لكون أن الانحلال له صور والتي يقصد بها إظهار رغبة الزوج في طلاق زوجته ، أو بإرادته المنفردة أو بالرغبة عن طريق التراضي، أو بواسطة الخلع، وتكمن صور الانحلال في الآتي :

الصورة الأولى : اطلاق بالارادة المنفردة للزوج :

لقد تعرض المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة الى الطلاق بالارادة المنفردة، حيث اعتبره حل لعقد الزواج بارادته فهو بهذا أخذ من فقهاء الشريعة الاسلامية وما ينبغي أن نلاحظه في هذا الشأن.

(96) حديث قتادة المشهور في طلاق ابن عمر لامرأته وهي حائض» رواه مسلم في صحيحه، البخاري في صحيحه، ابن حجر العسقلاني في شرحه، سنن ابن ماجه، سنن النسائي.

(97) زاد المعاد 4 / 49، المحلي 10 / 165، فتح القدير 3 / 25، لإشفاق في أحكام الطلاق ص 22.

(98) مرجع ابن القيم زاد المعاد، الدرر المضية في الرد على ابن تيمية ص 9.

أن المشرع أوكل مصير العشرة الزوجية، الى الزوج طبقاً لأحكام القرآن ومقتضى السنة، وذلك ليس انكاراً لحق المرأة في القرار، وإنما كون التصرف في ذاته له طبيعة خاصة تميزه عن غيره من التصرفات الأخرى، ولكونه أيضاً في غاية الخطورة فلو جعل الشارع الحكيم الطلاق بيد المرأة، لاضطربت الحياة الزوجية ولما استقر لها، قرار لسرعة تأثرها، وانفعالها، واندفاعها، وليس هناك ما يحملها على التروى والأناة حيث لا تغرم شيئاً إضافة على ذلك أن المرأة بحكم وظيفتها في الحياة الاجتماعية، خلقت على طباع وغرائز تجعلها أشد تأثراً، وأسرع انقياداً لحكم العاطفة من الرجل، ولهذا كانت أصلح من الرجل في جميع المواطن، التي تعتمد على قوة العاطفة كتربية الأولاد - وتمريضهم وحضانتهم وما أشبه ذلك.

وهذه العاطفة محمودة منها في مثل هذه المواطن، لأنها داعية العطف، والحنان والشفقة، لكن هذه العاطفة في مواطن آخر تجر إلى كثير من الضرر والشر وإضطراب الأمر فالمرأة في موطن الغضب يشتد انفعالها ويحتد مزجها أما في موطن الرغبة فإنها تتأثر بالعاطفة تأثراً قوياً، لا يقل قوة عن تأثرها في موطن الغضب، ففرضا لو جعل الطلاق بيدها لتصرفت به على ما يرضي تلك العاطفة مما تظن فيه سعادتها، فلذلك وضع الشارع الحكيم الطلاق من حق الزوج لأنه أكثر ادراكاً وتقديراً لعواقب الأمور. وعليه فإن الشريعة الإسلامية الغراء لم تهمل جانب المرأة وحققها في الطلاق، فقد أعطت لها الحق في الطلاق⁽⁹⁹⁾ بواسطة القضاء، وهذا ما يطلق عليه التشريع الجزائري بالتطليق أن ترفع دعوى أمام القضاء - طالبة فيها من زوجها إذا كان هناك سبب شرعي، كاعسار بنفقتها وغيبابه....» كما نصت المادة 53 من تشريع الأسرة وطبقاً للأسباب الواردة في صلبها.

الصورة الثانية : الطلاق بالتراضي

يقصد بالطلاق بالتراضي، بين الزوجين، إنهاء الرابطة الزوجية بينهما، بناء على رغبتهما بموجب المادة 48 والذي ورد فيها ما يلي «..... أو بتراضي الزوجين».

إنّ ما ينبغي ملاحظته على ضوء الصورة أعلاه نجد المشرع ما تعلق بتراضي الزوجين في الطلاق وهو أن يتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما بإعلان إرادتهما في

(99) ابن الصقلي / جواهر الكلام ص 05 / 283.

وقال بعض الفقهاء: «لأنه يكون للمرأة حق الطلاق وذلك إذا كانت قد اشترطت في عقد الزواج أن تكون عصمتها بيدها، أي أن تملك حق الطلاق وقبل زوجها ذلك».

ففي هذه الحالة للمرأة أن تستبد بحق الطلاق وتطلق زوجها رضى أم لم يرض.

جاء هذا في فصل صفة الطلاق في كتاب رد المحتار ج 2 ص 426 ، 427 ، البحر الرائق ج 3 ص 236.

الوقوع وفقاً لرغبتهما، أو بناء على طلب أحدهما، وموافقة الآخر أن يتطالقا بتراضهما، بالاحسان دون خصام، أو نزاع، وعليه فإن ما يلفت الانتباه له في هذا الصدد وهو : أن الفقه الاسلامي، أوجب حق الطلاق للزوج بالارادة المنفردة، ولا يحتاج الى قبول الزوجة، باعتبارها المحل في الطلاق. ولكون أن الأمر هنا يتعلق بممارسة الحق الارادي، فما على الزوجة الاّ الخضوع لهذا الحق ؟ بينما في التشريع الغربي، وعلى وجه الخصوص التشريع الفرنسي يستطيع الزوجان إنهاء العلاقة الزوجية بالارادة المشتركة لأن هذا التشريع لا يسمح لهما بانهاء العلاقة الزوجية، الاّ إذا ثبت أحدهما إخلال الآخر بالتزامه، وهذا ما يعبر عنه بعض الفقهاء الفرنسيين بالطلاق اللطيف، أو الطريف (Divorce gracieux) مقابل الطلاق بالمنازعة أو النزاع (Divorce contentieux) عند عدم التراضي بين الزوجين، ولذلك نجد أن المشرع الجزائري في هذه الحالة من حيث كون الطلاق بالارادة المشتركة. قد تأثر بالتشريع الفرنسي الذي يعرف هذه الصورة من صور إنهاء العلاقة.

الصورة الثالثة : الطلاق بالارادة المنفردة للزوجة

ينقسم الطلاق بالارادة المنفردة للزوجة إلى قسمين :

* بواسطة الخلع – * بناء على طلب التطليق

أ – طلب المرأة للخلع :

إن مرجعية الخلع ما جاء في المصدر الشرعي والذي ورد في الآية 229 من سورة البقرة قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَاقِيَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ . تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا . وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ .

وعليه لما كانت مصدرية الخلع من الكتاب، فلا بد من تحديد الخلع إصطلاحاً.

ذلك أن الخلع في الاصطلاح : هو أن يتفق الرجل والمرأة على الطلاق، مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها، « كان تقول الزوجة لزوجها : « خالعني على صداقي أو على مبلغ 5000 دينار فيقول قبلت، فيتحقق الخلع.

وقد شرع الخلع، إذا تخاصم الزوجان، بسبب ما ينشأ بينهما من خلافات، وخصومات، ولم يتمكن من إقامة حدود الله.

كما نص المشرع في المادة 54 من التقنين السابق (11/84) : بأنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على

شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم. وجاء في نص القانون المعدل والمتمم 05/09 يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالغ نفسها بمقابل مالي.

وعليه فإن ما نستنتجه من خلال إستقراءنا للمادة أعلاه، أنه يمكن للزوجين أن يترضا على الطلاق بالخلع، ويكون هذا عن طريق اتفاق الرجل والمرأة على الطلاق، لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها، ولا يتطلب هذا النوع من الطلاق شكل خاص، ولا شكلية معينة وإنما يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لايقاع الطلاق، والمرأة محلا له، واتفاقهما على الطلاق الرضائي، مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها من أجل أن يطلقها دون نزاع ولا مخاصمة، بينما في القانون الجديد 05-09 أجاز للمرأة مخالعة نفسها دون موافقة الزوج.

إن المشرع لم يتعرض الى النص على شروط الخلع، وإنما اكتفى فقط بالإشارة الى جواز الطلاق، بواسطة الخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان، ودون موافقة الزوج لها، وبموجب السلطة التقديرية للقاضي والحكم لها بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وهذا إعمالا وتكريسا للمادة 54 وعملا بالمادة 222 وإعمالا للقواعد العامة للفقهاء الإسلاميين ما تعلق منها بصحة الخلع.

موقف الفقه الإسلامي من الخلع ومدى تكريس الإجتهد القضائي لهذا المبدأ وطبيعته القانونية :

لقد اعتبر الفقه الاسلامي الخلع أنه : عقد اتفاقي، وثنائي الأطراف، ينعقد عادة بعرض من الزوجة لمبلغ من المال المعلوم، المتقوم شرعا، مقابل طلاقها، وبقول صريح من الزوج لهذا الغرض وللطلاق، فهو من حيث الإعلان في الرغبة في الرحيل الإرادي، ففي هذه الحالة يشبه الطلاق بالتراضي، وحتى نكون أكثر شمولية، وأكثر دقة، فنقول أنه عقد معاوضة رضائي، وثنائي الأطراف، فقد شرع الألعرض مصلحة الزوجة، غايته إنهاء العلاقة الزوجية بحكم قضائي، فإذا كان الأمر كذلك فالسؤال الذي يستوجب الطرح في هذا الصدد وهو : **ما هي الطبيعة القانونية للخلع ؟**

لقد اختلفت الآراء من زاوية النظر الى طبيعة الخلع، وانفردت هذه الآراء باتجاهين :

الاتجاه الأول : وفيه يكيف الخلع أين يعطيه حكم اليمين من جانب الزوج.⁽¹⁰⁰⁾

(100) د. عبد الرحمن الصابوني. وما يليها المرجع السابق. قول الأحناف المالكية ص 514 .

الاتجاه الثاني : كيف الخلع أين يعطيه حكم المعاوضة من جانب الزوجة⁽¹⁰¹⁾ كما يعطيه أيضا المعاوضة من الجانبين أيضا.

وعليه فما ينبغي ملاحظته وما نراه من خلال إستقراءنا لطبيعة الخلع، من حيث كونه هو إتفاق بين الزوج، مع زوجته مقابل مال، تدفعه له لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا «مخالعة» إذ الخلع من هذا المنظور تصبح حقيقته القانونية في هذه الحالة عقد ثنائي الطرف، لا يتم إلا بالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج.

ومن هنا فإن التكيف القانوني للخلع، كالطلاق على مال يعتبر يمينا من جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شروط قبولها المال، هذا إذا كان الوصف فيه، حكم اليمين من جانب الزوج.

أما إذا كان الوصف فيه عقد معاوضة، من حيث جانب الزوجة فإنه يؤدي الى النتائج التالية من حيث طبيعته :

1- تستطيع الزوجة الرجوع عن إيجابها صراحة، أو ضمنا، كأن تقول خالعتني على 5000 دينار ثم تقول رجعت في إجابي، فانه يسقط، لأن عقد المعاوضة يصح فيه الرجوع عن الايجاب صراحة، أو ضمنا، من قبل أحد العاقلين.

2- إذا بلغها إيجاب زوجها غائبة تسقطه، إما صراحة بقولها :

«لا أقبل ذلك»، وإما ضمنا بقيامها من مجلس تبليغها الايجاب الصادر من زوجها اليها.

3- يتعذر عليها إضافة الخلع الى زمن مقبل أو تعلقه على شرط.

4- يمكنها إشتراط الخيار لنفسها، كما لو قالت خالعتني على 5000 ثم تبعت ذلك يقولها على أن لي مدة أسبوع للخيارين ذلك، وغيره، ومتى إختارت عدم المخالعة سقط إيجابها تلك هي النتائج المترتبة عن تكييف طبيعة الخلع : الذي هو عقد يتوقف على إيجاب وقبول من الطرفين.⁽¹⁰²⁾

إن تكريس الاجتهاد القضائي لمبدأ الطلاق بواسطة الخلع، اعتبره كحالة مصنفة من السبب القانوني للطلاق بالتراضي نظر إليها الاجتهاد القضائي كالاتي :

(101) د. محمد أبو زهرة ص 5.

(102) قرار المجلس الأعلى 12 مارس 1964 النشرة القضائية وزارة العدل ج 1 ص 170. مكرره المجلس الأعلى 8 / 1982 النشرة القضائية 82 ص 58.

وهو أن المحكمة العليا كانت تأخذ بفكرة أن الطلاق بواسطة الخلع هو عقد رضائي لكنها تراجعت عن موقفها مؤخراً ، حيث صدر قرار لها في 1994 / 04 / 19 ملف رقم 103793 جاء فيه ما يلي : أن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج وكذا القرار الصادر عام 1996. ومفاده : أن الخلع هو حق خولته الشريعة الاسلامية للزوجة، لفك الرابطة الزوجية، وليس عقد رضائيا، وأكثر من هذا فإن المحكمة العليا⁽¹⁰³⁾ قررت أن الجهة القضائية المختصة يمكن أن تمنح للزوجة الطلاق بواسطة الخلع، مع حفظ حق المطلق في عوض الخلع إذا كان لم يطالب به، أو كان رفض فكرة الطلاق وتمسك بالرجوع.

إن الخلع في الفقه الإسلامي وعلى الخصوص في المذهب المالكي هو طلاق بعوض أو هو طلاق على مال ولا فرق بينهما بل هما شيء واحد، ولا يصبح الخلع لازما إلا إذا تم فيه الإيجاب، والقبول، وقبل تمامه يجوز لكل من الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الآخر، وعليه فمن منطلق منظور الفقه الإسلامي، والذي يعتبر القانون الواجب التطبيق، في هذا الصدد، فإننا نستخلص من خلال هذا المنظور ما يلي :

أولاً : إن الخلع لا يشترط فيه أية شكلية معينة أو خاصة.⁽¹⁰⁴⁾

ثانياً : من الخطأ الاعتقاد بأن الطلاق بواسطة الخلع هو كالطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة 48.

ثالثاً : إن الطلاق بالتراضي يتم بموافقة الزوجين كذلك، ولكن بدون مقابل بعيداً عن المشاكل القانونية، غير أن تدخل القاضي، ضروري للتأكد من وجود الإرادتين المتطابقتين، بصفة حقيقة، وصحيحة، دون التعرض الى أسرار الحياة الخاصة.

رابعاً : إن الاجتهاد القضائي تراجع عن موقفه وأصبح، لا يعتد برضا الزوج في حالة الطلاق بواسطة الخلع.⁽¹⁰⁵⁾

خامساً : المشرع لم يشير إلى الآثار الناجمة عن حالة الطلاق، بواسطة الخلع حيث إكتفى بالإحالة الى المرجعية الأصل، وهو ما إستقر عليه الفقه الاسلامي.

(103) قرار رقم 379358 المؤرخ في 19/4/1994 الصادر من المحكمة العليا الأحوال الشخصية.

104. Khalil. L'abrère Tard (G.H.) Boussuet Alger P. 67 952 T2

(105) الاجتهاد القضائي قبل التراجع عن موقعه في القرار رقم مؤرخ في 11 / 06 / 84 ملف رقم 33652 م. ق. عدد 3 1989 قرار رقم مؤرخ 23 / 04 / 1981 ملف رقم 73885 م. ق. ع. 2. 1993 (أنظر الملحق صفحة القرارات القضائي أين تراجع عن موقفه بالنسبة لرضا الزوج في حالة الطلاق بواسطة الخلع القرار مؤرخ في 19 / 04 / 1994 ملف رقم 103793. والقرار المؤرخ في 1996 المؤرخ في 30 / 07 / 1996 رقم الملف 141262.

سادساً : إن المشرع، لم يتطرق الى طبيعة الطلاق بواسطة الخلع لكون أن الأمر هنا يتعلق بالتعبير عن الارادة.

مما يتطلب الرجوع الى القواعد الخاصة بهذا الموضوع .والمنصوص عليها في القانون المدني، وعليه فإن المادة 54 من قانون 05/09 لا تشترط قبول الزوج لمبدأ الخلع ، ولا للمبلغ الذي يطلبه منعا للإبتزاز و الإستغلال ، و عليه فإن الموقف الصادر عن المحكمة العليا هو الموقف الصائب و المطابق لأحكام الشرع و القانون ، ومنه أيضا تفسير النص القرآني المذكور 229 من سورة البقرة، فقد جاء في هذا الصدد تفسير ابن جرير الطبري في تفسير الآية أعلاه مايلي : إن قوله تعالى ض فلا جناح عليهما فيما إفتدت به، يعني قوله تعالى ذكره بذلك، فإن خفتم أيها المؤمنون أن لا يقيم الزوجان ما حداً لكل واحد منهما على صاحبه من حق و ألزمه به من فرض ، و خشيتم عليهما تضييع فرض الله و تعدي حدوده في ذلك ، فلا جناح عليهما حينئذ فيما إفتدت به المرأة نفسها من زوجها ، و لا حرج عليهما فيما أعطت هذه على فراق زوجها إياها ، و لا على هذا فيما أخذ منها من الجعل و العوض عليه.

وعليه فإن ما يستنبط من قول الطبري أنه لا يحق للزوج أن يرفض الخلع لأن الزوجة هي التي تفتدي نفسها بالعوض منه ، فليس على الزوج إلا أخذ العوض أو الفدية و يحصل الخلع دون قبوله ، وليس لقبوله أثر على حدوث الخلع ، و لا يكون مبلغ الفدية إلا في حدود ما أعطى الزوج للزوجة، فهي ترد له ما أعطاه من صداق أثناء الزواج كما أنه تبعاً لحديث ابن عباس ، نجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم هو الذي فرق بين الزوجين، وهو بمثابة القاضي ، وعلى ذلك يحق للقاضي التطليق للخلع دون اشتراط قبول الزوج لذلك، إعمالاً و تكريساً لنص القرآني الكريم، لكون أن النص هنا يخاطب الحكام أو القضاة ، بأن سمح للزوجة بأن تخلع نفسها من زوجها إن دفعت الفدية ، و هي ما أعطاه زوجها من صداق ، و لا يقتصر دور الزوج إلا على أخذ الفدية، بل و لا حرج عليه من أخذها، لأن الأصل هو تحريم الرجل على صداق زوجته، و على القاضي في هذه الحالة إلا أن يستجيب لطلب الزوجة في المخالعة بعد أن ينتهي من محاولة الصلح بينهما، لكن دون جدوى، و عليه فإن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد أن الخلع يعتبر طلاقاً بائناً و ليس رجعيّاً ، لأنه لو نجعله رجعيّاً، فإننا نقضي على الغرض الذي يشرع من أجله، فالزوجة التي تبغض زوجها و تحصل على الطلاق بالخلع ، لا ترضى الرجوع إلى زوجها وعلى ذلك يقع الخلع بائناً ، وهذا ما أكدته المادة 50 من قانون الأسرة، بأنه لا مراجعة بعد صدور الحكم بالطلاق إلا بعقد جديد.

بناء على طلب التطليق

لما كان الطلاق ملكا للزوج، دون الزوجة فإن الفقه الاسلامي وتشريع الأسرة، مكنها هي الأخرى بالتعبير عن إرادتها المنفردة، في أن منحها حقا في استعماله وهو طلب التطليق إذا لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية في أن ترفع الأمر للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها، إذ لا يتم هذا إلا بحكم قضائي، لكون أن المشرع قد نص على طلب التطليق بناء على إرادة الزوجة المنفردة، مقيد بحالات معينة، ورد النص عليها صلب المادة 53 بفقراتها العشر وهي على سبيل الحصر، كالآتي : عدم الانفاق، العيوب، الهجر، الغياب، الضرر، الحكم لعقوبة شائنة، إرتكاب فاحشة، كل ضرر معتبر شرعا.

وعليه فما ينبغي ملاحظته، في رأيي في هذا الصدد، وهو : أن المشرع وفي حدود ما تفيض به المادتان، أباح الطلاق يطلب من الزوجة بنصوص المواد (48، 53، 53 مكرر 54، 55 من قانون الأسرة).

إن المركز القانوني الناشئ من عقد الزواج قد ينقضي، بسبب وقائع تمسك بها الزوجة أمام القضاء، ويمكن حصر تلك الوقائع في نظري في واقعيتين.

الواقعة الأولى : تتمسك فيها الزوجة باخلال الزوج، بأحد التزاماته، أي تتمسك بوقوع الضرر بها أو لحقها.

الواقعة الثانية : تتمسك فيها بدفع مقابل مالي لقاء خلاصها من علاقة زوجية أصبحت جحيما بالنسبة لها ودون موافقة الزوج، لكون أن مسألة طلب التطليق تكمن وفق الاعتبارات التالية :

الإعتبار الأول : إن مسألة طلب الطلاق بالارادة المنفردة للزوجة، (التطليق) كونها مسألة لا تتم إلا بحكم قضائي، وكون أن نوعية الحالات الواردة في نص المادة 53 و 53 مكرر من القانون هي حالات مستعصية، تتطلب الحل القضائي، وخاصة فيما تعلق بالانفاق والضرر، فلا بد أن تصدر أحكاما، بوجوبها، وتبيان نوعية ضررها.

الإعتبار الثاني : لكونه يعتمد على المعيار الشكلي، وتتميز ببعض الإجراءات والأشكال الخارجية، التي تكفل له الفاعلية اللازمة، لترتيب قوة الحقيقة القانونية.⁽¹⁰⁶⁾

(106) د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص ص 61.

الإعتبار الثالث : من حيث طبيعة الحكم المنشئ فإن هذا النوع من المسائل ينشئ مركزاً قانونياً، موضوعياً والأحكام الصادرة بأنهاء المركز القانوني هي أحكام منشئة لأنه يرتب عليها القضاء مركزاً قانونياً قديماً وإنشاء مركز قانوني جديد.⁽¹⁰⁷⁾

الإعتبار الرابع : أن طلب التطلاق في حد ذاته متوقف على عدة شروط منها :

* لا بد أن يتم في المحكمة أمام قاضي الأساس.

* لا بد من طلب الزوجة ذلك.

* لا يستعمل إلا إذا تعذر الاتفاق بين الزوجين، وتوفرت الشروط المنصوص عليها في القانون 84 / 11 والقانون المعدل و المتمم 05/09 مواده التالية :

(8، 37، 53، 53 مكرر 54) مما استوجب تسميته بالتطلاق لأنه يتم بحكم القاضي.

الإعتبار الخامس : أن سلطة القاضي هي السلطة الوحيدة، في هذا المجال التي تبين وتظهر وتكشف تعسف الزوج من حيث التعويض، مقدار التعويض، الضرر اللاحق.

وعليه فإن جمهور الفقهاء يرون أن السبب في الطلاق يعتبر قيداً لهذا الحق، حيث أن الزوج في الطلاق مقيد بالحاجة فلا يحل له أن يوقع الطلاق، إلا إذا كان هناك سبب يدعوا اليه، ولذلك أفرد الفقهاء له تسمية مخصوصة، أطلقوا عليها الأتي : تقييد الطلاق بالسبب الذي يدعوا اليه، وهذا السبب في نظرنا يتمثل في سلوك الزوجة وايدائها الزوج والجيران قولاً أو فعلاً... فالأصل في الطلاق إذن الحظر، والمنع، ولا يباح أصلاً إلا للحاجة ولكونه تصرف ارادي، يترتب عليه آثاراً شرعية، وله طبيعة تميزه، فالحق فيه إذن مقيد باعتبار الحاجة، وفي رأينا ما نرجحه في هذه المسألة هو : الأخذ بمعيار مبدأ القاعدة في الشرع الاسلامي وهي لا ضرر ولا ضرار اذ الأصل في هذا أن الطلاق للحظر وذلك للإعتبارات نراها جوهرية في المسألة وتكمن في الأتي :

1- الضرورة «تقدر بقدرها» فهي التي تبيح الطلاق، لأنه هدم بناء قائماً تعلقت ببقائه أغراض، ومصالح.

2- الطلاق بلا حاجة، ولا ضرورة لضرر واضح المعالم.

3- إن المبادئ العامة التي تحكم الطلاق، تتطلب الضيق فيه أشد تضيق، والدليل على ذلك أن الشارع الحكيم، وضع شروطاً لصاحب الحق في الطلاق (الزوج) سبق وأن أشارنا لها في صدارة البحث.

(107) رسالة ماجستير سابقة ص 100

4- إن القرآن الكريم باعتباره المصدر الأصلي، لأحكام الطلاق نفراً من الطلاق بموجب قوله تعالى : ﴿وإذا كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً﴾⁽¹⁰⁸⁾.

5- أمر الشارع الحكيم الإصلاح بين الزوجين إن ظهرت بوادر الشقاق بينها بدليل قوله ﴿وان خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾⁽¹⁰⁹⁾.

6- الامتناع، والحظر من الطلاق هو نوع من التقوى، والبر.

وعليه ما يستوجب الإشارة له في هذا الصدد، وهو: أنه إذا كانت المبادئ العامة التي تحكم الطلاق، لم تجعله ميسراً، إلى هذا الحد، بل ضيقت فيه أشد التضيق، إلا لغرض المحافظة على الأسرة، وحماية لهذا الحق من الزلل، والشطط، وحرصاً من الشارع الحكيم على وضع العقبات، أمام المطلق للتروي، والتفكير، بحيث لا يقدم المرء على انفصال الحياة الزوجية التي قدسها الله، إلا حاجة تدعو إليها الضرورة.

المطلب الخامس: القيمة القانونية للطلاق :

* الطلاق حق يخضع التصرف فيه للشكل القانوني:

لما كان الطلاق واحداً من الحقوق الارادية، فهو يستعمل بمحض إرادة الزوج وبمجرد التعبير عن إرادته، يحدث الأثر القانوني⁽¹¹⁰⁾ الناشئ عن عقد الزواج.

وتبعاً لذلك، فالسؤال المطروح في هذا الصدد وهو: هل يخضع الزوج في استعمال حقه في الطلاق إلى الشكل القانوني وماذا يقصد بالشكل هنا؟

التعريف بالشكلية : يقصد بالشكل الحركة، أو التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي.⁽¹¹¹⁾

وعليه فقد يلجأ المشرع في صياغته للقواعد القانونية إلى تحديد الوقائع القانونية - التي يترتب عليها الأثر القانوني - في مضمونها كأصل عام. فيرتب مثلاً على فسخ الخطوبة، أو إرجاع الزوج لزوجته أثناء مدة العدة الأثر القانوني ففسخ الخطوبة بانقضاء المركز القانوني الناشئ عنها.⁽¹¹²⁾

وعليه فإن الأعمال القانونية ليست إلا مجرد أشكال⁽¹¹³⁾.

(108) سورة النساء آية 19.

(109) سورة النساء الآية 35.

(110) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني دار النهضة العربية القاهرة ط 1977 ص 118 وما بعدها.

(111) د. فتحي والي، نفس المرجع أعلاه ص 148 - 149.

(112) قد يصرف النظر عن الوسيلة التي تم التعبير بها عن المضمون سواء تم ذلك بالكتابة العرفية أو الرسمية أو أمام شهود.

(113) د. نبيل إسماعيل عمر اعلان الأوراق القضائية، منشأة المصارف ط 1981 ص 22.

فإذا كان كذلك فلنا أن نتساءل هل إرادة الزوج في الطلاق، تخضع للشكل القانوني. ان الجواب على هذا التساؤل الفرعي يجرنا جلينا الى موقف الفقه الاسلامي .

وعليه يرى جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية أن الطلاق حق للرجل، يستعمله في أي وقت يشاء⁽¹¹⁴⁾ ، دون أن يخضع الى قيد يُحد من إرادته، وإن التعبير عنها لا يجب أن يقتصر بوقت معين، أو بشهادة الشهود، وقالوا إن طلق الزوج خارج الطريق التي رسمها الشرع، فإنه يكون اثما ديانة، ومع ذلك فطلاقه واقع قضاء⁽¹¹⁵⁾.

وعليه فإن فقهاء الشريعة الاسلامية، أكدوا أن الشارع قد إقتصر، على تحديد واقعة الطلاق في مضمونها وترك وسيلة التعبير عن الارادة حرة، وتبعا لهذا الرأي فالحق في الطلاق واستعماله من قبل الزوج يعد من التصرفات الحرة، ولأن الطلاق حق له بحكم الشريعة.

فيكفي لترتيب الأثر القانوني، وأن يتم التعبير عن الارادة وبأية وسيلة كانت.⁽¹¹⁶⁾

غير أنه يجب أن نميز في هذا الصدد بين الشكل القانوني، ومبدأ سلطان الارادة، فالشكل القانوني لا يهدف الى الانتقاص من الحق الارادي، أو المساس به بل يهدف الى حماية صاحب الحق من مغبة الشرع، وتفرض على صاحب الحق إذا أراد أن يتصرف فيه أن يأتي هذا التصرف على وجه معين.

بينما مبدأ سلطان الارادة يجعل الارادة حرة تتصرف في هذا بأي وسيلة كانت، ومن ذلك أيضا إن المشرع الجزائري قد أظهر موقفه في هذا المسألة حيث نص في صلب المادة 49 من قانون الأسرة على ما يلي: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر «ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح».

إن ما تجدر الإشارة له من خلال إستقراءنا لهذا النص الملاحظات التالية:

1- أن المشرع استعمل عبارة **لا يثبت الطلاق إلا بحكم** فهو بهذا قد وضع قاعدة إجرائية صحيحة واضحة لصحة وقوع الطلاق من حيث الشكل القانوني، الذي يقتضيه وألغى ضمنيا الطلاق العرفي ولم يضع له قواعد إجرائية لتنفيذه بحكم، أو بأمر.

(114) د. محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص 334 وما بعدها.

(115) د. عبد الرحمن الصابوني 406 وما بعدها.

(116) المرجع السابق د. محمد أبو زهرة، خلاصة الأحوال الشخصية د. محمد سلامة ص 73.

2- نفى المشرع وقوع أي طلاق، ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي.

3- عدم استعمال المشرع في النص عبارتي «الإنشاء، والانعقاد».

4- هل يعتد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء.

5- يتوجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق، أمام القاضي بعد أن يستوفى إجراء الصلح.

6- أن يتقدم الزوج بأسباب ودفع موضوعية، تنافي التعسف لأنه أمام ممارسة الحق الإرادي.

وعليه ما نستخلصه أن المشرع الجزائري، كما تعلق بالشكل القانوني من حيث الطلاق بحق فإنه يخضع التصرف فيه لهذا الشكل، وأن استعمال الحق في الطلاق لا يكون إلا عن طريق تعبير الزوج عن إرادته، أمام القاضي، فإن عبر الزوج عن إرادته في الطلاق، وفقا للشكل المقرر قانونا يترتب على ذلك إستفادة لهذا الحق.

وتبعاً لذلك فإنه إبتداء من تاريخ تلقى القاضي الاعلان عن الارادة يترتب، عليها الاثر القانوني وهو الاعلان عن إنهاء الرابطة الزوجية، أو إنحلالها .

ففي رأينا أن الشكل القانوني الذي وضعه المشرع كقاعدة إجرائية صحيحة واضحة، لصحة وقوع الطلاق نعتبره إجراءً ضرورياً، ولازماً، إذ أنه لا بد من اللجوء الى القضاء والاحتكام إلى القاضي خاصة في هذه المسألة باعتبار أن تصرفها خطير مما يتطلب اتباع الاجراءات القانونية، الملزمة في هذا الشأن، ولكون أن سبب الطلاق من صنع الزوج، ولا دخل للزوجة فيه، فلا بد لهذا السبب أن يأخذ مجراه أمام الجهة القضائية، ولكن لا تكن له القيمة القانونية إلا إذا وقع بين يدي القاضي المختص في الموضوع، ثم يعد ذلك من الإجراءات الواجب إتباعها أمام الجهة المختصة.

- الأثر المترتب على عدم التمسك بالقيمة القانونية للطلاق :

إن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، وهو: أن الزوج في حالة عدم تقييده بالسبب الشرعي، أو المبرر الذي يدعوه الى الطلاق، وتصرف دون الحاجة له، واستمر في استعمال حقه الإرادي، بدون سبب فإن هذا سينبثق عنه، واقعة قانونية جديدة، يترتب عنها الأثر القانوني، فمن خلال تصرفه هذا يعتبر خروجاً عن الحدود الشرعية لاستعمال الحق فاصبح من خلاله واقعا تحت طائلة التعسف في استعمال الحق.

وما ينبغي ملاحظته في هذا الشأن وهو: أن التعسف في إساءة استعمال الحق من صاحب من يملك الطلاق يؤدي الى ضرر بالغير.

وعليه فقد أصبحت حالة التعسف في استعمال الحق في هذه الحالة، طلاقاً بغير سبب معقول، والى غير ضرورة تدعو اليه، لأن هذا يصيب الزوجة من جراء ذلك، بؤس وفاقاً.

وعليه فإن الطلاق التعسفي في هذه الحالة، رتبت الشريعة الاسلامية عليه أثراً يهدف الى تحقيق هذا الضرر عن المطلقة، وذلك بالتعويض، الذي تفرضه على الزوج لمطلقتها، وهذا ما أطلق عليه القرآن الكريم (بالمتمعة) طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعُ بِالمَعروفِ حَقاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽¹¹⁷⁾ وقوله ﴿وَمَتَعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ، مَتاعاً بِالمَعروفِ حَقاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽¹¹⁸⁾.

وعليه فما نستخلصه من خلال إستقراءنا لهذا التصرف، من حيث إستعمال الحق الارادي فيه النقاط التالية:

1- أن التعسف قد يكون في حالتين، في طلاق قبل الدخول، أو طلاق بعد دخول. ففي كليهما استخدم الزوج إرادته، بغير سبب فرتب الفقر، والبؤس لزوجته.

2- أن المشرع والقانون استوجب، سبباً معقولاً، وحاجة شرعية، تدعو الى الطلاق.

3- نص المشرع في المادة 52 من قانون الأسرة، أن تعسف الزوج مسألة إثباتها، يحتكم اليها أمام الجهة القضائية المختصة، وللقاضي وسلطته التقديرية، في إظهار وتبيان صور التعسف من عدمه.

4- إن المشرع الجزائي، قد خطا خطوة، جريئة، حيث أوجب التعويض عن الطلاق التعسفي الذي يتقيد هذا الأخير بشروط أساسية، يجب توافرها.

5- إن تقدير التعويض متروك للسلطة التقديرية للقاضي، نسبة التعسف ودرجته، عن الضرر المادي، والمعنوي، الذي أصاب المطلقة.

وعليه فإن مسألة طلاق التعسف الواقع بغير سبب معقول، سنتعرض لها بشيء من التفصيل في المبحث المخصوص بها. وإنما تعرضنا في هذا المبحث لها باعتبارها من الآثار المترتبة عن الارادة المنفردة للزوج، ومدى استعمال حقه الارادي، في هذا التصرف على وجه غير معقول.

(117) سورة البقرة الآية 241.

(118) سورة البقرة الآية 236.

المبحث الثاني

موقف الفقه، والتشريع، والقضاء، من التعسف و المتعة، والتعويض

المطلب الأول : مفهوم التعسف وإثبات صورته أمام القضاء وموقف الفقه، والتشريع منه

الفرع الأول : مفهوم التعسف :

يقصد بالتعسف : «أن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له - بعوض أو بغير عوض - أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الاضرار، أو يخالف حكمة المشروعية»^(*).

وعليه لما كان التعسف في الطلاق إثباته، من عدمه، أمام الجهة القضائية لأنها مخولة لتحديد طبيعته، ومعياره، وحرية تقديرية، فمما لا شك فيه أن معيار السلطة التقديرية للقضاء وحدها، كفيلة بتحديد حالة ودرجة التعسف، باعتبار أن القاضي فيها هو قاض أساس، يراعي فيه معيار حالة التوازن طبقاً للقاعدة الشرعية «لا ضرر ولا ضرار» وهذا ما تجسده سلطته الموضوعية التقديرية، لأن المحكمة جهاز حيادي في كل الأحوال، ولمن رأى في ذلك ظلماً له أن يرفع الأمر إلى الجهات القضائية العليا.

وعليه فإذا طلق الزوج زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف، في طلاقها دونما مبرر شرعي، وسبب معقول، والزوجة في هذه الحالة سيعيبها ضرر، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل.⁽¹¹⁹⁾

وعليه فحكم الطلاق التعسفي، إذا كان طلاق الزوج مضرًا بزوجه، مسيئاً لسمعتها في بعض الظروف نجد أن الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، رتبت على هذا الطلاق أثراً يهدف إلى تحقيق هذا الضرر على المطلقة، وذلك بالتعويض الذي تفرضه

* أ. د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق مؤسسة الرسالة لبنان ط 2 1977 ص 46.
(119) من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره أما التطبيق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها.

على الزوج لمطلقته، وهو ما يسمى «بالمتمعة» بموجب قوله تعالى ﴿فمتعوهن، وسرحوهن سراحاً جميلاً﴾⁽¹²⁰⁾

وعليه فقد حكم القضاء الجزائري، بأن حق الطلاق مخول في الشريعة الإسلامية للزوج، ولا يترتب على إستعماله له من الأحكام سوى إستحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها، ونفقة عدتها، التي يُراعى في تقديرها حالة المطلق المالية.⁽¹²¹⁾

غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعوا إليه، وجب على المطلق المتعسف التعويض، لما لحق الزوجة المطلقة من أضرار بسبب هذا الطلاق.

وعليه فمتى حكم القضاء بالطلاق مع التعسف، حكم للزوجة بمبلغ من المال تعويضا لها عن ذلك، طبقا وإعمالا، وتكريسا للقاعدتين الشرعيتين: «لا ضرر ولا ضرار»، «الضرر يزال».

وعليه فما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن صورة معيار التعسف أمام القضاء، تقوم على أساسين وهما:

أولا : المعيار الشخصي أو الذاتي : ويتمثل في النية أو الباعث.

ثانيا : المعيار الموضوعي : ويتمثل هذا الأخير في الموازنة بين الحقوق، والظروف، التي أحاطت باستعمال الحق⁽¹²²⁾، ذلك أن المعيار : هو ضمان حالة التوازن، طبقا للقاعدة الشرعية «لا ضرر ولا ضرار» وهذا ما تجسده، وتكرسه الجهة القضائية في سلطتها التقديرية باعتبارها جهة محايدة في هذا الشأن.

وعليه نجد أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا، عندما أقرّ التعويض، ولم يقيد، ذلك أن الواجب أن يترك للقاضي لغرض الحكم بالتعويض، الذي يراه كفيلا بدفع الفقر والحرمان عن الزوجة المطلقة، وفقا لدرجة نسبة التعسف، والحالة المالية للزوج.

الفرع الثاني : موقف الفقه، والتشريع من التعسف :

إن ما تستوجب ملاحظته في هذا الصدد، أن التعسف في استعمال الحق، من القضايا التي يدور حولها جدل فقهي كبير⁽¹²³⁾، فمنهم من أنكره كمبدأ نهائيا، بدعوى أن

(120) سورة الأحزاب الآية 49.

(121) محكمة المدية 12/3/1969 المحاماة عدد 74/1 ص 35

(122) أ.د. فتحي الدريني نفس المرجع السابق ص 87

(123) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون منشأة المعارف اسكندرية ط 71 ص 758

القانون يتناقض عندما يمنح الشخص حقاً، ثم يلزمه بالتعويض، عن إستعماله لهذا الحق، فشبّه موقف القانون من صاحب الحق، كمن يعطي شخصاً شيئاً في يوم ما، ثم يعود لينزعه منه في اليوم الثاني، أو من يعطي شيئاً باليد اليمنى، ثم ينزعه باليد اليسرى، وهذا ما يظهر في الطلاق عندما ننظر إلى الأمور بنظرة سطحية، حيث يبيح القانون للزوج، حق الطلاق. ثم يطالبه بالتعويض عن هذا الذي، هو مجرد إستعمال للحق نفسه .

إذا تمعنا النظر، في هذه المسألة نجد أن التعسف موجود حقيقة، وهو ظاهر من طبيعة الاستعمال للحق ذاته، فيخالف صاحب الحق القصد الذي أباح المشرع من أجله الحق نفسه، وعليه نجد التعريف المناسب في هذا الصدد، هو ما استقر عليه تعريف الدكتور فتحي الدريني الذي جاء فيه بما يلي «هو مناقضة قصد الشارع، في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»⁽¹²⁴⁾.

وعليه فمن خلال إستقراءنا للتعريف أعلاه نجد أن ما قصده الدكتور فتحي الدريني بقوله : «باعتباره مناقضة قصد الشارع» في صلب التعريف، تعني مضادة قصد الشارع، وهذه المضادة لا تخلو: إما أن تكون مقصودة، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا، بأن يستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار، وقصد الشارع من شرعية الحق، تحقيق المصالح لا المضار أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرمه الله أو إسقاط ما أوجبه عليه، حيث أن هذا التذرع يفضي إلى خرق قواعد الشريعة، وهدم مقاصد الشارع، وتلك مناقضة إلى إبطال حكم شرعي، أو إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، ومنه في هذا السياق ما قاله الإمام الشاطبي⁽¹²⁵⁾ في هذا الصدد، حيث جاء في قوله ما يلي : قصد الشارع من المكلف، أن يكون قصده في العمل، موافقاً لقصد الله في التشريع.

وعليه فإذا لم يكن موافقاً للشرع، بأن قصد باستعمال الحق غير ما شرع له فينصرف إلى تعسف، كان مناقضاً لقصد الشرع، والمناقضة مبطلّة للعمل.

* معنى التعسف في الفقه من حيث، ضالة المصلحة، كقرينة على قصد الإضرار :

إن انعدام التناسب بين المصلحة والمفسدة لضالة الأولى، قد يتخذ قرينة على قصد الإضرار، وأياً ما كان فقصد الإضرار، وإنعدام التناسب، كل منهما علة في التعسف.

(124) أ. د. فتحي الدريني مرجع سابق ص 86-87

(125) أبو إسحاق إبراهيم «الشاطبي» الموافقات في أصول الشريعة ط الرحمانية القاهرة ج 4 ص 201 القانون اللبناني في المادتين 130-131، القانون المغربي المادة 111 مدونة الأسرة، القانون التونسي الفصل 25 من قانون الأحوال الشخصية القانون العراقي المادة 1/40 من الأحوال الشخصية، القانون المصري رقم 25 سنة 1929 المواد 6-7-8-9-10-11. القانون الأردني المادة 1/96 المادة 77، القانون السوري المادة 112/01.

وعليه فقد أورد الفقهاء على هذا المعيار، تطبيقات كثيرة مبثوثة في كتب الفقه الإسلامي وشتى أبوابه.⁽¹²⁶⁾

وعليه فإن مبدأ التعسف في مادة الطلاق، يترتب من الضرر، بالغير مما جعل من المشرع في المادة 53 مكرر حينما عالج مسألة الطلاق للضرر، ومنح الزوجة حق طلب التطلاق بسببه، أورد عبارة عامة جداً، وشاملة جداً وهي عبارة «كل ضرر معتبر شرعاً» بحيث لم يتقيد بضرر معين، مما إستوجب أن تكون سلطة القاضي التقديرية للضرر، في هذا المجال سلطة تقديرية موضوعية، مطلقة لم يقيد أي قيد ولا يحدها أي حد ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا، ومنه أيضاً أن قواعد الشريعة الإسلامية الغراء لم تحدد أنواعاً معينة من الضرر مما استوجب في قواعدها الأساسية العمل بمبدأ (لا ضرر ولا ضرار) وطبقاً لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَضَارَوْهُنَّ لِتَضَيَّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾.

وعليه نجد أن قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية، تنص معظمها على التفريق للضرر، واشترطت أن يكون الضرر المشكو منه، بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية، إلا أن المشرع الجزائري في هذا الصدد، إشتراط إثبات التعسف، لإظهار الضرر حتى يتمكن من التعويض.

وعليه لما⁽¹²⁷⁾ كان التعسف بالمفهوم الذي أوردناه سلفاً، فكيف يثبت القضاء هذا التعسف؟

إن مسألة إثبات التعسف، في نظرنا متوقفة على معيار الضرر الذي يوقعه الزوج لزوجته، فهو غير موصوف في النص، ولذلك كان معياره موضوعياً، يقوم القاضي بحكم سلطته التقديرية، بالبحث عنه، في أوراق الدعوى، ومستنداتها، وتعقب دواعيه، والمتسبب فيه، «وقد قضى بأن معيار الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة، بين أمثال الزوجين هو معيار شخصي، لا مادي، ومؤدى هذا، أن افشاء سر الزوجة، أو التراخي في الدخول بها يعتبر ضرراً.

وعليه فإن إثبات الضرر، هو الآخر متوقف على إجراء الصلح، باعتباره إجراءً جوهرياً أوجبه معظم نصوص التشريعات العربية، بما فيها الجزائري، ولأنه لصيق بالنظام العام كما سبقت الإشارة إليه سابقاً.

(126) القانون اللبناني في م 130 م 131 منه، القانون المغربي / الفصل 56 من المدونة القانون التونسي / الفصل 25 من الأحوال الشخصية، القانون العراقي م 1 / 40 من الأحوال الشخصية القانون المصري / رقم 25 لسنة 1929 م 6 ، 7 ، 8 ، 9 ، 10 ، / 11 القانون الأردني م 1 / 96 م 77 القانون السوري / م 01 / 112 (127) د. أحمد ناصر الجندي، الطلاق والتطلاق وأثارهما ص 219 ، 220 وما بعدهما ط 41 - دار الكتب القانونية ، القاهرة.

وعليه فما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، أن المشرع كان واضحا في المادة 52 (من قانون الأسرة) حيث جاء في نص المادة العبارة التالية: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق...» ومعنى ذلك أن إثبات التعسف من صلاحيات القضاء، فقاضي الأساس : هو الذي يظهر ويبين صورة التعسف من خلال سلطته التقديرية الواسعة المنوطة له، وعليه فإن المحكمة العليا⁽¹²⁸⁾ في هذا الصدد، قررت ما يلي: «إن قضاة الأساس لهم ما يخولهم من إستنتاجات لوقائع الدعوى، بمالهم من سلطة تقديرية مطلقة.

وعليه لما كان التعسف في مادة الطلاق، يؤدي إلى ضرر لاحق بالغير، فهذا المعيار ينبثق عن أصل مقرر في أصول الفقه الاسلامي هو «النظر في مآلات الأفعال ونتائجها»⁽¹²⁹⁾.

حيث يقرر هذا الأصل أنه إذا كان له مآلان متعارضان، وكانت المفسدة فيه مساوية للمصلحة، أو راجحة عليها، لم يبق الفعل مشروعاً، وعليه كيف إذا كانت المصلحة ضئيلة لا تتناسب مطلقاً مع ما يلزم عنها من مفسدة ؟ فاختلال التوازن في هذه الحالة إذن هو العلة في التعسف.⁽¹³⁰⁾

إن هذا المعيار الذي قرره فقهاء الأصول، وأصحاب القواعد فيه، وما قننته مجلة الأحكام العدلية، موضوعي مادي، لا يحفل بالنية والقصد، بل يعتبر مجرد التسبب - ولو كان في الأصل مشروعاً - موجبا للمسؤولية، إذا وقع الضرر، أو موجبا للمنع من التصرف الفعلي ابتداءً، إذا كان الضرر متوقعا في الغالب من الظن، واختلال التوازن هذا، يتمثل في الضرر الفاحش بصور واضحة، وفي الضرر العام⁽¹³¹⁾ بصور أوضح، كما يتمثل هذا المعيار، فيما إذا ضوّلت المصلحة بحيث لا تناسب المفسدة إطلاقاً من باب أولى.

الفرع الثالث : إثبات القضاء لصور التعسف :

لقد توصل القضاء إلى إثبات جملة من صور التعسف، من خلال ما يحكم به القاضي بما يراه مناسبا، ووفقا لسلطته التقديرية، وعليه فصور التعسف لم تظهر إلا من خلال الأحكام القضائية، وعلى ضوء التطبيقات القضائية للمادة التشريعية، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 52 من قانون الأسرة والتي جاء فيها ما يلي: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

(128) المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية) قرار مؤرخ في 1971 / 02 / 03 ن.ق 1972 عدد 02 - ط 41.

(129) د. فتحي الدريني، أصول الفقه الإسلامي، (أصل النظر في المآلات) ص 403 وما بعدها، مطبعة مؤسسة الأمالي، جامعة دمشق 1967.

(130) أبو إسحاق الشاطبي - الموافقات ج 4 ص 196 وما بعدها. دار الملايين، بيروت 1986.

(131) أبو إسحاق الشاطبي - الموافقات، مبحث : (الأمر والنهي يتواردان على الفعل) ج 2 ، ص 357، مرجع سابق.

وعليه فإن المشرع بهذا يكون قد أضاف قيداً جديداً على الطلاق، بدفع على التريث، والتأكد، من أنه لم يظلم زوجته في ذلك، وهو بهذا أعطى للقضاء حق تقدير التعسف، وبهذا ترك له حرية التقدير فيه سواء كان هذا التعسف، موجوداً أو منعداً .

وعليه إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن تساوياً يفرض نفسه في المجال العملي التطبيقي وهو :

هل كل طلاق يمكن إعتباره تعسفاً ؟ أم أن هناك معياراً يحدد طبيعة الطلاق التعسفي؟ وهل للقاضي حرية التقدير ؟

إنه قبل الإجابة على التساؤل، لا بد أن يحدد مفهوم التعسف في مادة الطلاق.

المطلب الثاني : التعويض في الطلاق التعسفي تشريعاً وقضاء

الفرع الأول : مفهومه

إنه إنطلاقاً من نص المشرع في المادة 52 والتي جاء فيها ما يلي : «إذ تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها» فقد أوجب المشرع القضاء بالتعويض في حالة تعسف الزوج، وإساءة إستعماله الحق، ذلك أن هذه الحالة شكلت خطأ تقصيرياً، يستوجب التعويض، وعليه فالتعويض أساسه المسؤولية التقصيرية ومجاله فيها .⁽¹³²⁾

وعليه لما كان الطلاق تصرف إرادي، والزوج فيه هو صاحب الحق له أن يستعمله في غرضه، فإذا إستعمله لغير ذلك، أصبح تعسفاً، وخاصة لما يتعلق الأمر بمساس شرف، وكرامة الزوجة، والاعتداء المباشر على عواطفها أو الحاق أي ضرر بها، والذي يعتبر عملاً غير مشروع في هذا الحالة مما يستوجب فيه عملاً يستحق التعويض⁽¹³³⁾ ذلك أن العمل المستحق للتعويض كما عرفه الأستاذ الدكتور علي فيلالي والذي جاء في تعريفه ما يلي : يقصد بالعمل المستحق للتعويض، ما يسمى تقليدياً بالمسؤولية التقصيرية، أي المسؤولية التي يتحملها الشخص بسبب إخلاله بالتزام قانوني نتيجة خطأ، أو إهمال، أو تقصير منه.

وعليه لما كان التعويض مجاله ونطاقه المسؤولية التقصيرية في هذا الصدد، فإن المسؤول عن الفعل الضار فيها يلتزم بتعويض المضرور، عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع في وقت الفعل.⁽¹³⁴⁾

(132) آثار المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير للأستاذ فؤاد قواف كلة، تحت إشراف الدكتور محمد حسيني الموسم الجامعي 75 ، 76 ص100.

(133) أ. د. علي فيلالي - الالتزامات العمل المستحق للتعويض ص 01 دار النشر / موفم للنشر المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، وحدة الرغبة سنة 2002.

(134) د. عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني ج2، مصادر الإلتزام، الناشر، دار النهضة العربية القاهرة - 1997 ص401.

ومنه أيضا فقد جاء في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري في هذا الصدد، ما يلي : كل عمل أيا كان يرتكبه المرء (بخطئه) ويسبب ضرر للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.

وعليه فإنّ ما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن وهو : «أن التعويض في الطلاق التعسفي يكون موجبا» . باعتبار أن المشرع الجزائري على وجه الخصوص، وفقهاء القانون على وجه العموم سموا طلاق التعسف بهذه التسمية، لأن الزوج يوقعه لغير سبب معقول مما رتب عنه القانون تعويضا ماليا قدر في بعض التشريعات نفقة سنة، كما جاء ذلك على سبيل المثال في التشريع الأردني بموجب المادة 134 منه . وكما جاء في التشريع الجزائري في المادتين 52 ، 55 من قانون الأسرة.)

إنّه لما كان حكم الطلاق منشأ لمراكز قانونية جديدة، هي مركز المطلق، ومركز المطلقة مما يرتب عن هذا تهدم كيان أسرة، وقد سبق وأن بينا أن الطلاق يكون بإرادة الزوجين، كما أنه يكون بالإرادة المنفردة للزوج، أو الزوجة، إن توفرت الأسباب المقررة قانونا.

وعليه فإن درجة الضرر الحاصلة لاحدى الزوجين من الطلاق، تختلف بحسب الظروف التي أدت إلى طلبه، وبحسب الأسباب التي دفعت إليه ومثال على ذلك :

حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج :

لنا أن نتساءل في الحالة أعلاه :هل أن مجرد طلب الزوج للطلاق يجعل الطلاق تعسفيا؟ ويترتب عليه الزامه بدفع التعويض للمطلقة ؟

إنه لما كان الأصل في وقع الطلاق، بيد الزوج، باعتبار صاحب العصمة الزوجية.

وعليه فاذا طالب الزوج بالطلاق، وأصر عليه، رغم محاولة الصلح، فما على القاضي في هذه الحالة الا الاستجابة لطلبه، تكريسا وإعمالا للعمل الشرعي أخذاً بمبدأ القاعدة الفقهية، وهي « لا ضرر ولا ضرار. وحتى لا تحس الزوجة المطلقة أن هناك إجحافاً في حقها وأن مصيرها لعبة في يد الرجل يتصرف فيه كيفما شاء، ومن أجل ذلك فإن المشرع، قد منح لها الحق في طلب التعويض، بموجب (المادتين 52 ، 55) وفي هذه الحالة على القاضي أن يظهر، وبين التعسف بمقتضى المادة 52 من قانون الأسرة من خلال هذا ما يبرره الزوج من الدوافع التي أدت إلى مطالبة بالطلاق فإذا كانت المبررات جدية، حسب السلطة التقديرية للقاضي فإن طلاقه في هذه الحالة لا يعد تعسفيا.

وعليه فالسؤال المطروح في هذا الصدد، هو: هل أن الزوجة تستحق التعويض عن الطلاق، إذا كانت مبرراته معقولة، وجدية من طرف الزوج ؟

إن الإجابة على السؤال تقتضي منا معرفة ما هو معلوم بالضرورة في هذه المسألة بالخصوص، وهو : أن الأصل الذي نحتكم إليه، في هذه الحالة هو الرجوع إلى القاعدة العامة والتي هي : أن التعويض يكون لجبر الضرر الحاصل للطرف المتضرر، إنطلاقاً من صلب المادة 124 من القانون المدني : «أن كل من أحدث ضرراً للغير يلزم بالتعويض».

وعليه يجب إثبات الضرر بمقتضى المادة أعلاه، ولكن ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد أن مادة الطلاق، والضرر الناتج عنها، لقد أضحى المعمول به في الغالب بعنصر الضرر المفترض دون حاجة إلى إثباته، وهذا متى كان الأساس الذي يعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير الجدي أو منعدم على الإطلاق لأنه إذا انعدم التبرير، أو كان غير كافٍ فإن ذلك يفهم منه أن الزوج يتعسف في استعمال حقه في الإمساك بالعصمة الزوجية.

ومنه أيضاً قد يكون طلب الزوج للطلاق، بايعاز من الزوجة في حالة إمتناعها عن الرجوع إلى بيت الزوجية، رغم صدور حكم قضائي بالزامها بالرجوع، فمتى أثبت الزوج أن حكم الرجوع قد أصبح نهائياً، وأنه سعى تنفيذه، إلا أن الزوجة إمتنعت وأصرت عن إمتناعها فإنه يستجاب لطلبه المتضمن الطلاق، ويكون ذلك بسعي منه وبتظليهما لنشوزها، وفي هذه الحالة تحرم من حقها في التعويضات.

أما في حالة ما، إذا كانت الزوجة هي التي طلبت التطلاق وإستجاب لها القاضي لتوفر سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة.

فهل تستحق الزوجة التعويضات في هذه الحالة ؟

إن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، أن الواقع العملي يثبت أن الجهات القضائية المختلفة غير مستقرة حول هذه المسألة، ذلك أن هناك قضاة يحرمون المرأة من التعويضات في حالة الإستجابة لطلبها التطلاق لكون أنها هي التي طلبت التطلاق بينما نجد قضاة آخرون يمنحون لها التعويض مع التطلاق إن هي طلبته، ولكن ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الشأن، أن سبب الاختلاف في منح التعويض من عدمه يعود في نظرنا إلى الغموض واللبس المتواجد في صلب نص المادة 52 من قانون الأسرة، حيث أن المادة 52 قد بينت أنه في حالة تعسف الزوج في طلب الطلاق، فإن المطلقة تستحق التعويض، وعليه فإن هذه المادة إكتفت بذكر الطلاق الذي يطلبه الزوج فقط، بينما التطلاق لم ينص المشرع صراحة، أو ضمننا، على أن من حق

الزوجة أن تطلب التتطبيق والتعويض، إلا ما ذكره حصراً لحالات التتطبيق ولكنها لم تنص على الحق في التعويض للزوجة.

وعليه إن ما نجده في هذا الصدد، أن المحكمة العليا قد أصدرت قراراً جاء فيه ما يلي : في حالة الحكم بالتتطبيق، فإن المطلقة لا تستحق التعويض، فهي إن تضررت فإن جبر الضرر يكون بتتطبيقها فلا يعوض على الضرر واحد مرتين⁽¹³⁵⁾.

وعليه فما تجدر الملاحظة له في هذا الشأن، أن المحكمة العليا قد قررت أنه في حالة التتطبيق لا تستحق المطلقة التعويض، إلا أنه نرى خلاف هذا الرأي، وهذا إنطلاقاً دائماً من مبدأ أن من أحدث ضرراً، للغير يلزم بالتعويض، ذلك أن المطلقة لا بد أن تتمكن من إثبات الضرر الحاصل لها، بما فيها الحالات المقيدة بنص المادة 53 والتي هي الأخرى تحدث الضرر لها لا محالة، مما إستوجب بضرورة الضرر اللاحق بها أن تستحق التعويض في نظرنا، لكون أن هذا الضرر حصل لها نتيجة المعاملات التعسفية للزوج.

ومنه أيضاً ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد، أن المحكمة العليا لم تستقر على موقفها من خلال ما تضمنه قرارها المذكور أعلاه، حيث تراجعت عن موقفها مؤخراً من خلال القرار الآتي والذي جاء فيه ما يلي : «من المقرر قانوناً أنه يحق للزوجة أن تطلب التتطبيق لكل ضرر معتبر شرعاً»... ومن المقرر أيضاً أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر... ولما كان ثابتاً أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفاً من طرف الزوج فإن تطلب الزوج وحده لا يكفي لجبر الضرر، وتعويضها مقابل الإضرار اللاحق بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة، نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن⁽¹³⁶⁾.

ومنه أيضاً ما نلاحظه ما تعلق بمسألة التعويض في هذا النطاق، أن المشرع الجزائري لم يوضح لنا من خلال نصوص تشريع الأسرة متى يستحق أحد الطرفين المتضرر من الطلاق التعويض، فهل يُستحق التعويض بعدما يصبح الطلاق نهائياً، ولا يمكن الرجوع فيه ؟ أي طلاقاً بائناً بينونة كبرى مع إنتهاء العدة لأنه من غير المعقول أن يراجع الرجل زوجته ومع ذلك يبقى ملزماً بمنح التعويضات لها ونجد في هذا الصدد ما إستقرت عليه محكمة النقض السورية في قرار لها صادر بتاريخ 19/06/1956.

(135) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 03 / 27 / 1989 م. ق. عدد 01، 1991.

(136) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 23/12/1997 ملف رقم 181648، م. ق. عدد 01 / ص 49.

وعليه فإنه في رأينا لا بد من تحديد تاريخ إستحقاق التعويض حتى يتمكن القاضي من تحديده في منطوق حكمه، وعليه فإن ما تستوجب الإشارة إليه أيضا في هذا الصدد، وهو أنه في حالة الطلاق بالتراضي، إذا إتجهت إرادة الزوجين، إلى الطلاق، واتفقا على ذلك بأن أدركا إستحالة إستمرار العشرة الزوجية بينهما، فما على القاضي إلا أن يملك سوى الإشهاد لهما على الاتفاق الحاصل بينهما، فإن تنازلت المطلقة عن حقها في التعويض، فإنه في هذه الحالة يشير إلى ذلك في الحكم، ومنه أيضا بدفع مبلغا ماليا مقابل الطلاق بالتراضي، فتقبل به.

وعليه فما على القاضي أيضا في هذه الحالة إلا أن يشير الى ذلك في الحكم.

ذلك أن ما هو مستقر في تحديد مفهوم التعويض ونطاقه في هذا المجال :هو تكريس العمل بالمبدأ المستحق للتعويض من جراء الطلاق التعسفي إذا أظهر وبين القضاء التعسف فيه بموجب ما تقتضيه المادة 52 من قانون الأسرة ومنه أيضا درجة الضرر اللاحق والحاصل لأحد الزوجين.

الفرع الثاني : التعويض كمبدأ أساسي

لقد بات من الضروري أن يتدخل القضاء في هذه الحالة، لأن الزوج أساء إستعمال حقه وعلى الجهة القضائية أن تحكم بالتعويض على مطلقة، ذلك أن الطلاق التعسفي يستوجب فيه التعويض، وعليه فإن اجتهاد القضاء⁽¹³⁷⁾ الجزائري قد أقر التعويض من جراء الطلاق التعسفي حيث جاء فيه ما يلي :

من الأحكام الشرعية، أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ونفقة ائمال، ونفقة متعه، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها، لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة، مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي.

ومنه أيضا، ما أكدته القانون الجزائري أن على القاضي معاقبة، من يسىء إستعمال حق الطلاق بتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها من جراء الطلاق التعسفي الواقع بغير سبب معقول،(المادة / 52 قانون الأسرة)، حيث يكون الحكم بالتعويض

(137) المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية) ملف رقم 41560 م.ق عدد 02 - ص 69.

بنسبة التعسف، ودرجته وبضمان حق المطلقة في السكن، مع محضونها حسب وسع الزوج، إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل ايواءها (المادة 2 / 52 قانون الأسرة).

ومنه أيضا في حالة ما إذا كانت الزوجة : هي التي طلبت التطلاق وإستجاب لها القاضي لتوفر سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة.

فهل لها أن تستحق التعويض أم لا ؟

إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن الواقع التطبيقي العملي يثبت أن الجهات القضائية مختلفة في منح التعويض، من عدمه، فبعض القضاة يأخذ به في هذه الحالة، والبعض الآخر يحرمها من التعويض مما يربط عدم الاستقرار في هذه المسألة، ذلك أن هناك قضاة يحرمون المرأة من التعويضات كما ذكرت سلفا، في حالة الاستجابة لطلبها التطلاق لكونها هي التي طلبت التطلاق، بينما هناك من القضاة يمنحون لها التعويض عن طلبها التطلاق، وفي نظرنا أن سبب الاختلاف، وعدم الإستقرار والتوحيد في منح التعويض في هذه الحالة يرجع أساسا الى نص المادة 52 من قانون الأسرة التي وضحت، وبيّنت، في صلبها أنه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في طلب الطلاق فإن المطلقة تستحق التعويض عن الضرر اللاحق بها، مما تتطلب الملاحظة في نص المادة أنها إكتفت بذكر الطلاق الذي يطلبه الزوج بإرادته المنفردة، بينما إذا إستنطقنا صلب نص المادة، فإننا لا نلاحظ أي وجود حالة الزوجة أنه من حق الزوجة أن تطلب التطلاق والتعويض.

وعليه فإن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، أن حق المرأة في طلب التطلاق بمقتضى إرادتها المنفردة وحدها، مقيدة بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 بفقراتها السبع، من قانون الأسرة نفسه على سبيل الحصر، ولكن رغم ذكرها الأسباب لكنها لم تذكر الحق في التعويض، وفي هذا الصدد نجد الإجتهااد القضائي⁽¹³⁸⁾ قد قرر ما يلي : « في حالة الحكم بالتطلاق، فإن المطلقة لا تستحق التعويض، فهي إن تضررت فإن جبر الضرر يكون بتطليقها، فلا يعوز على ضرر واحد مرتين ».

الفرع الثالث : موقف التشريع والقضاء من التعويض

إن الإجتهاادات القضائية ما تعلق بالتعويض، باعتباره مبدأ أساسيا في الطلاق التعسفي، نجده في هذا الصدد، ما ذهب إليه التشريع القضائي التونسي⁽¹³⁹⁾ والذي قسم الطلاق إلى ثلاثة أنواع « طلاق بالتراضي ، طلاق للضرر، وطلاق بإرادة أحد الزوجين »

(138) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 03 / 27 م.ق عدد 01، 1991.

(139) د. ساسي بن حليمة، أستاذ بكلية حقوق تونس - خواطر حول قانون الأسرة الجزائري ص 31

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع التونسي إنفرد بتقسيم طلاق الضرر الذي يرتب عنه تعويضاً، وأعتبر أن التعسف مفترض في الشخص الذي يطلب هو الطلاق، بينما الشخص المتضرر بطلب الطلاق على أساس الضرر الذي لحق به.

ومنه أيضاً أن التعسف في الطلاق يكون عندما يحصل سوء تفاهم بين الزوجين، ويؤدي الى نشوز الزوجة، وتتصلب المواقف وما أن يعرض الأمر على الجهة القضائية، حتى تقرر الزوجة التنازل عن موقفها وتتسبث بالعودة الى الحياة الزوجية ولكن رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه فيكون موقفه إذن مناقضاً لقوله تعالى : ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَ سَبِيلاً﴾ فيصبح في هذه الحالة تعسفاً في إستعمال حق والذي شرع علاجاً لما صعب علاجه بالطرق الأخرى.

وعليه فقد حكم القضاء الجزائري، بأن حق الطلاق مخول في الشريعة الإسلامية للزوج، ولا يترتب على إستعماله من الأحكام سوى إستحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها، ونفقة عدتها، التي يراعى في تقديرها حالة المطلق المالية⁽¹⁴⁰⁾، غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع، يدعو إليه، وجب على المطلق المتعسف التعويض لما لحق الزوجة المطلقة من اضرار بسبب هذا الطلاق.

وعليه فمتى حكم القضاء بالطلاق مع التعسف، حكم للزوجة بمبلغ من المال تعويضاً لها عن ذلك، طبقاً للقاعدة الشرعية «لا ضرر ولا ضرار».

وعليه نجد في نفس الاتجاه موقف القضاء العربي الذي قرر بأنه إذا كان الزوج قد أوقع الطلاق بلا مبرر شرعي وجب الحكم عليه لزوجته بالتعويض، ومنه ما جاء في القانون السوري على سبيل الحصر في الفصل الخامس تحت عنوان طلاق التعسف المادة 117 ما يلي : إذا طلق الرجل زوجته، وتبين ضرر تعسفه .

وعليه فحكم الطلاق التعسفي إذا كان طلاق الزوج زوجته مضرّاً بها، مسيئاً لسمعتها، في بعض الظروف، وخاصة إذا كان الطلاق بدون سبب، أي أنه كان متعسفاً في طلاقها دون مبرر شرعي أو قانوني مقبول، رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق أثراً يهدف الى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقاته : وهو ما يسمى بالتمتع بموجب قوله تعالى : ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ، وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾.⁽¹⁴¹⁾

(140) محكمة المدية 12/02/1969 المحاماة عدد 1 / 1974.

(141) سورة الأحزاب الآية رقم 49.

وعليه فقد قرر المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون 11 / 84 والمعدل والمتمم 09 / 05 بأنه : إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن، مع محضونها وحسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيداً، تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها، أو ثبوت إنحرافها.

وعليه فإذا طلق الزوج زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما مبرر شرعي وسبب معقول، والزوجة في هذه الحالة سيصيبها ضرر، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل.⁽¹⁴²⁾

إنّ ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن المشرع لم يضع حداً للتعويض الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف، بل تركه لسلطة القاضي التقديرية وفقاً لطبيعة الطلاق التعسفي، ولحالة الزوج المالية، وهذا طبقاً للقاعدة الشرعية : لا ضرر ولا ضرار.⁽¹⁴³⁾

وعليه فإن القاضي إذا أثبت أن الزوج متعسف في طلاقها، دون ما سبب معقول، أو أن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة فوق نفقة العدة، وللقاضي في هذه الحالة، أن يجعل دفع، هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال وقد وضح في هذا الصدد جملة من الملاحظات في هذا الشأن الدكتور عبد الرحمن الصابوني⁽¹⁴⁴⁾ معقبا على المادة 117 من التشريع السوري بما يلي : «إن التشريع السوري لم يسلب الزوج الحق في طلاق زوجته، بل قيده بعدم الإضرار، اعتبر القانون الزوج متعسفاً إذا توافر شرطان وهما : أ - أن يطلق زوجته بدون سبب معقول ب - أن يصيب الزوجة من جراء ذلك بؤس وفاقة، كما حدد التشريع السوري التعويض في الطلاق التعسفي، بما لا يتجاوز نفقة سنة.

وعليه فقد اعتبر الدكتور الصابوني : أن هذه خطوة جريئة، في التشريع السوري أين أراد المشرع فيها، وضع حد لتعسف الزوج.

(142) من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطبيق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها.. المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية 1984 / 12 / 3 ملف رقم (26 350 غير منشور).

(143) محكمة سيدي امحمد 1984/10/28 والتي قضت بمبلغ 20000 د.ج كتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

(144) د. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق دراسة مقارنة دار الفكر ط 68 ص 108-109

ومنه أيضا يشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا، أن يقع بلا سبب، ويؤدي بالمطلقة إلى الغافة والإحتياج⁽¹⁴⁵⁾، وأن عدم بيان سببها للطلاق يكفي لاعتباره تعسفيا، ولا تكلف المطلقة باثبات التعسف⁽¹⁴⁶⁾ ومنه أيضا أن محكمة النقض السورية اعتبرت عقم الزوجة سببا مبررا للطلاق، ينفي عن الزوج قصد التعسف.⁽¹⁴⁷⁾

المطلب الثالث : المتعة في مجال الطلاق التعسفي وموقف التشريع والقضاء منها

الفرع الأول : تحديد مفهوم المتعة في اللغة وفي اصطلاح الفقه الإسلامي

أ- في اللغة : المتعة بالضم والكسر : اسم لكل ما ينتفع به من الأطعمة، والملابس، وأثاث البيوت، ومتعة المرأة : ما وصلت به بعد الطلاق.⁽¹⁴⁸⁾

ب- في اصطلاح الفقه الإسلامي : المتعة شرعا هي المال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها قصد تطيب نفسها، عن الألم الذي لحقها وجبرا لخاظرها بسبب الطلاق.⁽¹⁴⁹⁾ وجاء في شرح الخرشي :⁽¹⁵⁰⁾ «المشهور من المذهب أن المتعة وهي ما يعطيه الزوج لمطلقاته ليحبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق مستحبة...والندب هو المشهور.

ج- مصدرها الشرعي : لقد ورد ذكر المتعة، في صريح الآيات القرآنية الكريمة، عملاً بقوله تعالى : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ، إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ، مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَتَعَوَّهْنَ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾.⁽¹⁵¹⁾

وقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا، إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ، فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عَدَةٍ، تَعْتَدُونَهَا فَمَعَوَّهْنَ، وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾.⁽¹⁵²⁾

د- رأي الفقه : لقد كان للفقه رأي في مسألة المتعة وجوبها، من عدم وجوبها، حيث يرى الفقهاء⁽¹⁵³⁾ أنه اعتماداً على أن الأمر في الآيتين الكريمتين يقتضي الوجوب، لكون أن المتعة تجب لكل مطلقة إذا كان الطلاق من قبل الزوج، بينما خلافاً لمالك رضي الله عنه

(145) محكمة النقض السورية ، مؤرخ في 15/06/1955 ذكره د. الصابوني في كتابه شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج 2 ص 56

(146) محكمة النقض السورية ، مؤرخ في 28/03/1956

(147) محكمة النقض السورية ، مؤرخ في 30/12/1969

(148) القاموس المحيط المنير، مادة متع.

(149) روضة الطالبين ج 7 ص 321 ومغني محتاج ج 3 ص 291

(150) شرح الخرشي على خليل ج 3 ص 277

(151) سورة البقرة الآية 236.

(152) سورة الأحزاب الآية 49

(153) الأحناف، الشافعية، الحنابلة، الظاهرية.

فإنه يرى أن الأمر هنا للإستحباب، بمعنى أن المتعة ليست واجبة، وإنما هي مندوبة في حق كل مطلقة، إلا التي تطلق قبل الدخول، وقد سمي لها صداق، مستدلاً بقوله تعالى : ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ وقوله : ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽¹⁵⁴⁾ إذ أن تعليقها بالإحسان وهو ليس واجبا⁽¹⁵⁵⁾ ، دليل على أنها مستحبة فقط وليست واجبة، وإنما لم تستحب عند المالكية في حق المطلقة قبل الدخول، التي سمي لها صداق، لأن نصف الصداق الذي تستحقه هو الذي يعتبر تعويضا لها.

وعليه فوجه الدلالة من خلال قوله تعالى : ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ حيث دلّت الآية بعمومها، على أن لكل مطلقة متعة، على سبيل الندب والإستحباب، لأنها قيدت بالمتقين دون سواهم، ولو كانت واجبة لما أختصت بأحد، لأن الجميع سواء أمام الأحكام الشرعية، وخاصة تلك التي تتعلق بالغير.

وعليه ذهب آخرون في رأيهم أن تقييد أداء المتعة بالمحسنين، والمتقين، لا يدل على أن أدائها مستحب، بل كان هذا القيد المطلق على أدائها مماثلة، ومراوغة، حيث ذكره بالصفات التي يجب أن يتخلق بها المسلم من إحسان وتقوى، ليدفعه ذلك إلى الإمتثال وحسن الأداء.

كما ذهبت راجحية الفقهاء في هذه المسألة بقولهم : أن من طلقها زوجها قبل أن يدخل بها أو يختلي بها خلوة صحيحة، ولم يكن قد سمي لها مهراً، أنه تجب لها المتعة.

وعليه فإنهم يرون في ذلك عمومات الأمر بالامتناع كما في قوله تعالى «ومتعوهن» وإضافة الإمتناع اليهن أيضا جاء بلام التمليك، ويتضح ذلك من خلال قوله تعالى : وللمطلقات متاع يأظهر في الوجوب منه في الندب، وقوله تعالى أيضا : ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ جاءت تأكيداً للإيجاب، لأن كل واحد يجب عليه أن يتقي الله فلا يشرك به شيئاً، ويتجنب معاصيه وهذا طبقاً لقوله تعالى : ﴿هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ﴾⁽¹⁵⁶⁾.

كما ذهب اتجاه آخر في الفقه من حيث وجه الدلالة، بقوله أن الله تعالى أوجب المتعة لكل مطلقة، وهذا طبقاً لقوله تعالى في الآية الكريمة ضد فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان يذلك أن الشارع الحكيم، أوجب التسريح بإحسان، والمتعة من التسريح بإحسان، فكانت واجبة، وقوله تعالى أيضا : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُمْ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ

(154) سورة البقرة الآية 241.

(155) مغني المحتاج مرجع سابق

(156) ذكر ذلك القرطبي، في الجامع للأحكام، ج 2، وما بعدها. دار الكتاب العربي ص 107 ، 108 .

الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحكن سراحاً جميلاً⁽¹⁵⁷⁾ إن وجه الدلالة في قوله سبحانه : ﴿فتعالين أمتعن﴾ على إستحقاق المطلقة بعد الدخول للمتعة، لأنه لو لم يكن لها ذلك لدخلت في قوله تعالى ﴿وأسرحكن سراحاً جميلاً﴾ ولكنها عُطفت عليها والعطف هنا يقتضي المغايرة.

ومنه أيضاً ما استدل به الفقهاء⁽¹⁵⁸⁾ من حيث وجه الدلالة، على اعتبار المتعة إستحباباً مستنديين في ذلك لقوله تعالى : ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾.

إن المتعة مستحبة لمن دخل بها زوجها، ثم طلقها تطيباً لها، عن إيحاشها بالطلاق وبعد الألفة، والمحبة لكنها في رأيهم لا تكون واجبة، لكون أن المطلق لم يكن في الإيحاش جانباً لأنه فعل ما فعل بإذن الشرع، فلا تلحقه الغرامة بوجوب المتعة، مع وجوب المهر، ولكون أن المتعة في رأي الفقه تعويض عما أصاب الزوجة المطلقة، من إيحاش زوجها ومن جراء تضررها بالطلاق.

وعليه فإنه في نظري يمكن المرونة في هذه المسألة طالما أنه أمر إجتهادي، إختلف الفقهاء في وجوبه، أو الندب إليه ومن حيث تقديره، وفي كل الأحوال فإن المتعة ليست أجراً لأن عقد الزواج ليس عقد عمل، أين تعمل فيه المرأة لحساب زوجها وفي خدمته وتحت إشرافه بل هي مقابل الإحتباس طبقاً للقاعد الفقهية (الأصل في الزوجة الإحتباس)، ومنه أيضاً أن المتعة ليست تأميناً لحياة المطلقة لأن حياتها بمالها فإن لم يكن لها مال فتجب نفقتها على الموسر من أقاربها، بحسب الترتيب والتفصيل المعروف في أحكام نفقة الأقارب والآ كانت نفقتها على بيت المال، ذلك أنها ليست مكلفة.

وعليه فالمتعة إذن ليست عقوبة للمطلق لأن كل فقهاء المذاهب الإسلامية، أوجبتها على المطلق وإستحبتها له، وهي بهذا لم تفرق بين مطلق مخطيء ومطلق غير مخطيء، حيث اعتبرت المتعة من قبيل التسريح بإحسان يدفعها المطلق، إمتثالاً لأمر الشارع سبحانه وتعالى.

إن ما تجدر الإشارة له أن هذه المسألة تجرنا إلى الواقع العملي التطبيقي، أين نجد فيه قضاة يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي، تحت تسميات مختلفة فمرة يصفون هذا المبلغ المحكوم به «متعة»، ومرة

(157) سورة الأحزاب الآية : 28.

(158) قول الأحناف المتأخرة جاء هذا في مرجع الفتح على الهداية، ج 2 ، ط 441

يصفون بأنه «تعويضاً» لما له من علاقة إرتباط أو تفريق في نظرهم بين عبارتي متعة أو تعويض هذه الأخيرة التي شاع إستعمالها في مجال الطلاق التعسفي .إن عبارة المتعة التي وردت في آيات كثيرة من القرآن الكريم كما سبقت الإشارة له في صدارة المبحث.

ومنه أيضاً ما ذهب إليه في هذا المعنى قول «الدكتور أحمد الغندور»⁽¹⁵⁹⁾ «إن المتعة هي جبر للإيحاء الذي يصيب المطلقة عند الطلاق، ولذلك تكون المتعة واجبة لكل مطلقة يتحقق فيها هذا السبب، ولا تكون واجبة لمن كانت هي السبب في الطلاق،ثم يضيف قائلاً : إن محكمة إستئناف الجزائر قد قضت بتاريخ 10/02/1924 بما يتفق وهذا الرأي «حيث قررت أن الطلاق لغير سبب مشروع، يوجب على المطلق التعويض وأن الضرر الذي إفترض الفقهاء جبره بالمتعة : هو معنوي، لأن المقصود به تطيب نفس المطلقة».

إنه في كل الأحوال نرى أن العلاقة بين التعويض، والمتعة لا تظهر إلا من خلال اشتراكهما في مدلول واحد، يعني اختصاص القاضي بالحكم باجبار الزوج على دفع مبلغ من المال نقداً، أو عينا الى مطلقة تعويضاً عما أصابها من ضرر، كلما كان الطلاق بسبب تعسفي.

وعليه فإننا نعتقد أن مجال إستعمال كلمة المتعة في الشريعة الإسلامية أضيق كثيراً مما هي عليه كلمة التعويض في القوانين الوضعية، وذلك لكون «أن المتعة مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة ومواساتها»، ويراعى في تقديرها الحالة الإقتصادية لكل من المطلق، والمطلقة، وليس لأدناها ولا لأقصاها، حد معين، وباعتبار أن التعويض يجوز إستعماله لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع .ويراعى القاضي في تقدير مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز له أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر، أو بما يقل عنه.

وعليه فإن التكليف الصحيح للمتعة في نظري : هو جبر المطلقة، بسبب وحشة الفراق وتكريما لها، ومواساتها، من المروءة، التي تطلبها الشريعة الإسلامية الغراء. وكان من أسس تقديرها قوله تعالى : ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ﴾ بينما التعويض : هو ناتج عن الضرر الحاصل، وبالتالي فأساسه المسؤولية التقصيرية، التي تقتضي أن يلزم كل متسبب في الإضرار بالغير بالتعويض. وهذا ما أقرب به الإمام الأستاذ «أبوزهرة» .

إن التعويض، لما كان أساسه المسؤولية التقصيرية، مما يستلزم في رأيي أن المسؤولية هنا مسؤولية عقدية، باعتبار أن هناك زواج جمع بين طرفين، وإخلال أحد

(159) د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ص 351 وما بعدها

الزوجين بالواجبات التي يفرضها عليه هذا العقد، كان هو السبب في انهائه، وفي وقوع الطلاق مما رتب عن هذا تعويضاً، الذي هو نتيجة للإخلال بالتزام تعاقدى.

إن كلمة تعويض أصبحت تحتل الصدارة في الأحكام القضائية، في نطاق نزاعات الأحوال الشخصية، حيث فرض وجودها فرضاً، وهي في طريقها اليوم تطارد كلمة «المتعة» من ساحة الاستعمال، تم تحل محلها في لفظها، وفي معناها، وفي الغرض من إستعمالها أيضاً، ولكن مع كل ذلك فإن كلمة «المتعة» ستظل وتبقى، هي الأساس والمصدر الشرعي للتعويض، وهي المرجع الأول والأخير له.

وعليه فإننا نرى على المشرع أن يحدد مقداراً المتعة التي تركها الفقهاء⁽¹⁶⁰⁾ أمر تحديدها للعرف، إذ لا نستحسن تقديرها للقضاء، خشية الخلط بينها، وبين التعويض، المتسبب في الاضرار هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى خوفاً، من أن تبلغ مقداراً جسيماً ينوء به الزوج، فنكون قد أعطينا الزوج حقاً بيد، وسلبناه منه بيد أخرى.

وعليه فالمتعة يجب ألا تكون مرهقة، بحيث تحول دون الحق الطبيعي المشروع للزوج.

إنه لما حددنا مفهوم المتعة من حيث مصدرها الشرعي، ورأى الفقه فيها ومدى وجوه الإستدلال عليها، من خلال النصوص القرآنية المخصوصة في هذا النطاق، فإنه يتبين لنا في أن تأصيل مسألة المتعة، يكمن في إظهار الفارق بينها، وبين التعويض.

الفرع الثاني : موقف التشريع، والقضاء من المتعة

أ. **موقف التشريع** : لقد نص المشرع المصري في المادة 18 مكرر من القانون رقم 1929 / 25 ما يلي : «إن الزوجة المدخول بها في زواج صحيح، إذا طلقها زوجها دون رضاها، ولا بسبب من قبلها، تستحق فوق نفقة عدتها، متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق، يسراً، وعسراً، وظروف الطلاق ومدة الزوجية. ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط».

(160) مجمع البيان 169 / 27

تقدير المتعة : للفقهاء في تقدير المتعة إتجاهين، الإتجاه الأول ويرى أن المتعة لا بد أن تقدر حيث يقررون على أن المتعة القابلة للتقدير هي المتعة الواجبة إذ قدروها بثلاثة أثواب كما جرت العادة في ذلك، وأصحاب هذا الإتجاه الأحناف والحنابلة على الأرجح، وفقهاء الشافعية، بينما الإتجاه الثاني ويرى أن تقدير المتعة مفوض الى القاضي حيث أن الراجح في هذا الإتجاه يذهب الى تفويض القاضي في تقدير المتعة، عند التنازع وعلتهم في ذلك أنه أمر لم يرد الشرع بتقديره مما إستوجب الإجتهد وعليه يجب الرجوع إلى القاضي كسائر الإجتهادات، على أن يراعى في تقديرها حالة الزوج.

وعليه فإنَّ ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد، أن المشرع المصري في النص أعلاه، قد التزم برأي الشافعية، وأهل الظاهر، عندما قرر للزوجة المدخول بها في رضاها، ولا بسبب من قبلها، ومنه أيضاً أنه حرص على تقدير المتعة بنفقة سنتين على الأقل مراعاة في ذلك لحالة الزوج يسراً وعسراً، ذلك أن المشرع المصري إنطلق من مبدأ الأصل في تشريع المتعة وهو جبر خاطر المطلقة، لأن مواساتها من المروءة التي تطلبها الشريعة، وكان من أسس تقديرها قوله تعالى: **﴿في سورة البقرة: ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾**.

ومنه أيضاً أن إيجاب المتعة، هو مذهب الشافعي الجديد، حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها، أو بسببها، ومن إيجابها أيضاً مذهب أهل الظاهر، وقد ذكر في هذا الصدد، د. أحمد نصر الجندي ما يلي: «إن نص المادة 18 مكرر من قانون 1929/25 وُضع بمراعاة ضوابط أقوال الأئمة في هذا الشأن، وما على القاضي إلا أن ينظر في تقريرها عدا ما سبق إلى ظروف الطلاق وإلى إساءة استعمال هذا الحق ووضعه، والآن تقل في تقديرها عن نفقة سنتين وتخفيفاً على المطلق في الأداء أجاز النص له سداد المقرر للمتعة على أقساط»⁽¹⁶¹⁾ ومنه أيضاً أنه جاء في المذكرة الإيضاحية للنص ما يلي: **«من المستقر عليه شرعاً أن الطلاق حق للزوج، وأن القانون القائم، لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول، وحسبها أن استحققت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة، أما المتعة فهي مستحبة، ولا يقضى بها»**.

وعليه فإنه في نظري أن وجوب المتعة، أو الاستحباب إليها ما يحقق المعونة، وفي الوقت نفسه تمنع الكثير من التسرع في الطلاق، وفي رأينا هذا قول صواب لأن الأصل كما أشرنا سابقاً في تشريع المتعة هو تطيب خاطر المطلقة من الألم الذي أصابها.

إنَّ حكم المتعة في التشريع المصري، ظل خاضعاً لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة الذي يرى وجوب المتعة، إلا لمن طلقت قبل الدخول، والتسمية، إلى أن صدر القانون رقم 44 لسنة 1979، بشأن تعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية، وقد نص هذا القانون في مادته 12 مكرر 1 على: **«أن الزوجة المدخول بها في زواج صحيح، إذا طلقها زوجها بدون رضاها، ولا سبب من قبلها، إلى أن يقول ... ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط»**.

(161) المستشار أحمد ناصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما دار الكتب القانونية ط 2004 ص 702 وما بعدها.

ومنه ما نلاحظه في نص المادة 12 مكرر 1 هو نفس نص المادة 18 مكرر من القانون رقم 1929، / 25 ذلك أن القانون رقم 44 لسنة 1979، ألغته المحكمة الدستورية العليا، ولكن مجلس الشعب المصري قرر القانون رقم 100 لسنة 1985 ليحل محله، وقد أضاف المادة 18 مكرر 1 بنفس النصوص التي كانت عليها المادة 12 مكرر⁽¹⁶²⁾.

وعليه فإن القانون المصري في هذا الصدد، لم يتعرض إلا لمن طُلق بعد الدخول، أما من طُلق قبل الدخول، سواء كان مهرها مسمى، أو لم يكن، فلم يعرض له، ومن ثم فإنه في نظرنا يبقى الحكم فيه جاريا على أرجح الأقوال من المذهب الحنفي في مصر، أما ما ورد في نص القانون بوجوب المتعة، لمن طلقها زوجها بعد الدخول، فهو قول الشافعية، والظاهر وأما ما تعلق بالمتعة بحال الزوج فإن هذه المسألة ذهب إليها كثير من الفقهاء.

ومنه أيضا أن تقدير المتعة بنفقة سنتين على الأقل فليس منصوصا عليه في قول أحد من الفقهاء، وإنما المنصوص عليه هو : تفويض تقديرها الى القاضي الذي يقدر في كل حالة ما يناسبها إذ التقدير لم يرد بشأنه حد معين.⁽¹⁶³⁾

ب. موقف القضاء : يكمن موقف الإجتهد القضائي في الجزائر، ما تعلق بالمتعة من خلال قرارات المحكمة العليا، باعتبار هذه الأخيرة كأصل عام، لا يعينها إلا حكم القانون⁽¹⁶⁴⁾ وحمايته، فتتدخل في حالة الطعن بالنقض، وتنقض الحكم، أو القرار المطعون، فيه بعد أن تكشف عن وجه الخل، ومخالفة القانون المخرق للإجراءات جوهرية، أو تناقض بين تسبيب القرار، أو الحكم، وبين منطوقه أو قصور في التسبيب.

وعليه فإن القرار الذي أصدرته المحكمة العليا في هذا الصدد، جاء فيه ما يلي : إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية، تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة، تُعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك يستوجب النقض للقرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض.⁽¹⁶⁵⁾

(162) ذكر هذا التعديل في القانون / أ.د. أحمد فراج حسين / في كتابه أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية على الهامش، الناشر، الدار الجامعية من سنة 1988 ص 275، 276.

(163) من وثائق الدورة الثالثة لمجلس وزراء العدل العرب في إطار مشروع (القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية ج 1 و وثائق من 188 إلى 191 مجلس وزراء العدل العرب، الأمانة العامة، الرباط تاريخ 22 - 25 أبريل 1985

(164) د. عمار بوضياف / النظام القضائي الجزائري ط / 2003 دار ربحانة للنشر والتوزيع ص 261، 262.

(165) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 04 / 08 / 1985 ملف رقم 35912 م. ق عدد 01، 1989.

إن ما تستوجب الإشارة له في هذا الصدد، هو أن موقف المحكمة العليا من خلال القرار أعلاه يظهر لنا جليا، أنها لم تميز بين المتعة والتعويض حيث تعتبر المتعة تعويضا وهذا ما تضمنه القرار حرفيا. إذ جاء فيه ما يلي : «إن نفقة المتعة...وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا» وفي نفس سياق القرار يعرف المتعة ضمنا، على أنها تخفيف لألم الفراق ... ويعتبر القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

إنّ القرار أعلاه يتناقض ويتعارض، من وجهتين وهما :

وجوه تناقض القرار رقم 35912 المؤرخ في : 08 / 04 / 1985

1. من جهة يعرف المتعة، على أنّ القصد منها التخفيف، عن ألم الفراق.

2. من جهة أخرى يعتبرها تعويضا.

وعليه فالسؤال المطروح في هذا السياق ما يلي :

أين الوصف الشرعي للمتعة؟ باعتبارها من أحكام آثار الطلاق شرعاً.

وإذا كانت تعتبر تعويضا، فالسؤال الذي يقتضي طرحه في هذا الصدد ما يلي :

على أي أساسي شرعي يخضع هذا التكييف ؟

وعليه إنه لما كان التعارض من الوجهتين أعلاه، وهي أنه لما إعتبر المتعة تخفيفا عن ألم الفراق، وتعويضا في نفس الوقت، فالقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يُعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية مما تطلب طرح السؤال أعلاه، كيف يعد خرقا لأحكام الشريعة، والوصف الشرعي للمتعة في صلب القرار غامض، ويشوبه عيب في الوصف.

إنّ القرار أعلاه، بتناقضه، وتعارضه، أبطل ضمنيا، وصفا شرعيا جاء به نصا شرعيا ألا وهو المتعة حيث تقتضي الوجوب والاستحباب قيد القبلية، والبعدية، في الدخول فقد أوجبها الله لكل مطلقة طبقا لقوله تعالى : ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾ وأستحبها الله لبعض المطلقات طبقا لقوله تعالى : ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾.

ومنه أيضا ما جاء في قرار آخر، للمحكمة العليا⁽¹⁶⁶⁾، أين ذهبت فيه إلى حرمان المرأة التي تحصل على التطليق من المتعة، حيث جاء فيه ما يلي : «المتعة لا تستحق في حالة التطليق».

(166) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 29/12/1986 ملف رقم 43860 م.ق عدد 02/1983.

إنَّ ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد وهو : أن الإجهاد القضائي لم يميز بين المتعة، والتعويض وهو بهذا يكرس العمل بمبدأ التشريع، الذي نص على الحق في التعويض ولم يشير إطلاقاً الى المتعة، ذلك أن سبب الحق في المتعة : هو الطلاق باعتباره الواقعة المنشئة لالتزام المطلق بها، ولكون أن الأصل في تشريعها جبر خاطر المطلقة، وفيها ما يحقق المعونة المادية لها على نتائج الطلاق، وهي بهذا المعنى لا تنصرف إلى التعويض، ذلك أن التعويض شيء، والمتعة شيء آخر.

المطلب الرابع : وجه الاختلاف بين المتعة والتعويض :

إن ما تجدر الإشارة له أن هذه المسألة تجرني إلى الواقع العملي التطبيقي، أين نجد فيه قضاتنا يحكمون للمطلقة، بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها، بسبب الطلاق التعسفي، تحت تسميات مختلفة، فمرة يصفون هذا المبلغ المحكوم به «متعة»، ومرة يصفون بأنه «تعويضاً»، لما له من علاقة إرتباط، أو تفريق، في نظرهم بين عبارتي متعة، أو تعويض، هذه الأخيرة التي شاع إستعمالها في مجال الطلاق التعسفي.

ومنه أيضاً ما ذهب إليه في هذا المعنى قول الدكتور أحمد الغندور⁽¹⁶⁷⁾ إن المتعة هي جبر للإيحاء الذي يصيب المطلقة عند الطلاق، ولذلك تكون المتعة واجبة لكل مطلقة يتحقق فيها هذا السبب، ولا تكون واجبة لمن كانت هي السبب في الطلاق، ثم يضيف قائلاً : إن محكمة إستئناف الجزائر قد قضت بتاريخ 10 / 02 / 1924 بما يتفق وهذا الرأي «حيث قررت أن الطلاق لغير سبب مشروع، يوجب على المطلق التعويض وأن الضرر الذي إفترض الفقهاء جبره بالمتعة :هو معنوي، لأن المقصود به تطيب نفس المطلقة .

إن العلاقة بين التعويض، والمتعة لا تظهر إلا من خلال اشتراكهما في مدلول واحد، يعني اختصاص القاضي بالحكم باجبار الزوج على دفع مبلغ، من المال نقداً، أو عينا، الى مطلقته تعويضا عما أصابها من ضرر، كلما كان الطلاق بسبب تعسفي.

وعليه فإننا نعتقد أن مجال إستعمال كلمة المتعة في الشريعة الاسلامية أضيق كثيراً مما هي عليه كلمة التعويض في القوانين الوضعية، وذلك لكون أن المتعة مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة، ومواساتها، ويراعى في تقديرها الحالة الإقتصادية لكل من المطلق، والمطلقة، وليس لأدناها، ولا لأقصاها، حد معين، وباعتبار أن التعويض، يجوز إستعماله لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع، ويراعي القاضي في تقدير مقدار الخسارة، وفوات الكسب، ولا يجوز له أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر، أو بما يقل عنه.

(167) د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الاسلامي، ص 351 وما بعدها (167) المعنى لابن قدامه ج 7 ص 583.

وعليه فإن التكيف الصحيح للمتعة في نظري : هو جبر المطلقة، بسبب وحشة
الفراق وتكريما لها، ومواساتها، من المروءة، التي تطلبها الشريعة الإسلامية الغراء. لكون أن
من أسس تقديرها قوله تعالى : **ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** بينما
التعويض : هو ناتج عن الضرر الحاصل، وبالتالي فأساسه المسؤولية التقصيرية، التي
تقتضي أن يلزم كل متسبب في الإضرار، بالغير بالتعويض. وهذا ما أقرّ به الإمام الأستاذ
«أبو زهرة» .

وعليه فإن التعويض، لما كان أساسه المسؤولية التقصيرية، مما يستلزم في رأينا
أن المسؤولية هنا مسؤولية عقدية، باعتبار أن هناك زواج جمع طرفين، وإخلال أحد
الزوجين بالواجبات التي يفرضها عليه هذا العقد كان هو السبب في انهائه، وفي وقوع
الطلاق مما رتب عن هذا تعويضا، الذي هو نتيجة للإخلال بالتزام تعاقدية.

وعليه فإن كلمة تعويض أصبحت تحتل الصدارة في الأحكام القضائية في نطاق
نزاعات الأحوال الشخصية حيث فرض وجودها فرضا، وهي في طريقها اليوم تطرد
كلمة «المتعة» من ساحة الاستعمال، تم تحل محلها في لفظها، وفي معناها، وفي الغرض
من إستعمالها أيضا، ولكن مع كل ذلك فإن كلمة «المتعة» ستظل وتبقى هي الأساس
والمصدر الشرعي للتعويض وهي المرجع الأول والأخير له.

وعليه فالمتعة يجب ألا تكون مرهقة بحيث تحول دون الحق الطبيعي المشروع
للزواج.

إنه لما حددنا مفهوم المتعة من حيث مصدرها الشرعي ورأي الفقه فيها ومدى
وجوه الإستدلال عليها، من خلال النصوص القرآنية المخصصة في هذا النطاق.

و عليه فإنه وبحسب الظروف، والحالة فإن التعويض هنا يختلف عن مفهوم
المتعة فالقول بأن التعويض : هو من باب المتعة أو المتعة جزء من التعويض، ليس على
علاته، فالفرق بين التعويض كما نص عليه القانون، والمتعة كما نص عليها القرآن،
وبينها المفسرون والفقهاء فرق كبير جداً وقد ذكرنا المتعة، وما تستوجب في صدارة
هذا المطلب، إلا أن المتعة في الحقيقة أمر إستحبته، وأوجبته الشريعة، الإسلامية لما فيه
من مكارمة للمرأة لتطبيب خاطرها، من الألم الذي أصابها.

إنه في إعتقادي، أن موقف الشريعة الإسلامية من أنواع أحكام المتعة، سواء
أكانت ندباً، أو وجوباً فهو موقف صائب لأن الفقه الإسلامي إنطلق من مبدأ الجوهرية
التمثل في القاعدة الشرعية الأساسية للزواج وهي كالاتي : الزواج مبني على المكارمة

والبيع مبني على المكياسة ومنه أيضا أن الأصل في الطلاق المنع والحظر كونه أيضا أن الأمر في الزواج مبني على الأخلاق والدين ولا يغني عنهما شيء.

أما القول بالتعويض على المطلقة يحتاج إلى إعادة نظر من صائغي القانون، لأن المطلقة هنا أصابها ضرر معنوي، لا اعتبار منها أن التعويض لا يكون إلا بالمال على أساس المماثلة أو المعادلة مما يستوجب أن يكون الضرر المقابل له ضرراً مالياً، أما غير المالي في نظرها فلا يقوم بالمال، ولا يعوض عنه بالمال ومن ثمة فلا تعويض عن الضرر المعنوي باعتبار أن الصلح عندها في مجال الطلاق مبدأ جوهري وأساسي، ولكون أن الطلاق أسبابه قد تكون نفسية، وقد تكون مال يجب ستره، وهي في كل أحوالها أو جلّها لا يجوز أن تعرض بين أنظار القضاء ويتنازعها الخصوم شداً، وجذباً، إذ أن المسؤولية التعاقدية على قدر ما تفهم، تكون ناشئة من طبيعة عقد الزواج: أي ما إقتضته الشريعة الإسلامية، ذلك أن طبيعة عقد الزواج على ما هو مقرر لا توجب تعويض الزوجة إذا طلقت إلا إذا أوجب لها المتعة، أو مؤخر الصداق.⁽¹⁶⁸⁾

وعليه فإنّ ما ذهب إليه الإمام الأستاذ محمد أبو زهرة رحمه الله في هذه المسألة هو في نظري رأي صائب، ونؤيده عليه، لكون أن قوله مؤسس، على قواعد أصولية في الفقه، ذلك أن الطلاق التعسفي، لم يشرعه الشارع لسبب معقول، ويمنعه لغير سبب معقول وإنما أباح الطلاق فقط، وإباحته كانت عامة، والعام كما يقول علماء أصول الفقه يبقى على عمومته، ولا يجوز أن يخصص، إلا بنص شرعي، لا بوجهة نظر عقلية.

إن التعويض المالي لم يشرعه الاسلام مقابل الأمور المعنوية، إلا في أمور منصوص عليها كبذل المتلفات، وإرش الأعضاء، والتعويض عن الضرر الملحق بالغير، وهذا ورد فيه نصوص باعتبارها أضراراً مادية، ولكونها عملاً مستحقاً للتعويض.

وعليه فالتعويض عن الضرر المعنوي ما تعلق بالطلاق التعسفي من جراء ما لحق الزوجة من ضرر في هذا الصدد، هي مسألة في نظرنا أنشأتها التشريعات الوضعية، أما الشريعة الإسلامية الغراء فكان مستقرها المتعة في هذا الصدد، ومن أجل ذلك أقر الشارع الحكيم أن تكون المتعة، بما هو حال الزوج من الغنى، والفقر، واليسار والقلة، بدليل قوله تعالى : **على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** فهذا هو المقياس وعليه فهي من حيث التقدير .متوقفة على حسب حال الزوج وحده، ولا تقدر المتعة بأي شيء سوى حال الزوج، لأنه إن قدرت بحال الزوجة، أو بحال الزوج والزوجة معاً ، فقد زيدنا على

(168) الإمام محمد أبو زهرة .الأحوال الشخصية ص 333، 334.

النص ولم يعد المقياس⁽¹⁶⁹⁾ كما حدده الله سبحانه في الآية الكريمة، قوله تعالى : **على الموسع قدره وعلى المقتر قدره**.

وعليه فإنه يلزم التقييد بالاطار، الذي رسمه الشارع الحكيم في تقدير المتعة، وعن الاختلاف في مقدارها، بين الزوج، ومطلقته، يرجع في هذه الحالة الى الجهة القضائية المختصة، لينظر في حال الزوج ويقدرها، لأنه أمر إجتهادي بحاجة إلى نظر وتأمل بالحال التي يجري التقدير على أساسها.

وعليه فإن المتعة من حيث المفهوم، ومن حيث تحديد المقدار، ومن حيث مقاصدها الشرعية : **هي تطيب لخاطر الزوجة ليس إلا**، مما يستلزم أن ثمة فارق بين المتعة والتعويض.

(169) فتح القدير جـ 364، / 3 أنظر المعنى والشرح الكبير 102، / 8 د. مصطفى الزرقاء المدخل الفقهي العام ص 802، د. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن للأحوال الشخصية 129 وما بعدها.

الفصل الثاني
موقف التشريع والقضاء
من الطلاق بطلب من الزوجة

المبحث الأول

الطلاق بطلب من الزوجة

إن الطلاق بطلب من الزوجة حق آقره الشرع و القانون ، وهو ما يطلق عليه في تشريع الأسرة بطلب التطلاق ، ذلك أن الدعوى المرفوعة من طرف الزوجة يجب أن تخضع للمسببات المادة 53 من التقنين ، و التي جاءت على سبيل الحصر و هي :

1- عدم الأنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78،79،80.

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 معه مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8.

7- إرتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا.

وعليه فإن إحالة من المشرع، لأحكام الفقه الاسلامي قد منح الزوجة إمكانية طلب التطلاق، إذ نلحظ هذافي صلب المادة 53 أين أجاز للزوجة طلب التطلاق للأسباب حصرها في عشرة قيود.

الآن أنه كان من الممكن على المشرع الخيار بين طريقتين، في صياغته المادة 53 التي تعرضت الى امكانية طلب التطلاق من الزوجة.

الطريقة الأولى : وتتمثل في وضع نص عام، يُمكنُ الزوجة من طلب الطلاق في صورة تضررها من صنيع زوجها.

الطريقة الثانية: والتي فضلها المشرع كاختيار منه، وتتمثل في تقدير الصور التي من الممكن أن تطالب فيها الزوجة التطلق، مع الملاحظة بأن العبارة التي إستعملها المشرع هي التطلق، لا الطلاق اعتباراً منه بدون شك بأن الزوجة، لا تملك حق الطلاق ولا يمكنها إلا أن تطلب تطليقها من القاضي.

إن التساؤل الذي يقتضي طرحه في هذا الشأن :

ما مدى إجازة الشرع و القانون للزوجة في طلب التطلق ؟ وما هي خصوصياته ؟

و الذي سنجيب عنه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول : طلب التطلق في حالة الضرر اللاحق بها.

المطلب الثاني : النصوص التشريعية المتضمنة الدفع بالأسباب لجواز الطلب.

المطلب الثالث : خاصية النشوز في الطلاق بطلب من الزوجة.

المطلب الأول : طلب التطلق في حالة الضرر اللاحق بها

لقد نصت المادة من قانون الأسرة على حق الزوجة في طلب التطلق بسبب حدوث ضرر لها من طرف الزوج. ذلك أن الضرر اللاحق بالزوجة قد تتعدد صوره وأشكاله من جراء تصرفات الزوج. والذي يمكن أن يكون ضرباً، أو شتماً، أو إهانة، أو عقوبة على جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، أو غيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة، أو كل ضرر معتبر شرعاً، كل ذلك كاف في نظرنا لإستيعاب صور الطلاق بطلب من الزوجة.

وعليه فإذا شعرت الزوجة بكراهية الزوج لها أو إعراضه عنها عن طريق الصور والأشكال المتعددة للضرر كان لها أن ترفع أمرها إلى الجهة القضائية.

وعليه لما كان الضرر متعددًا فضلت أن أحصر حالة الضرر اللاحق بالزوجة في الوجوه التالية :

– الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

– الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة.

– كل سبب معتبر شرعاً .

أما ما تعلق بالوجه و الذي مفاده الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس فإن الحكم على الزوج بالسجن من شأنه إلحاق الضرر بالزوجة ماديا و معنويا ،كون أن تواجد الزوج بالسجن تفتقد منه المرأة موردا من موارد رزقها و يعتبر بترا لنفقتها ، أما من الناحية المعنوية فإن الحكم الجزائي الصادر ضده له إنعكاس عليها و على بقية أفراد الأسرة لما فيه مساس بالشرف و نيل للكرامة .

المطلب الثاني : النصوص التشريعية المتضمنة الدفع بالأسباب لجواز الطلب

لقد كان العمل في الجزائر حتى صدور القانون 11/84 والأمر المعدل والمتمم 09/05 وفق الراجح في المذهب المالكي ، ولكن الواقع العملي اتجه بالمشرع الى ما هو أقرب الآراء تحقيقا للمصالح، التي توخاها المشرع في منهجية التقنين ،وتتيح لولي الأمر الاختيار الحر من فقه المذاهب، وإلزام القاضي به عن طريق مبدأ تخصيص القضاء، وهو ما حاوله المشرع الجزائري في القانون المذكور أعلاه الذي تستنبط مصدريته الأصلية من الشريعة الإسلامية الغراء، كما جدد المشرع تطويرا في التشريع بإضافته معطيات جديدة على الأسرة الجزائرية من خلال تعديله لبعض النصوص بموجب قانون 09/05 إن الدفع بسبب الضرر لجواز طلب التطليق، يقوم القاضي فيه بعملية الصلح قبل التثبت من حدوث الضرر فعلا، وعليه فإن الطلاق و التطليق كلاهما يؤدي إلى فك الرابطة الزوجية أما تعلق بالمادة 52 و التي جاء فيها ما يلي :

إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطالبة بالتعويض، عن الضرر اللاحق بها، وفي هذه المادة ضمان حسب ما يبدو لحقوق الزوجة، المنجرة لها من الطلاق التعسفي، لكن العبارة التي إستعملها المشرع، في صدارة هذه المادة بقوله : إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، قد يثير إشكالا في التأويل لمعرفة على من يحمل عبء إثبات تعسف الزوج فهل أن الزوج مطالب باثبات، أنه غير متعسف في طلب الطلاق، أم هل أن الزوجة هي المطالبة بإثبات تعسف زوجها ؟

وعليه فإننا نرى أنه وفي هذا الصدد، أن العمل لدى المحاكم يفيد أنه إذا لم يطلب الزوج الطلاق، على أساس المادة 55 أي على أساس نشوز زوجته فان ذلك يدل على أنه متعسف في طلب الطلاق، مما يعفى الزوجة من إقامة الدليل على ذلك التعسف، ولم يبين المشرع المقاييس التي يعتمدها في تقدير الضرر المحكوم بتعويضه للمرأة. المطلقة، كما أنه لم يبين إن كان ذلك التعويض يصرف لها في قالب رأس مال، أو أجرة شهرية إذ يكشف التطبيق عن الحلول التي سيتوخاها جريان العمل القضائي، في كيفية تأويل السكن، فنصت الفقرة الثانية، على أن المطلقة إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل

ايواءها يضمن حقها في السكن، مع محضونيتها، حسب وسع الزوج وهنا عوضاً أن يستعمل المشرع عبارة **إن لم يكن لها مسكن، يستعمل عبارة ولم يكن لها ولي يقبل ايواءها.**

وعليه فإنه من المتوقع أن الزوجة المطلقة، ستمسك بعدم وجود ولي يقبل ايواءها»، إماً أن هذا مطابق للواقع خاصة، إذا كان الزوج قد انجب معها، عدداً كبيراً من الأبناء، لا يقبل الولي، أن ترجع بهم الزوجة الى محله، أو لأن الزوجة، ترغب في تثقيل، كاهل مفارقها، تنكيلاً به، لتطليقها تعسفاً.

وعليه فإن المشرع تفتن الى مشكل قد ينبثق في التطبيق، وهو إذا كان مسكن الزوجية وحيداً، فمن الممكن بصورة نظرية، التفكير في ابقاء الزوجة صحبة أبنائها في محل الزوجية، والزام الزوج بمغادرته، وهو الحل الذي يحقق في الواقع أكثر عدلاً بالنسبة للزوجة والابناء، خاصة في صورة تطليق الزوجة تعسفاً. و عليه فأن ما نلاحظه في التعديل بموجب قانون 05/09 أن المشرع في هذا الصدد قد فصل في هذه المسألة طبقاً للمادة 72 منه، و التي تنص على ما يلي : **في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.**

إن المشرع صلب المادة قد راعى مصلحة المحضون وسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، إضافة على ذلك أنه إعتبر حق السكن كوجه شرعي من التدابير المؤقتة يجوز للقاضي الفصل فيها على وجه الإستعجال كما جاء في المادة 57 مكرر من التقنين أعلاه

المطلب الثالث : خاصية النشوز في الطلاق بطلب من الزوجة

إن ما يميز الطلاق بطلب من الزوجة خاصة النشوز، والذي جاء ذكره في صلب المادة 55 ما يلي : **عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر.**

إن القصد من النشوز في مفهوم قيده هو إمتناع الزوجة، عن وضع ذات نفسها في خدمة أسرتها أي جحود الزوجة لغير سبب شرعي، كون أن النشوز يحمل صوراً عدة منها : خروجها من منزل الزوجية، دون اذن الزوج، وكون أن الزوج يرغب أن يأتي زوجته فامتنعت دون علة فهي ناشز، و عليه فإن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن النص الفرنسي للمادة 55 أعلاه من قانون 11/84 والقانون المعدل والمتمم، نص على النشوز بعبارة مغادرة أحد الزوجين لبيت الزوجية، ويكون بذلك قد ضيق من حالات النشوز وقصرها في حالة واحدة، بقوله : En cas d'abandon du domicile conjugal par l' un des epoux.

ففي نظري أن النص العربي أوسع من النص الفرنسي و يتقبل التفسير خاصة وأن النشوز يشمل جميع الحالات التي يتخلل فيها أحد الزوجين عن واجباته المنبثقة من عقد الزواج ومن بينها توفير السكن ، ففي حالة ثبوت النشوز بإمكان الزوجة طلب الطلاق مع التعويض عند ثبوت الضرر أيضا، ويكون الحكم الصادر بالطلاق نهائيا لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية من معارضة أو إستئناف، كما أن الطلاق الذي يوقعه القاضي لنشوز أحد الزوجين هو طلاق بائن و ليس رجعيًا، وعليه فإن ما جرى

عليه العرف القضائي، أن إثبات هذا النوع من النشوز يكون باليمين القاطع.

وفي حقيقة الأمر أن هذه الصورة من شأنها في الواقع أن تستوعب المادة السابقة، وكان من الواجب الاكتفاء بها ، فالزوجة التي تثبت نشوز زوجها أي إخلاله بواجباته الزوجية، كعدم الانفاق، والهجران في المضجع، ويمكنها المطالبة بتطليقها وزيادة على ذلك بعزم الضرر اللاحق لها، من جراء صنيع زوجها، وكذلك الشأن بالنسبة للزوج الذي يمكنه إثبات نشوز زوجته فيمكنه طلاقها دون أن يعتبر متعسفا، فضلاً على امكانية مطالبتها بالتعويض عن مضرتة.

إنّ ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد ، أن الضرر يشترط أن يكون ناتجا عن نشوز أي عن إرادة لخرق الواجبات المحمولة على القرين الناشز، ولذا فإن الضرر وحده لا يكفي حسب هذه المادة للحكم بالطلاق ولا بد أن يكون ذلك الضرر ناتجا عن خطأ اقترفه القرين.

أما ما تعلق بالمادة 56 فهي تنص على ما يلي : **إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكّمين، أن يقدم تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين.**

لقد تبنى المشرع في هذه المادة «مبدأ التحكيم» أي انتداب حكّمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين في صورة عدم ثبوت الضرر، ذلك أنّ المبدأ مستمد من القرآن الكريم باعتباره المصدر الأصلي الأول للتشريع الاسلامي، فهو مصدر أصلي في تشريع الأسرة الجزائري، ولما فيه من منافع جمة لكون أن الحكّمين لهما مبدئيا وقت أوسع من القاضي لمحاولة التوفيق بين الزوجين، فمن الممكن لهما اذن أن ينجحا حال أن محاولة الإصلاح، التي يقوم بها القاضي المختص يكاد يكون محكوم عليها مسبقا بالفضل، نظراً للكثرة القضايا المطروحة لدى المحكمة وضيق الوقت المخصص للصالح وزيادة على ذلك فإن الحكّمين مطالبان بتقديم تقرير في مهمتهما في أجل شهرين. ومن المتوقع أن

يشتمل ذلك التقرير على المساعي التي قام بها كل من الحكّمين، لاصلاح ذات البين، وما وصل اليه بحثه في صورة محاولة الاصلاح بالنسبة للأسباب التي أدت الى الخصام القائم بين الزوجين وقد يمكن للحاكم نظراً لما لديه من إمكانيات الاتصال بمن هم في المنزل، وبالجيران وأن يعرف حقيقة الأمر خلافا للقاضي المختص المنتصب في مكتبه أو في قاعة جلساته والذي لا ينتقل لمحل الزوجين، قصد سؤال من يسكن فيه، أو سؤال الجيران، عن سبب الخلاف الموجود بين الزوجين، برغم كل النواحي الايجابية في التحكيم.⁽¹⁷⁰⁾

وعليه فإنني آمل أن تطبق المحاكم الجزائرية أحكام المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، لما في تلك الأحكام من فائدة مرجوة بالنسبة للمحافظة على الروابط العائلية، ومن إنارة لسبيل المحكمة من طرف شخصين يمكنهما الوقوف على جلية الأمر، وتخصيص أكثر، وقت للمحاكم لمعالجة خلاف الزوجين.

وعليه فإن ما تتطلب ملاحظته، في هذا الصدد، وهو: أن المشرع الجزائري في نص المادة 56 لم يوضح بجلاء، ما إذا كان تعيين الحكّمين يكون كتابيا، أو شفويا، أو ما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب القيام بها بعد فشل محاولة الصلح، أو أثناء إجراءات محاولة الصلح، كما أنه لم يوضح أيضا ماذا سيتعين على القاضي في حالة ما، إذا رفض الزوجان أو أحدهما مبدأ التحكيم، أو في حالة ما إذا لم يعثر هذا القاضي، على من يقبل أن يكون من أهالي الزوجين، أو من أهالي أحدهما.

أما ما تعلق بالمادة 57 فهي تنص على ما يلي: **الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدا في جوانبها المادية.**

إنه من الواضح من خلال استقراءنا، واستنتاجنا، للنص أعلاه، وهو أن المشرع أراد بهذا الحل أن يضع حداً للمشاكسات بين الزوجين، وأن يجعل الحالة المدنية لكل منهما تستقر في زمن قصير، ومن الثابت أنه لا منفعة تنجر من تطويل الإجراءات في رفع قضايا الطلاق لعدة أشهر، إن لم تكن عدة سنوات، فطول دعوى الطلاق لا يزيد النزاع الزوج الإشتعالا، والأزمة القائمة بين الزوجين، إلاّ امتداداً خاصة إذا كانت الزوجة هي المتسببة في تطويل الرفع بمناوراتها، وبالتجائها الى طرق الطعن من إستئناف،

(170) طبيعة التحكيم: إن التحكيم وإن كان جازيا واختياريا في المواد المدنية كقاعدة عامة فإنه وجوبي وإلزامي في مسائل الأحوال الشخصية ولا سيما ما يتعلق بدعوى الطلاق، وذلك في كل حال يشهد فيه الخصام ويتفاقم النزاع بين الزوجين ولا يثبت وجود أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما من جراء ذلك. وعليه فإذا توفر شرط عدم ثبوت الضرر لأحدهما فإنه يجب على القاضي قبل الشروع في معالجة موضوع النزاع ومباشرة الفصل فيه أن يعمل على إصلاح ذات البين بطريق التحكيم

ومعارضة، فتكون غاية الزوجة التنكيل بالزوج، والتحصيل على نفقة لكامل مدة رفع الدعوى، إن لم تكن ترمي الى الحفاظ على الرابطة الزوجية، ريثما يموت الزوج في الأثناء فتصبح وارثة عوض أن تجد نفسها مطلقة لا حق لها إلا في غرامة هي دون منابها في الارث إذ كانت التركة باسمه، فالحل الذي توخاه المشرع الجزائي صلب المادة 56 لا يثير صعوبات جمة أو إشكالات، خاصة إذا كان الطلاق بالتراضي، أو بإرادة منفردة من أحد الزوجين، لكن ذلك الحل من شأنه أن يثير جدلاً لو كان الطلاق للضرر إذ قد يكون عندئذ من الأحسن أن يطرح الموضوع لدى المحاكم بمختلف درجاتها لأن دور القاضي المختص لن يقتصر على تسجيل إرادة الزوجية معاً أو إرادة الزوج بالنسبة للتشريع الجزائي بل سيتمثل في تقدير إذا كان أحد الزوجين ناشراً أم، لا إذ النشوز لا يسهل إثباته دون تقدير أو تمحيص بل قد تختلف الآراء لمعرفة إن كان أحد الزوجين ناشراً أم لا فالزوجة مثلاً إذا غادرت محل الزوجية دون إذن زوجها وهي مبدئياً ناشز لكن ما هو **الحل لو تمسكت بأن لنشوزها مبرراً، يتمثل في عدم الانفاق عليها، أو في الاعتداء عليها بالعنف، أو في تضررها من أقارب الزوج ؟**

وعليه فلقد أصبح الأمر إذن قابلاً للنقاش، أنه يمكن لمحكمة الاستئناف أن يكون لها رأي مخالف لرأي المحكمة الابتدائية، كما يمكن للمحكمة العليا، أن يكون لها رأي مخالف لرأي محكمة الاستئناف، سواء بالنسبة لتقدير وجود الخطأ، أو الضرر المفضى إلى الحكم بالطلاق.

إن الحل الذي وضعه المشرع في المادة 57 من شأنه أن يحرم المتقاضين من درجة من درجات القضاء، خاصة بالنسبة للقضايا التي يكون فيها للمحاكم مجال الاجتهاد بالنسبة لمبدأ الطلاق، كما أن مبدأ عدم تمكين المتقاضي من الاستئناف من شأنه أن يحول دون إمكانية تلافي بعض الإخلال القانونية التي قد تقتربها المحكمة الابتدائية كأن تحكم بالطلاق دون إجراء جلسة صلحية، أو دون أن يكون التكليف بالحضور، قد بلغ للمدعى عليه بصورة غير قانونية، أو دون أن يكون أحد الأطراف قد بلغ سن الرشد.

وعليه فالسؤال الذي يستوجب طرحه في هذا الصدد، وهو : **هل أن الحكم الذي تصدره المحكمة الابتدائية بالطلاق، هو الذي نصت في شأنه المادة 57 أنه غير قابل للاستئناف، قابل للنقض ؟**

وعليه فما تجدر الإشارة له في هذا الصدد أن إشكالات ستظهر في تأويل المادة 57 فمن بين الاشكالات المطروحة في هذا النص، ما تعلق بتحديد المفاهيم التي يتضمنها

وهو : هل يقصد بأحكام الطلاق صلب المادة 57 كل الاحكام الصادرة بانتهاء العلاقة الزوجية : كالتطليق، والخلع، أم أنها تقتصر على الطلاق فقط، باعتباره حق إرادي للزوج ؟

كما يطرح إشكال آخر في صلب المادة أعلاه وهو ماذا يقصد بالأحكام غير قابلة للإستئناف ؟ فهل يقصد بها تلك الأحكام الصادرة، بناء على إرادة الزوج، وبعبارة اجرائية أدق : هل هي تلك الأحكام الصادرة ابتدائيا ونهائيا، فيتم عرضها من الدرجة الواحدة من درجات التقاضي وهي المحكمة الابتدائية ؟

وعليه فإننا نعتقد أن المادة 57 إذا ما أولت بصورة ضيقة، فإنه لا يمكن تقويل المشرع أكثر مما قال، أي أن الحكم الابتدائي يكون غير قابل للإستئناف، وفي هذا ترك المشرع مجالا للمتقاضي وهو أن ترك باب النقض مفتوحا اذ لو أراد المشرع أن يحرم المتقاضين من إمكانية الطعن بالنقض، لنص على ذلك صراحة رفعا لكل إلتباس، ومن الغريب أن تكون إرادة المشرع، في تحجير نقض الأحكام الابتدائية الصادرة بالطلاق طالما، أن تحجير النقض هو أمر إستثنائي جداً.

وعليه فإن هناك بعض الطروحات ترى في مسألة «غير قابلة للاستئناف» في صلب المادة أعلاه.

«أن عدم قابلية الأحكام للإستئناف هي مسألة إستثنائية لا يمكن القياس عليها أو التوسع في تفسيرها، ونكون بذلك قد توسعنا في تفسير معنى اصطلاح الطلاق، وحينئذ يشمل الطلاق الصادر بناء على إرادة الزوج، وعلى التطليق... ثم يُسْتَطَرَدُ في هذه الطروحات مايلي : إن أصول القانون تقتضي منا، ألاّ نتوسع في الاستئناف، ويجب أن نتوقف عند مدلول الكلمة .

إن المشرع عندما نص على أن أحكام الطلاق، غير قابلة للإستئناف، فقد جاء هذا النص تزييداً، ذلك أن الحكم الذي يصدر بالطلاق، لا يُعَدُّ حكماً قضائياً بالمعنى الفني وبالتالي، فهو لا يخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأحكام القضائية ومن ثمة لا يكون قابلاً للطعن فيه، بطرق الطعن العادية، وغير العادية . أما الحكم الصادر بالتطليق فهو يفيد حكماً قضائياً، يقبل الطعن فيه - طبقاً للقواعد العامة بطرق الطعن العادية وغير العادية. ويدعو الطرح المذكور سلفاً بضرورة إعادة النظر في نص المادة 57 من تشريع الأسرة حيث جاء في هذا الطرح مايلي : إذا أراد المشرع أن يجعل حكم التطليق غير قابل للإستئناف، يجب عليه أن يعبر عن إرادته بكل وضوح، بأن ينص على أن الحكم بالطلاق بناء على إرادة الزوج، أو بناء على طلب الزوجة يكون غير قابل للإستئناف ... ذلك أن

نص المادة أعلاه لا يستطيع أن يترجم الرغبة في جعل أحكام التطليق غير قابلة للإستئناف، لأن هذه الرغبة تصطدم بالجوانب الفنية للقانون، فهي لا تسمح للقضاء أن يجتهد دون أن يمس بتلك الأسس الفنية، وهي الأسس التي يسهر القضاء على إحترامها والدفاع عنها⁽¹⁷¹⁾. ومنه أيضا أن هذه المادة تثير إشكالا كذلك في فهم عبارة الجوانب المادية» للحكم بالطلاق، حيث يبدو من السهل في بعض الصور، تحديد مفهوم تلك العبارة، كأن يكون الأمر متعلقا بالغرامة المتجه، دفعها لأحد الزوجين، أو بنفقة الزوجة، **لكن ما هو الحل بالنسبة لنفقة الأبناء، ولسكنى الحاضنة**، فهذان المشكلان هما في ظاهرهما مشكلان ماديان من الممكن تسليط الإستئناف عليهما، لكنهما متعلقان بمشكل آخر في ظاهره غير مادي وهو الحضانة فمن الواضح أنه لن يحكم للزوجة، لا بنفقة الأبناء، ولا بالسكنى، **إن لم تكن حاضنة**، ولذا فانه من المنطقي تمكين أحد الزوجين من الاستئناف في خصوص الحضانة، كذلك ولو أنها مبدئيا فرع مادي للطلاق. فكان من الأحسن لو إستعمل المشرع الجزائري صلب المادة 57 جوانب الطلاق عوضا عن عبارة الجوانب المادية.

المبحث الثاني

الدفع بالأسباب لجواز الطلب أمام القضاء

قبل التطرق الى مشتملات أسباب إنهاء العلاقة الزوجية بالحكم القضائي ينبغي تحديد المقصود من أسباب إنهاء العلاقة الزوجية، وعليه لما كان الطلاق ملك للزوج ودون الزوجة باعتبار أن الأصل في العصمة الزوجية بيد الزوج، إلا أن هذا لا يعني أن الزوجة لا يمكنها أن تبادر الى طلب إنهاء العلاقة الزوجية، ذلك أن الزوجة في الفقه الإسلامي إذا لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية لها أن ترفع أمر غبنها الى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها.

وهذا ما يطلق عليه بالتطليق في تشريع الأسرة ويتم بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة.⁽¹⁷²⁾

(171) الأستاذ زوده عمر مرجع سابق.

(172) قرار المحكمة العليا (غ.أ.ش 25) فبراير 1985 ملف رقم 35891 غير منشور.

المطلب الأول : أسباب إنهاء العلاقة بالحكم القضائي بطلب من الزوجة

تخضع المرأة بموجب التشريع إلى حالات و أسباب لجواز طلب التطلاق بمقتضى المادة 53 و 53 مكرر من قانون 11 / 84 والقانون المعدل و المتمم 09 / 05، وعليه فإن القضاء في هذه الحالة لا يطلق الزوجة جبراً عن زوجها إلا إذا أثبتت حالة الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية، وعليه فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 25 فبراير 1985 بأنه من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبراً عن زوجها، إذ لا يعد عدم البقاء مع زوجها سبباً لتطليقها منه والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي، يستوجب نقض القرار الذي قضى بتطلاق الزوجة، على أساس عدم رغبتها في البقاء مع زوجها.

ولما كان هذا النوع المذكور أعلاه، من الأسباب في إنهاء العلاقة الزوجية بالحكم القضائي، فالتفريق فيه بحكم القاضي إذن ينهي العلاقة الزوجية بطلب من الزوجة بعد إثبات حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة وعليه فإن الزوج بحكم مسؤولياته الأسرية عليه مجموعة من الالتزامات المادية والمعنوية حتى يحقق الزواج مقاصده، من إقامة حياة الزوجة مادياً بالانفاق عليها، ومعنوياً باعفافها وعدم الغياب عنها، لأن التواجد مطلب نفسي له أثره على كيان الحياة الزوجية، ولما كانت النفقة واجبة عن الفقهاء بلا خلاف، وهي آثار من آثار عقد الزواج الصحيح وضرورة من ضرورات الحياة ولما كانت الحالات المنصوص عليها في المادة 53 ضررها معتبر شرعاً ولا يتم إثباته إلا عن طريق القضاء، فقد اشترط المشرع في التطلاق أن يتم بطلب من الزوجة وأمام القضاء في المحكمة، حيث أن هذه الأسباب المذكورة على سبيل الحصر هي :

التطلاق لعدم الانفاق، للغيب، للهجر، للحكم بعقوبة، للغياب للضرر، للفاحشة فكل أولئك يعتبرون في نظرنا صوراً لإنهاء العلاقة الزوجية بالتفريق القضائي.

إذ أن درجة الضرر فيها بالغ سواء كان من أجل الانفاق، أو للغيب، أو للهجر، للعقوبة أو للغياب، أو للضرر في ذاته، أو للفاحشة، وستناول دراسة هذه الأسباب وفقاً لترتيب المشرع :

إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، وهو : أن نص المشرع في المادة 53 أجاز للزوجة أن تطلب التطلاق، وفقاً لأسباب وقد أطلق عليها المشرع أسباباً التي من أجلها تقوم بإنهاء العلاقة الزوجية، ذلك أن السبب الواحد فيها إذا ما إستوقفنا عنده فإنه من

حيث الموضوع معتبر شرعا، وقانونا نظر لما فيه من إستفحال في الضرر، وعليه فالإنهاء بسبب لانفاق، أو العيب، أو الهجر، أو الغياب.

إذا توفرت هذه الأسباب أو هذه الصور، فإنه لا محالة، تنهى الرابطة الزوجية بحكم قضائي، لأن درجة الضرر المعتبر فيه هنا يحتاج الى القضاء.

وعليه فلئن كانت المرأة قد أعطيت الحق في طلب التطليق بواسطة القضاء، إذا وجد السبب المسوغ لذلك، في مقابل حق الزوج في مباشرة الطلاق، بإرادته المنفردة، فإن الشريعة الاسلامية الغراء، التي هي عدلٌ كلها، وحكمةٌ كلها لم تمنع على الرجل أيضا، أن يلجأ الى القضاء من أجل إنهاء الزواج، في بعض الحالات التي فيها إستمرار تلك الرابطة، بسبب يرجع الى المرأة نفسها، كي لا يقع تحت طائلة جميع التبعات المالية، التي تترتب عليه، لو باشر هو الطلاق بإرادته المنفردة⁽¹⁷³⁾ وباعتبار أن التطليق المقصود به هو التفريق، بمعرفة القاضي، وعليه من أهم تلك الحالات، والأسباب التي يتعذر، أو يتعسر فيها، إستمرار الرابطة الزوجية، وجود علة في أحد الزوجين لا يرجى برؤها، أو كان الأمل في شفاءها يحتاج فيها الى مدة لا تقل عن السنة، وفي هذا الشأن نجد أن المشرع لم يتطرق جملة وتفصيلا الى العلل، ومشتملاتها، بل ذكر ذلك من بين الأسباب.

إن سبب العلة المبرر لطلب التطليق والذي ذكره المشرع كسبب ثان يعد السبب الأول وهو عدم الانفاق قد أطلق عليه بالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وهو بطلانه هذا قد ادرج كل مشتملات العلة وعيوبها .لأنه اعتبر أن هذه التفاصيل يخوض فيها أحكام الفقه الاسلامي مما جعل من مرجعيته في الاحالة في هذا الصدد الى المادة 222 التي تحيل بدورها الى أحكام الشريعة الاسلامية وفي نظرنا أن العيب واللل من المواصفات الفقهية التي تتطلب بالضرورة الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي التي تشرح جملة وتفصيلا هذه المسائل، ومنه أيضا ذكره على سبيل الحصر، الأسباب والحالات مرتبة ترتيبا، وفق درجات الضرر في تشريع الأسرة (84 - 11)، والقانون المعدل والمتمم 05/09 .

الفرع الأول : التطليق لعدم الانفاق

قبل التطرق إلى هذا السبب، لا بد من الإشارة الى كيفية العمل بمبدأ التطليق لعدم الانفاق حيث كان العمل به في بعض التشريعات العربية، وعلى وجه الخصوص مصر،

(173) وثائق الدورة الثالثة لمجلس وزراء العدل العرب في إطار مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية جـ 1 الرباط المغرب 22 - 25 أفريل من سنة 1985 وثائق رقم 175، 176، 177، 178، 179، 2000.

قبل القانون 1920 / 25 بمقتضى المذهب الحنفي، والذي لا يجعل للقاضي التطليق على الزوج، إلا لعيب فيه، وكان يقتصر على العيوب التناسلية، وهي الجُبُّ، والخصاءُ، والعنةُ والامام محمد صاحب أبو حنيفة، يزيد على هذه العيوب :

- الجنون، والجزام، والبرص، ومما تتطلب ملاحظته في هذا الصدد وهو : أن القضاء في مصر إستمر في تطبيق هذا المذهب، حتى صدور القانون المشار إليه أعلاه، وأخذ من المذاهب الأخرى أحكام التطليق، لعدم الانفاق، فوسع به أحكام التفريق الذي يملكه القاضي بناء على طلب المرأة. وفي هذا الصدد نجد أن مذهب الامام مالك هو مصدر القانون في ذلك، لأن التطليق لعدم الانفاق ليس إجماعاً بين الفقهاء، وإنما اختلفوا في جواز طلب الزوجة التطليق، على زوجها لعدم الانفاق، عليها وفي سلطة القاضي في إيقاع الطلاق⁽¹⁷⁴⁾ على الزوج وعليه فإن هناك آراء فقهية، ما تعلق في تطليق القاضي على الزوج، لعدم الانفاق على الزوجة، حيث وجد في الفقه رأياً بالنسبة للتطليق لعدم الانفاق ويتمثلان في :

أولاً : رأي جمهور الفقهاء : «وهم مالك، والشافعي، وأحمد بن حنبل، والأحناف»، حيث يعتمد هذا الرأي بجواز طلب الزوجة التطليق على زوجها لعدم إنفاقه عليها، ويجب على القاضي إذا ثبت ذلك له أن يقضي بتطليقها على زوجها، وفي هذا الرأي خلاف في التفصيلات، وليس في المبدأ، يقول الدردير :⁽¹⁷⁵⁾ وهو من فقهاء المالكية : إن عجز الزوج عن نفقة حاضرة، لا ماضيه، بمعنى أن لها طلب الفسخ، والقيام به، ورفعها الى القاضي، لا أن توقع الفسخ هي، لأن الفرقة تطليق من القاضي.

ومنه ما يقوله فقهاء الشافعية : «إذا أعرس الزوج بنفقة زوجته، فإن صبرت صارت ديناً عليه، وإن لم يفرضها القاضي، وإذا لم تصبر فلها الفسخ على الاظهر».⁽¹⁷⁶⁾

ومنه ما يراه ابن قدامى الحنبلي⁽¹⁷⁷⁾ : إن الرجل إذا منع امرأته النفقة لعسرتة، وعدم ما ينفقه، فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه، وبين فراقه.

وعليه فإن هذا التفريق من الفقهاء أجاز للزوجة - إذا طالبت زوجها بالنفقة، وأمتنع عن الانفاق - أن تطالب من القاضي التطليق عليه لعدم الانفاق وفي هذا الشأن قد أسند الجمهور الى العديد من الأدلة وهي على سبيل الحصر :

(174) المستشار أحمد ناصر الجندي مرجع سابق

(175) الدردير أحمد بن محمد، الشرح الكبير 2 / 518.

(176) المعنى لابن قدامه ج 7 ص 583.

(177) معنى المحتاج ج 3 ص 442.

1. أن الله تعالى يقول : ﴿فَامْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾. وهنا مما لا شك فيه، أن إمساك الزوجة وعدم الانفاق عليها ليس إمساك بمعروف، فيتعين التسريح.
2. قال تعالى : ﴿وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ حيث أن الامساك مع عدم الانفاق أشد أنواع الضرر.
3. قال رسول الله (ﷺ) **لا ضرر ولا ضرار** إذ الامساك مع عدم الانفاق مضارة، وعلى القاضي أن يزيل الضرر، بفك عقدة النكاح التي أصبحت ضرراً لا مصلحة فيها.
4. يقول الشافعي إن من حق الزوجة، على زوجها أن يعولها، ومن حقه أن يستمتع بها، فاحتمل إذا لم يجد ما ينفق أن تخبر المرأة بين المقام معه، وفراقه، فإن إختارت فراقه فهي فرقة بلا طلاق.⁽¹⁷⁸⁾
5. ثبت أن **عمر بن الخطاب** كتب إلى أمراء الأجناد، في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يخبروهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا.⁽¹⁷⁹⁾
6. إن القاضي يفرق بين الرجل، وزوجته، إذا ثبت لديه عيب من العيوب، التي تتصل بالقربان، والمباشرة من جب، وخصاء وعنت، للظلم في بقاءها معه على هذا الحال، والظلم يكون أشد إذا أبقاها مع عدم إنفاقه عليها، ولذلك كان التفريق لعدم الانفاق الزم من التفريق لعدم القربان.

ثانياً : رأي الأحناف كمعيار في المسألة :

يرى الأحناف عدم جواز تطليق الزوجة، على زوجها لعدم إنفاقه عليها، وقد بين فقهاؤهم في هذا الشأن : أن من أعسر بنفقة إمرأته، لم يفرق بينهما ويقال لها **إستديني عليه** وللإشارة في هذا الصدد أيضاً، أنه جاء في صاحب الفتاوى الهندية ما يلي : **لا يفرق بعجزه، عن نفقة وتؤمر بالاستدانة عليه**.

وعليه فإن التأصيل، لهذا السبب الشرعي الهام، قد احتج فيه الأحناف بالعديد من الأدلة، أيضاً وهي على سبيل الحصر :

- 1- قال تعالى : ﴿وإن ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ إن هذه الآية، تضع قاعدة عامة لكل من أعسر، ذلك أن الزوج إذا أعسر فهو مدين بالنفقة والله يأمر بالنظر إلى ميسرة.

(178) الامام الشافعي الأم - جزء 5 ص 91 دار العلم للملايين ط1983.

(179) البيهقي في سننه الكبرى الجزء 7 ص469.

2- إن في إبطال النكاح إبطال للزوجية، وفي إلزام الزوجية بالإنظار، والصبر مع وصول حقها بالاستدانة على الزوج لا يترتب عليه بطلاق حقها، بل تأخيرها، وما دام الأمر يصل إلى إبطال حق الزوج، فإن تأخير حق الزوجة - وليس إبطاله - أولى.

3- أن الشارع الحكيم لم يكلف الزوج على الأنفاق، إذا لم يقدر عليه، ولم يجز التطليق بسبب العجز عن الإنفاق، إذا لم يقدر عليه، ولم يجز التطبيق بسبب العجز عن الإنفاق وإنما قال **ولينفق ذو سعة، ومن قدر عليه رزقه لينفق مما آتاه الله، لا يكلف الله الأثام** **سيجعل الله بعد عسر يسراً.**

4- على الرغم من أن أصحاب رسول الله ﷺ - كان منهم الغني والفقير فلم يرد عن رسول الله ﷺ أنه مكن إمراة من فسخ النكاح بإعسار زوجها.

إنه من خلال استقراننا لما ذكر، من أراء للفقهاء في مسألة التطليق لعدم الأنفاق فإن التشريعات العربية في هذا النطاق، أخذت هي الأخرى بالتطليق لعدم الانفاق متخذة في ذلك من حيث الإحالة، والمرجعية، من مذهب الإمام مالك، والشافعي، وأحمد.

وعليه نجد أن التطليق لعدم الانفاق كان حكم القضاء فيه متفقا مع مذهب الإمام مالك.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد وهو: أن المشرع أخذ هو الآخر برأي الأئمة الثلاثة، في التفريق لعدم الأنفاق (المادة 53 ق أ) وهذا أيضا أخذه المشرع المغربي في المادة 53 من مدونته، والمادة 116 من القانون السوري إلا أن في هذا الشأن كان المشرع الجزائري في مسألة عدم الإنفاق واضحا في طرحه، حيث جاء في نص المادة 53 من قانون 84/11 والقانون المعدل والمتمم 09 / 05 على «أنه يجوز للزوجة أن تطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها إستناداً إلى إرادتها المنفردة في حالة عدم الأنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزوج⁽¹⁸⁰⁾، مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من القانون أعلاه إذ أن هذه المواد المذكورة صلب النص هي المواد المتعلقة بمشتملات النفقة، وتقديرها، وتاريخ إستحقاقها.

إنه إنطلاقاً من المادة 53/1 من القانون أعلاه، يظهر لنا جلياً شروط التطليق لعدم الإنفاق وهي كالآتي:

(180) لقد عاب أ. د. علي علي سليمان رحمه الله علي نص المادة 53 من القانون أعلاه من حيث الناحية الشكلية أي اللغوية عندما قال المشرع في صلب المادة «ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج» إذا اعتبر الصياغة هنا غير صحيحة، وصحة النص بما يراها هي «ما لم تكن عالمة بإعسار الزوج».

1- صدور حكم قضائي يلزم الزوج بدفع النفقة، في حالة امتناعه، عن النفقة الزوجية عمداً، أو قصراً، شريطة أن تكون الزوجة قد رفعت الدعوى من قبل للمطالبة بالنفقة.

2- ألا يكون إمتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، لأن الزوج لا يخلو من أن يكون موسراً، أو معسراً، فإن كان معسراً، فلا ظلم لها ولا إعتداء منه، لأن العسر بيد الله، فلا يطلق عليه القاضي للعسر، أما إذا كان موسراً، وله مال ظاهر، وأدعى العجز، فالأمر يختلف ويجب على المحكمة النظر فيه.⁽¹⁸¹⁾

3- ألا تكون عالمة باعساره وفقره وقت الزواج، فإن كانت عالمة بحالته المالية، سقط حقها في التطليق لعدم الأنفاق، بسبب رضائها بحاله، ويقع عبء الإثبات هنا، على عاتق الزوج بكافة وسائل الأثبات.

وفي حالة ما إذا إستطاعت الزوجة، أن تثبت حالة تغريم الزوج، أثناء عقد الزواج، أثناء عقد الزواج، بحيث تظاهر أنه غني، والحال أنه فقير، وأن عسره جاء بعد زواجهما، وأنه عمدي، وأصر الزوج على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال.

وعليه فإنه يتطلب منا في هذا الصدد وهو: أن نبين جلياً المقصود من الأحكام الواردة في المادة 53/1 من قانون الأسرة، وتتمثل في عدم الإنفاق العمدي، وإنقطاع الزوج نهائياً عن أدائها، بكل مشتملاتها، بموجب ما جاء في المادة 78 من قانون الأسرة، «من لباس، غذاء، سكن، علاج، تطبيب».

وعليه فإن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة، والتي يحق لها طلب التطليق بسببه: هو أنفاق مثل زوجها على مثلها.

حيث لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل قدرته وإقتداره بحيث تعجزه عنها.⁽¹⁸²⁾

مدى تكريس الأحكام الشرعية في المادة 53 / 1

لا يكون الزوج ممتنعاً عن النفقة إذا كان معسراً، ولا يطلق عليه القاضي للعسر، إذ العسر بيد الله، وهنا على القاضي أن يمهله مدة مناسبة استثناساً بقوله تعالى ﴿يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَن يَشَاءُ﴾، واستثناساً لقوله تعالى: ﴿إِن تَكُ مَعْسُورَةً فَلْيُفْرِغْ مِمَّا فِي بَيْتِكَ﴾ حيث أن الزوج في هذه الحالة ليس ظالماً، حتى يطلق عليه القاضي ويرفع ظلمه عن زوجته.⁽¹⁸³⁾

(181) إن تطليق الزوجة لعدم الانفاق والحكم لها به دون يمين يعد مخالفاً للقانون المحكمة العليا 1989 / 11 / 27 م . ق، 1992 / 1 ص 51.

(182) د . علي علي سليمان المقال / السابق الذكر مرجع سابق 447.

(183) أ - فضيل سعد، المرجع السابق ص 272.

وقال في هذا الصدد، **مالك رضي الله عنه** : إن بقاء الزوجة، مع زوجها رغم عسره، وبعد صدور الحكم عليه بالنفقة جائز شرعاً. ويسقط حقها في طلب التطلق.⁽¹⁸⁴⁾

وعليه فإنه في رأينا أن المرأة الفاضلة هي التي تبقى بجانب زوجها في السراء، والضراء وأن الفقر ليس عاراً في الشريعة الإسلامية الغراء، وإنما العار أن تتخلى الزوجة عن زوجها للأسباب مادية، فالمال مال الله يغني به من شاء ، فإن كانت ثمت مسؤولية فإنها تقع على كاهل المجتمع، الذي لم يهيء لافراده العيش الكريم.

وعليه فإن ما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع في قانون الأسرة لم ينص على المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم غير أنه بمراجعة الأحكام الواردة في **المادة 331 من القانون العقوبات** يتبين لنا جلياً، بأن المشرع ذكر ذلك في المادة أعلاه من قانون العقوبات: **إن كل من أمتنع عمداً ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءً لإعالة أسرته، وعن أداء النفقة الشرعية يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة مالية من 500 د.ج إلى 5000 د.ج** ويفترض إن عدم الدفع عمدي مالم يثبت العكس.

وعليه فإن الإعسار الناتج عن الاعتبار على السلوك السيء، أو الكسل، أو السكر، لا يعتبر عذراً مقبولاً.⁽¹⁸⁵⁾

وعليه فإننا نجد أن الفقه المالكي، قد جعل هذه المدة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي بحددها، بحسب مقتضيات الأحوال، ولكن لا يمكن في كل الأحوال. أن تتجاوز سنة لأنها الحد الأقصى لطلب التطلق بالنسبة لزوجة الغائب.⁽¹⁸⁶⁾

ومنه أيضاً ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع في المادة 1 / 53 لم يفرق بين حالة امتناع الزوج عن الانفاق، مع قدرته على ذلك، وحالة امتناعه عن الانفاق، مع عدم قدرته، أو إعساره، بمعنى أنه لم يفرق بين الزوجة الغنية، والزوجة الفقيرة، في التفريق للإعسار، وأنه لم يحدد مقدار النفقة التي أعسر الزوج بها، أو إمتنع عنها ففرق القاضي بينهما، ومن الملاحظ أيضاً في هذا الصدد أنه، لم ينص علي أي أجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم، بوجوب النفقة، وتاريخ إقامة الدعوى، أو طلب التطلق، مما تطلب الرجوع في هذه المسألة إلى أحكام الفقه المالكي، باعتبار أن فقهاء المالكية أصلوا هذه المسألة أيما تأصيل حيث يعتبر تشريعهم لها مصدراً أساسياً في هذا النطاق.

(184) الامام محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية ط 1957 ص 413 وما بعدها.

(185) د. بلحاج العربي مذكره لسلسلة من مقالات بعنوان الحماية الجنائية للأسرة في التشريع الجزائري نشرت بتاريخ نوفمبر 1988 في جرائد وطنية.

(186) جاء في القانون السوري المادة 110 أنه إذا أثبت الزوج عجزه عن الانفاق أمهله القاضي مدة لا تتجاوز 03 أشهر وفي نفس الأجل جاء ذكرها في المادة 53 من القانون المغربي. وشهراً واحداً في التقنين المصري سنة 1920.

وعليه جاء قرار المحكمة العليا مدحاً لهذه المسألة فقررت، بأن عدم الانفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين، يكون مبرراً لطلبها التطلاق من زوجها، وذلك وفقاً لما نص عليه الفقه المالكي ابن عاصم في التحفة فيما يلي :⁽¹⁸⁷⁾

وحيثما الزوجة ثبت الضرر ولم يكن لها به شرط صدر
قيل لها الطلاق كالماتزم وقيل بعد رفع للحكم
ويزجر القاضي بما يشاؤه وبالطلاق أن يعد قضاؤه

ومنه أيضاً أن المحكمة العليا قررت في قرارها الصادر بتاريخ 11 / 23 / 1982 بأنه إذا كان مؤدى نص المادة 331 من قانون العقوبات، الحكم جزائياً بالحبس، والغرامة على كل من امتنع عمداً، ولمدة تجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاءً لصالح من حكم لهم، فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم، أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقاً للقانون بالحكم القاضي بالنفقة، وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون.⁽¹⁸⁸⁾

إن ما ينبغي الإشارة إليه ما تعلق بالتطبيق لعدم الانفاق. وهي هل يحق للرجل إرجاع زوجته بعد التفريق لعدم الانفاق ؟

لقد قرر الفقه المالكي في هذه المسألة أن كل طلاق يوقعه القاضي يكون بائناً، إلا الطلاق الذي يكون بالايلاء، وطلاق المعسر، فهما رجعيان، ففي الطلاق للإعسار للزوج مراجعة زوجته، ما دامت في العدة، ولكن حق الإرجاع هذا ليس على إطلاقه، بل لا بد من تحقق أمرين فيه :

الأمر الأول : أن يتحقق يسر الزوج، ويثبت ذلك أمام القاضي، ويعتبر في إثبات اليسار ما يعتبر في ابتداء النكاح، أي إذا كانت الزوجة غنية فلا تصح الرجعة، إلا إذا قدر على نفقة الغنى، لأن الطلقة التي يوقعها القاضي، إنما تكون لأجل الضرر الذي يصيبها نتيجة فقره فلا يمكن الرجعة إلا إذا زال الموجب في التفريق، وهو الإعسار لأن الحكم يدور مع العلة.

الأمر الثاني : أن ينفق عليها فعلاً، لأنه إذا أثبت يساره، فقد وجبت له نفقة العدة ويجب دفعها لها لأن المطلقة الرجعية لها النفقة وإن لم يُراجعها، أما البائن فليس لها نفقة عدة.⁽¹⁸⁹⁾

(187) المحكمة العليا (غ . م)، 1984، 11 / 19 ملف رقم 34791 م. ف. 1989، 3. 76.

(188) المحكمة العليا (غ. ج)، 1982، 11 / 23 ملف رقم 23194 غير منشور 12 أكتوبر 1982 ملف رقم. 22918

(189) الدردير أحمد بن محمد، الشرح الصغير 2 / 746-747.

وعليه فإن هذه المسألة نجد أن المشرع لم يتعرض لها في تشريعه بل كان موقف المشرع حول طبيعة الحكم القاضي بالتطليق لعدم الانفاق وتبيان حالاته، بل مرجعية إحيالاته لها كان المذهب المالكي مما يستوجب على المشرع في هذا المجال أن يعتبر التطليق الذي يوقعه القاضي بموجب سبب عدم الانفاق، هو طلاق رجعية يحق للرجل مراجعة زوجته ما دامت في العدة، وهو بهذا يكون قد اتخذ من المذهب المالكي مرجعية أصلية في تشريعه، إذ أن حق الرجعة هنا ليس مطلقاً، ذلك أن حق الارجاع يشترط فيه إثبات الزوج بأن يدفع ما أستوجبه الحكم ما عليه من دفع وهو من هذا يظهر إستعداده للإنفاق على زوجته.⁽¹⁹⁰⁾

فإن مسألة التطليق لعدم الانفاق نجد مثالا لها في التشريع المصري، والسوري حيث أجاز هذين التشريعين هذه المسألة بين الزوجين، عملاً بمذهب الجمهور.

وعليه فقد فنصت مثلاً المادة 04 من القانون المصري⁽¹⁹¹⁾ رقم 25 لسنة 1920.

على حق التفريق بين الزوجة وزوجها، إذا طلبت الزوجة التفريق بالضرورة سواء أكان عدم الانفاق عليها بسبب اعساره أم كان تعنتاً منه وظلماً. ويطلقها القاضي عليه وهو حاضر في البلد غير غائب، متى إمتنع من تطليقها بنفسه، ولم يكن له مال ظاهر يمكن أن تفرض فيه نفقتها.⁽¹⁹²⁾

الفرع الثاني : التطليق للعيوب :

قبل التعرض لسبب التطليق للعيوب، لا بد من الإشارة الى التعريف بالعيوب المقصود به في هذا النطاق.

إذ أن التعريف بالعيوب الذي يجيز للزوجة طلب التطليق على زوجها يقصد به ما يمنع الوطء باعتباره حقاً للزوجة، كما أنه حق للزوج.

- مثال الجب، والخصاء، والعنه - أو العيب الذي يوجب نفرة تمنع قربان أحد الزوجين من الآخر، أو العيب الذي يخاف منه العدوى كالجزام، أو الجنون وعليه فإن العيوب في مجال التطليق بين الزوجين متنوعة ذهب الفقهاء فيها أقوال متعددة .

(190) د. محمد سماره، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارنة القانون الأحوال الشخصية ط 2002 ، ص 320 وما بعدها ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع عمان ، الأردن.

(191) قانون الأحوال الشخصية المصري المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 ويتضمن القانون 33 لسنة 1929 واللائحة التنفيذية واللائحة الشرعية، ولائحة المأذونين.

(192) الدكتوران عمر عبد الله ، محمد حامد قمحاوي - أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ص 293 وما بعدها ديوان المطبوعات الجامعية - القاهرة 1986 ، أحمد نصري الجندي، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاماً، ج 2 ط 78، دار الفكر العربي مصر ص 1090 وما بعدها.

- مدى تكريس الفقهاء للأحكام الشرعية للتطليق للعيوب.

أ. العيوب عند المالكية :

لقد حصر فقهاء المالكية العيوب، في مجال التطليق، إلى ثلاثة عشر عيبا وهي كالآتي :

- ما تعلق بالرجل والمرأة وتسمى بالعيوب المشتركة، حيث تشترك فيه المرأة والرجل معا وهي أوبعة :

(الجنون ، الجزم ، البرص ، العزِيطَة).⁽¹⁹³⁾

ما تعلق بالرجل منفرداً وهي خاصة به بأربعة :

• **الْجَبُّ** : ويقصد به أن الرجل إذا كان مقطوع الذكر والأنثيين، ويدخل في ذلك مقطوع الأنثيين فقط إذا كان لا يمني، وكذا مقطوع الحشفة على الراجح في المذهب.

• **الْخِصَاءُ** : ويقصد بها من سلَّ خُصينة ونزعها.

• **الْعَنَةُ** : ويراد بها صغر الذكر، بحيث لا يتأتى منه الجماع.

• **الإعتراض** : ويقصد به عند انتشار الذكر.

ما تعلق بالمرأة منفردة وهي خاصة بها وهي خمسة:

الرُّتْقُ : وهو انسداد مسلك الذكر في قُبَل المرأة، بحيث لا يمكن معه الجماع. فإذا كان هذا الانسداد لحم يمكن علاجه فلا يعد عيبا.

الْقَرْنُ : بفتح الراء - وهي شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون من لحم غالبا، فيمكن علاجه وتارة يكون من عظم فلا يمكن علاجه.

الْفُخْلُ : بفتح العين والفاء : وهو لحم يبرز من قبل المرأة، وقبل أنه رغبة في الفرج تحدث عند الجماع.

الافضاء : ويقصد به إختلاط مسلكي الذكر والبول في المرأة ويشمل ذلك أيضا مدخلي الذكر والغائط.

البخر : ويقصد به الريح بالفرج، وهي ريح ننتنة.⁽¹⁹⁴⁾

(193) العزِيطَة : ويقصد بها التغوط عند الجماع.

(194) الدسوقي الحاشية ، الشرح الكبير للدردير ج 2 ص 254 وما بعدها ج 2 ص 377 وما بعدها.

ب. العيوب عند الأحناف :

يرى أبو حنيفة، والقاضي أبو يوسف، أن العيوب في الزوج تكمن في الجب، والخصاء، والعنة، ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنه جاء في البدائع: ⁽¹⁹⁵⁾ الخلو من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون، والجزام، والبرص، شرط للزم النكاح حتى يفسخ به النكاح، ومنه أيضاً أنه جاء في المبسوط: ⁽¹⁹⁶⁾ وهو وضع حال لا تطبيق المقام معه، لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها، لمعنى فيه، فكان بمنزلة ما لو وجدته مجنوناً أو عنيناً.

وقد أخذت التشريعات العربية بهذا المعيار، بأن وصف العيب بأن الذي «لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بصراً» وعليه فإن جمهور الفقهاء يثبت حق التفريق بالعيوب لكل من الزوجين وعلى هذا إذا وجد أي من الزوجين عيباً بصاحبه، كان له حق طلب التفريق، ولا يمنع من ثبوت هذا الحق له كون الزوج، الآخر معيباً، متى اختلف العيب عن عيب صاحبه، أما إذا اتحد العيب أي كان العيبان من جنس واحد. ففي هذه الحالة يثبت الخيار لكل منهما، إذا النفس تعاف من عيب غيرها، وإن كان بها مثله. وذهب آخرون أن لا خيار في هذه الحالة لتساويهما في العيب.

ج. موقف التشريع من التطليق للعيوب :

لقد قصد المشرع في المادة 2 / 53 بالعيوب تلك العلل الجنسية أو لأمراض المنفردة التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية والتي لا يمكن المقام معها إلا بضرر. ذلك أنه من الأهداف التي شرع من أجلها الزواج التناسل ويعتبر هذا من مقاصد الشرعية الخمس (حفظ النسل) إضافة على ذلك تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة.

وبناء أسرة منسجمة متوافقة، والمشرع وهو يمنح حقاً للمرأة في التطليق، لغرض تواجد العيوب لم يبين نوع العيب في الجنسي، بل اعتمد عبارة عامة فضفاضة تشملها معاً، دون ذكره لعيب، أو إثنين، أو ثلاث، ولو على سبيل المثال وفي نظرنا حسناً فعل، ذلك أن العيوب ووصفها الفقهي، أو العلل، أو الأمراض، التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة ومتنوعة فمن الصعب جداً حصرها، أو تحديدها، فيبقى من حق الزوجة أن تطلب من القضاء أن يحكم بالتطليق بينها، وبين زوجها، لأي عيب من العيوب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج وعلى أساس معيار موضوعي.

(195) البدائع ج 2 ص 277.

(196) شمس الدين السرخسي - المبسوط ج 5 ص 97 المجلد الثالث دار المعارف ، لبنان.

وعليه فالمشرع أخذ بجواز التطليق للعيوب إستثناسا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأنّ التفريق للعيوب لا بد من توفر جملة من الشروط فيه وهي على وجه الاختصار :

. أن يكون العيب في الزوج.

. أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

. أن يكون العيب من العيوب المستمرة الدائمة التي لا يرجى يروؤها.

. أن تقوم الزوجة برفع دعوى تطليقها الى القاضي.

. أن القاضي لا يحكم بتطليقها إلا بعد التأكد من صحة دعواها التي تثبتتها بمختلف

الوسائل بما فيها الاستعانة بالخبرات الطبية.

وعليه فإذا إكتشفت الزوجة عيبا بالزوج لم يكن معلوما قبل الزواج، أو إطلعت على مرض حدث له بعد الزواج ومن شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية، مثل الخصى، والعنين، أو من شأنه الحيلولة دون انجاب الأولاد مثل مرض العقم، أو من شأنه دفع الزوجة الى النفور من زوجها، والاشمئزاز من مرضه، أو الخوف، من اذاه وخطر تصرفاته، مثل أمراض الجذام والبرص وغيرها من الأمراض الخطيرة الدائمة والمعدية فإن من حقها إذن أن تدفع الضرر عن نفسها بتوجهها إلى القضاء، من أجل وضع حد لحياتهما الزوجية، وطلب القضاء بتطليقها من زوجها المريض، أو المعيب، أو العليل.⁽¹⁹⁷⁾

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، وهو :أن التطليق للعيوب هو طلاق بائن في معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية إلا أن الاختلاف فيما بينها يكمن في هل الحق مقصور على الزوجة وحدها. أم هو حق الزوجة وحق للزوج أيضا، وعليه فما نلاحظه في هذه الحالة أن المذهب الحنفي أقر بحصر حق التطليق للعيوب في الزوجة وحدها دون الزوج اعتماداً على أن الزوج إذا اكتشف العيب يمكنه أن يطلق بإرادته المنفردة. بينما المذهب المالكي يقول بمنح كل واحد من الزوج والزوجة حق طلب التفريق سبب أي عيب في أحدهما. موقف التشريعات العربية الأخرى من التعليق لقد كان موقف التشريع المغربي ما يتعلق بالعيوب واضحاً حيث نص في الفصل 54 من مدونة الأحوال الشخصية ما يلي : أن الزوجة إذا وجدت بزوجها عيباً لا يرجى شفاؤه أو يرجى بعد مدة تزيد على سنة ولا يمكنها البقاء معه إلا بضرر جاز لها طلب تطليقها.

(197) لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الامام أبي حنيفة ط 1980 ص 80 وما بعدها.

كما نصت في صلب الفصل 54 ما يلي : أن الزوج إذا وجد بالزوجة عيبا، كالجذام والبرص، والسل، وداء الفرج، إن علم به قبل الزواج، فله الخيار، إن شاء طلق وإن شاء أبقى⁽¹⁹⁸⁾.

وعليه فإنه من المستقر فقها، أن سلامة الزوج من العيوب، شرط أساسي للزوم الزواج للمرأة، ومنه أخذ المشرع الجزائري بهذا الاستقرار الفقهي، فنص عليه في المادة 53/2 مما استوجب تبيان شروط إعتبار العيب سببا مبررا للتطليق، في التشريع ونوردها كالآتي :

1 - أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أي تمنع من الدخول أو الاستمتاع الجنسي، وكذا الأمراض الضارة أو المنفرة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على المودة والرحمة.

2 - أن يكون في الزوج دون الزوجة ، لأن العيوب، إن كانت في المرأة فلا خيار للرجل في فسخ الزواج لأنه يملك تطليقها في أي وقت شاء طبقا لإرדתه المنفردة بموجب المادة 48 من قانون الأسرة.⁽¹⁹⁹⁾

وعليه فإنه يجوز للزوجة، أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها، الحاضر إذا وجدت فيه عيبا مستحكما لا يمكن الشفاء منه.

موقف القضاء من العيوب :

يرى القضاء الجزائري، أن يسقط حق الزوجة في طلب التطليق، بسبب العيوب إذا عملت به قبل العقد، ورضيت بها، كما أن سكوت الزوج عن عيوبه، أو إخفائها لها، تجعل القاضي يستجيب لطلبها دون تأجيل.⁽²⁰⁰⁾

ومنه أيضا إذا رفعت الزوجة دعوى تطليق زوجها، فإنه يمكن للمحكمة أن تتأكد بوجود ما تدعيه من عيوب بواسطة الخبرة، أو بأية وسيلة أخرى، كالإقرار مثلاً.⁽²⁰¹⁾

وعليه فقد ذهبت المحكمة العليا في عدة إجتهادات في هذا الشأن، إلى منح حق طلب التطليق للعيوب بموجب نص المادة 53/2، ومن هذه الإجتهادات ما يلي :

(198) د. عبد الكريم شهيون - شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية ج 1 مرجع سابق ص 216 وما بعدها.

(199) الأستاذ فضيل سعد مرجع سابق ص 275 وما بعدها.

(200) المحكمة العليا 09 فبراير / 1996 م. ج ص 1220 أخفى الزوج عجزه الجنسي حيث العقد.

(201) مجلس قضاء تلمسان 1967 / 12 / 28، (م. ج 1968) عدد 4 ص (1213). وفي القضية طلب المجلس القضائي الاستعانة بأهل الخبرة من الاطباء.

- من المقرر شرعاً أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية، بين الزوجين لطلب من الزوجة، وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يُعدُّ خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، حيث لاحظ القضاة أن الزوجة في مذكراتها الجوابية المتعددة، تدفع بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الإستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية، وقانونية، قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتطليق، إعتماً على نفور الزوجة، من زوجها، وعلى إمتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان الأمر كذلك إستوجب نقض القرار المطعون⁽²⁰²⁾.

من المقرر فقها، وقضاءً أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يُضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج ذلك أن الإجتهد القضائي إستقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها، وبعد إنتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يُعدُّ خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية.⁽²⁰³⁾

- أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدُّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.⁽²⁰⁴⁾

- من المقرر شرعاً أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق، أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير، أو المستمر الذي لحقها من بعلمها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدُّ خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية.⁽²⁰⁵⁾

ومنه أيضاً أن المحكمة العليا، قد قررت في قرارها المؤرخ في 19/11/1984 بأنه من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء، أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يُضرب له أجل سنة كاملة، من أجل العلاج كما أشارنا إليه سابقاً.

وعليه فإن ما تجدر الملاحظة إليه وهو: أنه من خلال عرضنا للإجتهادات القضائية أعلاه ما تعلق بموضوع العيب أو العيوب فإننا نلاحظ أن القضاء الجزائري كرس العمل بالمادة 2/53 من قانون 84/11 والمعدل والمتمم 09/05 حيث منح الزوجة حق طلب التطليق، دون الزوج، أخذاً بما تم الإتفاق عليه بين الفقهاء، وما جرى العمل عليه بهذا المبدأ في غالبية قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية.

(202) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 84 / 5 / 14 ملف رقم 33275 م . ق 1990 عدد 02 ص 75.

(203) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 84 / 11 / 19 ملف رقم 34784 م . ق 1989 عدد 3، 73.

(204) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 84 / 12 / 03 ملف رقم 35026 م . ق 1989 عدد 04، ص 86.

(205) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 84 / 12 / 17 ملف رقم 34767 م . ق 1990 عدد 01، ص 92.

وعليه فإنّ ما نستنتجه من خلال استقراءنا، لسبب التطلاق للعيب، كما نصت به المادة 2/53 أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق بينها، وبين زوجها، إذا وجدت به عيباً، أو مرضاً، مستحكما لا يمكن الشفاء منه، أو يمكن ذلك بعد زمن طويل، ولا يعتبر السكوت رضاً فقد يكون أملاً بالشفاء، بل الذي يسقط حق التفريق، هو الرضا صراحة، أما إذا كان العيب موجوداً في الزوج، ولم يضر بالزوجة فلا يكون ذلك سبباً لطلب التطلاق لانعدام الظلم أو الضرر، فإذا لم يجزم التقرير الطبي، بأن الزوج مصاب بعلّة غير قابلة للشفاء، فلا يصح التفريق الفوري.

ومنه أيضاً فإن التطلاق لا يكون إلاّ بحكم القاضي إذ أن القاضي لا يملك حق التفريق بين الزوجين بما له من ولاية رفع الظلم، ففي حالة العلل، أو العيوب، أو الأمراض، إلاّ بعد إثبات العيب، أو المرض من طرف الزوجة، وفي هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة من الأطباء المختصين في معرفة العيب، ذلك أن العيب المقصود بمعرفته، هو الذي يكون مانعاً في تحقيق الهدف من الزواج، وأن يكون مستحكما لا يمكن الشفاء منه، أو يمكن، ولكن بعد زمن طويل، ولا يمكن المقام معه إلاّ بضرر عام يشمل ضررها وضرر نسلها.

إن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، وذلك من خلال تعرضنا لهذه المسألة، أن المشرع الجزائري لم يفرق بين العيب الجنسي الذي يمنع من الدخول، والذي يعطي للزوجة حق طلب التطلاق، وبين العيوب التي تكون في الزوج، وقت العقد أو يصاب بعده، والتي لا تحول دون تحقيق مقاصد الزواج،⁽²⁰⁶⁾ ولكنها أمراض ضاره أو منفردة، بحيث لا يمكن المقام معها إلاّ بضرر أو فتنة، فإذا كان العيب موجوداً ولم يضر بالزوجة، كقطع ساق الرجل أو يده أو كان أعمى، فلا يكون ذلك سبباً لطلب التطلاق أما إذا حدث العيب، وطلبت الزوجة التطلاق فيستوجب على القاضي في هذه الحالة، أن يؤجل الحكم بالطلاق الى مدة معلومة لا تتجاوز سنة، وفي حالة عدم شفاؤه، ولم تزل العلة بعد تلك المدة المناسبة، فرق القاضي بينهما في الحال.⁽²⁰⁷⁾

الفرع الثالث : الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر :

قبل التطرق إلى سبب التطلاق للهجر في المضجع، لا بد من تحديد المقصود من الهجر.

(206) الأستاذ فضيل سعد . المرجع السابق ص276.

(207) قرار المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 11 84 . / 19 ملف رقم 34784 م . ق 1989 ، 3 ص73.

مفهوم الهجر : ويقصد به، وسيلة من الوسائل التأديبية، يلجأ إليها الزوج في مواجهة زوجته، بهدف تهذيبها، وإرجاعها إلى طاعته.

وهو بهذا يخاطب حاسة أخرى غير العقل، الذي لم تؤثر فيه الموعظة، والنصيحة، هذه الحاسة هي نفسية الزوجة.

وعليه فإن الهجر في المضجع نوع، من أنواع التأديب، شرعه الشارع الحكيم بهدف الإصلاح، وكعقوبة يرجى من ورائها التهذيب للزوجة، حتى تعود إلى رشدتها وطاعة زوجها، والهجر بهذا المعنى محدد، إذ الهجر يكون في المضجع لا غير، وهذا طبقاً لقوله تعالى : ﴿واهجروهن في المضاجع﴾ بأن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش، اشعاراً لها بغضبه، وتعبيراً منه بأنه سلاح الاغراء الذي تملكه المرأة لا يستبعده، ولا يثنيه أو يطويه، وعليها أن تراجع نفسها.

وعليه فقد اتفق الفقهاء على عدم شرعية الهجر عن قصد، وبدون سبب شرعي، وكذا الهجرة لمدة تزيد عن أربعة أشهر، ومن ذلك أيضاً نص المشرع، إنطلاقاً من مبادئ الفقه الإسلامي في صلب المادة 3/53، : **بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر**

وعليه فإذا أساء الزوج إستعماله حق التأديب هذا، فلزوجته أن ترفع أمرها إلى القاضي، وتطلب التطلاق للضرر، الذي يلاحقها من الزوج من جراء هجره إياها.⁽²⁰⁸⁾ ومنه أيضاً أن للهجر في المضجع شروط، تعتبر كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطلاق وهي :

• هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية، والاعراض، عنها وعدم قربانها.

- أن يكون هذا **الهجر عمدياً ومقصوداً لذاته**، وليس له ما يبرره من الناحيتين الشرعية أو القانونية، وهو يسمى بالهجر غير المشروع الذي يتجاوز حدود الحق.

- أن يتجاوز **الهجر الأربعة أشهر متتالية**، والأ يقع أي اتصال، بينهما بين الشهر والآخر، وهذا مما يدل على أن الهجر ليس هدفه الإصلاح، لأنه بهذه المدة فقد التأديب مفهومه الإنساني كوسيلة من وسائل التأديب والتهذيب، لتقويم سلوك الزوجة واعادتها إلى رشدتها محافظة على الحياة الزوجية من التدهور والانحلال.

(208) محكمة تلمسان 18 ديسمبر 1970 طلبت في هذا الحكم من الزواج الرجوع إلى البيت الزوجي الذي هجره وأعطته مهلة أربعة أشهر قبل ايقاع الطلاق.

ومنه أيضا إذا كان الهجر لمبرر قانوني، أو عذر شرعي، مثل وجود الزوج في مكان بعيد لقيام بوظيفته، أو كان في المستشفى، أو كان الهجر تعبيراً عن غضب الزوج، من سلوك زوجته الطائش، أو كان لعدة مرات، وفي أوقات مختلفة ومتفرقة، ففي هذه الحالات لا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها، باعتبار أن المبرر في الحالات أعلاه الهجر فيها شرعي وأسبابه معقولة.

وعليه فإن الزوجة إذا رفعت دعوى تطليق للهجر، فإن القاضي لا يجب عليه سماعها ولا الاستجابة لها إلا بعد تأكده من وجود واقعة الهجر أربعة أشهر، بعد مراعاة العنصر المعنوي المتمثل، في نية الإضرار بالزوجة، مما يستوجب البحث في سبب الهجر، ونية الزوج الحقيقية، فإذا لم يتأكد لديه توفر هذه الشروط، وهذه العناصر كلها مجتمعة، أي بمعنى العنصر المادي اللاشعري، (أو الهجر غير المشروع شرعاً وقانوناً) والعنصر المعنوي، فإنه لا يجوز للقاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق.⁽²⁰⁹⁾

إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن، أن مسألة مهمة تطرق إليها فقهاء الشريعة الإسلامية، وهي ما تعلق بالمقصود والدلالة من الهجر: فهل هي هجر الفراش أو هجر الكلام، حيث جاء في تاج المذهب: ⁽²¹⁰⁾ الهجر إنما هو في المضجع لا في الكلام ولأن هجر الكلام عنه أيضا إذا زاد عن ثلاثة أيام والهجر قد يطول شهراً، ولهذا كان الهجر هجر مضجع لا هجر كلام.

ومنه أيضا أنه جاء في الشرح الكبير: ⁽²¹¹⁾ لقوله عليه ﷺ لما رواه أبو هريرة عنه: لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه، فوق ثلاثة أيام.

وقال الفقيه الخطاب: ⁽²¹²⁾ وغاية الهجر شهر.

ويجب أن يكون الهجر في المضجع طبقاً لقوله تعالى: ﴿واهجروهن في المضاجع﴾ فالخطاب في النص القرآني الكريم أعلاه لم يقل فيه واهجروا مضاجعهن.

وجاء في المذهب: ⁽²¹³⁾ وأما الهجر فهو أن يهجرها في الفراش وفي رأينا أن الهجر هنا ليس مقصوداً في ذاته، بل هو تأديب يعطيه الزوج لزوجته لتعرف أنه جاد فيما هو

(209) قرار المحكمة العليا المؤرخ في 06 نوفمبر 1968 ص 125-127.

(210) التاج المذهب 71 / 2 لأحكام المذهب للقاضي أحمد بن قاسم العنسي اليمني القاهرة ط 1938 مطبعة الحلبي.

(211) الشرح الكبير 167 / 8 للدردير علي مختصر خليل مطبعة المنار - القاهرة.

(212) مواهب الجليل 154 / في شرح مختصر خليل للامام الخطاب محمد بن عبد الرحمان المغربي

(213) المذهب 74 / 2 - المذهب لأبي إسحاق إبراهيم الفيروز بادي الشيرازي مطبعة عيسى الباني سوريا.

فيه، وما بعد هذا إلاّ الفراق، كما أنه امتحان يجتازه الرجل ليعرف ما مدى صبره، وإستطاعته على فرقة زوجته قبل أن يطلقها، إذا ما استمرت في عنادها وتعننتها.

وعليه فإن هجر الزوج لزوجته، وفي فراش واحد، درس وإمتحان يعرف قيمته كل زوج، وزوجة.

إن ما نستخلصه من السبب أعلاه، والمشروع شرعا، وقانونا ما يلي:

- أنه لا يتجاوز الأربعة أشهر، ولو بيوم واحد، حتى يتعذر تطبيق نص المادة 53 الفقرة الثالثة التي جاء فيها، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، فالهجر فوق أو أكثر من هذه المدة، يُخرج هذا الحق عن حدوده مما يصبح الزوج بعدها متعسفا، ويفقد الهجر بعد ذلك قيمته العلاجية والتقويمية، فيرتقي إلى درجة الظلم يستوجب بعدها، تدخل القاضي لرفعه بتطليق الزوجة.⁽²¹⁴⁾

وعليه فإنه في هذا الصدد ما تستوجب الإشارة إليه، أن محكمة النقض المصرية ذهبت في هذا الشأن ما يلي : «للزوجة أن تطلب التفريق إذا ضارها الزوج بأي نوع من أنواع الإيذاء المتعمد، هجر الزوج زوجته ومنها ما تدعوا إليه الحاجة الجنسية كاف وحده للحكم بالتفريق».⁽²¹⁵⁾

- تأخر الزوج، في إرجاع زوجته، الى بيت الزوجية، يمكن اعتباره نوع من أنواع الهجر، يحق بموجبه للزوجة، طلب التطليق.⁽²¹⁶⁾

«أن يكون الهجر تعبيراً، عن غضب الزوج من سلوك زوجته التي تكون قد ارتكبت عملاً فاحشاً⁽²¹⁷⁾ يستوجب تأديبها بهذا النوع من الأساليب».⁽²¹⁸⁾

(214) الدكتور العربي بلحاج - شرح قانون الأسرة الجزائري ص 299.

(215) طعن رقم 163 لسنة 59 أحوال شخصية» جلسة 1992. / 05 / 19 ذكره المؤلف د. بكري محمد عزمي في مرجعه (موسوعة الفقه والقضاء ص 842.

(216) المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية) ملف رقم 50519 مؤرخ في 1988 / 09 / 26 م.ق لسنة 1992 العدد 02 ص 48.

(217) التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا رسالة ماجستير نوقشت في الموسم الجامعي 2003 / 2002 الكلية الحقوق جامعة الجزائر للطالبة / البريد عيسات تحت إشراف الدكتور عمر بلمامي ، جامعة فرحات عباس سطيف.

(218) لم أتعرض في هذا الفرع الى المقارنة بين الهجر والايلاء ذلك أن الهجر في المضجع المشار إليه في قانون الأسرة لا يفيد هذا المعنى بل هو هجر بدون قسم أو حلف .بينما الايلاء يمين أو قسم على عدم الاقتراب من الزوجة وترك جماعها .والهجر في المضجع يمنح الزوجة حق التطليق ويعتبر تأديبا لرفع الضرر ولا يشترط فيه توفر نية الاضرار بالزوجة بل يجوز للزوجة طلب التطليق إذا تواجد الهجر الحقيقي ولمدة أكثر من 04 أشهر، بينما الايلاء يشترط في هدفه الاضرار بالزوجة أما إذا كان الهدف منه الاصلاح والتأديب مثل أن يحلف الزوج أن لا يعاشر زوجته حتى تشفى أي انتفاء نية الاضرار بالزوجة وعليه فإن حرمة الايلاء ناشئة من أنه إضرار بالزوجة بسبب هجرها وترك ما هو من لوازم الطباع البشرية، والسبب في بقاء النوع الإنساني .والمشروع الجزائري في هذا الصدد أهمل الايلاء من نصوصه لأنه رآه يمينا معلقا على شرط فأبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع، وباعتباره من الطلاق المعلق على شرط أو المضاف الى زمن المستقبل.

الفرع الرابع : الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

لقد نص المشرع في المادة 53 الفقرة الرابعة من قانون الأسرة على أنه : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة، فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

وعليه فما نلاحظه من خلال إستقراءنا، لنص الفقرة من المادة أعلاه، أنها حددت بكل دقة الشروط الواجب توافرها، في هذه الحالة حتى يحق للزوجة طلب التطليق وهذه الشروط هي :

1. **صدر حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي به**، بحيث لم يعد يخضع لأي طريق من طرف الطعن، فلا يكفي مجرد الحكم بادانته، ولا يكفي مجرد صدور الحكم بل لا بد أن يحوز قوة الشيء المقضي فيه.

2. أن تكون العقوبة مقيدة للحرية، أي تتضمن عقوبة بدنية كالسجن، أو الحبس فإذا كانت العقوبة بالحبس مع وقف التنفيذ، أو الوضع تحت الحراسة، أو الحكم بالغرامة المالية، أو الحرمان من الحقوق السياسية، أو كانت العقوبة متصلة بالحياة التجارية، كعقوبة الافلاس ... فإنه لا يجوز للزوجة في مثل هذه الحالات أن تطلب التطليق.

3. أن تكون العقوبة المقيدة للحرية أكثر من سنة، مما يفيد أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بالتطليق إذا كانت أقل من ذلك.

4. أن تكون العقوبة المحكوم بها على الزوج بحكم قضائي، عقوبة مشينة أي من العقوبات التي يتقزز منها المجتمع، ويشمئز من دنائتها .ومنافية لأخلاقه مثل عقوبة الاعتداء علي العرض، واغتصاب الفتيات، والاحتيال.

وعليه فإن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الشرط في صلب المادة أعلاه وصف الفعل بالشائن، حيث إعتد المشرع في هذا الصدد على معيار أخلاقي من وجهة القانون والتشريع الاسلامي⁽²¹⁹⁾ وهذا ما يتضح من قول المشرع أن تكون العقوبة : **فيها مساس بالشرف** كعقوبة جريمة الزنا، أو جريمة الإغتصاب، أو جريمة الفحش. إذ المقصود بالأسرة في صلب النص أسرة الزوجين وأقاربهما بموجب المادة 02 من قانون الأسرة.

(219) رسالة ماجستير بعنوان، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية، في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، تحت إشراف

5. أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية، وتعذر الاستمرار في الرابطة الزوجية، مما يفيد من أن هذا الحكم سبب توتراً في العلاقات بين الزوجين بعد أن كانت المحبة والمودة تضيفان على العلاقة فتصبح الكراهية والبغض بينهما والتي تنتج هذه الأخيرة خلافات حادة، ومستحكمة تحول راحتها الى فتنة، والسعادة تمسي نقيضاً، فمن هي الزوجة التي تقبل بزواج يقوم بأمور منهي عنها بقوة الشرع، (كالزنا، اللواط) ... أي زوجة تقبل الاعتداء على كرامتها هذه التي يشوبها الإضطراب والفتنة تبقى مستمرة، فإن تواجد هذه الأسباب هي كافية لتبرير تطليقها.

وعليه فقد ذهبت المحكمة العليا في إحدى إجتهاداتها لهذه الحالة ما يلي : إن التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها لصفة صارت علاقتها الزوجية أمراً مستحيلاً، هي أسباب كافية لتبرير تطليقها.⁽²²⁰⁾

كما جاء في إجتهاداتها أيضاً في هذا الصدد، على أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توفرت أسبابه، ومعلوم أن هذه الأسباب أشار إليها تشريع الأسرة في صلب المادة 53 الفقرة 4 منها. وعليه فقد جاء في الإجتهد القضائي ما يلي : من المقرر قانون أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توفرت أسبابه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون بانعدام الأسباب ومخالفة القانون ليس في محله، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته وقف موقفاً سلباً فإن المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن.⁽²²¹⁾

وعليه فإن ما تجدر الإشارة إليه في هذا اصدد أن فقدان هذه الشروط المذكورة أعلاه يحرم الزوجة قانوناً من ممارسة حق طلب التطليق طبقاً للفقرة 04 من قانون الأسرة إلا أن ما يلفت الإنتباه له في هذا الصدد أن التطليق كحق خول التشريع للزوجة جعله أيضاً يخضع للسلطة التقديرية للقاضي هذا الأخير الذي يستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب في قضية الحال لقبول الطلب، أو رفضه.

الفرع الخامس : الغياب

لقد نص المشرع في المادة 5/53 من قانون الأسرة : على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفق، ويتضح من هذا النص، أنه يجب أن تمضي على غيبة الزوج سنة كاملة بدون عذر مقبول شرعاً.

(220) المحكمة العليا (غ.ش) قرار مؤرخ في 02 / 13 / 1986 ملف رقم (39025 موسوعة القضاء الجزائري).
(221) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 09 / 26 / 1986 ملف رقم 50519 م. ق، العام 1992 العدد 02 - ص 48 ومأخوذ من (س.د.ي) موسوعة القضاء الجزائري.

وعليه لقد عرف المشرع الغائب في المادة 110 من قانون الأسرة ما يلي : الغائب هو الذي منعت ظروف قاهرة من الرجوع الى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة مدة سنة وتسبب في غيابه ضرر الغير يعتبر كالمفقود.

كما نص نفس القانون في المادة : 112 على أنه يحق لزوجة الغائب، أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون وعليه فإن غياب الزوج يجب أن يكون مقبول شرعا وهو إما أن يكون الغرض منه سليما، كالسفر لطلب العلم أو لأجل تجارة، أو عمل.

ومن أجل ذلك إعتبر فقهاء الشريعة الاسلامية، غياب الزوج عن زوجته، دون مبرر شرعي، هو نوع من أنواع الضرر الذي يقع بها، إذ أن وقوع الضرر مخالف للقاعدة الأصولية في الفقه الاسلامي **لا ضرر ولا ضرار** ذلك أن المعاشرة بالمعروف، والإمسك بالإحسان، هو تكريس للعمل بموجب قوله تعالى : **﴿ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن﴾** وعليه فإن الضرر - الذي يقع على الزوجة - كما يكون بالفعل المادي، يكون أيضا بالوقوف منها، موقفا سلبيا، يتنافر مع حسن العشرة، ويدعو الى الفتنة اليه ليحضر أو ترحل اليه إمرأته، لحقها في أن تكون معه، ولا يغيب عنها المدة التي تخاف على نفسها فيها الزنى.⁽²²²⁾

إن ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد، وهو أن الفقه المالكي قد نص على ضرورة إعلام الزوج، وإنذاره بالعودة والأطلاق زوجته، فإذا كان معلوم المكان، ولم يجب طلق القاضي عليه، بلا عذر، وهذا ما ذهبت إليه التشريعات العربية الآتية:

1. المشرع المغربي في المادة 2/47 من مدونة الأسرة،

2. المشرع المصري في المادة 13 من قانون 1929/2

3. المشرع الكويتي في المادة 137 من قانون الأحوال الشخصية.

وقياسا على هذا المذهب فإن مناط التطلاق بين الزوجين للغياب : **هو الضرر الذي يصيب الزوجة من جراء ذلك.**

قيود الغياب في تشريع 11 / 84 والمعدل والمتمم 09 / 05

إنه من خلال إستقراءنا للفقرة 5 من المادة 53 وتحليل مبسط يتضح أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بالتطلاق من زوجها الغائب إلا إذا توفرت قيود وهي :

(222) د. أحمد نصر الجندي الطلاق والتطلاق وأثارهما ط 2004 دار الكتب القانونية ص 330 وما بعدها.

التقيد الأول :

أن يتغيب الزوج عنها غيبة طويلة، تفوق السنة، بدون عذر و لا نفقة، ويجري حسابها عند الفقهاء⁽²²³⁾ المسلمين بالسنة القمرية، بينما القانون لم يجد ذلك، وعليه أخذ القانون الجزائري في المادة 53 من التشريع في هذه المسألة بما أخذ به الجمهور من الفقهاء المالكية والأحناف .

وعليه فإن المقصود بغيبة الزوج في هذا الشرط هو غيابه عن زوجته بالاقامة في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة.

التقيد الثاني :

أن تكون غيبة الزوج دون عذر شرعي، وعقلي، مقبول، كأن يسافر ولم يعد فيعتبر في هذه الحالة مهمل لعائلته ومخلًا بالتزاماته، أما إذا كان الغياب لسنة أو أكثر من أجل طلب العلم أو أداء خدمة عامة أو ما شابه ذلك من أسباب شرعية مقبولة، فلا حق لها في طلب التطلاق للغياب، بحيث يمكن لأهل الزوج إثبات شرعية غياب المدعى عليه، وبالتالي فالقاضي عند التأكد، والتثبت من شرعية سبب الغياب، فلا يجيب لطلب الزوجة ولو مضت سنة، إذ أن المنطق، والعادة، والاخلاق تقرر أن الزوجة تتقاسم أعباء الحياة وأتعابها مع زوجها فتحمل عناء الغربة كما يتحملها وتصبر للضرر الذي يسمح بفرض زوجها ويبقى على وجه التخصيص تقدير الغدر متروك لقاضي الموضوع.

التقيد الثالث :

غياب الزوج بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، ولم يترك مالا لزوجته تنفقه على نفسها وعلى أولادها، فهذه مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي حيث يتأكد منها بكل الطرق والوسائل وينظر إلى الأسباب التي دفعته إلى الغياب ووضعيتها التي أصبح فيها خلال مدة الغياب.

أما في حالة ملكية الزوج للأموال دون أن يترك للزوجة ما تنفقه، فإن القاضي متى رفعت إليه الزوجة طلب التطلاق 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 بالنفاد المعجل.⁽²²⁴⁾

(223) الفقهاء الذين حددوا السنة هو مذهب الامام مالك (224) د. الطاهر جواد المكي. مقال بعنوان «الأحكام ذات النفاذ المعجل» نشر بمجلة الحق ، والقانون لجامعة أم درمان السودان، الخرطوم العدد 10 من سنة 1978.

وعليه ما يستوجب إستنتاجه في الطلاق للغياب بعد سنة، أن القانون أجاز بعض الحالات للزوجة، أين لها الحق في أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها، وتضمنتها الفقرة 05 من المادة 53 من قانون الأسرة (حالة الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة).

وعليه فقد استقرت أحكام هذا النص على قيود ثلاث لا بد من توفرها وهي :

1. أن يتغيب الزوج عن زوجته غيبة طويلة، تفوق السنة ابتداء من يوم غيابه الى يوم رفع الدعوى عليه.

2. أن يكون هذا الغياب، وقع من الزوج دون عذر شرعي، وعقلاني مقبول.

3. عدم ترك مالا لغرض الانفاق على الزوجة، أو أولادها.

وعليه ما تجدر الإشارة اليه، وهو ينبغي أن نفرق بين أحكام نص المادة 53 الفقرة 05 وبين أحكام المادة 112 من نفس القانون و المعدل و المتمم، ما تعلق بوضعية الغائب والمفقود.

و منه أيضاً أن المادة 110 من قانون 11 / 84 و المعدل و المتمم كان مفهومها واضحة في تعريفها للغائب أي «الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع الى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه...» .

وعليه فتكون المادة 112 من القانون أعلاه قد حولت الحق للزوجة في طلب التطليق للغياب، من جراء الضرر الذي لحقها إذا توفرت الشروط القانونية للغياب.

وعليه فإن طلب التطليق إستناداً الى الفقرة 05 السالف ذكرها سببه معاقبة الزوج عن فعل الإضرار بزوجه، بينما التطليق إستناداً الى نص المادة 112 سببه دفع الضرر عن الزوجة، وليس حمايتها من الإضرار بها ومن هنا يظهر لنا الفرق جليا بينهما من حيث الأحكام ومن حيث معيار ضابط إختلاف السبب، رغم ما يوجد بينهما من اتحاد في النتيجة وتوحيد في الاجراء بالاضافة الى أن الحالة الأولى تقتضيها أن يكون الزوج معلوم المكان والوجود، ومحقق أمر حياته، في حين أن الحالة الثانية تفترض أنه لا يعرف مكانه ولا يعرف أنه ميت أو ما يزال علي قيد الحياة .وعليه فيعتبر نص المادة 112 في هذه الحالة نص إحالة.

الفرع السادس : التطليق للضرر المعتبر شرعا :

تنص المادة 53 من التشريع ، على ما يلي : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية ... كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه.

وعليه إنه من خلال استقراءنا لنص المادة أعلاه يتبين لنا أن المشرع قد توسع في مفهوم الضرر الذي يصيب الزوجة، وهو الذي يؤدي إلى النزاع والشقاق بين الزوجين سواء كان هذا الضرر ناتجا عن قول، أو فعل أو عن تصرف سلوك سلبي أو إيجابي من الزوج.

فقد يكون الخلاف والشقاق بين الزوجين راجع لنشوز الزوجة وعدم طاعتها كما قد يكون بسبب تصرف الزوجين، دون معرفة المتسبب منهما فيه.

وعليه فإن قانون الأسرة حينما عالج مسألة الطلاق للضرر، منح الزوجة حق طلب التطلاق، بسببه ذلك أن درجة هذا الضرر معتبرة شرعا لما فيه من اضرار للزوجة، وإساءة الزوج في إستعمال حقه، خاصة إذا خالف الزوج في هذه الحالة أحكام المادة 8، و 37.

إنَّه لما كان الضرر هو مساس بحق الزوجة، حتى شعرت باساءة الزوج في استعمال حقه مما رتب من هذا التصرف ضرر معتبر شرعا، مما إستوجب على المشرع ورود عبارة «كل ضرر معتبر شرعا في صلب نص المادة أعلاه.

وهو بهذا يكون أمراً حسناً نظرا الى أن ما يعتبر فيه ضرر للزوجة، قد لا يكون كذلك بالنسبة الى أخرى، حيث أن القواعد العامة في الشريعة الاسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر.

وعلى وجه العموم، فإنه يجوز للزوجة التي تزعم أن زوجها قد قام بعمل تُجاهها نتج عنه ضرر لها، أو في إهانتها، أو في عدم القيام بواجبه، نحوها أن تقوم برفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم بتطليقها دفعا للضرر، الذي حلَّ بها، وعليها هي بصفتها مدعية أن تثبت الضرر بكل الطرق القانونية الممكنة، وعلى القضاء أن يقدر بعناية، واهتمام، ما تزعمه من ضرر، وإذا إستطاعت أن تقنع القاضي بما لحقها من ضرر، أن تقدم بين يديه كل الحجج والأدلة المؤيدة لذلك.

الفرع السابع : التطلاق لإرتكاب فاحشة مبينة :

لقد نص المشرع في الفقرة 07 من المادة 53 على أنه : يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لإرتكاب زوجها فاحشة مبينة. باعتبارها حالة أو سبب من أسباب التطلاق.

وعليه قبل التطرق الى تفصيل هذا السبب لا بد من تحديد مفهوم الفاحشة، إنه من الصعب التحديد بدقة لمفهوم الفاحشة ولكن يمكن حصر مفهومها من خلال المدلول اللغوي كما شاع الاستعمال فيه وجرى بها عرف اللسان العام .وبالضبط كما استعمله

القرآن الكريم، حيث جاء في أشهر معاجم اللغة العربية :⁽²²⁵⁾ يقصد بالفاحش إذا جاوز وزاد الحد المعقول من الأمور، فيقال لغة رجل فاحش، أي معتد في القول. ويقال خسارة فاحشة أي كبيرة، أو غبن فاحش أي جاوزت الزيادة ما يعتاد مثله، فأمر فاحش إذا زاد عن الحد .

وجاء في القرآن الكريم آيات عديدة، تصور الفاحشة في المسائل التي تـخل بالسلوك، والأنظمة العامة إخلالاً كبيراً.

مثل قوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّنى إِنَّه كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ وقوله سبحانه وتعالى : ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ، وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾⁽²²⁶⁾، وقوله سبحانه : ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّه كَانَ فَاحِشَةً﴾⁽²²⁷⁾، وقوله سبحانه : ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطُنَ﴾، وهناك العديد من الآيات القرآنية التي ذكرت الفاحشة منها الآيات 14، 15، 18، 21، 24 من سورة النساء.

وعليه فإن المشرع قصد بالفاحشة في الفقرة 7 من المادة 53 من قانون 11 / 84 ، : هو فعل الزنا مما يمس بالأمانة الزوجية، وبكرامة الزوجة وكل فحش من الأفعال كتناول أم الخبائث الخمر، والاعتداء على قاصرة، أو الشرك بالله، أو الردة، وكل فعل مخل بالأداب بصفة خطيرة، ومما يتنافى ومقتضيات العقل السليم، وإرادة المجتمع ففي كل هذه الحالات إذا توفرت وتبين للزوجة أو ثبت لها أن زوجها قد إرتكب فاحشة بهذا المعنى يجوز لها أن ترفع الأمر إلى القضاء وتطلب التطلاق مرفقة الى المحكمة بالأدلة والحجج ما يكفي لإثبات فعل الفاحشة، وجعل القاضي يقتنع بذلك، فإذا اثبت إرتكاب الفاحشة وكان الفعل فيها إخلالاً جسيماً وخطيراً يؤدي الى استحالة إستمرار المعيشة المشتركة بين الزوجين، وللقاضي السلطة التقديرية⁽²²⁸⁾ والموضوعية في هذا الشأن.

وعليه فإن ما تجدر الإشارة اليه في هذا الصدد، أن المشرع ذكر أيضاً على سبيل الحصر - الفاحشة في قانون العقوبات⁽²²⁹⁾ في المادة 337 مكرر ومن ثمة فذكره للفاحشة

(225) معجم لسان العرب لابن منظور المرجع السابق ، أساس البلاغة للزمخشري المرجع السابق، الفيروز أبادي، القاموس المحيط دار الفكر لبنان

(226) سورة النساء الآية 32 ،

(227) سورة النساء الآية 22.

(228) يستوجب على القاضي تقدير الفعل هل هو فاحش أو غير فاحش حيث يعتمد على عناصر أساسية وهي العاقل السليم، نظرة الدين الى الفعل، الارادة الاجتماعية العامة.

(229) قانون العقوبات المادة 337 مكرر «تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

1- الأقارب من الفروع أو الأصول. 2- الاخوات والأخوات الأشقاء من الأب أو الأم. 3- بين شخص وابن أحد إخواته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع فروع.

في قانون الأسرة، في المادة 7/53 جاء ليهدف الى تطهير الأسرة باعتبارها اللبنة الأساسية والخلية الأولى في المجتمع والتربية الحسنة، وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية، كما نص على ذلك في المادة 02، و 03 من قانون 11 / 84 ، فهو بهذا لم يكرر النصوص القانونية كما جاء في بعض الدراسات⁽²³⁰⁾ التي إنتقدت المشرع بقولها : **كان يجب على المشرع أن يراعي الانسجام، وعدم التكرار بين مختلف النصوص القانونية باعتبار كل من الأسرة، وقانون العقوبات، قد صدرا عن نفس المشرع، فمما لا شك فيه أن المشرع عندما كان يصوغ المادة 7/53 من قانون الأسرة، فلم يكن يخص عنه ما ذكره في المادة 337 مكرراً من قانون العقوبات .**

وعليه فإنه في نظري أن المشرع وهو يصوغ المادة 07/53 كان يدرك ما مدى علاقة قانون الأسرة بقانون العقوبات ذلك أن قانون الأسرة باعتباره يتضمن قواعد أساسية لبناء هرم الأسرة الجزائية، ولضمان إستقرارها وتقوية أواصر المحبة والتعاون بين أفرادها، وقانون العقوبات باعتباره هو الآخر يتضمن ضوابط معينة، وقواعد صلبة تهدف إلى ضمان حماية الأسرة، من كل انحراف، واستقرارها، ودوام ترابط إنسجام اعضائها، من خلال المواد 332 / 337 وهو يهدف الى ذلك لغرض تنظيف حياة الأسرة وتنظيمها، فكل فعل تستنكره القيم الاسلامية، والأخلاقية يكون فاحشاً يبيح للزوجة أن تطلب التطلق بناءً عليه وفي كل الحالات فإن للقضاء السلطة التقديرية لاثبات هذه الافعال بكل الوسائل القانونية والاثباتية.

وعليه فالسؤال الذي يستوجب طرحه في هذا الشأن وهو :

هل جريمة الزنا تعتبر ضمن الفواحش في تقنين العقوبات الجزائري، وفي حالة ما إذا عرضت المسألة على القضاء فما هو النص الواجب التطبيق ؟

إنه قبل تناولنا الإجابة عن هذا التساؤل : يتطلب منا تحديد مفهوم الزنا، إذ تُعرّف الزنا لغة :أنها الفجور، والبغي، والزنا تكتب في اللغة بالمد، والقصر، حيث كان أهل الحجاز يقصرونها (زنى) وبنى تميم يمدونها (زنا)، ومنها زنى، يزني، والمرأة تزني (أي تبغي⁽²³¹⁾)، وفي إصطلاح الشرع : هو وطء الرجل المرأة في القبل بغير⁽²³²⁾ ملك وشبهته، وعرفها الامام مالك : هو إنتهاك الفرج المحرم بالوطء، في غير الملك أو شبهته.

(230) رسالة ماجستير بعنوان : طبيعة الأحكام بانهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها .مرجع سابق ص54.

(231) تاج العروس مادة زنى ج 10 ، ص 156 ، لسان العرب مادة زنى ج 14 ص359.)

(232) الكساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع / الناشر دار الكتاب العربي ، لبنان 1982 ج 7 ص 37 الخطاب / مواهب الجليل شرح المختصر خليل ط 2 ص 290 ، ج 6. 1978.

وعليه فإن الزنا تعتبر من أبشع الجرائم في الفقه الاسلامي، والتي ترتكب ضد الشرف، والأخلاق، والفضيلة، والكرامة ولذلك اهتم الشارع الحكيم بها إهتماماً كبيراً صونا للروابط الأسرية، وحسناً فعلَ المشرع حينما استعمل عبارة الفاحشة المبينة.

وعليه إذا تمعن النظر في تقنين العقوبات الجزائري بموجب المادة 339 من قانون العقوبات فإن المشرع قد نص على الآتي : يقضي بالحبس من سنة الى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة الى سنتين، وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته، ولا تتخذ الإجراءات، إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يوضع حداً لكل متابعة. كما تنص المادة 331 من نفس القانون أعلاه على أن : «الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي، يحرر أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما باقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم وإما باقرار قضائي.

وعليه فما نلخصه من خلال إستقراءنا للنصين أعلاه، نجد أن نظرة المشرع الجزائري للزنا يختلف عنها عن الشريعة الاسلامية وهو بهذا قد أخذ أحكام الزنا من القانون الفرنسي حيث تأثر قانون العقوبات الجزائري لعام 1966 بقانون العقوبات الفرنسي لعام 1910.

وأنا لأريد هنا أن أغوص، في هذه الجزئية من البحث، في مجال جزائي متشعب، ولكن ما يلفت الانتباه له أن الجريمة في هذه الحالة تقوم ولورضيت الزوجة⁽²³³⁾ فالرضا في هذا الصدد لا يبيح الزنا، لأنه مخالف للنظام العام.

وعليه فما هو القانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا اعتبرت الزنا من الفواحش.

إنه بموجب ما ورد في أحكام المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على ما يلي : «يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وعليه وطبقاً لهذا النص، فإن القاضي ملزم بتطبيق القانون، ولا يمكن أن يذهب الى البحث في الشريعة الإسلامية لتحديد ما يعتبر من الفواحش فقد تولى قانون العقوبات هذه المسألة.

(233) د. محمد صبحي نجم - شرح قانون العقوبات الجزائري ص 91.

ومن المتفق عليه أن هناك سلوك يفرضه علينا المجتمع الذي نعيش فيه وتفرضها علينا الشريعة الإسلامية من جهة أخرى، وكذا العادات والتقاليد، فإذا ارتكب الزوج فاحشة كأن انحرف عن السلوك المعتادة وخالف قواعد الآداب والأخلاق، حق للزوجة مقاضاته والمطالبة بتطليقها منه، وما على الجهة القضائية عملاً بالسلطة التقديرية البث في طلبها وذلك بعد التأكد من إرتكاب الزوج الفاحشة.⁽²³⁴⁾

إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن المشرع قد خص جريمة الفاحشة بحكم خاص، فلم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية ولمدة أكثر من سنة، بل إشتراط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش، مهما كانت العقوبة ولو لمدة أقل من سنة، ولو كانت غير سالبة للحرية، فيحق للزوجة أن تطلب التطليق، والمشرع بهذا كانت فلسفته، تهدف إلى إقامة التوازن بين الحقوق العائلية، والتوفيق فيما بينهما، فمنح الطلاق للزوج (بموجب المادة 48 قانون الأسرة)، ووضع عليه من القيود ما يكفل عدم ايقاعه إلا عند تفاقم الأمر، وإشتداد الخلاف (بموجب المواد 49، 52، و 56 قانون الأسرة)، كما أنه أعطى للزوجة حق التطليق بحكم القاضي (المادة 53 قانون الأسرة).

وعليه فالتطليق لإرتكاب فاحشة مبينة تطرقت إليه أيضاً بعض التشريعات العربية ومنها على سبيل المثال.

موقف بعض التشريعات العربية من الفاحشة المبينة :

لقد أطلق المشرع المصري على الفاحشة المبينة تسمية «الضرر المسوغ للتفريق» ، ومنه أن يتهم الزوج زوجته بالزنا، إذ يعتبر التشريع المصري هذا الإتهام ضرراً، حيث جاء في حكم لمحكمة بني سويف⁽²³⁵⁾ ما يلي : «إذا رمى الزوج زوجته بالزنا علناً وبصفة رسمية، وظهرت براءتها منه بحكم قضائي، كان ذلك اضراً بها يستوجب طلاقها منه متى طلبته مهما كانت طبقتها.

ومنه أيضاً ذهب التشريع المصري في هذا المعنى في حكم له صدر من محكمة بنها الابتدائية⁽²³⁶⁾ ما يلي : إذا استقر في نفس الزوج أن زوجته زانية، وأنها تسلك سبيل البغايا وأصر على توجيه هذا القول إليها، وعلى اعتدائه عليها بالضرب فإنه يصبح من غير المستطاع دوام العشرة بينهما ويتعين الحكم للزوجة بالطلاق للضرر عملاً بالمادة 06 من القانون 25 لسنة 1929.

(234) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 10 / 10 / 1968 ن.س 1968 ص 121 ، 12 / 12 / 1979 رقم 24-20841.

(235) محكمة بني سويف الكلية الشرعية من تاريخ 04 / 04 / 1954 مأخوذ من مجلة المحاماة س 24 ع 7 ص 376.

(236) محكمة بنها الابتدائية 1956. 16 / 12 /

ومنه إجتهد محكمة النقض المصرية ما يلي :« طلب الزوجة التطلق للضرر، مناة ثبوت الضرر بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين»⁽²³⁷⁾.

- التطلق للضرر شرطه وقوع ضرر من جانب الزوج دون زوجته وإستحالة العشرة بينهما.⁽²³⁸⁾

وعليه فما تجدر الإشارة اليه في هذا الشأن، أن حق التطلق يكون بموجب أسباب جدية، وكل ضرر يلحقها، وبهذا عملت الشريعة الاسلامية الغراء، إذ أباحت حق التطلق عن طريق رفع دعوى قضائية، في حالات عديدة، كما كرس المشرع العمل بها كقانون واجب التطبيق في هذا الصدد وهذا ما بينته المادة 53 بفقراتها السبعة.

ومنه ما نلاحظه أيضا أن الحكم بالتطلق جبراً لا يجوز قانوناً ولا شرعاً، إذا كان غير قائماً على أحد الأسباب الموجبة لإثباته شرعاً⁽²³⁹⁾، فلا يسوغ قانوناً⁽²⁴⁰⁾ أن تطلب الزوجة التطلق، أو تحصل عليه، إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير، والمستمر الذي لحقها من زوجها.⁽²⁴¹⁾

المطلب الثاني : معيار الدفع بالضرر وموقف القضاء من إثباته

ما هو معيار الضرر، وما موقف القضاء من إثباته ؟

يقصد بمعيار الضرر : هو ما لا يجوز شرعاً القيام به في الحياة الزوجية، باعتبار أن غايتها المودة والرحمة ومن مقاصدها التناسل، وتكوين الأسرة، ومن أمثلته على سبيل الحصر: سب الزوجة، وسب أبيها، بالألفاظ الدائرة على السنة الناس، وكل ما هو معتبر شرعاً.

وعليه فقد جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد المواد 108/113 ما يلي : التطلق للضرر، والشقاق بين الزوجين، قال به الامام مالك، وهو أصح القولين عند الحنابلة، وأصبح هو السائد، في قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في كثير من البلاد العربي.

(237) طعن رقم 17 السنة 58 قضائية «أحوال شخصية» جلسة تاريخ 1991. / 01 / 16

(238) طعن رقم 34 السنة 58 قضائية «أحوال شخصية» جلسة تاريخ 1989. / 12 / 26

(239) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1985 / 03 / 25 م.ق 1990، ص 50، 1987. / 12 / 07

(240) د. بلحاج العربي - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ص 305 ما بعدها طبعة 2002.

(241) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1984 / 12 / 17 م.ق 1990، ص 82.

ذلك أن الحياة الزوجية، تصبح بالشقاق، والنزاع المستحكم، جحيما وبلاءً، والشقاق بين الزوجين مَجْلَبَةٌ لأضرار كبيرة، لا يقتصر أثرها على الزوجين فقط بل يتعداهما الى ما خلق الله بينهما، من ذرية، والى كثير، ممن له بهما علاقة قرابة، أو مصاهرة إذ الضرر يزال بموجب قوله تعالى في نص القرآن الكريم.

. وإن خفتهم شقاق بينهما فأبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق

الله بينهما، إن الله كان عليما خبيراً .⁽²⁴²⁾

وعليه فقد أخذت لجنة مشروع القانون العربي الموحد⁽²⁴³⁾ للأحوال الشخصية حيث قررت في الفقرة -أ- من المادة 108، ما يلي : أنه يحق لكل من الزوجين طلب التطليق للضرر، الذي يتعذر معه دوام العشرة بينهما، فلكل من الزوجين الحق في طلب التطليق، للضرر المشار اليه».

ومنه أيضا ما يعتبر الضرر فيه معتبر شرعا على ضوء نص المشرع الجزائري في المادة 53 / 10 إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها، بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما، وثبت ما أدعته من الضرر، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه، كما يكون كذلك اذا لم يوفر الزوج السكن اللائق الشرعي⁽²⁴⁴⁾ وأهمل النفقة الشرعية⁽²⁴⁵⁾ أو أساء معاشرته الزوجة⁽²⁴⁶⁾ عن طريق إهانة خطيرة أو جسيمة أو قساوة المعاملة⁽²⁴⁷⁾ أو أنه ترك البيت الزوجي⁽²⁴⁸⁾ أو تهرب من الواجبات الزوجية بدون سبب شرعي.

وعليه فما نلاحظه من خلال عرض المادة 53 / 10 أن المشرع لم يتقيد بضرر معين، تاركا للقاضي سلطة تقدير الضرر في مثل هذه القضايا، بكل موضوعية وبدون أي قيد ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقديره⁽²⁴⁹⁾ وعليه فإن الضابط في معيار الضرر هو

(242) سورة النساء الآية 35.

(243) وثائق الدورة الثالثة لمجلس وزراء العدل العرب في إطار مشروع قانون عربي موحد للأحوال الشخصية جـ 1 ص 179 وما بعدها (البند الثاني من مشروع جدول الأعمال، الرباط، المغرب 22، 25 أبريل من سنة 1985).

(244) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 12 / 12 / 1968 م.أ.ق، وزارة العدل جـ 1 ص 79 مكرر، مجلس تلمسان 16 مارس 1967 م.ج. 1968، عدد 4 ص 1221.

(245) المحكمة العليا، 15 ديسمبر 1980، رقم 21803 ن.ق. 1981، 2.

(246) محكمة إستئناف تونس، 1966 / 07 / 14 م.ت.ق. 1968، قضاء، ص 99.

(274) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 12 / 12 / 1968 م.أ.ق، مذكور سابقا، 5 ماي 1986 ملف رقم 40934 غير منشور 12 جانفي 1987 م، ق 1، 1991، ص 46.

(248) المحكمة العليا (غ.ج)، 1970 / 03 / 24، م.ج. 1971 جوان ص 555 يجب على الزوجة أن تثبت الضرر الذي لحقها من زوجها وإسائه لها وأن يكون هذا الضرر خطير ومستمر ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية المحكمة العليا ع. أ. ش 1984 / 12 / 17 ملف رقم (34767 غير منشور).

(249) المحكمة العليا (غ.أ.ش) قرار مؤرخ في 05 مارس 1986، ملف رقم (41703 غير منشور، 22 سبتمبر 1988 م.ق. 1992، 2، ص 48.

الضرر الذي ينشأ خلافات وكرهية بين الزوجين، الذي يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية، إذ أن القضاء لا يحكم للزوجة إلا إذا أثبت ذلك وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها.⁽²⁵⁰⁾

إن الزوجة لا تطلق جبراً على زوجها، إلا إذا أثبت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ولا يعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها، سبباً لتطليقها منه، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي يستوجب النقض للقرار الذي يقضي بتطليق الزوجة الذي تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها، ومنه أيضاً ما قرره في قرارها⁽²⁵¹⁾ الآتي ذكره: من المقرر شرعاً أن تطليق المرأة على زوجها، من غير أن تأتي بأسباب شرعية، التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج، تقبل شرعاً يعد خرقاً للقواعد الشرعية، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها، أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل، فإن قضية المجلس بالغائهم الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية وحكموا دون دليل، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه.

ونحن بصدد الحديث عن الضرر من التعرض لطرق اثباته، ذلك أن ثبوت الضرر عند فقهاء المالكية يكون بالبنية ويكفي فيها مجرد السماع الشائع بين الرجال والنساء في أن الزوج يضار زوجته، ولا يشترطون أن تكون البينة على علم بالضرر الذي حدث بين الزوجين ويكفي أن يقال سمعنا سماعاً مستفيضاً على السنة النساء والخدم والجيران⁽²⁵²⁾، ومنه أيضاً يكون الإثبات بالاقرار بل صرح المالكية بالاكْتفاء بقرائن الأحوال فقد جاء في رسالة ابن أبي زيد القيرواني⁽²⁵³⁾ في هذا الصدد ما يلي: «للمرأة التطليق بالضرر الثابت ولو بقرائن الأحوال».

وعليه فإن ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد أن المقصود بثبوت الضرر عند فقهاء المالكية⁽²⁵⁴⁾ هو ما ثبت بالبينة عند القاضي، بحيث أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته، ولو كان الضرر مرة واحدة.

(250) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 1985 / 02 / 25 ملف رقم 35891 م.ق عدد 1-1989.

(251) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 1987 / 01 / 12 ملف رقم 43864 م.ق ع 1-1991.

(252) الخطاب مواهب الجليل ج 4 ص 33 وما بعدها.

(253) الأستاذ المحقق الشيخ عبد السميع الابي الأزهرى، في التمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ص 326 وما بعدها، الناشر، على نفقة الحاج عبد الله اليسار التيجاني - نيجيريا دار الفكر للطباعة، والنشر، والتوزيع، بيروت لبنان.

(254) الخطاب، مواهب الجليل 17 / 4

وفي هذا الشأن قال الامام الخرشي :⁽²⁵⁵⁾ المشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة، وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة، لخبر **لا ضرر ولا ضرار**... ومن الضرر قطع كلامه عنها، وتحويل وجهه عنها، وضربها ضرباً مؤلماً.

وعليه فعلى الزوجة إذا دعت أن زوجها يضربها، أو يشتمها، أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها، ولا يستطيع معها دوام العشرة، أو يقطع كلامها أو يحول وجهها عنها، أو يهجرها في الفراش أو يؤثر امرأة عليها في الكلام أو يتفرغ للعبادة، وطلبت التفريق بينها وبين زوجها لهذا الضرر، فإن أثبت الضرر ولو مرة واحدة طلقها القاضي من زوجها بائنة.

أما ما تعلق بكمية الضرر فإن **الفقه المالكي** ليس عنده في كمية الضرر، وكثرته شيء.

وعليه قال مالك : **ليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيء معروف**⁽²⁵⁶⁾ ومنه أيضاً جاء في البهجة في إثبات الضرر : إن ضرر أحد الزوجين للأخر يثبت بأحد أمرين :

الأمر الأول : شهادة عدلين فأكثر، بمعاينتهم إياها لمجاورتهم للزوجين، أو لقرابتهم منهما ونحو ذلك.

الأمر الثاني : السماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران، من النساء، والخدم وغيرهما بأن فلانا يضر بزوجه، بضرب، أو شتم، أو تجويع أو عدم كلام، أو تحويل وجهه عنها في فراشه.⁽²⁵⁷⁾

موقف القضاء من الاثبات :

إن القضاء ما تعلق باثبات الضرر في هذه المسألة، فإنه يستحيل عليه أن يقدر وجود الضرر من عدمه، إلا إذا إستعان بأشخاص هم من أقارب الزوجين، ويعرفان ظروف معيشتها، وطبيعة العلاقة التي تجمعهما، وهذا ما يطلق عليه «بالحكيمين» وهذا لغرض الوصول إلى الاصلاح حيث يشترط القضاء في الحكمين، أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين، وعليهما أن يتعرفا على أسباب الشقاق، والنزاع ويبذلان جهدهما في الاصلاح بين الزوجين، على أن يقدماً للقاضي تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين وهذا طبقاً للمادة 56 من قانون 11 / 84 تقريراً و المعدل و المتمم 05/09.

والتي تنص على أنه : **إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدماً تقريراً عن مهمتهما.**

(255) شرح الخرشي 149. / 3

(256) حاشية العدوى، علي شرح الخرشي في أجل شهرين 149. / 3

(257) البهجة شرح التحفة للتسولي طبع بمصر 1957 بالكشناوي 302. / 1

وعليه فإن التقرير الذي سيقدم من قبل الحكّمين، الى القاضي يجب أن يكون مسبباً حتى يكون القاضي علي بصيرة عند الفصل في القضية المطروحة عليه، وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة العليا في عدة قرارات لها الى إثبات حق المرأة في طلب التّطليق، عند كل ضرر معتبر شرعاً، ومن هذه القرارات علي سبيل المثال والحصص:

«إن لقضاة الموضوع الحرية المطلقة، في تقدير وسائل الاثبات التي أوكلها القانون لإجتهادهم المطلق.. وما دام قد ثبت تعدي الزوج على زوجته، بالشتيم، والضرب المبرح، والعنف، صارت علاقتهما الزوجية أمراً مستحيلاً، وهي أسباب كافية لتبرير تطليقها.⁽²⁵⁸⁾

وعليه فإن إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته، يعتبر ضرراً حسب الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب.⁽²⁵⁹⁾

من المستقر عليه أن إستفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي والزوجة تضررت من جراء إستفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون.⁽²⁶⁰⁾

من المقرر قانوناً أنه يحق للزوجة أن تطلب التّطليق، لكل ضرر معتبر شرعاً، ومن المقرر أيضاً أنه : في حالة الطلاق قد يحكم القاضي، بالتعويض للطرف المتضرر (المادة 55 من قانون) 11 / 84 ولما كان ثابتاً أن الضرر اللاحق، بالزوجة، كان مبالغ فيه متعسفاً من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها.⁽²⁶¹⁾

وعليه فإن الإجتهدات القضائية للمحكمة العليا تجمع كلها على تطليق الزوجة عند كل ضرر معتبر شرعاً في صورته المختلفة.

إن تطليق الزوجة للضرر، مبدأ واضح المعالم في التشريع، وأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، حيث أخذت به غالبية قوانين البلاد العربية وعلى وجه الخصوص من المذهب المالكي، الذي إنفرد بشكله الواسع في مسألة التّطليق بالدفع للضرر،

(258) المحكمة العليا (غ.أ.ش) قرار مؤرخ في 17 / 02 / 1971 - ن.ق 1972 عدد 02 ص 53.

(259) المحكمة العليا (غ.أ.ش) قرار مؤرخ في 16 / 01 / 1996 - ملف رقم 127948 ن.ق عدد 54 ص 100.

(260) المحكمة العليا (غ.أ.ش) قرار مؤرخ في 24 / 09 / 1996 - ملف رقم 139353 المجلة ق لعام 1997 عدد 2 ص 66.

(261) المحكمة العليا (غ.أ.ش) قرار مؤرخ في 23 / 12 / 1997 - ملف رقم 181648 م.ق عدد 1 ص 49.

بتفصيلات واسعة يعطي الحق لأحد الزوجين في رفع أمره للقاضي، إثر كل نزاع زوجي عجز عن إصلاحه لنفسه أو إثر أي ضرر أصابه من شريكه بشكل يعطي للحياة الزوجية التعادل، والتكافؤ بين ربانيتها، بحيث لا تطغى سلطة الرجل، على سلطة المرأة، ولا سلطة المرأة على سلطة الرجل، فإذا إشتكى أحد الزوجين من صاحبه ضرراً، ورفع أمره إلى القاضي، فإن أثبت الضرر منه وطلب البقاء مع زوجته، زجر القاضي الزوج الآخر وضرره بما فيه الفائدة، أما إن طلب الفراق فعلى القاضي أن يفرق بينهما، ولا حد للضرر، بل يخضع لتقدير القضاء، ومعياره موضوعي يقوم القاضي بالبحث عنه في أوراق الدعوى ومستنداتهما، وتعقب دواعيه والمتسبب فيه.

وعليه فإن الضرر الذي يوقعه الزوج بزوجته غير معرف أو موصوف بالنص إلا أن المشرع الجزائري كان حكيماً وأحسن فعلاً عندما عبر عليه في صلب نص المادة 53/10 بالضرر المعتبر شرعاً، ومنه أيضاً أن المشرع كان له موقفاً في التطبيق للضرر على وجه الخصوص، حيث نص في قانون 11/84 و المعدل و المتمم 05/09 على التفريق للشقاق، والضرر بالمواد 55، 56 فقد ورد نص بالمادة 55 من القانون أعلاه على ما يلي :

عند نشور أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر وورد نص بالمادة 56 من القانون أعلاه : إذا إشتد 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 مهمتهما في أجل شهرين.

إن المشرع قرر حالتين للتفريق للضرر، تماشياً مع مذهب الإمام مالك، فالحالة الأولى تتعلق بثبوت الضرر، عند إقامة الدعوى، فهنا القاضي يحكم بالتفريق، وقد عبر عنه المشرع بالطلاق، وبالتعويض للطرف المتضرر، وهذه الحالة وردت في المادة 55. من قانون الأسرة وفي نظرنا ما يؤخذ على المشرع في صياغة المادة أعلاه في هذا الصدد، وهو : إستعماله لمصطلح النشور، وكما هو معروف فإن النشور هو أحد النتائج للشقاق، والتنافر بين الزوجين، فالمشرع استعمل النتيجة كسبب، بمعنى أنه جعل النتيجة هي النشور سبباً للتفريق، وكان من الأفضل أن يستعمل مصطلح الضرر بدلاً من النشور، لأن الضرر أعم من النشور ومنه أيضاً في **الحالة الأولى** التي يحكم فيها القاضي بالتفريق دون بعث الحكمين هي حالة ثبوت الضرر للمرة الأولى عند إقامة الدعوى.

وعليه كان حرياً بالمشرع إستعمال مصطلح التفريق في المادة 55 بدلاً من مصطلح الطلاق لأن مصطلح الطلاق، والتفريق للضرر نوعين مختلفين من أنواع الفرقة بين الزوجين.

وعليه فإن ما تستوجب ملاحظته في هذا الصدد وهو : أن الصياغة في المادة 56 من قانون 11/84 توحى بأن المادة أعلاه هي **حالة ثانية** في التفريق للضرر، مما يدل أن المادة 55 من القانون أعلاه تعتبر هي الحالة الأولى.

وعليه فالمتمعن للمواد 55، 56 من قانون 11 / 84 و المعدل و المتمم 05/09 يرى أن المشرع الجزائري لم يتطرق من خلال صياغته المادتين صراحة الى من له الحق في تقديم طلب التفريق للضرر **هل هو حقا للزوجين، أم للزوجة فقط** ؟ كما فعلت أغلب التشريعات العربية مثل : **القانون العراقي**، الذي أعطى لكلا الزوجين الحق في طلب التفريق للضرر، بموجب المادة 40 من قانونه للأحوال الشخصية.

والقانون التونسي الذي أعطى هذا الأخير، لكلا الزوجين الحق في المطالبة القضائية لأجل التفريق للضرر، بموجب نص الفصل 55 من مجلة الأحوال الشخصية.

والقانون المغربي الذي منح للزوجة فقط، حق طلب التفريق للضرر، بموجب الفصل 111 من مدونه الأسرة.

والتشريع المصري الذي مكّن للزوجة فقط، من حق طلب التفريق للضرر بموجب المادة 06 من القانون رقم 25 لسنة 1929 رقم 100/1985

والتشريع الأردني والذي أعطى للزوجة فقط حق طلب ⁽²⁶²⁾ التفريق بموجب المادة 96 من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

وعليه فإنه من خلال سياق المواد 55 ، 56 يمكن القول : أن المشرع أعطى حق تقديم طلب التفريق للضرر للزوجين، على حد سواء، فلا تختص به الزوجة فقط وهذا من خلال عبارات المادتين : **نشوز أحد الزوجين التعويض للطرف المتضرر** إشتداد الخصام بين الزوجين فهذا السياق يدل على أن الطرف المتضرر في هذه الحالة هو الذى يقدم طلب التفريق سواء كانت الزوجة، أم الزوج، وهذا في نظرنا تطابقاً متلازماً مع المصدر التشريعي التبعية في هذا الصدد والذي هو المذهب المالكي.

بينما في المادة 53 الفقرة 10 حدد الضرر من حيث المفهوم والذي أطلق عليه في عبارته الضرر المعتبر شرعاً وفي رأينا أنه لامبر للفرقة بين الزوجين في طلب التفريق فالضرر كما يكون من الزوج، فكذاك يقع من الزوجة، ولا يكفي القول أن الزوج يملك

(262) محكمة النقض المصرية - طعن رقم 79 لسنة 58 ق أحوال شخصية ، جلسة 1990 . 11 / 13 مأخوذ من كتاب د . محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه القضاء في الأحوال الشخصية ص 824 وما بعدها مرجع سابق.

الطلاق بالإرادة المنفردة، لذلك لا يخول له طلب التفريق للضرر، بل العكس فيجب أن تدفع الزوجة ثمن مشاكستها إذا ما تبين أنها هي التي أضرت بالزوج، وهذا عن طريق التعويض الذي يقرر القاضي في التفريق للضرر لأن ترك المرأة المشاكسة، التي أضرت بزوجها دون تفريق ليس فيه محافظة على الحياة الزوجية، ولا يحقق العدالة، لأنها ستستمر في إيذاء الزوج، لأنها تعلم أنه في النهاية سوف يلجأ إلى طلاقها بإرادته المنفردة، ويتحمل أعباء ذلك، لأن الطلاق بالإرادة المنفردة يكون دائماً بتنظيم الزوج ويحكم عليه بالتعويض وفي نظرنا هذا منافي لقواعد العدالة، من أجل ذلك تقرر أن طلب التفريق للضرر، يكون من حق الزوجين على حد السواء.

وعليه فالزوجة التي يضار منها زوجها، تقام دعوى التفريق للضرر ضدها بطلب الزوج وتتحمل أعباء ذلك، لكي يصدر الحكم بالتفريق للضرر بين الزوجين فيجب على مدعى الضرر إثباته، فإن عجز الإثبات رفضت دعواه، فإن أقام الدعوى ثانية ولم يستطع إثبات الضرر كذلك فإن قاضي الموضوع يقوم بتعين حكمين لإثبات الضرر، ودراسة حالة الزوجين، وهذا ما ذهبت إليه أغلب التشريعات العربية في هذا النطاق، ومنها التشريع الجزائري، والمصري.

وعليه فمناط إتخاذ إجراءات التحكيم أن تكون الدعوى موضوعها التفريق للضرر ولم يثبت للمحكمة الضرر المدعى به، رفضت الدعوى تلقائياً لعدم التأسيس.

الباب الثاني

مبادئ وآثار الطلاق، وفقا لأحكام
الشريعة الإسلامية، وموقف الاجتهاد
القضائي منه، وإجراءات التقاضي فيه

الفصل الأول

مبادئ وآثار الطلاق
في أحكام الشريعة الإسلامية

المبحث الأول

الطلاق في المصدرين الأصليين للتشريع الاسلامي

أ - المصدر الأول للتشريع (القرآن الكريم) :

إن الأصل في مشروعية الطلاق مصادر التشريع الإسلامي، بنوعيتها الأصلية والفرعية، وإن أول مصدر أصلي شرع لأحكام الطلاق هو القرآن الكريم باعتباره الأصل الأول في التشريع الاسلامي، ولكونه نقل متواتراً كتابة وحفظاً، وترتيلًا، منذ عهد الرسول ﷺ حتى الآن، فهو عند جميع الفرق والمذاهب المصدر النقلي الأساسي الأول في جميع القضايا والأحكام، وكلي الشريعة وأصل أصولها فقد تناول الأحكام بطريقة يزينها طابع الإجمال.

قال تعالى : ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نَزَلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (سورة النحل الآية رقم 44)

وعليه فإن ما تستوجب الإشارة له، في هذا الخصوص إظهار صفه التشريع الاسلامي، وأحكامه، في تشريع الأسرة والتي نظمها القرآن الكريم في 70 آية، على وجه العموم، أما ما تعلق بأحكام الطلاق من حيث أقسامه، وأنواعه، ومواضعه، فقد نظمها القرآن في 10 آيات، واستقل بسورة من سوره سميت بسورة الطلاق، وهي من السور المدنية، وعدد آياتها 12 آية.

وعليه فأن مشروعية الطلاق، تواجدت في آيات متفرقات من سور كتابه الحكيم⁽²⁶³⁾ مثل قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ، فَطَلَقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾. وقوله تعالى : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ وقوله تعالى ض: والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء يوقوله تعالى : ﴿وَأَنْ يَتَفَرَّقَا يَغْنُ اللَّهُ كَلًا مِنْ سَعْتِهِ﴾.

* دلالة الأحكام على ضوء القرآن الكريم

لقد اقتضت قواعد أصول الفقه الإسلامي، ان دلالة القرآن الكريم، على الأحكام ليست في درجة واحدة ففيها ما هو قطعي في دلالته، والذي يقصد به كل لفظ لا يحمل إلا معنى واحد، وهذا قليل من حيث الوضع.

(263) أنظر كتاب معجم ألفاظ القرآن لفؤاد عبد الباقي، دار الجيل، بيروت، لبنان.

ومنه ما هو ظني في دلالتة، والذي : يقصد به اللفظ الذي يكون موضوعاً لأكثر من معنى واحد، ولكنه أستعمل في غير معناه بقرينة أو بأخرى.

وعليه فما تقتضي الإشارة له، في هذا الصدد أن النص القطعي في الدلالة، لا يقبل التأويل، ولا الاجتهاد، لأنه صريح في دلالتة على المراد، ولأن موقعه ثابت، بينما النص الظني في الدلالة، يقبل التأويل، لكون أن النص فيه موضعاً للاجتهاد، ويكون محله محل اختلاف الأنظار، والأفهام.

وعليه فالسؤال الذي يستوجب الطرح في هذا الصدد، لماذا النص الظني الدلالة، المتعلق بأحكام الطلاق، يكون قابلاً للتأويل ؟

إن الجواب على هذا السؤال، في رأيي يخضع إلى الإطلاق الشرعي، والذي : مفاده أن الطلاق تصرف شرعي، يقوم به الزوج بإرادته المنفردة .

وعليه فإن هذا التصرف يملكه الزوج، تملكاً من الشرع ويباشره بنفسه، وبمحض إرادته، وإختياره، ولذلك عدّ من التصرفات الانفرادية.

وعليه فإن دلالة الأحكام في التشريع الإسلامي، من حيث قواعده الأصولية، ما تعلق بمادة الطلاق، تعدّ من النصوص الظنية الدلالة.

مثل قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ فإن لفظ القرء في النص، يحتمل أن يراد به الأطهار، أو الحيضات، بحيث يكون لفظ القرء فيه مشتركاً بينهما، فدلالة الآية على إرادة أحدهما ظنية .⁽²⁶⁴⁾

* مشروعية الطلاق في الشريعة الإسلامية على ضوء القرآن الكريم

إن مفهوم الشريعة الإسلامية للطلاق، إنما يتوقف على أن الله جلى وعلى لا تخفى عليه ما تكنه النفس البشرية، وما قد يطرأ على طرفي علاقة الزواج، بعد التعرف على بعضهما، وإكتشاف أسرار كل منهما، على أسرار الثاني بحيث لا يمكن إستقامة الحياة، ومواصلتها مع وجود بعض المشاكل، التي قد تحولّ الحياة الأسرية إلى جحيم .

وعليه نجد أن الشريعة الحكيم قال في سورة النساء ﴿وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته﴾.

وعليه فما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، وهو : أن عقد الزواج يعتبر في قمة العقود الرضائية إلا أن الشارع الحكيم، ونظراً لما قد يطرأ على الأسرة من مشاكل، من أجل ذلك شرع للطلاق، وجعل من أحكامه تشريعاً مخصوصاً.

(264) أ. د. محمد أديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ص 310 وما بعدها، المكتب الإسلامي،

إن السؤال المطروح في هذا الشأن هو : ماهي مصدريّة مشروعية الطلاق ؟

لقد أجازت الشريعة الإسلامية الطلاق، وشرعته إستثناءً.

وعليه فالقاعدة الشرعية تلزم بأن الاستثناء لا يتوسع فيه، ممّا استلزم أن دليل مشروعية الطلاق ثابتة بكتاب الله، وسنة رسوله، وإجماع، والقياس .

أما ما تعلق بالمشروعية بالكتاب فقد جاء في قوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾⁽²⁶⁵⁾ وجاء أيضا في قوله : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعضن أو يعضوا الذي بيده عقدة النكاح وإن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير﴾.

إن تشريع السنة للطلاق، قد ورد فيها أن النبي ﷺ : طلق زوجته حفصة رضي الله عنها، ثم أمره الله بأن يراجعها، ومنه أن عمر بن الخطاب طلق أم عاصم، وعبد الرحمن بن عوف طلق زوجته، تماضر، ومنه إجماع المسلمين على أن الطلاق جائز، والقياس كذلك، لا ياباه، فإن العشرة إذا فسدت بين الزوجين، ولم يكن في الاستطاعة دوامها، يكون من العيب بقاء الزواج .

وعليه فالطلاق ما شرع إلا لوجود ضرورة ملحة وقصوى، مما استوجب قول النبي ﷺ حيث قال : أبغض الحلال إلى الله الطلاق وقال أيضا : تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات وقد روى أبو داود أن النبي ﷺ قال : ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق كما روى برواية أخرى أنه قال : لا تطلقوا النساء إلا من رغبة، فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات.

* تفسير آيات الطلاق من خلال نصوص القرآن الكريم

قال تعالى : يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن

1. هذا خطاب للنبي ﷺ، إلا أنه حكم عام فيه، وفي جميع أمته، فهو من الخاص الذي أريد به العموم.

قال تعالى : ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح، بإحسان﴾.

2. هذه الآية الكريمة، تنظم للطلاق من ناحية عدده، وأنه ليس للرجل إلا ثلاث تطليقات، وفيها أيضا أحكام الرجعة ومتى تجوز، وعليه فهذا التنظيم القرآني للطلاق هو دليل مشروعية.

(265) سورة البقرة الآية رقم 236 مصحف برواية حفص عن عاصم، بالرسم العثماني .

قال تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء

3. وهي تنفي الجناح والإثم عن فعل الطلاق، بشرط أن يتم بحدوده الشرعية عدداً ووقتاً، وهيئة.

4. جاء في تفسير آيات أحكام الطلاق، ما تعلق بسورة الطلاق، على سبيل الحصر في هذا الشأن ما يلي :

قوله تعالى : ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾

التفسير :

لقد خطب النبي ﷺ تشريفاً، وتكريماً، ثم خطبت الأمة تبعاً⁽²⁶⁶⁾ وروى ابن أبي حاتم، عن انس قال : طلق رسول ﷺ حفصة، فأنت أهلها، فأنزل الله تعالى : ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء....﴾

فقليل له : راجعها، فإنها صوامة، قوامة، وهي من أزواج نسائك في الجنة.

وما رواه مسلم في صحيحه : عن أبي الزبير، أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عزة، يسأل ابن عمر وأبو الزبير يسمع، كيف ترى في الرجل طلق امرأته حائضاً ؟ فقال : طلق ابن عمر امرأته حائضاً، على عهد رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ : ليراجعها - فردها وقال : إذا ظهرت فليطلق، أو يمسك، قال ابن عمر : وقرأ النبي ﷺ : قوله تعالى : ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾ وقال : علي بن أبي طلحة عن ابن عباس في قوله : ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ بمعنى لا يطلقها وهي حائض، ولا في طهر، قد جامعها فيه، ولكن يتركها حتى إذا حاضت، وطهرت، طلقها تطليقة.

وعليه فإننا نجد من خلال ما ذكر أعلاه أن الفقهاء أخذوا أحكام الطلاق وقسموها الى الآتي 1 : - طلاق سنة، 2 - طلاق بدعة، أما طلاق السنة : فهو أن يطلقها طاهرة من غير جماع، أو حاملاً قد استبان حملها. وطلاق البدعة هو : أن يطلقها في حال الحيض، أو في طهر قد جامعها فيه، ولا يدري أحملت أم لا ؟ وطلاق ثالث لا سنته فيه ولا بدعة هو طلاق الصغيرة وغير المدخول بها.

وعليه فالفقهاء في أحكام الطلاق في هذا الحال، وفي غيره من أحوال الطلاق، فقد فصلوا في ذلك تفصيلاً.

(266) د . محمد نسيب الرفاعي، تيسير العلي القدير، لاختصار تفسير ابن كثير، ط . الثانية ص 380 — 379 لبنان 1978.

ومنه أيضا ما تعلق بالتفسير أن جاء في قوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان فإمساك
بمعروف أو تسريح بإحسان﴾⁽²⁶⁷⁾ ما يلي :

لقد ذكر الله الطلاق معرّفا بالألف واللام، واختلف في تأويل التعريف، على أربعة
أقوال وهي كالآتي :

القول الأول : معناه : الطلاق المشروع مرتان « فما جاء على غيره فليس بمشروع.

وعليه يروى عن الحجاج بن أرطه، والرافضة، قالوا : أن النبي ﷺ إنما بعث لبيان
الشرع وتفصيله، فما جاء على غيره فليس بمشروع.

وعليه ففي رأينا هذا القول مردود، لأن معناه أن من طلق ثلاثا بلفظ واحد، واثنين
بلفظ، هو طلاق غير لازم لأنه غير مشروع - وهذا فهم خاطيء، فالمشروع من الطلاق
يتضمن الفرض، والسنة، والجائز، والحرام، - وجمع الطلقات بلفظ واحد يدخل ضمن
هذه الأقسام لانعقاد إجماع الأمة بأن من طلق طلقتين، أو ثلاثا : هو طلاق لازم له.

القول الثاني : ان الطلاق الذي فيه الرجعة مرتان، ودليل ذلك قوله تعالى في الآية
التالية : ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾

القول الثالث : معناه الطلاق المسنون مرتان، وبهذا قال الإمام مالك.

القول الرابع : معناه الطلاق الجائز مرتان قال به الإمام أبو حنيفة.

ومنه أيضا ما قاله في هذا الشأن ابن العربي : **الامساك بالمعروف، الرجعة الثانية
بعد الطلقة الثانية والتسريح بإحسان هو الطلقة الثالثة.**

وقبل التسريح بإحسان : هو الامساك، حتى تنقضي العدة، وكلاهما ممكن وعليه
فإن تساؤل الاستفهام الذي يطرحه المفسرون، ما تعلق بقوله تعالى في النص : أو
تسريح بإحسان⁽²⁶⁸⁾ يتمثل في الآتي : **هل لفظ السراح من ألفاظ الطلاق ؟**

لقد إستند بعض المفسرين، في هذا الصدد، الى قول الامام الشافعي القائل : **يؤخذ
من هذه الآية أن السراح، من صريح ألفاظ الطلاق، الذي لا يفقتقر الى نية، وليس مأخوذاً من
هذه الآية، بل من الآية التي بعدها.**

كما يستفهم المفسرون أيضا ما يلي : **هل الرجعة تكون عقب الطلقتين مباشرة؟**
ونجد في هذا الصدد أن المفسرين قد اعتمدوا على جوابهم لهذا الإستفهام على التفسير

(267) سورة البقرة الآية 229.

(268) إبن العربي، أحكام القرآن، ص 391 ج 1 ، د. أحمد محمد الحصري تفسير آيات الأحكام دار الجيل ، بيروت،
ط 1 1991.

اللغوي للنص بقولهم الآتي : إن ما جاء في قوله تعالى ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ ليست للتعقيب بل هي في معنى الجواب للجملة، مستشهدين بذلك بمثال تضربه أهل اللغة وهو : (هذا زيد فقم إليه)، وعليه فما استقر عنده المفسرين في الآية أعلاه هو تفسير اللغوي باعتباره الأصل في التفسير لهذه الحالة.

* الحكمة التشريعية من خلال القرآن الكريم

تتجلى حكمة التشريع فيما يلي :

أولاً : يعتبر علاجاً حاسماً، وحلاً نهائياً أخيراً، لما أستهصى حله على الزوجين، وأهل الخير والحكمين، بسبب تباين الأخلاق وتنافر الطباع، وتعدد مسيرة الحياة المشتركة بين الزوجين، أو لسبب الإصابة بمرض لا يُحتمل، أو عقم لا علاج له، مما يؤدي إلى ذهاب المحبة والمودة، وتوليد الكراهية والبغضاء، فيكون الطلاق منفذاً للخلاص من المفاسد، والشُرور الحادثة.

ثانياً : الطلاق ضرورة شرعية لحل مشكلات الأسرة، ومشروع للحاجة، ويكره عند عدم الحاجة، طبقاً لقوله ﷺ **ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق.**

ثالثاً : ما يترتب على الطلاق من أضرار وبخاصة الأولاد، في سبيل دفع ضرر أشد وأكبر، تكريساً وإعمالاً للقاعدة الشرعية **يختار أهون الشرين.**

رابعاً : ترغيب الشرع للأزواج بالصبر وتحمل خلق الزوجة فقال تعالى : ﴿وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن، فعسى أن تكرهوا شيئاً، ويجعل الله فيه خيراً كثيراً﴾. وقوله ﷺ **لا يفرك مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقاً رضي منها آخر.**

خامساً : شرع الشرع طرقاً ودية لحل ما يثور من نزاع بين الزوجين من وعظ، وإرشاد وهجر في المضجع، واعراض، وضرب، وإرسال حكمين من قبل القاضي، إذا عجز الزوجات عن الإصلاح، وإزالة الشقاق الذي بينهما .

سادساً : الطلاق تشريع إستثنائي للضرورة، بعد أن يسلك الزوج المراحل الخمسة التالية :

1. المعاشرة بالمعروف

2. الصبر وتحمل الأذى

3. الوعظ والتأديب

4. الهجر والضرب اليسير

5. إرسال الحكمين من الاهلين

سابعا : من الحكم التشريعية، ان وقع الطلاق يمكن العودة⁽²⁶⁹⁾ الى الزوج بالرجعة بغير شهود ما دامت المرأة في العدة، أو بعقد جديد بعد إنتهاء العدة، وذلك لمرتين بعد الطلقة الأولى وبعد الطلقة الثانية، فتلك فترتان متكررتان لمراجعة الحساب وتقدير الظروف، ومحاكمة الأمور، وتعقل النتائج والاثار.

ثامنا : في حالة الرجعة فإن كل من الزوجين يندم، ويتنازل عن أمور وتقلع عن أخلاق، ويرضى بالعيش في ظل حياة زوجية لا توفر له كل ما يرغب بالمقارنة مع حياة العزلة والانفراد، والاتكال على الأهل الذين يضايقهم عادة تحمل أعباء جديدة من النفقة والخدمة وغيرها.

تاسعا : إحصاء عدد الرجعات بعد الطلاق يخفف كثيراً من إحصائيات الطلاق.

ب-المصدر الثاني للتشريع : (السنة النبوية)

إن السنة النبوية، باعتبارها المصدر الثاني للتشريع الاسلامي، فقد شرعت أحكام الطلاق، لكون أن السنة في الأصل، يراد بها ما أثر عن الرسول ﷺ من قول، أو فعل، أو تقرير، ولكون أن قوة حجيتها أصل من أصول الدين، وحجة على الناس جميعا، وقد ثبت ذلك بالقرآن، إشادة بدليل قوله تعالى : ﴿وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ وقوله تعالى : ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم وقوله يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول﴾.

كما اتفق المسلمون على أن السنة، هي الأصل الثاني للتشريع، وتأتي في المرتبة الثانية بعد القرآن الكريم، وهي بالنسبة للمصدر الأصلي الأول توضح إبهامه، وتفصل إجماله وتقيد إطلاقه، وتخصص عمومه، ولا يجوز إجتهااد أي مجتهد كائنا من كان مع وجود السنة الصحيحة، لأنها صادرة عن مشرع معصوم في الوقوع في الخطأ في مجال التشريع⁽²⁷⁰⁾.

* دلالة الأحكام من خلال نصوص السنة النبوية :

لما كانت السنة النبوية، هي التي تشرح غالبا المراد من آيات التشريع، والفقه، والأحكام، وما أثر عنه ﷺ قولاً، وفعلاً، وتقريراً، فكان دورها في أحكام التشريع

(269) بداية المجتهد 70. / 2 :

(270) اعلام الموقعين عن رب العالمين .ابن القيم الجوزية جـ 4 ص348.

الاسلامي، دور المفصل للمجمل، فبيّنت الجانب العملي، أي ما فرضه القرآن اجمالاً فكان ﷺ ما تعلق بأحكام الطلاق يقوم بالفتاوى الخاصة بالطلاق، لتأكيد الجانب العمل، والتطبيقي، لنصوص القرآن الكريم، ولكون أن سنته عملية، متواترة، منقولة، بالاجماع المتواتر الذي لا مجال فيه لشك أو تردد.

وعليه فلقد بلغ من حرص النبي ﷺ تأكيد مسألة مهمة في الطلاق، وهي : أن صاحب الحق في الطلاق، هو الرجل وحده دون سواه، وهو بهذا قد أزال اللبس حتى عن الحالة، التي كانت سائدة في الجاهلية، والتي كان فيها الرجل يزوج عبده بآمته، فهو على التحقيق مالك للعبد وللآمة. وهذه الحالة الفريدة ربما يثور في ذهن مالك الرقيق، أنه يملك طلاقهما كما ملك زواجهما.

من أجل ذلك قد نص النبي ﷺ على المنع، وبين أن الطلاق حتى في هذه الحالة، لا يكون إلا من الزوج وإن كان عبداً، طبقاً لقوله ﷺ في الحديث النبوي الآتي :

- فقد روى ابن عباس⁽²⁷¹⁾ رضي الله عنهما : أن رجلاً جاء الى النبي ﷺ فقال يا رسول الله : سيدي زوجني آمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال : فصعد رسول الله ﷺ المنبر فقال : يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده آمته . تم يريدان أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق .

* تفسير السنة للأحكام

لقد أفرد المحدثون باباً لمادة الطلاق، من حيث تفسير السنة لأحكامه، وسموه بالآتي عدد الطلاق، والإستثناء فيه، ففي هذا الشأن وردت أحاديث النبي ﷺ على سبيل الحصر ومنها كالآتي :

أولاً : عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال : قال رسول الله ﷺ **إن الله يجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها، ما لم تعمل أو تكلم.**⁽²⁷²⁾

وعليه فقد دل الحديث النبوي الشريف، المشار أعلاه، على أن الطلاق لا يقع بالنية،

(271) نيل الأوطار ج7 ص25.
(272) البخاري 255 / 20 ومسلم 81. / 1

وأنه لا بد من اللفظ، المخصوص به، ذلك أن عدد الطلقات : هي التي يرجع فيها إلى نية المرء، لقوله ﷺ إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرء ما نوى .⁽²⁷³⁾

ثانياً : عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال : «إننا أمة أمية، لا نكتب ولا نحسب، الشهر هكذا، وهكذا، وعقد الإبهام في الثالثة، والشهر، هكذا وهكذا، يعني تمام ثلاثين.⁽²⁷⁴⁾ وعليه فما تجدر الإشارة، له في هذا الصدد، وهو : أن الحديث أعلاه فيه دلالة لوقوع الطلاق بعدد ما أشار.

ثالثاً : عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ ثلاث جدّهن جد، وهزلهنّ جد ، النكاح، والطلاق، والرجعة» رواه أحمد، وابن ماجه، والترمذي.⁽²⁷⁵⁾

رابعاً : عن ابن عمر، قال : قال رسول الله ﷺ : من خلف ثم قال: إن شاء الله فقد استثنى» رواه أهل السنن.⁽²⁷⁶⁾

وعليه فقد جاء في تفسير السنة للأحكام الطلاق أن المحدثين أفردوا أيضاً باباً آخر أطلقوا عليه، باب الشرط في الطلاق، والمتضمن الأحاديث التالية ونذكرها على سبيل الحصر.

أولاً : عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده : أن رسول الله ﷺ قال : لا طلاق لابن آدم فيما لا يملك رواه أحمد وأبو داود، وابن ماجه، والترمذي.⁽²⁷⁷⁾

ثانياً : وروى ابن ماجه بن علي، وعن المسور بن مخزومة مرفوعاً : لا طلاق قبل نكاح.⁽²⁷⁸⁾

وعليه فإنه من خلال الحديثين المذكورين أعلاه، فإننا نرى أن وجه الدلالة فيهما، وهو أن الطلاق ينصرف، إلى أنه لا يصح تنجيز الطلاق، ولا تعليقه، ممن ليس متزوجاً.

(273) البخاري 20 / 1 ومسلم. 157 – 2

(274) البخاري 186 / 10 ومسلم 124 – 3

(275) أبو داود 507 / 1 ، ابن ماجه. 2039

(276) أبو داود 201 / 2 (الترمذي) 43 – 3 (ابن ماجه) 2105 والنسائي 25. 7 /

(277) (أحمد) 11 / 17 (أبو داود 507 / 1 وابن ماجه) 2047 (الترمذي). 326 / 2

(278) ابن ماجه. 2049

وعليه فإن إعمال هذا الحديث، يكرّس مبدأ القاعدة الشرعية التالية **المسلمون على شروطهم** ذلك أن القاعدة السالفة الذكر، تعتبر أصلاً كبيراً في الطلاق، من حيث الشرط، ومنه أيضاً أن السنة النبوية، ما تعلق بتفسير أحكام الطلاق، من حيث الشك، في الطلاق فقد وردت أحاديث نبوية في هذا الشأن، أفراد لها المحدثون باباً أطلقوا عليه **باب الشك في الطلاق**،⁽²⁷⁹⁾ ومنها الحديث النبوي، الأتي ذكره: على سبيل الحصر:

تقدم عمران بن حصين: شاكياً إلى رسول الله ﷺ قائلاً «الرجل يُخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: لا ينصرف حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً»⁽²⁸⁰⁾.

إن الحديث المذكور أعلاه قد إستدل به **الامام الشافعي رضي الله عنه في مسألة الشك في الطلاق** على أنه إذا شك الرجل هل طلق أم لا : فإنه لا يطلق، ودليله في ذلك رواية أبو الجوزاء: «أن الحسن بن علي قال: قال رسول الله ﷺ «دع ما يُريبك إلى ما لا يُريبك»⁽²⁸¹⁾ حديث حسن صحيح.

ومنه أيضاً أنه جاء في : **كتاب إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه**، ما تعلق بأحكام الطلاق من حيث تفسير السنة النبوية لها في مسألة الطلاق الرجعة، الأحاديث النبوية الأتية على محمل الحصر.

1. عن عمر رضي الله عنه قال: «طلق رسول الله ﷺ حفصة، ثم راجعها» رواه أبو داود، والشافعي وابن ماجه.

قال تعالى ﴿وَبِعَوْنِهِمْ أَحَقُّ بِرَدِّهِمْ فِي ذَلِكَ﴾ أي في العدة . وكان هذا في ابتداء الاسلام، في حق كل مطلقة حتى حصر الله سبحانه الطلاق في ثلاث تطليقات.

2. وعن عمران بن حصين: «سُئِلَ عن الرجل يُطلق امرأته، ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها، ولا على رجعتها، فقال طلقت لغير سنة، وراجعت لغير سنة، وشهد على طلاقها، وعلى رجعتها، ولا تُعد» رواه أبو داود وابن ماجه.⁽²⁸²⁾

ومنه أيضاً قال «المحدثة» أن هذا الحديث يُستدل به على النهي عن الوطء قبل الرجعة، وعلى عدم وجوب المهر، حيث لم يأمره به، وقد يدل على أنه لا تصح الرجعة إلاّ

(279) إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه (الحافظ إسماعيل بن كثير دمشقي تحقيق د. بهية يوسف حمد أبو الطيب

- مؤسسة الرسالة، لبنان . ط 1 1996 . ص 201 - 20

(280) البخاري 53 - 3 (عن عبد الله بن زيد) مسلم 189 - 1

(281) رواه النسائي والترمذي وقال حسن صحيح.

(282) (أبو داود) 505 / 1 (وابن ماجه. 2025

بالقول، لأنّ الاشهاد إنما يكون على القول قال تعالى : ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.

3. عن عائشة : أن امرأة رفاعة القرظي قالت : يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقاً، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، وإنما معه ميل هدية الثوب، فقال لعلك تريد أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته، وذوق عسيلتك.⁽²⁸³⁾

* الاستنتاج على ضوء تفسير الأحكام من خلال الأحاديث

إن ما نستخلصه من استنتاج، من خلال المسألة أعلاه، ينحصر في الوجوه التالية :

الوجه الأول : من حيث موضوعه، ونوعه، وقسمه، وعدده، والاستثناء فيه، وشروطه.

الوجه الثاني : من حيث دلالة أحكام الطلاق، في نصوص السنة النبوية، قد كانت مطابقة، وقامت بدور التفصيل، لما جاء مجملاً في نصوص القرآن الكريم، حيث بينت الجانب العملي في أحكام الطلاق.

الوجه الثالث : إظهار صفة التشريع في السنة النبوية، من خلال إستنتاجنا لنصوصها المتعلقة بالطلاق، والتي تكمن في من هو صاحب الحق في الطلاق، ما المقصد بالمراجعة، ما المقصد في الشك في الطلاق، ما المقصد بالتنجيز، والتعليق في الطلاق، وهل الطلاق يقع بالنية، ووجوب الاشهاد على الرجعة في الطلاق، والتي يرى فيها جمهور الفقهاء على أن : **الاشهاد مندوب اليه لأنه في حكم استدامة النكاح السابق.**⁽²⁸⁴⁾

* ما يقع الطلاق به رسالة، وإشارة

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة، على وقوع الطلاق بالكتابة إلى الغائب، والطلاق برسالة، أي إرسال رسول، والطلاق بالإشارة .

* الطلاق بالكتابة : لقد ذهب الحنفية، على أن الكتابة إما مستبينة أو غير مستبينة.

* الكتابة المستبينة : هي الكتابة الظاهرة التي يبقى لها أثر، كالكتابة على الورق والحائط والأرض.

(283) البخاري 235 / 20 ومسلم 154. / 4

(284) د. مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية، في اختلاف الفقهاء - مؤسسة الرسالة ، ص

310 لبنان ط الثانية. 1981

* الكتابة غير المستبينة : وهي التي لا يبقى لها أثر كالكتابة على الهواء، أو على الماء، وكل شيء لا يمكن فهمه وقراءته، وحكمها، أنه لا يقع بها الطلاق، وإن نوى.

أنواع الكتابة المستبينة لغرض المقصود إليه

النوع الأول :

كتابة مرسومة : ويقصد بها الكتابة المعنونة، والمصدرة، باسم الزوجة وتوجه إليها كالرسائل المعهودة مثل : كأن يكتب الرجل إلى زوجته قائلاً : إلى زوجتي فلانة، أما بعد، فأنت طالق، وحكمها حكم الطلاق الصريح، إذا كان اللفظ صريحاً، فيقع الطلاق، ولو من غير نية.

النوع الثاني :

الكتابة غير المرسومة : ويقصد بها تلك التي لا تكتب إلى عنوان الزوجة أو بإسمها ولا توجه إليها كالرسائل المعروفة كأن يكتب الرجل في ورقة : زوجتي فلانة طالق .
وحكمها حكم طلاق الكناية، ولو كان اللفظ صريحاً ، لا يقع بها الطلاق إلا بالنية.

* **الطلاق بالرسالة** : ويقصد به أن يرسل الزوج رسولا، إلى إمراته الغائبة، فيذهب الرسول إليها، ويبلغها الرسالة، على النحو المكلف به، وحكمها : حكم الطلاق الصريح باللفظ، يقع عليها الطلاق لأن الرسول ينقل كلام المرسل فكان كلامه ككلامه (الرسول).⁽²⁸⁵⁾

وقد ذهب في هذا الصدد، فقهاء المالكية قولهم : من كتب الطلاق عازماً عليه، لزمه إذا لم يكن متردداً فيه، فإن كتب الطلاق عازماً عليه، أو لم يكن له نية، لزمه بمجرد كتابة «طالق»، وإن لم يكن عازماً الطلاق حال الكتابة، بل كان متردداً أو مستشيراً، فلا يقع مالم يخرج الكتاب من يده، ويعطيه لمن يوصله، فيصل إلى المرأة أو وليها ... ويستطرد فقهاء⁽²⁸⁶⁾ المالكية قولهم : أن العبرة في كتاب الطلاق النية.

كما ذهب الشافعية في رأيهم مثل المالكية أن العبرة في كتاب الطلاق النية، فإذا كتب الرجل الطلاق، فإن نواه طلقت زوجته، لأن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فإذا أتى فيها الطلاق وفهم منها المراد، نواه، وقع كالطلاق باللفظ، لأن الكتابة توم مقام

(285) الفقه الاسلامي وأدلته ص 387 ج. 7 مرجع سابق

(286) القوانين الفقهية ص 230 وما يليها.

الكاتب، وعليه فإنما ما نستنتجه من رأي الجمهور الآتي : أن الطلاق يقع بالكتابة مع النية، ويقع عند الحنفية في الكتابة المرسومة كالصريح، وفي غير المرسومة كالكناية التي تحتاج إلى نية.

الطلاق بالإشارة : لقد اتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالإشارة المفهمة، بيد، أو رأس، والتي هي معهودة عند العجز، والنطق. كالأخرس، ونحوه، دفعاً للحاجة، فإذا طلق الأخرس بالإشارة طلقت زوجته، وأكد في هذا الشأن فقهاء الأحناف أن الأخرس، إذا كان يحسن الكتابة لاتجاوز إشارته، أما الناطق القادر على الكلام فلا يصح عند الجمهور طلاقه بالإشارة، وأكد المالكية أن إشارة القادر على الكلام كالكتابة تحتاج إلى نية، ويصح بها حينئذٍ الطلاق.

* مقاصد الشريعة الإسلامية من خلال القرآن الكريم

يطلق على المقاصد بمادة الطلاق في التشريع الإسلامي على الأعمال والتصرفات المقصودة لذاتها، والتي تسعى النفوس إلى تحصيلها بمساع شتى أو تحمل على السعي إليها إمتثالاً. وتلك تنقسم إلى قسمين :

1. مقاصد الشرع الخاصة، 2. مقاصد الناس في تصرفاتهم⁽²⁸⁷⁾، وما يهمنا في هذا السياق هي المقاصد الشرعية الخاصة.

المقاصد الشرعية الخاصة :

ويقصد بها الكيفيات المقصودة للشارع، غرضاً لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة.

ويدخل في ذلك كل حكمة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس : مثل دفع الضرر المستدام، في مشروعية الطلاق، وذلك أن الشريعة الإسلامية وضعت مقاصد للطلاق، أين تبين فيها فساد العلاقة الزوجية كما تبين عدم إستقامة بقائها، وهي مندرجة في المقصد العام، ومنه تواجد هذا المبدأ. (النكاح مبني على المكارمة والبيع مبني على المكايسة)

إن انحلال الرابطة الزوجية، من تلقاء الزوج أو بطلاق القاضي أو بالبطلان أو بالفسخ، لكون أن المقصد الشرعي فيهم، هو إرتكاب أخف الضرر، عند تعسر إستقامة

(287) الامام محمد الطاهر بن عاشور - مقاصد الشريعة الإسلامية - تونس 1978 - الشركة التونسية للطباعة الأولى ص 155 و165.

المعاشرة، وخوف إرتباك حالة الزوجين، وتسرب ذلك إلى إرتباك حالة العائلة، لأجل ذلك كان شرع الطلاق لحل آصرة النكاح كما أطلق عليها الإمام محمد الطاهر بن عاشور وهذا ما أشارت إليه الآية الكريمة قوله تعالى **الْأَنْ يَخَافَا إِلَّا يَتَّقِيَا حُدُودَ اللَّهِ**

وعليه فقد ذكر الإمام الطاهر بن عاشور في هذا الشأن في كتابه المقاصد ما يلي :

(لقد جعل أمر الطلاق بيد الرجل من الزوجين، لأنه في غالب الأحوال أحرص على إستبقاء زوجه وأعلق بها وأنقذ نظراً لمصلحة العائلة على أنه قد جعل للمرأة الوصول إلى الطلاق بطريق الخلع، أو بطريق الرفع إلى الحاكم إن حصل إضرار، كما جعل للمرأة أيضاً مخلصاً مما عسى أن يكون في بعض الرجال، أو في عرف بعض القبائل، أو العصور من حماقة، أو غلظة جلافة، أو تسرع إلى الطلاق إتباعاً لعارض الشهوات، بأن تشترط أن يكون أمر طلاقها بيدها، أو الأمر الداخل عليها، بيدها، أو إن أضرها بها، فأمرها بيدها، أو نحو ذلك).

إن الإمام الطاهر بن عاشور قد إستند في كلامه أعلاه «على الطلاق بيد الرجل» على قول الإمام مالك رضي الله عنه القائل : وأما الحكم الحاكم بالطلاق ، أو بالفسخ، فلاجل الضرر، أو الكون النكاح، وقع على غير الصفة التي عينت له في الشرع⁽²⁸⁸⁾

* المقصد الشرعي من جعل الطلاق بيد الرجل :

إن المقصد الشرعي من جعل الطلاق، بيد الرجل، ذلك أن الرجل دون سواه، هو الذي يقدر ظروف الطلاق، وأسبابه، وفي رويّة، وتوؤدة، وإستقرار فكري كامل، فالمسؤولية كلها عليه من آثار الطلاق، وأعباء، ونفقة، وما يلزم الأولاد، فالنظر إلى أن الرجل هو المسؤول عن كل ذلك، فلا يعقل أن يكون الطلاق بيد المرأة التي لاروية عندها، وخاصة في ظروف النزاع والشقاق، فهي أعجز أن تواجه مثل هذه المواقف الحاسمة.

إنه لو تأملنا النصوص القرآنية الواردة في الطلاق، نجدها تخاطب الرجال، الأمر الذي يفيد أن الطلاق حق للرجل لقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ ويقول سبحانه وتعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرَهُ...﴾

وهكذا فإن نصوص القرآن، الكريم، تفيد بما لا يدع للشك، أن الطلاق حق للرجل، وهو بحدوده، وقيوده مرتبط بإرادة الرجل المنفردة طبقاً لقوله تعالى : ﴿وَأِنْ أَرَدْتُمْ

(288) كتاب الموطأ للإمام مالك فيما لا يجوز من الشروط في النكاح .

المبحث الثاني

الطلاق في فقه المذاهب الأربعة

لمّا كان الطلاق يقصد به في اصطلاح الفقهاء، رفع قيد الزواج⁽²⁸⁹⁾ الصحيح في الحال والمآل بلفظ يفيد مخصوص ذلك صراحة، أي بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناه - ويسمى في هذه الحالة الثانية طلاق الكناية ، فاللفظ الصريح في الطلاق، بحسب اللغة، أو العرف وهو الذي لا يحتمل غير الطلاق، يقع به الطلاق، من غير حاجة الى نيته «كلفظ طلقتك، وأنت طالق، وأنت مطلقة».

أما اللفظ الكنائي، الذي يحتمل معنى الطلاق وغيره، فلا يقع به الطلاق إلا بالنية، كقوله : **الحقي بأهلك** والقول في النية هنا، قول الزوج بيمينه ولا يمكن إثباتها بغير ذلك.

وعليه فإذا كان لا بد من الطلاق، الذي سبقت الإشارة الى بعض حكمه التشريعية فيما جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء من تنظيم أحكامه، حينما تستحكم النفرة بين الزوجين، وحينما تسد جميع المسالك المؤدية الى عودة الوئام، فإنه يجدر الأخذ بما هو الأقرب الى مقاصد الشريعة في هذه المسألة، والعمل ما ينتج عن طلاق من مأساة تكون خسارة المرأة المعنوية فيها، أكبر من خسارة الرجل المادية، في إطار التوجيه القرآني الكريم : **﴿وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيراً كثيراً﴾**⁽²⁹⁰⁾.

ولتعدد المذاهب الفقهية، والآراء الاجتهادية، في كثير من مسائل الطلاق، فقد راعيت في هذا المبحث النقاط التالية :

1. أخذت بقول المحققين من الفقهاء : أن الأصل في الطلاق المنع لقوله تعالى : **﴿فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً﴾**⁽²⁹¹⁾ ولقوله ﷺ : **﴿ما أحل الله شيئا أبغض اليه من الطلاق﴾**.
2. إن القواعد العامة في الفقه الاسلامي توجب القول بأن الأصل في الطلاق هو الحظر إذ الأصل في الزواج هو الدوام والاستمرار كما أن الطلاق ضرر لا شك فيه خصوصاً إذا كان بدون مبرر.

(289) الدر المختار 570، / 2 مغنى المحتاج 279. / 3

(290) سورة النساء الآية 19.

(291) سورة النساء الآية 34.

وقد حرمت الشريعة الاسلامية الغراء كل ما يؤدي الى ضرر أو اضرار وفي هذا قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار ».⁽²⁹²⁾

3. ضيقت دائرة وقوعه قدر الإمكان، إذ أنه حيثما تتعدد الاجتهادات في أن الطلاق واقع أو عدم واقع يكون الطريق الأحوط، الأخذ بقول من يقول بعدم وقوع الطلاق المشكوك في دليل صحته، إذ أن في ابقاء تحريم الزوجة على زوجها، وتحليلها للأجنبي الذي يريد التزوج منها بعد ذلك، والورع يقتضي الابقاء على الحلال الثابت باليقين لا في الأخذ بقول من يقول بأنها حرمت على زوجها بمجرد احتمال أو ظن.

4. أخذت بقاعدة المصالح المرسله في الأمور التنظيمية المتروكة في هذه المسألة (الطلاق) الى القاضي المختص - الأبعد محاولة الاصلاح ورأب الصدع.

5. إظهار حق المطلق في طلب التعويض إذا ثبت تعسق الزوج في إيقاع الطلاق إستناداً الى القاعدة الفقهية «إذا أمر الحاكم بالمندوب أصبح واجباً».

6. إثبات أن الطلاق يكون من أحكام الزواج الصحيح وأثر من الآثار التي تترتب عليه.

7. إن الطلاق أداة مرسومة أي يقصد بها العبارة الموجهة الى الزوجة فاللسان يعبر به كما في الفؤاد وقديما قيل ان الكلام لفي الفؤاد وانما جعل اللسان، على الفؤاد دليلاً.⁽²⁹³⁾

لقد تعرض فقهاء المذاهب الأربعة فيما تعرضوا اليه، الى شروط ايقاع الطلاق وهي :

* شروط ايقاع الطلاق:

يرى فقهاء المذاهب الأربعة، أنه يشترط لوقوع الطلاق وجود المبرر المشروع، باعتبار أن الطلاق تصرف إرادي تترتب عليه آثار شرعية، ولذلك فإنه يشترط في الطلاق ما يشترط في سائر التصرفات الشرعية تطبيقاً للقواعد العامة.

غير أن هذا التصرف له طبيعة خاصة تميزه عن غيره من التصرفات الأخرى.

وعليه فإن أن الشريعة الاسلامية الغراء أسندت هذا التصرف الى شخص واحد هو الزوج - كما سبق ذكره، فقد أصبح لازماً ذكر شروط الواجب توافرها فمن يوقع الطلاق ألا وهو الزوج المطلق، أو ما يُطلق عليه في عرف الاصطلاح عند الفقهاء بصاحب الحق في الطلاق.

(292) نيل الأوطار للشوكاني ج 7 ص 2، قاعدة لا ضرر ولا ضرار من القواعد الفقهية.
(293) من أحكام العرب ومن أمثالهم (جاء هذا في كتاب مضرب الأمثال للمتنبى ص 100 تحقيق .أبو النجا بهجت دار النفائس، مصر 1996.

إنه نظراً لأن هذا التصرف يمس الآخرين من قريب، أو من بعيد فإن ذلك يوجب أيضاً الإشارة إلى الشروط الواجب توافرها فيمن يقع عليها الطلاق.

وللتذكير فإن المشرع في قانون 84 - 11 والقانون المعدل والمتمم 05 / 09 لأوجب في هذا الشأن مراعاة شروط خاصة، حتى يمكن الاعتراف بهذا التصرف أمام القضاء وقبل الخوض في تفاصيل هذه الشروط نرى من اللازم أن نتعرض إلى شرط جوهري يكاد يكون هو الشرط الوحيد الخاص بالطلاق وما عداه من الشروط الأخرى يكاد يكون تطبيقاً للقواعد العامة.

الشرط الأول : وجود المبرر الشرعي كشرط جوهري:

يشترط ليقاع الطلاق شرط جوهري في نظري - هو أن يوجد المبرر المشروع لإصدار مثل هذا الاجراء ولا يتم ذلك إلا بعد التأكد من أن بقاء الرابطة الزوجية يحول بين الزوجين وبين اقامتهما لحدود الله تعالى.

بحيث تصبح الحياة مستحيلة فهذا هو الشرط الجوهري - في نظري - وهو أن لا يقدم الزوج على الطلاق إلا بعد اليأس من إصلاح الزوجة، واليأس من إستقامة الحياة الزوجية معها بعد ذلك لأن الأساس في هذه الحياة هو إقامة حدود الله تعالى فإذا ما أصبحت هذه المرأة حائلاً بينه وبين أن يقيم حدود الله عزوجل لجأ حينئذ إلى الطلاق.

الشرط الثاني : الزوج صاحب العصمة :

إن الزوج هو صاحب الحق شرعاً في إصدار الطلاق، لكون أن هذا القرار في غاية الخطورة ليس فقط على الزوجين، بل قد يتعدى ذلك إلى غيرهما، ولا شك أن الأولاد هم أول من ينالهم الضرر من هذا القرار، ويشترط في المطلق معايير لازمة ليقاع الطلاق وهي :

***معايير الإيقاع**

1، أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً غير مكره، بحيث يكون اقدامه على الطلاق بحرية كاملة وإرادة واعية، حرة مقدرة تماماً لكل ما يترتب على هذا القرار من نتائج وآثار.

2، أن لا يكون عديم الأهلية أو ناقصها، فإن كان كذلك فلا يقع طلاقه، فعديم الأهلية لا أثر لعبارته مطلقاً ومن باب أولى لا عبرة بلفظة الطلاق التي تصدر منه، وهو لا يعني منها شيئاً وكذلك ناقص الأهلية، فهو وإن كان لديه قدر من التمييز، فإن اصداره لعبارة الطلاق لو تصورنا ذلك غير معتبرة لأن هذا التصرف ضار ضرراً محضاً فلا ينظر إليه على الاطلاق بل ولا تلحقه إجازة لا من الولي، ولا من القاضي نظراً، لهذا الاعتبار.

الشرط الثالث : محل الطلاق (الزوجة من عقد صحيح)

يشترط في المطلقة أن تكون زوجة للمطلق حقيقة أو حكماً، بمعنى أن تكون الزوجة في هذه الحالة على وجه الخصوص مستندة الى عقد زواج صحيح قائم بالفعل . بغض النظر عن الدخول أي أنها زوجته بالفعل، سواء دخل بها أو لم يدخل إذ الأصل في هذا الشرط وجود العقد الصحيح فلو أنه دخل بزوجه في ظل عقد زواج صحيح، ثم قامت الدواعي المبررة جاز له طلاقها، وهنا يكون طلاقها رجعيًا أي من حق الزوج أن يراجعها ما لم تنته عدتها.

وكذلك لو أبرم عقد الزواج الصحيح، ثم وجدت المبررات الداعية للطلاق قبل الدخول، فإنه يجوز له طلاقها، وهنا يكون الطلاق بائناً ولا عدة عليها . أما الزوجية القائمة حكماً، فيمثل لها بالمعتدة من طلاق رجعي حيث تكون الزوجة في حكم القائمة طالما أن العدة لم تنته. ذلك أن الطلاق الرجعي لا ينهي الزوجية.

وعليه فما دامت الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً، فإن المرأة يمكن طلاقها .⁽²⁹⁴⁾

نص الحديث في رواية مسلم : أن رجلاً طلق امرأته وهي حائض فقال عبد الله بن عمر عصيت ربك وفارقت إمرأتك، قال فإن رسول الله ﷺ أمر ابن عمر أن يراجع إمرأته قال : إنه أمر ابن عمر أن يراجعها بطلاق له وانت لم تبق ما تراجع به إمرأتك» أخرجه الدارقطني، (ج 7 ، ص.8-9).

أما المطلقة قبل الدخول والخلوة حيث يعتبر طلاقها بائناً ولا عدة لها فتصير أجنبية بمجرد طلاقها.

* ما يعتري الطلاق من أوصاف شرعية :

إن الإشكالية الفرعية التي تستوجب الطرح في هذا الشأن هل لمادة الطلاق وصف شرعي ؟

للإجابة على هذه الإشكالية ينبغي التقييد بتحديد مفهوم الوصف الشرعي فما هو مفهوم الوصف الشرعي للطلاق ؟

(294) إن الطلاق في العدة فيه طلاق في الرأي، بمعنى أن المعتدة من طلاق رجعي أو من طلاق بائن بعد الدخول بينونة صغرى فإنه يتصور وقوع الطلاق عليها لأن الزواج باق حكماً أثناء العدة . وكذلك المعتدة من كل فرقة اعتبرت طلاقاً إذ أصل الخلاف بين العلماء في هذا النوع من الطلاق أنهم اعتبروه طلاقاً بدعيًا وحجتهم في ذلك الحديث الصحيح باعتبار مصدره نقلي ثاني في التشريع وهو أن عبد الله بن عمر حينما طلق إمرأته وهي في مرضها الشهري . أمره النبي (صلى الله عليه وسلم) بمراجعتها وحسبت عليه تطليقة . مما يؤكد أنه طلاق بدعة في هذه الحالة.

يقصد بالوصف الشرعي للطلاق، ما يثبت له شرعا من جهة كونه مطلوباً فعله أو مطلوباً تركه، فإن كان مطلوب الفعل طلباً غير جازم فهو المندوب، وإن كان مطلوب الترك طلباً جازماً فهو الحرام، وإن كان مطلوب الترك طلباً غير جازم فهو المكروه.⁽²⁹⁵⁾

ولذلك اتفق الفقهاء على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكليفية الأربعة التي هي الوجوب، والندب، والكراهة والحرمة، والإباحة وبمختلف هذه الأوصاف من حيث الحكم باختلاف كل حالة على حدة، وأضاف بعض الفقهاء وصفاً آخر وهو الإباحة.

وفي هذا يقول العلامة ابن قدامة الحنبلي⁽²⁹⁶⁾ : الطلاق على خمسة أقسام :

1. واجب : وهو طلاق الحكمين في الشقاق إذا رأيا ذلك
 2. ومكروه : وهو الطلاق من غير حاجة اليه.
 3. مباح : وهو عند الحاجة اليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض منها.
 4. واجب : وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها أو تكون المرأة غير عفيفة.
 5. مندوب اليه : الطلاق في حال الشقاق.
- إن الطلاق من حيث هو جائز، تعتريه الأحكام الخمسة، المذكورة أعلاه حسب كل حالة بمفردها على الوجه التالي :

I - الطلاق الواجب : انفرد الفقهاء بطلاق الواجب في ثلاث حالات وهي :

الحالة الأولى :

يكون الطلاق واجبا : أي يأثم الزوج بعدم إيقاعه في حالات كثيرة منها :

أ. في حالة الإيلاء : يرى الجمهور أن الزوج إذا أبى العودة إلى زوجته بعد مدة الإيلاء فيجب الطلاق في هذه الحالة، أما الأحناف فإنهم يوقعون الفرقة بالإيلاء بمجرد انتهاء المدة.

الحالة الثانية :

ب. يكون الطلاق واجبا : إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين ورأيا الحل في التفريق بينهما عند من يقول بالتفريق.

(295) المعني في الشرح الكبير ج 2 ص 361 حيث يعرض فيه تعريف المالكية وعلى رأسهم «ابن عرفة».

(296) المعني في الشرح الصغير ج 8 ص 235.

الحالة الثالثة :

جـ. يكون الطلاق⁽²⁹⁷⁾ واجبا : إذا عاد الزواج على موضوعه بالنقص وذلك إذا كان الزوج فاقد الطاقة الجنسية لا يمكنه تحصين زوجة أو إعفاف امرأة لعدم قدرته على التلاقي، فالتفريق هنا واجب والدليل من نص الشارع الحكيم.

قال تعالى : ﴿وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته﴾.

وإنما يجب الطلاق في الحالة الثالثة تأكيدا لوجوبه لدفع الضرر الذي يلحق بكل الزوجين، فعدم الطلاق يضر الرجل والمرأة على حد سواء ورفع الضرر في هذا الحال واجب مؤكد. قال رسول ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وهذا الحديث إخبار باللفظ ولكنه نهى في المعنى أي لا يضر بعضكم بعضا، والنهي العاري من القرائن يفيد التحريم فالضرر حرام وحيث لا سبيل إلى ترك هذا الحرام فيما نحن فيه إلا بالطلاق يكون الطلاق واجبا، «فإن ما لا يترك الحرام إلا به يكون واجبا» فالطلاق واجب.

II- الطلاق المندوب :

وهو الذي يترجح فعله على تركه ولا يتم في تركه. وقد انفرد الفقهاء بصوره المتعددة منها على سبيل الحصر المحقق :

الصورة الأولى : إذا فرطت الزوجة في حق من حقوق الله مثل ترك المرأة الصلاة عمداً.

الصورة الثانية : إذا كانت المرأة سيئة الأخلاق تؤذي زوجها ولم تستجب لتوجيه وتضر أهله وجيرانها بالقول والفعل.

الصورة الثالثة : إذا طال الشقاق بين الزوجين رغم عدم اليأس من إصلاحه فالطلاق في هذه الحالة مندوب إليه حتى يعود الهدوء إلى حياة الطرفين، ويرى بعض الفقهاء أن امتناع المرأة عن حدود الله يجعل الإقدام على طلاقها أقرب إلى الواجب.

III- **الطلاق الحرام**⁽²⁹⁸⁾ وهو الطلاق الذي يعاقب فاعله ويثاب تاركه لهذا النوع من

الطلاق حالتين تكمن فيما يلي :

(297) مغنى المحتاج ج 3 ص 307.

(298) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية د. محمد كمال امام مطبعة ديوان المطبوعات الجامعية القاهرة الإسكندرية 1997.

الحالة الأولى : الطلاق في الحيض : ويتم في زمان لا يحتسب به عدتها مما يؤدي الى إطالة العدة بغير حق فهو إضرار بالمرأة، ومن قواعد الشريعة الاسلامية الغراء عدم الاضرار.

الحالة الثانية : الطلاق في طهر جامعها فيه للإشكال في أمرها بين الحمل وعدمه، وما يترتب على ذلك من أحكام الطلاق في العدة .وفي تعليل ذلك روى أن ابن عمر رضي الله عنه طلق إمرأته في الحيض فقال رسول ﷺ لعمر «مرابنك فليراجعها تم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء طلقها قبل أن يمض فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ويشير ﷺ.

الى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ عِدَّتِهِنَّ﴾ فالطلاق في العدة هو الطلاق في الطهر الذي لا اتصال فيه بالمرأة، وهذا واجب كما هو مقتضى الآية الكريمة أن لفظ طلقوهن أمر والأمر يقتضي الوجوب إذا كان بلا قرينة ومخالفة الواجب حرام فالطلاق في الحيض أو في الطهر فيه مساس مخالفة للواجب الذي أمر الله به، ومخالفة الواجب للواجب حرام.

* أقسام الطلاق عند فقهاء المذاهب الأربعة :

قسم فقهاء المذاهب الأربعة الطلاق، تقسيمات عديدة باعتبارات مختلفة.

المطلب الأول : من حيث صيغة الطلاق ولفظه ينقسم إلى طلاق صريح وطلاق غير صريح والذي يطلق عليه الطلاق بالكناية.

المطلب الثاني : من حيث وقت وقوعه ينقسم الى طلاق منجز وطلاق معلق ومضاف

المطلب الثالث : من حيث وصفه ينقسم الى طلاق سني، وطلاق بدعي.

المطلب الرابع : من حيث أثره في إنهاء الرابطة الزوجية ينقسم الى طلاق رجعي وطلاق بائن.

المطلب الخامس : من حيث الطلاق الثلاث بلفظ واحد.

المطلب الأول : الطلاق باعتبار صيغته

يقصد بصيغة الطلاق عند الفقهاء ⁽²⁹⁹⁾ العبارة التي ينطق بها الرجل للدلالة على حل الرابطة الزوجية، وإيقاع الطلاق بالفعل.

(299) مذهب مالك والشافعي .فقه المذاهب الأربعة لابن الجزيري معنى المحتاج 280. / 3

وهذه الصيغة قد تكون دلالة صريحة على هذه المعنى المقصود من الطلاق وهو ما يسمى بالطلاق الصريح وقد لا تكون صيغة الطلاق وإنما تدل على المعنى المقصود دلالة غير صريحة وهذا ما يطلق عليه بالطلاق الكنائي.

الطلاق الصريح :

الطلاق الصريح :هو الذي يتم باللفظ الدال على حل الرابطة الزوجية وهو يكون كذلك إذا جاء بلفظ يدل على حل الرابطة الزوجية وذلك باستعمال الألفاظ الموضوعة لذلك شرعا كأن يقول لزوجته «أنت طالق أو أنت مطلقة» أو باستعمال الألفاظ الدالة عرفاً⁽³⁰⁰⁾ على إرادة الطلاق «مثل أنت خالصة أو أنت حرام أو محرمة».

الطلاق الكنائي :

يقصد بالطلاق الكنائي الذي يكون اللفظ فيه غير دال صراحة على إرادة الطلاق ولكن يدل عليها بطريق الكناية. وذلك إذا استعمل لفظاً يحتمل الطلاق وغيره كأن يقول الرجل لزوجته : اذهبي إلى أهلك، وأنت مٌخيرة أو أمرك بيدك، أو ما شابه ذلك من الألفاظ التي تحتمل الطلاق وغيره.

أما ما تعلق بوقوع الطلاق بهذه الصيغة فقد اختلف الفقهاء، فذهب الظاهرية الى أن الطلاق لا يقع بهذه الألفاظ.⁽³⁰¹⁾

وذهب الحنفية⁽³⁰²⁾ أن هذه الألفاظ يقع بها الطلاق بدلالة الحال أو نية الزوج .أي أنهم يعتبرونها طلاقاً إذا كانت دلالة الحال تؤيد هذا الاحتمال أو أن الزوج نوى بها الطلاق.

أما المالكية والشافعية والحنابلة فقد اعتبروا النية هي الأساس في بيان المقصود من هذه الألفاظ فإذا كان المتلفظ ينوي بها الطلاق كانت طلاقاً وإذا لم يكن ينوي بها الطلاق فإنه لا إعتبار لها لأن المتلفظ لم يقصد بها شيئاً.

(300) دلّ العرف على أنه يراد بهذه الألفاظ حل الرابطة الزوجية وللفقهاء أقوال كثيرة في هذه المسألة ونكتفي بما أورده ابن قدامة في هذا الموضوع حيث يقول :« صريح الطلاق ثلاثة الفاظ، الطلاق ، والفراق ، والسراح وما تصرف منهن وهذا مذهب الشافعي، وذهب أبو عبد الله بن حامد من الأحناف الى أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده وما تصرف منه لا غير هو مذهب أبي حنيفة ومالك . ونظراً لاعتماد ابن قدامة على العرف فيجد أن ما تعارف عليه الناس من أن كلمة حرام أو محرمة في بعض البلاد العربية ومنها الجزائر تعني حل الرابطة الزوجية.

(301) يقول ابن حزم : « لا يقع طلاق إلا بلفظ من أحد ثلاثة ألفاظ إما الطلاق وإما السراح وإما الفراق الزوج لزوجته أنت طالق وأنت مسرحة أو سرحتك وأنت مفارقة أو فارقتك.

(302) ابن الجزييري المذاهب الأربعة.

المطلب الثاني : الطلاق باعتبار وقت وقوعه :

قسم فقهاء المذاهب الأربعة الطلاق، بالنظر الى الوقت الذي يقع فيه الى ثلاثة أنواع الى منجز، ومضاف ومعلق.

النوع الأول : الطلاق المنجز هو الطلاق الذي صدرت عبارته خالية من الشروط والتأجيل كأن يقول الزوج لزوجته : طلقتك أو أنت طالق فهذه الصيغة تدل على وقوع الطلاق في الحال .دون اضافة الى أجل أو تعليق على شرط.

وحكم الطلاق المنجز أنه يقع بمجرد صدور عبارة الطلاق متى توافرت سائر الشروط الأخرى.

النوع الثاني : الطلاق المضاف : هو الذي يصيغه الزوج الى زمن المستقبل بمعنى أن يصدر الزوج صيغة الطلاق ويضيف أثرها إلى زمن مستقبل ومثاله :« أن يقول لامرأته أنت طالق بعد شهر أو بعد شهرين وحكم الطلاق المضاف الى أجل أنه لا يقع الا عند حلول الأجل الذي حدده المطلق في صيغة الطلاق، وقد اختلف الفقهاء في الطلاق المضاف، فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة الى أنه لا يقع الا عند حلول الأجل المضاف اليه.⁽³⁰³⁾

وذهب الامام مالك الى أنها تطلق عليه في الحال دون إنتظار الأجل الذي حدده.

جاء في المدونة الكبرى للامام مالك ما يلي :« قلت أرأيت لو قال لها أنت طالق كلما جاء شهر، أو كلما جاءت ساعة قال :أرى أنها طالق ثلاثا حين تكلم بذلك.

وقد أكد مذهب مالك في المدونة الكبرى، أن من طلق إمرأته الى أجل هو آت انما هو طلاق حين تكلم بذلك⁽³⁰⁴⁾ حيث قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، أو ذكر وقتا ما فلا تكون طالقا بذلك، لا الآن ولا إذا جاء رأس الشهر.

وبرهان ذلك أنه لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك .وقد علمنا الله الطلاق على المدخول بها وفي غير المدخول بها.

وليس هذا فيما علمنا **ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه** وأيضا فإن كل طلاق لا يقع حين ايقاعه فمن المحال بعد ذلك أن يقع في حين لم يوقعه فيه».⁽³⁰⁵⁾

(303) الأجل المضاف اليه يقول فيه الامام الشافعي «إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق غداً، فإذا طلع الفجر في ذلك اليوم فهي طالق .وكذلك أن قال لها « أنت طالق في غرة شهر كذا».

(304) المدونة الكبرى للامام مالك ج 2 المجلد الثاني ص 116 دار الفكر ببيروت 1978.

(305) المحلى ج 10 ص 213 المسألة رقم 1970.

النوع الثالث :

الطلاق المعلق : هو الذي يربط الزوج وقوعه بأمر، يحدث في المستقبل وذلك بأن يقرن صيغة الطلاق بأداة من أدوات الشرط. أو ما يؤدي معناها مثل : أن ، وإذا ، ومتى وما الى ذلك . فإذا قال لها : إن ذهبت الى مكان كذا فأنت طالق . فإن الطلاق لا يقع الا اذا ذهبت الى هذا المكان الذي حدده في عبارته لأنه علق وقوع الطلاق على ذهابها إليه . وقد اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق المعلق .

فذهب الحنفية إلى أن يعتبر طلاقاً فإذا حدث الأمر المعلق عليه وقع الطلاق أي أن المرأة تصير طالقاً فيما لو ذهبت الى المكان المحدد .

وذهب بعض الفقهاء منهم الشافعية الى أن الطلاق المعلق لا يعتبر طلاقاً متى كان المقصود منه الحمل على فعل شيء أو الامتناع عن فعله .

فقول الرجل : إن ذهبت الى مكان كذا فأنت طالق مقصود منه أن يحمل زوجته على الامتناع عن الذهاب الى هذا المكان وما تجدر له الملاحظة في هذا السياق على محمل الاهتمام وهي انه إذا كان المقصود من الطلاق المعلق وقوع الطلاق فعلاً فإنه يعتبر طلاقاً بلا خلاف ، وضابط ذلك أن تنتفي إرادة الحلف ، أو تنتفي إرادة الحث الحلف على فعل شيء أو الامتناع عن فعله أي يفهم ذلك من دلالة الحال . فإذا قال لها : أن تنازلت عن سائر حقوقك المالية فأنت طالق فتنازلت فان الطلاق يقع بتنازلها . لأن هذه الصورة لا يفهم منها إلا إرادة وقوع الطلاق فعلاً ولكنه ربط وقوعه بتنازلها عن حقوقها المالية فكان تنازلها دليلاً على رغبتها الصادقة في الابتعاد عنه وترك الحياة معه .⁽³⁰⁶⁾

المطلب الثالث : الطلاق باعتبار وصفه الشرعي

ينقسم الطلاق باعتبار وصفه الشرعي الى طلاق السنة ، وطلاق البدعة ويقصد بهذا التقسيم نوعان من الطلاق من حيث معيار الوصف فطلاق السنة نصت عليه آيات القرآن الكريم وبينته السنة النبوية ، وطلاق البدعة توصل اليه فقهاء الصحابة والتابعين والأئمة من بعدهم .

طلاق السنة : هو الطلاق المنصوص عليه في القرآن الكريم صراحة وبينت السنة النبوية طريقته بياناً وافياً .

(306) هذه الصورة تعتبر من قبيل الخلع باعتبار أن الخلع يقصد به فراق الرجل لزوجته نظير مال تدفعه المرأة لتفتدي من عصمته ولكون أنه سمى الخلع ضلعاً لأن المرأة تخلع نفسها من عصمته حيث لا تطيق الحياة معه وهو لا يريد أن يطلقها طلاقاً معتاداً .

الدليل من النص القرآني :

- قال تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مَبِينَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ سورة الطلاق الآية 1.

الدليل من نص السنة النبوية :

لقد بين النبي ﷺ طريقة هذا الطلاق في الأحاديث الكثيرة الواردة في هذا الموضوع التي بلغت حد الشهرة والاستفاضة ومنها على سبيل الحصر المقتضب.

روى البخاري عن إسماعيل بن عبد الله عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهم أنه - أي عبد الله بن عمر - طلق إمرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»⁽³⁰⁷⁾.

إن طريقة الطلاق التي بينها ﷺ تتلخص في أن الرجل إذا أراد أن يطلق زوجته فليطلقها في طهر لم يقربها فيه، ثم يتركها تقيم في بيته حتى تنقضي عدتها، بأن يمر عليها ثلاثة قروء - أي بحيث تطهر ثلاث مرات من مرضها الشهري - قبل إنتهاء هذه الفترة من حقه أن يراجعها أي يعيدها إلى عصمته مرة أخرى - وبعد أن بين النبي ﷺ بيانا شافيا قال عليه الصلاة والسلام «فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء» بيانا لقوله تعالى ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾.

طلاق البدعة : هو الذي يقع على خلاف ما نص عليه القرآن الكريم وبينته السنة ولهذه المخالفة المزدوجة سمى طلاقا بدعيا وهذه المخالفة قد تكون راجعة إلى أن الرجل لم يلتزم بابقاء المرأة في بيته فترة العدة ؛ أو إلى كونه طلقها وهي غير طاهر أو طلقها في طهر مسها فيه. فالطلاق في كل حالة من هذه الحالات طلاق محرم.

إنَّ جوهر الخلاف عند الفقهاء يكمن في وقوعه أو عدم وقوعه فذهب الجمهور ومنهم الأئمة الأربعة إلى وقوع هذا الطلاق على صاحبه ولهم في ذلك أدلة ثلاثة وهي كالآتي :

(307) صحيح البخاري ج 3 ص 166 سنن أبي داود ج 2 ص 254، مسند الامام أحمد ج 3 ص 372 ط ، الاعتصام، سبل السلام ج 3 ص 169، نيل الأوطار ج 3 ص 4، 5.

الدليل الأول : ما جاء في رواية البخاري عن قصة ابن عمر لما طلق امرأته وحسبت تطليقة وزاد بعض المحدثين لفظ واحدة إذ ذكر هذا في مسند ابن وهب أكثر وضوحاً بلفظ وزاد ابن أبي ذئب في الحديث عن النبي (صلى الله عليه وسلم) وهي واحدة» وأخرجه الدارقطني من حديث ابن أبي ذئب وابن اسحاق جميعاً عن نافع عن ابن عمر عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال «هي واحدة» ومعنى ذلك أن عبد الله بن عمر حينما طلق امرأته وهي في مرضها الشهري أمر النبي (صلى الله عليه وسلم) بمراجعتها وحسبت عليه تطليقة مما يؤكد أن طلاق البدعة واقع.

الدليل الثاني : ما جاء في رواية مسلم أن رجلاً طلق امرأته وهي حائض فقال له عبد الله بن عمر عصيت ربك وفارقت امرأتك قال فإن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أمر ابن عمر أن يراجع امرأته قال :إنه أمر ابن عمر أن يراجعها بطلاق له وأنت لم تبقي ما ترجع به امرأتك» أخرجه الدارقطني عن ابن عمر أيضاً.

الدليل الثالث : بالمعقول وهو أن النهي عن طلاق البدعة ليس لذاته وإنما لحكم تشريعية منها :ندم الرجل، فلعله يعود إلى حياته الزوجية فيراجع زوجته ويردها إلى عصمته . وقد أشار الله تعالى إلى هذه الحكمة في قوله : **لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً يومنها عدم** طويل العدة على المرأة .. وإيقاع الطلاق البدعي وإن كان حراماً لا يمنع من ترتيب الآثار الشرعية عليه، مثال :البيع وقت النداء لصلاة الجمعة إذ البيع منهي عنه في هذه الحالة ومع ذلك فلو تم البيع في هذا الوقت فإن الائم قائم ولكنه لا يمنع من ترتيب الآثار الشرعية على هذا البيع.

المطلب الرابع : الطلاق باعتبار أثره :

ينقسم الطلاق باعتبار أثره إلى قسمين :

أولاً : طلاق رجعي

ثانياً : طلاق بائن

I. **الطلاق الرجعي :** هو الطلاق الذي يستطيع فيه الزوج إعادة زوجته إلى عصمته قبل انتهاء عدتها .أو كما عرفه (الدكتور وهبة الزحيلي : هو الذي يملك الزوج إعادة المطلقة إلى الزوجة من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة.

فقد شرعه الله الحكمة بالغلة نص عليها القرآن الكريم صراحة في قوله تعالى : **لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً**، فإنه إذا طلقها طلقه واحدة رجعية، ثم جعلها تقيم في

بيته أثناء عدتها لعله يبدأ في التفكير الهادئ المتروى فيتراجع في قراره ويراجع زوجته لسيما وأن السنة قد ألزمت به بأن يطلقها في طهر لم يقربها فيه، وعلى ذلك فلو كانت له أدنى رغبة فيها فانه حتما سيعيدها الى عصمته.

ضوابط الطلاق الرجعي : تكمن ضوابط الطلاق الرجعي فيما يأتي.

1. الطلاق الصريح بعد الدخول الحقيقي : بلفظ مادة الطلاق أو التطليق غير مقترن بعوض، ولا بعدد الثلاث ولا موصوف بوصف الشدة أو القوة أو البينونة أو نحوها فمن قال أنت طالق، أو مطلقة أو طلقتك، يقع به الطلاق الرجعي، ولا يقع به إلا واحدة، وإن نوى أكثر من ذلك ولا يفتقر إلى النية.

أما لو قال : أنت طالق طلاقا، فإن لم تكن له نية، فهي طلقة واحدة رجعية وإن نوى به ثلاثا كان ثلاثا ولو قال :أنت طالق على المذاهب الأربعة، أو أنت طالق لا يردك عالم ولا قاض، يقع به طلقة رجعية.⁽³⁰⁸⁾

وتعتبر ألفاظ الطلاق التي هي في حكم الصريح عرفا قول الرجل مثلا «عليّ الطلاق، وعليّ الحرام، والطلاق يلزمني، والحرام يلزمني» فانه يقع بلا نية للعرف وبه أصبح لفظ حرام وخالص من قسم الصريح.

2. الطلاق الكنائي بعد الدخول الذي لا يفيد معنى الشدة والبينونة مثل قول الرجل «اعتدي، واستبرئي رحمك، أو أنت واحدة، يقع بهذه الألفاظ طلقة واحدة رجعية، إذا نوى الزوج بها الطلاق.

3. الطلاق الذي يوقعه القاضي لعدم الانفاق، لأن قدرة الزوج على الانفاق متوقعة في أي وقت وعليه يكون رجعيا.

الأدلة النصية للطلاق الرجعي:

ان الدليل على أن الأصل العام في كون الطلاق رجعيا آيتان من النص القرآني الكريم.

أولا : قال تعالى : ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾.

ثانيا : قال تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء....وبعوثتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا﴾ فكلتا الآيتين تدلان على إمكان الرجعة ما دامت المرأة

(308) أ. د. وهبه الزحيلي الفقه الاسلامي وأدلته ج 7 ص 433 دار الفكر دمشق 1989.

في العدة، إلا ما دل الدليل على إستثنائه : وهو الطلاق الثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال، والطلاق لرفع الضرر عن الزوجة، والطلاق بلفظ ينبىء على الشدة والانفصال.⁽³⁰⁹⁾

أحكام الطلاق الرجعي : تكمن أحكام الطلاق الرجعي فيما يلي :

1. لا تنفصم الرابطة الزوجية به، ولكن تنقص به عدد الطلقات فإن كان أول طلاق بقي للزوج اثنتان وان كان هو الطلاق الثاني بقي للزوج واحدة.
2. للزوج أن يراجع زوجته في أي وقت شاء، قبل انتهاء العدة.
3. الطلاق الرجعي لا يمنع التوارث بين الزوجين .فاذا مات أحدهما في العدة كان الباقي منهما وارثا للمتوفي.
4. الصداق المؤجل لا يحل بالطلاق الرجعي.

وهكذا يثبت لنا ما مدى حرص الشريعة الاسلامية الغراء، على الرابطة الزوجية وعدم التفريط فيها، بل أنه حتى في حالات الشقاق، وصدور الطلاق، يجعل الباب مفتوحا على مصراعيه لعودة الحياة الزوجية، إلى طبيعتها، عن طريق مراجعة النفس، والعودة الى التفكير الهادىء المطمئن، والتروي، والاستقرار، وهي معه في بيته فلعله طلق نتيجة غضب مفاجىء، أو انفعال نفسي.

الطلاق البائن⁽³¹⁰⁾ : هو الطلاق الذي تبين به المرأة، من عصمة زوجها، بمعنى تنفصل عنه نهائيا، بحيث لا يجوز له مراجعتها بإرادته.

الأصل أن يبدأ الطلاق رجعيا ويظل حتى إلى ما قبل انتهاء العدة وبانتهائها يصبح الطلاق بائنا، إن هناك حالات يكون الطلاق فيها بائنا من وقت صدوره من هذه الحالات منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه.

أ- الحالات المتفق عليها :

الحالة الأولى :

يكون الطلاق بائنا من وقت صدوره اتفاقا في الحالات الأربعة الآتية:

(309) مغنى المحتاج جـ 337 / 3
(310) الدر المختار ورد المحتار 592 / 2 ، 617 ، 621.

الطلاق قبل الدخول الحقيقي لأنه لا تجب به العدة ولا يقبل الرجعة بدليل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمَنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ، فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِمْ مِنْ عَدَةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾⁽³¹¹⁾ يوإذا لم تجب العدة فلا تمكن المراجعة؟ لأن الرجعة لا تكون إلا في العدة فيكون الطلاق بائنا غير رجعي:

الحالة الثانية : الطلاق المكمل للثلاث، أي أن الطلاق في هذه الحالة كنائي، مقترن بما ينبىء عن الشدة، أو القوة، أو البيونة، أي أن كل طلاق بالكناية إذا نوى به الطلاق، ما عدا الألفاظ الثلاثة التالية (اعتدي، استبرئي، رحمك) أنت واحدة يكون طلاقاً واحدة، وإن نوى به اثنتين، إذ لا دلالة للفظ على عدد الثنتين، فيثبت الأدنى وهو الواحدة، فإن نوى به الثلاث كان ثلاثاً، لأن البيونة نوعان : بيونة مغلظة وهي الثلاث، وبيونة مخففة وهي الواحدة فأيهما نوى وقعت لاحتمال اللفظ.⁽³¹²⁾

الحالة الثالثة : الطلاق على مال وهو ما يسمى بالخلع أي إذا خالع الرجل امرأته أو طلقها على مال، لأن الخلع بعوض طلاق على مال عند الفقهاء ويعتبر طلاقاً بائناً لأن المقصود أن تملك المرأة أمرها، وتمنع الزوج من مراجعتها، ولا يتحقق هدفها إلا بالطلاق البائن.

الحالة الرابعة : الطلاق الذي يوقعه القاضي لا لعدم الانفاق، وإنما بسبب عيب في الزوج أو للشقاق بين الزوجين، أو لتضرر الزوجة من غيبة الزوج، أو حبسه .لأن إلتجاء الزوجة الى القضاء لا يكون إلا لدفع الضرر عنها، وحسم الزواج، ولا يتحقق المقصود إلا بالطلاق البائن.

ب-الحالات المختلف فيها :

يكون الطلاق مختلفاً فيه، من وقت صدوره في الحالات الآتية.⁽³¹³⁾

الحالة الأولى : الطلاق الموصوف بالبيونة، كأن يقول لها أنت طالق طلاقاً بائناً، أو الموصوف بما يدل على البيونة كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق شديداً.

الحالة الثانية : الطلاق المشبه بشيء يدل على العظم كأن يقول الزوج لزوجته : أنت طالق كالجبل، والطلاق الموصوف بفعل التفضيل الذي يدل على الشدة مثل قول الزوج لزوجته : أنت طالق أفحش طلاق.

(311) سورة الأحزاب الآية 33 .

(312) د . وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي وأدلته ج7 ص 434.

(313) د . محمد أبو زهرة ص 363 الأحوال الشخصية مرجع سابق.

الحالة الثالثة : الطلاق باستخدام ألفاظ الكناية لأنها تدل على الانفصال في الحال
باستثناء اعتدي، واستبرىء رحمك وأنت واحدة.

وما تجدر الإشارة له في سياق عرضنا للحالات المختلف فيها لأهميته ما تعلق بالطلاق الموصوف بالبينونة إذ أن هذا النوع مختلف فيه لأن وصف البائن مأخوذ من عبارة الزوج وقد أجاز فقهاء الأحناف ذلك، وخالف فيه غيرهم لأن حجتهم في ذلك أن وصف الطلاق إنما هو من عمل الشارع فما وصفه الشارع بأنه بائن فهو بائن، وما لم يصفه بذلك فهو رجعي⁽³¹⁴⁾ وذلك لأن الله سبحانه وتعالى يقول : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا﴾⁽³¹⁵⁾.

إن هذه الوجهة من النظر جديرة بالقبول والترجيح فليس الطلاق كما قال الحنفية مطلقا للزوج بل هو مقيد بالنصوص الواردة فيه وكتاب الله وسنة رسوله أجدر بالاتباع.

ونظر لأهمية الطلاق البائن من حيث كونه طلاق باعتبار أثره فقد وضع الفقهاء لهذا النموذج من الطلاق نوعين منه طلاق بائن بينونة صغرى، وطلاق بائن بينونة كبرى الطلاق البائن بينونة صغرى :هو الطلاق دون الثلاث أي الذي لم تكتمل فيه، الثلاث طلقات فالطلاق قبل الدخول إذا كان لأول مرة أو لثاني مرة فهو بائن بينونة صغرى، والطلاق على مال متى كان كذلك فهو بائن بينونة صغرى.

المعيار الجوهري في الطلاق البائن بينونة صغرى : إن المعيار الجوهري في الطلاق البائن يكمن في أن المرأة المدخول بها اذا ما طلقها زوجها لأول مرة طلقة واحدة ثم إنتهت عدتها فإن هذا الطلاق الذي بدأ رجعيًا يتحول بعد إنتهاء العدة الى كونه طلاقا بائنا، ونظراً لكونها هي الطلقة الأولى فإنه يكون بائنا بينونة صغرى.

ما يترتب على هذا المعيار الجوهري في الطلاق ذا البينونة الصغرى أنه من حق الرجل أن يتزوجها مرة ثانية بعقد ومهر جديدين متى توافرت سائر الشروط الأخرى لعقد الزواج وكذلك الحال بالنسبة للطلاق الثاني فإذا ما طلقها ثانياً ثم إنتهت عدتها أصبح طلاقها بائن ولكن مع هذا يجوز⁽³¹⁶⁾ له أن يتزوجها مرة أخرى بعقد ومهر جديدين، مع مراعاة سائر الشروط والأركان.

(314) د. أبو زهرة الأحوال الشخصية ص 363 - المحلي 264 / 10 مسألة 1973 لابن حزم

(315) سورة البقرة آية 228 من مصحف رواية حفص عن عاصم بالرسم العثماني.

(316) سبل السلام ج 3 ص 171 وما يليها.

أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى : انه من خلال إستنتاجنا الذي توصلنا اليه على ضوء إستنتاجنا لأحكامه فانها نتلخص فيما يلي :

1. البائن بينونة صغرى يزيل العصمة الزوجية ولكنه لا يزيل حل التزوج فهو ينهى عقد الزواج الذي طرأ هذا الطلاق عليه . ولكن لا يمنع من الزواج بها مرة ثانية بعد ومهر جديدين كما وضحنا.

2. نقص عدد الطلقات التي يملكها⁽³¹⁷⁾ الزواج كالطلاق الرجعي.

3. منع التوارث بين الزوجين : فاذا مات أحدهما أثناء العدة لا يرثه الآخر، لأن الطلاق البائن ينهي الزوجة بمجرد صدوره إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت وقامت قرينة على أن الزوج يقصد حرمان الزوجة من الميراث، فإنها عند الجمهور غير الشافعية ترثه ان مات في العدة، وكذا بعد العدة عند المالكية، معاملة له بنقيض مقصوده وهذا ما يطلق عليه بطلاق الفرار.

4. يلحق الطلاق الصريح عند الحنفية الطلاق البائن في أثناء العدة ويلحق البائن الصريح أيضا بشرط العدة إلا إذا كان الطلاق الثاني بائنا بلفظ الكناية يحتمل الاخبار عن البينونة الأولى.

الطلاق البائن بينونة كبرى : هو الطلاق المكمل للثلاث فإذا ما طلق الرجل زوجته الطلقة الثالثة انفصلت عنه نهائيا، ذلك أن الطلقة الأولى محك وتجربة، وأما الطلقة الثانية فهي تجربة أخرى، وامتحان أخير، فإن صلحت الحياة بعدها فذاك، وإلا فالطلقة الثالثة دليل على فساد أصيل في الحياة الزوجية، لا تصلح معه حياة بينهما، وعلى أية حالة فلا يجوز أن يكون الطلاق إلا علاجا أخيرا لعله لا يجدي معها سواه. فإذا وقعت الطلقتان فاما إمساك للزوجة بالمعروف وإستئناف حياة رضية رحية وإما تسريح لها باحسان لاعنت فيه ولا إيذاء وهو الطلقة الثالثة التي تمضي بعدها الزوجة الى خط جديد في الحياة.⁽³¹⁸⁾

* المعيار الجوهرى للطلاق البائن بينونة كبرى

أولاً : فسم عرى الزوجية نهائيا بحيث لا تحل هذه المرأة لهذا الرجل إلا إذا تزوجت رجلاً آخر زواجا شرعيا بنية الدوام والاستمرار ودخل بها دخولاً حقيقياً.

(317) الشرح الصغير لابن قدامة ج 2 ص 537.

(318) الشوكاني . نيل الأوطار ج 7 ص 3 وما يليها.

ثانياً : في حالة ما إذا طلقها الزوج الثاني طلاقاً طبيعياً معتاداً فإذا ما إنتهت عدتها يجوز لزوجها الأول أن يتزوجها مرة أخرى.

ثالثاً : رغبة الطرفين في العودة ومدى استعدادهما للعيش في حياة زوجية جديدة.

رابعاً : الشرط الجوهري للعودة جاء صريحاً في نص المشروع قال تعالى : ﴿إِنْ ظَنَّا أَنْ يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ بَيْنَهَا يُقُومُ يَعْلَمُونَ﴾.

*** الفارق الجوهري بين البينونة الكبرى والصغرى**

- إن طلاق البينونة الصغرى يزيل العصمة الزوجية ولكنه لا يزيل حل الزوج.
- إن طلاق البائن بينونة كبرى يُفصم عرى الزوجية نهائياً بحيث لا تحل هذه المرأة لهذا الرجل إلا إذا تزوجت رجلاً آخر زواجا شرعياً بنية الدوام والاستمرار ويكون دخولها منه دخولاً حقيقياً.

المطلب الخامس : الطلاق الثلاث بلفظ واحد :

للفقهاء اراء ثلاثة في جمع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة هي :

الرأي الأول : قول الجمهور منهم أئمة المذاهب الأربعة والظاهرية يقع به ثلاث طلاقات، وهو منقول عن أكثر منهم الخلفاء الراشدون عدا أبي بكر والعبادلة الأربعة (ابن عمر، وابن عمرو وابن عباس، وابن مسعود) وأبو هريرة وغيرهم ومنقول من أكثر التابعين لكن لا يسن أن يطلق الرجل أكثر من واحدة عند الحنفية والمالكية.

الرأي الثاني : وهو قول الشيعة الامامية : لا يقع به شيء.

الرأي الثالث : قول الزيدية وبعض الظاهرية وابن اسحاق وابن تيمية وابن القيم يقع به واحدة، ولا تأثير للفظ فيه.

*** أدلة هذه الآراء :⁽³¹⁹⁾**

إن أدلة الامامية القائلة بأنه لا يقع شيء : هي نفس الأدلة التي إستدلوا بها على عدم وقوع الطلاق في الحيض، لأن كلا منهما غير مشروع.

أدلة الزيدية، وابن تيمية، وابن القيم، القائلة، بوقوع طلاق واحد تتلخص فيما يلي:

(319) الفقه الاسلامي وأدلته ج 7 ص408 مرجع سابق .

ان المشروع بتفريق الطلاق مرة بعد مرة، لأن الشارع الحكيم ورد في نصه **الطلاق مرتان** ولم يقل طلقتان وليس مشروعاً عندهم، كون الطلاق كله دفعة واحدة فإذا جمع الطلاق الثلاث في لفظ واحد، لا يقع إلا واحدة، والمطلق بلفظ الثلاث مطلق بواحدة، لا مطلق ثلاث،⁽³²⁰⁾ ويستطرد الفقهاء في أدلتهم بقولهم بأن الآية ترشد الى الطلاق المشروع أو المباح وليس فيها دلالة على وقوع الطلاق وعدم وقوعه إذا لم يكن مفارقاً فيكون المرجع إلى السنة والسنة بينت أن الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً ودليلهم في ذلك ما جاء في السنة في قصة ابن عمر الذي طلق إمرأته في أثناء الحيض أنه قال : يا رسول الله، أ رأيت لو طلقها ثلاثاً، أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال : لا، كانت تبين منك وتكون معصية⁽³²¹⁾ وأيضاً ما جاء في حديث ابن عباس القائل : كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة» فقال عمر بن الخطاب «إن الناس قد إستعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم».⁽³²²⁾

إن الحديث الذي استند اليه جمهور الفقهاء واضح الدلالة على جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة، وعلى أنه وهذا في نظري لا تقوم به الحجة، إذ لا يعقل أن يكون الطلاق في الصدر الأول للتشريع بلا سبب يدعو إليه أو ضرورة تبرره، لأن الطلاق على هذه الصورة فيه ظلم للمرأة واضرار بها دون سند.

ناهيك عن الضرر فيما لو كان لهما أولاد، فالطلاق إذن تشريع إستثنائي لا يلجأ اليه إلا عند الحاجة وليس أمراً مباحاً ولا مرغوباً فيه يستعمله الزوج متى شاء وكيف شاء لتنفيذ الشارع في أكثر من نص وقد سبق وأن وضحت ذلك جملة وتفصيلاً في المبحث.

لم ينسخ لاستمرار العمل به في عهد أبي بكر وسنتين من خلافة عمر ولأن عمر أمضاه من باب المصلحة والسياسة الشرعية.

ويرى الفقهاء في أن عمر رضي الله عنه أمضاه من باب المصلحة، لأنه رأى في زمانه أموراً ظهرت وأحوالاً تغيرت، وفشل إيقاع⁽³²³⁾ الثلاث جملة بلفظ لا يحتمل التأويل ألزمهم الثلاث في صورة التكرير إذ صار الغالب عليهم قصدها وعليه أشار اليه بقوله : إن الناس قد إستعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة. بينما الناس في عهد أبي بكر رضي الله عنه كانوا على صدقهم وسلامتهم وقصدهم في الغالب الفضيلة والاختيار، لم يظهر فيهم

(320) الفقه الاسلامي وأدلة جـ 7 ص 408 مرجع سابق .

(321) رواه الدار قطني عن الحسن عن ابن عمر لكن في إسناده ضعيف (نيل الأوطار 227 / 6 - 228.

(322) رواه أحمد ومسلم عن طاووس عن أبي عباس (نيل الأوطار 230. / 6

(323) حاشية ابن عابدين : ط 2 ص 653.

حبٌ ولا خداع وكانوا يصدقون في إرادة التوكيد، ومنه أيضا قد استدل فقهاء المذاهب الأربعة، على وقوع ثلاث طلاقات من الكتاب، والسنة والإجماع والأثر والقياس :

من الكتاب : منه قوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ فهو يدل على وقوع الثلاث معا مع كونه منهيًا عنه لأن قوله تعالى : **الطلاق مرتان** تنبيه الى الحكمة من التفريق ليتمكن من المراجعة، فاذا خالف الرجل الحكمة وطلق اثنتين معا، صح وقوعهما اذ لا تفريق بينهما، ثم إن قوله تعالى : ﴿**فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره**﴾ يدل على تحريمها عليه بالثالثة بعد اثنتين، ولم يفرق بين إيقاعهما في طهر واحداً في أطهار.

وأیضا منه آية : ﴿**وللمطلقات متاع بالمعروف**﴾ وغيرها من آيات الطلاق فتدل ظواهر هذه الآيات على الفرق بين إيقاع الطلقة الواحدة والثنتين والثلاث.

ومنها ما روى مالك في الموطأ أن رجلاً جاء الى ابن مسعود فقال : إني طلقت إمرأتي ثمانى تطليقات، فقال : ما قيل لك ؟ فقال : قيل لي : بانت منك، قال : هو مثل ما يقولون.

وروى أيضا : أن رجلاً جاء الى علي بن أبي طالب فقال : إني طلقت إمرأتي الف، فقال : بانت منك بثلاث.

القياس ⁽³²⁴⁾ : قال ابن قدامة : ان النكاح ملك يصح إزالته متفرقا، فصح مجتمعا كسائر الأملاك وناقشه ابن القيم بأن المطلق إذا جمع ما أمر بتفريقه فقد تعدى حدود الله وخالف ما شرعه. وقال القرطبي : ⁽³²⁵⁾ وحجة الجمهور من جهة اللزوم ظاهرة جداً : وهو أن المطلقة ثلاثا لا تحل للمطلق حتى تنكح زوجا غيره.

والظاهر لنا رجحان رأي الجمهور : وهو وقوع الطلاق ثلاثا إذا طلق الرجل إمرأته دفعة واحدة، لكن إذا رجح الحاكم رأيا ضعيفا صار هو الحكم الأقوى.

والمشرع الجزائري في هذا الصدد كرس العمل في تشريعه بطلاق الثلاث المتتالي بموجب المادة 51 من قانون 11 84 والقانون المعدل والمتمم 05 / 09 وهذا صونا للرابطة الزوجية وحماية لمصلحة الأولاد خصوصا ونحن في وقت قل فيه الورع والاحتياط وتهاون الناس في التلفظ بهذه الصيغة من الطلاق، وهم يقصدون غالبا التهديد والزجر ويعلمون أن

(324) المغني 7/ 105.

(325) فتح الباري 365. / 9

الفقه منفذ للحل ومراجعة للزوجة، إنه من خلال إستنتاجنا للآراء وأدلة جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة مانعك بالطلاق بالثلاث بلفظ واحد نستنتج النقاط الثلاث الآتية :

أولاً : ان الطلاق الذي كان سائداً في عهد النبي ﷺ وفي عهد أبي بكر ومدة سنتين من خلافة عمر بن الخطاب هو طلاق السنة الذي نص عليه القرآن الكريم وبينته السنة بيانا وافيا باعتبارها مفصلة لما جاء مجملاً في نص الشارع الحكيم.

ثانياً : لما أخذت ظاهرة إنتشار إيقاع الطلاق الثلاث بلفظ واحد بعد سنتين من بدء خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمضى ذلك عمر فقد روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : « كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم. ⁽³²⁶⁾

ثالثاً : قال جمهور الفقهاء، ومنهم الأئمة الأربعة، ومن قبلهم جمع كبير من فقهاء التابعين ومن بعدهم جمع كبير من علماء المسلمين أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع ثلاثاً عملاً بما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وخالف ذلك بعض العلماء حيث قالوا إن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة رجعية وقد سبقت الإشارة له في الأدلة.

وما يلاحظ أن فقهاء المذاهب الأربعة حتماً أخذوا بطلاق السنة لم يكونوا إلاّ متتبعين لمجموع النصوص الواردة في السنة والتي منها قوله ﷺ عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي أما الذين لم يأخذوا بما جاء عن عمر بن الخطاب فقد قالوا أن ما فعله عمر كان سياسة وقتية زال الداعي لها فوجب الرجوع الى الأصل وهو ما كان زمن رسول الله ﷺ.

* تسبيب الأدلة الشرعية

لقد وضع الفقهاء بالاجماع، في اعتماد أدلة شرعية للمطلقة ثلاثاً، من المصدر الأول للتشريع (القران)، والمصدر الثاني للتشريع (السنة)، وسلکوا في ذلك تفسيراً لدلالاتها.

أولاً : من نصوص القرآن الكريم :

قال تعالى : ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ ⁽³²⁷⁾.

(326) إن مظنة عمر في ذلك كان التشديد حتى يمنع الناس من إيقاع الطلاق بهذه الصورة . ويعاقب كل من يخالف السنة في الطلاق، وذلك بأن يلزمه بالعبرة يتلفظ بها.
(327) سورة البقرة الآية 229.

قال تعالى : ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ، وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾⁽³²⁸⁾.

قال المفسرون⁽³²⁹⁾ في تفسير الآيتين الكريمتين وبالتالي بيان ما تدلان عليه، ما يأتي : ان للزوج مع زوجته بعد أن يطلقها الطلقة الثانية ثلاث حالات:⁽³³⁰⁾

الحالة الأولى : أن يُراجعها في العدة، وهو المراد بقوله تعالى : ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ﴾.

الحالة الثانية : أن لا يراجعها بعد الطلقة الثانية، بل يتركها حتى تنقضي عدتها وتقع البينونة بينهما، وهو المراد بقوله تعالى : ﴿أَوْ تَصْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾.

الحالة الثالثة : أن يطلقها طلقة ثالثة، وهي المراد بقوله تعالى : ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا، فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، ومعنى ذلك أن هذه المطلقة ثلاثا لا تحل لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره، ثم يفارقها بطلاق أو موت، ثم تنقضي عدتها منه، ثم إذا رغبت هي ورغب مطلقها الأول أن يتراجعا بأن يعقد عقد شرعي صحيح جديد جاز لهما ذلك.

ومن خلال إستقراءنا مسألة طلاق الثلاث نستنتج الملاحظات التالية:

أن المطلقة ثلاثا تعتبر محرمة على مطلقها حرمة مؤقتة قبل أن تتم شروط إحلالها للمطلقها، كما استطرد المفسرون في تفسيرهم في قوله تعالى ض: حتى تنكح زوجا غيره يأى أن الآية اشترطت لحل المطلقة ثلاثا لمطلقها أن (تنكح زوجا غيره) كما هو صريح هذه الآية، ثم يفارقها بموت أو طلاق وتنقضي عدتها، ثم إن أراد عقد نكاح جديد بينهما جاز لهما ذلك، والسؤال الذي طرحه العلماء في هذا السياق وهو : ما المقصود بقوله تعالى «حتى تنكح» بمعنى هل يكفي أن يعقد عليها الزوج الجديد عقد نكاح جديد أم لا بد بعد العقد من الدخول بها، وقد استطرد في هذا المعنى سعيد بن المسيب : مجرد عقد النكاح يكفي لتحقيق شرط حتى تنكح زوجا غيره وقال عامة العلماء : لا يكفي مجرد العقد، بل لا بد من الوطء أيضا أي لا بد من الدخول بها، وقد استدل العامة من العلماء بخمسة من الأدلة وهي :

- الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ قال أهل العلم إن «النكاح» في

هذه الآية يقصد به الجماع أي وطء الرجل زوجته ؛ لأن الله تعالى قال ض: زوجا غيره يفقد

(328) سورة البقرة رقم الآية 230.

(329) تفسير الرازي ج 6 ، ص 111 «تفسير القرطبي» ج 3 ، ص 147-148.

(330) أ. د. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة ص 229 - 300 ج 6 مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى 1993 - بيروت ، لبنان.

تقدمت الزوجية على النكاح، فصار يعني الجماع الوطء أي أن قوله تعالى ض: حتى تنكح» يدل على الوطء، وقوله «زوجا» يدل على عقد الزواج.

- **الدليل الثاني** : أخرج الامامان الجليلان : البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت : كنت عند رفاعة فطلقني فأنت طلاقني، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، إنما معه مثل هُدبة الثوب فقال ﷺ أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك. ⁽³³¹⁾

وأخرج البخاري ومسلم عن عائشة - رضي الله عنها - : «أن رجلا طلق امرأته ثلاثا فتزوجت فطلق، فسئل النبي ﷺ : أتحل للأول، فقال : لا، حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول. ⁽³³²⁾

- **الدليل الثالث** : لقد قال العلماء في دلالة هذين الحديثين الشريفين الذين رواهما البخاري ومسلم : أنه لا يحصل التحليل للزوج الأول المطلق إلا بدخول الزوج الثاني بها - أي يوطئها - وهذا هو معنى : «حتى يذوق عسيلتها وتذوق عسيلته»، لأن هذه العبارة كناية عن الجماع ولذته، ولأن العرب تسمي كل شيء تستلذه عسلا ⁽³³³⁾

الدليل الرابع : قال الإمام النووي في شرحه الحديث الأول - حديث إمارة رفاعة القرظي : «وفي هذا الحديث أن المطلقة ثلاثا لا تحل لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ويوطئها، ثم يفارقها وتنقضي عدتها، فأما مجرد عقده عليها فلا يباحها للأول، وبه قال جميع العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم، وانفرد سعيد المسيب فقال : «إذا عقد الثاني عليها ثم فارقها، حلت للأول ⁽³³⁴⁾ ولا يشترط الثاني، وقد أي جمهور الفقهاء : «العلة لم يبلغه هذا الحديث.

- **الدليل الخامس** : وإستدل بوجود الذوق منها : «حتى يذوق عسيلتها، وتذوق عسيلته» لإشترط علم الزوجين به، حتى لو وطأها نائمة أو مغمى عليها لم يكف ذلك ولو أنزل هو.

قال الإمام القرطبي في هذا الحديث هو حجة لمن قال : لو وطأها نائمة أو مغمى عليها لم تحل أي لم تحل لمطلقها الأول بعد أن يطلقها زوجها الثاني وتنقضي عدته ⁽³³⁵⁾ منه

(331) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ج 2 ص 98.

(332) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ج 2 ص 98.

(333) شرح العسقلاني لصحيح البخاري ج 9 ص 467 - 466.

(334) صحيح مسلم بشرح النووي ج 3 ص 302.

(335) أ. د. عبد الكريم زيدان المرجع السابق ص 306-301.

* موقفي من هذا الخلاف

لا شك أننا نرجح المذهب الأول لقوة سنده، ولما فيه من تحقيق المصلحة العامة وهو ما يتفق مع روح الشريعة ومعقولها وما تدعو إليه مقاصدها العامة، التي تحرص كل الحرص على ابقاء الرابطة الزوجية بقدسيته وأبديتها، تحقيقاً للغرض الذي شرع الزواج من أجله وهو دوام العشرة والتعاون المشترك على إنشاء الأسرة وتربية الأولاد وتدعيم المجتمع في لبناته الأولى.

أما الطلاق فهو خلاف الأصل، ولا مجال للتفكير فيه إلا في الأحوال الاستثنائية النادرة التي لا تحقق فيها الحكمة من تشريع الزواج.

إن الشريعة الإسلامية الغراء لم ترخص في الطلاق إلا لتجنب ما هو أخطر منه عندما لا تقام حدود الله. وتصبح الرابطة الزوجية شراً على أصحابها وعلى الأولاد الذين جاءوا عن طريق هذا الزواج فهنا فقط ترخص الشريعة الغراء في الطلاق علاجاً لهذه الحالة الشاذة وإذا كان في بعض روايات الحديث المشار إليه ضعف في بعض الوجوه فإن هذا لا يؤثر مطلقاً في قوة هذا المذهب القائل بأن الأصل في الطلاق هو الخطر. وذلك للأسباب التالية :

أولاً : إن الحديث المستند إليه في هذه المسألة ورد من طرق كثيرة بعضها صحيح كما أشرنا في الهوامش تصحيح علماء الحديث له ومن بينهم «الحاكم» فضلاً عن أن تعدد الطرق في رواية الحديث يفيد أن له أصلاً في الجملة.

ثانياً : إن الناس آنذاك قد تلقوا الحديث بالقبول على الرغم من الضعف في بعض طرقه وهذا يعطي الحديث قوة القبول ويعوض الضعف المذكور.

ثالثاً : وردت أحاديث أخرى صحيحة تؤكد هذا المعنى منها :الحديث التالي :«أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»⁽³³⁶⁾.

رابعاً : إن القواعد العامة في الفقه الإسلامي، توجب القول :بأن الأصل في الطلاق هو الحظر، وذلك لأن الغرض المؤدي إليه، في عقد الزواج هو الدوام والاستمرار، لكون أن طلاق التعسف بدون مبرر يؤدي إلى إضرار وضرر والقاعدة الفقهية الثابتة في هذا الحال تنص على أنه : «لا ضرر ولا ضرار».

(336) نيل الأوطار ج 7 ص2.

وعليه فإن الرأي المعارض فلا حجة له سوى أن بعض الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يُطلقون في عهد رسول الله ﷺ دون انكار.

المبحث الثالث

خصائص الطلاق الشرعية

ينهى عقد الزواج بأحد الطريقتين، الأولى حتمي، لا سبيل إلى تفاديه وهو وفاة أحد الزوجين، والثاني وهو الطلاق يكره ولا يُحب ولكنه إحدى حقائق الحياة، ولهذا كان الطلاق أبغض الحلال عند الله.

وعليه قد وضعت الشريعة الإسلامية الغراء مجموعة من الضوابط عند إنشاء عقد الزواج، تكفل إستمراره، وتحول دون انحلاله، من أجل ذلك كان الطلاق في أصله محظورا، وإذا كان الحل الوحيد، للخروج من شقاق لا يحتمل، فيصبح الطلاق في هذه الحالة مباحا، كما وضع التشريع الإسلامي مجموعة من الاجراءات، تسبقه قبل ايقاعه، ومنها أنه لم يجعل طلبة واحدة، بل فتح الطريق أمام الطرفين لمواجهة النفس، وإصلاح الخطأ، فجاءت الآيات القرآنية تقضي بأن الطلاق مرتان، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وحتى في الطلبة الثالثة، فإن إستئناف الحياة الزوجية مرة أخرى ممكن، بعد أن تتزوج المرأة زواجا آخر يفارقها، بطلاق، أو وفاة.

إن ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها، من الشرائع السماوية الأخرى في هذا الصدد أنها وضعت الطلاق بيد الرجل ولكنه لم تتركه حراً في إيقاعه، يستبد به وحده، ولا تجد الزوجة سبيلا للتحرر من زواج فاشل، أو زوج سيء، إذ أن وسطية الشريعة الإسلامية تأبى ذلك، فالأصل في الطلاق أنه بيد الزوج. ولكن للزوجة أن تفتدي نفسها في فرقة تسمى خُلعا، ولها أن تلجأ إلى القضاء، ليقضي بالتطليق عند ثبوت الأضرار، أو الاعسار أو الغيبة، إلى غيرها من أنواع الفرقة التي تعيد التوازن بين طرفي عقد الزواج، حتى لا يستبد الزوج بمصير الأسرة وحتى لا تنتهز المرأة فتقارقه.

خصائص الطلاق في الشريعة الإسلامية :

لما كان الطلاق : هو الطريق الطبيعي للفرقة بين الزوجين، وهو طريق لا يسلك إلا ضرورة تبيح المحذور، وتبرر المكروه، فكان لزاما تواجد خصائص له وهي كالآتي :

- 1- الأصل في الطلاق الحظر 2 - الأصل في الطلاق أنه بيد الزوج 3 - الأصل في الطلاق التتابع والتعدد.

الخاصية الأولى : الأصل في الطلاق الحظر :

لقد اختلف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق، فقال بعضهم بالاباحة، وقال بعضهم بالحظر، والخلاف متعلق بحكم أصل الطلاق، - قبل أن تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة⁽³³⁷⁾ لأن الطلاق من حيث هو طلاق جائز يرد عليه الوجوب، والندب، والحرمة والكراهة، مما يترتب على ذلك التفرقة بين ايقاع الطلاق، ووقوعه.

أما ما تعلق بايقاع الطلاق، فهو فعل الزوج وهو الذي تعتريه الأحكام التكليفية، ويوصف بالحل، أو الحظر.

أما وقوع الطلاق، فهو حكم الشرع، وهو يترتب بعد الايقاع مباشرة، ويظهر أثر هذه التفرقة حينما يكون ايقاع الطلاق محظوراً يؤاخذ الزوج عليه قضاء، أو ديانة ومع ذلك يتم وقوع الطلاق، ويترتب عليه حكماً من جهة الشرع.

وعليه فقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية ما تعلق بالاباحة في الطلاق، والحظر فيه، إلى إتجاهين :

I- الاتجاه الذي يقول بالاباحة :

يرى جمهور الفقهاء أن الأصل في الطلاق الاباحة، وقد يخرج عنها في أحوال : يقول «القرطبي» في تفسيره في هذا الصدد : «لقد دل الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، على أن الطلاق مباح غير محظور»⁽³³⁸⁾، ومنه أيضاً ما يقوله **ابن المنذر** : «ليس في المنع منه خير يثبت»، كما جاء في هذا الصدد قول السرخسي في كتابه «المبسوط» : «وايقاع الطلاق مباح، وأن كان مبغضاً في الأصل»⁽³³⁹⁾.

- أدلة هذا الاتجاه :

لقد استند جمهور الفقهاء في اتجاههم هذا، إلى أدلة من الكتاب، والسنة، والأثر، والقياس، تتضافر كلها في موقف واحد وهو : «أن الحكم الأصلي للطلاق الاباحة».

1. الأدلة من القرآن الكريم : يرى هذا الاتجاه أن آيات القرآن الكريم، التي تناولت الطلاق، جاءت مُطْلَقَةً ليس فيها منع أو تحريم ومن ذلك قول الله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ ومنه أيضاً قوله تعالى :

(337) مقاصد بالأحكام الشرعية الخمسة (الحرمة، المكروهية، الاستحباب والندب، الوجوب.

(338) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن ج 3 ص 126.

(339) السرخسي - المبسوط ج 6 ص 2.

﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ ، فان الآيات هنا تفيد إباحة الطلاق، ولا جناح على الزوج، في إيقاعه كما جاء في النص القرآني الكريم.

2، الأدلة من السنة : لقد إستدل الفقهاء بالسنة العملية، لرسول الله ﷺ أنه طلق زوجته حتى نزل الوحي يقول له :راجعها فإنها صوامة، قوامة، والنبي ﷺ لا يفعل المحذور، ومن ذلك نجد أن صحابة الرسول ﷺ طلقوا زوجاتهم، دون بيان لسبب الطلاق، فلم ينكر الرسول عليهم ذلك فدل على أنه مباح، وعليه فقد طلق عمر رضي الله عنه أم عاصم، وطلق عبد الرحمن ابن عوف تماضر.

II- الاتجاه الذي يقول بالحظر :

يرى عدد من الفقهاء ينتمون الى مذاهب مختلفة، الى القول : بأن الأصل في الطلاق الحظر، وفي ذلك يقول : «ابن الهمام الحنفي»⁽³⁴⁰⁾ «والأصح حظره إلا حاجة». ومنه ما جاء في فتاوي ابن تيمية⁽³⁴¹⁾ «الأصل في الطلاق الحظر، وإنما أبيح منه قدر الحاجة».

أدلة هذا الاتجاه :

لقد إستند أصحاب هذا الرأي إلى أدلة كثيرة : من الكتاب، والسنة، تدل عندهم على «أن الأصل في حكم الطلاق الحظر».

1. الأدلة من القرآن الكريم : قال تعالى : ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة بغي، وظلم وهذا ممنوع، ومحذور، في الشريعة الإسلامية.

2، الأدلة من السنة : لقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه، أن أحاديث الرسول ﷺ تعد سندا قويا، لموضوع الطلاق بالحظر، ومن هذه الأحاديث قوله ﷺ :

«أبغض الحلال عند الله الطلاق»، وقال ﷺ : «تزوجوا، ولا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين والذواقات».

فالأحاديث أعلاه تنهي عن الطلاق، بما يدل على أن الأصل في الطلاق الحظر، من أجل ذلك ضيق الشارع الحكيم في الطلاق، أشد التضييق .

(340) الكمال بن الهمام : فتح القدير ج 3 ص 22.

(341) ابن تيمية : الفتاوى ط 1 فرج الله ج 3 ص 16.

وعليه فقد إستحسن القرآن الكريم من الرسول صلى الله عليه وسلم الحاجة على زيد بن حارثة أن يمسك عليه زوجته، بالرغم من إستمرار الشقاق بينهما، حيث جاء في قوله تعالى في سورة الأحزاب - واذ تقول للذي أنعم الله عليه، وأنعمت عليه، أمسك عليك زوجك واتق الله يفاعتبر القرآن الكريم الامتناع عن الطلاق من نوع التقوى، والبر، وقد نَفَرَّ القرآن الكريم من الطلاق بقوله : ﴿وإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً﴾ هذه الآيات وأشباهاها، تؤكد تلميحا صريحا أن الأصل في الطلاق الحظر، وأن إباحته مقيدة بالحاجة، لأن الزواج رباط مقدس سماه القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، طبقا لقوله تعالى : ﴿وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا﴾.

ومنه ما عبر به الرسول ﷺ في قوله : «تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهترله عرش الرحمن».

وأيّا ما كان الأمر في إختلاف الفقهاء حول الحظر، والاباحة، في الحكم الأصلي، للطلاق فانهم يتفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكليفية، حسب الظروف، والأحوال، وما يؤكد ذلك الأمور التالية :

1. لا يباح الطلاق إلا عند الحاجة : فالضرورة كما يقول البعض، هي التي تبيح الطلاق لأنه هدم لبناء قائم - تعلقت ببقائه أغراض، ومصالح، وربما لم تكن قاصرة على الزوجة وحدها، فعسى أن يكون هناك أطفال يشقون بالطلاق، وعسى أن يشقى به الزوج، نفسه فهو بلا حاجة ضرر واضح، لا يمكن أن تقرره الشريعة الإسلامية، والذي جعل من مبادئه العامة، كما أشار الرسول ﷺ مبدأ «لا ضرر ولا ضرار» وهذا ما سماه ابن عباس كما رواه البخاري «الطلاق عن وطر».

2. محاولة الإصلاح أولاً بكل حيلة : وهو واجب على الزوج المسلم حتى لا ينفطر عقد الأسرة، ويتفرق شمل الأولاد، وقد نَفَرَّ الرسول ﷺ من الطلاق إلا عند توافر أسباب توجبه، وقد قال ﷺ فيما رواه أبو داود، بإسناد صحيح «أبغض الحلال عند الله الطلاق».

الخاصية الثانية : الأصل في الطلاق أنه بيد الزوج :إن الطلاق في المعنى الاصطلاحي ينصرف إلى الفرقة، التي يوقعها الزوج بالإرادة المنفردة، وقد دل على ذلك قوله ﷺ : «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق».

ومنه ما ذكره العلامة «الفقيه محمد بن عبد الرحمن البخاري»⁽³⁴²⁾ رأيه في مسألة الطلاق بيد الزوج، ولم يكن بين المرأة حيث سبب بالتالي : أن المرأة سريعة الاغترار

(342) محمد بن عبد الرحمن البخاري - محاسن الاسلام ص 51 ص 386 وهو من فقهاء القرن السادس الهجري.

لا روية لها، في أمورها، فلو جعل الطلاق إليها لبادرت الى التطليق عند كل قليل، أو كثير فإن رغد عيشها بطرت وإن عسر أمرها ضجرت، فمالت عنه فقلما يحصل الدوام على النكاح فالشرع جعل الطلاق الى الزوج ليتأمل، ويتفكر، ويستعمله عقله في هذا، هل الصلاح في المقام معها، أو مفارقتها، فهذه حكمة بالغة، ورحمة من الله، ولم يشترط العوض في الطلاق، لأنه لو شرط العوض، لشرط عليها وهي عاجزة عن أداء العوض على ما عليه جبيلتها فلا يحصل المقصود بشرع الطلاق، ولم يجعل الطلاق إليهما كما في النكاح الذي لا يتم إلا بإيجاب وقبول، فإنه لو جعل الطلاق إليهما ربما يرى أحدهما الصلاح لنفسه في فراقهما، والآخر لا يوافقه فلا يصل الى ما هو مطلوبه، وصلاحه، ففوض إلى أحدهما وخص به الزوج.

لماذا الطلاق بيد الرجل ؟

يقول : الدكتور مصطفى السباعي ⁽³⁴³⁾ في هذا الصدد :

(إن الاحتمالات العقلية في هذا الموضوع لا تخلو عن أربعة) :

1. أن يجعل الطلاق بيد المرأة وحدها،
 2. أن يجعل الطلاق باتفاق الرجل والمرأة معا.
 3. أن يجعل الطلاق عن طريق المحكمة،
 4. أن يجعل الطلاق بيد الرجل وحده».
- الاحتمال الأول : جعل الطلاق بيد المرأة وحدها :**

انه لا سبيل لاعطاء المرأة وحدها حق الطلاق، لأن فيه خسارة مالية للرجل، وزعزعة لكيان الأسرة، والمرأة لا تخسر ماديا بالطلاق، بل تريح مهراً جديداً، وبيتاً جديداً، وعريساً جديداً، وانما الذي يخسر هو الرجل الذي دفع المهر للمرأة، ويقوم بنفقة البيت والأولاد، وقد دفع نفقات العرس، وثمن أثاث البيت وإذا كان من القواعد الشرعية المسلم بها أن الغرم بالغنم كان من العدالة، أن يعطي الرجل حق ايقاع الطلاق، ما دنا قد ألزمناه بالمهر ونفقات الزوجة والأسرة، فلا يهدم ما بناه بسهولة، ودون ضرورة ملحة وهو العارف بما كلفه الزواج الأول، وما يكلفه الزواج الثاني إذا أراده، أما إذا أعطيت المرأة حق الطلاق سهل عليها أن توقعه متى اختصمت مع الزوج، نكاية فيه، وعناداً له، ورغبة في تغريمه، والانتقام منه.

(343) د. مصطفى السباعي : شرح قانون الأحوال الشخصية ط 7 دمشق سنة 1966 ص 241.

ولا يسأل الرجل عن سبب الطلاق، ذلك لأن الطلاق بالهوى جائز وليس لابرار تفوق الرجل وقدرته على الفرقة بالارادة المنفردة، بل إن ذلك له حكمة بالغة، وهي المحافظة على أسرار الأسرة، وصيانة كرامة المرأة، وسمعتها حتى لا تصبح حياتها الخاصة حديث الناس وتعرض أسرار أسرتها على رؤوس الاشهاد، وقد أشار الفقيه الماوردي في كتابه (الحاوي) الى تعليل جعل الطلاق بيد الزوج فقال: والطلاق لا يصح الا من زوج، ولا يقع الا على زوجة، فيختص الزوج بالطلاق، وإن إشتراك الزوجان في عقد الزواج.

وعليه فان المرأة لم يجعل الطلاق اليها، لأن عاطفتها تغلبها فلم تؤمن منها معالجة الطلاق عند التنافر، والرجل أغلب لشهوته منها، وأنه يؤمن منه معالجة الطلاق عند التنافر.

2. الاحتمال الثاني : جعل الطلاق باتفاق الرجل والمرأة معاً

ان جعل الطلاق باتفاق الرجل والمرأة معاً، هو رهن اجتماع مشيئتهما، فهذا فيه تعطيل للطلاق، لأصله له بحقوق المرأة، ولا بالمساواة بين الجنسين، إذ أن المرأة لا شك أنها ستعاند زوجها إذا رغب في الطلاق، وسيعاندها اذا رغبت هي، وهكذا يدور مصير الأسرة في حلقة مفرغة، ويمسك به طرفان متنافران، لا يحب أحدهما تحقيق رغبة الآخر ولا أظن القول بمثل ذلك الا محاولة للعبث بالأحكام الشرعية وهو ما تأباه القوانين شرعية كانت، أو وضعية.

إن إجبار الرجل على البقاء مع امرأة مستبدة، أو فاسدة، أو لا يطبق معاشرتها، هو ضرر كبير ذلك أن القاعدة الفقهية تنص على أنه: «لا ضرر ولا ضرار» في الشريعة الاسلامية، وليس معنى ذلك أن المرأة ليس لها أن تفارق رجلاً تكرهه ولا تحبه فالقول: بأن الطلاق تصرف انفرادي للرجل ليس على إطلاقه، فلها أن تفدي نفسها لتفارق الرجل فيما سماه الفقهاء «بالخلع»، ولها أن تطلب من القاضي أن يفرق بينها، وبين زوجها لأسباب التي توجب التفريق من إضرار، أو إفسار، أو فقد، أو غيبة، وغير ذلك من الأسباب.

وعليه فإننا نجد، أن الشريعة الاسلامية، وإن منعت أن يكون الطلاق بمشيئة الطرفين، وأعطته للرجل فإنه لم تجعله متحكماً، في أمر الزوجة بحيث لا تستطيع التخلص من حياتها الزوجية معه، الا بمحض إرادته، بل أباح لها الخلاص من الزوج المستبد، أو الظالم، أو الفاسد، بمال تدفعه أو بواسطة القاضي.

3. الاحتمال الثالث : جعل الطلاق عن طريق المحكمة:

إن الطلاق عن طريق المحكمة، هو طريق تأباه الشريعة الاسلامية لأن التقاضي سبيله شائك وعمر، تنقطع به الارحام، وتحاك فيه الدسائس، ويتهم الناس فيه بما ليس

فيهم، من أجل كسب دعوى أو الحصول على حكم، وقد يسعى الرجل في سبيل أن يُقضى له بالطلاق، أن ينشر عن زوجته مقالة سوء، أو ليفشي أسراراً لها، ينبغي أن تصان أو تحمي، لكن ذلك لم يجعل الاسلام الطلاق بين المحكمة، ولكنه جعل الطلاق أمام القاضي سبيلاً إستثنائياً إذا تعذر الطلاق بالإرادة المنفردة، أو رضى به الطرفان، أو من خلال تدخل الحكمين، فهو تدخل مشروع لحسم شقاق لا يحسمه إلا الطلاق، ذلك أن الولاية العامة في الشريعة الاسلامية، تفرض مسؤوليات جسام، على أصحابها، تأتي مسؤوليات حماية الأسرة، وصيانتها في المقدمة منها.

4. الاحتمال الرابع : جعل الطلاق بيد الرجل وحده:

ان الطلاق الذي بيد الرجل ليس مطلقاً بغير قيد، بل هو مقيد في عدده، ومقيد في زمن ايقاعه، مقيد في حكم وقوعه، وكل هذه القيود تحمي المرأة من عسف الرجل، أو ظلمه، فإذا خرج الرجل عند حدوده، وأساء إستعمال حقه، ترد إساءته، ويردع على جوره بما يتفق والحكمة التي دعت إلى تشريعه، وبما فيه منع الاضرار بالمرأة زوجة، أو مطلقة.

وعليه فإن الأصل في الطلاق، أن يتدخل المجتمع عند عجز الطرفين عن الاتفاق على إزالة أسباب الشقاق، ومهمة الحكمين في هذا، وجوبية، والأفضل أن يكونا من ذوي القرابة لأنهم أدرى ببواطن الأمور، وهو ما نص عليه القرآن الكريم : ﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريداً إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾، ذلك أن مهمة الحكمين، التردد على الزوجين، وتفحص أحوالهما، وتعرف رغباتهما، لا بصفة وكيلين عنهما بل حامين عليهما، وحكهما نافداً تحكيماً لا قضاءً.

هذا ومن خصائص الطلاق في الشريعة الإسلامية، لا تعرفه الشريعة المسيحية بكل طوائفها - ارثوذكسية، كاثوليكية، إنجيلية - إذ أن الشريعة المسيحية تحرم تحريماً مطلقاً أن يستقل الزوج بارادته المنفردة، بحل عقدة الزواج لأي سبب من الأسباب، كما أن الشريعة اليهودية، التي تقر انحلال الرابطة الزوجية إلا أمام السلطة الشرعية، وبواسطتها أي أن الانحلال فيها عند - الربانيين والقرائين - لا يكون إلا تطليقاً.

الخاصية الثالثة : الأصل في الطلاق التتابع

إن الأصل في الطلاق التعدد، والتتابع، ولا يقصد التعدد في الألفاظ، وإنما التعدد الذي يرتبط بزمان حدده الشارع، ولا يعتد خارجه بتعدد الألفاظ.

قال تعالى : ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان يوفي قوله تعالى :
الطلاق مرتان﴾. ويرى المفسرون أن الآية الكريمة أعلاه من حيث تفسيرها تحتل
تأويلين وهما كالآتي :

التأويل الأول : أنه بيان يعدد الطلاق، وتقديره بالثلاث، وأن الزوج يملك الرجعة في
الإثنين ولا يملكها في الثالثة.⁽³⁴⁴⁾

التأويل الثاني : وهو الأرجح لدينا أنه بيان لسنة الطلاق، وأنه يوجب على الزوج أن
يوقع الطلاق متعدياً في أمانة محددة، فلا يوقع الطلاق إلا في طهر محدد، ولا يجمع أكثر
من طلاق في طهور واحد وفي قوله تعالى : ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾.

وقد إستطرد المفسرون في تأويلهم للآية أعلاه، أن الإمساك المعروف، الرجعة
بعد الثانية، والتسريح بالإحسان الطلقة الثالثة وهذا ما قال به عطاء، ومجاهد، ومنه أن
الإمساك بالمعروف، الرجعة بعد الثانية، وأن التسريح بإحسان هو الإمساك عن رجعتها
حتى تنقضي عدتها فهذه، التأويلات المعتمدة تشير إلى الأمور التالية :

1. أن الزواج لا يملك ايقاع الطلقات الثلاث بلفظ واحد، أو بألفاظ ثلاثة متعاقبة، أو
متفاصلة، بل لا بد أن يطلق المرأة المدخول بها في طهر لم يجامعها فيه.

وفي هذا الصدد استدل الأحناف على أن طلاق الثلاث محرم، وإن كان واقعا لقوله
تعالى : ﴿إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة﴾ سورة الطلاق. فقد تضمنت
هذه الآية تفريق الطلاق في الأطهار من وجهين :

الوجه الأول : قوله تعالى : ﴿واحصوا العدة﴾ وإحصاؤها إنما يكون إنتظار حتى لا يقع
الطلاق فيها.

الوجه الثاني : قوله تعالى : ﴿لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾ يريد بها الرجعة، والرجعة
لا تكون في الثلاث وإنما تكون في دون الثلاث، ويقول تعالى : ﴿الطلاق مرتان﴾ فدل على أنه
لا يجوز أن يكون مرة واحدة وقد روي عن عبد الله بن عمر أنه قال : **طلقت امرأتي وهي حائض
فقال النبي ﷺ ما هكذا أمرك ربك إنما السنة أن تستقبل بها الطهر ثم تطلقها في كل قرء طلقة.**

2. لقد ترتب على ذلك أن الطلاق، ينقسم عند الفقهاء الى ثلاثة أقسام هي :

1 . طلاق سنة، 2 - طلاق بدعة، 3 - طلاق لا سنة ولا بدعة.

(344) تأويل الصحابين ، عروة ، وقتادة.

1. **طلاق السنة** : ⁽³⁴⁵⁾ هو طلاق المدخول بها في طهر، لم تجامع فيه.

2. **طلاق البدعة** : فهو طلاق اثنتين، المرأة الحائض أي التي لا تزال في عدتها، والمرأة التي في طهر جومت فيه أي اتصل بها زوجها خلاله أما الحائض، فكان طلاقها بدعة لأنها طلقت في زمان لا يحتسب من عدتها وفي هذا إضرار بها وإطالة للعدة، أما التي في طهر اتصل بها زوجها فيه، فالإشكال في أمرها هل حملت منه، فلا يعتد بالطهر، ويعتد بوضع الحمل، أم لا حمل فتعتد بالطهر.

3. طلاق لا سنة ولا بدعة : وينطبق هذا النوع من الطلاق على الفئات الخمسة التالية :

1- الصغيرة 2- صاحبة سن اليأس 3- الحامل 4- غير المدخول بها 5- المختلعة.
أما الصغيرة ومن بلغت سن اليأس، فلاعتادهما بالشهور التي تختلف بحيض ولا طهر، وأما الحامل فلاعتادها بوضع الحمل الذي لا يؤثر فيه حيض أو طهر، وأما غير المدخول بها فلأنه لا عدة عليها فيؤثر فيها حيض، أو طهر، وأما المختلعة فلأن خوفهما - الزوج والزوجة - من أن لا يقيما حدود الله، يقتضي تعجيل الطلاق، من غير اعتبار سنة ولا بدعة.

3- أما وقوع الطلاق في هذه الأقسام الثلاثة فهو على النحو التالي :

* طلاق السنة مجمع على وقوعه.

* طلاق ما لا سنة فيه، ولا بدعة مجمع على وقوعه.

* طلاق البدعة.

أما طلاق البدعة فهو محرم ديانة، ويأثم الزوج لايقاعه عند الجمع، واختلفوا في وقوعه الى رأيين :

الرأي الأول : « طلاق البدعة لا يقع قضاءً ».

إن أصحاب هذا الرأي - ومنهم الظاهرية، والشيعة الامامية، وابن تيمية، يرون أن الطلاق البدعي لا يقع، فمتى طلق زوجته في طهر، لم يجامعها فيه، أو طلقها وهي حائض، أو طلقها ثلاثا بلفظ واحد، لا يقع به طلاق، وتبقى الزوجية كما هي.

(345) ابن قدامة المغني الكبير ج 7 ص 99 - 98 بدائع الصنائع ج 3 - ص 88 فتح القدير للشوكاني ج 3 - ص 24.

إن وجه القول أعلاه يفيد أن الأمر بإيقاع الطلاق على وجه مخصوص، يقتضي الإيجاب فما وقع على غير هذا الوجه المخصوص لا يعتبر، طبقاً لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : **من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد**، وأصحاب هذا الرأي كرسوا العمل بالحديث المذكور أعلاه في طلاق البدعة بالنسبة للحائض، وبالنسبة للطلاق في طهر اتصل فيه الزوج بالزوجة، أما في الطلاق الثلاث بلفظ واحد، وألفاظ متتابعة، فقد قالوا: **بوقوع طلاق رجعية واحدة**، ونرى في هذا القول أنه معقول ذلك لأن المتلفظ بالطلاق الثلاث (طلاق الثلاث) متفرقا، أو مجموعا، لا يهدر كلامه كله، بل يحمل على أقله، وهو التطليقة الواحدة، وهذا ما ذهب إليه التشريع المصري وفقا لما جاء في **المادة الثالثة من قانون رقم 25 سنة 1925**.

الرأي الثاني : إن الطلاق البدعة يقع قضاء، وقد قال بذلك كثير من الصحابة والتابعين كما قال به أئمة المذاهب الأربعة.

وعليه فقد جاء أصحاب هذا الرأي بكثير، من الأحاديث التي تناقش مثل حديث ابن عمر : **إذا طلق امرأته في الحيض، فأمره رسول الله ﷺ بمراجعتها والتريث حتى تطهر** وقالوا إنه لا رجعة الأبعد طلاق، وقد ورد في بعض الروايات وكان عبد الله طلق تطليقة فحسبت من طلاقها وفي بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال وهي واحدة» وهذا في رأيهم صريح في وقوع طلاق البدعة، وهو هنا الطلاق في الحيض .

وعليه يرى البعض أن الحديث لا حجة فيه لأنه قوله ﷺ في حديث ابن عمر «وهي واحدة يقصد به أن ما نطق به ابن عمر كان واحدة أو أن عليه عن التطليق أن يوقعها واحدة لأن هذا هو المأذون به شرعا، وليس في الروايتين ما يدل على أن طلاق واحدة وقعت والأحاديث الأخرى التي ترد في هذا الباب، ليست صريحة في الدلالة على وقوع الطلاق، ولا موثوقا في رفعها إلى الرسول ﷺ وإذا سلم فهو معارض بما روى عن عدم حسابها، والثاني أوثق وأولى بالقبول لموافقته لقوله تعالى : ﴿ **فطلقوهن لعدتهن** ﴾ مع ملاءمته لحكمة تشريع الطلاق.

إن القول بعدم وقوع الطلاق البدعي ديانة، وقضاءا يتفق مع القول : بأن الأصل في الطلاق الحظر، لأن ذلك يفرض قيوداً شرعية على حق الطلاق، ويلبي مقاصد الشريعة في نظام الأسري، وفي كل الأحوال يبدو واضحا موقف الشريعة الإسلامية من تحريم الطلاق غير المتعدد، أو المخالف للسنة، التي توجب تفريق الطلاقات الثلاث التي يملكها الزوج على ثلاثة أطهار.

المبحث الرابع

الاشهاد على الطلاق

يعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية، وعلى الخصوص فقهاء الاجتهاد بالرأي⁽³⁴⁶⁾ الإشهاد على الطلاق زيادة في الاحتياط لإثبات الطلاق، باعتبار أن الاحتياط مندوب اليه، لكون أن **الإشهاد شرط صحة في الطلاق**، ذلك أن زيادة الاحتياط في بعض تشريعات الأحوال الشخصية (كالتشريع المصري، السوري، الأردني، العراقي)، والتي تطلبت تدخل ولي الأمر، حيث كلف المشرع فيها، الزوج بتوثيق العقد.

وعليه فإن الاشهاد على الطلاق، يعتبر أيضا من باب تضيق دائرة الطلاق، وعدم وقوعه بالسهولة.

وقد اختلف الفقهاء⁽³⁴⁷⁾ من حيث وصفه الشرعي، حيث يرى الكثير منهم أنه يذهب الى وصفه بالمندوب، والبعض منهم الى الوجوب، بينما يرى الاتجاه القضائي⁽³⁴⁸⁾ في الاشهاد أنه مصلحة تقتضي ضرورته، حفاظا على روابط الأسرة ومنه أن يكون الاشهاد شرطا لوقوع الطلاق ومن آراء الاتجاه القضائي ما جاء في التقنين المصري : **المادة 01 مكرر من قانون رقم 100 لسنة 1985 ما يلي : على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص، خلال ثلاثين، يوما من تاريخ الطلاق .**

لقد أوجب القانون المصري في النص أعلاه، على المطلق أن يبادر الى توثيق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص، وهذا النص الوجوبي دعت اليه حاجة الأسرة، وحمايتها، من تتابع المشاكل إذ ظهر من إستقصاء حالات الطلاق.

لقد اعتمد الفقهاء والمفسرون، والعلماء على مرجعية أصلية في عرضهم مسألة الاشهاد على الطلاق، من النص القرآني الكريم وهو : قوله تعالى : **﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله﴾**.⁽³⁴⁹⁾

(346) الإجهاد بالرأي في هذه المسألة (الفقهاء من الاحناف من المالكية من الشافعية) من كتاب القوانين الفقهية ص 234 - 230

(347) الإمام مالك يقول : إن الاشهاد على سائر المعاملات واجب والطلاق من المعاملات . الإمام أبي حنيفة والشافعي والحنبلي يرون أنه لا يشترط الاشهاد بوقوع الطلاق، لأن الانسان لا يحتاج الى بيئة عند استعمال حقه» الشيعة الامامية : «يرون أن من أهم شروط وقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين وتمسكوا بنص قوله تعالى : وأشهدوا ذوي عدل منكم.

(348) الاتجاه القضائي : «م 5 مكرر و 23 مكرر من القانون رقم 100 لسنة 1985 من التشريع المصري.

(349) سورة الطلاق الآية رقم 221.

إنه قبل التعرض لمسألة **الاشهاد على الإطلاق** من حيث موقف المفسرين، والفقهاء ومناقشة آراءهم وابداء رأينا فيه، نرى من الضروري، تحديد مفهوم الاصطلاحي للشهادة.

* مفهوم الشهادة

الشهادة في اللغة: ⁽³⁵⁰⁾ إنَّ لشهادة في اللغة العربية معان كثيرة منها: **الحضور**، تقول **شهد** المجلس، أي **حضره**، ومنها **الإطلاع**: تقول شهدت كذا أي إطلعت عليه، وعايينته، ومنها ادراك الشيء، تقول شهدت الجمعة أي أدركتها، ومنها الحلف، تقول شهد بكذا أي حلف،

وهي مصدر، **شَهِدَ**، **شَاهَدَ**، **شَهِدَ**، **شَهِدَ**، **إِشْهَدَ**، **مَشْهُودٌ**.

الشهادة في الاصطلاح: هي إخبار صادق لاثبات حق بلفظ الشهادة، في مجلس القاضي وبالإخبار الصادق يخرج الإخبار الكاذب، وصدق الخبر مطابقته للواقع، والمقصود باثبات، قيد لبيان الغرض من هذا الإخبار، فخرج بذلك الإخبار الذي سبق لغرض آخر، والمقصود بلفظ الشهادة، قيد لإخراج بأي لفظ غير هذا اللفظ، كقول الشاهد **أَعْلَمُ**، و**أَتَيْقَنُ** فلا يصح الشهادة به لأن لفظ الشهادة قطعت النصوص باشتراطها، إذ الأمر فيها بهذا اللفظ، ولأن في ذلك زيادة لتوكيد.

وعليه فإن قول الشاهد أشهد من ألفاظ اليمين، كقوله **أشهد بالله** فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد، أما اشتراط الشهادة في **مجلس القضاء** قيد لإخراج الإخبار في غير مجلس الحكم، فإنه لا يعتبر. ⁽³⁵¹⁾

وعليه فإننا نجد أن القضاء قد إستقر ⁽³⁵²⁾ في تعريف الشهادة بموجب إصطلاح الفقهاء كما هو آت:

إن المستقر في قضاء المحاكم، أن الشهادة في إصطلاح الفقهاء: هي إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لاثبات حق على الغير، فخرج بذلك الإخبار الكاذب والإخبار الصادق في غير مجلس الحكم، أو من ذكر الشهادة.

* الإستنتاج من خلال التعريف الاصطلاحي

(350) معجم لسان العرب لابن منظور، الفيروز أياي، المحيط، المعجم الوسيط، أساس البلاغة لزمخشري.

(351) د. عبد الحميد الشواربي رئيس محكمة، الشهادة في مواد الأحوال الشخصية. ديوان المطبوعات الجامعية الاسكندرية ط / الأولى من سنة 1992.

(352) الطعن رقم 27 لسنة ق. أحوال شخصية - جلسة 1978 / 5 / 31 ص

إنه من خلال إستنتاجي، وعرضي للتعريف الاصطلاحي، فقد تبين لي جلياً أنه وإن كانت الشهادة في إصطلاح الفقهاء : هي إخبار صادق في جلسات الصلح، أو التحكيم بلفظ الشهادة لاثبات حق على الغير، إلا أنه في نظرنا أن العبرة بمضمون الشهادة، وفهم القاضي للواقع فيها، وليس بألفاظ أدائها لاظهار إثبات حق الغير واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها فالقضاء لا يقف مع ظواهر البيانات.

تأويل المفسرين :

يرى المفسرون في قوله تعالى : ﴿**وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ**﴾، التأويل التالي:

إن الآية المتعلقة بالاشهاد على الطلاق، قد استنبط منها فقهاء المذاهب، أوصافاً شرعية للإشهاد، فقد استلزمت الضرورة في هذا الصدد أن نحصر آرائهم فيما يلي ⁽³⁵³⁾:

الرأي الأول : ⁽³⁵⁴⁾ تفسير أبو السعود، والرازي

في قوله تعالى : ﴿**وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ**﴾ أي امروا أن يشهدوا عند الطلاق وعند الرجعة، ذوي عدل منكم، حيث يؤكد تفسير أبي السعود في هذا الصدد في قوله تعالى : **وَأَشْهَدُوا مِنْكُمْ** : عند الرجعة، والفرقة قطعاً للتنازع، وهذا أمر ندب كما في قوله تعالى : **وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ**.

الرأي الثاني : ⁽³⁵⁵⁾ تفسير الزمخشري في الكشف

يرى الزمخشري في قوله : «وَأَشْهَدُوا» يقصد عند الرجعة، والفرقة جميعاً.

الرأي الثالث : ⁽³⁵⁶⁾ تفسير القرطبي في الأحكام

يرى الإمام القرطبي في قوله : **وَأَشْهَدُوا** أنه أمر بالإشهاد على الطلاق، وقيل على الرجعة، والظاهر رجوعه الى الرجعة والفرقة جميعاً.

الرأي الرابع : ⁽³⁵⁷⁾ تفسير الإمام البيضاوي في الخازن

يرى الإمام البيضاوي في قوله : **وَأَشْهَدُوا** على الرجعة والفرقة تبريراً من الريبة، وقطعاً للنزاع وهو ندب كقوله : **وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ**.

(353) تفسير الرازي 167 / 8 تفسير أبي السعود.

(354) تفسير أبي السعود 278. / 8

(355) تفسير الكشف 195. / 3

(356) تفسير جامع الأحكام للقرطبي 157. / 18

(357) تفسير الخازن للبيضاوي ص 743.

الرأي الخامس : ⁽³⁵⁸⁾ تفسير المحيط

يرى صاحب تفسير المحيط في قوله **أشهدوا** إن الظاهر فيها وجوب الإشهاد على ما يقع من الإمساك، وهو الرجعة، أو المفارقة وهي الطلاق .

الإشهاد في مذهب الشافعي القديم واجب أما في مذهبه الجديد فهو مندوب.*

الرأي السادس : ⁽³⁵⁹⁾ تفسير ابن عباس :

يرى ابن عباس : «إن الاشهاد يقصد به على الطلاق من الرجعة.

الرأي السابع : ⁽³⁶⁰⁾ تفسير الطبري :

يرى الإمام الطبري : في قوله **أشهدوا** ويقصد بها إذا أراد مراجعتها، قبل أن تنقضي عدتها أشهد رجلين، عند الطلاق وعند المراجعة طبقا لقوله تعالى : ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ عند الطلاق وعند المراجعة ومنه ما جاء في الدر المنثور : وهو قول عطاء، فقد روي عنه عبد الرزاق، وعبد بن حميد، أنه قال : **النكاح بالشهود، والطلاق بالشهود، والمراجعة بالشهود.** ⁽³⁶¹⁾

أما ما تعلق بالقياس، فإن القياس الذي قاسوا به على الإشهاد في الطلاق، في الآية التي تنص على الإشهاد في البيع فإنه يعتبر من نوع القياس بالمقابلة، كما أطلق عليه الامام الزمخشري في كتابه أساس البلاغة.

وعليه فقد أضافوا في استطرادهم هذا، في آية الإشهاد أن الأصل فيها الوجوب ولكن بما أنه لم ينقل إليهم شيء عن الإشهاد في الطلاق على كثرة وقوعه، في عصر النبي وعصر الصحابة، دل ذلك على الأمر مندب للإرشاد، والتوجيه، لا للوجوب والالزام .

* رأي الظاهرية والجعفرية: ⁽³⁶²⁾

يرى بعض المذاهب، وفريق من الفقهاء : أن الأمر في الآية للوجوب لا للنسب وعليه فقد انقسم هؤلاء الى فريقين :

الفريق الأول : إعتبر الأمر بالاشهاد راجع الى الطلاق والرجعة.

(358) تفسير المحيط / 8

* الاشهاد عند الرجعة واجب عند الشافعي في مذهبه القديم، أما في مذهبه الجديد، فالاشهاد مندوب اليه.

(359) تفسير الطبري لابن كثير 81. / 28

(360) تفسير الطبري 88. / 28

(361) تفسير الدر للسيوطي 232. / 6

(362) الأحناف، المالكية، الشافعية.

الفريق الثاني : إعتبر الأمر بالاشهاد راجع الى الطلاق فقط.

رأي المذهب الظاهري : (إن الاشهاد واجب في الرجعة والطلاق)، وحجتهم في ذلك خشية الوقوع في الجحود، والانكار، في كل منهما وان الله ذكر المراجعة والطلاق، والاشهاد عليهما، ومنه ما جاء في هذا الصدد قول ابن حزم في المحلى **فان راجع ولم يشهد، فليس مراجعا** طبقا لقوله تعالى : ﴿ **فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَامْسُكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ** ﴾ لم يفرق الله عزوجل، بين المراجعة، والطلاق، والاشهاد، فلا يجوز افراد بعض ذلك، عن بعض، وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل متعديا لحدود الله تعالى، قال رسول الله ﷺ : **من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد.**

رأي المذهب الجعفري : ذهب الجعفرية إلى أن الاشهاد شرط في صحة الطلاق، لا في صحة الرجعة، فمن طلق ولم يشهد ذوي عدل، فلا يصح ويجب على الشاهدين أن يسمعا صيغة الطلاق، ولا تجوز الشهادة، وقد نقل العلامة الجصاص قول عطاء بمعنى آخر⁽³⁶³⁾ حيث روي في هذا الصدد عن أبي جريح عن عطاء قال : الطلاق والنكاح والرجعة بالبينة، ومنه أيضا ما جاء في سنن ابن ماجه :⁽³⁶⁴⁾ **عن عمران ابن الحصين،** سئل عن رجل يطلق امرأته، ثم يقع بها، ولم يشهد على طلاقها، ولا على رجعتها، فقال : عمران طلقت بغير سنة، وراجعت بغير سنة، أشهد على طلاقها، وعلى رجعتها.

*** رأيي في الاشهاد في الطلاق**

لقد فضلت أن أدرج، رأيي في الإشهاد في الطلاق، من حيث النقاط التالية :

أولاً : إن في اشتراط الإشهاد حين الطلاق يعتبر مزية كبرى تنسجم، وتتلاءم مع حكمة تشريع الطلاق في الاسلام وأنه أبغض الحلال الى الله فكما قال الامام السيوطي في كتابه الدر المنثور «النكاح بالشهود، والطلاق بالشهود، والمراجعة بالشهود، وكلام الامام السيوطي يقبله المنطق والواقع، إذ نشاطه ذلك حتى يقلل من حدة الطلاق، ثم أن إنسجام الاشهاد حين الطلاق، مع الاشهاد حين الزواج، يحقق في نظرنا العلانية التي بمثلها تم التعاقد بين الزوجين، وفي هذا مصلحة كبرى تبدو لمن عرف خفايا النفوس من جحود، ونكران الطلاق، وما يتبع ذلك من عواقب نتيجة عدم إعلان الطلاق.

ثانياً : إذا رجحنا أن الاشهاد يعود الى صدر الآية من قوله تعالى : ﴿ **فَطَلِّقُوهُنَّ** **لَعَدْتُهُنَّ** ﴾ وما جاء بعد ذلك من أحكام هو لبيان الرجعة والعدة، لا لبيان أحكام الطلاق، وبهذا وضح تفسير الآية الكريمة.

(363) الجصاص أحكام القرآن 560. / 3

(364) د. أحمد محمد السيد شاكر. نظام الطلاق في الإسلام ج2 ص 135 وما يليها دار الفكر، لبنان 1986 ط / الأولى.

ثالثاً : إن الأصل في الأمر هو للوجوب ما لم تصرفه قرينة عن ذلك، وهنا القرائن متوافرة مع الأمر بالوجوب، لا للندب والاستحباب فإن سياق الآية الكريمة وما جاء فيها من أحكام كلها أمره يدل على أن الاشهاد أيضاً واجب فقوله تعالى : ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾، وقوله : ﴿واحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم، لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن تلك حدود الله﴾، ثم يقول واشهدوا ذوي عدل... ويختتم النص الكريم بقوله : ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾ حيث أن هذا كله أوامر على سبيل الوجوب، فلماذا نصرفها الى الندب؟ بدون قرينة بل مع قيام القرائن، على الالتزام، دون الإرشاد.

رابعاً : انه من ناحية المعقول أن في اشتراط الاشهاد على الطلاق، تضيق لدائرته في حدود الشرع الذي حرص على أن يكون الطلاق علاجاً، حيث لا علاج سواه. وليس في اشتراط الاشهاد تضيق على إرادة الزوج فهو حر في التعبير عن قصده وإرادته لا دخل لأحد فيه ضمن حدود الشرع، فالاشهاد يؤخر الطلاق، ويعين المتسرع من الرجال حتى يتبين له الرشد والصواب.

خامساً : يؤدي الاشهاد الى التقليل من حوادث الطلاق فإن حضور الشاهدين إن لم يصلا الى عودة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه بعد أن تهدأ ثورة الزوج فعلى الأقل يخففان في حوادث كثيرة.

سادساً : إن اشتراط الاشهاد على الطلاق هو أقرب الآراء الى تحقيق المصلحة، وابعاده من أن يكون نتيجة غضب أو إنفعال وقتي، وبذلك تضيق دائرة الطلاق.

سابعاً : إن اشتراط يمهد السبيل للصالح في كثير من الحالات حقاً.

ثامناً : إن الاشهاد معقول المعنى يوجبه التنسيق بين⁽³⁶⁵⁾ انشاء الزواج وإنهائه فإن حضور الشاهدين شرطاً في الاشهاد.

تاسعاً : نقترح وضع مادة تتعلق باشتراط الاشهاد في الطلاق في تشريع الأسرة بالصفة التالية . لا يقع الطلاق إلا أمام شاهدين.

(365) قول الامام محمد أبو زهرة في باب الاشهاد في الطلاق ، الأحوال الشخصية ص 368.

المبحث الخامس

الآثار الشخصية والمادية المترتبة على الطلاق

المطلب الأول : العدة كأثر

لماً كان الزوج هو الفاعل الحقيقي للطلاق، ولكون العصمة بيده، والحق الخالص له طبقاً لقوله ﷺ: إنما الطلاق لمن أخذ بالساق حيث أن هذا الحديث الشريف يفيد عن طريق الحصر، الموجود فيه بالأطلاق لغير الزوج، فمن قواعد اللغة العربية أن إنما تفيد قصر ما يليها على بعده، وبهذا الحديث يثبت أن الطلاق حق الزوج فلا يملكه أحد غيره، وعليه فإن من حكمة الله تعالى، وحتى لا تحس المرأة أن حقوقها أهدرت، ومن عدل الشارع بينها وبين زوجها، أن قد خصها الله بجملة من الحقوق، وذلك لتطبيب خاطرها، ولتخفيف الضرر عنها، فمن بين هذه الحقوق حق نفقة العدة، والتي سنتناولها من حيث أحكامها ودليل مشروعيتها، وموقف التشريع والفقه والقضاء منها.

وعليه فمن المعلوم بضرورة الشرع والقانون، أن كل مطلقة فرض عليها الإمتثال لفترة العدة، وإحترام أجالها لما في ذلك من حكمة شرعية إقتضاها الشارع الحكيم للزوجين لمنحها فرصة حتى يمكن لهما مراجعة نفسيهما، عسى أن تتورد القلوب، وتتحسن العشرة بينهما، فيعودان لبعضهما البعض وهذا طبقاً لقوله تعالى: «
والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء»⁽³⁶⁶⁾.

﴿واللأني يئسن من المحيض من نسائكم إن إرتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأني لم
يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾⁽³⁶⁷⁾.

إنه على ضوء هذه الآيات القرآنية الكريمة، نستشف أن العدة تختلف من حالة الى أخرى، حسب الوضعية التي تكون عليها المطلقة، فإماً أن تكون من ذوات الحيض، أو من غير ذوات الحيض، أو حامل، مما يتطلب منا أن نتعرض لكل حالة وفق ما تقتضيه موجباتها في هذه المسألة .

وعليه إنَّ المشرع في هذا الصدد، ذكر العدة كأثر من آثار الطلاق بموجب المواد التالية (58، 59، 60، 61)، وقبل التطرق الى مشتملات العدة من حيث أحكامها، ودليل مشروعيتها، وأنواعها فبات الضروري تحديد مفهومها من حيث اللغة، والاصطلاح.

(366) سورة البقرة الآية 228.

(367) سورة الطلاق الآية 04.

التعريف اللغوي والإصطلاحي :

أ. **العدة لغة** : مأخوذة من العد وهي مصدر للفعل عدّ كما تفيد معنى الإحصاء والحساب، وجمع العدة عدد وسميت بذلك لاشتغالها على العدد من الأفراد أو الأشهر غالباً⁽³⁶⁸⁾ كما تطلق لغة على أيام حيض المرأة، قال تعالى : ﴿وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها﴾ سورة ابراهيم الآية 34.

ب. **العدة إصطلاحاً** : تعرف العدة من حيث الاصطلاح عند الفقهاء، تعاريف متعددة ومختلفة.

أولاً : هي أجل ضربه الشارع لإنقضاء ما بقي من آثار النكاح.⁽³⁶⁹⁾

ثانياً : مدة تتربصها المرأة عند وقوع سبب الفرقة، فتمتنع عن التزويج بها. وبانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم.⁽³⁷⁰⁾

ثالثاً : تربص يلزم المرأة بعد زوال النكاح، سواء كان صحيح، أم شبهة، متأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة، أو الموت، أو بعد وطء بشبهة، أو نكاح فاسد.⁽³⁷¹⁾

رابعاً : هي اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها.⁽³⁷²⁾

خامساً : هي أجل حدده الشارع للمرأة التي حصلت الفرقة بينهما، وبين زوجها بسبب من الأسباب تمنع عن الزواج فيه بغير زوجها الأول.⁽³⁷³⁾

سادساً : مدة يمتنع فيها الزواج بسبب طلاق المرأة، أو موت الزوج أو فسخ النكاح.⁽³⁷⁴⁾

سابعاً : المدة التي جعلت دليلاً على براءة الرحم لفسخ النكاح، أو موت الزوج، أو طلاقه.⁽³⁷⁵⁾

(368) ابن منظور لسان العرب، باب العين فصل الدال / مرجع سابق، المصباح المنير، وأساس البلاغة للزمخشري.

(369) التعريف المذكور في المتن لفقهاء الأحناف.

(370) التعريف المرقم في المتن بـ 03، لفقهاء الأحناف أيضاً

(371) التعريف المرقم بـ 04 في المتن لفقهاء الأحناف المتأخرة.

(372) التعريف المرقم بـ 05 لفقهاء الشافعية.

(373) التعريف المرقم بـ 06 لفقهاء الأحناف المتأخرة واعتد به الامام أبو زهرة ود. محمد شلبي.

(374) التعريف المرقم بـ 07، لفقهاء الأحناف.

(375) التعريف المرقم بـ 08، في المتن لفقهاء المالكية.

* ضوابط التعريف من حيث الاصطلاح :

لقد توسعت المذاهب الفقهية، في التعريف الاصطلاحي للعدة ، وأوردت تعاريف متعددة، ومختلفة لتفيد في النهاية معنى واحداً هو :«الأجل الذي ضربه الله تعالى لمن وقع فراق بينها وبين زوجها ليحل لها نكاح غيره» .

وعليه فقد جاءت التعاريف مختلفة لفظاً، متحدة في المعنى كما في تعريف الأحناف حيث جاء قولهم :«هي أجل ضربه الله لانقضاء ما بقي....» وهم يقصدون من ذلك تحديد أجل على المطلقة أن تحترمه سواء كانت من ذوات الحيض، أو من اليائسات، أو من ذوات الحمل، أما ما تعلق بانقضاء آثار النكاح في صلب التعريف، يقصد به انقضاء الآثار المادية للزواج :وهي الحمل، والآثار الأدبية، وهي حرمة الزوج، كما ينصرف المعنى المقصود به في التعريف أنه إذا حصلت الفرقة بين الزوجين لأي سبب من أسباب الفرقة لا تنتهي - ولا تنفصم - الآثار المترتبة على عقد الزواج في الحال، وإنما تنتهي بعض الآثار، ويبقى البعض الآخر.

ومنه ما جاء في «الشرح الكبير للدردير» ما يلي :«إن الفرقة بين الرجل وإمرأته، لا تنهي علاقة الزوجية من كل وجه، إذ يتعين على الزوجة أن تتربص، حتى تنتهي عدتها من مطلقها على النحو الذي رسمه الشارع للتربص بعد الفرقة.⁽³⁷⁶⁾

* تعريف المالكية للعدة :

لقد عرّف المالكية العدة، من حيث الاصطلاح ما يلي :«مدة يمتنع فيها الزواج بسبب طلاق المرأة....» حيث يفهم من التعريف أعلاه، الفترة التي يمتنع فيها الرجل عن الزواج، في حين أن هناك من يقولون أن هذه الفترة لا تسمى عدة بالنسبة للرجل، بل هي فترة إمتناع ذلك أن الحكمة من العدة : هي التأكد من براءة رحم المطلقة ومن أجل ذلك عرفوها بأنها : المدة التي جعلت دليلاً على براءة الرحم.

* مشروعية العدة :

لقد اتفق الفقهاء على مشروعية العدة، ووجوبها على المرأة عند وجود سببها، واستدلوا على ذلك بالكتاب، والسنة والاجماع.

الكتاب : فأيات كثيرة جاءت، لاقرار حق العدة :منها قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء⁽³⁷⁷⁾ ، والمطلقات إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر⁽³⁷⁸⁾ .

(376) الدردير، الشرح الكبير ج2 ص 468 .

(377) سورة البقرة الآية 228.

(378) سورة الطلاق الآية 04.

السنة النبوية : لقد وردت روايات متعددة تؤكد هذا المعنى منها :

- ما ورد عن عائشة رضي الله عنها قالت : **أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيضات** أخرجه ابن ماجه

- ما ورد أنه قال لفاطمة بنت قيس : **اعتدي في بيت ابن أم مكتوم** أخرجه مسلم

- ما ورد عن أم عطية رضي الله عنها أن رسول الله قال : **لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا زوج أربعة أشهر وعشراً** أخرجه مسلم

الإجماع : لقد أجمعت الأمة من لدن حياته (صلى الله عليه وسلم) إلى يومنا، على مشروعية العدة ووجوبها، لقد شرعت العدة، لمعان وحكم معتبرة وهي كالآتي :

1. العلم ببراءة الرحم، وأن لا يجمع ماء الوطئين فأكثر في رحم واحد، فتختلط الأنساب وتفسد. ⁽³⁷⁹⁾

2. تعظيم خطر الزواج ورفع قدره وإظهار شرفه.

3. تطويل زمان الرجعة للمطلق لعله يندم، ويفيء فيصادف زمن يتمكن فيه من الرجعة. ⁽³⁸⁰⁾

4. الإحتياط لحق الزوج، ومصلحة الزوجة وحق الولد. ⁽³⁸¹⁾

5. قضاء حق الزوج، وإظهار تأثير فقدته في المنع من التزين، والتجمل، ولذلك شرع الإحداد عليه، أكثر من الإحداد على الوالد، والولد. ⁽³⁸²⁾

*** أنواع العدة**

تتنوع العدة باعتبار ما تكون به الى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : العدة بالقروء ، **النوع الثاني :** العدة بالأشهر ، **النوع الثالث :** العدة بوضع الحمل

أولاً : العدة بالقروء :

أ. **القرء لغة :** بفتح القاف، والضم ويطلق على الطهر والحيض. ⁽³⁸³⁾

(379) مغنى المحتاج، ج 3 ، ص 284.

(380) ابن قدامة، المغنى ، ج 7 ، ص 448.

(381) الدسوقي، الحاشية، ج 2 ، ص 469.

(382) ابن القيم، اعلام الموقعين، ج 2 ، ص 85.

(383) المصباح المنير.

ب. القرء اصطلاحاً : ويقصد به الأطهار⁽³⁸⁴⁾

* وجه الاستدلال من حيث الاصطلاح :

لقد اتفق أكثر الفقهاء، من حيث الاصطلاح، على أن المقصود بالقرء هو الأطهار، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾⁽³⁸⁵⁾.

أي في عدتهن أو في الزمان الذي يصلح لعدتهن فاللام في كلمة (لعدتهن) ، بمعنى في.

وجه الدلالة : أن الله عز وجل أمر بالطلاق في الطهر، لا في الحيض، لحرمة بالإجماع فيصرف الإذن إلى زمن الطهر، ففيه دليل على أن القرء هو الطهر الذي يسمى عدة، وتطلق فيه النساء. كما استدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها قالت : «إنما الأقراء الأطهار» أخرجه مالك في الموطأ موقوفاً على عائشة.⁽³⁸⁶⁾

ثانياً : العدة بالأشهر : إن العدة بالأشهر تجب في حالتين :

الحالة الأولى : وهي ما تجب بدلاً عن الحيض في المرأة المطلقة، أو ما في معناها التي لم تحض، إما ليأس، أو صغر، أو بلغت سن الحيض، أو جاوزته ولم تحض، فعدتها ثلاثة أشهر بنص القرآن الكريم، طبقاً لقوله تعالى : ﴿وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ رُبِمْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ﴾⁽³⁸⁷⁾ أي فعدتهن كذلك، لأن الأشهر هنا بدل عن الأقراء، والأصل مقدر بثلاثة، فكذلك البديل.⁽³⁸⁸⁾

وعليه فإن ما يتعلق بسن اليأس فمحل خلاف بين الفقهاء، وهو إذا اعتدت المرأة بالأشهر، ثم حاضت بعد فراغها، فقد إنقضت العدة ولا تلزمها العدة بالأقراء، ولو حاضت في أثناء الأشهر انتقلت إلى الأقراء، ولا يحسب ما مضى قرءاً عند جمهور الفقهاء لقدرتها على الأصل قبل الفراغ من البديل.⁽³⁸⁹⁾

الحالة الثانية : عدة الوفاة، وسبب وجوبها الوفاة بعد زواج صحيح، سواء أكانت الوفاة قبل الدخول، أم بعده، وسواء أكانت ممن تحيض أم لا.

(384) البدائع ج 3 ص 194.

(385) سورة الطلاق الآية 01.

(386) موطأ مالك، ج 2، ص 577.

(387) سورة الطلاق الآية 04.

(388) د. محمد عيسى الصابوني روائع البيانات في تفسير آيات الأحكام ص مطبعة الشريعتي العودية.

(389) الدسوقي في حاشيته ج 2 ص 474.

بشرط ألا تكون حاملاً، ومدتها أربعة أشهر وعشراً، لعموم قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾⁽³⁹⁰⁾ وبموجب قوله (صلى الله عليه وسلم) لا يحل لإمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، أن تحد على ميت فوق ثلاث ليالٍ إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً⁽³⁹¹⁾ أخرجه البخاري ومسلم.

ومنه ما جاء، في مغنى المحتاج ما يلي : لقد قدرت عدة الوفاة بهذه المدة لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يوماً نطفة، ثم أربعين يوماً علقة، ثم أربعين يوماً مضغة، ثم ينفخ فيه الروح في العشر، فأمرت بتربص هذه المدة ليستبين الحمل إن كان بها حمل.⁽³⁹²⁾

كيفية حساب أشهر العدة :

إن حساب أشهر العدة، يكون بالشهور القمرية، لا الشمسية، فإذا كان الطلاق، أو الوفاة في أول الهلال اعتبرت الأشهر بالأهلة⁽³⁹³⁾، طبقاً لقوله تعالى ض: يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج، وعليه حتى لو نقص عدد الأيام لأن الله تعالى أمرنا بالعدة بالأشهر فقال سبحانه : ﴿فعدتهن ثلاثة أشهر﴾⁽³⁹⁴⁾ وقال تعالى : ﴿أربعة أشهر وعشراً﴾⁽³⁹⁵⁾ فلزم الاعتبار الأشهر سواء أكانت ثلاثين يوماً أم أقل، ولما روى عن النبي ﷺ أنه قال الشهر هكذا، أو هكذا، وهكذا، وأشار بأصابعه العشر مرتين، وهكذا في الثالثة، وأشار بأصابعه كلها، وحبس، أو خنس ابهامه،⁽³⁹⁶⁾ أخرجه مسلم.

وعليه فإن المأمور به شرعاً هو الاعتداد بالشهر، والشهر إسم الأهلة فكان الأصل في الاعتداد :هو الأهلة ليس إلا.

وعليه فالسؤال المقابل لحساب العدة وهو : متى تبدأ العدة⁽³⁹⁷⁾ أو متى تقوم ؟

إن قيام العدة يبدأ عند غالبية الفقهاء، من الساعة التي يفارق الزوج زوجته فيها، فلو فارقها أثناء الليل، أو النهار، أبتدىء حساب الشهر من حينئذ واعتدت من ذلك الوقت

(390) سورة البقرة الآية 234.

(391) اللؤلؤ والمرجان ص 285.

(392) مغنى المحتاج ج 3 ص 336.

(393) د. بسام أحمد الشكعة، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية ص 117 وما بعدها الناشر الدار الجامعية، 2003.

(394) سورة البقرة الآية 189.

(395) سورة الطلاق الآية 04.

(396) سورة البقرة الآية 234.

(397) صحيح مسلم ج 2 ص 721.

الى مثله، إلا أن فقهاء المالكية قالوا : لا يحسب يوم الطلاق إن طلقت بعد فجره، ولا يوم الوفاة.⁽³⁹⁸⁾

النوع الثالث : العدة بوضع الحمل :

لقد اتفق الفقهاء على أن الحامل، تنقضي عدتها بوضع الحمل سواء أكانت عن طلاق، أو وطء شبهة لقوله تعالى : ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ أما عدة الحامل الذي توفي عنها زوجها : فقد اختلف فيها الفقهاء، فذهب جمهور الفقهاء أن عدتها تنقضي بوضع الحمل سواء قلَّتْ المدة، أو كثرت، حتى ولو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها، فإن العدة تنقضي وتحل للأزواج.

وعليه فإن وجه الاستدلال في انقضاء عدة الحامل الذي توفي عنها زوجها مبني على عموم الآية الكريمة لقوله تعالى : ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ حيث أن الآية الكريمة أعلاه جاءت عامة في المطلقات، ومن في حكمهن، والمتوفى عنها زوجها وكانت حاملاً⁽³⁹⁹⁾، ومنه ما ذهبوا في استطراد استدلالهم أن الآية أعلاه مخصصة بعموم قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً⁽⁴⁰⁰⁾﴾.

ومنه ما استدلوا به أيضا ما روي عن المسور بن مخرمة أن سبيعة الأسلمية نصت بعد وفاة زوجها، بليال فجاءت الى النبي (صلى الله عليه وسلم) فاستأذنته أن تنكح فأذن لها فنكحت⁽⁴⁰¹⁾ أخرجه مسلم⁽⁴⁰¹⁾، وعليه فإن الحامل المتوفى عنها زوجها، تنقضي عدتها بالوضع، وإن لم يمض عليها أربعة أشهر وعشراً، ولو بعد الوفاة بساعة، إلا أن جمهوراً من غير الفقهاء، كابن أبي ليلى، وسحنون يريان ما يلي : إن الحامل المتوفى عنها زوجها، تعتد بأبعد الأجلين وهو وضع الحمل أو مضي أربعة أشهر وعشراً، وقد استدلوا على هذا من قوله تعالى : **وَالَّذِينَ يَتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً** فالآية الكريمة فيها عموم وخصوص، ذلك لأنها عامة، تشمل المتوفى عنها زوجها حاملاً كانت، أو حائضاً، وخاصة في المدة التالية (أربعة أشهر وعشراً) لقوله تعالى : ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ذلك أن في الآية عموم، وخصوص أيضا، لأنها تشمل المتوفى عنها وغيرها وخاصة في وضع الحمل.⁽⁴⁰²⁾

(398) بدائع الصنائع ج 3 ص 195، مغنى المحتاج ج 3 ص 386، المغنى لابن قدامه ج 9 ص 104 وما بعدها، العلامة الدواني، الفواته ج 2 ص 92.
(399) سورة الطلاق الآية 04.
(400) سورة البقرة الآية 234.
(401) صحيح مسلم شرح النووي ج 10 ص 110.
(402) محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ج 3 ص 175، الناشر دار الكتاب العربي.

إنّ الجمع بين الأيتين، والعمل بهما أولى من الترجيح، ذلك لأنها إذا إعتدت بأقصى الأجلين، فقد عملت بمقتضى الأيتين أعلاه، وإذا إعتدت بوضع الحمل، فقد تركت العمل بأية عدة الوفاة فأعمال النصين معا، خيرٌ من إهمال أحدهما.

*** انتقال العدة من أحد أنواعها الى نوع آخر منها :**

هل تعتد المرأة بنوع آخر في حالة ما، إذا طرأ عليه ما يوجب ذلك ؟

تكمن عدة المرأة بنوع آخر، بموجب صور، وفقا للحالات الآتية :

1. الصغيرة تعتد بالأشهر، فإذا جاءها الحيض قبل انتهاء العدة بها، الغى ما مضى من عدتها، ووجب عليها أن تستأنف عدة أخرى بالاقراء، لأن اعتدادها بالأشهر، باعتبار أنها ليست من ذوات الحيض والأشهر بدل عن الحيض في حقها، فإذا جاءها الحيض تبين أنها من ذوات الحيض، فيبطل العمل بالبدل، متى أمكن العمل بالمبدل منه، فتكون العدة بالاقراء لا بالأشهر.

2. الأيسة عدتها بالأشهر خلفا عن الحيض، فإذا رأت الدم على العادة الجارية بأن تراه بلونه السابق سائلا كثيراً في أثناء العدة أو بعد إنقضائها، إنتقض ما مضى من عدتها، وفسد نكاحها إن كانت قد تزوجت، وعليها أن تستأنف العدة بالحيض، لأن عود الحيض إليها يبطل الآياس، فظهر أنه لم يكن خلفا، لأن شرط خلفية الاعتداد بالأشهر عن الحيض الآياس، وهو قوله تعالى : ﴿ **وَاللّٰئِي يَئْسَنُ مِنَ الْمَحِضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنِ رْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللّٰئِي لَمْ يَحْضُنَّ** ﴾⁽⁴⁰³⁾.

ومنه ما جاء في التقنين في المادة 58، حيث نصت على أن تعتد اليائس، من المحيض بثلاثة أشهر، من تاريخ تصريح الطلاق.

3. إذا كانت المعتدة من ذوات الحيض ثم استمر نزول الدم عليها بدون انقطاع ولم تكن لها عادة معروفة بأن كانت قريبة العهد بالبلوغ، أولها ونسيتها فهذه تسمى المتحيرة، وأختلف في عدتها إلا أنه المفتى به أنه تنقضي عدتها بثلاثة أشهر بناء على أن الغالب نزول الحيض مرة في كل شهر.

4. إذا طلقت الزوجة طلاقا رجعيا ثم مات زوجها وهي في العدة يجب عليها أن تعتد عدة الوفاة وتنهدم عدة الطلاق الرجعي أما إذا طلقت طلقت طلاقا بائنا ثم مات زوجها

(403) القرطبي المالكي / الكافي في فقه أهل المدينة وما بعدها، متن الرسالة لأبي الفيرواني ص 85. سورة البقرة الآية 228. ص 84.

وهي في العدة. تتم عدة الطلاق البائن إلا إذا كان قد طلقها مريض مرض الموت يقصد الفرار من توريثها فإنها ترث وتعتد بأبعد الأجلين.⁽⁴⁰⁴⁾

الأحكام الشرعية للعدة :

إنّ للعدة أحكاماً ثابتة، في الشريعة الإسلامية، لكون أن المطلق والمطلقة عليهما أن يلتزما بهذه الأحكام، ذلك أن المصلحة الشرعية ومقاصد الشريعة، تستوجب أحكاماً للعدة⁽⁴⁰⁵⁾ وهي :

أولاً : لا يجوز نكاح معتدة الغير، ويجوز للمطلق رجعي أن يراجع في العدة، والمطلق طلاقاً بائناً بينونة صغرى أن يتقدم - خاطباً، فإن قيلت المرأة له أن يعقد عليها بعقد ومهر جديدين.

ثانياً : وجوب الاحداد في عدة الوفاة.

ثالثاً : حرمة الخروج من البيت لبعض المعتدات دون البعض.

رابعاً : وجوب النفقة في العدة.

خامساً : ثبوت النسب.

سادساً : ثبوت الإرث، إذا مات أحد الزوجين في عدة الطلاق الرجعي، بخلاف الطلاق البائن.⁽⁴⁰⁶⁾

إن أحكام العدة تكون من زواج صحيح، وابتدائها من وقت حصول الفرقة سواء كانت بطلاق، أو بوفاة، وتنتهي بأجلها، ذلك أن مدة العدة حدّها الشارع عند وجود

(404) البدائع ج3 ص 200، مغنى المحتاج ج3 ص 386، ابن قدامة المغنى ج9 ص 102 - وابن جزى الكلبي، التسهيل لعلوم التنزيل ص 84.

(405) ابن الجزيري الفقه على المذاهب الأربعة جزء الأحوال الشخصية، باب العدة وأحكامها المطبعة دار الفكر العربي ص 120 وما بعدها.

(406) الطلاق البائن الصادر من المورث في حالة صحته - لا توارث فيه إذا مات الزوج في خلال أجل العدة - أما إذا كان الطلاق البائن في حالة المرض - دون رضاء الزوجة - فإنها ترث مطلقاً إذا مات وهي في العدة، والعكس صحيح - سبب ذلك أن فقهاء الأحناف يرون هذا المطلق بائناً في حالة مرضه «يعتبر فاراً من ميراث مطلّقه» فيرد عليه قصده، وسبب ذلك أن الزوجية هي سبب إستحقاق الارث، وهذا السبب قائم وقت مرض الموت، والنكاح قائم من كل وجه أول مرض الموت، ولا يحتاج إلى بقاءه من وجه إلى وقت الموت ليصير سبباً. ومؤدي هذا هو ثبوت الملك من كل وجه للمطلقة في مرض الموت من وقت المرض عند وجود شروطه بطريق الظهور، وقد إستدل الأحناف لما يقولون به إلى ما يأتي :

(أ) - كان الصحابة يقولون من فرمّن كتاب الله ردّ إليه بمعنى أن من طلق ثلاثاً في مرضه، فإن مطلّقه ترثه ما دامت في عدته.

(ب) روى عن الصحابة توريث امرأة الفار فقد روى عنهم ما يلي 1:

روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال «إن الرجل إذا طلق امرأته وهو مريض طلاقاً ثلاثاً ورثت منه ما دامت في عدتها منه.

2 ورث على رضي الله عنه الزوجة التي طلقها زوجها وهو مشرف على الموت.

سببها، فمتى وجد السبب وجد المسبب، دون توقف على شيء آخر، وإذا كان الزواج فاسداً فابتداء العدة في الوطء بشبهه بلا عقود فهو من آخر الوطآت عند زوال الشبهة إذ لا عدة هنا، وعليه فإن الأحكام في هذا الصدد ضرورية على الأطراف أن يلتزموا بها وذلك حفاظاً على مصلحة الشرع وصوناً لها.

وعليه فإن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، وهو أنه إذا كان للعدة أحكاماً شرعية فما هو واجب المعتدة تجاه العدة ؟

واجبات المعتدة :

تثبت واجبات العدة سواء صدر الحكم بالطلاق أمام القضاء، أو كان نتيجة اتفاق الزوجين عليها، أو غير ذلك، ذلك أن المطلقة تدخل في واجبات العدة ابتداءً من تلك اللحظة، ويترتب عليها أن تلتزم بها وفق عدة أمور وهي:

1. بقاؤها مدة العدة في المنزل التي كانت تسكنه، حال قيام الزوجية طبقاً لقوله تعالى : ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ (وبموجب المادة 61 من قانون الأسرة)، ذلك أن اعتدادها في منزل الزوجية حق قرره الشارع، لتكون المطلقة على مقربة من مطلقها، حتى ينتهي ما بقي من آثار الزوجية.

2. الاحداد وهو : ترك الزينة، ولا تلبس حلياً، ولا تلمس طيباً، ولا تكتحل، ما دامت في العدة، ولماذا ؟ إظهاراً للأسف على زوجها، أو انقطاع زوجيتها، إذا كان الطلاق بائناً، أما المعتدة من طلاق رجعي فيستحب لها أن تتزين لزوجها، ليراجعها إلى عصمته طبقاً لقوله ﷺ في الحديث الشريف : لا يجب الحداد على المعتدة من طلاق رجعي، لأن الزوجية لا تزال قائمة، طوال مدة العدة.

3. لا يجوز خطبة المعتدة، لا بالتصريح، ولا بالتعريض، وليس لها أن تعرض نفسها، ولم يستثن الفقهاء من ذلك إلا المعتدة من وفاة، فإنه يجوز خطبتها، تعريضاً، لا تصريحاً.

4. كل عقد في العدة باطل، سواء داخل بها العاقد، أو لم يدخل.

5. ليس لمعتدة الوفاة، أن تخرج من مسكن زوجها، خلال فترة العدة إلا للضرورة، ذلك أن العدة هنا إحداد على الزوج، وإعلان للحزن على رحيله.⁽⁴⁰⁷⁾

(407) أنظر الدكتوران / محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام / الأحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الناشر / دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر من سنة 1999.. والدكتوران رمضان علي السيد الشرنباصي / أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الناشر / الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر من سنة 2001، د. أحمد فراج حسين / أحكام الأسرة في الاسلام / الناشر / منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر من سنة 1998.

ضابط ما يعتبر به انقضاء العدة :

إن ما تستوجب الإشارة اليه في هذا الصدد، هو أن انقضاء العدة يتميز بضابط ما يجعلها به انقضاء العدة، سواء أكانت هذه العدة آجالاً، أو تربصاً، مما تتطلب في هذا الصدد، طرح السؤال التالي وهو : **كيف ينقضي هذا التربص ؟ أو ذلك الآجل ؟**

إنه إذا كانت العدة بالأشهر اعتبرت هذه الأشهر بالأهلة وهذا قد يكون بحساب الثلاثين يوماً، كما قد يكون بتسعة وعشرين يوماً، فإذا كانت الفرقة في بعض الشهر، فإن فقهاء الأحناف في هذا الشأن يرون في هذا ما يلي : **أن المرأة تعتد بالأيام تسعين يوماً**، بينما إذا كانت العدة من وفاة، فإنها تعتد بمائة وثلاثين يوماً، لكون أن العدة يراعى فيها الإحتياط، ولكون اعتبارها بالأيام يزيد الشهور فلو اعتبرناها بالأهلة، نقصت عن الأيام.

وعليه فإن من إيجابيات هذه الحالة الزيادة في العدة. (408)

وعليه فضايط ما يعتبر به إنقضاء العدة إذن هو : الاعتداد بالأشهر، لكون أن الأشهر اسم للأهلة، فكان الاعتداد حسب الأصل بالأهلة.

وجوب نفقة المعتدة

لقد أوجب المشرع، نفقة العدة بموجب المادة 61 بقوله **ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق**، وقد قرر الفقه الاسلامي، حق النفقة في العدة بموجب القاعدة الشرعية التالية : **من حبس لأجل غيره، وجبت نفقته عليه**، وإستناداً على هذه القاعدة نظر الفقه الإسلامي، في حبس المعتدات أثناء العدة، فوجدوا أن بعضاً منهن حبس لحق الزوج فأوجبوا النفقة عليه، وبعضاً منهن، لم يكن حبسه لحق الزوج، فلم يوجب عليه نفقتهن. (409)

وعليه فالسؤال الجدير بالطرح في هذا الصدد وهو : **هل في كل حالات العدة تستحق فيها المرأة النفقة ؟**

إنه للإجابة على هذا التساؤل، لا بد أن نميز بين أنواع النساء اللواتي، تلزم فيهن نفقة العدة، وهذا لا يتأتى إلا وفق إستظهار معيار الصورة التالية وهي :

من من الفئات من النساء اللواتي لا يجب لهن نفقة العدة؟ ومن من النساء اللواتي تجب لهن نفقة العدة.

(408) د. أحمد نصر الجندي / الطلاق والتطليق وأثارهما / مرجع سابق 512 ، 513 وما بعدها.

(409) الشيخ الكمال بن الهمام / فتح القدير ج 3 ص 39 وما بعدها، والزيلعي تبين الحقائق ج 3 ص 61.

أ. الفئة التي لا تجب عليها :

النوع الأول : كل امرأة توفي زوجها، إذ لا سبيل إلى إيجاب نفقتها على أحد، أما على زوجها الذي مات فلعدم إمكان إيجابها عليه، لأنه لا ملك له بعد الوفاة، وليس هو أهلاً بعدها للإيجاب عليه، وأما عدم إيجابها على ورثته فلأن نفقة الزوجية حق شخصي على الزوج، فلا ينوب فيه وارثه عنه.

النوع الثاني : كل امرأة تعتد بسبب فرقة حاصلة من جهتها، وهي محظورة شرعاً كالموطوءة بشبهة أو بزنا.

النوع الثالث : كل امرأة فارقتها زوجها بعد أن كان يعاشرها بغير عقد صحيح، وذلك يشمل نوعين :المفارقة بعد زواج فاسد والموطوءة بشبهة، ذلك أن السر في عدم إيجاب نفقة العدة لأحد هاتي الصورتين وهو : أن الزواج الفاسد والوطء بشبهة، لا يكون أحدهما سبباً في إحتباس الرجل للمرأة، بل يجب عليهما أن يتفارقا منه، ذلك أن الأصل في النفقة من حيث وجوبها، تكون جزاء للإحتباس .

وعليه فإذا كان الإحتباس غير جائز شرعاً، كانت النفقة غير واجبة، إلا في أثناء الإحتباس غير المشروع. ⁽⁴¹⁰⁾.

ب. الفئة التي تجب عليها :

إن نفقة العدة تجب على ثلاثة أنواع من النساء تشملهم وهم :

النوع الأول : كل امرأة فارقتها زوجها بغير وفاة بعد زواج صحيح شرعاً، بسبب من عنده، سواء أكانت الفرقة بالطلاق، أم كانت بالفسخ، وسواء أكان سبب الفسخ مشروعاً، كاختياره نفسه بعد البلوغ، أم لم يكن مشروعاً كارتداده، وفعله بأحد أصولها، أو فروعها، ما يوجب حرمة المصاهرة.

النوع الثاني : كل امرأة كان سبب افتراقها عن زوجها من جهتها، ولكنه - مع ذلك - سبب غير محظور شرعاً، كأن تختار نفسها بالبلوغ، أو لنقصان مهرها عن مهر أمثالها. ⁽⁴¹¹⁾.

النوع الثالث : كل امرأة طلقها القاضي على زوجها بعد طلبها، ذلك منه، بموجب المادة 53 من قانون الأسرة.)

(410) ابن عابدين، الحاشية على الدار المختار ج 2 ص 1034 ، مطبعة بولاق، المصرية.

(411) أنظر ابن عابدين مرجع سابق ج 2 ص. 958.

وعليه فإذا كان الطلاق ينصب على الزوجة التي ترتبط بزوجها بعقد صحيح مستوفي، لجميع أركانه وشروطه، فإن كان العقد مفتقراً لشروط صحة، أو لركن من أركانه، فإن نهايته تكون بالفسخ.

***. نفقة المعتدة من طلاق :**

ان ما هو معلوم بضرورة أحكام الطلاق الشرعية، أن الطلاق إما أن يحصل قبل الدخول بالمطلة أو بعده، ومتى حصل الدخول فإنه إما أن يكون الطلاق رجعيًا، أو بائنًا، ولكل حالة حكم خاص.

1. المطلقة قبل الدخول :

إذا طلق الرجل زوجته قبل أن يدخل بها، فإنها تطلق منه طلاقاً بائناً، بدون عدة، وذلك لخروجها عن حكم المادتين 58 و 59 من قانون الأسرة واللتين أوجبتا عدة على المدخول بها، والمتوفى عنها زوجها ولو قبل الدخول، وهذا طبقاً لقوله تعالى : ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾، وحيث لا تجب عدة، فإنه لا يمكن الحكم للمطلقة قبل الدخول، بالنفقة لأن هذه الأخيرة، مقابل الإحتباس الحاصل بموجب عدة.⁽⁴¹²⁾

2. المطلقة طلاقاً رجعيًا :

يتفق الفقه في المذاهب الأربعة على حق المطلقة طلاقاً رجعيًا، في النفقة بكل مشمولاتها، من سكنى، وكسوه، وعلاج، وتطبيب، وذلك لكون وجود رابطة الزوجية بعد الطلاق الرجعي، الذي لا يزيل ملك الإستمتاع، ولا يرفع حلية، وهذه المطلقة هي التي ينطبق عليها نص المادة 61 من قانون الأسرة.

إنه بلا شك، رغم الغموض الذي يعتري صياغة المادة أعلاه في نظرنا والتي لم تفصل في الخلاف الفقهي القائم حول المطلقة بائناً، فإن ما تتطلب الإشارة إليه في هذا السياق أن المادة أعلاه في تشريع الأسرة استعملت ضمير الغائب : **ولها** مما يذهب تصور رجل القانون في هذا الصدد أن هاء الضمير في صلب المادة يعود على المطلقة، والمتوفى عنها.

بينما نرى أنه يمكن أن تتوافر الدقة، لو جاءت الصياغة بالشكل الآتي :

وللمطلقة النفقة خلال عدتها.⁽⁴¹³⁾

إن الفقه في المذاهب الأربعة، يوجب حق النفقة بكل صورته، وعليه فما هو موقف الفقه من المطلقة، طلاقاً بائناً في هذه الحالة ؟

(412) القرطبي - الكافي على مذهب الامام مالك ص 627 مرجع سابق.
(413) فتحرياً، للدقة تكون الصياغة كالآتي : لا تخرج المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي طيلة مدة العدة ما لم تأت بفاحشة مبينة، وللمطلقة الحق في النفقة خلال عدتها.

لقد انقسم الفقه بشأن نفقة المطلقة، طلاقاً بائناً، الى مؤيد، ومعارض، ولكل من الفريقين حجته في ذلك.

فالأحناف يرون أن المرأة تتمتع بالنفقة لكون أنه لم يرد في كتاب الله، ما يدل على خلاف ذلك، ومدلولهم في هذا الشأن الآية الكريمة التالية : **لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ** ومن مدلولاتهم أيضاً الآية التي أمرت بإسكان المعتدة، طبقاً لقوله تعالى : **﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُوهُنَّ لَتُضْيقُوا عَلَيْهِنَّ﴾** كما تتمتع المرأة بنفقة في حالة بقائها في بيتها من دون أن ترتكب فاحشة مبينة وهذا طبقاً لقوله تعالى : **﴿وَلَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مَبِينَةٍ﴾** ذلك أن فقهاء الأحناف نظروا في هذه الآية من حيث أنه لا فرق بين مطلقة، وأخرى، سواء كان طلاقها رجعيًا، أم بائناً، فلها الحق في هذا الشأن، في النفقة، بكل مشتملاتها الثلاثة، وهي : (الغذاء، الكسوة، والسكنى، التطبيب)، إضافة إلى أن المطلقة طلاقاً بائناً، كانت قبل الطلاق تستمتع بحق النفقة، لكون أن العدة أثر من آثار العقد الصحيح بعد حله.

وعليه فالنفقة تجب على الزوج، مقابل إحتباس زوجته، بموجب العقد، وحيث أن الإحتباس موجود في العدة، لفائدة الزوج فلا مبرر لاسقاط نفقة المطلقة ولو بانت.

بينما يرى الإمام مالك ويؤيده الشافعي في ذلك إلى أن المطلقة طلاقاً بائناً لا تتمتع بحق النفقة، ولها حق السكنى، ما لم تكن حاملاً، فإن كانت كذلك فلها النفقة حتى تضع حملها، وإلا فإنها تتمتع بحق السكنى فقط ⁽⁴¹⁴⁾ وقد اعتمد الإمامان أعلاه في هذا الصدد، على الحديث الذي رواه فاطمة بنت قيس والتي جاءت الى رسول الله ﷺ فقالت : **يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ زَوْجِي طَلَّقَنِي فَبِتَ طَلَاقِي** وهي تشاكي من أجل حقوقها، فقال لها رسول الله ﷺ : **لَا نَفَقَةَ لَكَ وَلَا سَكْنَى** ⁽⁴¹⁵⁾ ولكن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يعمل بهذا الحديث، وطعن في صحته فيما روى عنه أنه قال : **لَا نَتْرُكُ كِتَابَ رَبِّنَا، وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا، لَامْرَأَةٍ لَا نَدْرِي أَحْفَظْتَ أَمْ نَسِيتَ ؟**

إن المشرع في المادة 61 لم ينص على المطلقة طلاقاً رجعيًا، وإنما نص على المطلقة بصفة عامة، دون أن يخصص للمبتوتة نصاً يحكم وضعها، الأمر الذي يجعلنا نقول أنه أعطى للمطلقة حق السكن وحق النفقة بكل مشتملاتها طبقاً لنص المادة 78 من قانون الأسرة، وهو في ذلك يعتمد رأي الأحناف، باعتبارهم أصحاب الإجتهد بالرأي، وأكثر

(414) أنظر محمد الزرقاني / الشرح على موطأ الإمام مالك، ج 3 ص 207 وما بعدها.

(415) أنظر الحافظ ابن كثير / الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، (قام بالشرح الدكتور / أحمد محمد شاكر) ط 3 سنة 1979، دار التراث، القاهرة.

ملاءمة لعصرنا، إضافة أن حديث فاطمة بنت قيس مطعون فيه، من صحابي بارز، ضرب أروع الأمثلة، في العدل حتى صار رمزاً للأمة.

فنص المادة 61 من قانون الأسرة جاء تكريسا وعملاً برأي الأحناف، وهذا ما يستقر عليه رأينا لأننا نجد فيه الرأي الملائم للعصر وأكثر مرونة.

المطلب الثاني : نفقة الإهمال كآثر :

لما كان وجوب الانفاق على الزوجة، ثابت بمصادر الشريعة الإسلامية الغراء، وبنصوص تشريع الأسرة الجزائري، على وجه الخصوص وعليه فإنه من ضمن حقوق المطلقة الحق في النفقة طالما وأنها لا زالت في عصمة زوجها فنفقتها بعد النطق بالطلاق وإلى غاية انقضاء عدتها **تسمى نفقة العدة** كما سبق توضيحه وبيانه، أما ما تعلق بنفقتها قبل النطق بالطلاق **تسمى بنفقة إهمال** وفيها في أغلب الأحيان تغادر الزوجة مقر الزوجية، حيث تبقى مدة زمنية عند أهلها دون الأنفاق عليها، مما يترتب عن هذا طرح قضية الطلاق على الجهة القضائية المختصة.

وعليه فمن حق الزوجة أن تطلب نفقة إهمالها، مما يستوجب من القضاء ألا يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم، مما يتطلب بضرورة الإجراءات، أن تتقدم الزوجة بطلب هذه النفقة حتى يحكم القضاء لها بها، فبالرجوع إلى قانون الأسرة المادة 80 منه أين نلاحظ فيها، أنها صريحة، وواضحة في هذا الصدد، حيث جاء فيها ما يلي : **تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.**

وعليه فالأصل في إستحقاق النفقة هو :من تاريخ رفع الدعوى أمام القضاء، ذلك أن المشرع قد راعى حالات عديدة، التي يغادر فيها أحد الزوجين لمسكن الزوجية، والتي قد تدوم فيها الفرقة بينهما، مدة زمنية قبل المطالبة القضائية بالطلاق، دون أن يلتزم الزوج بالإنفاق على زوجته، وعليه فالمشرع جاء باستثناء وهو **أن مكّن القاضي بأن يحكم للزوجة بنفقة الإهمال**، للمدة التي تدعي الزوجة فيها عدم الإنفاق عليها، حيث تقدم الدليل على ذلك، بشرط أن لا تتجاوز تلك المدة سنة، قبل رفع الدعوى، حيث أن المشرع في هذا الصدد، قد حدد المدة بسنة، لاعطاء الزوجة المهلة الكافية لمطالبة الزوج بالنفقة، ثم بعد ذلك بالتطبيق في حالة عدم الإنفاق.

إنّ ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، وهو :هل المشرع، يشترط وجود بيينة على عدم الإنفاق، لتمكين القضاء من الحكم للزوجة بالنفقة، لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى فإذا كان كذلك كما جاء في صلب المادة 80 **فما هي إذن البيينة التي يمكن للزوجة أن تعتمد عليها ؟**

إنَّ ما تتطلب ملاحظته في هذا الصدد، وهو : لنفرض أن الزوج قد يعترف أنه فعلاً لم ينفق عليها، وبالتالي لا إشكال يطرح في هذه الحالة، ولكن لنفرض أنه قد ينكر ذلك ويدعي أنه قد انفق على زوجته، وأنه كان يقتني لها الغذاء، والكسوة ويطببها، ففي هذه الحالة كيف لها أن تثبت عدم الإنفاق ؟

وعليه فما تقتضي ملاحظته في هذا الصدد، وهو : أن قضاتنا في الميدان العملي يعتمدون على شهادة الشهود، خاصة الجيران الذين يشهدون أن الزوج غادر بيت الزوجية، وأنه لا يسأل عن زوجته، وأبنائه، أو أن الزوجة عند أهلها منذ مدة معينة، وأنه لا يسأل عليها، ولا يأتي على الإطلاق لترقب أحوالها، وما تتطلبه الضروريات نحوها، فقد ثبت الزوج عكس ذلك، بأن يقدم وصولات بريدية تثبت أنه كان يرسل لها مبالغ مالية، أثناء تواجدها بمنزل أهلها.

وعليه فإن مسألة الإثبات في هذه الحالة ستظل صعبة، ذلك أن انعدام البيئة عند القاضي، ستجده مضطراً إلى اصدار الحكم بالنفقة من يوم رفع الدعوى القضائية للمطالبة بالطلاق.

وعليه فمن الملاحظات التي نستشفها من الواقع العملي، أنه غالباً ما يطالب الزوج بالطلاق وتتمسك الزوجة بطلب الرجوع، وبالتالي لا تطالب بأي حق مما يضطرها بعد الحكم بالطلاق، الى القيام باجراء آخر وهو : رفع دعوى أخرى للمطالبة بحقوقها المترتبة عن الطلاق، ذلك أن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، وهو :عندما تطالب الزوجة بنفقة الاهمال، وعندما يمنحها لها القاضي لمدة سنة، قبل رفع الدعوى فالسؤال المطروح عملياً أي دعوى يعتمد عليها لحساب هذه السنة ؟

فهل هي الدعوى الأولى الخاصة بالطلاق، أم الدعوى الثانية الخاصة بالمطالبة بالحقوق المترتبة على الطلاق ؟

إن ما تستوجب الإشارة إليه في هذا الشأن، هو : أن المشرع لم يوضح من خلال نصوصه في هذا الصدد الأحوال أعلاه بل اكتفى بالقول :...**المدة لا تتجاوز سنة** قبل رفع الدعوى، وعليه فإن ما نلاحظه في الجانب العملي في هذا الشأن نجد أن قضاتنا يخلطون، ولا يميزون بين الدعويين، حيث في الحقيقة أن النفقة هي واجب من واجبات الزوج على زوجته، أثناء قيام علاقة الزوجية وبالتالي فإنه بمجرد صدور الحكم بالطلاق بين الطرفين، فإنه لا مجال للحديث عن النفقة، **الآن ما تعلق بنفقة العدة فقط** كما سبق بيانه وتوضيحه، وعليه فان الدعوى التي قصدها المشرع في النص هي : **دعوى الطلاق**، ولكن

كان الأجدد والأحسن بالمشرع لقطع كل لبس أن يعدل المادة 80 من قانون الأسرة بالشكل التالي : ...قبل رفع دعوى الطلاق.

الحالة التي تحرم منها المرأة من نفقة الإهمال :

متى تحرم المرأة من نفقة الإهمال ؟

تحرم المرأة من نفقة الإهمال، إذا كان نشوزها ثابتاً، وعليه فإن الزوجة في هذه الحالة حرمت من النفقة لأنها خرجت عن طاعة زوجها، وضربت الواجبات الزوجية عرض الحائط، ذلك أن المشرع في هذا الصدد، أوجب على الزوج نحو زوجته الانفاق إلا إذا ثبت نشوزها بموجب المادة 37 من قانون الأسرة.

وعليه فمن غير المنطق أن يلزم الزوج بالانفاق على زوجته، خرجت عن ولاية طاعته، وثبت أنها لا ترغب في المحافظة على كيان أسرتها فبنشوزها تكون قد تخلت عن زوجها، وذلك لكون أن الإلتزامات متبادلة، بين الزوج، والزوجة كطرفين في أساس العقد، وذلك لكون أن نوع العقد المنشئ بينهما هو : عقد زواج وهو في نفس الوقت عقد مدني شأنه شأن جميع العقود، ومن يبرمه يجب أن يكون في مستوى التعاقد وفي مستوى المسؤولية العقدية التي تقع عليه، حيث أن عدم تنفيذ أحدهما للإلتزاماته يترتب عليه الدفع بعدم التنفيذ من الطرف الآخر.

المطلب الثالث : الحضانة كأثر

إن مسألة الحضانة باعتبارها من الآثار المترتبة على الطلاق، وكونها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقا، مما اشترط المشرع في المادة 62 من القانون رقم 05-09 من الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك، وعليه فالحضانة والتي هي اكتساب السلطة الأبوية على الأطفال، بحيث يكون الوالد الحاضن، مسؤولاً عن تصرفات محضونه القاصر تجاه الغير كما يكون مسؤولاً عن تربيته وتعليمه وحراسته.

من له الحق في الحضانة

لقد نظم المشرع بموجب نص المادة 64 من القانون أعلاه الفئات من الأصول ومن حيث الدرجة والتي لها الحق في الحضانة، والتي جاء في صلبها ما يلي : « الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك» إلا أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا

الصدد وهو أن يكتسب الوالد حق الحضانة بطلبه من القاضي المختص شريطة أن يكون أهلاً لهذه المسؤولية أما ما يتعلق بالأم والتي اعتبرت في نصوص التشريع الأولى درجة من حيث الحق في مسألة الحضانة، فقد قيدها مضمون التشريع بالطلب، أي أنه إذا لم تطلب الأم الحضانة في أجل سنة من النطق بحكم الطلاق بدون عذر شرعي تفقد حقها فيها.

متى تسقط الحضانة من يد الأم

تسقط الحضانة من يد الأم بموجب الأسباب التالية :

1- تزوج الأم بغير قريب محرم

2- بالتنازل عنها

3- ارتكاب الأم خطأً مخل بالشرف.

إهمال الأم في عدم مطالبتها بحق الحضانة

إذا أهملت الأم المطالبة بحقها في الحضانة، وإذا ما تبين أنها ليست أهلاً لها فإنها ستسند إلى فئات الأشخاص الآتية ترتيباً وهم على التوالي :

1- أب الطفل

2- جدة الطفل (أم الأم)

3- جدة الطفل (أم الأب)

4- خالة الطفل

5- عمّة الطفل

6- الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

إجراءات دعوى الحضانة

للحصول على حضانة الطفل يجب القيام بالإجراءات التالية :

1- رفع دعوى الحضانة أمام الجهة القضائية المختصة وهذا برفع عريضة موقعة من طالب الحضانة مبينة لصفته، والأسباب بدفع الطلب.

2- في حالة الاستعجال وخشية الأم إبعاد ابنها عنها من طرف زوجها السابق فإنه في هذه الحالة يكرس العمل بالمادة 57 مكرر من القانون أعلاه وهذا بالقيام بالإجراء التالي :

— أمر على عريضة باعتبار أن الحالة تقضي أمراً من الأمور الاحترازية ذات التدابير المؤقتة، وهذا برفع عريضة من طرف محام إلى رئيس المحكمة المختصة إقليمياً، وفي هذا الصدد جوز نص المادة أعلاه للقاضي أن يفصل على وجه الاستعجال في قضية الحال.

إن جميع التدابير المؤقتة المتعلقة بالنفقة وبحق الزيارة وحق المطلقة الحاضنة بالسكن تأخذ الوجه الاستعجالي، إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن ولاية الطفل المحضون تمنح لمن أسندت له الحضانة بموجب المادة 87 من القانون أعلاه وهذا في حالة الطلاق وبعد صدور الحكم.

هل يمكن استئناف الأحكام الصادرة في الحضانة

إنه وخلافاً عن الأحكام المتعلقة بالطلاق الخلع، التطليق، فإن الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة قابلة للاستئناف، وهذا تكريساً وإعمالاً للمادة 57 من القانون أعلاه، ومن المفيد أيضاً أن حق الزيارة والذي يعتبر كحق يظهر جلياً في منطق الأحكام القضائية عندما يصدر قاضي الأساس منطوقه بإسناد الحضانة، لمن له حق فيها فإنه يرفق ذلك في حق الزيارة أين يبين في منطوقه مجالات هذا الحق من حيث الاستفادة من توقيته، ونطاقه والذي يقصد به الحق الممنوح لأحد الوالدين بزيارة الطفل (الابن القاصر)

متى تنتضي مدة الحضانة

إن مدة الحضانة تنتضي بالنسبة للذكور ببلوغ عمر 10 سنوات إلا أن القاضي بموجب سلطته فإن له سلطة التمديد إلى عمر 16 سنة وهذا إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.

المطلب الرابع : النزاع في متاع بيت الزوجية كأثر :

إن أهم مشكلة تشغل محاكمنا، وقضاتنا في الوقت الحاضر، هي تلك الاختلافات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين عند طلاقهما، أو تنشأ بين أحد الزوجين، والباقي على قيد الحياة أو شاء القدر بوفاة أحدهما، ويتنازع الحي منهما ورثة الميت، بسبب اختلاف عن ملكية متاع البيت.

وعليه فأهم وأخطر أثر من آثار الطلاق، وأكثرها غموضاً، وتعقيداً، وأشدّها خصاماً بين المتطالقين، هو : النزاع، والخصام حول محتويات البيت، وما يشملها من أثاث ومفروشات، وأدوات تكون الزوجة قد جلبتها معها يوم زفافها في جو من الرحمة، والمحبة والإنسجام بينما يتحول هذا الانسجام إلى شقاق، والمحبة إلى كراهية فطلاق ثم تبدأ مرحلة الحساب، وتتلوها مرحلة الخصام، والتردد على المحاكم، وعلى المحامين وكتاب الضبط، وكل واحد من الزوجين يزعم أن أثاث بيت الزوجية ملكه، وحقه له كله، أو بعضه، وفي الغالب الأعم لا يكون بيد أحدهما دليل، أو بيان قاطع، يقنع

الجهة القضائية المختصة، بأن هذا الشيء المتنازع عليه ملك خالص للزوج، أو ملك خالص للزوجة.

وعليه فالمسألة هنا مسألة إثبات والتي تؤول الى مبدأ القاعدة العامة في القانون المدني، وهي 323 من قانون المدني وما بعدها، وفي الفقه الاسلامي والتي توضح أن **البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**، فإن استطاعت الزوجة أن تقدم للمحكمة أي دليل يثبت وجود أمتعتها ببيت الزوجية فالقول قولها، إلا إذا عارضها المطلق فهنا عليه تأدية اليمين لوضع حد للنزاع، ومنه في هذا الصدد قد أكدت هذا المعنى المادة 73 من قانون الأسرة والتي جاء فيها ما يلي:

إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة فاقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين، في المعتاد للنساء، والقول للزوج، أو ورثته، مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يقتسمانهما مع اليمين.

وقد يحصل أن لا تأخذ المطلقة أمتعتها وعندما تطالب بها أمام الجهة القضائية يرد عليها المطلق بأن الأمتعة ملك له وهو ما يتطلب بالضرورة في هذا الصدد، الواجب معرفته في هذه الحالة أن النزاع هنا ليس على وجود الأمتعة وإنما ينازعها حول ملكية الأمتعة ذلك أن المشرع من خلال المادة 73 من التقنين أعلاه قد تدخلت لحسم هذا النزاع كما تبين لنا ذلك، في صلب المادة أعلاه، حيث أن العبرة من الأمتعة هنا، نوع الأثاث، وطبيعته، فأغراض النساء تختلف عن أغراض الرجال.

وعليه فما تجدر الإشارة اليه في هذا الصدد، وهو: أن متاع البيت المتنازع عليه يحتمل أن يصلح الاستعمال الرجال، كما يحتمل أن يصلح الاستعمال النساء، وليس للزوج، ولا للزوجة بيّنة شرعية على ملكيته.

وعليه فإننا نرى في غياب النص الشرعي، وغياب قواعد متفق عليها من الفقهاء المسلمين، أن القاضي المطروح بين يديه موضوع النزاع، يضطر أن يحكم العرف ويستأنس إليه، ويقضي وفق ما يقضي به عرف المجتمع الذي منه المتنازعان، فإن كان العرف يتطلب مثلاً: أن تأتي الزوجة الى بيت الزوجية، ومعها أثاث غرفة النوم، أو جهاز تلفزيون، وعند الطلاق، أو الوفاة، وقع النزاع بين الزوجين أو وريثهما حول ملكية ذلك وليس لأحدهما بيّنة قانونية أو شرعية، فإن القول قول الزوجة مع يمينها، والعكس بالعكس، وعليه فإن هذه المسألة أجمع الفقهاء على أنها راجعة للأعراف .

ومنه أيضا ما يستوجب ملاحظته في هذا الصدد، هو أن سؤالاً يطرح نفسه في هذا الشأن وهو : **ما نوع اليمين الموجه بخصوص النزاع في المتاع، أو الأمتعة ؟ هل هي يمين حاسمة أم يمين متممة ؟**

أ : تعريف اليمين⁽⁴¹⁶⁾ المتممة : يقصد باليمين المتممة هي التي يوجهها القاضي، لأحد الخصوم الذي قدم للمحكمة أدلة غير كافية، وغير مقنعة، بغرض اتمام قناعته. وعليه فمن خلال إستقراءنا لهذا التعريف نجد أن الشروط الخاصة باليمين المتممة لا تنطبق على اليمين الخاصة بالأمتعة.

ب : تعريف اليمين الحاسمة : يقصد باليمين الحاسمة : هي اليمين التي يوجهها أحد الخصوم الى الخصم الآخر، ولا يحق للقاضي أن يوجهها وهي يمين حاسمة تحسم النزاع نهائياً.⁽⁴¹⁷⁾

وعليه فإن هذا اليمين تختلف عن اليمين الموجهة، في حالة النزاع حول متاع البيت، وإن كانت تشبهها من جانب مهم وهو : أنها تحسم النزاع، إلا أنها تختلف عنها في أن هذه اليمين لا يوجهها الخصم، كما لا يوجهها القاضي للطرف الذي يختاره، كما في اليمين المتممة، إنما هي يمين تختلف عنها وهي يمين من نوع خاص أفردتها المشرع لحل نزاعات كثيراً ما تطرح على القضاء.

وفي هذا الصدد ما يمكن ملاحظته هو : أن اليمين إذا كانت تؤتي ثمارها خلال سنوات مضت فإنها لم تعد اليوم كذلك، لا سيما بعد إندفاع معظم أفراد المجتمع الجزائري نحو ماديّات الحياة، وبعد ضعف الوازع الديني، وانعدام التربية الأخلاقية عند الأسرة، فإذا كان الجزائري فيما مضى يخجل أن يحلف اليمين لتدعيم حقه الواضح، فإن هناك كثيراً من الناس من يحلف اليوم عشرات الأيمان كذبا، وزوراً، وبهتاناً من القول، من أجل الحصول على ثمن بخس، أو منفعة تافهة ورخيصة دنيئة.

إنّ ما يتطلبه بضرورة سلطة الجهة القضائية المختصة، أن تتحرى كل التحري عندما يريد أن يوجه اليمين إلى أحد المتخاصمين، سواء كانت يميناً متممة، أو حاسمة، خلافاً لليمين التي يوجهها القانون، والتي يتعين على القاضي أن يوجهها مباشرة إلى من تجب عليه، ولذلك يمكن القول بأن تجهيز منزل الزوجية هو من واجبات الزوج وحده،

(416) أنظر د. عبد الحميد الشواربي، / الشهادة في مواد الأحوال الشخصية فصل قوة البينة في الإثبات ص 141، وما بعدها. مرجع سابق.
(417) الشهادة في مواد الأحوال الشخصية، مرجع سابق.

وليس من حقه أن يطلب من الزوجة أن تساهم في تجهيز بيت الزوجية بالمال الذي دفعه لها كصداق لكون أن الصداق هو : ملك لها وحدها، شرعا وقانونا وتتصرف فيه كما تشاء وتريد، ولا أحد يلزمها بتجهيز منزل الزوجية، ومنه أيضا إشكال آخر يطرح نفسه في الجانب العملي، وهو : مكان أداء اليمين، فهل تؤدي بالمحكمة أمام القاضي، الذي يفصل في النزاع، أم تؤدي أمام محضر قضائي في مكتبه، أم تؤدي في المسجد ؟

إن مسألة اليمين، في حد ذاتها، مسألة مرتبطة بالتربية الأخلاقية، داخل الأسرة، ومدى قوة الوازع الديني عند الفرد الواحد، فمكان أدائها لا يؤثر شيئا إذا كان الفرد خلواً من جوانب الارتباط المذكور أعلاه وعليه فمن المستحسن أن تؤدي أمام القضاء، الذي يأمر بأدائها، لأن جهاز العدالة أيضا جهاز قداسة، ولأنه مكان تحقيق العدالة، والمساواة بين الناس، ومنه أيضا ضماناً لسير الإجراءات بكيفية أسرع دون تأجيل القضية لمدة طويلة، أو إلى إصدار حكم تحضيري قبل صدور الحكم النهائي، وفي نفس الوقت تقليص للمصاريف بالنسبة للمتقاضين، لأنه ما ثبت في الواقع أن الأطراف المتنازعة تدفع مبالغ باهضة في هذا الصدد مقابل حضور المحضر القضائي لعملية أداء اليمين بالمسجد وتحريره لمحضر عن هذا الاجراء.

و منه أيضا ما تعلق بمسألة تحديد الطرف الذي يوجه إليه اليمين فإن كثيراً من القضاة يخطئون في تحديد الطرف الذي توجه إليه اليمين، حيث في كثير من القضايا المتعلقة بهذا المحال يكون النزاع حول الأمتعة الخاصة بالزوجة، وتوجه اليمين للزوج، وهذا خطأ شائع، ذلك أنه عندما يتعلق الأمر بأثاث، وأغراض مما يصلح عادة للنساء، فإنها تسلم للزوجة بعد توجيه اليمين لها، وليس للزوج، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه مايلي : إذا اختلف الزوجان على متاع البيت، وكان مما يصلح عادة للنساء يقضى بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين، ومتى قضي بخلاف هذا الحكم الشرعي، اعتبر خرقاً لما قرره في هذا الشأن، وعليه يستوجب نقض القرار الذي فصل في نزاع متعلق بمتاع الببيت خاص بالنساء وحكم على الزوج بتأدية اليمين.⁽⁴¹⁸⁾

ومنه أيضا ما تعلق بالشخص الموجهة له اليمين، يستحسن تحديد شروط له ومنها : العقل السليم، ليست له سوابق عدلية، ويفضل أن يكون اليمين بوضع اليد على المصحف الشريف **عظمة لفعل اليمين**.

أما ما تعلق بحالة وفاة أحد الزوجين المتخاصمين، أثناء سير الخصومة، فإنه من

(418) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 27/01/1986 ملف رقم 39775، م.ق عدد 1989,01.

حق الورثة المطالبة بالأثاث الخاص بالطرف المتوفى، كما أنه من حق الطرف الباقي على قيد الحياة، أن يطالب بالأثاث المملوك له، وذلك بأن يرفع دعوى ضد الورثة وهنا في هذه الحالة بما أن امكانية اللجوء إلى اليمين غير واردة، فإن الفصل في القضية يتوقف على شهادة الشهود إن وجدوا، وهذا ما إستقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه ما يلي : إن الزوج إذا توفي أثناء سير الخصومة فرفعت دعوى أخرى ضد أمه وزوجته الثانية لطلب إسترجاع الأمتعة والمصوغ. أنكرتا. قضاة الإستئناف أصابوا عندما اعتمدوا على شهادة الشهود بتسليم الأمتعة لها. ⁽⁴¹⁹⁾

وعليه فإن ما نستنتجه في مسألة المتاع وهو : أنه إذا قام نزاع بين الزوجين حول ما جاءت به الزوجة من متاع، وادعى الزوج مثلاً أن هذا الشيء، أو ذلك الأثاث ملك له، فإن عليه أن يقدم ما يثبت إدعائه ذلك لكون أن الظاهر يقتضي أن جميع ما جاءت به الزوجة يوم زفافها هو : ملك لها حسب الظاهر. وعلى الزوج المدعى أن يثبت خلاف الظاهر ليس وفقاً لنص المادة 73 من قانون الأسرة ولكن وفقاً لقواعد قانون الإجراءات المدنية ما تعلق بالاثبات، وبموجب ما نصت عليه المادة 323 من القانون المدني وما بعدها.

(419) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 12 / 12 / 1983 ملف رقم 851 - 31 نشرة القضاة العدد 46.

الفصل الثاني

**موقف قضاء المحكمة العليا من النصوص الشرعية
الواجبة التطبيق، ومدى الطبيعة القانونية للحكم المنشئ**

المبحث الأول

موقف قضاء المحكمة العليا من النصوص الشرعية الواجبة التطبيق

لقد أولى قضاء المحكمة العليا، عناية كبيرة لمادة الطلاق، سواء على ضوء التشريع، أو من خلال أحكام ومبادئ الفقه الاسلامي، حريصاً في ذلك على القانون الواجب التطبيق في هذه المسائل، كما تمسك نطاق حرصه على التقييد، بمبدأ: **لإجتهد في مورد النص** وبأحكام الشريعة الاسلامية، باعتبارها القانون الواجب التطبيق في هذا المجال، تيسيراً على القاضي، والمتقاضي، بدلاً من البحث الشاق في المصادر المختلفة لها، كما أن التطبيق العملي لمسائل الطلاق، يتطلب الدقة في موضوع أحكامه، ومراعاة معايير وضوابط مسائله الموضوعية، لكون أنه يخضع لمبادئ التقاضي على درجة واحدة الى غاية ما ينتهي اليه هذا التطبيق، والذي تمثله **المحكمة العليا** في قراراتها التطبيقية، لأحكام الشريعة الاسلامية، وقانون الأسرة، وذلك لكون أنها هرم النظام القضائي العادي، في بلادنا، والتي أعطاه القانون سلطة الرقابة القضائية، على مدى تطبيق القانون تطبيقاً سليماً وفرضه وتطبيقه، على المحاكم والمجالس، فهي محكمة كأصل عام⁽⁴²⁰⁾ لا يعينها إلا حكم القانون وحمايته، فتتدخل في حالة الطعن بالنقض، وتنقض الحكم، أو القرار المطعون فيه، بعد أن تكشف عن وجه الخلل، ومخالفة القانون كأن يتعلق الأمر بعدم الاختصاص أو الحكم وبين منطوقه، أو قصور في التسبيب، وفي حالة نقضها للحكم، أو القرار، فتعيد المحكمة العليا القضية الى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار.

إن موقف قضاء المحكمة العليا من النصوص الشرعية الواجبة التطبيق في مادة الطلاق ينصب جل اهتمامه على ما قرره الشرع، والقانون، والقضاء في المسألة الواحدة في هذا المجال ومن حيث الأوجه المثارة في الطعن نقضاً في حكم الطلاق لينافسها للوصول الى مدى تطبيق أو مخالفة، أو خرق لقواعد شرعية في هذا النطاق.

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق

لقد حرص قضاء المحكمة العليا من خلال قراراته، أن يكون القانون الواجب التطبيق في مادة الطلاق هي: التشريع، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا ما سنلاحظه في رجوعنا الى مجموعة من قراراته، والتي سنتعرض لها في المطلب الثالث.

(420) أنظر د. عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري ص 261، مرجع سابق.

وعليه فإن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، هو: أن معيار قضاء المحكمة العليا ما تعلق بمدى تطبيق القانون في مادة الطلاق يكون من خلال الطعن بالنقض في الحكم المتوقف أساساً على الطعن، من حيث الأوجه، التي يجب أن يقوم عليها كما حددته **المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية**، وعليه فإن الطعن بالنقض لا يكون مقبولاً أمام قضاء المحكمة العليا، إلا إذا كان مؤسساً على إحدى الحالات المنصوص عليها حصراً، أو المعروفة بأوجه النقض، كون مثلاً أن قضاء الموضوع قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بأجراء محاولة الصلح بين الطرفين فيكونوا بقضائهم هذا قد أخطئوا أو خالفوا تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه، ومنه أيضاً أن قضاء المحكمة العليا من خلال مناقشته حكم الطلاق المطعون فيه يتأكدون من صحة الحكم من حيث سلامة تطبيق القانون عليه، وذلك لكون الاستنتاج في أسباب العمل القضائي، هل هو وفق المنطق القانوني، فتقتضي الأدلة التي يعتمد عليها الحكم، أن تؤدي إلى النتيجة التي ينتهي إليها المنطق القانوني السليم، أما إذا كان يستحيل عقلاً، إستخلاص الواقعة التي اعتمدها والتي يذكرها الحكم لسبب لها، فإن الحكم يكون مشوباً بخطأ، أو فساد في الاستدلال يوجب البطلان.⁽⁴²¹⁾

ومنه أيضاً من خلال مناقشتهم الحكم المطعون فيه، يرون أيضاً مدى تكييف الوقائع تكييفاً صحيحاً، حيث أن من القواعد المستقرة في قضاء المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون، أن قاضي الأساس أو الموضوع عندما يطرح عليه وقائع قضية ما، أن يقوم بتكييفها تكييفاً قانونياً سليماً، وإعطاء الدعوى الوصف الحقيقي السليم لها، طبقاً لمضمونه ولما يقتضيه النص المراد تطبيقه، ذلك أن التكييف القانوني هو حلقة الوصل القانوني فيما بين الواقع المطروح، والقانون الذي ينبغي أن يحكم هذا الواقع، فحتى يصل هذا التكييف إلى تحقيق هدفه، يقتضي القيام بنشاط قانوني، ومنطقي، وفني يصعب على غير القاضي القيام به.

ومنه أيضاً على القاضي ألاّ يعتد بسلطته التقديرية للوقائع لكون أن التكييف يجب كما أشارنا إليه، أن يلتزم بالوصف الحقيقي للقانون كما ينبغي أن يكون حذراً في أن يقع في خطأ التكييف.

ومنه أيضاً فإنهم يرون من خلال مناقشتهم للحكم، ضرورة ذكر الأدلة التي إستقي منها القاضي الأسباب، فيجب لكي يكون التسبيب صحيحاً، وكافياً، أن يبين القاضي

(421) أنظر د. عبد الحكيم فودة / موسوعة الحكم القضائي على ضوء وقضاء النقض ص 443 وما بعدها الناشر / منشأة المعارف بالاسكندرية - مصر سنة النشر 2003.

الأساس القانوني الذي ينبني عليه قراره، أو حكمه، ومدى سلامة تطبيق القانون، من خلال مناقشة الأدلة، وجودها من عدمها.

وعليه فإنّ قضاة المحكمة العليا في هذا الصدد، يراقبون الأدلة، وسلامة تطبيقها من خلال المناقشة، إذ ليس لهم الحق في التدخل في تقرير الأدلة، ومنه أيضا تأصيل قضاة المحكمة العليا للأوجه النقض للحكم المطعون فيه، ذلك أنه لما كانت أوجه النقض هي الحالات التي يقوم عليها الطعن بالنقض، فانه يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها، أية حال من حالات النقض المشار إليها في **المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية**، حتى ولو لم يثرها، أو يتطرق إليها الطاعن بالنقض، فقد يؤسس الطاعن دعوى النقض على أساس الوجه المتعلق بعدم الاختصاص، بينما المحكمة العليا ترفض هذا الوجه، وتقضي بنقض القرار المطعون فيه على أساس وجه آخر، غير الذي آثاره الطاعن⁽⁴²²⁾ وإذا كان الطعن بالنقض مؤسسا على عدة أوجه، فإنه يجوز للمحكمة العليا نقض القرار المطعون فيه على وجه واحد، دون التطرق للأوجه الأخرى، ومن المفيد أن قضاة المحكمة العليا من حيث التأصيل، يعتبرون التكييف السطحي: هو تكييف فاسد، حيث يقرون باعطاء الدعوى وصفها الحق، وتكييفها القانوني الصحيح.

المطلب الثاني : موقف الاجتهاد القضائي من الآثار

الفرع الأول : نفقة العدة

لقد كان موقف القضاء الجزائري واضحا، وصريحا، من نفقة العدة، وهذا من خلال قرار المحكمة العليا⁽⁴²³⁾ الصادر في هذا الصدد حيث جاء فيه ما يلي : **متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة لزوجته على زوجها، سواء كانت ظالمة، أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.**

ومنه أيضا في هذا الصدد ما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا مفاده : أنه من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة، والتعويض، ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل،⁽⁴²⁴⁾ وعليه فكل مطلقة معتدة تستحق النفقة

(422) أنظر الأستاذ بشير بلعيد - رئيس غرفة بالمجلس القضائي، القواعد الاجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية مرجع سابق.

(423) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية / قرار رقم 34327 مؤرخ في 1984 / 10 / 22 المرجع، المجلة القضائية، العدد 03 السنة 1989، ص 69.

(شركة كليك لخدمات الحاسوب قرارات المحكمة العليا)

(424) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية / قرار رقم 75029 مؤرخ في 1996 / 06 / 18 المرجع، المجلة القضائية، العدد 02 ص 65، السنة 1994 شركة كليك لخدمات الحاسوب قرارات المحكمة العليا.)

من مال زوجها مدة عدتها، يجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة، وعلى الجهة القضائية أن تحكم بها وتحددها إجمالاً أو شهرياً، وتشير إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق، فيدفعها المطلق إلى مطلقتها، وفقاً لقواعد إجراءات التنفيذ، إما بصفة رضائية أو بطريقة جبرية، وهذا هو مدلول المعنى الذي أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 61 من قانون الأسرة حيث ورد في صلب النص ما يلي «...ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق».

إنَّ ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن هذا الحق سيسقط شرعاً إذا تركت المطلقة مقر الزوجية، ولم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي سواء كلياً، أو جزئياً، وتعتبر وكأنها ناشز.

وعليه فإنَّه يجب على الجهة القضائية في هذه الحالة أن تراعي حال كل من الزوج والزوجة، عند تقدير قيمة النفقة، وفي كل الأحوال فإنَّ القضاء يهتم إهتماماً خاصاً ما تعلق بالعدة من حيث مبدأ مواعيدها، وآجالها، حين يفصلون في منح المطلقة لنفقة العدة وذلك لأنَّ إشكالاً يطرح نفسه بحدّة في هذا الخصوص وهو: «أنَّ هناك من النساء من يعتدن بـ 03 أشهر، وأخريات من تعتدن عدة وضع الحمل، وهي فترة قد تكون قصيرة أقل من ثلاثة أشهر، كما قد تكون طويلة فقد تصل إلى 08 أو 09 أشهر، وقد تكون عدة طلاق، ثم تتحول إلى عدة وفاة».

وعليه فإنَّ ما يستوجب من الجهة القضائية المختصة في هذه الحالة أن تدرس هذه الوضعية حالة بحالة، مما يتطلب منها أن تأخذ بعين الاعتبار بعض الأمور الأساسية لهذه الحالات، فإذا كانت الزوجة حاملاً وقت الطلاق، فإنَّه بالاعتماد على شهادة طبية، يمكن أن تعرف الفترة المتبقية لوضع الحمل، والتي هي فترة للعدة، مما يتطلب بضرورة السلطة التقديرية للقضاء تقدير النفقة المستحقة لتلك الفترة، ذلك لأنَّه ليس من العدل أن تلزم المطلقة الحامل، بأن تعتد إلى غاية وضع حملها، في حين أن المطلق لا يلزم بالانفاق عليها خلال تلك الفترة، علماً بأنَّ القانون يمنحها حق البقاء في مسكن الزوجية إلى غاية انقضاء عدتها ولا تحرم من ذلك إلاَّ في حالة إرتكابها الفاحشة مبينة، وهذا ما نصت عليه المادة 61 من قانون الأسرة.

وعليه فإنَّ ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد، وهو: أنَّ الأحكام القضائية الصادرة من مختلف الجهات القضائية، أين نلاحظ فيها، أن قضاةنا فيما يتعلق بالفصل في نفقة العدة، فإنَّ أحكامهم لا يبيّنون ولا يوضّحون فيها فترة العدة المقررة شرعاً، وقانوناً، ومنه أيضاً المبلغ المحكوم به هو نفسه تقريباً لكل المطلقات، مما يتطلب لفت الانتباه له في هذا الصدد، وهو عدم التمييز في الأحكام القضائية، بين فئات النساء المقررة لهن العدة بأصالة الأحكام الشرعية للعدة.

وعليه فإن هذا أمر لا يقبله المنطق، ولا يستقر له الإنصاف، فالتى تعتد بـ 03 قروء، ليست كالتى تعتد عدة وضع الحمل، والتي تكون عدتها قصيرة، ليست كالتى عدتها طويلة، ذلك أن صاحبة العدة الطويلة قد تصل الى 09 أشهر؟ ومنه أيضا الملاحظات على الأحكام القضائية وهو: أن القاضي لا يشير في حكمه على تنازل المرأة على حقها في نفقة العدة، حيث أن كثيراً من النساء اللواتي يقدمن على الطلاق بالتراضي، نجد القاضي في هذه الحالة يهمل جانب هذه النفقة، إذ يكفي فقط بالإشهاد للطرفين على إتفاقهما على الطلاق، دون الإشارة إلى التنازل عن هذا الحق في الحكم.

وعليه إن ما نستنتجه من موقف الإجتهد القضائي ما تعلق بالمسألة المذكورة أعلاه، أنه متفق على: أن نفقة العدة واجبة لكل معتدة من طلاق، أو تفريق أو فسخ، سواء كان المطلقة رجعية، أم بائنة. وعليه فإن هذا الموقف يطابق ما نص عليه رأي فقه الأحناف.

الفرع الثاني: نفقة الإهمال.

لقد أصدرت المحكمة العليا في هذا الصدد، ما تعلق بسقوط النفقة عن الزوجة قراراً جاء فيه ما يلي: «متى كان من المقرر شرعاً، أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية، وبعد ثبوت إمتناعها عن تنفيذ هذا الحكم، مما يجعلها ناشزاً عن طاعة زوجها، ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب النقض»....⁽⁴²⁵⁾، وعليه فإن الناشوز يجب أن يكون ثابتاً، حتى تحرم المرأة من حقها في نفقة الإهمال، ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد، هو: أن على الجهة القضائية المختصة عند تقديرها للنفقة عليها أن تأخذ بعين الاعتبار الراتب الشهري للزوج، ومداخله، وكذلك ظروف معاشه وإعساره من يسره.

الفرع الثالث: السكن المنفرد:

لقد قرر الإجتهد القضائي الجزائي، بأن السكن المنفرد للزوجة حق مقرر شرعاً، ويعد تطبيقاً للأحكام الشريعة الإسلامية، تطبيقاً صحيحاً في هذا المجال وليس على الزوج أن يمتنع من تحقيقه لها، سيما إذا ظهر سوء تفاهم في علاقتها مع أهله، كما هو في واقعنا المعاش فالسكن حق ثابت للمرأة شرعاً لا يمكن إبعاده لأي سبب من الأسباب، وهذا ما أكدته الإجتهد القضائي من خلال قرارات المحكمة العليا⁽⁴²⁶⁾ في هذا الصدد.

(425) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 1984، 07 / 09 ملف رقم 33762 م.ق عدد 04 1989.

(426) قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1985، 11 / 04 رقم القرار 38331، غرفة الأحوال الشخصية المرجع المجلة

القضائية / السنة 1989 العدد / 01 الصفحة 101. وقرار آخر للمحكمة العليا مؤرخ / 1987 / 02 / 23 رقم القرار

44994. المرجع المجلة القضائية / السنة 1990 العدد / 03 ص 58

وعليه فالسكن المنفرد من حق الزوجة، لا يشاركها فيه أحد إلا بإرادتها، وموافقتها وذلك لأنها تتضرر من مشاركة غيرها لها فيه، ولا تكون أمانة على متاعها، فلها الامتناع عن السكنى مع أحد من أقاربه ولو رضيت إبتداء بسكناها معهم، فلها أن تمتنع بعد ذلك ولو لم يثبت الضرر من جهتهم⁽⁴²⁷⁾ ولا تجبر على إسكان أحد معها إلا ولد الزوج من غيرها إذا كان صغير غير مميز⁽⁴²⁸⁾ فلا تجبر على السكن معهم، ولا سكناهم معها في دار واحدة يحد من حريتها في المعاشرة بينها، وبين زوجها كما تريد.⁽⁴²⁹⁾

الفرع الرابع : أمتعة البيت

لقد قررت المحكمة العليا أن حضور محامي الخصم لعملية أداء اليمين يغني عن حضور الخصم لمجلس تأدية اليمين حيث جاء في قرارها ما يلي :

إذا كان مؤدى المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية أنها توجب حلف اليمين بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه لحضور الجلسة فإن حضور محامية أثناء تأدية اليمين يغني عن حضور الخصم، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه يتعين رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المطعون ضدها أدت اليمين حول الأمتعة طبقاً للمادة 73 من قانون الأسرة، بحضور محامي الزوج الطاعن، فإن قضاة المجلس الذين حكموا على الطاعن بإرجاع الأمتعة التي أدت المطلقة اليمين بشأنها، طبقوا صحيحاً القانون،⁽⁴³⁰⁾ وعليه فإن القاضي عندما يفصل في القضية يستوجب منه أن يظهر بالتفصيل الأغراض المملوكة للزوج، والأغراض المملوكة للزوجة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه ما يلي:

(427) لقد قسم فقهاء المالكية المرأة الى نوعين في هذا المجال:

النوع الأول :

الشريفة ذات القدر : وهذه لها الامتناع من السكنى مع أقاربه ولو مع أبوي الزوج في دار واحدة، لما في ذلك الضرر عليه باطلاعهم على حالها والتكلم فيها، غير أنه يجوز لهم السكنى معها إذا كان هناك شرط في العقد، وحتى في حالة الشرط لها الامتناع عن السكنى معهم إذا حصل منهم ضرر بالإطلاع على عوراتها.

النوع الثاني :

الوضعية : وهذه ليس لها الامتناع من السكنى معهم، إلا إذا إشتطرت في العقد عدم سكنها مع أحد أو حصل منهم ضرر لها. *مرجع الهامش أعلاه من كتاب الشرح الصغير ج 737 / 2 للدردير أحمد بن محمد.

(428) قال المالكية : إذا كان لأحد الزوجين ولد صغير، لا يعلم به الآخر حين العقد، وكان لهذا الصغير حاضن غيره فله الإمتناع عن السكنى به معه، أما إذا علم بالصغير وقت الدخول أو لم يعلم ولم يكن للصغير حاضن، فليس له الامتناع عن السكنى معه.

- مرجع الهامش أعلاه نفس المرجع السابق في المتن.

(429) أنظر / ابن حزم محمد بن علي، المحلي، شمس الدين السرخسي، المبسوط حاشيه رد المحتار، ابن عابدين محمد أمين، بدائع الصائغ في ترتيب الشرائع للكساني علاء الدين أبو بكر، تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام / ابن فرحون برهان الدين بن الحسن.

(430) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 12 / 07 / 1987 ملف رقم 47284، م.ق، عدد 01، 1993.

من المقرر قانوناً أن القرار الذي لا يكون مسبباً تسبياً كافياً يعد مشوباً بالقصور في التسبب ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن قضاة الموضوع عندما لم يفرقوا بين ما هو ملك للزوجة، وما هو ملك للزوج حتى يستطيعوا تطبيق القواعد الشرعية في هذا المجال ولما لم يبينوا طبيعة المنزل المتنازع عليه خالفوا القانون.

ومنه أيضاً ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، وهو : أن المحكمة العليا إعتبرت أن أثاث البيت المخصص للإستعمال الثنائي بين الزوجين أصلاً ملك الزوج، والإستثناء هو ملك للزوجة، إذا قامت البيّنة على ذلك حيث جاء في قرارها ما يلي : من المستقر عليه قضاءً، وشرعاً، أن أثاث البيت المخصص للإستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكاً للزوج ما لم تثبت الزوجة البيّنة، أن ذلك ملكها إشتريته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقواعد الشرعية، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن الزوج لئن أعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإنه استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه فإن المجلس القضائي الذي أعتبرها إستثناء داخله في أمتعة زوجته وحكم لها به دون أن يطالبها بإقامة البيّنة على أشياء هي للرجل يأخذها بعد حلفه يكون بقضائه كما فعل، مخالفًا للقواعد الشرعية.⁽⁴³¹⁾

المطلب الثالث : القرارات التطبيقية لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة

إن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، وهو : أنه برجعنا إلى قرارات المحكمة العليا ما تعلق بمادة الطلاق، نلاحظ من خلالها مدى حرص قضاء المحكمة العليا للقانون الواجب التطبيق في أحكام الطلاق، وما قرره شرعاً وقانوناً وقضاء في هذا المجال، والأوجه المثارة في الطعن، ومدى تطبيق، أو مخالفة، أو خرق للقواعد الشرعية لهذه الأحكام، ومن حيث رفض الطعن، أو نقض الحكم المطعون فيه دون إحالته.

وعليه فسنحاول أن نرتب في مطلبنا هذا مجموعة من القرارات في هذا الشأن ترتيباً موضوعياً، يسهل علينا معالجتها بشكل منظم، وفي نفس الصدد إظهار وتبيان مدى فعالية هذه القرارات التطبيقية لقانون الأسرة، وأحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الطلاق وتتلخص هذه القرارات في ما يلي:

القرار رقم : ⁽⁴³²⁾ 35346 جاء في هذا القرار ما يلي:

من المقرر شرعاً، أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده، عملاً بالقاعدة الشرعية العصمة بيد الزوج، ومن ثم فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية قائمة بين الزوجين حتى

(431) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1989، / 01 / 16 ملف رقم 52212، ك.ق عدد 03، 1991.
(432) المحكمة العليا قرار رقم 35346 غرفة الأحوال الشخصية، تاريخ القرار 84، / 12 / 31 العدد 02 السنة 1990 ص 86.

بعد ابداء الزوج لإرادته في الطلاق، يعد خرقاً صريحاً لهذه القاعدة الشرعية، ومتى كان، خالف قضاة الإستئناف في تطبيق هذا المبدأ، إستوجب نقض قرارهم المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار تلقائياً من المجلس الأعلى.

التحليل : لقد أكد القرار المذكور أعلاه من حيث الموضوع، مبدأ القاعدة الشرعية الذي أقرته الشريعة الإسلامية، وتضمنه قانون الأسرة :وهو أن للزوج وحده مبدأ العصمة، فمتى أبدى الزوج رغبته في الطلاق، وأبقى القضاء على ميثاق الزوجية فهذا يعد خرقاً لقاعدة شرعية، مما إستوجب نقض القرار المطعون فيه وفق الأوجه التالية : وجه مأخوذ من خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات، وجه مأخوذ من قصور التعليل وانعدام الأساس الشرعي، أما ما تعلق بالوجه المثار تلقائياً والذي يتمثل في طلب الطلاق من الزوج الطاعن أمام المحكمة، ثم تمسك بطلبه هذا أثناء الإستئناف ورغم هذا رفض المجلس طلبه، وأحال الطرفين لتنفيذ القرار القاضي باستئناف الحياة الزوجية، وهو بهذا قد خرق قاعدة شرعية، وما تضمنه قانون الأسرة، ومخالفة تطبيق مبدأ، مما إستوجب نقض القرار المؤسس على الوجه المثار تلقائياً.

القرار رقم : (433) 138949 جاء في هذا القرار ما يلي:

من المقرر قانوناً، أن يتم الطلاق بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، ويثبت بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومتى حصل الاتفاق بين الطرفين - كقضية الحال - فإن القاضي يصادق على شروطه، ولا يجوز بعد ذلك للأطراف الرجوع فيه .مما يستوجب رفض الطعن الحالي» .

التحليل : لقد بين القرار أعلاه أن الطلاق، بإرادة الزوج أو بتراضييهما يثبت بحكم ولكن بعده محاولة الصلح باعتباره إجراء جوهري، في مسائل الطلاق وهذا أمام الجهة القضائية المختصة، وإذا حصل الاتفاق بين الطرفين على الطلاق، فإن القاضي يصادق على شروطه ولا يجوز للأطراف الرجوع فيه من حيث الموضوع وعليه فإن القرار أعلاه استند في تدعيم الطعن بالنقض وابطاله على وجهين :

الوجه الأول :

مأخوذ من قصور الأسباب، المتمثل في الاتفاق المبرم بين الطرفين، في حين أن هذا الاتفاق يتضمن التزام الطاعن، يدفع نفقة الاستئجار سكن المطلقة، وليست نفقة البنت وبقائها في السكن الزوجي.

(433) المحكمة العليا قرار رقم 138949 مؤرخ في 1996، / 09 / 09 غرفة الأحوال الشخصية العدد 02 ص 77 السنة 1996 المرجع المجلة القضائية - عن طريق شركة كليك لخدمات الحاسوب قرارات المحكمة العليا.

الوجه الثاني :

مأخوذ من مخالفة القانون حيث أن الاتفاق المبرم بين الطرفين، خالف أحكام المادة 106 من ق.م.

عن الوجهين معاً : اعتماد المحكمة على هذا الاتفاق، تكريس العمل وتطبيق ما جاء في المادة 106 من ق.م إضافة على أن الصلح الذي تم بين الطرفين والذي صادق عليه القاضي لا يجوز الرجوع فيه، لأن القاضي، لا يفصل في النزاع ولكن صادق على الشروط التي اتفق عليها الطرفين مما يجعل الوجهين غير مؤسسين.

القرار رقم : (434) 39463 جاء في هذا القرار ما يلي:

«من المتفق عليه فقهاء وقضاء، في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج :هو الطلاق الرجعي، وأن الحكم القاضي، به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن، فهو الذي يقع ما قبل الدخول، أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها، للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة، لدفع الضرر عنها، وحسم النزاع بينهما وبين زوجها. وعليه فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولذلك يستوجب نقض القرار، الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً».

التحليل :

لقد أكد القرار أعلاه، أن موقف الفقه والقضاء، من حيث أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، ما تعلق بالطلاق، الذي يقع من الزوج :هو الطلاق الرجعي، وقد وضح في هذا الصدد أن الحكم القاضي به لا يغير من رجعيته، أما ما تعلق بالطلاق البائن :فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة الذي :هو الخلع لغرض التخلص من الرابطة الزوجية، ومن الطلاق أيضاً الذي يوقع القاضي بناء على طلب الزوجة لغرض الدفع الضرر عنها، وحسم النزاع بين الطرفين وبين الزوج على الخصوص.

وعليه فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، مما يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً. وعليه من حيث الموضوع فقد استند الطعن على سببين :

(434) المحكمة العليا قرار رقم 39463 ، مؤرخ في 10/02/1986 غرفة الأحوال الشخصية العدد 01 ص 115 المرجع المجلة القضائية عن طريق شركة كليك لخدمات الحاسوب - قرارات المحكمة العليا.

السبب الأول :

مأخوذ من مخالفة أحكام الفقه الإسلامي، وإنتهاك القواعد الجوهرية للإجراءات ويتكون من فرعين:

الفرع الأول : من السبب أعلاه، والذي يؤخذ على هذا القرار كونه لم يراع الشروط، التي يجب أن تكون في المطلق، وبالنسبة لهذا الأخير فإنه مريض، ومكره علي الطلاق وعليه ففقهاء الشريعة الإسلامية قرروا على أن طلاق السكران، والغضبان، والمكره، والمريض، لا يلزم ولا يصح.

الفرع الثاني : من السبب أعلاه والذي يؤخذ على القرار المذكور أعلاه، أنه خالف الشروط المطلوبة توفرها لصحة الطلاق البائن، ففيه مخالفة لأحكام الشرع، مما يرتب عنها نقض القرار.

السبب الثاني :

مأخوذ من إنعدام الأسباب، وقصورها، باعتبارها وجها من وجوه النقض، حيث أن حكم الطلاق في هذا الصدد لم يكن له أي تأسيس قانوني، فأعتبر بمثابة انعدام التسبيب، أو قصوره، مما رتب عن هذا عيب في القرار وعرضه للنقض.

موقف قضاة المحكمة العليا من الأسباب في القرار أعلاه في مادة الطعن

لقد اعتبر القضاة عدم الجواب على طلبات الخصوم، وملاحظاتهم: هو بمثابة فقد للأسباب مما يرتب عن هذا عيب في الحكم ويعرضه للنقض، لأن طلاق الطاعن في السن المريض مضنة الريبة، فإن الشريعة الإسلامية تتعامل مع ورثته بنقيض قدرتهم، كما أنه بالرجوع إلى الحكم، والقرار المطعون فيه، فإن قضاة المحكمة العليا في هذا الصدد، يرون أن عريضة الاستئناف الذي صدر فيه القرار جاء فيها أن الزوج لا يملك قدرة التعبير عن إرادته بوعي، وتمييز ومن ثم فلا يصح منه الطلاق.

وعليه فإن الملاحظات لم تأخذ بعين الاعتبار، ولم تناقش، ذلك كون أن طلاق الهذيان لا يعتد به شرعا، والمطلق في قضية الحال، يناهز عمره الثمانين سنة، فقضاة المحكمة العليا في هذا الصدد، يرون أنه عدم التعرض لمعرفة صحة المطلق، أو مجرد زعم خاصة، أو مضنة قائمة في القضية : هو بمثابة فقد للأسباب تعيب القرار وتعرضه للنقض.

أما ما تعلق بالسبب الثاني : وهو أن الأصل في الطلاق الذي يقع من الزوج : هو طلاق رجعي، وحكم القاضي به لا يغير من رجعيته، ذلك إنما نزل على طلب الزوج، وقد

اعتمد قضاة المحكمة العليا في هذا الصدد، قول العلامة الشيخ خليل : **وأما أوقضة الزوج فإنه يكون رجعيا ولما جبره الحاكم على ايقاعه وحكم بينونته بأن قال حكمت أنه بائن.**

وعليه فإنّ القرار أعلاه، قرر فيه قضاة غرفة الأحوال الشخصية، أنه أساء تطبيق الشريعة الإسلامية، وجعل النعي عليه كما ورد في سببي الطعن في محله، مما يترتب عليه نقض القرار.

القرار رقم : 73630⁽⁴³⁵⁾ جاء في هذا القرار ما يلي:

من المقرر قانوناً أن من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح، لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق، يحتاج إلى عقد جديد، ولما كان ثابتاً، في قضية الحال، أن الطاعن راجع مطلقته بعقد جديد، متوفراً على جميع أركان الزواج حسب المادة 50 من قانون الأسرة أصبح واجباً نقض الحكم المطعون فيه، بدون إحالة لعدم جديديته بقائه.

التحليل :

لقد أكد القرار أعلاه، أن من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق، يحتاج إلى عقد جديد.

وعليه فمن حيث الموضوع، أن القرار أعلاه، استند الطاعن في تدعيم طعنه لنقض، وإبطال الحكم المطعون فيه على وجهين:

الوجه الأول : فيه مأخوذ من مخالفة المادة 33 من ق.إ.م مما رتب عن ذلك أن الحكم المطعون فيه لا يشير الى طعن الأطراف، إضافة على ذلك أنه غير معلل تعليلاً كافياً مما يعد خرقاً لأحكام المادة 33 من ق.إ.م .

الوجه الثاني : مأخوذ من انعدام السبب، ذلك أن المطعون ضدها لم تطالب بالطلاق، بل تمسكت بالرجوع، وقد تمت مراجعتها من قبل الطاعن، وفقاً لشروط، وأركان الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة بموجب المادتين 48 ، 49، وهي تعيش معه حالياً بمسكن الزوجية، بأحسن حال، فأصبحت المصلحة أكيدة في الغاء الحكم المطعون فيه.

موقف قضاء المحكمة العليا من حيث أوجه النقض في مادة الطعن 38 من ق.إ.م

يرى قضاء المحكمة العليا: أن الحكم المطعون فيه، نوّه بوضوح بصفات الطرفين، من كونهما مدعى ومدعى عليها، حيث جاء معللاً تعليلاً شرعياً، كافياً في كل جوانبه بحديثات

(435) المحكمة العليا قرار رقم 73630 مؤرخ في 20/20/1991 المرجع لمجلة القضائية العدد 03 ص 60 السنة 1993 عن طريق الاعلام الآلي.

مستفيضة وقانونية، كما أنه تعرض من خلاله الى كل جوانب النزاع، وعليه فإن الطاعن لم يبين في الوجه أين وقع نقض التعليل في الحكم، فالوجه غير مؤسس وناقص ويرفض.

أما ما تعلق بالوجه الثاني المأخوذ من انعدام أسباب موضوع الحكم، فإن قضاة غرفة الأحوال، فإنهم رأوا فيه تسببا كافيا، بحيثيات عديدة، أظهر من خلالها إصرار الزوج، ونيته المبيّنة على الطلاق عملا وتطبيقا لأحكام المادة 48، 49 من قانون الأسرة، خاصة بعد فشل محاولة الصلح، التي أجراها القاضي الابتدائي بين الطرفين، موضوع الطلاق بالحكم المطعون فيه، جاء مسببا تسببيا شرعيا كافيا، وعليه فإنه في نظرهم أن هذا الوجه مخصص لغير الطاعن فيرفض.

أما ما تعلق بالوجه المثار تلقائيا من طرف المحكمة العليا، والمأخوذ من ضرورة إحترام المادة 50 من قانون الأسرة، فقد تبين للقضاة غرفة الأحوال، من خلال عقد الرجعة الرسمي، والمحضر من طرف أستاذ موثق (ق ع)، أن الطرفين قد استعادا حياتهما الزوجية قبل إبرام عقد الرجعة المذكور أعلاه، وذلك بعد الطلاق، المحكوم به، بالحكم المطعون فيه، وأنهما رسما هذه الرجعة بالعقد أعلاه بالتاريخ المنوه به، حيث أن الزوج قد راعى في إرجاع زوجته اليه، أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، خاصة منه المادة 50 من قانون الأسرة.

وعليه فقد رأى قضاة غرفة الأحوال الشخصية، أنه من الواجب والحالة هذه نقض الحكم المطعون فيه، وبدون إحالة - مراعاة للمادة 50 من قانون الأسرة.

ومنه أيضا فقد رأوا أنه من الواجب والحالة هذه نقض الحكم المطعون فيه، وبدون إحالة مراعاة للمادة 50 من قانون الأسرة، حتى لا تنتهك في حالة ما إذا بقي الطلاق قائما بين الطرفين. خاصة، وأن المطعون ضدها أكدت موافقتها على حسن نية طلب زوجها الطاعن في نقض الحكم المطعون فيه الذي لم يعد مجديا إبقاؤه.

وعليه فقد قرر قضاة غرفة الأحوال الشخصية لدى المحكمة العليا نقض وإبطال القرار المطعون فيه وبدون إحالة.

القرار رقم: (436) 49858 جاء في هذا القرار ما يلي:

من المقرر قانونا أن الطلاق، يمكن أن يتم بتراضي الزوجين، ولا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد محاولة الصلح، من طرف القاضي ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم

(436) المحكمة العليا قرار رقم 49858 المؤرخ في 18/07/1988 المجلة القضائية العدد 01 ص 37 السنة 1992 عن طريق الاعلام الآلي.

بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ، يعد مخالفا للقانون.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع، لما قضوا برجوع الزوجة رغم أن الطلاق، وقع بالتراضي بينهما، وتم إثباته بحكم، وبقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون».

التحليل :

لقد أكد القرار أعلاه، أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح، من طرف القاضي كما أنه يمكن أن يتم بتراضي الزوجين، كما وضح أيضا أن من راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق، يحتاج إلى عقد جديد، وعليه فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد مخالفا للقانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

من حيث الموضوع : إستندت الطاعنة للوصول إلى النقض على وجه مأخوذ من مخالفة المواد 48، 49، 50 من قانون الأسرة والقصور في التعليل، وانعدام الأساس القانوني.

موقف المحكمة العليا من حيث أوجه النقض في مادة الطعن:

لقد رأى قضاة المحكمة العليا ما تعلق بالطعن، أنه استوفى أوضاعه القانونية لذلك فهو مقبول شكلا، ومن حيث الوجه الوحيد في النقض فقد خرق المواد 48، 49، 50 من قانون الأسرة ويتمثل ذلك في أن الطرفان إتفقا على الطلاق بالتراضي، وما دام كذلك فما جدوى الحكم بالرجوع؟ وخاصة وأن المستأنف عليها نبهت المجلس الى وقوع الطلاق بين الطرفين بالتراضي، وعليه فإن قضاة المحكمة العليا في هذا الصدد يرون أن قضاة الموضوع قد خالفوا نص المواد 48، 49، 50 من قانون الأسرة، مما يتعين نقض القرار المطعون فيه والحكم المؤيد، ومنه قد قرر قضاة المحكمة العليا نقض القرار وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد.

القرار رقم : 89635⁽⁴³⁷⁾ جاء في هذا القرار ما يلي:

«من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف، ما عدا في جوانبها المادية، ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن الطعون ضدها طالبت في دعوى خاصة بالتطبيق، وضمت بعدها لدعوى الطاعن - الحالي - فإن إجراء الإستئناف، المتبع برفع النزاع

(437) المحكمة العليا قرار رقم 89636، غرفة الأحوال الشخصية، تاريخ القرار 27/04/1993 المجلة القضائية العدد 01 ص 53 من سنة 1994.

برمته أمام المجلس، ولما قضى هذا الأخير بالتطليق، فلأنه يندرج ضمن اختصاصاته شرعا وقانونا، وأن المادة 57 من قانون الأسرة، - المحتج بها - لا تنطبق على قضية الحال، لكون الحكم المستأنف، لم يقضي بالطلاق ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن.

التحليل:

لقد أكد القرار أعلاه، الالتزام بأحكام المادة 57 من قانون الأسرة وأن أحكام الطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدا في جوانبها المادية.

وعليه فإن ما كان ثابتا في قضية الحال - أن المطعون ضدها طالبت في دعوى خاصة بالتطليق، وضمت بعدها لدعوى الطاعن الحالي، وقضى هذا الأخير بالتطليق، لأنه يندرج في اختصاصاته الشرعية، والقانونية، وعليه فالمادة 57 من قانون الأسرة لا تنطبق على قضية الحال لكون الحكم المستأنف لم يقضي بالطلاق وبالتالي استوجب رفض الطعن.

من حيث أوجه الطعن فقد استند الطاعن في مذكرة طعنه الى أربعة أوجه ونذكر منها وجهين على سبيل المثال: وهما الوجه الثالث، والوجه الرابع.

الوجه الثالث :

بدعوى أن القرار المطعون فيه القاضي بالتطليق بين الزوجين خالي من التسبب، وكونه كذلك لم يشير الى المادة المطبقة، مما جعل القرار خالي أيضا من تطبيق المواد القانونية، أو النصوص الشرعية، مما يترتب على ذلك أنه فاقد للأساس القانوني، وكونه أيضا ناقص التعليل، لأنه لم يطبق ولو مادة من قانون الأسرة، ما تعلق بالتطليق وفي الضرر الحاصل بين الزوجين، مما يؤدي ذلك الى النقض.

الوجه الرابع :

بدعوى أن القرار المطعون فيه قد خالف أحكام المادة 57 من قانون الأسرة، حيث أن قضاة الموضوع فصلوا في قضية الحال بالتطليق بين الطرفين، فإن قضائهم هذا يعد تجاوز منهم للاختصاص، حيث أن الطلاق يكون من اختصاص المحكمة، وقضاة المجلس لهم الحق في الفصل في القضايا المادية فقط، وعليه فبقضائهم بالتطليق في قضية الحال قد تجاوزوا اختصاصهم مما يستوجب نقض القرار.

موقف قضاء المحكمة العليا من الوجهين الثالث، والرابع :

يرى قضاء المحكمة العليا أن القرار المطعون فيه، نوه في حيثياته بالضرب، الذي تعرضت له المطعون ضدها، من قبل الطاعن، والثابت بالشهادة الطبية، إضافة الى ذلك

فإنهم يرون أن ما تعرضت له المطعون ضدها من الضرب، يعد ضرراً شرعاً، ولو أنهم لم يشيروا لهذه المادة صراحة، ومنه أيضاً أن المادة 57 من قانون الأسرة، لا تنطبق في قضية الحال لكون أن الحكم المستأنف لم يقضي بالطلاق، مما استوجب رفض الطعن.

القرار رقم : (438) 38105 جاء في هذا القرار ما يلي:

يستوجب نقض القرار، الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج، على شهادة شهود، لم تحدد تاريخ، ومكان هذا الطلاق، ولم تذكر أسماء الأشخاص، الذين حضروا بمجلس الطلاق، لتأكيد صحته، ذلك أن هذه الشهادة يكتنفها الغموض، والنقض في محتواها.

التحليل :

لقد أكد القرار أعلاه، وجوب نقض القرار محل الطعن الذي يعتمد فيه على إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج، على شهادة الشهود والتي لم يحدد فيها تاريخ ومكان الطلاق، ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا المجلس لغرض التأكيد، من سلامة صحتها. حيث أن هذه الشهادة، يكتنفها الغموض، والتعارض في محتواها، وما تجدر الإشارة له في هذا الصدد: وهو أن الطعن استند الى وجهين:

الوجه الأول : انعدام الأساس القانوني للقرار محل الطعن، والمتمثل في أن مجلس الاستئناف اكتفى بحیثة واحدة.

الوجه الثاني : خرق للشريعة الإسلامية.

لقد كان موقف قضاة المحكمة العليا، من حيث أوجه النقض، من خلال مناقشتهم القرار حيث لاحظ أن الوجه الأول المأخوذ من انعدام الأساس القانوني للقرار، جاء ثابتاً من خلال دراسة أوراق ملف الدعوى، أن المطعون ضدها لم تشر في طلبتها أمام المحكمة الابتدائية، الى وجود طلاق عرفي بينها وبين زوجها، وحيث أن هذا الطلب لم تقدمه إلا على مستوى المجلس الاستئنافي، مما جعله طلباً جديداً وعليه فإن هذا الوجه صحيح.

أما ما تعلق بالوجه الثاني في القرار محل الطعن، المأخوذ من خرق الشريعة الإسلامية، فقد اعتمد في حكمه على شهادة لم تحدد التاريخ، ولا المكان، ولم تشر الى أسماء الحاضرين، بمجلس الطلاق ولم توضح صيغة الطلاق، مما رتب عن هذا تواجد النقض والغموض في الشهادة، وعليه فإن هذا الوجه كسابقه، مؤسس مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

(438) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 38105 مؤرخ في 04/11/1985 المجلة القضائية العدد 01 ص 98 السنة 1989.

القرار رقم : 75029⁽⁴³⁹⁾ جاء في هذا القرار ما يلي:

من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصوراً في التعليل.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل. ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه.»

التحليل :

لقد أكد القرار أعلاه، أن مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة قد استقر عليها القضاء من حيث السلطة التقديرية، لقضاة الموضوع، وألزمهم بذكر أسباب، وعليه فإن العمل بما يخالف هذا المبدأ يعد قصوراً في التعليل، ومن حيث الموضوع فإن المجلس الاستئنافي أسس طعنه على الوجوه التالية:

الوجه الأول : مأخوذ من خرق المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية، وخرق لأشكال الجوهرية للإجراءات.

الوجه الثاني : مأخوذ من انعدام القاعدة القانونية، وانعدام ونقض في الأسباب.

الوجه الثالث : مأخوذ من خرق وخطأ في تطبيق القانون، ما تعلق منه المادة 5 / 233 من ق.إ.ج.م، والمادة 52 من قانون الأسرة.

وعليه فقضاة المحكمة العليا من خلال مناقشتهم القرار المطعون فيه رأوا أن الوجه الأول بفرعية، حيث أن فرعه جاء مؤسساً، ولم يخرق أي شكل من الأشكال الجوهرية ذلك أن ما ورد من ذكر إسم والد المدعى عليها في الطعن بدلاً.

من (ع ف) يعتبر خطأ مادياً يمكن تصليحه من نفس الجهة التي أصدرته دون إشكال، أما الفرع الثاني، من الوجه فقد رأى قضاة المحكمة العليا، أن عدم الاختصاص المجلس المحتج به في الفرع الثاني الوجه أعلاه، حيث أن الاختصاص المجلس، لا يعتبر طلباً جديداً أمام المحكمة العليا، وبالتالي يجب عدم قبوله، وعليه فإن هذا الوجه من حيث فرعه جاء غير مؤسس مما يستوجب رفضه.

(439) المحكمة العليا، رقم القرار 75029 ، المؤرخ في 18/06/1991 غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية العدد 02، ص 65 السنة 1994.

أما ما تعلق بالوجه الثاني، والثالث، فإنه بالرجوع الى القرار محل الطعن فإنهم يرون :أنه جاء مشوبا بنقض في التعليل والتسبيب، حيث أن القرار المنتقد حكم برفع مبالغ المتعة، والتعويض دون أن يتعرض لذكر أسباب ذلك، وأن اغفال ذكر الأسباب يعرض القرار المنتقد للنقض.

القرار رقم : (440) 57506 جاء في هذا القرار ما يلي:

من المقرر قانونا، أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب ليس في محله.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقة نفقة الإهمال ابتداء من رفع الدعوى الى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون وسببوا قرارهم تسببيا كافيا. ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن.

التحليل :

لقد أكد القرار أعلاه، أن إستحقاق النفقة قانونا، بيتدأ من تاريخ رفع الدعوى وما على الجهة القضائية المختصة، أن تحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، وعليه فالقرار محل الطعن النعي عليه بعدم التسبيب ليس في محله، وقضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بدفع نفقة الإهمال من الزوج ابتداء من رفع الدعوى الى يوم النطق بالحكم فهم بهذا طبقوا القانون وكان تسببهم في القرار تسببيا كافيا.

ومنه أيضا أن القرار محل الطعن، إستندت الطاعنة فيه الى وجهين للنقض.

الوجه الأول : خرق القانون وخاصة المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية، وعليه فإن الخرق يؤدي الى نقض القرار.

الوجه الثاني : خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات، وانعدام التسبيب، وانعدام القاعدة الشرعية مما يؤدي الى النقض.

وعليه فقضاة المحكمة العليا من خلال مناقشتهم، وجها للنقض رأوا أن الوجه الأول منه أغفل مهنة الأطراف، فهذا لا يرتب البطلان طالما أن هوية الطرفين، قد عرفت، وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه.

(440) المحكمة العليا، رقم القرار 57506، غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 25/12/1989، المجلة القضائية العدد 03، ص 65 السنة 1991.

الوجه الثاني للنقض فقد رأى قضاة المحكمة العليا، أن قضاة الموضوع طبقوا صحيح القانون في قضية الحال وهو المادة 80 من قانون الأسرة حيث أن المادة أعلاه تنص على :أن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى، وعليه فإن قضاة الموضوع لم يرتكبوا أي خطأ قانوني، وعليه فإن قرارهم كان مسببا تسببا كافيا، وأنه اعتمد على قاعدة قانون الأسرة، مما يجعل هذا الوجه في غير محله مما يستوجب رفضه.

القرار رقم : 72858⁽⁴⁴¹⁾ جاء في هذا القرار ما يلي:

«من المقرر قانونا، أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف، ما عدا في جوانبها المادية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظلم الزوج يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون.

ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيها.

التحليل :

لقد أوضح القرار أعلاه، أنه من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدا في جوانبها المادية، فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد مخالفا للقانون، وفي قضية الحال فإن قضاة الاستئناف عدلوا الحكم المستأنف لديهم، القاضي بالطلاق للخلع الى الطلاق بتظلم الزوج، يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في مسائله المادية، وهم بهذا أصبحوا مخالفين للقانون وعليه فقد إستوجب نقض القرار المطعون فيه.

وعليه فإن الطاعن إستند في طعنه الى وجه وحيد للنقض مقسما الى فرعين:

الوجه الوحيد للنقض : مأخوذ من مخالفة القانون (المادتين 53 ، 54 من ق.أ.م.)

الفرع الأول منه : أظهر قرار الإستئناف محل الطعن خرقا للوقائع وبالتالي فهو خرق للمادتين 53 ، 54 من ق.أ.م ، بحيث أن الشهادة الطبية المقدمة من ملف موضوع قضية الحال نشهد بأن الطاعن يتمتع بكافة ملكاته العقلية ومنه أن الطبيب لم يكشف أي مرض أو عاهة، وعليه فقضاة الموضوع قضوا خطأ بالتطبيق بطلب الزوجة.

الفرع الثاني منه : إن القرار المطعون فيه أبعد الخلع، الذي قدمه صاحب المقال، وحتى يمنح الطلاق الزوجة يجب على هذه الأخيرة، أن تثبت للقاضي الحالات المقررة في

(441) المحكمة العليا قرار رقم 72858 مؤرخ في 20/03/1991 غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية العدد 01، ص 57 السنة 1993.

المادة 53 من ق.أ.م ، وعليه فالقرار المطعون فيه صدر خرقا للمادة 54 ، مما جعل هذا القرار عرضة للطعن .

موقف قضاة المحكمة العليا من الوجه الوحيد للنقض بفرعيه:

يرى قضاة المحكمة العليا ما تعلق بالوجه الوحيد للنقض بفرعيه أن القرار المطعون فيه أشار في إحدى حيثياته الى أن الزوجة قد تعرضت للضرر الواضح، وعليه ينبغي تعديل الحكم فيما قضى بالطلاق، والقول بأن فك الرابطة الزوجية، جاء بتظلم الزوج وليس بالخلع، وعليه فإن قضاء المجلس الاستئنائي لم يوضح في قراره كيف تعرضت الزوجة للضرر، وما هو نوع الضرر، الذي لحق بها مما يتبين من خلال هذا القرار أنه لم يسبب تسببا كافيا، ومنه أيضا أنه لا يجوز للمجلس أعلاه مناقشة مسألة الطلاق الآفي مسائله المادية، وهو بتطرقه للفصل في موضوع الطلاق، يكون قد خالف متطلبات المادة 57 من ق.أ.م مما يستوجب نقض القرار المطعون.

القرار رقم: (442) 41100 جاء في هذا القرار ما يلي:

«من المقرر شرعا، أن الحكم بالطلاق الواقع برضا الزوج، والذي استغرق ميعاد العدة، لا يجوز إستئنافه بغرض التراجع عن الطلاق الذي تم قبوله أمام القاضي.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضى برجع الزوجة من جديد رغم أن الحكم بالطلاق الرضائي أستغرق ميعاد العدة ومرت ثلاثة أعوام، فإن القرار المنتقد قد خرق أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقضه».

التحليل :

إن القرار أعلاه، أكد مسألة في غاية من الأهمية من حيث أحكام الشريعة الإسلامية وهي : أن الحكم بالطلاق الواقع برضا الزوج، والذي أستغرق ميعاد العدة لا يجوز إستئنافه، بغرض التراجع عن الطلاق، والذي تم قبوله أمام القاضي، وعليه فمن الثابت في قضية الحال فإن المجلس القضائي لما قضى بالرجوع من جديد، رغم أن الحكم بالطلاق أستغرق ميعاد العدة، فإن القرار محل الطعن والمنتقد قد خرق أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقضه.

وعليه فمن حيث الوصول الى النقص إستندت الطاعنة الى ثلاثة أوجه.

الوجه الأول : مأخوذ من انعدام الأساس القانوني للحكم، والمتمثل في الغاء الحكم المعاد دون بيان الأساس، الذي اعتمد عليه، بما فيها النص التشريعي، والقرار من حيث هذا الوجه يتعين نقضه.

(442) المحكمة العليا قرار رقم 41100 غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 21/04/1986 المجلة القضائية العدد 04، ص 65 السنة 1993.

الوجه الثاني : مأخوذ من مخالفة قواعد الشريعة الاسلامية، والخطأ في تطبيق القانون، بدعوى أن الزوجين تطالقا بالتراضي أمام القاضي، وأنه لا يمكن الرجوع عن هذا الطلاق أخذاً بمبدأ **العقد شريعة المتعاقدين**، فلا يجوز نقضه ولا تعديله، مما استوجب نقض القرار المطعون فيه.

الوجه الثالث : مأخوذ من قصور الأسباب، وانعدامها، بدعوى أن القرار محل الطعن لم يكن مسبباً، تسبباً كافياً، وكان مخالفاً لقواعد الشريعة الاسلامية.

موقف قضاة المحكمة العليا، من القرار محل الطعن ومن حيث أوجه النقض

يرى قضاة المحكمة العليا، في القرار المنتقد أنه خرق أحكام الشريعة الاسلامية، حيث وقع الطلاق على مستوى المحكمة، برضاء الزوج وبقبوله، وانتهت مدة العدة، بالنسبة للزوجة منذ أعوام، ولا يمكن للزوج أن يتراجع على الطلاق أمام القاضي، وبعد مضي مدة العدة مما إستوجب نقض القرار المطعون فيه.

القرار رقم : (443) 45867 جاء في هذا القرار ما يلي:

من المقرر شرعاً، أن الطلاق الذي يقع صحيحاً بين الزوجين لا تتم المراجعة فيه إلاّ برضا وطلب من الزوج وفي المدة المقررة للمراجعة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن ينكر حضور المراجعة بعد الطلاق وأن الشهود الذين قدمتهم المطعون ضدها لم يقل أي واحد منهم أن حضر المراجعة أو شهدها، فإن قضاة الموضوع الذين أمروا بتحرير عقد الزواج بناء على إستنتاج وتفسير خاطئين يكونوا قد خرقوا أحكام الشريعة الاسلامية.

التحليل :

لقد أكد القرار أعلاه، أن الطلاق الصحيح بين الزوجين، لا تتم المراجعة فيه إلاّ برضا وطلب من الزوج وفي المدة المقررة للمراجعة، وهذا ما قرره الشرع، وعليه فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يُعد خرقاً لأحكام الشريعة الاسلامية، أما ما تعلق بقضية الحال فإن الطاعن ينكر حضور المراجعة بعد الطلاق، وأن الشهود الذين قدمتهم المطعون ضدها لم يقل أي واحد منهم أنه حضر المراجعة، أو شهدها، فقضاة الموضوع الذين أمروا بتحرير عقد الزواج، بناء على إستنتاج، وتفسير خاطئين يكونوا قد خرقوا أحكام الشريعة الاسلامية، مما إستوجب نقض القرار المطعون فيه.

(443) المحكمة العليا قرار رقم 45867، المؤرخ في 01/06/1987 غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية العدد 04، ص 54 السنة 1992.

موقف قضاة المحكمة العليا من أوجه النقص :

يرى قضاة المحكمة العليا، من خلال مناقشتهم أن الطعن جاء مستوفيا للشروط الشكلية والقانونية، المطلوبة، وعليه فهو مقبول شكلا.

أما من حيث الموضوع ما تعلق بالوجه الأول الخاص بخرق الأحكام الجوهرية للإجراءات، حيث أن القرار المطعون فيه، لم يذكر النصوص القانونية المطبقة فيه وفقا لأحكام المادة 144 فقرة 5 من قانون الاجراءات المدنية، وعليه فالوجه بالرغم من صحته فإن قضاة المحكمة العليا، يرون في هذا الوجه أن لا يمكن للنقض وحده.

أما ما تعلق بالوجه الخاص، والذي يتمثل في مخالفة الأحكام القانونية الخاصة بقانون الأسرة، فقضاة المحكمة العليا، يرون في هذا الوجه أن قانون الأسرة صدر بعد الحكم في القضية، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، التي هي القانون الواجب التطبيق، وبموجب المادة الأولى من القانون المدني، التي تعتبر الشريعة الإسلامية: هي التي كانت وحدها من الأحوال الشخصية مثل صدور قانون 11 / 84 وعليه فالرجوع الى قواعد الشريعة الإسلامية فإن الطلاق الذي يقع صحيحا بين الطرفين كما هو الحال في قضية الحال التي تم الطلاق فيها باتفاق الطرفين، وأمام الجهة القضائية المختصة، فإن المراجعة لا يتم إلا برضا وطلب من الزوج، وضمن أحكام الشريعة الإسلامية.

وعليه فإن القول بالمراجعة في القرار المطعون فيه، في رأي قضاة المحكمة العليا من خلال مناقشتهم، وعن طريق الإستنتاج والتفسير الخاطيء لأقوال الطاعن من طرف المحكمة، وقضاة المجلس يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فالقرار الذي يصدر في هذه الحالة هو قرار منعدم الأساس مما يستوجب نقضه والغاء القرار المطعون فيه.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للحكم المنشئ في الطلاق

هل حكم الطلاق حكم منشئ أم كاشف ؟

إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، هو: أن حكم الطلاق شأنه شأن الأحكام القضائية الأخرى، تشترط فيه جملة من الشروط التي يجب أن يتضمنها الحكم، والأكان عرضه للطعن بالنقض.

وعليه فالحكم يجب أن يتضمن التعبير التالي :«**الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية** - باسم الشعب الجزائري، إذ أن هذه العبارة من النظام العام، لأن الأمر يتعلق بسيادة الدولة، من جهة، والرقابة الشعبية للأحكام، وهو ما يستفاد من عبارة باسم الشعب الجزائري، ومنه أيضا يجب أن يتضمن الحكم تشكيلة المحكمة، أي اسم القاضي الذي ترأس الجلسة وإسم كاتب الضبط الذي حضر الجلسة، وكذلك أسماء الأطراف، وعناوينهم وصفاتهم ومنه أيضا، أن الحكم ينقسم الى أربعة أقسام وهي :» 1- الدباجة، 2- بيان الوقائع 3 حيثيات أو تسبيب المحكمة، 4 - منطوق الحكم»، وعليه فالحكم الذي يصدر في مسائل الطلاق عادة ما ينقسم الى قسمين :

القسم الأول : قسم خاص بالطلاق وفيه بيان أسماء المطلقين في منطوق الحكم، ومع الأمر بتسجيل الطلاق على عقدي الميلاد، وكذلك على عقد زواجهما بالحالة المدنية ويكون ذلك مدوننا في السجلات المخصصة لهذا الغرض على مستوى البلدية، بمقتضى ما يوضحه قانون الحالة المدنية في هذا الصدد.

القسم الثاني : فهو متعلق بالمسائل المادية المرتبطة بالطلاق، وعليه فما تجدر الملاحظة اليه في هذا الشأن، أن الحكم لا يكون صحيحا، وقانونيا، إلا إذا كان مؤرخا، وموقعا من القاضي، والكاتب، فإن تعذر على القاضي امضاه لحصول مانع له مثل وفاته مثلاً، فإن رئيس المجلس القضائي التابع له، المحكمة، التي أصدرت الحكم يصدر أمراً بتعين قاض آخر لامضائه، أما إذا كان الكاتب هو الذي حصل له مانع حال دون توقيع الحكم، فإن رئيس كُتّاب الضبط هو الذي يقوم بإمضائه.

وعليه فحكم الطلاق كسائر الأحكام القضائية الأخرى، له أهميته من حيث ديباجته، وبيان وقائعه، وتسبباته ومنطوقه، ومن حيث طبيعته الخاصة، ومدى الآثار القانونية التي يتميز بها.

المطلب الأول : أنواع الأحكام القضائية وطبيعة الحكم :

ما هي أنواع الأحكام القضائية؟ وأي الأنواع تصنف أحكام الطلاق ؟

تنقسم الأحكام القضائية الى أحكام تقريرية، وأحكام منشئة، وأحكام الزام، وكل حكم تقابله دعوى خاصة، فحكم الإلزام تقابله دعوى الإلزام، والحكم التقريري تقابله الدعوى التقريرية، والحكم المنشئ تقابله الدعوى المنشئة.

وعليه لما كان لهذه الأحكام هذا التقسيم فإنه يتعين علينا أن نتطرق الى أنواع الأحكام القضائية فما هي ؟

أنواع الأحكام :

أولاً : أحكام الالتزام : يُقصد بحكم الالتزام : هو الذي يتضمن الزام المدعى عليه، بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري، حيث أن الدعوى التي ترمي إلى الحصول على هذا القضاء تسمى بدعوى الالتزام، وعليه فإن قضاء الالتزام شأنه شأن باقي الأعمال القضائية الأخرى، وحتى يعتبر القضاء الزام يجب أن يرد التقرير على رابطة حق يقابلها التزام.⁽⁴⁴⁴⁾

ثانياً : الحكم المقرر : هو الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق، أو المركز القانوني، وبهذا التأكيد يزول الشك حول هذا الوجود، وفي هذه الصورة من الحماية القضائية، ينظر إلى الحق، أو المركز القانوني في ذاته، من حيث وجوده في عالم القانون، بصرف النظر عن مضمونه.⁽⁴⁴⁵⁾

ثالثاً : الحكم المنشئ : هو الذي يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء، أو إنهاء، أو تعديل أو مركز قانوني كدعوى الفسخ القضائي، ودعوى الغبن، التي ترمي إلى تكملة ثمن البيع، وعليه فالدعوى التي تهدف إلى الحصول على هذا القضاء، تسمى بالدعوى المنشئة⁽⁴⁴⁶⁾ ، وعليه فالسؤال الذي يتطلب الطرح في هذا الصدد، وهو :

أي صنف من هذه الأحكام ندرج حكم الطلاق ؟

حكم الطلاق من حيث طبيعته

إن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، هو : أن الأحكام كما سبق ذكرها أنواع ثلاث: أحكام مقررة، أحكام ملزمة، أحكام منشئة، وعليه فإننا نرى أن الحكم الذي ينفرد له الطلاق من حيث طبيعته هو : الحكم الكاشف والمنشئ في نفس الوقت ذلك أن حكم الطلاق يختلف عن غيره من الأحكام من حيث الطبيعة الخاصة، والآثار القانونية التي تميزه.

وعليه فإن الطلاق **حكمه كاشف**، لأن القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق فهو يكشف عن إرادة الزوج، الذي يكون تلفظه بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء، ولكون أن الحكم المنشئ يرتب مركزاً قانونياً جديداً، والذي يتمثل في مركز المطلق، والمطلقة، وحتى بالنسبة لحكم التطليق، فهو أيضاً كاشف لوقائع موجودة قبل الطلاق، ذلك أن هناك وقائع تدخل ضمن الحالات المنصوص عنها في المادة 53 من قانون الأسرة، ومنه أيضاً،

(444) فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني ص 122، 123 وما بعدها، مرجع سابق.

(445) نفس المرجع أعلاه.

(446) ط 1995 ص 39.

الطلاق بواسطة الخلع، فإننا نرى أنه حكم منشأ لمراكز قانونية جديدة، كون أنه ملزم للزوجة، باعتبار أنها ملزمة بدفع مقابل خلعها.

وعليه فإن أحكام الطلاق بموجب ما أشارت إليه المادة 57 من قانون الأسرة في هذا الصدد، وهو: «أن الطلاق لا يقبل الإستئناف إلا في جوانبه المادية»، ومن ثمت فإن أحكام الطلاق منطوق حكمها يكون على النحو التالي: «فصلاً في مادة الأحوال الشخصية، حكمت المحكمة حكم علنيا حضوريا، أو غيابيا، (حسب حضور أو غياب الأطراف) نهائيا بالنسبة للطلاق وابتدائيا في ما عداه ب...»، ومنه أيضا على النحو التالي:

«حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية، حكما علنيا، حضوريا، نهائيا، فيما يخص الطلاق وابتدائيا فيما عداه 1.قبول الدعوى، 2. في الموضوع: بالطلاق قبل البناء بين المدعو / س م والمدعوة / ج م، وأمر ضابط الحالة المدنية المختص بتسجيل منطوق هذا الحكم طبقا للقانون. وعلى المدعى أن يدفع للمدعى عليها مبلغ.... د.ج، لقاء نصف الصداق، وبفرض باقي الطلبات لعدم التأسيس وتحميل المدعى عليها المصاريف القضائية. بهذا صدر الحكم وصرح به جهرا وأشهر به أمام المأ بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه، بمحكمة الحال ولصحته أمضيته نحن وكاتب الضبط».

وعليه فإن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، وهو: إذا كان المشرع أكد في المادة 57 من قانون الأسرة على أن الطلاق غير قابل للإستئناف، فهو بهذا يعمل بمبدأ عدم إطالة الإجراءات على المتقاضي، حيث أنه إذا إستغنى على درجة من درجات التقاضي، فإن هذا يساعد على إستقرار العلاقات، وثباتها، فمن غير المعقول أن يطلق الرجل زوجته، مستعملا في ذلك حقه في الامساك بالعصمة الزوجية، ومع ذلك يستأنف الحكم، رغم أن الرجل متمسك بحقه في فك العصمة.

إن الإستئناف لا يغير من الوضع شيئا، ما دام الزوج مُصراً على الطلاق، لكون هذا فيه تطويل في الاجراءات ومضيعة للوقت، كما أن فيه تأثير على نفسية الزوجين، ونفسية الأبناء، مما استوجب بضرورة الإجراء أنه لا فائدة من إستئناف الحكم ما تعلق بالطلاق، وفي هذا الصدد جاء قرار للمحكمة العليا مفاده كالتالي:

من العبت أن يستأنف الطلاق، أمام المجلس ما دام الزوج طلبه، وهو مُصر عليه غير أنه يمكن المطالبة بتوابع فك العصمة، أمام الجهة الإستئنافية، وهذا القول كما ينطبق على الاستئناف، فهو ينطبق لا محالة على الطعن بالنقض⁽⁴⁴⁷⁾ ومنه أيضا قرار آخر مفاده:

(447) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1993 / 04 / 27 ملف رقم 896345 المجلة القضائية العدد 01، 1994.

من المقرر قانوناً، أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعد مخالفاً للقانون.⁽⁴⁴⁸⁾

المطلب الثاني : التعليق على نماذج من الأحكام القضائية

*. التعليق على حكم لقضية : « أ ، ب »، صادر بتاريخ 1998/03/29 . فرع الأحوال الشخصية .

لدى محكمة بئر مراد رايس

حيث جاء في منطوقه ما يلي : حكمت المحكمة حكماً ابتدائياً علنياً حضورياً في مواجهة المدعى عليها، عند نظرها في قضايا الأحوال الشخصية برفض طلبات المدعى الخاصة بالطلاق، لأنه كان على فراش الموت، والمصاريف على عاتق المدعى عليها — بدأ أصدر الحكم، وأفصح به جهرًا بالجلسة العلنية المنعقد بالتاريخ المذكور أعلاه .

التحليل :

لقد أبطل الحكم القضائي أعلاه، ما إقتضته المصلحة، واعطاء كل ذي حق حقه، وكرس العمل بمبدأ « لا ضرر ولا ضرار، حيث أبطل في ذلك تصرف طلاق المريض مرض الموت باعتباره عارض سماوي يصيب الانسان، فيؤثر في قواه البدنية، ويترتب عليه شرعا تغيير في بعض أحكام من يصاب به، حماية للغير من تصرفاته، لأن المدعى كما جاء في صريح الحكم، له تصرف المريض مرض الموت والذي يقصد به إضراراً بالمدعى عليها، وعليه فقد كانت مطالبة الزوجة في قضية الحال الرجوع الى بيت الزوجية كطلب أصلي، وإجراء الخبرة الطبية على زوجها كطلب إحتياطي لغرض ما إذا كان يتمتع بصحة جيدة أم لا ؟، وهذا لأجل التأكد من سلامة صحة التصرف.

وعليه فالحكم القضائي في قضية الحال، قدر رفض طلبات المدعى الخاصة بالطلاق فهو بهذا قد أصاب، لأنه حرص على القانون الواجب التطبيق في قضية الحال : وهو الشريعة الاسلامية ما تعلق بأحكام الطلاق، لكون أن طلاق المريض في فراش الموت يعتبر عارضا من عوارض أهلية الطلاق، وفراراً من إستحقاق زوجته الميراث.

*. التعليق على حكم لقضية : « س ، م »، صادر بتاريخ 1993/07/03 . قسم الأحوال الشخصية .

لدى محكمة وهران

حيث جاء في منطوقه ما يلي : قضت المحكمة الفاصلة في مواد الأحوال الشخصية، علنياً، غيابياً، وابتدائياً في جلسة 1993 / 7 / 3 بما يلي :

(448) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 19/03/1990 م ق 1991، ج 4 ص 221.

1. الحكم بالتطليق بين المسماة (ن م .)
 2. الأمر الى ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطلاق المذكور والتأشير به على هامش عقد ميلاد الطرفين وكذا عقد زواجهما.
 3. الزام المدعى عليها بادائه للزوجة المطلقة 20.000 دج تعويضا - 3000 دج نفقة عدة 1000 دج نفقة اهمال شهرية من تاريخ رفع الدعوى لحين النطق بالحكم.
 4. صرف حضانة البنت للأم، ولأب حق الزيارة مرة في كل أسبوع من مساء يوم الخميس الى مساء يوم الجمعة مع الزامه بنفقة غذائية للبنت حسب 1000 دج من تاريخ رفع الدعوى لحين سقوطها شرعا.
 5. الأمر بالنفاذ المعجل فيما يخص النفقة.
 6. ابقاء المصاريف على عائق خاسر الدعوى.
- بذا صدر هذا الحكم وأفصح به جهاراً بالتاريخ المذكور أعلاه.

التحليل:

لقد جاء الحكم القضائي أعلاه مؤكداً للتطليق لوجود ضرر ترتبت عنه آثار فالزوجة في قضية الحال تلقت من زوجها عنتاً واضراراً لحق بها، حيث أصبحت المعيشة بينهما مستحيلة.

وعليه فقد كرس الحكم العمل بمبدأ إمكانية الزوجة طلب التطليق بموجب المادة 53 من قانون الأسرة، لضرر أصابها من الزوج وهذا لعدة أسباب لكون أن سبب الإضرار في قضية الحال هو : أن الزوج لم يسع في إرجاع زوجته بعد تبليغه الحكم، وعليه فإن الضرر المعتبر شرعاً وفقاً للمادة 60 من قانون الأسرة ثابت، مما يتعين القضاء بالتطليق.

وعليه بمقتضى المادة 53 من قانون الأسرة يتوجب للزوجة طلب التطليق لوجود ضرر لحق بها من جراء تماطل، وعدم سعى زوجها في إرجاعها الى مسكن الزوجية، مما يستوجب استحقاق التعويض بسبب الضرر الحاصل لها من تماطل المدعى عليه، وعليه فإن الحكم القضائي لم يهمل القانون الواجب التطبيق في هذا الصدد وهو **الشرعية الإسلامية** حيث رفع الظلم على الزوجة، ونظر في الأسباب الضارة ومنحها حق التعويض، ونفقة العدة، ونفقة الاهمال، والحضانة وهذا ما استنتظه الحكم القضائي أعلاه في قضية الحال.

وعليه فإن الحكم القضائي أصاب لما حكم بالتطليق لما رآه من وجود ضرر لحق بالزوجة وهو بهذا قد كرس العمل بالمواد 53 54 ، من قانون الأسرة.

*. التعليق على حكم لقضية : « ل ، م »، صادر بتاريخ 1999/02/03 . قسم الأحوال الشخصية .

لدى محكمة باب الوادي

حيث جاء في منطوقه ما يلي : قضت المحكمة علانيا حضوريا نهائيا بالطلاق،....والأمر بتسجيل هذا الطلاق بدفاتر الحالة المدنية، والتأشير به على هامش عقد زواجهما وعقدي ميلادهما.

وإبتدائيا : جعل مسؤولية هذا الطلاق على عاتق المدعى عليه وحده، والزامه بدفع المبالغ التالية :مبلغ وقدره 120 000 دج مئة وعشرون ألف دينار جزائري، كتعويض عن الطلاق التعسفي.

- مبلغ 4000 دج شهريا على سبيل نفقة الاهمال، تسري من تاريخ 1997/18/18 الى غاية النطق بهذا الحكم...

- مع حفظ باقي حقوق المدعية والمتعلقة بتوابع العصمة مع تحميله المصاريف القضائية.

التحليل :

لقد اثبت الحكم القضائي في أعلاه، الطلاق التعسفي في قضية الحال :وهو اهمال الزوج لزوجته والثابت من جراء اغتراب المدعى (الزوج)مما استوجب إستحقاق النفقة قبل سنة من رفع الدعوى، عملا، وتكريسا، لمقتضيات المادة 80 من قانون الأسرة.

وعليه نجد أن الحكم أعلاه، كان منصفا في أن جعل مسؤولية هذا الطلاق على عاتق الزوج، والزامه بدفع التعويض من جراء الطلاق التعسفي، الى جانب ذلك دفع نفقة الاهمال بالإضافة الى حفظ باقي حقوق الزوجة، والمتعلقة بتوابع العصمة مع تحميله المصاريف القضائية، وعليه فالقضاء في هذا الصدد طبق القانون الواجب التطبيق في هذا الصدد، وهو : الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة وأنصف المدعى في حقوقها في قضية الحال وأثبت تعسف إستعمال العصمة مما يستوجب أن نقول في هذا الشأن أننا أمام طلاق تعسفي.

*. التعليق على حكم لقضية : « م ، ن »، صادر بتاريخ 1998/11/24 . قسم الأحوال

الشخصية، المحكمة الإضافية سيدي البشير وهران

حيث جاء في منطوقه ما يلي : حكمت المحكمة في قضايا الأحوال الشخصية حكما علانيا، نهائيا ،حضوريا، فيما يخص الطلاق وإبتدائيا في جوانبه المادية :

1. الإشهاد بالطلاق وبمسؤولية الزوج بين كل من المسمى : المولود في و المولود في

2. الأمر الى ضابط الحالة المدنية للبلدية المختصة بتسجيل الطلاق بالتأشير على عقدي ميلادهما وعقد زواجهما.

3. الزام المطلق بأدائه لمطلقته مبلغ 40 000 دج (أربعون ألف دينار) كتعويض عن الطلاق التعسفي، ومبلغ 15 000 دج (خمسة عشر ألف دينار) كنفقة عدة ومبلغ 8000 دج، (ثمانية ألف دينار) كنفقة غذائية إجمالية.

4. رفض طلب الحضانة لعدم الإثبات.

5. إلزام المطلق بأدائه لمطلقته أغراضها المتمثلة في و و

6. تحميل المدعى بالمصاريف القضائية المقدرة بـ 200 دج.

- بذا صدر هذا الحكم وأفصح به جهاراً بالتاريخ المذكور أعلاه ووقع كل من الرئيس وكاتبة الضبط.

التحليل :

لقد أثبت الحكم القضائي أعلاه، الطلاق التعسفي في قضية الحال، نظراً لعدم وجود أسباب جدية.

وعليه فقضاء الموضوع حكم بالتعويض المادي والمعنوي للمطلقة من جراء هذا الطلاق وهو بهذا القضاء يكون قد كرّس عمله بالسلطة التقديرية، ومنه أيضاً أنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن الطلاق الغير المبرر يعطي للمطلقة الحق في النفقة والتعويض.

* - التعليق على حكم لقضية : « ح ، ر »، صادر بتاريخ 26/10/1998 - قسم الأحوال الشخصية، - المحكمة الإضافية سيدي البشير وهران

**حيث جاء في منطوقه ما يلي : فصلا في مواد الأحوال الشخصية قضت المحكمة علنيا
ابتدائيا بما يلي:**

- الزام المدعى عليه بنفقة غذائية شهرية قدرها (ألفين دينار 2000 دج) لكل من الزوجة وكل واحد من الأبناء الأربعة، ابتداء من يوم رفع هذه الدعوى، إلى حين سقوط هذه النفقة شرعاً.

- المصاريف القضائية على عاتق المدعى عليه والمقدرة بـ 200 دج .

بذا صدر هذا الحكم وأفصح به علنية بالجلسة المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه.

التحليل :

أن الحكم القضائي أعلاه، الزم الزوج بدفع نفقة غذائية شهرية، لأفراد عائلته، وهذا منذ رفع الدعوى الى تاريخ سقوط النفقة، كما أن الحكم صدر غيابيا طبقا للمادة 35 من قانون الإجراءات المدنية.

وعليه إنَّ ما نستنتجه من خلال عرضنا لهذه النماذج من الأحكام القضائية في المطلب أعلاه النتائج التالية وهي :

أولاً : مدى حرص القضاء على تطبيق النصوص الشرعية الواجبة التطبيق في مادة الطلاق.

ثانياً : التقيد بالوصف الشرعي لأحكام الطلاق (كعوارض أهلية الطلاق).

ثالثاً : تقيد أحكام الطلاق بالشروط التي يجب أن يتضمنها الحكم، من (تشكيلة المحكمة القاضي الذي ترأس الجلسة).

رابعاً : تكريس العمل بموضوعية ما تعلق بالسلطة التقديرية من قبل قاضي الأساس في أحكام الطلاق، كون مثلاً (أن قضاة الأساس يستنتجون من خلال وقائع الدعوى بما لهم من سلطة تقديرية مطلقة بأن بقاء الزوج مع زوجته ثانياً بعيداً عن الزوجة الأولى، فيه ضرر وبقاء الزوجة وحدها، بعيدة عن الزوج مخالف للعدل المأمور به شرعاً).

الفصل الثالث

إجراءات التقاضي في قضايا الطلاق

المبحث الأول

كيفية الإجراءات، طرقها وشروط الدعوى

المطلب الأول : إجراءات وطرق رفع الدعوى

لماذا إجراءات التقاضي في مادة الطلاق ؟

إنه لما كان الطلاق من التصرفات الإرادية المنفردة التي يملكها الزوج، فإنه من الثابت أن الأصل في إستعمال الحقوق الإرادية، أنها تستعمل بمحض إرادة صاحبها، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 48 من قانون 11 / 84 ، المعدل والمتمم 05 / 09 حيث جاء فيها ما يلي : «الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج...» ولكونه أيضا تصرف إرادي، تترتب عليه آثاراً شرعية، ولذلك فإنه يشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات الشرعية تطبيقاً للقواعد العامة، إلا أن المشرع الجزائي، أوجب شرطاً أساسياً حتى يمكن الإعراف بهذا التصرف أمام القضاء، وهو لا بد أن يخضع إستعمال حق الزوج في الطلاق، إلى الشكل القانوني، له وهذا طبقاً للمادة 49 من القانون أعلاه، والتي ورد في صلبها ما يلي :

«لا يثبت الطلاق، إلا بحكم بعد محاولة الصلح، من طرف القاضي دون أن يتجاوز هذه المدة 03 أشهر، ابتداء من تاريخ رفع الدعوى..... بسعي من النيابة» وتبعاً لذلك فإن إرادة الزوج تصبح عاجزة وحدها، على ترتيب الأثر القانوني لها، ما لم تستوفي الشكل القانوني لها، أمام الجهة القضائية المختصة.

ما هي الإجراءات، والقواعد اللازمة للتطبيق لاثبات هذا الحق الإرادي، أمام القضاء ؟

إن ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد هو هل المشرع في قانون 11 / 84 المعدل والمتمم 05/09 خصص أو ذكر قواعد إجرائية لازمة، لإجراءات التقاضي يجب مراعاتها في قضايا الطلاق؟ للإجابة على هذا الإهتمام ، لا بد من تحديد ملاحظة نعتقد أنها مهمة في هذا الشأن، وهي : أن قانون الأسرة الجزائري الذي صدر خلال 1984 ، بعد طول إنتظار وبعد مناقشته وإثراءه أكثر من عشرين سنة تقريباً، قد مر خلالها في قنوات مختلفة، ومتنوعة، ولم يسلم رغم ذلك كله، من بعض السلبيات، والنقائص، ومن أهم هذه النقائص، أن قانون الأسرة على الرغم من أنه أول قانون يصدر لتنظيم العلاقات الزوجية، والقواعد الأساسية، التي تنظم بناء هيكل الأسرة، وأحكامها الحقوقية، غير أنه ما يلاحظ عليه أنه لم يتضمن الإجراءات، والقواعد اللازمة لتطبيقه، إبتداءً من طرق رفع الدعوى إلى المحكمة، وقواعد الاختصاص، وإجراءات المحاكمة، وإجراءات التقاضي، التي يجب مراعاتها في قضايا الزواج، والطلاق.

وعليه كان من الأفضل، والمستحسن على المشرع، أن ينشأ قانوناً إجرائياً خاص في هذا النطاق، يتضمن إجراءات خاصة، ترشد القضاة والمتقاضين إلى معرفة إجراءات المحاكمة، وإجراءات التقاضي، التي يجب عليهم السير في منهاجها بدلاً من البحث في قواعد التطبيق المبعثرة بين طيات قانون الإجراءات المدنية.

وعليه فإنه يبدو في نظري، أن إنشاء قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية، أو الأسرة في الجزائر، يسهل كثيراً، من المهام للإعتبارات نراها موضوعية من وجهة نظرنا، وهذه الاعتبارات تكمن في التالي :

1- إن أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، تتميز بضوابط خاصة، وصریحة، ومحددة، وبمراحل واجبة الاتباع، إذ القصد منها التدرج بالإرادة في التعبير، عن إتجاهها في إنهاء هذه الرابطة، فلم تجعل الطلاق الذي يتم بإرادة واحدة باتاً، إلا إذا انقضى وقت معين دون مراجعة، وهو ما يسمى (بالطلاق الرجعي)، أي الذي يجوز تراجع الزوجين فيه، وإعادة العلاقة الزوجية، كما أنه لا يكون أيضاً الطلاق باتاً مُنْهياً للعلاقة الزوجية، إلا إذا وقع ثلاث مرات بعد المراجعة عن الطلقتين الأولى، والثانية، كما أشارنا إلى ذلك في مباحث سابقة بهذا الخصوص.

2- كون أن قانون الأسرة من حيث نصوصه، ما تعلق منها بمادة الطلاق تتضمن نقائص، والتي تُعد في نظر القانون إشكالات قانونية، منها ما هو شكلي، يتعلق بالأجراء، ومنها ما هو موضوعي، يتعلق بمنازعات الأسرة وهذه الإشكالات على وجه الإختصار هي :

أ- إشكالات إجرائية جوهرية. ب- إشكالات موضوعية .

3- تواجد ثغرات إجرائية أثّرت في المجال التطبيقي، مما جعل المتقاضون يتخبطون في محاولة إيجاد الحلول الملائمة مما إستوجب بالضرورة إنشاء قواعد إجرائية مخصصة لقانون 11 / 84 والقانون المعدل والمتمم 05 / 09 .

4- إن قانون الأسرة هو فرع مستقل بذاته، من فروع القانون الخاص، وله ذاتية خاصة تميزه، فلا بد من نصوص خاصة عملية تطبيقية، توضح الإجراءات، التي تضمن تطبيق قواعده الأساسية.

5- إن الطبيعة القانونية، للأحكام الصادرة بالطلاق هي أحكام منشئة، بحيث يترتب عنها، إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج، وفي نفس الوقت تعتبر أيضاً كاشفة، لأن القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق، فهو يكشف عن إرادة الزوج الذي

يكون تلفظه بالطلاق، قبل اللجوء الى القضاء، مما يقتضي لهذه الأحكام الإجراء السليم المميز.

- إن إرادة الزوج في الطلاق، بالإرادة المنفردة تستمد قوتها من مبادئ الشريعة الإسلامية، وتبعاً لذلك فإن القضاء، يجد نفسه مضطراً الى الحكم بحل الرابطة الزوجية وفق إجراءات مخصوصة، ولأن الزوج إذا ما أعلن عن رغبته في ذلك، فإنه يصعب على القاضي الدخول في خفايا نفسه للوصول إلى حقيقة المقصود منه، لأنه « لا يجوز⁽⁴⁴⁹⁾ للقاضي أن يمنعه أو يعترض على استعمال حقه في الطلاق، أو يطلب منه تقديم الأسباب لكي يستجيب إلى طلبه، وإنما يقتصر دوره على تلقي الإعلان عن الإرادة وتوثيقها ومحددة .

وتبعاً لذلك لمّا تواجد الفرع الإجرائي، فإنه لا مفر، ولا مناص لقضائنا، ولمتقاضينا والمحامين من الرجوع الى قانون الإجراءات المدنية، من أجل معرفة المحكمة المختصة بالفصل في المنازعات، التي تنشأ بين الزوجين بشأن الرجوع، أو الطلاق، ومن أجل معرفة رفع الدعوى أمام المحكمة، وبحضور الأطراف، وتمثيلهم وغيابهم في جلسات المحاكمة، وغير ذلك من الاجراءات الواجب اتباعها، أمام الجهة القضائية، ما تعلق بإجراءات الطلاق وفقاً لما وقع النص عليه في قانون الإجراءات المدنية.

وعليه فإن قانون الإجراءات المدنية، الصادر بتاريخ 8 جوان 1966، يعتبر المرجعية الإجرائية لتشريع قانون 11 / 84 ، المعدل والمتمم 05/09.

الفرع الأول : الإجراءات والطرق :

لقد إقتضت قواعد الإجراءات في قضايا الطلاق، بموجب قانون الإجراءات المدنية وطبقاً للمادة 12 المعدلة بالأمر رقم 71 / 80 المؤرخ في 12 / 12 / 1971 بأن ترفع الدعوى أمام قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة المختصة وهذا عن طريق إيداع عريضة إفتتاحية مكتوبة من المدعى، أو وكيله، مؤرخة، وموقعة، مذكور فيها عناوين الأطراف، ويذكر فيها كافة الوقائع، والأسباب، وموقعة منه، وهذا لدى مكتب الضبط، وإما لحضور المدعي نفسه أمام المحكم وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح الذي يوقع عليه، أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع . فإنه تقيد الدعاوى المرفوعة الى المحكمة حالا في سجل خاص تبعاً لترتيب ورودها، مع بيان أسماء الأطراف، ورقم القضية، وتاريخ الجلسة.

(449) الأستاذ - عمر زودة - المرجع السابق ص32.

إنه عند إستقراءنا للمادة 12 من قانون الإجراءات المدنية، نستنتج من خلالها، أنه توجد طريقتان قانونيتان لرفع الدعوى، وإقامتها أمام المحكمة وتتمثل في الآتي:

الطريقة الأولى⁽⁴⁵⁰⁾ : وهي رفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب (La demande en justice) يتقدم به المدعي الى المحكمة يطلب منها أن تحكم له بالرجوع، أو بالطلاق، أو بالنفقة، أو باحدى الآثار، حيث يشترط في العريضة أن تكون طلبا مكتوبا على نسختين، يحتوي على البيانات اللازمة، وعلى الأدلة، والحجج، وكل الوثائق المطلوبة التي تؤكد الطلب.

وتشمل على تاريخ اليوم، الذي حررت فيه، وموقعه من طرف المدعي، ويسلم مباشرة الى رئيس مكتب الضبط بالمحكمة المختصة، مرفقا بوصل الرسوم القضائية.

الطريقة الثانية : وهي طريقة الدعوى بواسطة تصريح شفهي، يتقدم به صاحب المصلحة، مرفقا بعقد الزواج، أين يدلي فيه أمام كاتب الضبط المختص، أو المكلف بمسك العرائض، ويدلي له بكل المعلومات عن هويته الكاملة، ويسرد له وقائع النزاع، والأسباب التي دفعته الى الطلاق، وهنا يتولى كاتب الضبط، أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير المحضر بتصريح المدعي Une déclaration الذي يوقع عليه، أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع وبعد هذا يصبح هذا المحضر، وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة⁽⁴⁵¹⁾.

مدى سريان الطريقة الثانية من حيث الواقع العملي :

إن الطريقة الثانية من حيث الواقع العملي لا نجد لها أثراً فما جرى به العمل هو إحضار عريضة على نسختين باللغة الوطنية، تتضمن كل الشروط وتكون مرفقة بعقد الزواج، وبيان عائلي، ثم يدفع المدعي، أو ممثلة القانون الرسم القضائي والمقدر حالياً بـ 300 دينار على مستوى المحاكم .

وعليه فإن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، وهو: أننا لاحظنا في إحدى المحاكم في غرب البلاد مثلاً: أن شابا مخصصا مكتوب عليه «عرائض تقوم مقام العريضة الإفتتاحية للدعوى» وهذه العريضة تستعمل فقط في حالة طلب الطلاق بالتراضي، إذ يتقدم الزوجان الى المحكمة دون إحضار مقال مكتوب فتحرر لهم تلك الوثيقة، وتحدد لهم الجلسة، وأثناء الجلسة لا بد أن يقدم مقالا للقاضي.

(450) الأستاذ بشير بلعيد، القواعد الإجرائية، أمام المحاكم والمجالس القضائية ص 7 وما بعدها - مطابع دار البعث، قسنطينة من سنة 2000.

(451) الأستاذ د / عبد العزيز سعد . الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ط 3 دار هومة للنشر والتوزيع ص 327-328.

وما ينبغي ملاحظته في هذا الشأن من حيث إدلاء أسباب الطلاق الشخصية، فإن القانون لا يلزم الزوج بادلاء الأسباب الشخصية التي تدفعه لطلب الطلاق فهو ليس مجبراً على ذكر كل الدوافع والأمور، فالزوج باعتباره يملك العصمة الزوجية، ليس ملزماً بتبرير طلب الطلاق⁽⁴⁵²⁾، حتى وإن كان ذلك في مصلحته، حتى لا يعد متعسفاً في إستعمال حقه، بينما الزوجة خلاف ذلك، فإذا هي طلبت التطلاق، وجب عليها تبرير طلبها حتى يستجاب لها نظراً لأن حقها مقيدٌ بحدود المواد 53، 53 مكرر من تشريع الأسرة 11. / 84 و المعدل و المتمم 05/09.

الفرع الثاني : شروط الدعوى :

تعتبر المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية المرجعية الإجرائية في شروط قبول الدعوى، حيث أن هذه الشروط ضرورية، وواجب توفرها، لقبول إقامة الدعوى أمام المحكمة فإذا انعدمت هذه الشروط رفضت الدعوى شكلاً وهذه الشروط تكمن في الآتي:

- 1- شرط المصلحة، 2 - شرط الصفة، 3- شرط الأهلية.

وعليه فقد نصت المادة 459 ما يلي : «لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء، ما لم يكن حائزاً لصفة وأهلية، وله مصلحة في ذلك». كما أن المادة 05 من القانون رقم 63 / 224 الصادر بتاريخ 29/06/1963 تقضي 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».

إنه من خلال إستقراءنا لهذين النصين القانونيين، فإننا نلاحظ أن القانون يشترط في الزوج الذي يتقدم الى المحكمة، أن يكون ذا صفة أي بمعنى أن يكون المدعي هو الزوج، أو الزوجة نفسها، أو أحد ممثليهما قانوناً، كالمحامي، أو الولي، أو الوصي، وأن يتمتع بأهلية التقاضي، أن يكون متمتعاً بسن الرشد المدني وهو 19 سنة (المادة 40 من ق.م) ومتمتعاً أيضاً بقواه العقلية، وغير محجور عليه (المادة 42 و 44 ق.م)، كما أنه يشترط في الزوج الذي يتقدم الى المحكمة، أن تكون له مصلحة في موضوع النزاع، أي أنه يهدف من اللجوء الى القضاء، تحقيق فائدة عملية مشروعته.⁽⁴⁵³⁾

(452) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 05/05/1986 وملف رقم 41615 غير منشور.
(453) د. بلحاج العربي، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية الجزائري سلسلة من المحاضرات أُلقيت على طلاب الماجستير في القانون الخاص - جامعة وهران 1989 فقرة 31 وما بعدها (في شروط قبول الدعوى).

وعليه فإن المصلحة القانونية القائمة أصلاً، هي الشرط الرئيسي لقبول الدعوى وسماعها، وأن لا دعوى حيث لا مصلحة.⁽⁴⁵⁴⁾

ومنه أيضاً يشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة ضرورة تقديم نسخة من عقد الزواج، مستخرجة من سجلات الحالة المدنية، الموجودة بالبلدية، فإذا أرادت الزوجة مثلاً: أن ترفع دعوى ضد زوجها تطلب الطلاق، أو الحضانة، أو النفقة لها، أو لأولادها، أو السكن، فإنه يتوجب عليها تقديم نسخة من عقد الزواج، رفقة عريضة إفتتاح الدعوى، فإذا لم تقدم هذه النسخة، فإن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى.⁽⁴⁵⁵⁾

المطلب الثاني : سير الدعوى

ما هي الإجراءات التي تنظم سير الدعوى ؟

عندما تقوم الدعوى من طرف أحد الزوجين ضد الآخر، وفقاً لأحد الطرق التي سبق ذكرها، يقوم كاتب الضبط، بتسجيلها في السجل الخاص، ويطلق عليه بالسجل العام لقضايا الأحوال الشخصية، وفي بعض المحاكم تطلق عليه سجل القضايا المدنية.

وعليه فإن كاتب الضبط يمنح رقماً خاصاً للقضية، ويسلم وصلاً للمدعي، أو وكيله، يحمل رقم القضية، وتاريخ تسجيل الدعوى، وتعيين تاريخ الجلسة، أين يتعين فيه على الزوجين المتخاصمين حضور الجلسة، في التاريخ المعين، إما بنفسهما، أو بواسطة وكيلهما، يشرح كل واحد منهما طلباته بالأدلة، والحجج، والدفع الموضوعية.

وفي حالة ما إذا لم يحضر المدعي، ولا وكيله في اليوم الأول المحدد للجلسة، رغم صحة تبليغه بتاريخ الجلسة، فإن القانون يخول للقاضي سلطة الحكم، بشطب الدعوى طبقاً للمادة 35 من قانون الإجراءات المدنية، أما إذا غاب المدعي عليه، فإنه يجوز للقاضي الفصل في الدعوى، في غيابه بعد منحة أجلاً.

وعليه فقد جرى العمل أمام القضاء، أن يفصل القاضي دائماً بحضور الزوجين المتخاصمين في الجلسات، بعد سماع كل واحد منهما، ويجوز لكل واحد من الزوجين أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتهما في جلسة سرية، لا يحضرها إلا هما والقاضي، وكاتبه، وبدون حضور المحامين، كما يجوز للقاضي أيضاً، أن يأمر من تلقاء نفسه بأن تكون جلسات الزوجين جلسات سرية لا يحضرهما معهما أحد وهذا طبقاً للمادتين 32، 33 من قانون الإجراءات المدنية.

(454) المحكمة العليا / 3 فبراير 1970 غير منشور.

(455) عبد العزيز سعد. المرجع السابق ص 286.

هذا ويجوز لكل واحد من الزوجين، أن يصحب معه شهوده الى المحكمة، ويقدمهم مباشرة الى القاضي أثناء الجلسة، أما سير المرافعات أثناء الجلسة تكون بأن يبدأ المدعي من الزوجين، بعرض طلباته على المحكمة مع إبراز الأدلة التي يعتمد عليها، ثم يعطي القاضي الكلمة، للمدعي عليه منهما ليقدم دفوعه، وحُججه، وأدلتة المعاكسة، وبعد مرافقة الزوجين المتنازعين، يحيل القاضي الكلمة الى محامي المدعي، ثم الى محامي المدعي عليه، من الزوجين، قبل اقفال باب المرافعة.

إنه من خلال إستقراءنا للإجراءات دعوى الطلاق أعلاه فإنه ينبغي أن نلاحظ شيئاً مهماً في نظري، وهو أن تقديم عريضة مكتوبة الى القاضي، هي : في الحقيقة تعبير عن إرادة الزوج عن إرادته في الطلاق، بحيث لا يطلب منه أن يقدم، أو يبين الأسباب، التي دفعته الى طلب الطلاق، لأن الأمر يتعلق باستعمال الحق الإرادي، وتعتبر العريضة في هذا النطاق، أحد العناصر الشكلية لممارسة هذا الحق.

المطلب الثالث : قواعد الاختصاص وتنازع القوانين فيه

أ- الاختصاص المحلي :

لقد نصت الفقرة 04 من المادة 08 من قانون الاجراءات المدنية، في هذا الصدد، وهو : أن دعاوى الطلاق ترفع الى الجهة القضائية أي المحكمة التي تقع بدائرة اختصاصها، مسكن الزوجية، والحقيقة أن هذا المسكن هو دائماً محل إقامة الزوج، وذلك لأنه طبقاً لقواعد الشريعة الاسلامية لا يوجد حق يخول للزوجة محل إقامة يختلف عن محل إقامة زوجها.

وعليه فإن المادة 36 من القانون المدني الجزائري، تُعرف الإقامة الزوجية وجود سكني يحل محلها مكان الإقامة العادي فمحل إقامة الزوجة، إذن هو نفس محل إقامة الزوج، وهو محل الزوجية، والذي تباشره في المحكمة، التي يقع في دائرة اختصاصها هذا المحل، دعاوى الطلاق دون غيرها.

وعليه فلو فرضنا مثلاً : أن رجلاً تعرّف على فتاة من الجزائر العاصمة فتزوجها وفقاً للشرع والقانون، ودخل بها في مسكن يملكه، أو يستأجره في مدينة بوفاريك وبعد أيام أو شهور أو بعد سنة، أو أكثر حصل بين الزوجين نزاع حاد، تركت الزوجة على إثره مدينة بوفاريك، وذهبت الى بيت أهلها في الجزائر العاصمة، ومن الجزائر العاصمة حيث مقر أهلها، أرادت أن تقدم الى محكمة الجزائر لتحكم لها بالطلاق، وفقاً لاحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، فإن هذه المحكمة في نظرنا من حيث

الإجراء غير مختصة بالفصل في طلب الطلاق، باعتبار أنها ليست محكمة مقر الزوجية الذي تبنى عليه سلطة الاختصاص، إذ أن المحكمة المختصة في هذه الفرضية هي محكمة بوفاريك ليس إلا.

وعليه إذا كانت الاجراءات تستلزم أن تكون سلطة الاختصاص، هي المحكمة المختصة في الموضوع، فما هي إذن، قواعد الإختصاص في هذا المجال ؟

إن مسألة الإختصاص من حيث الإجراءات، قد تبدو بسيطة لكنها في الواقع العملي، تثير إشكالات متنوعة، ومن بينها مثلاً إن كثيراً ما يتقدم الى المحاكم زوجان، لم يستقرا، منذ زواجهما في مستقر معين، حيث يقومان بتغيير السكن مرات متعددة، وفي هذه الحالة ما هو السكن الذي يأخذ بعين الاعتبار لتحديد الإختصاص المحلي ؟ إن الرأي الراجح والأقرب الى الصواب هو السكن الأخير الذي سكنه الزوجان قبل رفع الدعوى، وإن لم يرغب في الذهاب الى تلك الجهة القضائية، فالمشرع ترك لهما المجال والذي يكمن في أن المشرع عندما لم يعتبر الاختصاص المحلي من النظام العام.

وعليه فإنه طبقاً لأحكام المادة 28 من قانون الإجراءات المدنية، والتي جاء فيها ما يلي : «يجوز لطرفي الخصومة الحضور باختيارهما أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصاً محلياً بنظر الدعوى، وفي هذه الحالة يوقعان على إقرار بقبولهما التقاضي».

وعليه فإنه لما كان الأمر كذلك فإن أطراف الدعوى، يمكنهما الاتفاق على عرض النزاع على جهة قضائية غير مختصة محلياً، كما أن الفقرة الأخيرة من المادة 93 من قانون الإجراءات المدنية بينت أن قواعد الاختصاص المحلي ليست من النظام العام، ويترتب على ذلك النتائج التالية :

- يجوز لأطراف النزاع على عرض نزاعهما على جهة قضائية غير مختصة محلياً.
- يجب على الطرف الذي يدفع بعدم الاختصاص المحلي، أن يقدم هذا الدفع قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع، فإذا سبقت له تقديم دفع في موضوع الدعوى، سقط حقه في الدفع بعدم الاختصاص.

وعليه فإن المشرع حسناً فعل حينما لم يجعل الاختصاص المحلي من النظام العام لأنه عند الزواج في أغلب الأحيان، نجد أن الزوجة هي التي تغادر أهلها إلى مكان بعيد عنهم، ذلك أنه حينما يحدث الطلاق يصعب عليها أن تقاضيه، من أجل ذلك بالمحكمة التابع لها مسكن الزوجية، ورغم ذلك فنجد أن المشرع قد سهل الأمر، إلا أن هناك من

الأزواج يتمسكون بمبدأ الاختصاص، ويدفعون به، مما يجد القاضي نفسه ملزماً بالاستجابة الى دفعهم، لأنها تستند الى القانون، وما يتطلب ملاحظته في هذا الصدد، وهو : أن المشرع حدد الاختصاص المحلي في هذا النوع من القضايا، لاعتبار منه، وهو : أن الأسرة لها كيان قانوني خاص بها، يفترض أن يكون له موطن خاص، لا هو مسقط رأس الزوجة، ولا مسقط رأس الزوج، وعليه فإن المشرع إن لم يعترف بالأسرة كشخصية معنوية، لكنه اعتبرها كياناً قانونياً، فلا بد له إذن مسكناً زوجياً معنوياً.

وتبعاً لذلك، فإن مبادئ الاجتهاد القضائي، وفقاً لقرارات المحكمة العليا في هذا الصدد، اعتبرت أن المحكمة المختصة في دعوى الطلاق : هي محكمة مقر سكن الزوجية⁽⁴⁵⁶⁾، وعليه فإنه من المقرر قانوناً أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر الزوجية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يُعد خرقاً للقانون.⁽⁴⁵⁷⁾

ب- تنازع القوانين

لقد نظم المشرع تنازع القوانين، من حيث المكان ضمن القانون المدني، حيث ورد في المادة 9 من التقنين أعلاه «يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه» كما نص في المادة 10 من نفس القانون أعلاه : «يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم، قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم» كما ورد أيضاً في المادة 11 من نفس القانون والمعدلة : «يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، القانون الوطني لكل من الزوجين» ومنه أيضاً من ورد في المادة 12 المعدلة ما يلي : «يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج، ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى» ومنه أيضاً المادة 21 مكرر والتي ورد فيها ما يلي : «يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات، قانون الدولة التي يرفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات» ومنه أيضاً المادة 23 مكرر والتي ورد فيها ما يلي : «إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة لتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص».

(456) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 09/03/1987 ملف رقم / 45186 غير منشور.

(457) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 27/11/1989 ملف رقم 56249 المجلة القضائية من سنة 1992 عدد 1 ص51.

* انحلال الرابطة الزوجية من خلال القانون الواجب التطبيق

لقد وضع المشرع قاعدة الإسناد التي تبين القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية على ضوء المادة 12 من القانون المدني، والتي تنص على أنه : يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، وقد عدلت بقانون 05/09 وأصبحت تشمل الانحلال والانفصال الجسماني في الصياغة الجديدة، حيث ورد في المادة 12 المنظمة لقاعدة الإسناد الخاصة بحل الرابطة الزوجية : «يسري على انحلال الزواج الانفصال الجسماني....»

إن المشرع في التعديل الجديد قد تفادى النقص والفراغ القانوني الذي كان موجودا في المادة 12 المعدلة. حيث أصبحت ليست قاصرة على انحلال الزواج بالتطليق فقط، بل شملت انحلال عن طريق الانفصال الجسماني المعمول به في الغرب مع بقاء قاعدة الإسناد التي تحكم النوعين موحدة وهي : قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. إن قاعدة الإسناد المحددة للقانون الواجب التطبيق على حل الرابطة الزوجية هي أنها أخضعت انحلال الزواج إلى قانون واحد هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، دون اعتبار لقانون الزوجة خلافا لقاعدة الإسناد المتعلقة بانهقاده والتي جعلت إبرام عقد الزواج يخضع لقانون كل من الزوجين وفقا للمادة 12 من القانون المدني وليس لقانون واحد كما فعلت المادة 12 من نفس القانون أعلاه المتعلقة بانحلال الزواج.

ما تعلق بمسألة إخضاع حق الرابطة الزوجية إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فهو منتقد من طرف الفقه على أساس أنه يظلم ويجحف في حق الزوجة، لكون أنها قد تتزوج تحت سلطان قانون جنسية زوجها، الذي لا يجيز الطلاق ثم يتجنس لجنسية دولة يجيز قانونها الطلاق، فيرفع الزوج دعوى بطلب الطلاق طبقا لقانون جنسيته الجديدة، ويحكم له بالطلاق، فتظلم الزوجة بحل الرابطة الزوجية، ذهب الفقه إلى القول بتطبيق قانون جنسية الزوج عند انعقاد الزواج وليس قانون جنسيته عند رفع الدعوى.

إن تطبيق قاعدة الإسناد المتعلقة بحل الرابطة الزوجية والتي تسند الحكم إلى قانون الجنسية، قد يصطدم تطبيقها بالنظام العام وبالتالي يطبق قانون القاضي على حل الرابطة بدلا من القانون أعلاه.

إن مسألة الإجراءات المتعلقة بحل الرابطة سواء عن طريق التطليق أو التفريق الجسماني، يخضع إلى قانون القاضي، ولكن هذا لا يمنع الجزائي من إجراء الطلاق أمام القنصليات الجزائرية.

* الاستثناءات الواردة على انقضاء الزواج بموجب المادة 13 :

لقد وضع المشرع استثناء في المادة 13 متعلق بالقانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية في الحالات التي يكون فيها أحد أطرافها جزائرية بحيث يقضي هذا الاستثناء بخضوع انحلال الرابطة الزوجية إلى القانون الجزائري وحده، بدلا من قانون جنسية الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة التي تكون فيها المرأة الجزائرية، إذ يطبق عليها القانون الجزائري دون سواه.

وعليه فما تجدر الإشارة له في هذا الصدد أن العلاقة الزوجية التي تنشأ جزائرية، ثم يغير الزوج جنسيته تبقى خاضعة للقانون الجزائري عند الانقضاء، على الرغم من أنها سارت أجنبية، أي جميع أطرافها أصبحوا أجنبيا، إنه من المفيد أيضا في هذا الصدد أن الاجتهاد القضائي في قواعد الاختصاص وتنزع القوانين، حيث كان لقضاء المحكمة العليا موقفا واضحا من خلال قراراتها الآتية : 337550 المؤرخ في 14-12-2005 والقرار رقم 356903 والمؤرخ في 8-2-2006.

المطلب الرابع : محاولة الصلح كإجراء جوهري

قبل التعرض لهذا النوع من الإجراء، في هذه المسائل الحساسة علينا أن نحدد مفهوم محاولة الصلح إجراءً، حيث يقصد بمحاولة الصلح في الإجراء هي : أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه، لمحاولة إقناع الزوج للتراجع عن طلبه في الطلاق.

لكون أن محاولة الصلح تعد عنصراً من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإرادي، وإذا لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصلحية، حكم بإبطال اجراءات الطلاق.⁽⁴⁵⁸⁾

وعليه فما تجدر الملاحظة اليه في هذا الشأن، وهو : أن مقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة تنص على ما يلي : « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر ». فإذا كان الطلاق لا يثبت إلا بحكم، بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، إلا أن إجراء محاولة الصلح أصبح ضروري قبل النطق بالطلاق من طرف القاضي، وأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر حكم من القضاء، وعليه فإنه قبل صدور هذا الحكم فلا وجود للطلاق، ومن ذلك أيضا يظهر لنا من خلال فهمنا للمادة أن المشرع، قيد حرية الزوج في الطلاق بوضع مجموعة من القيود أمامه، كعدم الاعتداد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء، ولا يتم إلا بعد إجراء محاولة الصلح، ومرور فترة زمنية معينة عليها.⁽⁴⁵⁹⁾

(458) الأستاذ عمر زودة - المرجع السابق ص (108 رسالة ماجستير).

(459) الأستاذ عمر زودة - مقال بعنوان طرق الطعن في الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية .

مجلة الفكر القانوني عدد 3 ديسمبر . 1986

وعليه فإن الإجراءات السابقة على الطلاق، من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فإذا لم تحترم كان الحكم الصادر بالطلاق عرضة للطعن بالنقض، أمام المحكمة العليا، وذلك على أساس الخطأ في تطبيق القانون، وهو ما أكدت المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه ما يلي: من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في التطبيق القانون.⁽⁴⁶⁰⁾

وعليه فقد اعتبرت المحكمة العليا إعتبار محاولة الصلح قبل صدور حكم الطلاق إجراء جوهرياً وهو من النظام العام، وهذا ما أكدت في قرارها المؤرخ بـ 18/01/1994 والذي مفاده: إن القاضي الابتدائي عليه أن يراعي أحكام المادة 49 من التشريع والتي تتطلب إتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية.

إن لإجراء الصلح أهمية كبرى، فالقاضي إذا رأى فائدة ترجى من ذلك، كرس مبدأ إجراء الصلح وهو في هذه الحالة، له دور حساس ومهم جداً أثناء جلسة الصلح، لكون أنه يبذل قصارى جهده للإصلاح بين الزوجين، ولاقناعهما، بضرورة التفكير في مصلحة الأسرة كلها، وخاصة في مصلحة الأبناء، وكذا بالتعقل لضمان المحافظة على استمرار علاقة القرابة، والمصاهرة، حتى لا ينفك الشمل وتفكك الأسرة، هذا تكريساً لمبدأ مقاصد الشريعة الإسلامية العليا، وهو: **المحافظة على القرابة**⁽⁴⁶¹⁾، وقد يتوصل القاضي من خلال إجراءات الصلح، الى تحقيق غايته فينتهي الأمر بتصالح الزوجين وفي ذلك خير كثير لهما، وللمجتمع، وفي هذه الحالة يحرر القاضي حكماً فيه، إشهاد بتصالح الزوجين، وباستمرارهما للحياة الزوجية، وفي هذه الحالة أيضاً لا بد من إحترام إرادة الطرفين، والتأكد من صحتهم، وقد يخفق القاضي في مهمته ولا يتمكن من الإصلاح بينهما، ولا يبقى أمامه سوى إحترام إرادتهما، وخاصة إرادة الزوج إذا كان مصراً على طلب الطلاق، فبعدما يحرر محضراً بعدم الصلح، يُخرج القضية من طور الصلح، الى طور الجلسات العلنية.

وعليه فإن محضر الصلح، وجوده، من عدمه، قد أثبت الواقع العملي، أن وثيقته تعتبر ضرورية في الملف، لأنها تبقى الدليل الوحيد على إحترام إجراء الصلح، وفي نظرنا نتفادى بواسطتها الوقوع في طريق الطعن بالنقض، وعليه فإن أجرى القاضي جلسة الصلح، وباءت بالفشل، فإنه بعد تحرير محضر عدم الصلح، تُجدول القضية ضمن الجلسات العلنية، كما أشرت مقدماً، وفي اليوم نفسه الذي تفشل فيه محاولة

(460) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 12 / 25 / 1989 ملف رقم 57812 المجلة القضائية عدد 03، 1991.
(461) من مقاصد الشريعة: حفظ القرابة أو النوع وهو من الكليات الخمس د. الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية. الدار التونسية للنشر ص 125، 126، 1998.

الصلح، يُحدد القاضي تاريخ الجلسة القادمة ويسلم للمدعي عليه أو عليها، نسخة من العريضة التي تقدم بها المدعي، وذلك لغرض الاطلاع عليها، والرد عليها.

إنّ ما ينبغي ملاحظته في هذا الصدد، وهو : أن المادة 49 من حيث صياغتها كانت رديئة مما رتب عنها فهما متعارضا غير متلازم في الجانب العملي، ومن الأساتذة الذين انتقدوا هذه المادة الأستاذ الدكتور علي علي سليمان رحمه الله قائلاً : **إن المادة صياغتها رديئة** واقترح أن تكون صياغتها على النحو التالي : لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر⁽⁴⁶²⁾، وعليه فلما كان الطلاق، لا يثبت إلاّ بحكم، من الجهة المختصة، بعد محاولة الصلح، فقد أصبح لازماً أن يكون الصلح إجبارياً في مادة الطلاق، وهذا ما أكدته القانون المعدل لقانون الأسرة» أمر رقم 05 / 02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم لقانون. 84 / 11

وعليه فإنّ المشرع، لمّا أوجب الصلح في المنازعات الزوجية، كان لإعتبار مهم منه، وهو : أن الصلح عقد يخضع لنفس الشروط التي يجب أن تتوفر في العقود المدنية عامة، من رضا، محل، وسبب، لكون أن الصلح يتم بإرادة الطرفين، فإذا كان الصلح كذلك فإنّ ما يُستوجب مني تساؤلاً في هذا الصدد، وهو : **ما المقصود بمحاولة الصلح في مادة الطلاق؟**

مفهوم الصلح La transaction :

عرفت المادة 459 من القانون المدني، الصلح بأنه : «عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه»، وهو التعريف الذي ورد النص عليه في المادة 549 من القانون المدني المصري، 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، إلاّ أن عقد الصلح في الدعوى يتميز بأركان، وشروط خاصة منها على الخصوص وجود نزاع قائم بين الطرفين، أو يكون هذا النزاع محتمل الوقوع مستقبلاً، وأن يكون موضوع الصلح هو تنازل كل طرف، عن كل أو بعض طلباته، أو إدعاءاته ويجب أن يكون طرفي الصلح⁽⁴⁶³⁾ لهما أهلية التصرف، يعوض في الحقوق التي وقع عليها الصلح، كما يجب أن تكون إرادة المتصالحين خالية من عيوب الرضا.

(462) الأستاذ الدكتور علي علي سليمان «حول قانون الأسرة الجزائري» المجلة القضائية العدد 02 من سنة 1986 ص144.

(463) المادة 460 من القانون المدني.

ذلك أن الأصل في الصلح، وهو : أن يكون كتابة في وثيقة تتضمن توقيعات الأطراف⁽⁴⁶⁴⁾ المتصالحة، وإذا وقع خلاف حول مدى صحة الصلح، يمكن إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات الجائزة قانوناً. وتبعاً لذلك فإذا كان إجراء الصلح في دعاوى الطلاق واجبة، فعلى القاضي المختص بنظر موضوع الدعوى، أن يستدعي الزوجين، معاً إلى مكتبه بواسطة رئيس كُتاب الضبط، وذلك بمجرد تسجيل الدعوى، وطرحها عليه، فانه يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد، حيث يسمع فيها مزاعم كل واحد منهما تجاه الآخر، ثم يحاول أن يصلح بينهما، باظهاره لمساواة النزاع، ومضار الفرقة، وبيان محاسن الألفة، والتفاهم، والانسجام، والتسامح المتبادل، من أجل ضمان حياة الرابطة الزوجية، ولصالح استمرار علاقة القرابة، والمصاهرة، فسواء نجح، أو فشل في مسعاه، فإنه ينبغي له أن يحرر محضراً بما توصل إليه من نتائج تلحق الدعوى، وأن يحيل في هذه الحالة الطرفين إلى حضور جلسة علنية، تنعقد ضمن الجلسات المقررة للمحكمة كما أشارنا إليه سلفاً.

وعليه فإن إجراء الصلح في هذه الحالة، هو : إجراء جوهري في مادة الطلاق حيث يعتبر نص المادة 49 من قانون الأسرة في هذه الحالة نصاً إجرائياً، أي يتعلق بإجراءات الطلاق، لأن القاضي ملزم كما أشرنا مقدماً، القيام بمحاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، والأسيكون حكمه، معيباً ومخالفاً للقانون، مما يستوجب نقضه.⁽⁴⁶⁵⁾

غير أن ما نلاحظه في هذا الصدد، وهو : أن المشرع أغفل أن ينص ما إذا يجب على القاضي أن يحرر محضراً، بما تصالح عليه الزوجان أو بفشل، كما أنه أغفل كذلك، أن ينص على ما يمكن على القاضي أن يفعله، بعد فشل محاولة الصلح، أو بعد نجاح مهمة الصلح، وعليه فإن نص المادة 49 من قانون الأسرة لم يأت واضحاً في وجوب الزامية الصلح، رغم أهميته الكبيرة، بل جاء عاماً فلا يستفاد وجوبها إلا بطريق الدلالة.

وعليه فإن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، وهو : أن المدة التي حددها المشرع في المادة 49 غامضة، رتب عليها آثاراً في المادة 50 من نفس القانون، التي يقضي فيها : أنه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح، لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد الحكم يحتاج إلى عقد جديد، هذا الغموض يجعلنا نتساءل عن بداية الأشهر الثلاثة، ونهايتها.

فهل تبدأ من تاريخ نطق الزوج بالطلاق ؟ أم من تاريخ طرح النزاع على المحكمة ؟ أم من تاريخ صدور الحكم بالطلاق ؟

(464) د. عبد الحكيم فودة - أحكام الصلح ص 18 دار البعث - قسنطينة 1999.

(465) المحكمة العليا 1968/07/03 وزارة العدل ج 1 ص 49.

وعليه فإنه في نظري، بما أن الطلاق لا وجود له في نظر المشرع، إلا إذا أصدر به حكماً قضائياً، بموجب المادة 49 من القانون أعلاه، وعليه فإن الثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ نطق الزوج بالطلاق، إذا كان قد نطق به، قبل أن يطرح النزاع على القضاء، فإن لم ينطق به حتى تاريخ الحكم، فإن العدة تبتدأ من تاريخ الحكم لأنه يمثل تاريخ النطق بالطلاق فعلاً⁽⁴⁶⁶⁾.

وعليه فما ينبغي ملاحظته ما تعلق بإجراء الصلح، وهو أن مرحلة الصلح ليست بأمر جديد على قضايا الطلاق، فالجلسة الصلحية أمر وجوبي وضروري، والآن أعد الحكم بالطلاق معيباً، ومخالفاً للقانون مما يستلزم نقضه.

ومنه أيضاً ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، وهو: أن المشرع ما تعلق بالصلح، لم يظهر ويبين لنا الطريقة المثلى في الصلح، إذ أن عدم إظهارها فيه أمر متروك إلى سلطة القاضي التقديرية.

وعليه فإن الصلح يعتبر مبدأً أساسياً، وجوهرياً، في قضايا الطلاق، لغرض معالجة النزاع، بالطريق الودي، لكون أنه أصل في مبادئ، وقواعد الشريعة الإسلامية، وهذا طبقاً لقوله تعالى: ﴿إِنْ يَرِيدُ إِصْلَاحًا يَوْفِقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبيراً﴾⁽⁴⁶⁷⁾.

وعليه فإن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، وهو: أنه فكان من المفروض على المشرع، أن يضع قواعد وطرق إجرائية خاصة، وتبيان طرق الصلح التي ينبغي أن تكون في دور القاضي في الصلح، وفي نظري أن قاضي المختص في دعاوى الطلاق، لا يمكن أن نعتبره أنه قام بدوره، بل إكتفى بسؤال المدعى، مما إذا كان مصرّاً على طلب الطلاق؟ وسؤال للمدعى عليها عما إذا كانت موافقة عليه، وبتسجيل ضوابطهما، لكون أنه جرى العمل على مستوى المحاكم الجزائية، أن القضاة المكلفون بفرع الأحوال الشخصية يقومون شخصياً، بأجراء المصالحة، حيث يحضر القاضي محضراً لذلك، ويلزم كل طرف بامضاء المحضر، وهذه الطريقة نجدها عادة في القضايا المتعلقة بالطلاق الرضائي، أو في الأمور المتعلقة بحقوق الزوجة المترتبة عن الطلاق، وغني عن البيان أن الدفاع بصفة عامة لا يحضر عادة إلى إجراءات المصالحة إلا لأسباب إستثنائية، أو في حالة غياب الموكل، ففي هذه الحالة يلزم الدفاع من إبلاغ القاضي بسبب غياب المتقاضي، وعليه فإن ما يلفت الانتباه له في هذا الصدد، وهو: أن جلسة الصلح، أصبحت إجراء شكلياً، فكثيراً ما يستفيد القضاة بالمطالب المكتوبة، والمدونة في عريضة إفتتاح الدعوى أو في مذكرات مقالات الخصوم فقط.

(466) الأستاذ فضيل سعد المرجع السابق ص 327 . 324 .

(467) سورة النساء الآية 35.

وعليه ما يمكن أن نستنتج من خلال إستقرئنا لهذا الإجراء الجوهري الأمور التالية :

أولاً : إجراء الصلح بين الطرفين : إن إجراء الصلح بين الطرفين، أقرته مبادئ الشريعة الإسلامية، وشرعته بنص الكتاب والسنة.

أ- الكتاب : قال تعالى : ﴿ لا خير في كثير من نجواهم الأيمن أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ﴾⁽⁴⁶⁸⁾ وقال تعالى : **إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما**.⁽⁴⁶⁹⁾

ب- السنة : ما رواه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ

قال : الصلح جائز بين المسلمين وزاده أحمد : الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا.⁽⁴⁷⁰⁾

ثانيا : إنعقاد محاولة الصلح : إن قانون الأسرة قد سكت بدوره عن إجراءات إنعقاد الصلح أمام القاضي، ذلك أن تقديم عريضة الطلاق الى القاضي في نظرنا، لا تُعدُّ أداة إستعمال الحق في الدعوى التي ينشأ عنها ميلاد الخصومة القضائية، وإنما تُعدُّ أحد العناصر الشكلية، لممارسة الحق الإرادي، وفي هذه الحالة لا يطلب من الزوج أن يسبب طلبه، لأن الأمر يتعلق باستعمال الحق الإرادي⁽⁴⁷¹⁾ مما يستلزم أن تقديم طلب الطلاق لا يعد إجراء قضائيا، وإنما يعد شكلا للممارسة الحق الارادي، وتبعاً لذلك فهو يخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأعمال الولائية⁽⁴⁷²⁾ وبالتالي لا يمكن أن تطبق عليه القواعد الاجرائية التي تطبق على الخصومة القضائية، وتبعاً لذلك يمكن أن تنعقد جلسة الصلح بناء على رسالة مضمنة، أو بواسطة المحضر، أو كاتب المحكمة، أو ببرقية، في حين لو كان الطلب أداة لاستعمال الحق في الدعوى، فلا تنعقد الخصومة

(468) سورة النساء الآية 144.

(469) سورة النساء 135.

(470) د. محمد ناصر الدين الألباني : صحيح أبي داود الحديث 3120 - مكتبة التربية العربية لدول الخليج عام 1409 هـ.

(الحديث الشريف الاصدار الثاني 200 - شركة البرامج الاسلامية الدولية 1991 -) 1997

(471) Mohand Issad, le rôle de la volonté des sorties dans la rupture du lien conjugal, la revue, Alger N° 41968.

(472) الأعمال الولائية : ويقصد بها الأعمال التفصيلية التي يمارسها القضاء الى جانب أعماله تكريماً منه إذ يباشرها بماله له من حق الولاية باعتباره واحداً من ولاية الأمر الذين يملكون توجيه الناس لتحقيق مصلحة المجتمع، ومصلحتهم ولكونها تستند الى ولاية القاضي، بينما الأعمال الولائية متعددة ومتنوعة، ومنها ما ينحصر موضوعها في مجرد التوثيق، أو التصديق لإثبات بعض التصرفات أمام القضاء، وأعمال ينحصر موضوعها في حماية عديمي الأهلية، وناقصها مثل ما هو منصوص عليه في المادة 88 من قانون الأسرة : « في حالة ما إذا أراد الولي أن يتصرف في أموال القاصر أن يستصدر إذن من القاضي باذن له بهذا التصرف » أعمال

القضائية إلا بالتكليف بالحضور يتم بواسطة المحضر القضائي، وهذا بموجب المادة 22 من قانون الإجراءات المدنية والتي جاء فيها : «يسلم التكليف بالحضور، اما بواسطة كاتب الضبط، أو يرسل بطريق البريد ضمن ظرف موصى عليه، أو بالطريق الإداري»، وعليه فإن جلسة الصلح أعلاه تتطلب لأجل إنعقادها إعلان الزوجة إعلانا صحيحا، يترتب عليه إيصال العلم اليها بتاريخ الجلسة، باعتبار أن هذا العمل يعدُّ أحد العناصر الشكلية لصحة العمل القانوني، مما يتطلب أيضا من القاضي أن يتأكد من هوية الزوجين في هذا الطور الصلحي،⁽⁴⁷³⁾ لأن تثبت القاضي من الهوية، يصرف كل عملية تغيير قد تنجم عنه مضار قد يعسر إصلاحها.

وعليه فقد إستقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، في هذا الصدد، وهو : أن عدم مراعاة إجراء محاولة الصلح يعدُّ خرقا للقانون.⁽⁴⁷⁴⁾

ثالثا : مدى تعارض نص المادة 461 من القانون المدني :

إن هناك تساؤلاً يثور حول المادة 461 من القانون المدني، والتي جاء فيها ما يلي : لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح عن المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية، ذلك أن القراءة السطحية للمادة المذكورة أعلاه، من القانون المدني، توحي بأنه لا يوجد عقد صلح في مسائل الحالة الشخصية، ومنها الطلاق، وبالتالي فإننا نرى أن نص المادة 461 يكون متعارضا مع نص من نصوص مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، وهو الحديث الشريف القائل «الصلح بين المسلمين جائز» وفي نفس الشأن أن هناك تعارض في تشريع الأسرة في المادة 49، التي توجب عقد جلسة الصلح، قبل إصدار أي حكم بالطلاق، وسمي بهذا الصلح المُعدّ لجلسة الصلح بما يطلق عليه بالصلح القضائي، ذلك لكون أن عقد الصلح القضائي، لا يمتاز إلا باعتبار قوة السند التنفيذية نظراً لتصديق المحكمة عليه ولكن هذا التصديق لا يغير شيئا من طبيعته كعقد من العقود، كما أن محضر الصلح المصادق عليه، من المحكمة يخضع لقواعد تفسير العقود لا القواعد تفسير الأحكام.

ومن هنا ينبغي علينا، أن لا نتوقف عن المعنى الحرفي للنص، بل يجب معرفة الغاية المرادة منه، لكون أن المشرع ربما كانت له علة، أو مصلحة، أراد أن يحميها من خلال هذا النص، حيث أن معرفتنا لحكمة النص هي من الروح العامة للقانون لكون أنها تعتبر معياراً

(473) الأستاذ / محمد صالح العياري . تحديد نطاق الطعن في الأحكام الصادرة بالطلاق من حيث محاولات الصلح (مذكرات قانونية) ط . الأولى . 1987
(474) المجلس الأعلى - الغرفة المدنية قرار صادر بتاريخ 1968 7 / 3 المجلة القضائية الجزء الأول 49 -

جوهرياً لمنهج التفسير وقواعد الاستنباط، فنص المادة 461 مدني المذكورة سلفاً - الذي لا يجيز الصلح في مسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، أو بالنظام العام - يعد تطبيقاً للقواعد العامة في مشروعية الصلح، فيشترط أن يكون محل الصلح صالحاً للتعامل فيه، إلا أننا ما نلاحظه في هذا الصدد، وهو : ما مدى تعبير الفقه الاسلامي⁽⁴⁷⁵⁾ عن هذا الشرط، حيث يشترط الفقه في أن يكون محل الصلح حقاً، من الحقوق، التي يجوز التصرف فيها، بمعنى أن يكون من حقوق العباد لا من حقوق الله، بينما الفقه الوضعي يشترط أن يكون المحل مشروعاً، أو قابلاً للتعامل فيه أي غير مخالف للنظام العام وللآداب وبالتالي فإن نص المادة 461 مدني يفهم منها : على أنه لا يجوز التصالح على الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية، لأنها من النظام العام ينظمها المشرع، ولا ينبغي أن يترك الاتفاق عليها بالتعديل أو التغيير.

فتعبر المشرع بأنه لا يجوز الصلح فيما تعلق بالأحوال الشخصية، أو بالنظام العام نجد لها تأصيلاً في قاعدة الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.

وعليه فلا يمنع عقد الصلح بين الزوجين حال قيام دعوى التفريق للشقاق والضرر المرفوعة عن أحدهما، حال قيام النزاع.

وعليه فإنهاء لهذا النزاع يُعقد الصلح، لغرض إزالة أسباب الشقاق، والضرر، أو يشترط أحدهما شروطاً مقبولة شرعاً، أو يعرض أحدهما الطرف المتضرر الى غيره من صور المصالحة.

وعليه فإن ما هو جدير بالملاحظة في هذا الشأن، وهو أنه إذا تم الصلح بين الزوجين، فإن محضر الصلح يرفق بالتقرير الذي يعده الحكمين، بعد توقيعه من طرف أحد الزوجين، لكون أن الصلح له أثر لازم، فلا يجوز الطعن فيه والرجوع عنه، وتسقط الحقوق والإدعاءات التي يتنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية، ويترتب على ذلك أن الحكم الذي يصدر بمقتضى عقد الصلح، يكون إبتدائياً نهائياً.

وعليه فإن النتيجة الحتمية التي تترتب عن وصول الحكمين الى الاصلاح بين الاطراف، هو صدور حكم قضائي، باستمرار الحياة الزوجية بين الطرفين، لوقوع صلح بينهما، أو حكم يترك الخصومة إن طلب المدعى ذلك، ولكن في حالة عدم الصلح فإن

(475) أ.د. ياسين محمد محسن ، عقد الصلح بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني - دراسة مقارنة دار الفكر العربي 1978 ص 330.

السلطة التقديرية للقاضي هي التي تلعب دوراً في تحديد مصير العلاقة الزوجية وفقاً لما توصل اليه الحكمين، وهنا فإن التحقيق بشأن وجود، أو عدم وجود، الضرر، ومدى جسامته، متروك لسلطة القاضي، الذي يفصل في موضوع الدعوى، وسبب الشكوى، ويشترط في الضرر إثباته وحصوله، قبل رفع الدعوى وقبل تسجيلها لدى كتابة الضبط بالمحكمة، لكون أنه إذا أقامت الزوجة دعوى طلب التطليق للضرر ولم تتمكن من إثباته، وحكمت المحكمة برفض دعواها بينما ذلك لا يمنعها من تجديد رفع الدعوى مرة ثانية إذا كانت ستتمكن من إثبات الضرر وتحقيق وجوده.

وعليه فإنه إذا إستنطقنا مهمة الحكمين، نجد أن الأصل فيها الفقه المالكي ذلك لكون أن مهمة الصلح عند المالكية⁽⁴⁷⁶⁾ لا تقف عند الإصلاح بين الزوجين، بل تتجاوزهما الى طلب التفريق بينهما إذ لم يجد سبيلاً لهذا الإصلاح ولكون أن الطلاق بسبب الشقاق والضرر يعتبر طلاقاً بائناً لا يجوز للزوج أن يراجع زوجته ما دامت في العدة⁽⁴⁷⁷⁾، بينما إذا استقرأنا المادتين 55، 56 فإننا نجد أنها تركت حق تقرير الدليل للقاضي .

فإذا لم يستطع الإصلاح بين الزوجين وفقاً للمادة 5 من قانون أعلاه، وعجز الحكمان عن الإصلاح كذلك، أصدر القاضي حكمه في ضوء تقرير الحكمين وانطلاقاً من وقائع وظروف وملابسات الدعوى.⁽⁴⁷⁸⁾

إن المادة 56 من قانون الأسرة لم تميز بين حالتين، حالة الوصول الى الإصلاح، وحالة الفشل في الإصلاح بين الطرفين، وما هو الاجراء الأنسب الذي يخضع، أو يتبع في كل حالة حيث أن الواقع العملي أثبت التجاهل التام لهذا الإجراء الشرعي، والقانوني، (التحكيم) لكون أن الإجراء الوحيد الذي يحترم هو إجراء الصلح فقط، بينما حالتي الوصول والفشل، والتي تجاهلها تماماً وأغفل توضيحها، وتبيان طرقها من طرف المشرع في قانون 11 / 84 المعدل والمتمم 05 / 09 وذلك لكون أن نظام التحكيم لا يجوز إهماله، فقد جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء، لما له من أهمية مفيدة وحل لمشاكل كثيرة، قد تقع بين الزوجين، وما تسببه هذه المشاكل من شقاق بينهما قد يؤدي الى الطلاق، ولكن الظاهر أن هذا النظام لم يعط الاهتمام الكافي لا من القضاة، ولا من التشريع، ولا من أهل الزوجين، ويبدو أن عدم الاهتمام بالتحكيم لم يكن حديثاً، بل كان موجوداً قبل قرون ذكر ذلك الامام ابن العربي المالكي في هذا الصدد، وهو : عدم اهتمام

(476) التسولي . البهجة في شرح التحفة، ج 1 ص 302.

(477) الخطاب . مواهب الجليل ج 4 ، ص 17.

(478) المحكمة العليا قرار مؤرخ في 1968/12/11

القضاة بنظام التحكيم، وأنه دعا القضاة الى تطبيق التحكيم عند حدوث الشقاق بين الزوجين، فلم يستجب له الا قاضي واحد وأعلن أسفه لذلك، حيث قال رحمه الله ما يلي : لقد نُدبت الى ذلك، - أي الى تطبيق نظام التحكيم عند شقاق الزوجين - فما أجابني الى بعث الحكمين عند الشقاق الا قاضي واحد.⁽⁴⁷⁹⁾

وعليه فإن غرضنا من هذا :هو تبيان ما يساعد على حمل القضاة على تطبيق التحكيم.

ذلك أن ما يساعد على الأخذ بهذا نظام التحكيم وحمل القضاة على تطبيقه، هو اتخاذ الإجراءات التالية :

أولاً : اعتبار أهل الزوجين من ذوي الشأن بدعاوي الشقاق بين الزوجين، وأن لهم الحق باعلام القاضي بالشقاق الحاصل بين الزوجين، وطلب تدخله بإرسال حكمين للنظر في موضوع الشقاق .

ثانياً : إنشاء قواعد إجرائية خاصة، اين يعلم فيها القاضي المختص بضرورة الأخذ بالإجراءات اللازمة للحكم بناء على طلب أهل الزوجين، وهذا بالإضافة الى حق الزوجة برفع أمرها الى القاضي بشأن الشقاق الحاصل بينها وبين زوجها.

ثالثاً : لا يجوز للقاضي المختص إصدار حكم بالطلاق الا بعد إرسال حكمين الى الزوجين، للنظر في موضوع الشقاق ورفع تقريريهما بشأنه الى القاضي.

رابعاً : من المستحسن أن لا يقضي القاضي بأي نزاع بشأن النفقة، أو نشوز الزوجة أو نحو ذلك من المنازعات التي تحدث بين الزوجين الا بعد إرسال حكمين الى الزوجين لتحري أسباب النزاع، لأن هذه الدعاوى، لا تحدث غالبا الا نتيجة خلاف، وشقاق بين الزوجين، وإن لم يبين الزوجان ذلك، لكون، أنه يستطيع الحكمان إزالة أسباب النزاع التي أدت إلى نشوز المرأة، أو طلبها النفقة، وبالتالي إلى ترك الدعوى المقامة.

إنه في إعتقادنا عند إزالة أسباب النزاع بين الزوجين، نكون قد وصلنا الى التصالح ووضعنا حداً لتقليل نسبيا من أزمة الطلاق.

وعليه فإذا توفر شرط تفاقم النزاع، واشتداده بين الزوجين، وتوفر شرط عدم ثبوت الضرر لأحدهما، فإنه يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع

(479) ابن العربي - أحكام القرآن ، ج 1 ص 441.

ومباشرة الفصل فيه، أن يعمل على إصلاح ذات البين بطريق التحكيم، ولا يلزم من هذا إلاّ اتباع إجراءات التحكيم، والذي نستشفه من خلال إستقراءنا للمادة 56 من قانون الأسرة وهو أنه إذا أضر أحدهما بالآخر، وإستحال إستمرار المعيشة المشتركة بينهما، ولم يثبت الضرر، إختارت المحكمة حكّمين، حكم من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة ذلك أنه يشترط في الحكمين أن يكون رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلاّ ممن لهم خبرة بحالهما، ذلك أنّ على هذين الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين، وأن يبذلا جهداً في الإصلاح، وهم ملزمان قانوناً، أن يرفعا تقريرهما الى القاضي عن مهمتهما في أجل شهرين، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه.⁽⁴⁸⁰⁾

وعليه مما تستوجب الإشارة له في هذا الصدد، وهو : أن القاضي يحكم على ضوء تقرير الحكمين، حيث لا يشترط فيه أن يكون معللاً، وكما تخول له سلطته، رفض التقرير وتعين حكمين آخرين، وما يلفت له الانتباه⁽⁴⁸¹⁾ في هذا الشأن، وهو أن قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا، وليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن، ذلك

لكون أن إثبات الضرر صعب مما يتطلب على القاضي المختص هنا، أن يتقرب أكثر من الطرفين حتى يتأكد فعلاً مما يدعيه الطرفان، وهذا تكريس لإجراء التحكيم الذي خولته الشريعة الإسلامية بالدرجة الأولى طبقاً لقوله تعالى : ﴿وإن خفتن شقاق فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها إن يريد إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً﴾⁽⁴⁸²⁾، ومنه أيضاً تكريس لإجراء التحكيم الذي جاء به المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 56 من القانون أعلاه، والتي جاء فيها ما يلي : إذا إشتد الخصام بين الزوجين، ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكمٌ من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين .

إن ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، وهو : ينبغي علينا أن نعرف طبيعة التحكيم، وشروطه، لكون أن التحكيم، وإن كان جوازياً، وإختيارياً في المواد المدنية باعتباره قاعدة عامة، فإنه وجوبي، والزامي في مسائل الأحوال الشخصية، ولا سيما فيما يتعلق منها بدعاوى الطلاق، والرجوع الى محل الزوجية، وذلك في كل حالة يشتد فيها الخصام، ويتفاقم النزاع بين الزوجين، ولا يثبت وجود أي ضرر، يمكن أن يلحق أحدهما من جراء ذلك.

(480) د. بلحاج العربي . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج 1 ديوان المطبوعات الجامعية ط 2002 ص 358، 359.

(481) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار 1968. / 12 / 11

(482) سورة النساء الآية 35.

ومن المفيد أن قاعدة التحكيم في القضايا الزوجية، منح المشرع فيها آجال شهرين كاملين، وهذا بموجب المادة 56 من قانون الأسرة أين يقدم خلالهما تقريراً، مفصلاً عن نتائج مهمتهما الى القاضي الذي عينهما.

وعليه فإنه إذا نظرنا إلى مبدأ قاعدة التحكيم، فإننا نجد أن هذا المبدأ ساري في كل قوانين الأحوال الشخصية للبلاد الاسلامية والعربية في قضايا الزوجية، وهو الأصل استمدت منها هذه التشريعات أحكامه من الشريعة الاسلامية الغراء طبق لما ورد في الآية رقم 34 من سورة النساء. ﴿وإن خضتم شقاق بينهما فأبعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ إلا أن هناك فارق في المدة التي منحها التشريع الجزائري لهذا الغرض، والتشريع المصري، مثلاً حيث أن المشرع المصري إختلف عن التشريع الجزائري في المدة المحددة للحكمين، فقد نص المشرع المصري في المادة 08 من قانون رقم 25 من سنة 1929 على أنه يشمل قرار بعث الحكمين مدة 06 أشهر، وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك، وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل، وأمانة، ويجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة، لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدما تقريرهما، اعتبرتهما غير متفقين .

إنه في نظري إذا ما تأملنا جيداً المدة التي منحها المشرع المصري الى الحكمين، والتي حددها بأجال أقصاها 09 أشهر، توحى ما مدى إهتمام التشريع المصري بمسألة التحكيم فهي مدة كافية نسبياً، خاصة لما بدأ الأمر يتعلق بتصرف خطير.

وعليه فإنّ المشرع المصري ادراكاً منه للمسألة التحكيم، وخطورة الطلاق، وكون أن تقرير الحكمين ينبغي أن يكون تقريراً موضوعياً، مقيداً، لأنه يتعلق بمعيار جوهري، وهو مدى عدل الحكمين في ذات التقرير، لكون أن المشرع المصري في هذه الحالة، لم يهمل دور الحكمين، بل وضّحه وأظهر ذلك أنهما يشكلان مجلس تحكيم وهذا ما ذهب إليه في المادة 09 من القانون أعلاه : «لا يؤثر في سير عمل الحكمين إمتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تمّ إخطاره، وعلى الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبذلا جهدهما، في الاصلاح بينهما عن أية طريقة».

وعليه فإذا كان المشرع المصري، قد أعطى اهتماماً كبيراً لمسألة التحكيم، باعتبارها معياراً جوهرياً في قضايا الطلاق، فإن المشرع الجزائري قد إكتفى بالإشارة الى إجراء التحكيم فقط، وهو بهذا لم يوضح الحل في حالة فشل الحكمين، أو في حالة عدم تقديمهما للتقرير في الأجل المحدد، فدور الحكمين ضروري إذن ؟ فمن بين صلاحيات الحكمين : هو إظهار، وتبيان الضرر من وجهه، وتحديد المتسبب في الضرر، فغالبا ما يلجأ للتحكيم عندما تطالب المرأة بالتطليق، وهذا لإثبات الضرر .

إنّ ما يميز التشريع المصري، عن التشريع الجزائري في هذه الخصوصية، وهو الاهتمام البالغ من التشريع المصري لمسألة التحكيم، حيث كان دقيقاً، وأوجد الحلول المناسبة الملائمة لهذا الغرض، وهذا ما أكدته في المادة 11 من تشريعه في القانون 1929.

«...على الحكّمين أن يرفعا تقريرهما الى المحكمة مشتملا على الأسباب التي ينبغي عليها، فإن لم يتفقا أرسلتهما مع ثالث له خبرة بالحال، وقدرة على الاصلاح».

وعليه فإن المادة 56 من التقنين، التي أوردها المشرع لغرض مبدأ التحكيم، فإننا نلاحظ فيها أنها لم تميز بين حالتين، الحالة الأولى حالة الوصول الى الاصلاح بين الزوجين، والحالة الثانية حالة الفشل في الاصلاح، كما أنها لم تبين القواعد الإجرائية التي تتبع في كل حالة، ومن جهة أخرى إذا ما رجعنا الى الواقع العملي، فإننا نلاحظ أن الاجراء الوحيد الذي يحترم : هو إجراء الصلح فقط، أما ما تعلق باجراء التحكيم باعتباره إجراءً شرعياً، وقانونياً، فنجد تجاهلاً تاماً له.

ومن ذلك أيضاً ما ينبغي ملاحظته في هذا الشأن، وهو أن تستوقف عند مهمة الحكّمين : التي أكدتها، واستوجبته الشريعة الاسلامية باعتبارها القانون الواجب التطبيق، في هذا المجال لكون أن الأمر الذي أنيط بالحكمين في هذه المهمة هو الاصلاح بين الزوجين، فعليهما أن يبذلا قصارى جهودهما، في رفع الخلاف والشقاق، وزرع الائتلاف، والوفاق بينهما، فإذا سعيّا في ذلك بصدق، وإخلاص وجدّاً فيه، فالله موفقهما في عملهما، مصداقاً لقوله تعالى : ﴿إن يريد إصلاً فوق الله بينهما﴾⁽⁴⁸³⁾.

وعليه فإنه رغم النقائص المتواجدة في تشريع الأسرة، لقانون 84 / 11 المعدل والمتمم إلا أن المشرع أصرّ على أن يبقى في تجاهله، وإغفاله لنظام التحكيم، ودوره المنوط به فراح يعدل ويتمم القانون أعلاه بالقانون رقم 05 / 02 المؤرخ في 27 / 02 / 2005 ، دون أن يذكر أي مستجد، في هذه المسألة، أو إعطاء أي بديل.

ومنه أيضاً ما تعلق بتأصيل وتقعيد هذه المسألة ما جاء في تفسير الدكتور محمد علي الصابوني ما يلي⁽⁴⁸⁴⁾ : لم يذكر الله في الآية الاصلاح ولم يذكر ما يقابله وهو التفريق بين الزوجين وفي ذلك لطيفة دقيقة، وإرشاد من الله تعالى للحكمين، الى أنه لا ينبغي أن يُدخِر وسعاً في الاصلاح، فإن في التفريق خرابٌ للبيوت، وفي التوفيق ألفة، ومودة، ورحمة، ذلك أنه إذا نزل الزوجان عند غرض الحكمين،

(483) النساء الآية 35.

(484) د. علي محمد الصابوني، دوافع البيان في تفسير آيات الأحكام (من القرآن ج 1 ص 467، 468 دمشق، منشورات مكتبة الغزالي).

وتصالحا فيما بينهما، فقد تحقق بهذا مقصد الحكمين، وغرض الشارع من قبل، عندهما يأتمانهما على بعضهما البعض، ويتركانهما على ذلك.

وعليه فقد إنقسم فقهاء الشريعة الإسلامية ما تعلق بفشل مجهود الحكمين إلى رأيين⁽⁴⁸⁵⁾ :

الرأي الأول :

يرى أن على الحكمين أن يسعيا في إصلاح ذات البين جهدهما، فإن قدرا على ذلك عملا به، وإن عجز لهما، أن يفرقا دون توكيل من الزوجين، أو أمر من القاضي، كما يرى أيضا أن على الحكمين أن يفعلا ما يريان من جمع، وتفريق، بعوض وبغير عوض ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولارضاهما.⁽⁴⁸⁶⁾

وإستدل أصحاب هذا الرأي بالقرآن، والسنة، والمأثور، من أقوال الصحابة فإستدلهم من القرآن من قوله تعالى : في الآية : ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾. وفي هذا الشأن قال ابن العربي⁽⁴⁸⁷⁾ : هذا نص من الله سبحانه وتعالى، في أنهما قاضيان، لا وكيلان، ومنه أيضا ما جاء في السنة، قول النبي ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار» ومن آثار الصحابة : والتي جاء فيها : أن عقيلًا تزوج فاطمة بنت عتبة، فتخاصما، فجمعت ثيابها، ومضت الى عثمان، فبعث حكما من أهله، وهو «عبد الله بن عباس» وحكما من أهلها وهو «معاوية»، وقال لهما عثمان، إن رأيكما أن تجمعما جمعتما، وإن رأيكما أن تفرقا فتفرقا. فلما بلغا الباب، كان عقيل وزوجته قد غلقا الباب، واصطاحا⁽⁴⁸⁸⁾.

الرأي الثاني :

ويرى أن الحكمين وكيلان ليس لهما إلا الإصلاح، فإذا لم يتمكنوا من تحقيقه فعليهما أن يرفعا الأمر للقاضي، دون التفريق بينهما، إلا إذا وكلهما الزوجان به⁽⁴⁸⁹⁾.

(485) مذهب المالكية، والقديم من مذهب الشافعي، وقول عن الحنابلة دار المعاد ج 5 ص 190.

(486) الباجي، المنتقى شرح الموطأ ج 4 ص 114، دار الكتاب العربي.

(487) ابن العربي، أحكام القرآن ج 1 ص 424.

(488) أنظر تفسير ابن كثير ج 2 ص 279، وزاد المعاد ج 5 ص 191.

عقيل (: بفتح أوله) ابن أبي طالب القرشي أخو علي جعفر، وكان الاسن أسلم عام الفتح وهاجر في أول سنة ثمان للهجرة، توفي في خلافة معاوية وقيل في خلافة يزيد جاء هذا في كتاب لابن حجر ج 4 ص 487.

(489) قول الأحناف، والمذهب الجديد من الشافعية، وأهل الظاهر وقول الحسن البصري.

إنه إذا تمعنا في قول الإمام الشافعي، الذي جاء في مغنى المحتاج قوله ما يلي: (490)

أنهما وكيلان في الأظهر

وعليه فإننا نلاحظ أن الامام الشافعي من حيث وجه الاستدلال، كان متوقفا في هذا الصدد على قوله تعالى: ﴿إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ لكون أن النص في هذا المقام عند الامام الشافعي، لم يشير، ولم يذكر التفريق، لكون أن الحكمين في نظر الإمام الشافعي، ليس لهما إلا ما ذكرته الآية، وهو: الإصلاح، أما التفريق فلا، لعدم ذكرها له، لكون أن عدم ذكره في الآية، لا يدل على عدم جوازه.

وعليه فإنه من خلال إستقراي للرأيين السالفين الذكر، نجد أن أدلة المانعين من إعطاء حق التفريق للحكمين، نجدها غير سالمة من الاعتراض، فالقول بأن الحكمين المصرح بهما في الآية إنما هما وكيلان، فهذا صرف للفظ القرآني عن ظاهره لغير دليل قوي. ذلك لكون أن الحكم له معنى في الشرع، واللغة، والعرف، وعليه فالمقصد الأساسي من مهمة الحكمين هو إعادة الصفاء، والوفاق بين الزوجين، فإذا عجز عن تحقيق ذلك فمن المصلحة أن لا يتركاها على ذلك من الخصام، والشقاق لما فيه من فساد بين يعود اليهما، وعلى الأولاد بالضرر البالغ، وفي نظرنا لا بد من تواجد إجراء في حالة عجز وفشل التحكيم، وإعطاء الأهمية لهذه المسألة لكون أنها تعتبر معياراً أساسياً، تضمن الصلح من أساسه، ولكون أن الحكمين، وكيلين مهمتهما الإصلاح لا غير، فإذا رأيا أن الموقف يستدعي التفريق إقترحا ذلك، ورفعاً بشأنه تقريراً للقاضي المختص، ذلك أن القاضي إنما تعين له أن يختار الحكمين، وتكليفهما بمهمة القيام بإجراء تحقيق نزيه في موضوع نزاع الزوجين، وتحديد من منهما الناشز، المتخلي عن واجباته، وتحديد الضرر، والمتسبب فيه، إن وجد، ثم شروط الحل في تقرير يقدمانه إليه.

وعليه فإننا نرى أن هذه المدة، والآجال، والتي حددها المشرع في المادة 56، غير كافية لهذا النوع من النزاعات ذلك أن بناء عقد الزوجية وإنشاءه ليس كحل الرابطة الزوجية فمسألة إجراء التحكيم، والصلح، تقتضي التريث والتعقل والحكمة.

إنه من المفيد أن الطلاق سواء كان اتفاقاً أو إضراراً أو إنشاء، فإن القاضي المختص فيه، مطالب ببذل الجهد قصد محاولة الصلح بين الزوجين، ولكن هل أن الجهد يعني أن يجف ريقه ويتصبب عرقه وهو يبين العواقب الوخيمة للطلاق، وإنعكاساته السيئة، ويخاطب الأحاسيس، والمشاعر لكل من الزوجين، ويطلب من كل منهما، أن

(490) الشربيني، مغنى المحتاج ج 3 ص 261، الأم ج 5 ص 94.

يتنازل، ويصفح، ويقرب وجهات النظر، ويلطف من حدة المواقف، والتباين بينهما، وقد يعني كل ذلك، إلا أن وجود تشريع إجرائي خاص، يوضح، ويبين معالم وطرق الصلح، ومدى كفاءته، يساعد القاضي المختص على السير في الطريق الأسلم، وقد يُنقص عنه المشقة وجلب التيسير له في هذا النوع من المسائل الحساسة، للوصول الى قصد الإصلاح، دون عناء، ذلك لأن القاضي قد يقضي ساعات طوال وهو يحاول الإصلاح، لكن في نظرنا هذا أقرب الى الخيال منه الى الواقع، لسبب بسيط، يتمثل في كثرة القضايا، وقلة الاطار القضائي، وليس من المستبعد أن يكون قاضي الأحوال الشخصية مطالب بالنظر في عشرين، أو ثلاثين قضية في اليوم الواحد. فإذا فرضنا أنه يقضي في كل قضية ساعة لمحاولة الاصلاح، أو التنقل لجلسة الصلحية بتمامها وكمالها، محاولاً الإصلاح في ذلك وإتخاذاً للقرارات الفورية فإن ذلك يعني أنه سينتصب جالساً لمدة عشرين ساعة، وهو ما لا يمكن تصويره لا منطقاً ولا واقعا.

وعليه فإنه إذا اعتبرنا أن قاضي الأحوال الشخصية، ما هو إلا بشرٌ لا يمكن أن ينتصب لاجراء المحاولات الصلحية، إلا لمدة زمنية محدودة أين يستمع فيها الى مشاكل المتقاضين التافهة، والجدية، والمضحكة، والمؤلمة، ويغوص في أعماق حياتهم الخاصة، وأسرارهم، ومشاعرهم، وعواطفهم، فإنه لا يجد في نفسه متسعاً من الطاقة لمدة تفوق الخمس ساعات أي معدل خمسة عشر دقيقة بالنسبة الى كل قضية، ذلك أنه من الواضح، في هذه الحالة، أن يكون ذا، بيان ساطع، واقناع سريع، وتأثير مغناطيسي، وحجة مقنعة، كي يتوصل في ظرف 15 عشر دقيقة، الى القيام بكل ما يُطلب منه، وفق سلطته التقديرية، للوصول الى عمق النزاع، وأصول الحجة والاقناع.

وعليه فلا عجب إن كان للمحاولة الصلحية محكوم عليها بالفشل في الأغلبية الساحقة من الصور، مما تتطلب منه تكرار الجلسة الصلحية مرات ومرات، خاصة إذا كان هناك ابن، أو أبناء، وفي هذه الحالة، نجد القاضي المختص يبذل خلالها مزيداً من الجهد، للتوصل الى الصلح، ويستعين بمن يراه في ذلك، وعليه فإن الإجتهد القضائي أقرّ الصلح باجراء أولي إذ لا يمكن إثبات الطلاق قضاءً إلا بعد محاولة الصلح⁽⁴⁹¹⁾ فإن القضاء بما خالف هذا المبدأ، يعد خطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه، لكون أن الصلح في الأصل ينهي النزاعات التي يتناولها.

وهذا ما سعى اليه المشرع في تبيان الغرض من الصلح وهو ما ذكرته المادة 56 من حيث أصل الإصلاح في جوهر عمله، وهو التوفيق بين الزوجين حيث جاء في نص المادة

(491) قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 06 / 18 ملف رقم 75141.

56 إذا اشتد الخصام بين الزوجين وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ومنه أيضا أن الفقهاء في الشريعة الإسلامية الغراء، يرون أن مؤدى التحكيم، مبناه الحكم وليس الوكالة، أو الشهادة⁽⁴⁹²⁾ كما يرون كذلك أن رأي الحكم يخضع لتقرير القاضي⁽⁴⁹³⁾، وعليه فإن الحكمين عليهما أن يسعيا على التوفيق بين الزوجين، لإعادة الحياة الزوجية وتحري أسباب الخلاف، والوقوف على ما يشكو كل من الزوجين من صاحبه، وأن يردّ الظالم منهما عن ظلمه طبقا لقوله تعالى : **إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما** ذلك لأن الطلاق ليس مقصوداً بالذات من التحكيم، وإنما المقصود منه : هو الإصلاح بكل وجه أمكن، لأجل الألفة، وحسن العشرة، والامساك بالمعروف، بينما التحكيم في ذاته فقد جرّ إليه حال الزوجين.⁽⁴⁹⁴⁾

إنّ ما تجدر الإشارة له في هذا الشأن، وهو : أن على الحكمين، وهما يسعيان للتوفيق والتسوية، ليس لهما الحق أن يمسا حقوق الأطراف، إذ يتعين عليهما أن يجتهدا ويتحققا من الاساءة، وإظهار مداها، ونطاقها في النزاع.

1. حجية التقرير في حالة الصلح بين الزوجين :

إذا توصل الحكمين للصلح بين الزوجين، فإن الصلح يكون بإرادة الزوجين، ومضمونه يحزر بمحضر، ويوقع من الطرفين، ويرفق بتقرير التحكيم، ومحضر الصلح يبقى خاضعا للصيغة العقدية، فهو يعبر عن سلطان الإرادة الواجب إحترامه من القاضي. ومن ذلك أيضا أن أثر الصلح هو إنهاء للنزاع، ويترتب على ذلك الحكم الصادر بمقتضى عقد الصلح، لكونه يُعد حكما كاشفا، وليس منشأ لأن الفصل تم بإرادة الأطراف.

وعليه لما كان الصلح له الطابع العقدي، وله أثر مباشر يتمثل في إنهاء النزاع، لذلك فإن المحكمة لا تملك أن ترفض محضر الصلح الذي تم بين الأطراف، كما لا يمكنها تعديله أو نقضه وبالتالي فإن تقرير التحكيم في حالة الصلح بين الأطراف يكون ملزما للمحكمة وله حجية مطلقة بالنسبة إليه.

2. حجية التقرير في حالة عدم الصلح بين الزوجين :

إذا لم يتوصل الى الصلح بين الطرفين (الزوج، والزوجة) فإن تقرير التحكيم يكون متضمن من حيث الموضوع معاينة الضرر، وأسبابه والتصريح بمدى مسؤولية كل زوج

(492) فقهاء المالكية ، نهاية المحتاج جـ 2 ص 271.

(493) فقهاء الأحناف المحلي لابن حزم الظاهري جـ 10 ص 239 وما بعدها.

(494) د . أحمد نصر الجندي الطلاق والتطليق وأثارها - دار الكتب القانونية ط 2004 - مصر ص 253.

في الشقاق، والضرر، ومن هو المسمى، وإقتراح حل الرابطة بين الزوجين ومن يلتزم بالتعويض.

لكون أن التقرير فيه له طبيعة إجرائية، مما إستوجب حجته على قاضي الموضوع هي نفس حجية إجراءات التحقيق، أو الأدلة عموماً، لكون أن الثابت من ضرر في تقرير التحكيم مع دليله الوارد به، لا يجوز للقاضي رفضه إلا بمسوغ قانوني، وتسبيب كافي، ذلك أن الوقائع المادية الثابتة بتقرير الحكم، لا يجوز للقاضي إستبعادها، إلا بدليل على عدم ثبوتها، وإلا اعتبر في هذه الحالة محرفاً للوقائع، أما ما تعلق بكيفية إستخلاص الأدلة من الوقائع الثابتة، بتقرير التحكيم فتبقى من صلاحيات قاضي الموضوع، فيمكنه أن يصل، أو يستخلص نتيجة لم يتوصل اليها الحكماء، أو يصل الى نتيجة مختلفة، حتى يبقى عمله في حدود الوقائع التي تم تقديرها في الدعوى، أي تلك التي تم إستخلاصها بموجب الأدلة المعتبرة قانوناً، لكون أن قاضي الموضوع له صلاحية مراقبة أعمال الحكمين في التزامها، بالمهام المحددة لهم ومراقبة الشروط الواجب توافرها فيهم أو حدوث مانع لأحدهما بعد تعيينه، كما أن القضاء بين الزوجين بموجب تقرير التحكيم يكون من صلاحيات القاضي، وله السلطة التقديرية في تقرير التفويض، أو بما يراه مناسباً لقضية الحال.

رقابة المحكمة العليا بالنسبة للتحكيم

تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون، لا محكمة موضوع، فهي لا تنظر في المسائل الواقعية مما تتطلب رقابتها على قاضي الموضوع فيما يتعلق بالتحكيم إذ تحدد حسب الطبيعة القانونية، للتحكيم وعليه فإن السؤال الذي يقتضي طرحه في هذا الصدد كالآتي :

هل التحكيم من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي، لرقابة المحكمة العليا، أم أنه من مسائل الواقع، التي تترك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ؟

إن رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع فيما يتعلق بالتحكيم، تتحدد حسب الطبيعة القانونية للتحكيم، لكون أن التحكيم هو إجراء من إجراءات التحقيق التي تقوم بها المحكمة للفصل في النزاع، شأنه شأن باقي الأدلة الخاصة بإجراءات التحقيق، وما هو معلوم في هذا الصدد، وهو أن الدليل له جانب موضوعي، أي قاعدة موضوعية تحكم الدليل نفسه، وجانب إجرائي أي قواعد إجرائية تحكم كيفية تطبيق الدليل، فكذاك التحكيم له جانب موضوعي، مما يستلزم أن هناك قاعدة موضوعية تحكم مبدأ التحكيم نفسه، وهي : قاعدة وجوب تعيين الحكمين عند انعدام الصلح، وعدم إثبات الضرر، أو

تكرار الدعوى، وهذا المبدأ تم النص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة، وإلى جانب هذه القاعدة الموضوعية، نجد قواعد إجرائية تحكم التحكيم بين هذه القواعد ووجوب أداء اليمين من طرف الحكمين، وكذلك أن يكون الحكمين من أقارب الزوجين ما أمكن، وأن يذكر في سند تعيينها المهلة اللازمة لإنجاز مهامهم.

وعليه فإنه في حالة خرق قاضي الموضوع لمبدأ التحكيم، أي أن تكون هناك دعوى ثانية مرفوعة من أحد الزوجين بموضوع التفريق للضرر، ولم يثبت الضرر للمرة الثانية كذلك، وقامت المحكمة برفض الدعوى ثانية، لعدم الإثبات، فهنا تتجلى رقابة المحكمة العليا، حيث تكون عن طريق مخالفة القانون طبقاً للمادة 233 الفقرة 05 من قانون الاجراءات المدنية.

لكون أن القاعدة الموضوعية تقضي أنه في حالة عدم إثبات الضرر للمرة الثانية، فإنه يتم تعيين الحكمين وجوباً من طرف المحكمة، وعدم قيامها بذلك يعتبر مخالفة للقانون، ومنه كذلك إذا خرقت المحكمة قواعد إجرائية في التحكيم فإن رقابة المحكمة العليا تكون عن طريق إغفال قاعدة جوهرية في الاجراءات طبقاً للمادة 233 الفقرة 02 من قانون الاجراءات المدنية، كأن تقوم المحكمة بتعيين دون تحليفهم اليمين القانونية، أو تقوم بتعيين حكمين من غير أهل الزوجين، مع وجود حكمين من الأهل تتوافر فيهم الشروط القانونية للقيام بمهمة التحكيم، أو عدم ذكر سند التعيين مهلة إنجاز تقرير التحكيم، وعموماً فإن إغفال المحكمة لاجراءات التعيين أو شروط المحكمين يعتبر إغفال قاعدة جوهرية في الاجراءات تؤدي الى نقض الحكم.

أما إذا قامت المحكمة بالتفريق للضرر اعتماداً على تقرير التحكيم، فإن ما ورد بتقرير التحكيم يعتبر من المسائل الواقعية، الذي لا يدخل تحت رقابة قضاء النقض، بل يشترط أن يكون الحكم مسبباً بحيث يجب أن يشتمل على الأسباب التي بني عليها وإلا تعرض للنقض، والأبطال، والتسبب، وهو إيراد الحجج الواقعية والقانونية التي بني عليها الحكم، والمنتجة له والتي اقنعت المحكمة بما قضت به، وحتى تقدر الأحكام ناطقة بعدالتها، وموافقتها للقانون بحيث يجب أن يذكر القاضي في أسبابها ما استخلص ثبوته من الوقائع، فحكم القاضي بالتفريق للضرر يستوجب ذكر الوقائع الثانية في تقرير التحكيم والنتائج التي توصل إليها الحكمين.⁽⁴⁹⁵⁾

وعليه فما نستخلصه أيضاً من مبدأ التحكيم في مادة الطلاق الملاحظات التالية :

(495) د. أحمد، قضاء النقض والتمييز في مواد الأحوال الشخصية في التشريعات العربية. الطبعة الأولى، مكتبة الأحمدي الكويت 2000 الجزء الثاني والثالث، ص 217 وما بعدها ج 1 ص 125 وما بعدها.

- أن التحكيم بين الزوجين، لا ينطبق عليه التعريف الإصطلاحي للتحكيم، والذي هو : اتفاق شخصين على بت النزاع عن طريق هيئة، دون اللجوء للقضاء، فالتعريف الاصطلاحي للتحكيم يظفي على التحكيم بين الزوجين الطبيعة العقدية ويخول للحكم مركزاً قانونياً، يجعله يساعد في فصل النزاع، وبما أن التحكيم بين الزوجين ليس له طابع عقدي، إذ يتم تعيينه عن طريق القضاء، مما إستلزم أن التعريف التحكيم بين الزوجين لا يتعدى التعريف اللغوي، والذي هو منع الزوجين من أن يضر أحدهما الآخر، ومنع الشقاق ورد الزوجين، إلى ما توجبه القواعد الشرعية، لنظام الأسرة مؤسساً على أن التحكيم مشتق من فعل حكم بمعنى مَنَع وَرَدَّ.

وعليه فإن التحكيم بين الزوجين من حيث تكريس العمل الإجرائي: هو إجراء من إجراءات التحقيق التي تقوم بها المحكمة في حالة حدوث الشقاق بين الزوجين، وعدم إثبات الضرر، وذلك للفصل في النزاع بحكم عادل، ذلك أن الطبيعة القانونية للتحكم هي عمل إجرائي تقوم بها المحكمة من تلقاء نفسها عن طريق التعيين، وإن كان هذا مخالفة لمذهب الإمام مالك في طبيعة التحكيم من حيث الفقه الإسلامي، لكون أن الإمام مالك في هذا الصدد، يجعل الصلح خاضعاً للتحكيم والنزاع بين الزوجين خاضعاً للقضاء .

- إنَّ المشرع لم ينص في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية وعلى إجراءات خاصة في تعيين الحكّمين بين الزوجين وشروطهم، فإذا تواجد القصور التشريعي في هذه الحالة ولا يعني هذا عدم تطبيق نص المادة 56 من تشريع الأسرة قضائياً، لكون أن الاجتهاد، والبحث عن إجراءات تطبيق النص، وتفعيله في نظرنا، تُعد مهمة شاقة تقع على عاتق القضاء، والفقه، ذلك أن أدوات الاجتهاد التي يمكن إستعمالها لتحقيق ذلك هي المبادئ العامة للقانون سيما المبادئ العامة للإجراءات لكون أنه من ناحية الصناعة القانونية، توجد قواعد قانونية بموضوعية تحكمها قواعد إجرائية عامة غير منصوص عليها، مما يتطلب وصفها بما هو معلوم بضرورة الإجراءات، مثل : وجوب إداء اليمين من الحكم المعين، ووجوب صدور سند قضائي لتعيين الحكّمين في شكل أمر من قاضي الموضوع، أو حكم تحضيري، ووجوب إخطار الحكّمين بسند التعيين الخ... كذلك يمكن استعمال إشارة النص - في إطار البحث عن إجراءات لتطبيق نص المادة 56 من قانون الأسرة - وإشارة النص هو المعنى الذي لا يتبادر فهمه من الفاظ النص ولا يقصد من سياقه، ولكنه لازم للمعنى المتبادر من ألفاظ النص أي أنه بعد فهم معنى النص نقوم بترتيب نتيجة منطقية على ذلك المعنى بطريق اللزوم العقلي، كأن نقول يستفاد من عبارة «وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين» الوارد بالمادة 56 من القانون 05 / 09 أن يبدأ سريان مهلة الشهرين إبتداء من تاريخ إخطار، أو تبليغ الحكّمين بسند التعيين لبدأ سريان مدة إنجاز مهمتهما وهي مدة الشهرين المنصوص عنها بالمادة 56 من قانون الأسرة.

وعليه فإنّ المشرع، كما أشرت سابقاً لم ينص على إجراءات تعيين الحكّمين، سواء ما تعلق الأمر بقانون 84 / 11 ، أو القانون المعدل، رقم 09 / 05 المتمم للقانون أعلاه، مما استوجب في هذا الصدد إقتراح تعديل في هذه الجزئية في ما يلي : ما تعلق بالمادة (56).

1- يجب أن يكون تعيين الحكّمين، بموجب سند قضائي مكتوب، كأن يكون أمر صادر عن قاض الموضوع، أو بموجب حكم تحضيري⁽⁴⁹⁶⁾ الذي يجب أن يشتمل على ألقاب، وأسماء الحكّمين، ودرجة قرابتهم مع الزوجين، بما فيه ذكر مهام الحكّمين، والتي هي السعي بالصلح بين الزوجين، محاولة معرفة أسباب الشقاق، وإثبات الضرر، واقترح ما يريانه مناسباً حسب الحالة التي يتوصلاً إليها، كما يشترط تمديد وتوسيع مدة التقرير.

2- يجب أداء اليمين من طرف الحكّمين أمام قاضي الموضوع، مع كتابة محضر أداء اليمين، وجعله ضمن أوراق الدعوى.

3- تبليغ النيابة العامة، بملف الدعوى وإجراءاتها.

4- إنجاز التقرير من طرف الحكّمين بعد إخطارهما بسند التعيين، من طرف المحكمة وتبليغيهما للأطراف بالحضور لمجلس التحكيم أو الانتقال إليهما، وعلى الحكّمين تسبب تقريرهما.

5- على الحكّمين الاجتهاد في الاصلاح بين الزوجين، فإن تحقق الصلح تم تدوينه في محضر وإمضاءه من طرف الزوجين، وإرفاق محضر الصلح بالتقرير.

6- إذا عجزا الحكمان عن الاصلاح، فإنهما ينجزا تقريرهما حسب طبيعة الحالة.⁽⁴⁹⁷⁾

(496) إن الحكم التحضيري، لا يعبر عن قناعة القاضي، إلا أنه تفادياً لعدم طول الإجراءات، باستثناء الحكم التمهيدي يتحتم أن يكون الحكم تحضيرياً.

(497) يقصد بطبيعة الحالات : إذا كانت الاساءة كلها من الزواج، أو من الزوجة أو مشتركة إذا جهل الحال ولم يعرف المسيء اقترحا التطلاق مثلاً وهكذا...

المبحث الثاني

قضايا الاستعجال، وطرق الطعن، وتنفيذ الأحكام لآثار الطلاق

المطلب الأول : دعاوى القضاء المستعجل في الآثار

قبل التطرق الى القضاء المستعجل في بعض آثار الطلاق، يجب تحديد مفهوم القضاء المستعجل، فكيف يعرف القضاء المستعجل في مادة الطلاق ؟

الفرع الأول : مفهومه

لقد أورد الأستاذ الدكتور الغوثي بن ملح (498) تعريفا للقضاء المستعجل في هذا الصدد بقوله : لم يرد في التشريعات تعريف للقضاء المستعجل على الخصوص حيث ذكر أن هناك تعريفات مختلفة عند الفقهاء نحصرها فيما يلي:

التعريف الأول :

يقصد بالقضاء المستعجل الفصل في المنازعات، التي يخشى عليها من فوات الوقت وإهدار الحقوق.

التعريف الثاني :

يقصد به الفصل المؤقت الذي لا يمس أصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم للطرفين، أين يراعى فيه المحافظة على الأوضاع القائمة أو احترام الحقوق الظاهرة، أو صيانة مصالح أطراف النزاع.

التعريف الثالث :

يقصد بالقضاء المستعجل، بأن يتصل بالخطر الحقيقي المحدق بالحق، والمطلوب حمايته والمحافظة عليه، والذي يلزم دوره بسرعة ألا تكون عادة في الاجراءات القضائية العادية.

وعليه فقد استطرد الأستاذ الدكتور في كتابه، من حيث التعريف، إذ أورد تعريفا للمشرع الفرنسي في المادة 484 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، أين يبين من خلاله أن التعريف مخصوص للأمر الإستعجالي، لكون أن المشرع الفرنسي قد ميز بين

(498) أ. د. الغوثي بن ملح، القضاء المستعجل وتطبيقاته في نظام القضائي الجزائري ص 6 ، 7 ، الديوان الوطني لأشغال التربوية ط 2000.

القضاء المستعجل، والأمر الاستعجال. والذي يقصد به الحكم الصادر عن قاضي الاستعجال، حيث جاء في هذا الصدد، تعريف المشرع الفرنسي ما يلي.

«الأمر الإستعجالي، هو حكم مؤقت يصدر بناء على طلب طرفي النزاع بحضور الطرف الآخر، أو بعد إستدعائه، في الحالات التي يخول القانون لقاضي لم يعرض عليه النزاع في الموضوع.

واستطرد الأستاذ الدكتور في التعريفات للقضاء المستعجل في هذا الصدد، قوله : وهو أن قاموس المصطلحات القانونية إنفرد بتعريفه للقضاء المستعجل ما يلي : «هو عبارة عن إجراءات حضورية، يمكن بمقتضاها للخصم في بعض الحالات أن يحصل من القاضي الفرد على حكم على وجه السرعة، من دون إشكال جدي أو في حالة المبرر بوجود خلاف».

وعليه فإن كل التعريفات السابقة الذكر لم تعرف القضاء المستعجل على وجه خصوصه كما ذكر أستاذنا الدكتور «الغوثي بن ملح» في مرجعه الأكاديمي، إلا أن ما تستوجب الإشارة له في هذا الصدد وهو أن المشرع الجزائري كبقية المشرعين في الكثير من دول العالم لم يعرف القضاء المستعجل، إلا أن أغلب الفقه يرى أن القضاء المستعجل عمل قضائي⁽⁴⁹⁹⁾ الغرض منه الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت فصلا مؤقتا لا يمس بأصل الحق لكون أن عنصر الإستعجال فيه يبقى معياراً موضوعياً لتحديد مناه. إختصاص القضاء المستعجل، باعتباره أكثر الاجراءات القضائية أهمية في حفظ الحقوق، وحمايتها مما يتطلب أن يلجأ إليه لتفادي الأخطار المحدقة، أو تجنب الأضرار التي يمكن أن تلحق بحقوق المتقاضين.

الفرع الثاني : التدابير المؤقتة

إنه بموجب المادة 57 مكرر من القانون 05/09 والتي مفادها ما يلي : يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة، و لا سيما ما تعلق منها بالنفقة، و الحضانة، و الزيارة، و المسكن.

وعليه فإن ما ينبغي ملاحظته في هذا الصدد، وهو : أن التدابير الاستعجالية، والقضاء المستعجل في مادة الأحوال شخصية، منصوص عليها في المادة 172 وما بعدها والمادة 183 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية، ذلك لكون أن التدابير

(499) الندوة الوطنية للقضاء الاستعجال - مديرية الشؤون الدينية 1995، وزارة العدل أيام الندوة كانت بزرالدة يومي 20 ، 21 ديسمبر 1993.

الاستعجالية التي يمكن أن يطلبها الزوج، أو الزوجة، أو أحد أقاربها، تنحصر غالباً، وبصفة عامة في مادة الحضانة، وربما أيضاً بأسباب الطلاق عندما تطلبه الزوجة وفقاً لأحكام المادة 53 من قانون 11 / 84، امعدل و المتمم منه لأو عند النزاع حول متاع البيت. وعليه فقد أشار أستاذنا الدكتور الغوثي بن ملحّة في هذا الصدد⁽⁵⁰⁰⁾ : أن الحالة الواردة في نص المادة 56 من قانون الأسرة تقتضي اللجوء إلى القاضي الأمور المستعجلة، والتي هي : تشتد النزاع بين الزوجين، ولم يثبت الضرر تعيين حكّمين من طرف قاضي الاستعجال.

إنّ ما يجب استنطاقه، واستقراءه، في هذا الصدد، وهو : ينبغي عدم الخلط بين المسائل المستعجلة، التي تتطلب تدخل القضاء المستعجل للبت فيها، وبين المسائل التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة، والتي تبقى من إختصاص قضاء الموضوع للفصل فيها بسرعة.

ومن ذلك أيضاً، أن دعاوى القضاء المستعجل في مجال الطلاق، أو بأي أثر من آثاره، تنحصر في الغالب الأهم في مسألتين هامتين، هما **مسألة الحضانة، ومسألة النفقة والسكن** في بعض الحالات فإذا وقع خصام بين الزوجين وطال مداه وإستعصى حله، ولم تفلح معه محاولات الأهل والأصدقاء، وتعرض الأطفال الى الضياع، أو الإهمال، أو تعرضوا إلى الجوع، والاملاق، والاحتياج فإنه يجوز للأصح من الزوجين أو غيرهما أن يلجأ إلى المحكمة فوراً، ويرفع دعوى مستعجلة ليطلب من رئيس المحكمة بصفته قاضي الأمور المستعجلة، أن يحكم بإسناد حضانة الأولاد إليه بصفة مؤقتة ريثما تفصل المحكمة في موضوع النزاع بين الزوجين، المتنازعين وتقرر إسناد حق الحضانة الى من ترى توفر مصلحة الأولاد لديه بصفة نهائية، أو ليطلب الحكم على أيهم بأن يخصص لكل واحد منهم نفقة مؤقتة تسلم لمن يوجد الأولاد في رعايته، وذلك ريثما ينتهي النزاع، ويحسم الخصام بين والديهم، ويصدر حكم في الموضوع يحدد ما يجب لنفقتهم، ويعين ما تجب عليه هذه النفقة.

الفرع الثالث : شروط رفع دعوى الإستعجال

لقد حسمت المادة 459 من قانون إجراءات المدنية لهذا الموضوع، في ما يلي :
لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء، ما لم يكن حائزاً لصفة، وأهلية التقاضي، وله مصلحة في ذلك، وعليه فإنه يشترط لقبول رفع الدعوى الاستعجالية، ما يشترط

(500)أ.د. الغوثي بن ملحّة المرجع السابق ص 62، 63.

لرفع الدعوى العادية، من صفة، وأهلية، ومصلحة، شخصية ومباشرة، فلا ترفع الدعوى من شخص لم يثبت له صفة في رفعها، كما لا ترفع عليه إذا لم يكن له شأن فيها.

ويقدر القاضي وجود هذه الصفة مؤقتا، دون أن يكون له الاختصاص بتقرير وجودها إذ كانت محل نزاع جديد، فتقريرها يتم بالقدر الذي تتطلبه طبيعة الدعوى الإستعجالية، فلا يملك قاضي الأمور المستعجلة البث بشكل قطعي في وجود الصفة أو عدمها، غير أن الأهلية التامة للتقاضي، لا تشترط لقبول رفع الدعوى الإستعجالية، لكون أن اعتبار الخطر هو من الأمور التي يتطلبها سرعة الإستعجال واللجوء إلى قضاء الإستعجالي .

الفرع الرابع : حجية الأوامر الصادرة عن القضاء الإستعجالي.

إن القواعد المتبعة في صدور الأوامر الإستعجالية،⁽⁵⁰¹⁾ يتبع في صدورها نفس القواعد والأصول اللازمة لصحة الأحكام الفاصلة في الموضوع، فالأوامر تصدر في جلسة علانية، ويتصدرها إسم الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وتصدر باسم الشعب وتذكر فيها أسماء، وعناوين الأطراف، وصفاتهم وبيانات موجز بالوقائع، والأسانيد، وتعلل وتؤرخ، ويوقع عليها من القاضي وال كاتب، ولو أنه لا يشترط في منطوقها التنويه بصفة حضورية، أو غيابية، ما دامت معتبرة حضورية لا تقبل المعارضة، ولا الاعتراض على النفاذ المعجل طبقا لما تنص عليه المادة 188 من قانون الاجراءات المدنية، وهي بطبيعتها معجلة النفاذ بكفالة، أو بدونها، وباعتبارها صادرة من سلطة قضائية، مما استوجب أن تكتسب حجية مؤقتة فيما فصلت فيه، لكون أنه يجوز العدول عنها، بقدر زوال الأسباب الداعية الى صدورها، فأمر القاضي بنفقة مؤقتة تكون له حجيته، ما دامت الأسباب التي دعت إلى صدوره قائمة، فيمكن للأطراف المعنية به إستصدار أمر آخر بانتهائه عند الاقتضاء.

الفرع الخامس : اختصاصات قاضي الأمور المستعجلة

إن ما تستدعي الإشارة له في هذا الصدد وهو : طرح السؤال التالي : ما مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، في المسائل التي يحكمها قانون الأسرة ؟ لقد أشار في هذا الصدد الأستاذ الدكتور «الغوثي بن ملحة» في كتابه القضاء المستعجل⁽⁵⁰²⁾

(501) الأستاذ المرحوم محمد بلحبيب قاضي سابق «محاضرة في إطار الندوة الجهوية للقضاء، المدني تلمسان أيام 23 ، 24 ، 25 ، أفريل سنة 1991 منظمة من لدن وزارة العدل، مجلس قضاء تلمسان.

(502) أ . د . الغوثي بن ملحة . القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري ص 62 ، 63 ط 1 الديوان الوطني للأشغال التربوية من سنة 2000.

وتطبيقاته، في المبحث الثالث، تحت فصل المسائل التي يختص بها قاضي الأمور المستعجلة بمقتضى نصوص خاصة قائلًا).

يتضمن قانون الأسرة حالات قد تدعى الى اللجوء الى القاضي الأمور المستعجلة، نظراً لتوافر فيها لعنصر الإستعجال، أو الخطر المحدق على الخصوص، لكنه لم يرد في التشريع الجزائري نصوص تقتضي الحكم عن طريق إجراءات القضاء المستعجل في بعض المسائل قد يتصور فيها تدخل قاضي الإستعجال. وقد مثل الأستاذ أعلاه في هذه الجزئية من البحث لحالة واردة في نص المادة 56 من قانون الأسرة قائلًا ما يلي : «يجب في هذه الحالة، وعندما يشتد النزاع بين الزوجين، ولم يثبت الضرر تعيين حكيمين من طرف قاضي الإستعجال» وإستطرد الأستاذ أيضاً، في نفس المجال حيث مثل لذلك أيضاً، لحالة أخرى، والتي تتمثل في المنازعات التي تنشأ من أجل ممارسة حق الحضانة، لكون أنها من آثار الطلاق، ذلك أن قاضي الاستعجال في هذه الحالة يحكم باسناد الحضانة ، ولم يحكم بحق الزيارة لسبب ما .ففي هذه الحالة يجوز لمن يتمتع بنفس الحق، أن يرفع دعوى أمام قاضي الاستعجال، بطلب منحه حق زيارة المحضون وبتنظيمها.

حيث جاء في نص الفقرة من كتابه ما يلي : يحكم القاضي باسناد الحضانة، ولم يحكم بحق الزيارة، لسبب ما، فيجوز ممن يتمتع بنفس الحق، أن يرفع دعوى أمام قاضي الاستعجال، بطلب منحه حق زيارة المحضون...إلى أن يقول ومن جهة أخرى فالذي أسندت اليه الحضانة أخيراً، فله أن يلجأ إلى القضاء المستعجل.

وعليه فإنّ ما نستنتجه في هذا الصدد، وهو :أنه لما كانت الدعاوى المتعلقة بالطلاق، أو بأي أثر من أثارهما تنحصر في الغالب الأعم في مسألتين هامتين هما مسألة الحضانة، ومسألة النفقة، باعتبارهما من الآثار المادية الناتجة عن الطلاق للمطلقة لذلك فإذا وقع خصام بين الزوجين، وطال مداه، واستعصى حله، وتعرض الأطفال الى الضياع، والاهمال، أو إلى الجوع، والاحتياج، فإنه يجوز للأصلح من الزوجين، أو غيرهما أن يلجأ إلى المحكمة فوراً، ويرفع دعوى مستعجلة، ليطلب من رئيس المحكمة بصفته قاضي الأمور المستعجلة أن يحكم باسناد حضانة الأولاد إليه بصفة مؤقتة، في إنتظار قضاء الموضوع في الفصل في موضوع النزاع بين الزوجين المتنازعين، ويقرر إسناد حق الحضانة، الى من ترى توفر مصلحة الأولاد لديه، بصفة نهائية، أو ليطلب الحكم على أبيهم، فإنه يخصص لكل واحد منهم نفقة مؤقتة، تسلم لمن يوجد الأولاد في رعايته، وذلك ريثما ينتهي النزاع، ويحسم الخصام بين والديهم، ويصدر حكم في الموضوع، يحدد ما يجب لنفقتهم، ويعين على من تجب عليه هذه النفقة.

وعليه فإن هذا ما استقر على رأيه الأستاذ الغوثي بن ملحّة في الكتاب المذكور أعلاه» ذلك أنه في نظري أن الحضانة، والنفقة، باعتبارهما من الآثار الناجمة عن الطلاق، فقد يستدعي الإهمال، والضياع في الحضانة، والجوع، والاحتياج في النفقة، لكونهما من الأمور والمسائل التي تستوجب سرعة البث فيها، قصد حماية الحق حماية مؤقتة عاجلة في إنتظار الفصل في موضوع النزاع، ولكونهما أيضا مسائل فيها الخطر المحدق مما تطلب دفع هذا بصفة عاجلة، ولكون أن القضاء المستعجلة وسيلة قانونية مؤقتة تستوجب في الإنتظار البث النهائي، وذلك لكون أن العلاج المؤقت لهذه المسائل، لا ينبغي له أن يمس صميم الحق، وهذا ما أكدته المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية، والتي تشير أيضا أن شرط الاستعجال أساسي يجيز الالتجاء إلى القضاء المستعجل وعليه فلا بد من توفر وجه الاستعجال في أية دعوى إستعجالية، والأتعين على القاضي الأمر بعدم الإختصاص تلقائيا، فمدى إختصاص قاضي الأمور المستعجلة، في المسائل المذكورة أعلاه ضروري جدا، لكون أن الأوامر، التي تصدر منه تصاغ عادة بعبارات، واضحة موجزة، بعد تمحيص وقائع الإستعجالية، من جانبي الواقع، والقانون، وعلى ضوء عناصر الإستعجال، التي تتوفر عليها الدعوى.

وعليه فإننا نشاطر الأستاذ الغوثي بن ملحّة في ذكره الإختصاص لقاضي الأمور المستعجلة في المسائل التي تتعلق بحالة الأسرة، لكونها مسائل تتطلب الحيلة والحذر وإتخاذ التدابير العلاجية المؤقتة، والتي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة والتي تبقى من إختصاص قضاء الموضوع للفصل فيها بسرعة، خاصة في المسائل المذكور أعلاه على سبيل المثال، ولأنها مصير وحالات أشخاص، ومنه أيضا ما ينبغي ملاحظته على وجه الخصوص ما تعلق بقضاء الاستعجال، في مجال دعاوى الطلاق، أن التدابير الاستعجالية التي يمكن أن يطلبها الزوج أو الزوجة أو أحد أقاربهما تنحصر غالبا وبصفة عامة كما أشارنا إليه في ما يتعلق بالحضانة، وربما أيضا بأسباب التطليق، عند ما تطلبه الزوجة، وفقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعند النزاع حول المتاع، وفي هذه الحالة يمكن لأحد الزوجين، أن يطلب من رئيس المحكمة أن يأمر باثبات ومعاينة ما، بمنزل الزوجية من متاع، أو أثاث، وذلك وفقا للقواعد، والأحكام المنصوص عليها في المادة 172، 173 من قانون الإجراءات المدنية.

وعليه يتبين لنا من خلال إستقراءنا للقضاء المستعجل، فإن مادة الطلاق، لا تدخل في إختصاصات القضاء المستعجل، باعتبار أن حكم الطلاق يتعلق بالموضوع مباشرة، ولكون أن آثاره خطيرة، قد يترتب عنها ضياع للحقوق مما استوجب الدفع بها أمام

القضاء الإستعجالي، من حيث الآثار وهذا ما أكدته المادة 57 مكرر في القانون 05/09 أنه يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة ما تعلق بالتدابير المؤقتة.

المطلب الثاني :

طرق الطعن في الحكم بالطلاق

لماذا الطعن في الحكم القضائي للطلاق ؟

إنه لما كانت طرق الطعن في أحكام القضاء، من الوسائل التي أقرها المشرع لحماية حقوق المتقاضين، وهذا بتمكينهم من التظلم في مختلف الأحكام القضائية، عن طريق الطعن فيها، إما أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، أو أمام جهة قضائية أخرى تعلقو الجهة التي أصدرت الحكم، مما رتب عن هذا إختلاف الإجراءات، والشروط المتبعة في طرق الطعن العادية عنها، في طرق الطعن غير العادية.

وعليه فإنّ ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، وهو: أن الأخذ بنظام طرق الطعن غير العادية، قد تشددت فيه مختلف التشريعات، وهذا حتى لا يكون هناك تعسف، من طرف المتقاضين، وفي عرقلة العمل القضائي، ويمنع من تكرار المنازعات أمام القضاء، إذا كانت هناك وحدة في الأطراف والموضوع، ولذلك فإن الأصل هو جوازية الطعن، في مختلف أحكام القضاء باتباع طرق استوجب فيها المشرع، توفر حالات، وشروط معينة، ولكون أيضا أن حالات صلاحيات القاضي، في حالة طرق الطعن العادية تكون أوسع من تلك التي يتمتع بها في حالة طرق الطعن غير العادية، وعليه فالسؤال الذي يستوجب الطرح في هذا الصدد، وهو: **ما المقصود بالطعن في الحكم ؟**

يقصد بالطعن في الحكم، التظلم منه، يُرفع ممن صدر عليه، وإذا كان كذلك فقد حدد المشرع، في قانون الإجراءات المدنية، أحكاما عامة بالنسبة للطعن في الأحكام وردت في البابين الخامس، والسادس، من القانون أعلاه، إبتداءً من المواد (98 إلى 109)، حيث أن هذه الأحكام تتعلق بطرق الطعن العادية (كالمعارضة والاستئناف)، ذلك أن هذه الطرق، تخضع لقواعد عامة من حيث مواعيد الطعن فيها، حددت بمواد إجرائية مضبوطة، أما ما تعلق بطرق الطعن غير العادية، فيقصد بها **الطعن بالنقض**، لكون أن الطعن بالنقض، هو: الطريق الثاني من طرق الطعن غير العادية، في الأحكام، والقرارات النهائية الصادرة عن المحاكم، والمجالس القضائية، لأن هذا الأخير لا يكون مقبولا إلا إذا كان مؤسسا، على إحدى الحالات المنصوص عليها حصراً في قانون الإجراءات المدنية.

وعليه فقد أورد المشرع، النص على الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، بموجب المواد من 231 إلى 251 من قانون الإجراءات المدنية، حيث حدد أوجه الطعن بالنقض والتي تنحصر في ما يلي : عدم الاختصاص، أو تجاوز السلطة، مخالفة أو اغفال قاعدة جوهريّة في الإجراءات، انعدام الأساس القانوني للحكم، انعدام أو قصور، أو تناقض الأسباب، مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الداخلي، أو قانون أجنبي، متعلق بالأحوال الشخصية يناقض الأحكام النهائية الصادرة من محاكم مختلفة، ومن أيضا فقد أعتبر في هذا الصدد، التماس إعادة النظر من طرق الطعن غير العادية، أي أن اللجوء إليه لا يكون إلا بصفة إستثنائية، وفي حالات محددة حصرا بنص القانون، لكون أن الملتمس في دعوى الإلتماس عليه أن يؤسس دعواه على إحدى هذه الحالات، وإلا رُفُضت دعواه .وعليه فإنه من الملاحظ في هذا الصدد، وهو : أن المشرع أورد التماس إعادة النظر كطريقة طعن غير عادية في المواد من (194 إلى 200) من قانون الإجراءات المدنية وهذا من حيث الوجوه التالية :

* الأحكام والقرارات، التي يجوز الطعن فيها بالالتماس، حيث أنه بموجب المادة 194 فإن الأحكام⁽⁵⁰³⁾ الصادرة من المحاكم، أو المجالس، التي لا تكون قابلة للطعن فيها بطريقة المعارضة، أو الاستئناف، يجوز التماس إعادة النظر من جانب من كان طرفاً فيها، إلا أن الإجتهد القضائي للمحكمة العليا، قد إستقر في هذه المسألة حيث أعتبر الأحكام القابلة للإستئناف :هي التي تصدر بصيغة نهائية.

إنّ ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد، وهو :أن المشرع المصري كان أكثر دقة في تحديده لقواعد الالتماس لإعادة النظر، حيث نص في المادة 241 من قانون المرافعات ما يلي :

(503) لقد ذهب في المسألة المذكور في الفقرة أعلاه إتجاهين في الرأي، الاتجاه الأول :«يرى أن المفهوم الذي قصده المشرع من خلال هذا النص هو الاحكام والقرارات التي تصدرها المحاكم أو المجالس القضائية بصفة نهائية، ومن تستبعد الأحكام والقرارات الإبتدائية والتمهيدية».

الإتجاه الثاني : «ويرى أن جميع الأحكام والقرارات تكون قابلة للطعن فيها عن طريق التماس إعادة النظر متى كانت هذه الأحكام والقرارات غير قابلة للمعارضة أو الاستئناف أو انقضت فيها الآجال المحددة للطعن بالمعارضة أو الاستئناف».

إذن فالمستقر عليه رأياً هو ما ذهب إليه الإجتهد القضائي من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ القائل بأن الأحكام القابلة للإلتماس هي التي تصدر بصيغة نهائية وهي بهذا توافق الرأي الأول .المؤيد للمفهوم الذي قصده المشرع وهو أن الأحكام والقرارات التي تصدرها المحاكم والمجالس القضائية بصفة نهائية يجوز التماس إعادة النظر فيها باعتباره من طرق الطعن غير العادية.

أن الأحكام القابلة للإلتماس، هي الأحكام الصادرة بصفة نهائية، وبالتالي فإن الأحكام الابتدائية تكون غير قابلة للإلتماس، حتى ولو انقضت فيها مواعيد المعارضة والاستئناف.⁽⁵⁰⁴⁾

لماذا الطلاق غير قابل للإستئناف ؟

أولاً : إنه لما كان الطلاق مصدره الحق الإرادي، لكون أن المصدر فيه، هو السبب المنشئ لهذا الحق، فكان لزاماً على الزوج، بقوة الشرع، والقانون، الحق في الطلاق فصاحب الحق له أن يستعمله في أي وقت يريد، ومتى شاء، بمجرد ما يحس بالحاجة إلى التغيير فيلجأ إلى إستعماله بمحض إرادته المنفردة دون تعسف.

ثانياً : لقد أكدّ ووضّح المشرع في المادة 57 من قانون الأسرة في هذا الصدد، وهو: أن الطلاق غير قابل للإستئناف، ادراكاً منه على العمل على مبدأ عدم إطالة الإجراءات في هذا النوع من النزاعات المخصوصة، لغرض إستقرار العلاقات الأسرية، مما جعله يستغني على درجة من درجات التقاضي، فمن غير المنطق المعقول، أن يطلق الرجل زوجته مستعملاً في ذلك حقه، في الإمساك بالعصمة الزوجية، مع ذلك يستأنف الحكم، رغم أن الرجل متمسك بحقه في فك العصمة.

ثالثاً : إن الطعن بالإستئناف، في هذه الحالة المذكورة أعلاه لا يغير من الأمر شيئاً، ما دام الرجل مُصر على الطلاق، إنما هو تطويل للإجراءات، ومضيعة للوقت، مما يرتب عنه تأثير على نفسية الزوجين، ونفسية الأبناء، وعليه فإنه لا فائدة مرجوة من إستئناف الحكم ما تعلق بمادة الطلاق.

وعليه فإن المشرع، في المادة 57 قد توخى حلاً، لا يثير صعوبات جمة، أو إشكالات، خاصة إذ كان الطلاق بالتراضي، أو بارادة الزوج المنفردة، بينما يطرح إشكالات جدلاً، لو كان الطلاق للضرر ففي هذه الحالة يكون من الأحسن أن يطرح الموضوع لدى المحاكم بمختلف دراجاتها، وبناء على ذلك فالمشرع من شأنه أن يُحرم المتقاضين من درجة من درجات القضاء، لأنه كان يعي أن نوعية النزاع في مجال الأحوال الشخصية ما تعلق بمادة الطلاق، تتميز بخصوصية، لكونها متعلقة بنزاع الأسرة، وما بينها من علاقات رتبت أحكامها وأثارها أصول شرعية، من قرآن، وسنة، وإجماع فقهاء المسلمين، ومنه أيضاً تحقيقاً لاستقرارها، وحمايتها من أي تصدع، أو تفكك، أو اضطراب، ومنه أيضاً أن المشرع كان ينظر لهذا النوع من قضايا الأحوال الشخصية، أن للمحاكم دوراً في مجال

(504) د. أحمد أبو الوفا نظرية الأحكام، في قانون المرافعات ط 4 ص 41 وما بعدها . منشأة المعارف بالإسكندرية، د.نبيل إسماعيل عمر، منشأة المعارف الإسكندرية ص 68 وما بعدها طبعة 1980.

الإجتهاد بالنسبة لمبدأ الطلاق، ومنه أيضا عدم تمكين المتقاضي من الاستئناف، من شأنه أن يحول دون إمكانية تلاقي بعض الإخلال القانونية التي قد تقتربها المحكمة الابتدائية، مثل كأن تحكم بالطلاق دون إجراء جلسة الصلح، أو دون أن يكون تكليف بالحضور، قد بلغ للمدعي بصورة غير قانونية، وغيرها من الإخلالات .

وعليه فإن ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد، وهو : أن المادة 57 أكدت على أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، لكون أن هذه الصياغة لم تشير إلى التطلق، رغما للإختلاف الجوهرى من حيث التعبير عن الإرادة، وصاحبها، فهو يختلف عن الطلاق، كون أن التطلق يقضى به القاضي بموجب إثبات وقائع مادية منها: الضرر، وعدم الانفاق، الحكم بعقوبة، كما ورد في ذلك في المادة 53 من قانون الأسرة.

وعليه فإن التطلق من حيث الحكم، فإنه قابل للاستئناف، ذلك لكون أن دور القاضي في مسأله، لا يقتصر على إثبات إرادة الزوج، بقدر ما هو تفحص لملف موضوع النزاع، وتأكد من توافر سبب من الأسباب المذكورة في صلب المادة 53 من تشريع الأسرة، مما يتطلب الأمر بضرورة الإجراء أن تعرض القضية إلى قضاة الدرجة الثانية، ومنه أيضا، ما تتطلب الإشارة له في هذه الحالة، وهو : أن هناك قراراً أصدرته المحكمة العليا مفاده إذا كانت أحكام الطلاق، لا تقبل الاستئناف، طبقاً للمادة 57 من قانون الأسرة إلا أن ذلك لا يمنع أن المجلس يصدر قراره بالتطلق، ولكن بشرط أن لا يكون الحكم المستأنف قد قضى بالطلاق، بل إذا ضمت الزوجة طلب التطلق أمام المجلس أثناء الاستئناف، وإذا تبين المجلس توافر حالة من الحالات المذكورة في المادة 53 يقضى بالتطلق⁽⁵⁰⁵⁾، وعليه فقد قررت المحكمة العليا في هذا الشأن ما يلي :

من العبث أن يستأنف الطلاق أمام المجلس، ما دام الزوج طلبه، وهو مُصر عليه غير أنه يمكن المطالبة بتوابع فك العصمة أمام الجهة الاستئنافية، وهذا القول كما ينطبق على الاستئناف، فهو ينطبق لا محالة على الطعن بالنقض.⁽⁵⁰⁶⁾

ومنه أيضا ما تجدر الإشارة إليه أنه لا يجوز تعديل وصف الحكم، أمام المجلس، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي : من المقرر قانوناً أن الأحكام بالطلاق، غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، ومن ثم فإن القضاء، بما يخالف هذا المبدأ، يُعد مخالفاً للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم، والقاضي بالطلاق للخلع، إلى الطلاق بتنظيم الزوج، قد تطرقوا إلى

(505) قرار المحكمة العليا المؤرخ في 27/04/1993 ملف رقم 896345 المجلة عدد 01، 1994.

(506) قرار المحكمة العليا المؤرخ في 19/03/1990 المجلة ج 04 ص 221.

موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته، إلا في جوانبه المادية، مخالفين بذلك القانون،⁽⁵⁰⁷⁾ وعليه لما كانت الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف، ما عدا في جوانبها المادية، تنفيذاً لنص المادة 57 باعتبارها نصاً إجرائياً، فإننا نعتقد في هذه الحالة، استناداً إلى ظاهر نص المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية، أن حكم الطلاق لا يقبل الطعن بالنقض أيضاً، وهذا تطبيقاً للمادة أعلاه التي حصرت إختصاص المحكمة العليا بالفصل في الطعن بالنقض ضد الأحكام النهائية، الصادرة عن المجالس القضائية، والمحاكم بجميع أنواعها.

ذلك أن حصر الأحكام الصادرة بالطلاق، والتي لا تقبل أي طريق من طرق الطعن في حالة واحدة، يتماشى مع القواعد العامة، حيث أننا أمام حالة خروج عنها⁽⁵⁰⁸⁾ والخروج عن القواعد العامة لا يتأتى إلا على سبيل الإستثناء، والحصر.

وعليه فإن الاستثناء الوارد في صلب المادة 57 نرى أنه لا مبرر له، إذ أن الأصل الثابت في هذه الحالة أن طلب الطلاق، لا يخضع أساساً للإستثناء، أما باقي الجوانب المادية الأخرى: كالنفقة، والمسكن، والأمتعة... أو غير مادية: «كالنسب، والزيارة هذه الأخيرة تبقى خاضعة للقواعد العامة.

ومنه أيضاً ما تجدر الإشارة له، في هذا الصدد، من خلال إستقرائي، لنص المادة 57 من القانون أعلاه⁽⁵⁰⁹⁾، وهو أن حكم الطلاق لم ينص القانون على أنه يصدر نهائياً، مما يجعل الحكم القاضي بالطلاق، بين الزوجين، حكماً غير قابل للطعن، لا بطريقة الإستئناف، ولا بطريقة النقض، بصرف النظر عن كونه حكماً صادراً من الجهة، أو بناءً على طلب الزوج، أو بناءً على طلب الزوجة ورغبتها. وعليه فإننا نرى من خلال إستنطاقنا للمادة أعلاه قد جاءت صياغتها غامضة، ومثقلة المعنى، والمصوغ، مما فتحت مجالاً، لتأويلات عدة، ومن المستحسن تعديلها، نزولاً عند الاعتبارات التالية:

* حتى نميز إجرائياً بين الإستئناف، والطعن بالنقض في هذه المسألة.

* إظهار الفارق الموجود بين الطلاق والتطليق.

* الإستقرار على الأصل من حيث الإجراء، على إبقاء الطلبات، أو الجوانب المادية خاضعة للقواعد العامة.

(507) قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/03/20 ملف رقم 72858 المجلة عدد 01، 1993.
(508) د. كمال صالح البنا، محامي نقض، / إجراءات الاستئناف، والنقض في أحكام الطلاق، والتطليق، مقال منشور / في مجلة الحق / العدد 03. من السنة الثالثة - ديسمبر 1985 ص 174 وما بعدها.
(509) الأستاذ، عبد العزيز سعد - مرجع سابق.

* الأصل في طلب الطلاق أنه لا يخضع أساسا للإستثناء.

وعليه نقترح التعديل للمادة أعلاه بشكل الصياغة التالية:

الحكم بالطلاق بناء على إرادة الزوج، غير قابل لأي طريق من طرف الطعن، أما الأحكام بالتطليق، تطبيقا لمسببات نص المادة 53، فهي قابلة للجميع طرق الطعن العادية، وغير العادية»، وعليه فإن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، وهو: أن القانون الأسرة المعدل، أمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 / 02 / 2005 كانت صياغته للمادة 57 صياغة مثقلة المعنى والمصوغ أيضا، وإن كانت المادة 57 مكرر أجازت للقاضي الفصل على وجه الاستعجال ما تعلق بالتدابير المؤقتة ومنه ما جاء في القانون المعدل والمتمم 05/09 المادة 57 ما تعلق بالأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق حيث جاء في صلبها ما يلي: تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف.

إن حكم الطلاق، شأنه شأن الأحكام الأخرى يقتضي شروطا يجب أن يتضمنها الحكم، والألا كان عرضة للطعن بالنقض، فالحكم في هذا الصدد يجب أن يتضمن عبارة النظام العام، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري، حيث أن الأمر يتعلق بسيادة الدولة من جهة، وبالرقابة الشعبية للأحكام من جهة أخرى، كما يجب أن يتضمن الحكم تشكيلة المحكمة، إسم القاضي الذي ترأس الجلسة، وإسم كاتب الضبط الذي حضر الجلسة، وكذلك أسماء الأطراف، وعناوينهم، وصفاتهم، وعليه فإن الحكم من حيث مشتملاته في هذه الحالة فإنه ينقسم إلى أربعة أقسام وهي:

أ- الديباجة، ب- بيان الوقائع ج- حيثيات المحكمة أي التسييب، ويتضمن هذا الأخير الرد على جميع الطلبات، والدفع، ويتعين الرد على الدفع الشكلية، قبل الرد على أي طلب آخر، د- منطوق الحكم الذي يقتضى أن يكون نتيجة منطقية، للحيثيات.

وعليه فإن الحكم الذي يصدر في مسائل الطلاق، عادة ما ينقسم إلى قسمين، قسم خاص بالطلاق، مع بيان أسماء المطلقين، في منطوق الحكم، ومع الأمر بتسجيل الطلاق على عقدي ميلادهما، وكذلك على عقد زواجهما بالحالة المدنية، ويكون ذلك طبعا في السجلات المخصصة لذلك، على مستوى البلدية، وفقا لما يقتضيه قانون الحالة المدنية، أما القسم الثاني فهو خاص بالجوانب المادية، المرتبطة بالطلاق.⁽⁵¹⁰⁾

(510) رسالة ما جستير، بعنوان / الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، نعيمة تيبودوش، تحت إشراف الأستاذ الدكتور صبحي عراب تحت رقم /ذ/ 2002 / 5 نوقضت الموسم الجامعي 2001 / 2000 بكلية الحقوق فرع العقود المسؤولية.

ومنه أيضا لا يكون الحكم الصادر صحيحا، وقانونيا، إلا إذا كان مؤرخا، وموقعا، من القاضي، والكاتب، فإن تعذر على القاضي إمضاءه، لحصول مانع له، كالوفاة، وعليه فإن رئيس المجلس القضائي، التابعة له المحكمة، التي أصدرت الحكم فإنه في هذه الحالة، يصدر أمراً بتعيين قاض آخر لامضائه، أما إذا كان الكاتب هو الذي حصل له مانع، حال دون توقيع الحكم، فإن رئيس كُتَّاب الضبط، هو الذي يقوم بإمضاءه.

وعليه إنَّه لمَّا كان الطلاق لا يثبت إلاَّ بحكم قضائي، طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة، فإنه لا يحدث إذن إلاَّ بموجب عمل قانوني، يصدر عن القاضي، ويكون عندئذ عملاً قضائياً، يهدف إلى إعادة الفعالية للقاعدة القانونية فيترتب عليه حسم النزاع.⁽⁵¹¹⁾

إنما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، وهو :أنَّ هناك دراسات مختصة،⁽⁵¹²⁾ ذهبت إلى اعتبار إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق، عن طريق حكم قضائي، يُعد عملاً ولائياً، ويتم في إطار الوظيفة الولائية، وعليه فإن ظهور مثل هذه الآراء، والاتجاهات، في عمل إجرائي أين يخضع فيه إلى الدقة، والتأسيس، بدفوع موضوعية، لطبيعة هذا النزاع، في هذا النوع من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، يستوجب منّا إثارة جدل ونقاش فقهي وإجرائي تتطلبه نطاق مادة الطلاق.

وعليه فالتساؤل الجدير بالطرح في هذا الصدد، وهو : هل يمكن اعتبار طرق الطعن في الحكم بالطلاق، من حيث طبيعته من الأعمال القضائية، أم من الأعمال الولائية ؟

إنَّه قبل الإجابة على هذا السؤال الاستفهامي الدقيق، لابد من معرفة مبدأ جوهرية في مسألة الطلاق وهي : أن الثابت في مسألة الطلاق، أنه من التصرفات الإرادية الانفرادية، التي يملكها الزوج، لكون أن الأصل في استعمال الحق الارادي، أن يكون من تعبير إرادة صاحبها وهذا طبقا لما جاء به المشرع في المادة 48 من قانون الأسرة :يتم حل عقد بإرادة الزوج .⁽⁵¹³⁾

وعليه فإن الحكم الصادر بالطلاق كما أشارت إليه بناء على إرادة الزوج المنفردة، في جعل حد للحياة الزوجية، فليس لقضاة الموضوع، عند ثبوته الا الإشهادة به، والتصريح به، دون البحث هل هذه الوقائع، التي إدعاها المطلق مؤسسة أو غير مؤسسة.⁽⁵¹⁴⁾

(511) نفس المرجع أعلاه ص 215 وما بعدها. ...

(512) الأستاذ عمر زودة، رسالة ماجستير، حنفية الأحكام بإنهاء الزوجية وأمر الطفر فيها.

(513) د. فتحي حسن مصطفى، دعاوى الطلاق والطاعة، منشأة المعارف بالإسكندرية ط 2 . ص 142.

(514) قرار صادر من المحكمة العليا بتاريخ 27/03/1968 م أج طلب 2 ن س 1968 . ص 106.

وعليه فإذا كان الطلاق من حيث كونه تصرف إرادي، ولا يثبت إلاّ بحكم قضائي فإن ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد، وهو : أن هناك أعمالاً قانونية يترتب عليها إنهاء العلاقة الزوجية، وتبعاً لذلك يجب أن تكون الأعمال التي يطعن فيها بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية، أن تكون من طبيعة الأعمال القضائية، إلاّ أن إتجاه آخر انفرد برأي في هذه المسألة بقوله : ⁽⁵¹⁵⁾ إن الحكم الصادر بالطلاق بناء على إرادة الزوج، لا يعد من الأعمال القضائية، بل هو من طبيعة الأعمال الولائية، وإن صدر في شكل العمل القضائي، لكون أن القاضي عندما يعرض عليه طلب الطلاق فهو لا يواجه فيه نزاعاً قائماً بين الزوجين، وإنما يواجه فيه قصور الإرادة، وتستطرد الدراسة المتخصصة أعلاه قولها : ⁽⁵¹⁶⁾ إن الطلاق لا يحدث إلاّ بموجب عمل قانوني يصدر عن القاضي، وقد يكون عملاً قضائياً كما يكون عملاً ولائياً، إذا كان يهدف إلى إعادة الفعالية لإرادة الأفراد، التي أصبحت عاجزة عن ترتيب الأثر إلا بتدخل من طرف موظف عمومي وهو القاضي، ومنه أيضاً قولها : إن الحكم الصادر بالطلاق طبقاً للتمييز بين العمل القضائي، والعمل الولائي، لا يعد عملاً قضائياً، وبالتالي لا يمكن الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية.

وعليه فإن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، وهو : أن هذه الدراسة التي تناولت الموضوع، بعنوان : طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، وأثر الطعن فيها ⁽⁵¹⁷⁾ والتي قد تضمنت في محتواها، محوراً أساسياً مستقلاً، تحت فصل معنون بـ «الطعن في أحكام إنهاء العلاقة الزوجية» حيث أقرت من خلاله أن الحكم الصادر بالطلاق لا يعد عملاً قضائياً طبقاً للتمييز بين العمل القضائي والعمل الولائي، وبالتالي لا يمكن الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية.

إنه بطريقة العرض هذه، تكون هذه الدراسة قد نفت ضمنياً نفياً قاطعاً للطعن بالنقض في حكم الطلاق كما أنها تنفي إجراءً آلياً يخضع لرقابة قضاء النقض، وعليه فإنّ ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد، وهو : أن طبيعة العمل القضائي من حيث جوهره، يعتبر من أدق المسائل وأعقدها، إذ أنّ عمله مركب ينطوي على حل المسألة القانونية التي تُعرض على القاضي، فيقوم هذا بتقرير مخالفة القانون التي يدعيها الفرد أمامه فهو بهذا يكرس الشكل المقرر قانوناً، مما رتب عن هذا أن إجراء الطعن بالنقض يعدّ مبدأً أساسياً في آلية الإجراء أمام قضاء النقض، وجوهرياً من حيث طبيعة العمل

(515) نفس المرجع السابق رسالة الأستاذ عمر زوده، ص 130 وما بعدها.

(516) نفس المرجع أعلاه ص 130.

(517) المرجع السابق . الأستاذ عمر زوده.

القضائي، بإعتباره عملاً يعتمد على المعيار الشكلي، وكونه يتميز ببعض الإجراءات والأشكال الخارجية التي تكفل له الفعالية اللازمة، لترتيب قوة الحقيقة القانونية.⁽⁵¹⁸⁾

الفرع الأول : عدم قابلية الحكم بالاستئناف

ان ما تجدر الإشارة اليه في هذا الصدد، قبل التعرض لهذه المسألة الإجرائية أنه قد بات من الضروري، في هذا الشأن إبراز أهمية الاستئناف، حيث أن أغلب التشريعات الحديثة تأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين، لكون أن هذه الفكرة التي يقوم عليها هذا المبدأ هي⁽⁵¹⁹⁾ : أن درجة واحدة لا تكفي لحماية المتقاضي، مما جعل المشرع جواز نظر النزاع الواحد أمام محكمتين على التوالي، فيستطيع المتقاضي الذي يحصل على الحماية القضائية المطلوبة من محكمة الدرجة الأولى، أن يطلب من المحكمة الأعلى درجة إعادة النظر في دعواه، مما يتيح ذلك بطبيعة الحال تدارك أخطاء القضاة.

وعليه فإذا كان الاستئناف قد نشأ من الناحية التاريخية، كنظام يرمي إلى إصلاح الخطأ، في التقدير الذي يقع فيه القاضي، إلا أن هذه الفكرة تطورت في العصر الحديث، وأصبحت التشريعات تنظم الاستئناف، على أساس أن حكماً واحداً في النزاع لا يقدم ضماناً كافياً، فللخصم أن يحصل على حكمين في نفس النزاع، ولو كان الحكم الأول عادلاً، كطريق عادي للطعن في الأحكام، وعلى وجود درجة ثانية للتقاضي.

ومنه في هذا الصدد أيضاً، إن ما نعينه بعدم قابلية حكم الطلاق للطعن، هو تلك الحالة التي يقع فيها الطلاق بحكم من المحكمة، بناء على إرادة الزوج، أو بناء على إرادة الزوجة، أو بناء على إرادتهما المشتركة.

و عليه فقد نصت المادة 57 من قانون الأسرة، أن أحكام الطلاق لا تقبل الطعن بالاستئناف إلا في جوانبها المادية، إنه من خلال إستقراءنا للمادة أعلاه، من التشريع والتي قد تضمنت قاعدة جديدة، يهدف المشرع منها، تدعيم الحماية القضائية، وطريقة لاعادة فحص النزاع الذي يكمن في إعادة النظر في وقائع الدعوى، وموضوعها.

وعليه فإذا سلمنا جدلاً، بأن عدم قابلية حكم الطلاق للطعن بالاستئناف، عندما يكون مثل هذا الحكم صادراً تنفيذاً لرغبة الزوج، وبناء على إرادته المنفردة، على أساس أن الطلاق بيد الزوج، ما دام قد طلبه، وأصرَّ عليه، فمن العبث الطعن فيه بالاستئناف من الزوجة، فإنه ليس بإمكاننا أن نسلم بأن حكم الطلاق الصادر بناء على رغبة الزوجة تطبيقاً النص المادة

(518) د. إبراهيم نجيب سعد. القانون القضائي الخاص ص 60 ، 61 وما بعدها.

(519) د. عبد الحكيم فودة، موسوعة الحكم القضائي في المواد المدنية على ضوء الفقه وقضاء النقض ص 650 وما بعدها الناشر / منشأة المعارف بالاسكندرية سنة الطبع 2002.

53 حكم لا فائدة في الطعن فيه بالاستئناف، لكون أن دور القاضي في الحالة الأولى مقصور على الحكم بما طلبه الزوج، دون أن يكون من حقه طلب توضيح الأسباب، ومنه أيضاً، يجب عليه أن يُسببَ حُكْمه بغير سبب واحد، هو طلب الزوج، وإصراره على الطلاق، فإن دوره في الحالة الثانية كذلك، يتطلب منه تحقيقاً جدياً، ومطابقة الوقائع على النص، كما يتطلب منه موازنة دقيقة بين طلبات الزوجة ودفع الزوج، كما أن عليه أن يُسببَ حكمه تسببياً كافياً، ليس إستناداً فقط، إلى طلبات الزوجة، ولكن أيضاً إستناداً إلى ماله من سلطة تقديرية، قابلة للخطأ، والصواب، وكان ينبغي في مثل هذه الحالة أن تكون هذه السلطة قابلة للرقابة وأن يكون الحكم الصادر في الموضوع قابلاً للطعن بالاستئناف.⁽⁵²⁰⁾

وعليه لما كان حكم الطلاق، لا يقبل الطعن بالاستئناف إلا في جوانبه المادية فقد بات من الضروري طرح السؤال التالي وهو : هل يقبل الطعن فيه بالنقض أمام المحكمة العليا ؟ وهل يجب أن يصدر الحكم بالطلاق ابتدائياً، ونهائياً، أو ابتدائياً فقط، أو نهائياً فقط ؟

إنه انطلاقاً من نص المادة 231 من قانون الاجراءات المدنية، التي تنص في فقراتها على أن المحكمة العليا، تختص بالفصل في الطعون بالنقض، ضد الأحكام النهائية الصادرة عن المجالس القضائية، وعن المحاكم بجميع أنواعها، فإن القانون لا ينص على أن أحكام الطلاق تصدر نهائية، بل بالعكس كانت تصدر ابتدائية، وعليه كيف يسهل علينا أن نتصور أن حكماً مثل الحكم بالطلاق يصدر ابتدائياً وفقاً للإجراءات المعمول بها، ولا يقبل الطعن بالنقض لأنه حكم غير نهائي، ولا يقبل الإستئناف تطبيقاً لقانون الأسرة رغم أنه ابتدائي، وعليه فلا يوجد في قانون الإجراءات المدنية، ولا في قانون الأسرة، ما يفيد أن حكم الطلاق يصدر ابتدائياً، ونهائياً حتى يمكن أن يقبل الطعن بالنقض وفقاً لنص المادة 231 المذكورة أعلاه.

وعليه فإن الطعن بالنقض، يعتبر طريقاً غير عادي يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة للقانون، أو بطلان، سواء في ذات الحكم المطعون فيه، أو في الإجراءات التي أسس عليها،⁽⁵²¹⁾ ويطعن بهذا الطريق في الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم، والقرارات الصادرة من المجالس القضائية، وهذا طبقاً لما تقضي به المادة المذكورة أعلاه.

إنّ ما تجدر الإشارة له في هذا الصدد، وهو :أنّ المحكمة العليا قد تقبل الطعن بالنقض في أحكام التظليق، ذلك أن أحكام الطعن بالنقض في أحكام التظليق تثير جملة

(520) تعقيب القاضي / محمد بلحبيب / في إطار ندوة القضاء المدني المنظمة من وزارة العدل عام 94 ، 95 عنوان التدخل (تنفيذ الأحكام والقرارات في المادة الأحوال الشخصية).
(521) د. محمد العشماوي، قواعد المرافعات، دار الفكر العربي ج 1 ص

من المسائل الشائكة هذه المسائل تكمن في الآتي كأجل العدة، ووفاة أحد الزوجين، أثناء سريان ميعادا الطعن بالنقض، نفقة الزوجة أثناء الفترة التي تكون فيها القضية جارية أمام المحكمة العليا.

وعليه حبذا لو وقع النص صراحة على أن حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج أو بناء على إرادة الزوجين المشتركة، يكون ابتدائيا، ونهائيا، لا يقبل أية طريقة من طرق الطعن مطلقا، ولكون أن حكم الطلاق، بناء على طلب الزوجة وحدها وفقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، يصدر ابتدائيا، ويقبل الطعن بالاستئناف فقط، ولا يقبل الطعن بالنقض، أو يقبل الطعن بهما معا.

وعليه فإنه من المنطقي جداً القول أن أحكام الطلاق تخضع لطريق الطعن بالنقض، ما دام هناك إجراءات مقررة قانونا، وما دام هناك قانون واجب الاحترام، فإنه لا بد من وجود رقابة المحكمة العليا على أحكام الطلاق، لكون أنها محكمة قانون لا علاقة لها بالواقع.

الفرع الثاني : الحكم القابل للتنفيذ في مادة الطلاق

انه برجعنا الى نص المادة 238 من قانون الإجراءات المدنية، والتي تنص على أنه ليس للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا أثر موقوف الآ في الحالات الآتية:

1- إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتهم.

2- في حالة وجود دعوى تزوير فرعية.

وعليه ما دام الطلاق يدخل ضمن حالة الأشخاص، فإنه إذا حصل طعن بالنقض فإن حكم الطلاق لا ينفذ بمعنى لا يسجل في الحالة المدنية، الى حين الفصل في الطعن وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 02 / 06 / 1986 تحت ملف رقم 40962 والذي جاء فيه ما يلي : إن تطليق الزوجة من زوجها، يدخل ضمن حالات الأشخاص التي فرض القانون قبل الفصل فيها، إبلاغ ملفها الى النيابة العامة.⁽⁵²²⁾

وعليه فإننا نرى في هذا الصدد، لا بد من إعادة صياغة المادة 57 والتي فتحت تأويلات عدة مما تطلبت ضرورة الأمر بتعديلها، حتى تظهر الفرق بين الطلاق والتطليق والتمييز من حيث الإجراء بين الاستئناف والطعن بالنقض، ونقترح الصياغة التالية :

(522) القرار أعلاه منشور، في نشرة القضاة عدد 44.

الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدا في جوانبها المادية، وهي غير قابلة للطعن بالنقض، أما الأحكام بالتطليق فهي قابلة بجميع طرق الطعن. إن ما هو معلوم بالاجراء بالضرورة، أن تنفيذ الأحكام، والقرارات القضائية، والعقود الرسمية، قد تضمنها قانون الإجراءات المدنية، والذي يشمل على حوالي 100 مادة، ابتداء من 320 إلى 412، وعليه لما كان المشرع يدرك، ما لتنفيذ الأحكام والصادرة لفائدة أحد الزوجين، من أهمية، فقد راعى في إهتمامه هذا مجال الزواج والطلاق، في هذا الصدد لكون أن حكم الطلاق شأنه شأن جميع الأحكام القضائية، يجب أن يكون قابلاً للتنفيذ.

لقد نصت كلا من المادتين 320، 321 من قانون الإجراءات المدنية، أن كل حكم، أو قرار، وأن كل من صدر لمصلحته، حكم قضائي، الحق، في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية.

وعليه فإنه في كل الأحوال فإن أي واحد من الزوجين، صدر لصالحه حكم من المحكمة، أو قرار من المجلس، يمكنه أن يحصل عليه من مكتب الضبط، وعلى نسخة تنفيذية، كلما أراد أن ينفذ الحكم الصادر لفائدته .

إلا أن ما تجدر الملاحظة اليه في هذا الصدد، وهو: أن الحكم القابل للتنفيذ لكي يكون كذلك، يجب أن يشتمل على الأوصاف التالية:

- 1- أن يكون حكماً نهائياً، حائزاً قوة الشيء المحكوم فيه.
- 2- لم يعد يقبل الطعن لا بالمعارضة، ولا بالإستئناف.
- 3- أن يكون الحكم الصادر، لفائدة أحد الطرفين (الزوج، أو الزوجة).
- 4- أن تكون النسخة المقدمة الى مصلحة التنفيذ بمكتب الضبط تحمل العبارة التالية : نسخة طبق الأصل مسلمة للتنفيذ، وموقعة، من كاتب الضبط وتحمل الخاتم الرسمي لمكتب الضبط.
- 5- أن يكون ممهوراً بالصيغة التنفيذية بموجب أحكام المادة 320 من قانون الإجراءات المدنية.

كيفية تنفيذ الحكم في الشق الخاص بالطلاق

إن حكم الطلاق تنفيذه يكون بتسجيله، على السجلات الموجودة في البلدية بالحالة المدنية، وهي سجل الميلاد لكل واحد منهما، وكذا سجل عقد زواجهما بالإضافة إلى التأشير العملي على عقد زواجهما، وشهادتي ميلادهما، لكون أن عقد

الزواج عقد رسمي يتم أمام ضابط الحالة المدنية، وعليه فإن إنهاؤه يجب أن يتم أمام نفس الجهة، فبعد أن يصدر الحكم وبعد أن يبلغه الطرف صاحب المصلحة، للطرف الآخر، وبعد أن تمر آجال الطعن بالنقض، وتتوفر بعدها جميع الأوصاف المشتملة على الممهور بالصيغة، يتقدم بعدها صاحب المصلحة الى كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم، ويصحب معه محضر التبليغ وشهادة عدم الطعن بالنقض فيتم على أثر ذلك «إرسال إخبار بالطلاق» الى البلدية التي أبرم عقد الزواج أمامها، وهي بدورها تقوم بتسجيل الطلاق على السجل المخصص للزواج، وعلى عقد زواجهما، كما تسجله أيضا على سجلات الميلاد، إن كان المطلقين قد ولدا في دائرة إختصاصهما، والأفانها ترسل إشعارات الى البلديات المختصة، التي ولد بدائرة إختصاصها.

وعليه فإنّ ما تجدر الملاحظة اليه في هذا الصدد، وهو : أن هناك بعض من المحاكم لا تعمل بالطريقة المذكورة أعلاه، حيث أن هناك من المحاكم ترسل الإخبار بالطلاق الى البلدية بمجرد صدوره بعد أن يدون أو يُحرر الحكم على الاعلام الآلي، ويمضى، بينما هناك محاكم أخرى تشترط القيام باجراء التبليغ، وإستغراق آجال الطعن بالنقض، وهناك من المحاكم، أين ترسل الاخبار بالطلاق، بعد إمضاء الحكم من طرف القاضي عندما يتعلق الأمر بالطلاق بالتراضي، بينما أحكام الطلاق الأخرى، فلا تُنفذ إلا بعد مرور آجال الطعن بالنقض.

وعليه إنه في اعتقادنا أن الحل الأقرب الى الصواب في هذا الصدد، وهو : أنه إذا حصل الطلاق بالتراضي، ولا وجود لأي خصومة أن كل الإجراءات قد أحترمت بما فيها جلسة الصلح، قد أجريت مما رتب عن هذا عدم تواجد نزاع فانه إذن لا فائدة من إنتظار مرور آجال الطعن بالنقض، أما ما تعلق بأحكام الطلاق الأخرى، فما دام الأمر متعلق بحالة الأشخاص ولكون أن المبدأ في الأصل، هو : أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ فلا يمكن تنفيذ الحكم وتسجيل الطلاق بالحالة المدنية، طالما وأن آجال الطعن بالنقض لم تستغرق.

وعليه فإنه في ظل غياب التنسيق في العمل القضائي في هذا النطاق، وتواجد فراغ قانوني، ليضبط المسائل فقد بات من الضروري بما كان في هذا الصدد، أن يوجد نص قانوني يضبط ويوضح هذه المسائل، حتى يكون توحيد، وتنسيق في العمل القضائي عبر مختلف الجهات القضائية، وعليه فإنّ كيفية تنفيذ الحكم ما تعلق بالآثار المترتبة في مادة الطلاق : يخضع إلى مواصفات وهي كالآتي:

1- صدور الحكم لفائدة أحد الزوجين.

- 2- أن يكون الحكم نهائياً غير قابل للطعن فيه.
- 3- أن يحصل صاحب المصلحة على نسخة موقعة، ومختومة، وممهوره بالصيغة التنفيذية.
- 4- أن يحرر صاحب المصلحة طلباً يذكر فيه إسمه، ولقبه، وعنوانه.
- 5- اسم ولقب وعنوان الزوج الآخر المراد التنفيذ عليه.
- 6- الإشارة في الطلب الى مضمون الحكم والى الرقم، والتاريخ، والصدور، والجهة القضائية التي صدر عنها، وتوقيعها.
- 7- تقديم الطلب مرفق بالنسخة التنفيذية، ويقدمها الى مصلحة التبليغ، والتنفيذ بمكتب الضبط الى المحكمة التي أصدرت الحكم، أو المحكمة الموجودة بدائرة اختصاصها مكان التنفيذ.
- 8- وصل بدفع رسوم، ومصاريف التنفيذ المحدد بالقانون.
- 9- وصل بايداع الطلب.

الشروع في التنفيذ :

يشرع في التنفيذ في الحكم المتعلق بالآثار، كون أن الحكم مثلاً يتضمن حكماً بالنفقة، أو بالتعويض أو بغيرهما من الأشياء المقومة بالمال، ففي هذه الحالة يستلم المحضر القضائي **النسخة الممهوره بالصيغة التنفيذية** حيث يشرع مباشرة باجراءات التنفيذ، فيرسل تنبيهاً الى المحكوم عليه من الزوجين، مرفقاً بمضمون الحكم، إذا كان قد بلغ اليه، أو نسخة من الحكم إذا لم يسبق أن بلغ اليه، **ويمنحه مهلة 20 يوماً بتنفيذ الحكم الصادر عليه تنفيذاً تلقائياً ورضائياً**، وإذا انتهى هذا الأجل، وإنتهت المدة، فإنه سيعمل حتماً على تنفيذ الحكم جبراً، على المحكوم عليه، وبواسطة القوة العمومية عند اللزوم، وبحجز أمواله، وبيعها، إذا كان الحكم يتضمن حكماً بالنفقة، أو بالتعويض، أو من الأشياء المقومة بالمال.

الخاتمة

إنه من خلال دراستنا، لموضوع الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي سواء من حيث أساس مشروعيته، وتحديد مفهومه، ومحترازاته، وقيوده التي يختص بها، ومن حيث تطوره التاريخي، ومدى أحكامه في ظل الإحتلال الفرنسي، وبعد الإستقلال وإستمرارية العمل بتشريع 1959، ومدى إجتهد المجلس القضائي الأعلى هذا الإستثناء، الوارد من قانون 1962 / 12 / 31 في هذا المجال، ومن حيث الموقف التشريعي من الطلاق، على ضوء قانون 11 / 84، والمعدل والمتمم 05 / 09 ومدى تكريس العمل بالشرعية الإسلامية، باعتبارها القانون الواجب التطبيق في هذا النطاق، إضافة على أن الطلاق، اهتمت وعنيت به تشريعات عربية، وأوروبية، وهذا من حيث الأحكام على ضوء تقنيناتها، وإجتهادها القضائي في هذا النطاق، ومنه أيضا كيفية إجراءات التقاضي في مسأله، والآثار الشخصية المادية المترتبة عليه : كنفقة العدة، نفقة الإهمال، إسترجاع متاع البيت، مسكن الزوجية، نفقة المتعة والتعويض، والفارق بينهما... الخ ، بالإضافة إلى أن هناك محاور في الدراسة، سبق وأن تناولناها بشيء من التفصيل والدقة، والتركيز الأكاديمي.

وعليه فما إستطعت أن أصل إليه ونبيئه من خلال إستنطاقي، وإستقرائي، ومعالجتي للموضوع والتي توصلت فيها إلى ما يلي :

أولاً : نتائج البحث :

1- إن قضية الطلاق ومسائله المختلفة، المتشعبة، مسألة ذات بعد خطير، لكون أنها تتعلق بتصرف خطير، لما له من طبيعة، وخصوصية تميزه، فهو إذن مسألة حساسة، تقتضي من المشرع معالجتها بدقة، وتطبيق أحكامها بتفاني، من طرف القضاة.

2- الطلاق حق خالص للرجل، فالعصمة الزوجية بيده، فعلى الزوج أن يحسن إستعمال هذا الحق، للضرورة القصوى.

3- مدى خلط المشرع، لبعض أحكام الطلاق، مثل : ما بين ما يعد طلاقا رجعيا، وبين ما يعتبر طلاقا بائنا بنوعيه، وبالتالي فإن أحكام قانون الأسرة، لا تختلف عن الأحكام الواردة في مرسوم 1959 المادة 11.

4- المشرع أخذ بعض الأحكام، من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، والبعض الآخر من مرسوم 1959، دون إستطاعته التوفيق فيما بينهما، ومن ثم جاءت نصوصه متناقضة.

5- المادة 49 من قانون 11 / 84 و القانون المعدل تقرر قاعدة أساسية، ولم تتجاهل هذا الحق بصفة قاطعة، وهي: أن الطلاق لا يعتبر واقعا، إلا بعد صدور حكم بوقوعه، فكل طلاق يوقعه الرجل على زوجته، لا يعتبر واقعا قانونا، إلا إذا صدر حكم بوقوعه مهما كان عدد الطلقات، ومهما كان وصف الطلاق.

6- هدف المشرع من خلال المادة 49 التضييق، من حالات الطلاق، رعاية لشملة الأسرة، وحفاظا على الأولاد، وتوظيفه للقاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار وعملاً وتكريسا، للمقاصد التحسينية للشرعية الإسلامية الغراء.

7- أوجب تشريع الأسرة، قيام القاضي بمحاولة الصلح بين الزوجين، باعتباره إجراءً جوهريا في مسألة الطلاق، وفي كل حالة تثار أمامه بطلب الطلاق، وذلك قبل الفصل في الموضوع.

8- تظهر محاولة الصلح فائدتها بين الزوجين، في حالة الشقاق بينهما بسبب نشوز الزوج، أو الزوجة، أو سوء معاملة الزوج لزوجته.

9- بعث الحكمين لكون أنه مبدأ أساسيا في الشريعة الإسلامية، وتشريع الأسرة منصوص عنه، بقوة النص القرآني، وبقوة التشريع.

10- إعتبرت الشريعة الإسلامية، وتشريع الأسرة، الطلاق أبغض الحلال إلى الله حيث لا يلجأ إليه، إلا عند الضرورة القصوى، أو عند عدم إمكان تحقيق الهدف الأساسي للزواج، لذا أجازت الشريعة الإسلامية الطلاق حظراً، وإباحة.

11- تقاعس المشرع في أغلب الأحيان في وضع ضوابط للحد، من إساءة استعمال هذا الحق والتعسف فيه، مما أدى الى ترك هذه المسألة المصيرية، دون أية قيود في هذا النطاق، وذلك إستناداً إلى حكم، وحسن تصرف وعدالة الرجل.

12- تشريع الأسرة والذي قرر بموجب المادة 52 من قانون 84، و المعدل و المتمم إعطاء للقاضي الحق في تحديد مدى تعسف الزوج، في إستعمال حقه في الطلاق.

13- عدم الإهتمام الكامل وعدم وضع ضوابط دقيقة، ما تعلق بالمسائل الشرعية لأثار الطلاق : (كالنفقة، العدة، حقوق المطلقة، حقوق المحضون) والتي يتطلب السهر على إحترامها، من حيث الآجال، ومن حيث تكريس الحق فيها.

14- إهتمام وتنظيم المشرع، لبعض المسائل في مادة الطلاق، وإغفاله أحيانا بعض منها وأحيانا أخرى لم يكن دقيقا. مثل: «عوارض الطلاق من حيث أهلية المطالبة بالطلاق فما دام القانون يسمح بالترشيد للزواج فمن رُشد للزواج فإن زواجه يُرشد للطلاق».

15- إعتبار إجراء التحكيم، مبدأ جوهريا في مسألة الطلاق، ذلك أن المشرع لم يعطه حق قيمته سواء من حيث الآجال، ومدة التقرير أو من حيث الدور، والمهمة، والإجراءات الواجب إتخاذها في هذا الشأن، أو توسيع سلطة وتقدير القاضي في هذا الصدد، (أي إسناد الحق الى القاضي في تعيين محكم ثالث إن عجز الأولون).

16- عدم إشارة المشرع، من خلال تقنيته للأسرة ما تعلق بمادة الطلاق الى وصف الطلاق الذي يحصل قبل البناء، والذي إستقر عليه قضاء المحكمة العليا، بأنه فسخ لعقد الزواج قبل البناء.

17- ما تعلق بإجراء الصلح فنلاحظ غياب وثيقة محضر إستحالة الصلح وهذا في إطار تعذر إجراء الصلح، لغياب المدعى عليه، أو عليها، عن الجلسات وهذا إحترام المدة القانونية للصلح والتي هي 03 أشهر فانه يستوجب على القاضي أن يحرر محضراً يشير فيه، إلى إستحالة الصلح بين الأطراف لغياب أحدهما، وذلك للتمكين في الفصل في القضية، لأن الكثير من القضاة في الميدان التطبيقي عندما يعجزون عن الإصلاح يرفضون الدعوى شكلا لعدم إجراء الصلح.

وعليه فإنه في نظرنا يتنافى هذا وشرط المصلحة في الفقه الإسلامي، التي يقررها في أحكام الطلاق، ما تعلق بالصلح، وعليه ما تستوجبه شرط المصلحة، أن تكون مؤكدة في هذا الصدد، وحماية لحق الأطراف.

18- المادة 56 لم تفرق بين حالتين :

1- حالة الوصول الى الإصلاح بين الطرفين.

2- حالة الفشل في الإصلاح بينهما.

19- الشريعة الإسلامية هي القانون، الواجب التطبيق في مادة الطلاق.

20- الإجتهاد القضائي في مادة الطلاق من حيث وصفه الشرعي، وأحكامه ثابتة بالنصوص القطعية الدلالة، وعليه فإن التعبير بالإجتهاد في نصوص ثابتة يتنافى ومبدأ في مورد النص مما يستوجب التعبير الآتي : **القرارات الواجبة التطبيق في مادة الطلاق.**

- 21- يعتبر الطلاق أثراً رئيسياً من حيث الآثار المترتبة في إنحلال الرابطة الزوجية.
- 22- إفراز بعض الإشكالات المتصلة بمسألة الآجال في العدة، كون أن الطلاق أمام القضاء، لا يثبت إلاً بحكم، لكون أن الشريعة الإسلامية الغراء، توقع الطلاق من تاريخ التلفظ به.
- 23- عدم التمييز بين الطلاق الرضائي، والطلاق بإرادة الزوج، أو بطلب من الزوجة، حيث رسم المشرع الطريق القضائي، كخيار وحيد أمام الطرفين.
- 24- عدم ورود قيد، وتحديد للمرض المقصود به شرعاً، ما تعلق بالتطبيق للعيوب، في المادة 02. / 53
- 25- غياب وعدم تواجد قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية في الجزائر، مما رتب عن هذا الغياب، تواجد تباينات، أفرزت إشكالات كثيرة في المجال العملي التطبيقي.
- 26- إغفال، وعدم الإشارة من المشرع، إلى مسألة الإشهاد في الطلاق في تقنيته ذلك أن للإشهاد فوائد عديدة، من حيث موضوع مادة الطلاق، والتي نذكرها على سبيل الحصر فيما يلي:
- 1- يؤدي الإشهاد إلى التقليل من حوادث الطلاق، وليس في الإشهاد إلاً تعويق المتسرع الغضبان في طلاق زوجته، ولعل الشاهدين يصلحان ما بين الزوجين، فتعود الأمور إلى وضعها الطبيعي.
 - 2- في الإشهاد حين الطلاق مزية كبرى، تنسجم، وتتلاءم مع حكمة تشريع الطلاق في الفقه الإسلامي، وأنه أبغض الحلال إلى الله.
- 27- حرص المشرع الجزائري من خلال قانون 11 / 84 المعدل و المتمم، على حماية وحدة الأسرة وعدم تفككها فشرع لبوادر الشقاق بين الزوجين، بعضاً من الحلول العملية يجب إتباعها على كل زوج.
- 28- الرجل يملك حق الطلاق، على أن يكون ضمن حدود الشرع وقيوده وهذا من حيث اللفظ، الوقت، أما من حيث **القصد** : فلا طلاق من مكره، ولا من هازل، ولا من سكران، ولا من غضبان، ومن **حيث اللفظ** لا يقع الطلاق إلاً من لفظ صريح يدل على معنى الطلاق، ومن حيث الوقت ليس الزوج حراً في إيقاع الطلاق متى شاء، أو أراد، بل قيدَ الشارع وقتاً مخصوصاً لا يقع الطلاق بغيره.
- 29- انفراد الشريعة الإسلامية ما تعلق بالطلاق الرجعي عن غيرها، من الشرائع فلا رجعة في بقية الشرائع والقوانين الأوروبية المتعلقة بالأسرة.

30- إعطاء للمرأة حقها في مجال الطلاق، حيث أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطلاق عند كل ضرر معتبر شرعا، وهذا على ضوء المادة 53 بفقراتها العشر بموجب حالات وضعها المشرع مؤسسية ومؤصلة بقواعد وأحكام من مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء.

31- الإحالة من المشرع الى أحكام، ومبادئ الفقه الإسلامي، وآراء الفقهاء، في مسائل الطلاق المتشعبة وهذا بموجب المادة 222 من قانون 11. / 84 قانون المعدل والمنم

32- مذهب الامام مالك بن أنس هو الأصل التشريعي لقانون 11 / 84 و المعدل والمتمم في الغالب الأعم.

33- الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح الا للضرورة.

34- الواقع العملي التطبيقي، لا يميز بين المتعة والتعويض.

35- إزدیاد ظاهرة الطلاق في سنين الإرهاب الأخيرة نظراً لعوامل كثيرة.

36- الطلاق له أسباب تؤدي اليه، منها ما يخضع لفعل أحد الزوجين، مفهوم الحرية عند بعض الزوجات، الخيانة الزوجية، تعدد الزوجات، إهمال الزوج لزوجته، حالة غياب الزوج، ومنها ما يخضع لأسباب طبيعية ونحصرها فيما يلي:

(عدم الإنسجام بين الزوجين، المرض والذي يقصد به المرض المزمن، الذي يصاب به الزوجان معا، العقم، عدم الإنجاب.)

37- تحديد المشرع الاختصاص المحلي، من حيث الإجراءات بموجب المادة 08 من ق.إ.ج.م. إلى أن للأسرة كيان قانوني خاص بها.

38- يعتبر قانون الإجراءات المدنية المرجعية الإجرائية لقضايا الطلاق في غياب قانون إجرائي خاص بنزاع الأسرة.

39- يعتبر طلاق الرجعة في القضاء الجزائري، مقرر في إطار احترام الشروط الشرعية والقانونية، بمقتضى قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 06 / 01 / 1997 رقم 45867 العدد 4 م ق.

40- تعتبر الشريعة الإسلامية الغراء، الطلاق الرجعي : هو الأصل عملاً وتكريساً
للأية الكريمة : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ وقوله : ﴿وبعولتهن أحق بردهن
في ذلك إن أراد إصلاحاً﴾.

41- توضح وتبين المادة 50 من قانون الأسرة أنه من الناحية القانونية والإجرائية،
إذا ما صدر حكم قضائي بالطلاق بين الزوجين، فإنه لا يحق للزوج أن يعيد زوجته، إلا
بعقد جديد.

42- قانون الأسرة 11 / 84 و المعدل و المتمم كفيل بضمان حقوق المرأة عند
الطلاق التعسفي، وهذا طبقاً لنص المادة 52 منه.

43- الإشكال في الواقع الاجتماعي: الذي هو في تغير، وتعدد مستمر، ومتباين،
من فرد لآخر بحسب قدراته المادية المتوافرة، والذي قد جاوز، وخالف القانون، وليس
الإشكال في النصوص القانونية لمادة الطلاق.

44- تزايد نسبة الطلاق في السنين الأخيرة، حيث سجلت أكبر نسبة لحالات
الطلاق في ولاية واحدة وهي تلمسان التي بلغت 1180 حالة طلاق من مجموع 1180
حالة، حيث سجلت 276 حالة بالصلح، و 312 بالتراضي، 488 بإرادة من الزوج، و 93
بطلب من الزوجة، وحسب الديوان الوطني للإحصائيات فإن 70 % من المطلقين منهم
5،20 % من المستوى الثانوي و 5،1 % من الأميين.

45- تعتبر جلسة الحضور الشخصي، إجبارية عند وجود طلب الطلاق «فك
الرابطه الزوجية».

46- تقرير المسكن المنفرد للزوجة، تبقى مسألة تقديرية للقاضي، الذي يتعرف
عن حالة الزوجين، من خلال الملف، أو جلسة الحضور الشخصي، لكون أن الإكثار في
تقرير المسكن، على أنه حق من حقوقها، يتولد عنه في جزئه الأكبر ظاهرة إنهاء هذه
الزوجية بالطلاق.

ثانياً : الإقتراحات :

نظراً لاهتمام وعناية، وحماية الشريعة الإسلامية الغراء بالأسرة، فإذا وقع شقاق
بين أطرافها طلبت حسن العلاقة طبقاً لقوله عز وجل : ﴿إمسك بمعروف أو تسريح
باحسان﴾. وقوله : ﴿عاشروهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾

فالمعروف والإحسان في هذا الصدد، أساسان عند الشقاق بين أفراد الأسرة، كما أنهما الأساسان عند الحب، والود، والمساكنة ومدى علاقاتها، عندما يسعى بوضع قواعد قانونية، تضبط أحكامها الخاصة وهذا باعطائها الكيان القانوني الخاص بها، فهو بهذا يكرس العمل بالقانون الواجب التطبيق في هذا المجال، والمتمثل في مبادئ، وأحكام الفقه الإسلامي في هذا النطاق ومنه لتمييز العلاقات الأسرية بخصوصيات ذات طبيعة منفردة، في بدايتها أو نهايتها، وهذا تكريسا وإعمالا لقوله عز وجل : ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾. وقوله : ﴿هَن لِبَاس لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاس لِهَن﴾.

* ومنه أن مشروعية الطلاق أقرها الإسلام كطريقة لحل خلاف مستصعب، يعجز إصلاحه لتفاقم النزاع، وتنافر الطباع، وتعقد مسيرة الحياة المشتركة، مما تطلب فصم عرى الزوجية أولى من بقائها في هذه الحالة وعليه فالطلاق يعد أعلى مراتب التصرف من حيث الخطر، مما كان الأصل فيه الحظر.

ومنه أن الطلاق، والتطليق فيهما أمراً تُحتمه المصلحة، إما مصلحة الزوجة، أو مصلحة الزوج.

وعليه، فإنه وفقا للاعتبارات المذكورة أعلاه، فقد آثرنا أن نعرض مجموعة من الاقتراحات من خلال ما توصلت إليه من نتائج، إستخلصتها على ضوء معالجاتي وإستقرائي لهذه الدراسة، في مادة الطلاق، والاقتراحات تصنف إلى نوعين :

النوع الأول : إقتراحات من حيث صياغة المادة النصية للقانون :

النوع الثاني : إقتراحات متنوعة من حيث الآتي : إقتراح إضافة نصوص جديدة، تكريس العمل بإجراءات لضمان تنسيق العمل القضائي، في إنشاء واحداث أجهزة جديدة.

النوع الأول : إقتراحات من حيث صياغة المادة النصية للقانون :

أقترح تعديل صياغة مواد النصوص القانونية التالية لقانون رقم 11 / 84

1- المادة : 49

إقتراح الصياغة : الا يثبت الطلاق بحكم بعد محاولة الصلح من قبل القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر ويسري من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق المسجل في العقد الرسمي.

2- المادة: 50

اقتراح الصياغة : من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح، لا يحتاج الى عقد جديد، إذا لم تنقضي عدتها، ومن راجعها بعد إنقضاء العدة أو بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.

3- إتمام الفقرة الثالثة من نص المادة: 52

الإقتراح الإضافي للفقرة أعلاه : ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيداً ويلزم المطلق بابقاء مطلقته مع محضويتها بمسكن الزوجية إلى غاية إيجاد مسكن لهم حسب وسعه.

4- المادة: 56

التعديل المقترح : «إذا إشتد الخلاف بين الزوجين، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما للنظر في إصلاح ذات البين.

أ- يعين القاضي الحكمين من أهل الزوج، والزوجة.

ب - على الحكمين أن يجتهد في الإصلاح لآجال 04 أشهر، فإن تعذر عليهما ذلك رفعوا الأمر إلى المحكمة موضحين لها الطرف، الذي ثبت تقصيره فإن إختلفا ضمت المحكمة لهما حكما ثالثا.

ج- تحدد مدة آجال تقرير الإصلاح، بعد ضم المحكمة المحكم الثالث بـ 05 أشهر.

د - إذا ثبت للمحكمة إستمرار الخلاف بين الزوجين، وعجزت عن الإصلاح بينهما وامتنع الزوج، قضت المحكمة بالطلاق بينهما.

النوع الثاني : اقتراحات متنوعة :

I- إقتراحات من حيث إضافة نصوص جديدة في الباب الثاني لقانون 11 / 84

وهي كالآتي:

1- يعتد بالوكالة أمام القضاء في إجراءات الصلح، والتحكيم، وفي ايقاع الطلاق.

2- لا يقع طلاق الأشخاص الآتية بيانهم :

السكران، المجنون، المكره، ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة، أو كبير، أو مرض.

3- لا يقع طلاق غير منجز. أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين أو الألفاظ العرفية المتداولة.

II- إقتراحات من حيث دعم الإجراءات لضمان تنسيق العمل القضائي :وهي كالآتي:

1- إيجاد نص إجرائي، يوحد ما تعلق الأمر بإجراءات تبليغ الإخبار بالطلاق وهذا على مستوى الجهات القضائية.

2- تحرير محضر من طرف القاضي بعدم الصلح، وهذا في حالة فشل أو إستحالة المصالحة.

3- ما دام الطلاق يدخل ضمن حالة الأشخاص، نقترح أن تسلم نسخة من الحكم للنيابة بعد صدوره، إذ يجب أن تطلع النيابة على القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص وفقا لما هو مقرر في المادة 141 في فقراتها السابعة من قانون الإجراءات المدنية وما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 84. / 02 / 03

4- نقترح أن يقوم القاضي بتكليف محضر قضائي للقيام بجرد متاع الزوجة ومصوغاتها، وألبستها، وأن يوقع ويمضي الزوج على قائمة المتاع أمام المحضر، ويتعهد بعدم التصرف فيه وإستعمالها الى حين صدور الحكم، وهو في هذه الحالة يعتبر كحارس قضائي على أموالها.

5- وضع تدابير مؤقتة، وإستعجالية في المرحلة التي يعرض فيها النزاع أمام القضاء، أي قبل التصريح بالطلاق بين الزوجين، حماية لمصلحة الأطفال.

III- إقتراحات من حيث إنشاء الهياكل والقوانين:

ونقترح الآتي :

* إنشاء قانون إجرائي خاص، يطلق عليه بقانون إجراءات الأحوال الشخصية، ينظم منازعات الأسرة، نظراً لطبيعة، وخصوصية النزاع، وحماية لحقوق المتقاضي، وأيضا تسهيلا لمهمة قاضي الأحوال الشخصية، في هذا المجال، باعتبار أن قانون الإجراءات المدنية، أصبح مثقلا بالقوانين الأخرى، ولكون أيضا أن النظام القضائي الحديث يتطلب أكثر من أي وقت مضى أن يسير مع نظام العولمة الجديد، مما يستوجب التخصص في السلك والهيكل.

* إنشاء وإستحداث محكمة للأسرة، للنظر في منازعات الأحوال المتعددة بين الزوجين، وتكون بدائرة إختصاص كل مجلس، وتزود بالوسائل التي تتناسب مع طبيعة منازعات الأسرة، وأطرافها، وما قد يقتضيه ذلك حضور الصغار الذين لهم علاقة بالمنازعات المعروضة على محاكم الأسرة، وتسمع أقوالهم فيها، لتمكينها من الفصل في أوجه الخلاف المتعددة، على نحو تحقق سرعة أفضل، وعدالة أوفى، وهذا لإحاطة المحكمة بكل عناصر النزاع.

ومنه أيضا إختصاص المحكمة في النظر، في دعاوى الطلاق، التطليق، النفقة، المسكن، الحضانة، وعليه فمن حيث قواعد الإجراءات المقررة لها فإن محاكم الأسرة في هذا الصدد، تخضع لقانون إجراءات الأحوال الشخصية في هذا النطاق.

* تعيين مجلس عقلاء من الأحياء السكنية، محلفين أمام محكمة الأسرة، يقومون بدور المساعدة لمحكمة الأسرة في الحالات الآتية : دعم الصلح، التحكيم، وهذا للحد من ظاهرة الطلاق.

* أن يكون قاضي الأحوال الشخصية، أو من يسند له قسم الأحوال من القضاة متزوجاً، لكون أنه يتعامل مع عقد خطير، ومع إجراءات صلح، مما يتطلب الخبرة في المجال.

* إنشاء مركز للبحوث القانونية والقضائية، مهامه الإهتمام بالتشريع المتعلق بالأحوال الشخصية، الخاص بالأسرة، نظراً لدورها المؤثر في تدعيم الخلايا الإجتماعية الأساسية، وتوفير الشرائط السليمة لتحقيق إنسانية الإنسان، وتنميته مكارم الأخلاق، في هذا النطاق، حيث تنحصر عضوية المركز أعلاه، في رجالات القانون المتخصصة في مجال الأحوال الشخصية، والمتمرسين بالقضاء، وأساتذة التعليم العالي في التخصص.

إنه بهذا الجهد المتواضع، أتمنى أن أكون قد ساهمت ولو بقدر ضئيل، ويسير، في شرح قانون الأسرة، الذي يحتاج إلى مزيد، من البحث، والله أرجو أن أكون قد وفقت، فإن كان ذلك فمن الله وبِعونه، وإن أخطأت فأرجو الله أن يهديني، سواء السبيل، وبه التوفيق فنعم المولى، ونعم النصير.

- انتهى بحمد الله -

قائمة المراجع

أ. المراجع العامة :

- 01-أ.د. /الغوثي بن ملح، القضاء المستعجل، وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الناشر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، السنة 2000 الجزائر.
- 02-أ.د. /أحمد الزرقا- المدخل الفقهي العام، مطبعة الحياة، دمشق، سوريا، السنة 1968.
- 03-أ.د. /الزرقا مصطفى، القواعد الفقهية - دار الكتب العلمية، لبنان، السنة 1997.
- 04-أ.د. /الزنتاتي محمد سلام، المرأة عند قدماء اليونان وعند الرومان، دار الفكر، مصر، بدون تاريخ.
- 05-أ.د. /الصنهوري عبد الرزاق، أصول القانون، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون تاريخ.
- 06-أ.د. /السيد محمد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، لبنان، بدون تاريخ.
- 07-أ.د. /السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، السنة 2004.
- 08-أ.د. /أحمد عادل سركيس، الزواج وتطور المجتمع، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، لبنان، بدون تاريخ.
- 09-أ.د. /بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، بدون تاريخ.
- 10-أ.د. /توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام مقارنة بالقوانين العربية، الدار الجامعية، مصر، بدون تاريخ.
- 11-د. /تقية محمد، المختصر الوافي في أصول الفقه، مؤسسة الكتب الثقافية، لبنان، 2000.
- 12-أ. حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، دار هوما للنشر والطباعة، الجزائر، 2002.
- 13-أ. حمدي باشا عمر، مبادئ الإجتهد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر، 2002.

- 14-أ.د./ علي علي سليمان، دراسة في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 15-أ.د./ عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، بدون تاريخ.
- 16-أ.د./ عبد الله حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، دار التراث، مصر، 1996.
- 17-أ.د./ علي عبد الواحد، الأسرة والمجتمع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996.
- 18-أ.د./ عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار ربحانة للنشر والتوزيع، 2003.
- 19-أ.د./ عبد العزيز جعيط، الإجراءات في قانون الأحوال الشخصية طبقاً للمحاكم الشرعية، دار الجيل لبنان، 1991.
- 20-أ.د./ عبد العزيز صالح، الأسرة في المجتمع العربي القديم، دار الفكر، مصر، بدون تاريخ.
- 21-أ.د./ عبد الحكيم فودة، موسوعة الحكم القضائي في المواد المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 22-أ.د./ صوفي أبو حسن طالب، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، مكتبة النهضة، مصر، بدون تاريخ.
- 23-أ.د./ صبحي محمصاني، المبادئ الشرعية، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، 1989.
- 24-أ.د./ طاهري حسين، الإجراءات المدنية الموجزة في التشريع المدني، دار شركة الأيام، الجزائر، 2004.
- 25-أ.د./ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977.
- 26-أ.د./ فيلال علي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، الجزائر، 2002.
- 27-أ.د./ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، 1978.
- 28-أ.د./ مسعود زبدة، القرائن القضائية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، الجزائر، 2001.
- 29-أ.د./ مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1972.

- 30- أ.د. / معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، دار إحياء التراث، لبنان، بدون تاريخ.
- 31- د. مسعودة كمال، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
- 32- أ.د. / وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1987.
- 33- أ.د. / فخري أبو سيف مبروك، دراسات في تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار الفكر مصر، بدون تاريخ.
- 34- أ.د. / ميخائيل تادرس جوزيف، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ط 3، المطبعة الكاثوليكية، لبنان 1997.
- 35- الشوكاني الإمام محمد بن علي / فتح القدير الجامع في الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة للطباعة والنشر، مجلد، طبعة 2، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
- 36- القرطبي أبي عبد الله بن محمد / الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، طبعة الثالثة، مصر. 1967.
- 37- أبي السعود محمد ابن محمد العمادي قاضي القضاة / تفسير أبي السعود، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
- 38- الحافظ عماد الدين أبو الفدى إسماعيل ابن كثير / تفسير القرآن العظيم، دار الطباعة للنشر، لبنان 1980.
- 39- أبي جعفر محمد ابن جرير الطبري / جامع البيان، عن تأويل آيات القرآن، مكتبة الرحاب، الجزائر 1987.
- 40- أبي زكرياء يحيى ابن زياد الفراء / معاني القرآن، عالم الكتب، بيروت، لبنان، طبعة الثانية 1980.
- 41- إسماعيل ابن كثير / تيسير العلي القدير لإختصار تفسير ابن كثير، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، ط 2، 1987.
- 42- الأمين محمد ابن محمد المختار الشنقيطي / أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، مطبعة الحرمين الشريفين، السعودية، 1980.

- 43- الحافظ أبي القاسم الغرناطي / التسهيل لعلوم التنزيل، دار الكتب الحديثة، مصر، 1973.
- 44- أ.د. / أحمد محمد الحصري، تفسير آيات الأحكام لفقه الأحوال الشخصية، دار الجيل، لبنان، 1991.
- 45- د. / محمد علي السائيس، تفسير آيات الأحكام، مطبعة الشربطلي، مكة المكرمة، بدون تاريخ.
- 46- أ. / محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المعرفة، لبنان، بدون تاريخ.
- 47- السرخسي للإمام أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهيل / المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 2 بدون تاريخ.
- 48- الكساني، علاء الدين أبي بكر / بدائع الصنائع، في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط 2، 1982.
- 49- الخرشي علي مختصر سيدي خليل / دار صادر، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
- 50- الدسوقي، حاشية عرفه الدسوقي / على شرح الدردير، نشر الغرب الإسلامي، بدون تاريخ.
- 51- أبو الوفاء، برهان الدين، بن فرحون اليعمري المالكي / تبصرة الحكام، في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، بدون تاريخ.
- 52- الخطاب / مواهب الجليل، في شرح مختصر الخليل، دار إحياء الكتب العربية، مصر، بدون تاريخ.
- 53- ابن رشد / بداية المجتهد، ونهاية المقتصد، دار الجيل، لبنان، 1989.
- 54- الشوكاني / نيل الأوطار لشرح منتقى الأخبار، من أحاديث سيد الأخيار، المطبعة العثمانية المصرية، مصر، 1375 هـ ط 1.
- 55- ابن قدامي / المغني في الشرح الصغير، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، بدون تاريخ.
- 56- الباجي / شرح موطأ الإمام مالك، دار الكتاب العربي، لبنان، 1332 هـ.
- 57- ابن جزي المالكي / القوانين الفقهية، مطبعة الشربطلي، السعودية، 1996.
- 58- القرافي / الذخيرة، تحقيق سعيد أعراب، نشر دار الغرب الإسلامي، بدون تاريخ.
- 59- محمد عlish / منح الجليل، شرح مختصر الخليل، دار إحياء الكتب العربية، مصر، بدون تاريخ.

- 60- مرعي بن يوسف الحنبلي / غاية المنتهى، في الجمع بين الإقناع، والمنتهى، منشورات المؤسسة السعودية، مطبعة الكيلاني، الرياض، السعودية، 1982.
- 61- موفق الدين أبي محمد ابن عبد الله بن قدامى / المغني في الشرح الكبير دار الكتاب العربي لبنان، 1972.
- 62- مالك ابن أنس / المدونة الكبرى، مكتبة المثنى، بغداد العراق، (طبع بالأفست).
- 63- شمس الدين الأنصاري، الشهير بالشافعي الصغير / نهاية المحتاج، إلى شرح المنهاج، مطبعة البابي الحلبي، مصر، 1967.
- 64- محمد أحمد عlish / فتح العلي المالك، في الفتوى على المذهب الإمام مالك، دار الفكر، لبنان، بدون تاريخ.
- 65- عبد الرحمن الجزيري / الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر مصر، بدون تاريخ.
- 66- جلال الدين بن شاص / عقد الجواهر الثمينة، في مذهب عالم المدينة (تحقيق الدكتورين. أبو الأجفان محمد، وعبد الحفيظ منصور) دار نشر الغرب الإسلامي، بدون تاريخ.
- 67- أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري / صحيح البخاري، دار المكتب الإسلامي، إسطنبول، تركيا، 1979.
- 68- أبو داود، ابن ماجه، النسائي / كتب السنن الأربعة، مصطفى البابي، بدون تاريخ.
- 69- العيني / عمدة القارئ، دار المطبعية، مصر، بدون تاريخ.
- 70- ابن القيم / أعلام الموقعين عن رب العالمين، (تحقيق د. محمد محي الدين عبد الحميد)، دار السعادة مصر، 1955.
- 71- مسلم بن الحجاج القشيري / الجامع الصحيح (صحيح مسلم) دار المطبعة المصرية، بدون تاريخ.
- 72- محي الدين النووي / صحيح مسلم النووي، دار المطبعة المصرية، مصر، بدون تاريخ.
- 73- أ.د. / فيصل بن جعفر بن عبد الله البالي، د. محمد وليد سيدي حبيب، المعتمد المنقول فيما أوحى إلى الرسول ﷺ، مكتبة التوبة، الرياض، السعودية، ط 2000.
- 74- الفيروز ابادي، القاموس المحيط، دار الفكر، لبنان 1978.
- 75- ابن منظور، لسان العرب، دار لسان العرب، لبنان 1986.

- 76- الزمخشري، أساس البلاغة، دار العلم للملايين، لبنان 1984.
- 77- د. / إبراهيم أنيس، د. عبد الحليم منتصر، المعجم الوسيط، دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة، السعودية.
- 78- أ. / ابتسام القرام، المصطلحات القانونية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر في التشريع الجزائري 1998.
- 79- محمد الطاهر يعقوبي، معجم المصطلحات القانونية التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر 1999.

ب- مراجع خاصة بالأحوال الشخصية

- 1- أ.د. / خالد عبد الرحمن الكعك، موسوعة الفقه المالكي، دار الحكمة للطباعة والنشر، سوريا، ط 1993.
- 2- أ.د. / محمد رواس القلعجي، موسوعة فقه عمر بن الخطاب، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1984.
- 3- المستشار أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي في 50 عام، دار الفكر العربي مصر 1978.
- 4- أ.د. / مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، لبنان، بدون تاريخ.
- 5- أ.د. / رمضان علي السيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 2001.
- 6- أ.د. / أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر، 1988.
- 7- أ.د. / بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، لبنان، بدون تاريخ.
- 8- د. سناء الخولي، الزواج والعلاقات الأسرية، دار النهضة العربية، لبنان، بدون تاريخ.
- 9- د. سناء الخولي، الأسرة والحياة العائلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر لبنان، 1984.
- 10- د. السيد أحمد فرج، الأسرة في الكتاب، والسنة، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، 1989.
- 11- أ.د. / علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 12- د. / عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العصرية، لبنان، 1989.

- 13- الدكتورين، محمد أحمد سراج، ومحمد كمال إمام، الأحكام الأسرية في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1997.
- 14- د. زكرياء البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ.
- 15- د. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، لبنان، 1984.
- 16- د. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن للأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- 17- د. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996.
- 18- أ.د. / محمد يوسف مرسي، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، مؤسسة الخانجي، القاهرة، 1958.
- 19- د. الشيخ إبراهيم أحمد إبراهيم، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، دار إحياء الكتاب، مصر، 1930.
- 20- الشيخ حسن خالد، مفتي لبنان، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، لبنان، 1987.
- 21- أ.د. / مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مطبعة جامعة دمشق، بدون تاريخ.
- 22- أ.د. / عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب المصرية، 1938.
- 23- أ. رضا كحالة، سلسلة بحوث إجتماعية، (الزواج، والطلاق) مؤسسة الرسالة لبنان، 1985.
- 24- د. محمد صدقي بن أحمد البرنو، موسوعة القواعد الفقهية، دار حزم للطباعة والنشر، والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000.
- 25- د. كمال صالح البناء، الصيغ القانونية لدعاوى الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

- 26- أ.د./عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، دار النشر المعرفة والتوزيع، الرباط، المغرب، 1988.
- 27- د. بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 28- د. نصر الدين ماروك، قانون الأسرة بين النظرية، والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2004.
- 29- أ. الحسين بن الشيخ أت ملوية، أحكام الطلاق وأسبابه، دار هومة للنشر والطباعة، 2002.
- 30- الدكتورين عمر عبد الله، وحامد قمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1986.
- 31- د. عبد الحميد الشواربي، الشهادة في مادة الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1992.
- 32- أ.د. أحمد فراج حسن، أحكام الأسرة في الاسلام، الطلاق وحقوق الأولاد، ونفقة الأقارب، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
- 33- د. عبد الرحيم عمران، تنظيم الأسرة في التراث الإسلامي، صندوق الأمم المتحدة، 1994.
- 34- د. هلال يوسف إبراهيم، صيغ الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية لدارالمطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
- 35- د. محمود زكي شمس، مختارات من أحكام الأحوال الشخصية، في التشريعات اللبنانية، والسورية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 1999.
- 36- الشيخ عبد المعطي السملائي، ترغيب المشتاق، في أحكام الطلاق، دار المجد للتراث، عمان، الأردن، 1987.
- 37- د. محمد زيد الإيباني، شرح الأحكام الشرعية، في الأحوال الشخصية، دار الإحياء العربية، مصر، بدون تاريخ.
- 38- الشيخ جواد مغنية، الزواج والطلاق على المذاهب الخمسة، دار التراث العربي لبنان، 1996.
- 39- د. مصطفى الزرقاء، أحكام الزواج والأحوال الشخصية المتفرعة عنه، مطابع دمشق، 1996.

- 40- د. عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر مصر، 1972.
- 41- د. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف المصرية، مصر، 1967.
- 42- د. مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية بيروت لبنان، 1996.
- 43- د. زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1961.
- 44- د. علي محمد حسب الله، عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية، دار العهد الجديد، مصر، بدون تاريخ.
- 45- د. ممدوح عزمي، صيغ دعاوى الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
- 46- د. أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- 47- أ.د. /حسن الأشموي، الأحوال الشخصية في القانون الفرنسي، مكتبة النهضة المصرية، مصر، 1977.
- 48- د. جميل الشرقاوي، انحلال الزواج وأسبابه في التشريعات الأروبية، المطبعة التجارية، القاهرة، مصر، بدون تاريخ.
- 49- د. علي الخفيف، مجموعة محاضرات حول الأحوال الشخصية، ألقاها بمعهد الدراسات العربية، المكتب الفني، للإصدارات القانونية، 1971.
- 50- المستشار، أحمد نصر الجندي، محكمة الأسرة وإختصاصاتها، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 51- د. حسن عبد الحليم عناية، شرح قانون محكمة الأسرة، في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار الكتب القانونية مصر، 2005.
- 52- الأنوار عبد الرحيم، (نظام الطلاق في الجزائر)، مذكرة دبلوم الدراسات العليا، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، تحت رقم 76/03، تحت إشراف د. علي علي سليمان، نوقشت في الموسم الجامعي من سنة 1975-1976.

- 53- عمرزودة، (طبيعة الأحكام، بإنهاء الرابطة الزوجية، وأثر الطعن فيها)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، تحت رقم 02/109، تحت إشراف أ. د. الزوينة عبد الرزاق، نوقشت في الموسم الجامعي من سنة 2002-2003.
- 54- أ. محمد الحسيني الحنفي، (تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر)، الناشر مطبعة حامة عين شمس مصر، 1974.
- 55- أ. أسعد لطفي احسن، (الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دراسة فقهية عامة، مدعمة بتشريع الأسرة، وإجتهد قضاء المحكمة العليا) الناشر / دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة، الجزائر، 2001.
- 56- أ. دلاندة يوسف، (قانون الأسرة، مدعم بأحدث مبادئ إجتهدات المحكمة العليا، في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث / الناشر دار هومة، الجزائر، 2003.
- 57- د. عائشة الفرج العطيات (المرأة في ظل قوانين الأحوال الشخصية العربية) الناشر / مكتب الخدمات الإستشارية للمرأة، الأردن، 1984.
- 58- أ. مولاي ملياني بغدادي، (حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية) الناشر قصر الكتاب البلدية، الجزائر 1997.
- 59- أ. د. فتحي الدريني، (هل قوة إستمرار الحكم السابق ثابتة بالإستصحاب شرعا أو عقلا)، المعهد العالي لأصول الدين، مجلة الموافقات، العدد 01، 1992.
- 60- د. محمد سعيد العشماوي، (توحيد مسائل الأحوال الشخصية، في التشريعات العربية) مجلة الحق، إتحاد المحامين العرب، العدد 1، 2، سنة 1988.
- 61- د. محمد تقية، (تطور المفهوم القانوني والإجتهد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية خلال 20 سنة من إسترجاع السيادة الوطنية)، مجلة الفكر القانوني، العدد الأول، نوفمبر 1984.
- 62- د. بلحاج العربي، (طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق بن عكنون، العدد 03، سبتمبر 1990.
- 63- د. عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعية، (العمل بالمصلحة)، مجلة أضواء الشريعة، جامعة الإمام بن مسعود، السعودية، العدد 10، 1399 هـ.
- 64- أ. بن صالح داود، (الواقع والنصوص القانونية للطلاق) مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 01، ماي جوان 2001.

- 65- د.ناصر الدين ماروك (قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق) مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03 ، السنة 2000.
- 66- أ.صلاح الدين المستاوي ، (المرأة والأسرة بين التشريع، والقوانين الوضعية)، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03 السنة 2000.
- 67- د.دنوني بن الشيخ هجيرة،(إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة) مجلة المجلس الإسلامي، العدد 03 ، السنة 2000.
- 68- أ.عمر زودة،(أثار الطعن في الأحكام الصادرة بالطلاق) مجلة الفكر القانوني، العدد 03 ، ديسمبر 1986.
- 69- د.عبد الكريم سايتوح ، (الأسرة والمستقبل) محاضرات الملتقى الثاني عشر للفكر الإسلامي، وزارة الشؤون الدينية، باتنة، الجزء الأول، الجزائر، 07 سبتمبر 1978.
- 70- أ.عبد المجيد بيرم، (هل الاختلاف في الفروع الفقهية من مقاصد الشارع) مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، العدد 05 ، 1996.
- 71- أ.تشوار حميدو زكية (الدور الإيجابي للقضاء، في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق بن عكنون، العدد 03 ، سبتمبر 1990 .
- 72- أ.إبن التومي عبد القادر،(الطلاق في التشريع الإسلامي، وقانون 1959 / 09 / 17 نشرة القضاء رقم 1967 / 06.
- 73- أ . تقية عبد الفتاح، (الإشكالات القانونية بين النظرية، والتطبيق في قانون رقم 11 / 84 - تشريع الأسرة الجزائري) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، العدد 02 ، جزء 41 ، سنة 2003.
- 74- إجتهادات القضاء العربي، في مجال الأحوال الشخصية في الآتي : (إبطال عقد الزواج، حق الرؤية للحاضنين، المسكن الشرعي)، المجلة العربية للفقه، والقضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، العدد 13، أبريل 1993.
- 75- أ.لويزة حنيفي، (المسؤولية المدنية للأب، عن أفعال الأبناء القصر في الحالة الخاصة للطلاق) مجلة العلوم القانونية، العدد 03 ، 1994.
- 76- أ.عثماني عبد القادر (حق الزوجة في طلب حل الزواج)، كراسات المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، العدد 04 ، مارس 2003.

- 77- تعليق رئاسة التحرير لمجلة نصف الدنيا، (في المغرب ..الطلاق الغيابي باطل) !، مجلة نصف الدنيا، الرباط، المغرب، العدد 737، تاريخ 28 / 03 / 2004.
- 78- الندوة الجهوية للقضاء المدني، التجاري، تلمسان يومي 24/25/1991، وزارة العدل (تعليقات وتعقيبات الخبراء المختصين والقضاة).
- 79- الندوة الوطنية للقضاء الإستعجالي، مديرية الشؤون المدنية، وزارة العدل (1995 بزرالدة 20، 21، 22) تعليقات، وتعقيبات الخبراء، والمختصين، والقضاة.
- 80- تقارير، وملاحظات، وتعليقات، حول ملف الأسرة 11 / 84 جمعها الأستاذ / مولود عمار المهري.

ج- المراجع الخاصة بالطلاق وآثاره

- 1-المستشار، حسن حسن منصور، الموسوعة القضائية، في مسائل الأحوال الشخصية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2002.
- 2-المستشار، حسين حسن منصور، المحيط، في شرح مسائل الأحوال الشخصية، مطبعة سامي لطباعة الأوفست والماستر، الإسكندرية مصر، 2001.
- 3-المستشار أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار إحياء الكتاب العربي مصر، 1962.
- 4-أ.د. محمد أبوزهرة، موسوعة الفقه الإسلامي، جمعية الدراسات الإسلامية القاهرة، 1967.
- 5-المستشار، معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية مصر، 2004.
- 6-أ. د. /عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1983.
- 7-أ.د. /وهبة الزحيلي، الفقه وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1984.
- 8-أ.د. /صالح الدين الناهي، الأسرة والمرأة، شركة الطبع والنشر، بغداد، 1958.
- 9-المستشار، محمد يحيى بن المطهر، أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية، دار الكتاب المصري، القاهرة، 1985.
- 10-المستشار، أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية مصر، 2004.
- 11-المستشار أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

- 12- أ.د./ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقوانين الأجنبية، وقوانين الأحوال الشخصية العربية، دار الفكر مصر، 1968.
- 13- د. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن للأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- 14- القاضي الشيخ أحمد محمد علي داوود، القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 1997.
- 15- أ.د./ أبو زهرة محمد، عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، مصر، بدون تاريخ.
- 16- د. الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، الزواج قيامه أثاره إنقضاءه في القانون الفرنسي، مطبعة النهضة، مصر، 1965.
- 17- د. علي محمد حسن الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، دار العهد الجديد للطباعة، القاهرة، مصر، 1968.
- 18- نعيمة تبو دشت، (الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي)، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق بن عكنون، تحت رقم 102/50، تحت إشراف الدكتور صبحي أعراب، نوقشت في الموسم الجامعي من سنة 2000-2001.
- 19- اليزيد عيسات، (التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري)، مدعما بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجيستر، تحت 04/21، كلية الحقوق بن عكنون، تحت إشراف، د. عمر بلمامي، نوقشت في الموسم الجامعي من سنة 2002-2003.
- 20- فريحاوي كمال، (التفريق للضرر، في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة)، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق بن عكنون تحت رقم 03/84، تحت إشراف د. أبو عبد الله أحمد، نوقشت في الموسم الجامعي من سنة 2002-2003.
- 21- بوقرة أم الخير، (مسكن الزوجية، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق بن عكنون، تحت رقم 03/130، نوقشت في الموسم الجامعي من سنة 2003، تحت إشراف أ.د. فركوس دليلة.
- 22- مقدم السعيد، (التعويض عن الضرر المعنوي، في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة) مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق بن عكنون تحت رقم 82/04، تحت إشراف أ.د. علي علي سليمان، نوقشت من الموسم الجامعي من سنة 1982.

- 23- د. محمود إبراهيم بزال، الطلاق، والعدة، بين التشريع، والواقع دراسة تحليلية) الناشر دار النشر، الكلم الطيب، سوريا، 1997.
- 24- أ. عبد المومن بلباقي (التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مدعمة بنصوص قانون 11 / 84 الناشر / دار الهدى الجزائر 2000.
- 25- د. أحمد فتحي البهنسي (نفقة المتعة بين الشريعة والقانون) الناشر / دار الشروق لبنان، 1988.
- 26- أ. قردون حسين، قاض بالمحكمة، (الطلاق وأسبابه) محاضرة أُلقيت في إطار نشاطات كلية حقوق عنابة / للموسم الجامعي 1993 - 1994.
- 27- أ. صلاح الدين قورة، (الطلاق والتطليق في الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، عدد 06، رقم 03، سبتمبر 1974.
- 28- إجتهدات القضاء العربي في مجال الأحوال الشخصية في الآتي (الأمته المنزلية، التطليق للضرر - بعث الحكمين، وكالة الطلاق)، المجلة العربية للفقه والقضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، العدد 14، أكتوبر 1993.
- 29- وثائق الدورة الثالثة لمجلس وزراء العدل العرب في إطار القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الرباط، المغرب، وثيقة الفرقة بين الزوجين، وأثارها، البند الثاني من مشروع جدول الأعمال، ليومي 22، 25 أبريل 1985.
- 30- وثائق الدورة السادسة لمجلس وزراء العدل العرب في إطار القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، وثيقة : الفرقة بين الزوجين وأثارها 11 (وثيقة) البند الثاني 1 / من مشروع جدول الأعمال، الكويت ليومي 2، 5 من سنة 1988.

الفهرس

1	- المقدمة
22	- الباب الأول : الطلاق في ظل قانون 84 / 11 ، والقانون المعدل و المتمم
23	- الفصل الأول : الموقف التشريعي في الطلاق من خلال قانون الأسرة
24	المبحث الأول : موقف المشرع من المعايير، والعوارض، والطرق
25	المطلب الأول : تعريف الطلاق في التشريع
26	المطلب الثاني : المعايير الجوهرية للطلاق
31	المطلب الثالث : عوارض الطلاق من حيث الإعتبارين القانوني، و القضائي
43	المطلب الرابع : إنحلال الرابطة الزوجية
52	المطلب الخامس : القيمة القانونية للطلاق
	المبحث الثاني : موقف الفقه والتشريع والقضاء
56	من التعسف والمتعة والتعويض
56	المطلب الأول : مفهوم التعسف وإثبات صورته أمام القضاء
61	المطلب الثاني : التعويض في الطلاق التعسفي تشريعا وقضاء
	المطلب الثالث : المتعة في مجال الطلاق التعسفي
69	وموقف التشريع والقضاء منها
77	المطلب الرابع : وجه الاختلاف بين المتعة، والتعويض
81	الفصل الثاني : موقف التشريع والقضاء من الطلاق بطلب من الزوجة
82	المبحث الأول : الطلاق بطلب من الزوجة
83	المطلب الأول : طلب التطليق في حالة الضرر اللاحق بها
	المطلب الثاني : النصوص التشريعية
84	المتضمنة الدفع بالأسباب لجواز الطلب
90	المبحث الثاني : الدفع بالأسباب لجواز الطلب أمام القضاء
	المطلب الأول : أسباب إنهاء العلاقة بالحكم
91	القضائي بطلب من الزوجة

المطلب الثاني : معيار الدفع بالضرر وموقف القضاء من إثباته.....	119
الباب الثاني : مبادئ وآثار الطلاق، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وموقف الاجتهاد القضائي منه،	
وإجراءات التقاضي فيه.....	127
الفصل الأول : مبادئ وآثار الطلاق في أحكام الشريعة الإسلامية.....	128
المبحث الأول : الطلاق في المصدرين الأصليين لتشريع الإسلامي.....	129
المبحث الثاني : الطلاق في فقه المذاهب الأربعة.....	143
المبحث الثالث : خصائص الطلاق الشرعية.....	167
المبحث الرابع : الإشهاد على الطلاق.....	177
المبحث الخامس : الآثار الشخصية، والمادية المترتبة على الطلاق.....	183
الفصل الثاني : موقف قضاء المحكمة العليا من النصوص الشرعية الواجبة التطبيق والطبيعة القانونية للحكم المنشئ.....	206
المبحث الأول : موقف قضاء المحكمة العليا من النصوص الشرعية الواجبة التطبيق.....	209
المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للحكم المنشئ في الطلاق.....	229
الفصل الثالث إجراءات التقاضي في قضايا الطلاق.....	237
المبحث الأول : كيفية الإجراءات، طرقها وشروط الدعوى.....	238
المبحث الثاني : قضايا الاستعجال، وطرق الطعن، وتنفيذ الأحكام، لآثار الطلاق.....	269
الخاتمة.....	289
المراجع.....	299
الفهرس.....	315