الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية
قسم العلوم الإسلامية

سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة الجزائري و القانون المدني الفرنسي

بحث لنيل شهادة دكتوراه في الشريعة و القانون

إعداد الطالب: براهامي العيد **إشراف: أ.د. داودي عبد القادر**

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور: حوالف عكاشة	جامعة وهران 1 أحمد بن بلة	رئيسا
الأستاذ الدكتور: داودي عبد القادر	جامعة وهران 1 أحمد بن بلة	مشرفا و مقررا
الدكتور: عمراني أحمد	جامعة وهران 1 أحمد بن بلة	عضوا مناقشا
الأستاذ الدكتور: رايس محمد	جامعة تلمسان	عضوا مناقشا
الأستاذ الدكتور: خلواتي صحراوي	المركز الجامعي النعامة	عضوا مناقشا
الأستاذ الدكتور: سليماني ولد خصال	جامعة المدية	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2017-2018م

شـــكـــر وتـقـديـر

يسعدني أن أتقدّم بخالص شكري وامتناني

لأستاذي الفاضل الأستاذ الدّكتور عبد القادر داودي على

ما أولاني من فائق عنايته وتوجيهاته ما أدّخره يداً عندي

سائلا الله عز و جل أن يجزيه عني خير الجزاء،

كما لا يفوتني أن أتقدّم بشكري الجزيل لكل من

ساهم معي في تيسير العسير ومدّ يد العون والمساعدة.

والله أسال أن يجعل عملنا هذا خالصاً لوجهه الكريم

إنّه سميع قريب مجيب

إهـــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين

الحبيبين اللذين كانا لي سندا فكريا ومعنويا طوال

فترة البحث، وأتمنى لهما طوال العمر ودوام الصحة،

كما أهديه إلى ولدي محمد فاروق ولميس و شريكة

حياتي وإخوتي وأخواتي، دون أن أنسى أخي وزميلي

الذي سهر معي في كتابة هذا البحث المتواضع،

والله أسأل أن يجمعنا في جنة

النعيم.

المقدمة

بسم الله الرحمن الرّحيم

الحمد لله الّذي هدانا لهذا وما كنّا لنهتدي لولا أن هدانا اللّه، الحمد لله الذي أعزّنا بالإسلام وأنعم علينا بالإيمان، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للأنام، وبعد:

فلقد أنعم الله على خلقه ببعثة نبيه صلى الله عليه و سلم ليخرجهم من الظلمات إلى النور ومن الضلال إلى الهدى، فبلغ وبين ووضح للناس شريعة الله، وكان دور فقهائنا وعلمائنا رضي الله عنهم وأرضاهم أجمعين أن تبنّوا ما أنزل اللّه تعالى على نبيه من شريعة ودرسوها وبينوها للناس فهما وعلما ودراية وعملا بمقاصدها التي شرعت لأجلها محاولين تطبيق كل ذلك في حياتهم فكانت حصيلة عملهم على مدى قرون ما وصلنا من تفسير للآيات والسنة النبوية الشريفة، ففتحوا لنا الطريق لنجتهد من خلال فهمهم للنصوص و نتبع خطاهم وننهج نهجهم في فهم تلك النصوص، جاهدين في تطبيقها على واقعنا.

موضوع هذا البحث هو واحد من الموضوعات الفقهية التي امتلأت كتب الفقه بها، إلا أنها لا تكاد تلبي احتياجات الواقع الذي نعيش فيه، لأن هناك تحديات أخرى لم يتحدث عنها الفقهاء، وهذا بديهي لأنها أمور مستحدثة لم يعايشها الفقهاء في عصرهم ولم تواجههم، ولاسيما ما يواجهه المسلمون في واقعهم اليوم وعليه فصميم موضوع بحثنا هو في بيان مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين تفريقا قضائيا، خاصة إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية الأخرى، وذلك من خلال تمحيص وبحث الحالات الّتي يحق للقاضي التدخل فيها قانونا ويمارس سلطته من أجل أن يضع نهاية للرابطة الزوجية، سواء في قانون الأسرة الجزائري أو في القانون المدني الفرنسي، ولقد اعتمدت المنهج المقارن على مستوى كل نقاط البحث ومواضيعه ، معتمدا على المنهج الاستقرائي عن طريق التحليل ، وذلك بالتعرض لمختلف الأحكام الفقهية المصاغة في شكل مواد قانونية في قانون الأسرة الجزائري ، ومقارنتها بما يوجد من أحكام قانونية في هذا الموضوع في القانون المدني الفرنسي .

أولا : أسباب و دواعي اختيار موضوع هذا البحث:

1- السبب الأول و الرئيسي هو ميولي لموضوعي الزواج والطلاق دون غيرها من المواضيع الموجودة في مختلف فروع قانون الأسرة الجزائري.

2- يكتسي موضوع البحث أهمية خاصة لما له من علاقة وطيدة ببيان مدى سلطة القاضي في الحكم بالتفريق بكل حرية بين الزوجين بطلب منهما أو من أحدهما خاصة إذا كان الطلب من المرأة،التي لطالما سمعنا ونسمع كثيرا مما يشاع عنها بأنها مظلومة، ومحرومة من حقها في فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية الذي لا يصلح لتنظيم شؤون الأسرة، لذلك هممت بالكتابة في هذا الموضوع للرد على كل هذه الاتهامات، وتبيان أن سلطة التفريق بين الزوجين كلها بيد القاضي، مقارنا ذلك بما هو موجود في القانون المدني الفرنسي في جزئه الخاص بنظام العائلة.

3- محاولة إثبات أنّ قانون الأسرة الجزائري يحتاج أكثر إلى التعديل والإثراء، لا الإلغاء، بما أنه لا يخلوا من الثغرات و الغموض في مختلف نصوصه مما جعل المشرع الجزائري يعمل على منح القاضي سلطة تقديرية في استنباط القاعدة القانونية، بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص القانوني، عملا بأحكام المادة 222 من فانون الأسرة الجزائري والتي تنص " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " معطيا إياه سلطة واسعة في الأخذ بأي رأي يشاء من أراء الفقهاء دون تحديد للمذهب الفقهي المستند إليه، وسنسعى جاهدين في هذا البحث بمقارنة هذه الأخيرة – السلطة - بما يقابلها في القانون المدني الفرنسي بجزئه الخاص بنظام العائلة.

4- لقد عايشت كطالب في الجامعة في أواخر سنوات التسعينات لغطا كبيرا حول قانون الأسرة الجزائري من بعض الأطراف الجمعوية و السياسية الفاعلة في الساحة الجزائرية والداعية آنذاك إلى تعديل هذا القانون المقيد للزوجة وعدم منحها حقها في الانفصال عن الزوج المتسلط بسلطة منحتها إياه الشريعة الإسلامية التي هي مصدر هذا القانون، فهو يطلق كيف شاء ومتى شاء، دون أن تكون لقاضي شؤون الأسرة سلطة فعلية عليه خاصة في التفريق مثلما هو موجود في الدول المتطورة . ولطالما طمحت إلى التمكن من الرد على هذه الادعاءات، ثقة مني بأنّ قانون الأسرة هو مواد قانونية مأخوذة من أحكام الشريعة التي لا يمكن لها أن تظلم المرأة، والقاضي له دور أساسي في الفصل بين الطرفين سواء كان الطلب من أحدهما أو من الطرفين أو لخلل في عقد الزواج. وقد كنت واثقا أنه إذا كان ما يثار حقيقة، فإن هذا يعود حتما إلى تفريط وقع في قانون الأسرة ليس إلا. وقد كنت أطمح إلى التمكن من الردّ على ذلك بأسلوب علمي تحليلي وليس بكلام شعبوي لا أساس علمي له خاصة بعد التعديل الأخير وأقارنه بما هو موجود في إحدى هذه الدول التي كان يتغنى بها هؤلاء الناس واخترت الفانون المدني الفرنسي ، وقد وفقني الله لأبحث في هذا الموضوع وقد كان هذا الدافع النفسي الأول لاختياري هذا البحث.

ثانيا : إشكالية البحث:

سأحاول الاقتصار في دراستي هذه على بيان مدى سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية بطلب من الطرفين أو من أحدهما أو لخلل في عقد الزواج، وسأحاول أن أبين السبل التي يعتمد عليها القاضي في ممارسته هذه الأخيرة – السلطة التقديرية – بالاعتماد على ما ذهب إليه فقهاء قانون الأسرة الجزائري، والفقه الإسلامي فيما لم يرد فيه نص قانوني – كما تنص المادة 222 السالفة الذكر – وأقارن كل هذا بما هو

موجود في القانون المدني الفرنسي في جزئه الخاص بنظام العائلة من خلال طرح الإشكالية الآتية :

إذا كان للقاضي سلطة في التفريق بين الزوجين بطلب من أحدهما أو من الطرفين أو لخلل في عقد الزواج، فهل وسّع قانون الأسرة الجزائري المأخوذ معظمه من الشريعة الإسلامية من هذه السلطة، لكي يتمتع القاضي بحرية معتبرة في فك الرابطة الزوجية ، أم أنّه قيّدها بحدود لا ينبغي تعديها ؟ وهل ذهب القانون المدني الفرنسي إلى نفس ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في التقييد أو في التحرير.

بعد الإجابة على الإشكالية الأساسية السابقة والتي تتمثل في معرفة موقف كلا من القانونين – قانون الأسرة الجزائري، والقانون المدني الفرنسي - من سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية بطلب من الطرفين أو إحداهما أو لخلل في عقد الزواج يبقى لنا التساؤل عمّا يلي:

- ما هو موقف المشرّع الفرنسي من أحكام التفريق القضائي التي يتدخل فيها القاضي بسلطته، والتي جاء بها قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي فيما لا يوجد فيه نص قانوني؟
- إلى أي مدى وفّق كلا من المشرّع الجزائري و المشرع الفرنسي في كفالة سلطة القاضي في مجال فك الرابطة الزوجية، ؟
- ما هو موقع القانون المدني الفرنسي بين قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية في تكريس هذا الحق، بين من فسح له المجال واسعا ومن ضيّق عليه؟
- كيف يمارس قاضي شؤون الأسرة سلطته التي خولها له القانون لحل الخصومات المطروحة أمامه في مسائل فك الرابطة الزوجية في كل من قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي ؟

ثالثا : نطاق البحث:

لقد تبين لي، بعد جمع المادة العلمية وبعد الإطلاع عليها، شساعة الموضوع وصعوبة الإلمام به في دراسة واحدة، ، ولم يكن بإمكاني حذف بعض المحاور، لأن الإجابة على إشكالية البحث الأساسية تستدعي ما يلي:

- ضرورة التعرض لكلّ الحالات التي تستدعي تدخل القاضي وممارسة سلطته لإنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الطرفين أو من أحدهما أو لخلل في عقد الزواج.
- ضرورة التعرض لموقف قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي من كل حالة من هذه الحالات.
- ضرورة التعريج على موقف الشريعة الإسلامية خاصة فيما لا نص فيه في القانون، وبعدها الانتهاء بموقف القانون المدني الفرنسي من الحالات التي تؤدي إلى فك الرابطة الزوجية و مقارنتها بما هو موجود في قانون الأسرة الجزائري.

رابعا : منهج البحث:

لقد بدأت في بحثي القانوني المقارن هذا بقانون الأسرة الجزائري مع التعرض لرأي الفقه الإسلامي فيما لا نص فيه، ثم مقارنتهما بما هو موجود في القانون المدني الفرنسي فنحن أمام نظامين قانونين مختلفين تماما.

ولقد اعتمدت المنهج المقارن على مستوى كل نقاط البحث ومواضيعه، وفي نفس الوقت، على المنهج الاستقرائي في أهم أداة من أدواته، وهو المنهج التحليلي وذلك عن طريق تحليل النصوص القانونية في هذا الموضوع من قانون الأسرة الجزائري والأحكام الشرعية المستقاة من الشريعة الإسلامية خاصة فيما لا نص فيه في القانون، ومقارنتها بما هو موجود في القانون المدني الفرنسي في جزئه الخاص بنظام العائلة .

خامسا : جوانب إيجابية:

- قبل الحديث عن الصعوبات التي واجهتني في البحث، ينبغي القول إن مادة الأحوال الشخصية في الجانب الفقهي وفيرة وتساعد الباحث على الإلمام بأي موضوع يختاره، لهذا لم أجد صعوبة في هذا الجانب.
- إنّ استعمال مراجع خاصة ببلد على حساب بلد آخر، حتى لو كان هذا الأخير يتعلق بقانون الأسرة الجزائري، فإنّ هذا لا يؤثر في الموضوع كثيرا، لأنّ مادة هذه المراجع كلّها واحدة لاعتمادها على الفقه الإسلامي.
- كما أنّ استعمال كتب قديمة النشر لا يؤثر في الموضوع لأنّ الكتب الحديثة تستعمل ذات القواعد والآراء الفقهية،حتى وان كانت من القرون الماضية.

سادسا : العراقيل و الصعوبات

رغم ما سبق ذكره من ايجابيات فقد واجهتنا بعض الصعوبات:

أستطيع القول بأنني لم أجد صعوبة في جمع المادة العلمية الخاصة بالجانب الفقهي، إلا أن الأمر بالنسبة للمراجع الخاصة بتحليل كل من مواد قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي في جزئه الخاص بنظام العائلة قليلة إن لم أقل منعدمة بالنسبة لبعض المواضيع، فمعظم الكتب المتواجدة في المكتبات لا أجد محتواها يشتمل إلا على مواد قانونية وبعض الاجتهادات القضائية وبدون أدنى تعليق أحيانا.

أما أبرز صعوبة وجدتها في هذا البحث، فهي طريقة تقسيمه من حيث الخطة، وتوازنه من حيث المضمون، فموضوع البحث يتعلق بحالات التفريق التي يتدخل فيها القاضي بسلطته وهي متنوعة، وقد حصرها المشرع الجزائري في عشرة حالات، إضافة إلى الخلع كحالة من حالات التفريق القضائي، وكذلك التفريق لخلل في عقد الزواج، ولا تتعدى أربع حالات إجمالا في القانون المدني الفرنسي في جزئه الخاص بنظام العائلة، فلم يكن من السهل أبدا تقسيم البحث إلى ثلاثة فصول،

وإيجاد المعيار المناسب للتفرقة بين الحالات التي تدخل في الفصل الأول والحالات التي تدخل في الفصل الثاني والثالث كذلك، مع مقارنة هذه الحالات بين القانونين، ولم يكن التقسيم المعتمد في النهاية إلا نتيجة تفكير مني، لم أستطع خلالها إيجاد حل أخر، إلا ما اعتمدته، والذي لن يخلو هو الآخر من النقد، وهذه الصعوبة هي التي أدت إلى إفراد ست مباحث في كل من الفصل الأول والثاني وخمسة في الفصل الثالث والأخير، وهي التي كادت تؤثر سلبا في التوازن بين بعض المباحث لأن كل منها يشتمل على موضوع مختلف تماما عن موضوع المبحث الذي يليه، لتنوع حالات التفريق واختلافها عن بعضها البعض موضوعا وحجما وأهمية في كل من قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي، لكن حاولت تفادي ذلك قدر الإمكان.

سابعا : خطة البحث :

لمعالجة موضوع سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي، قسمت البحث إلى ثلاثة فصول:

خصصت الفصل الأول لسلطة القاضي في التفريق بسبب تضرر المرأة من قبل الزوج واشتمل على ست مباحث على التوالي : المبحث الأول : التفريق لعدم النفقة، المبحث الثاني : التفريق للأيلاء، المبحث الثالث : التفريق للعان، المبحث الرابع : التفريق للخلع، المبحث الخامس : التفريق للزواج بأخرى، المبحث السادس : التفريق بسبب الطلاق التعسفي.

أما الفصل الثاني فقد خصصته لسلطة القاضي في التفريق المرتبط بالطرفين، حيث اشتمل على ست مباحث على التوالي: لمبحث الأول : التفريق للعيب، مبحث الثاني : التفريق للغيبة، الثالث : التفريق للحبس، المبحث الرابع : التفريق للفقد، المبحث الخامس : التفريق لسوء العشرة و الضرر، المبحث السادس : التفريق للشقاق.

أما الفصل الثالث فقد تكلمت فيه عن سلطة القاصي في التفريق بسبب خلل في عقد الزواج، حيث تم تقسيمه إلى خمس مباحث على التوالي : المبحث الأول : تعريف الزواج، المبحث الثاني : التفريق لاختلال ركن من أركان الزواج، المبحث الثالث : التفريق بسبب اشتمال عقد الزواج على شرط يتنافى ومقتضياته، المبحث الرابع : التفريق لاشتمال عقد الزواج على مانع من موانعه، المبحث الخامس : التفريق بسبب ردة الزوج.

وختمت هذه الدراسة بخاتمة أودعتها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث

الفصل الأول

سلطة القاضي في التفريق بسبب تضرر المرأة من قبل الزوج

- ❖ المبحث الأول:
  - التفريق لعدم النفقة.
- ❖ المبحث الثاني:
  - التفريق بالإيلاء.
- ❖ المبحث الثالث:
  - التفريق باللعان.
- ❖ المبحث الرابع:
  - التفريق بالخلع.
- ❖ المبحث الخامس:
  - التفريق للتعدد

المبحث السادس :

- الطلاق التعسفي

تمهيد :

يقصد بسلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، التفريق القضائي، الذي هو طريق من طرق انحلال الزواج عندما لا تفلح الوسائل الاختيارية كالطلاق مثل الذي يقع باختيار الزوج وإرادته.

فالتفريق القضائي يقع بحكم القاضي، لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج إذا كان الطلب منها، و إعطاء الخلاص لكل طرف من الآخر إذا كان الطلب من الزوجين معا.

وقد نص المشرع الجزائري عليه في المادتين 48 و 53 من قانون الأسرة الجزائري، و يتم هذا النوع من التطليق في القانون الجزائري كما قلنا بطلب من الزوجة أو من الزوجين معا، وأمام القضاء في المحكمة، وقد أوردت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري أسباب التطليق على النحو التالي:

1- التطليق لعدم الاتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،
2- العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج،
3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،
4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،
5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8.
7- ارتكاب فاحشة مبينة.
8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
10- كل ضرر معتبر شرعا.

فهذه الأسباب المذكورة في هذه المادة وغيرها ذكرها المشرع في مواد أخرى كوجود خلل في عقد الزواج، هي التي تعطي للقاضي السلطة في التفريق بين الزوجين وإنهاء الرابطة الزوجية من خلال أنه السبيل الوحيد لهذا الانحلال.

و هناك أسباب غفل عنها القانون، و ذكرتها الشريعة الإسلاميّة، يأخذ بها كذلك القاضي في الأحوال الشخصية مادام أن المشرع الجزائري نص في المادة 222 منه على ما يلي :"كلّ ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وعلى هذا سأرجع عملا بهذه المادة في كثير من الحالات والأسباب التي تعطي وتبين سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبيان الخلاف فيها بين المذاهب الشرعية.

المبحث الأول

التفريق لعدم النفقة

- ***المطلب الأوّل*** :

- أحكام النفقة.

- ***المطلب الثانـى*** :

- مدى سلطة القاضي في التفريق لعدم النفقة.

تمهيد

لقد ذكر قانون الأسرة الجزائري هذه الحالة معرفا إياها من خلال ذكر أنواعها في المادة 78 من حيث نص على:

"تشتمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

وسنتناول هذه الأنواع بالتفصيل بعد بيان شروط وجوبها.

المطلب الأوّل

أحكام النفقة

- **الفرع الأوّل** :

ـ شروط وجوبها وأنواعها.

- **الفرع الثانى** :

ـ تقدير النفقة وما يراعى في ذلك .

الفرع الأول : شروط وجوبها وأنواعها

أولا : شروط وجوبها

لقد حدد المشرع الجزائري في المادة 74 من قانون الأسرة الشرط الأساسي لوجوب النفقة للزوجة وهو الدخول بها أو دعوتها إليه، حيث نصت على ما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون".

ما يجب أن نشير إليه أن ذكر شرط الدخول فقط في هذه المادة لا ينفي ضرورة توفر الشرطين الباقيين، لأن شرط الدخول لا يتم إلا بعقد يفترض أن يكون صحيحا. كما أن المدخول بها لا يصح إلا أن تكون أهليتها للزواج قد اكتملت وهي سن 19 سنة وفق ما جاء به التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري وهذا في المادة 7 منه: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج"[1].

ثانيا : أنواعها

1-الطعام:

يقصد بالطعام ما يقتات به أهل البلد حسب العادة والعرف من بر أو شعير أو أرز وغيرها من المأكولات. والمشهور في عصرنا الحالي ما تسمى البقوليات و التي تضم العدس والحمص ونحوها، إضافة إلى الخبز الذي لا تكاد تخلو منه مائدة من الموائد، والحقيقة أن الطعام يختلف باختلاف أحوال الزوجات والنكاح والبلاد وعسر الزوج ويسره[2] لقوله: (ليُنفق ذو سَعَة من سَعَته و من قُدر عليه رزقُهُ فليُنفق ممّا آتاهُ الله لا يُكلّفُ الله نفسا إلاّ ما آتاها سيجعل الله بعد عُسر يُسرا) [الطلاق 7].

1- قانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84، المتعلق بقانون الأسرة الجزائري.

[2] أ.د داودي عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، (دراسة شرعية قانونية مقارنة)، دار البصائرللتوزيع و النشر، الطبعة الأولى، 2007م، الجزائر ، ص 182/ و بن حزر الله عبد القادر ، الخلاصة

2-الكسوة:

لقد وضح المشرع الجزائري في المادة بقوله الكسوة هي اللباس الذي يستر بدنها من سروال وثوب ونحوه، وكذا ما يستر رأسها من خمار، إضافة إلى حذاء لستر رجليها، وكذلك جلباب تستعمله عند الخروج من المنزل لستر زينتها، حيث يجب أن تقيها هذه الكسوة من حرّ الصّيف وقر الشتاء، إما ثوب واحد إذا كانت من ساكني المناطق المعتدلة البرودة والحرارة أو ثوبين أحدهما للشتاء والآخر للصيف.

3-المسكن:

وقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 78 ق.أ على حق الزوجة في المسكن، ورتبها ثالثا بعد كل من المأكل والملبس[1] وهذا تأكيدا منه، كما أكد سابقا على حقها في السكن وترك كيفية تحصيل هذا الحق للزوج ؛ إما أن يكون مالكا للسكن أو مستأجره أو أن يسكنها مع أهله، وإذا سكنت الزوجة مع أهله وأقاربه فليس لها أن ترفض السكن معه إلا إذا كانت شريفة ذات قدر، أو كانوا يؤذونها فعلا، كما لا يجوز أن تشاركها ضرتها في مسكن واحد إلا إذا رضيت كلتا الضرتين[2]؛ ونظرا للأزمة الاجتماعية في مجال السكن فإن القانون لم يلزم الزوج بالاستقلال بالسكن، بل أباح للزوج أن يسكن زوجته في مسكن مع أقاربه ويحق للزوجة المطالبة بسكن مستقل ولو لم تشترط ذلك أثناء إبرام عقد الزواج، وحتى ولو كانت قد سكنت معه في بيت العائلة ونستشف ذلك من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا في 4 نوفمبر 1985 م حيث قررت أنه" يستوجب نقض القرار الذي ألزم الزوجة باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة[3].

في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007 ، ص 278.

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية1، الجزائر، 1999، ص181.

[2] بن حرز الله، المرجع السابق، ص 278.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1،ص 182 وما بعدها.

الفرع الثاني : تقدير النفقة و ما يراعى في ذلك

أولا : تقدير النفقة

لقد أخذ المشرع الجزائري بعدم تقدير النفقة لقرب هذا الرأي إلى الواقع، حيث ترك للعادة والعرف والظروف المعيشية للزوجين الأثر الكبير في تقدير النفقة، وهو ما نصت عليه المادة (79) من قانون الأسرة الجزائري صراحة إلى أنه: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". ونرى أن المشرع لم يقدر النفقة، وإنما تركها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي بناء على العرف والعادة وظروف الحياة المعيشية وعلى حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم الطلب، وهذا على أساس قدرة الزوج المالية وتغير الأسعار في الأسواق[1].

ولقد قصد المشرع الجزائري في عدم تحديد مقدار النفقة التي تستحقها الزوجة وتركها للعرف السائد وأحوال المعيشة، والظروف الاقتصادية، وترك مل واحد ينفق على قدر وسعه تحقيق جملة من الأمور[2]:

1- إخراج النفقة من الصفة العوضية إذ النفقة ليست عوضا عن الاستمتاع، لأن الاستمتاع لا يصلح أصلا للعوضية إذ لا يمكن تقديره، بل تعتبر أفضل الصدقات وأعظمها أجرا.
2- مراعاة أحوال الناس المختلفة، وعاداتهم وأعرافهم في الإنفاق. لينفق كل حسب طاقته ووسعه، إذ الأزواج ليس كلهم على مرتبة واحدة، فهناك الغني والفقير، وهناك الشحيح والكريم، كما أن الزوجات لسن كلهن على درجة واحدة من الاستحقاق فهناك الحامل والمرضعة وهناك الأكولة وقليلة الأكل وكل هذه الحالات مرعية، ولهذا لم تقدر النفقة.

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 1996م، ص 199.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1،ص 182 وما بعدها./وداودي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 182 وما بعدها.

3- رفع الحرج عن الناس حيث يتعاملون فيما بينهم من منطلق المودة والمحبة والتعاون، فلا تكون هناك مشاحة ولا تعاند في الحقوق والواجبات، فتتحول بذلك الأسرة إلى مجموعة من القوانين تنتظم فيها الحقوق والواجبات.

وبالتالي حسب المادة (79) القاضي هو الذي يقدر النفقة بحسب حال الطرفين والظروف الاقتصادية والمعيشية، وأنه لا يحق له أن يراجع تقديره إلا بعد مضي سنة من الحكم وهذه الحالة العادية لتقدير النفقة، ويمكن تعديلها أيضا في الحالات الاستثنائية التي ذكرناها، مع مراعاة أنه مهما كان وضع الزوج من العسر فإن النفقة يجب أن لا تقل عن الحاجات الضرورية[1].

ثانيا : حكم التفريق لعدم الانفاق

قال بجواز التفريق لعدم الإنفاق جمهور الفقهاء، فقد ذهب إلى هذا الرأي المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]وأكثر الفقهاء مع اختلافهم في بعض التفصيلات، وهو مذهب عمر وعلي-رضي الله عنهما- وأبي هريرة[5].

وهم يرون إجمالا أنّ الإمساك بالمعروف هو إمساك الزوج زوجته مع تأديته لكلّ حقوقها دون تضييق أو تشديد عليها. أمّا إذا كان إمساكه لها فيه تضييق عليها وإضرار

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 174./ و فضيل سعد، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، 2007-2008، ص 36.

[2] الخرشي (أبوا عبد الله بن علي)، الشرح على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ العدوي، ج3، دار صادر، بيروت ، ص360/ و مالك (ابن أنس الأصبحي)، المدونة الكبرى، الجزء2، ص 184.

[3] الشافعي (أبوا عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 ، ص91/ و الشربيني (محمد بن أحمد الخطيب)، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج6، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ، ص578.

[4] ابن قدامة (موفق الدين أبوا محمد عبد الله بن احمد بن محمود)، المغني على مختصر الامام ابي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي ، ج9، دار الحديث، القاهرة، 1425ه-2004م، ص 243.

[5] الصنعاني (محمد بن إسماعيل الأمير اليمني لصنعاني)، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج3، مكتبة الإيمان، المنصورة ، ص 609.

بها فإنّ هذا يخرجه عن دائرة المعروف، فيطلّقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها. والضرر في هذه الحالة إمساكها من طرف الزوج دون إنفاق وبدون رضاها[1].

1: أدلّة الجمهور :

استدلّ أنصار هذا الرأي فيما ذهبوا إليه بما يلي:

أ- القرآن الكريم: استدلّ جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه بقوله تعالى في الآيات التالية:

- (فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا)[البقرة231].
- " فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"[البقرة 229].

ب- السنة النبوية: استدلّ جمهور الفقهاء بمجموعة من الأحاديث النبوية أهمها ما يلي:

- روي أبو هريرة- رضي الله عنه- عن النبي صلى الله عليه و سلم أنّه قال: " أفضل الصدقة ما ترك غني، اليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إمّا أن تطعمني وإمّا أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني"[2].

يفهم من هذا الحديث أنّ الزوج إمّا أن ينفق أو يطلّق، وإلاّ عليه القاضي.

---

[1] الخرشي، المرجع السابق، ج3 ص 360/ والشربيني، المرجع السابق، ج6، ص 578./ وابن قدامة، المغني، ج9، ص 243./ ومحمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 420 إلى 422./ ومحمد الشحات الجندي، نظرات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان، القاهرة، 2002، ص 330، 331؛ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص 160؛ ، ، دار النفائس، الأردن، 1997، ص 288.

[2] أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ص 500.

- عن أبي هريرة أيضا أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال في الرجل الذي لا يجد ما ينفق على زوجته:" يُفرّق بينهما"[1]، والنص في هذا الحديث صريح بجواز التفريق لعدم الإنفاق.
- عن أبي سعيد الخدري- رضي الله عنه- أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر ولا ضرار"[2]، فمن الضرر الضرار إمساك المرأة دون الإنفاق عليها.

ج- آثار الصحابة: روي الشافعي عم عمر بن خطاب –رضي اله عنه- أنّه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن يُخيِّروهم، إمّا أن ينفقوا أو يطلّقوا فإن طلّقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا.

- وعن الشافعي أن سعيدا بن المسيِّب عن الرجل الذي لا يجد ما ينفقه على أهله، قال: يُفرق بينهما، قيل له: سُنّة؟ قال: نعم[3]. ورجّح الشافعي أن يكون قول سعيد بن المسيِّب سنّة، سنّة الرسول صلى الله عليه وسلم.

د- أدلّة من المعقول: استدلّ جمهور الفقهاء بالمنطق والمعقول بالقياس على التفريق للعيب، فإذا كان التفريق لعيب الجبِّ و العنّة، فمن باب أولى إجازة التفريق لعدم الإنفاق، لأنّ البدن لا يقوم دون إنفاق عكس الوطء.

كما استدلّ جمهور الفقهاء بأنّ النفقة تجب مقابل الاستمتاع ودليل ذلك سقوطها في حالة النشوز. وبالتالي إذ لم ينفق الزوج يسقط حق الزوج في الاستمتاع وبالتالي وجب حقُّ الخيار[4].

2: نقد حجج الجمهور :

قدّم فقهاء الحنفية انتقادات لأدّلة الجمهور، نسرد أهمها ونردّ عليها إن أمكن.

---

[1] سنن البيهقي، الجزء7، ، حديث رقم 10708، ص 774.
[2] سنن ابن ماجة: كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، 2340،ج2، ص784/مسند أحمد: ومن مسند بني هاشم، بداية مسند عبد الله بن عباس،2719/موطأ مالك: كتاب الأقضية،باب القضاء في المرفق،529
[3] سنن البيهقي، الجزء7، ، حديث رقم 10707، ص 773.
[4] الصنعاني، المرجع سابق، ج3، ص 609 و 610.

أ- إنّ احتجاج جمهور الفقهاء بقوله تعالى: " وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ" وأن هذه الآية تنهى عن الإضرار بالزوجة وأشدّ الإضرار حرمانها من النفقة، مردود عليه. فالآية واردة في موطن آخر وهو أنّ الرجل كان يراجع مطلّقته قبل نهاية العدة بقصد إطالتها عليها. وهذا هو الإمساك ضرارا المقصود بالآية.

- أجاب جمهور الفقهاء على هذا الاعتراض بأنّ المقرر في أصول الفقه أنّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

ب- فَهِم الحنفية من استدلال الجمهور بالآيتين السابقتين بأنّ التفريق للإعسار بالنفقة واجب، ولو كان كذلك لما جاز الإبقاء على العلاقة الزوجية ولو برضا الزوجة.

- أجاب جمهور الفقهاء على هذا الانتقاد بأنّهم لم يوجبوا التفريق للإعسار وإنّما جعلوا الأمر بيد الزوجة، فإن طالبت به نالته وإن رضيت بوضعها فلها ذلك.

ج-أمّا ما ورد في الحديث أبي هريرة في قول المرأة لزوجها إمّا أن تطعمني أو تطلقني، فهي زيادة من كلام أبي هريرة ولم يقله النبي صلى الله عليه وسلم. وما يُستدلُّ به في ذلك ما جاء في تَتِمّة هذا الحديث: "....فقالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله؟ قال: لا، هذا من كيس أبي هريرة". أي من فطنته واستنباطه.

د- أمّا عن الحديث الثاني لأبي هريرة في التفريق بين الزوجة والزوج الذي لا يجد ما ينفق عليها حديث ضعيف[1].

ه- أما عن فعل عمر وخطابه لأمراء الجند فقد كان باعثه خوفه على نسائهم من الفتنة لطول غياب أزواجهن. لكن هذا التأويل يبدو بعيدا نوعا ما، لأنّ كلام عمر كان صريحا فيما ذهب إليه.

[1] - شلبي (محمد مصطفى شلبي)، نظام الأسرة في الاسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار الهدى العربية، بيروت، 1977، ص 560/ نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة، ص 111 إلى 114؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004ص 169، 170./والشوكاني (محمد بن علي الشوكاني)، نيل الاوطارمن أسرار منتقى الأخبار، ج7، المكتبة العصرية، بيروت، 1425ه-2004م، ص 654.

و- فيما يخص إجابة سعيد ين المسيِّب بأنّ ما قاله "سنّة" فلا دليل يؤكد أنّه قصد سنة النبي صلى الله عليه وسلم.

يُردُّ على هذا أنّ السائل عمّا إذا كان ما رواه سعيد بن المسيِّب سنّة يبحث عن الحجة، وهو بذلك يكون قد قصد سنّة النبي صلى الله عليه وسلم، وهي الحجّة والدليل وليست سنّة غيره.

ي-أمّا القول أنّ النفقة هي في مقابل الاستمتاع، فهذا غير مسلّم به، فالمرأة قد تمرض ويطول مرضها ويتعذّر معاشرتها، ويبقى واجب النفقة دائما، فكذلك الإعسار لا يعطي للزوجة حق الخيار.

يمكن الرّد على هذا الانتقاد بأنّ مرض الزوجة الذي لا يسمح بالاستمتاع لا يسقط النفقة، لأن المرض ليس سببا إراديا لمنع الزوج من الاستمتاع كما في حالة النشوز.

المطلب الثاني

مدى سلطة القاضي
في التفريق لعدم النفقة

- **الفرع الأوّل** :

ـ سلطة القاضي في النفقة.

- **الفرع الثاني** :

ـ سلطة القاضي التقديرية

في التفريق لعدم النفقة .

الفرع الأول : سلطة القاضي في النفقة

ذكرنا فيما سبق أن الزوجة تستحق النفقة بمجرد دخول الزوج بها، إلا إذا ثبت نشوزها، وذكرنا أيضا أن للقاضي حق تقدير النفقة حسب المادة (79) من قانون الأسرة، وله تعديلها أيضا وفي كلا الأمرين له السلطة التقديرية بناء على ما يستقيه من معطيات من الواقع، وحالة الزوجين؛ ليقدر من خلالها النفقة الواجبة على الزوج اتجاه زوجته، وفي هذه الحالة لا يخلو الزوج من ثلاث وضعيات يكون عليها – إما أن يكون معسرا، أو موسرا ممتنعا عن النفقة، أو غائبا. وفي كل الحالات تتضرر المرأة بشكل أو بآخر من عدم الإنفاق عليها، فترفع أمرها إلى القاضي، وهذا الأخير يتدخل ويمارس سلطته التي حولها له القانون[1].

أولا : الحالات المسببة للتطليق

1- حالة إعسار الزوج

لا إشكال إن كانت الزوجة عالمة بحال الزوج قبل الدخول، ولكن المشكل إذا حدث الإعسار بعد ما كان الزوج موسرا.

تعريف الإعسار:

لغة: جاء في لسان العرب: الإعسار مصدر أعسر، والعسرة اسم المصدر، وفي التنزيل: (وإن كان ذو عُسرة فنظرَة إلى ميسرة) [البقرة 282].

والعسرة قلة ذات اليد، وكذلك الإعسار، وأعسر الرجل فهو معسر صار ذا عسرة وقلة ذات يد وقيل" افتقر والعُسر بالضم وبضمتين وبالتحريك، من الإعسار ضد الميسرة وهو الضيق والشدة والصعوبة: المعسر نقيض الموسر[2].

---

[1] بن حرز الله المرجع السابق ص 279./ و بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1،ص 182 وما بعدها./وداودي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 182 وما بعدها.

[2] ابن منظور، لسان العرب، مج3، دار صادر، ط4، 2007، بيروت، ص 33.

2: الامتناع عن النفقة:

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الحالة في قانون الأسرة حيث جعلها من الأسباب التي تجعل للمرأة الحق في طلب التطليق حيث نصت المادة (1/53) من القانون على:

"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

أ- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ..."[1].

وكما هو واضح من نص المادة فإن القانون أباح للمرأة طلب التطليق ولكن لابد لها أن تستصدر قبل ذلك من القضاء حكما بطلب الإنفاق والقاضي لا يطلب من الزوج الإنفاق على زوجته إلا إذا كان ميسور الحال، أما وهو في وضع الإعسار فلا يصح مطالبة الزوج بالنفقة إذ لا تكليف إلا بما يستطاع، والزوج في وضع لا يحسد عليه من الضيق والشدة؛ فلا نكلفه ما لا يطيق، ولا يعد الزوج في هذه الحالة معتديا أو ظالما للمرأة إذ العسر بيد الله، فلا يطلق عليه القاضي للعسر[2].

3: نفقة زوجة الغائب

لقد نص المشرع الجزائري في المادة (5/53) من قانون الأسرة على ما يلي:

"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة".

فمن خلال نص هذه المادة يتضح لنا ما يلي:

أ- أن المشرع حدد مدة الغياب بسنة.

---

[1] بن حرز الله، المرجع السابق، ص 279./ و بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1،ص 182 وما بعدها./وداودي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 182 وما بعدها.

[2] بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص 276.

ب - أن لا يكون هذا الغياب بدون عذر، بل يجب أن يكون بعذر لأجل العمل أو التعلم ... إلخ.

- أن يترك زوجته بدون نفقة.

فهذه القيود الواردة في المادة (5/53) تعد بمثابة الشروط التي يجب توفرها في الغياب حتى يحق للزوجة طلب الطلاق، فإن اختل أحد هذه الشروط فلا يجوز لها عندئذ طلب الطلاق، كأن لا تمضي سنة عن غيابه، أو يكون الغياب بعذر ومبرر شرعي أو قانوني أو يترك لها النفقة، وللقاضي في كل هذه الحالة اجتهاد وما عليه إلا رفع الضرر عن المرأة المشتكية.

ثانيا : المدة الواجب انتظارها للتطليق

هذا ولم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على المدة التي تنتظرها المرأة بعد الحكم لها بالنفقة، والتي تمكنها فيما بعد من تقديم طلب الطلاق إلى القاضي، إلا أنه بمراجعة قانون العقوبات المادة (1/331، 2) منه يتبين أن المدة الواجب انتظارها هي شهرين[1]، حيث نصت على: "كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء النفقة الشرعية يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات، وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، وأن الإعسار الناتج عن الاعتياد على السلوك السيئ أو الكسل أو السكر لا يعتبر عذرا مقبولا"[2].

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص 278.
[2] أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات.

الفرع الثاني : سلطة القاضي التقديرية في التفريق لعدم النفقة

أولا- سلطة القاضي التقديرية:

تتمثل سلطة القاضي التقديرية المرتكزة على المادة (1/53) قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ...".

فيما يلي:

أ - سلطته في تقدير الضرر الواقع على المرأة بسبب الإعسار.

ب - إثبات إعسار الزوج أو امتناعه عن الإنفاق أو سفره بدون ترك نفقة الزوجة أو تبرئه منها.

ج - في إعطاء مهلة للزوج، حيث يراعي القاضي حاجة المرأة ومدى صبرها، ليقرر على ضوئها إعطاء المهلة، والمدة الممنوحة أو عدم منحها إطلاقا.

د - في حالة عدم إثبات العسر، يطلب من الزوج الإنفاق أوالطلاق ويجتهد القاضي في التلوم له.

ه - عند غياب الزوج يقدر القاضي حالته من اليسار والإعسار.

و- فإن كان غنيا بما هو موجود مما تركه الزوج الغائب يصلح للإنفاق على الزوجة يفرض لها القاضي نفقتها منه؛ وإن ثبت إعساره؛ ينظر القاضي إلى مقر سفره فإن كان قريبا يرسل له بالخيار بين النفقة والطلاق، وإن كان سفره بعيدا يطلق عليه ولا يعذره[1].

[1] بن حرز الله، المرجع السابق، ص 279، برتي للنشر، قانون الأسرة قانون الجنسية الجزائرية قانون الحالة المدنية في ضوء الممارسة القضائية، النصوص الكاملة للقوانين، وتعديلاتها الى غاية 27 فبراير 2005، مدعمة

ثانيا- حدود سلطة القاضي:

تتمثل حدود سلطة القاضي في الشروط التي يلتزم بها في التفريق، ونوع الطلاق الذي يقع به التفريق:

1- شروط التفريق لعدم النفقة :

نصّت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على ما يلي: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

هذه المادة الوحيدة، بل الفقرة الوحيدة التي تحدثت عن التفريق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري. ويلاحظ لأول وهلة أنّ المشرّع الجزائري قد استعمل عبارات وجيزة وملخصّة جدا. وقد أجمل في هذه العبارة شروط طلب التطليق لعدم الإنفاق.

إتفق الدكتور بلحاج العربي والأستاذ عبد العزيز سعد ثلاثة شروط جاءت في المادة 53، وأضاف كل منهما شرطا رابعا يختلف عن الآخر. وهذه الشروط هي:

أ- امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته قصدا وعمدا.

ب - صدور حكم قضائي بوجوب نفقة الزوجة على زوجها.

ج - ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

د - أضاف د. بلحاج العربي شرط ألاّ يكون الامتناع عن النفقة بسبب عسره[1].

بالاجتهاد القضائي، طبعة جديدة مصححة و منقحة، 2011-2012،ص 27./ المصري مبروك، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 296.

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 276.

ه - وأضاف الأستاذ عبد العزيز سعد شرط رابع وهو أنّ الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق لعدم توفيره هو إنفاق مثل زوجها على مثلها[1].

إنّ الشروط الواضحة من خلال المادة 53 أعلاه من بين هذه النقاط الخمسة هي الشرط الثاني والثالث وهما:

الشرط الأول: صدور حكم قضائي بوجوب النفقة، لأنّ المشرّع الجزائري نصّ صراحة على هذا الشرط وبنفس العبارة. فالزوجة لا يجوز لها التقدم أمام المحكمة لطلب التطليق لعدم الإنفاق إلاّ بعد استصدارها لحكم قضائي بوجوب النفقة وبكل مشتملاتها المذكورة في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، أي نفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

- بعد هذا وبعد رفض الزوج تنفيذ حكم النفقة بإمكان الزوجة طلب التطليق إذ توفر الشرط الثاني وهو عدم علمها بإعسار زوجها[2].

وينطبق نفس الأمر على المسكن باعتباره من مشتملات النفقة، وليس للزوجة طلب التطليق لعدم توفر مسكن مستقل لها إلاّ بعد استصدار حكم قضائي بذلك[3]. وهذا ما قضت به المحكمة العليا: " متى كان من المقرر شرعا أنّ للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن اهل الزوج فليس معنى هذا أنّها تطلّق إذا لم يكن لها ذلك حالا، بل يجري عليه ما يجري على النفقة...."[4].

---

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 256.

[2] هيئة القراءة والبحث بدار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2001، ص 62؛ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 32.

[3] ملف رقم 189339، قرار بتاريخ 1998/05/19، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، مرجع سابق، ص 216.

[4] ملف رقم 44994، قرار بتاريخ 1987/02/23، نقلا عن باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 33.

لكن ما هي المدة التي يجب على الزوجة انتظارها بعد الحكم بالنفقة على الزوج وامتناعه عن تنفيذه؟

هناك من يرى[1]أنّ مدة عدم الإنفاق يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب التطليق هي شهرين قياسا على المدّة التي وردت في المادة 331/ 1،2 من قانون العقوبات الجزائري والتي تعاقب من امتنع عمدا عن تنفيذ حكم النفقة لمدّة تتجاوز شهرين[2]. وتبقى هذه المدّة استنتاجا من المادة المذكورة لأنّ مواد التطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة لم تذكرها. كما أنّ هذه المدّة تخص الشروط الواجب توافرها لمتابعة الزوج جزائيا لامتناعه عن تقديم نفقة مقرّرة قضاء.[3] وما أكدّ القول بهذه المدّة هو قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 في الملف 34791 والذي يقضي بما يلي: " متى كان من المقرّر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ عدم الإنفاق على الزوجة لمدّة تزيد على شهرين متتابعي نيكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها وفقا لما نصّ عليه الفقيه ابن عصام....

- إذ كان من الثابت أنّ المطعون ضدّه أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي.... فإنّ قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي...."[4].

إنّ المتمعن في المادة 331 من ق.ع السابقة الذكر يجدها تخص المتابعة الجزائية للزوج الممتنع عن تسديد النفقة عن جريمة الهجر المالي للأسرة[1]، هذا من الجانب النظري، أمّا

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 278/ وعبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 258.

[2] الأمر رقم 456/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

[3] عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 27.

[4] أحمد لعور، أ.نبيل صقر، الدليل القانوني في الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 58./و بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2000، الجزائر ، ص 83.

عمليا فإنه بعد التقرب من الجهات المعنية للسؤال عن هذه المدّة وكيفية التعامل معها كانت الإجابة هي تطبيق القواعد العامة للتنفيذ. فبعد إصدار الحكم بالنفقة فإنّه على الزوجة أن تبلغه للزوج على يد محضر قضائي لتنفيذه في أجل أقصاه خمسة عشر يوما[2].

إذا لم ينفذ الزوج خلال هذه المدّة حرّر المحضر القضائي محضرا بامتناع الزوج عن تنفيذ النفقة، وهذا ما جاءت به المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية[3]. وبإمكان الزوجة بعدها اعتماده لطلب التطليق إذا أرادت ذلك[4]. وهذه المدة قد تكون أطول إذا استعمل الزوج حقّه في الاستئناف وأيدّ المجلس حكم النفقة.

الشرط الثاني: أخذ المشرح الجزائري بشرط فقهاء المالكية هو عدم علم الزوجة بإعسار زوجها وقت العقد لإعطائها حق طلب الفرقة للإعسار، والتي أخذت مثله من الفقه المالكي. وهو بذلك يكون قد سحب من الزوجة الحق في التطليق إذا تحقق ذلك الشرط. ولكن هذا ينطبق على حالة فقط ولن يقف حاجزا أمام الزوجة إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها عمدا.

وكذلك الشرط الذي ينفي بأنّ الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها، وهذا ما جاء في المادة 79 من قانون الأسرة والتي أحالت إليها المادة 01/53. وكذلك المادة 78 التي تحدّد مشتملات النفقة- السابق ذكرها-. وبالتالي نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالرأي الفقهي القائل بأنّ طلب التفريق لا يجب إلاّ بسبب عدم توفير الحد الأدنى للنفقة.

---

[1] للتفصيل في جريمة الهجر العائلي وأركانها ارجع إلى خلفي عبد الرحمان، الجرائم المقيّدة بشكوى "دراسة قانونية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2010، ص 220 وما يليها.

[2] خلفي عبد الرحمان، المرجع نفسه ، ص 232.

[3] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

3 منصوري نورة، التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 25

تعقيب:

أمّا عن الشرط الذي ذكره الأستاذان بلحاج العربي و عبد العزيز سعد على أنّه الشرط الأول لطلب التطليق لعدم الإنفاق في القانون الجزائري، وهو امتناع الزوج عن الإنفاق قصدا وعمدا، فإننا نرى أنّ صيغة المادة 1/53 لم تشر لا من بعدي ولا من قريب إلى تعمُّد عدم الإنفاق. فالمشرع أدرج عبارة "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه....."، ولم يدرج عبارة "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق". فعدم الإنفاق يحتمل السببين، الإعسار أو الامتناع. بل والقارئ للصيغة بأكملها والتي لم يفصلها المشرع لا بنقطة ولا بفاصلة يفهم عكس ذلك تماما، أي عكس القصد وتعمّد عدم الإنفاق. لأنّ المشرع وضع الصيغة كالآتي: " عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج...". أي أنّه لو عسر بالنفقة ولم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج حقّ لها طلب التطليق. وهنا إشارة واضحة إلى أنّ عدم الإنفاق قد يكون سببه الإعسار، والذي قد تكون الزوجة عالمة به أثناء العقد أو لا. ولو لم يكن له هذا المعنى لما أدرج المشرّع هذا الشرط من الأساس.

ولن نذهب إلى اعتبار الإعسار فقط سببا لطلب التطليق كما يظهر من الشكل الخارجي للمادة السابقة، لأنّ الأحكام القضائية واجتهادات المحكمة العليا تشير إلى أنّ عدم الإنفاق قد يكون امتناعا كما قد يكون إعسارا. كما يبطل حق الزوجة في طلب التفريق لعدم النفقة الشاملة، كانعدام السكن المستقل،وليس للقاضي سلطة في تفريقها عن زوجها المعسر إذا كانت تعلم بإعساره وعدم قدرته على توفير بعضها وقت العقد[1].

إضافة لما سبق فان المشرع الجزائري قد وضع عبارة جامعة وهي عدم الإنفاق، وهي تحتمل الوجهين.

---

[1] منصوري نورة، المرجع السابق، ص 25./ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 294./باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 33./ هرنان عبد الرحمان، محطات قانون الأسرة الجزائري بين الماضي و الحاضر، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، 2012، ص 84 وما بعدها.

فالشرط الأول بالنسبة لشروط طلب التطليق لعدم الإنفاق يجب أن يصاغ كالآتي:

- " عدم إنفاق الزوج على زوجته"، كما ورد في المادة.

أمّا الشرط الذي أضافه الدكتور بلحاج العربي وهو ألاّ يكون الامتناع عن النفقة بسبب الإعسار، فإننا نرى كذلك أنّه لم يذكرفي المادة 53 ق.أ. بل على العكس من ذلك، فإنّ إدراج عبارة " ما لم تكن الزوجة عالمة بإعساره " دليل على أنه لو كان معسرا ولم تكن الزوجة عالمة بذلك لأمكنها طلب التفريق لعدم الإنفاق من القاضي الذي تكون له سلطة فعلية في ذلك. وحتى العبارات التي استعملها لتبرير هذا الشرط هي في الحقيقة العبارات التي استعملها فقهاء الحنفية لتبرير عدم أخذهم بالتفريق لعدم الإنفاق سواء كان إعسارا أو امتناعا[1]. والمشرع الجزائري لم يأخذ برأي الحنفية.

2- نوع الطلاق الذي يقع به التفريق لعدم النفقة :

وصف المشرع الجزائري انحلال الرابطة الزوجية سواء كانت بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة على أساس المادة 53 أو 54 قانون الأسرة الجزائري، بأنّها طلاق. وهذا ما جاء في المادة 48: " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يُحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و54 من هذا القانون". ويكون بذلك قد حسم رأيه ولم يعتبر الفرقة لعدم الإنفاق فسخا. لكنّه لم يشر مباشرة إلى طبيعة الطلاق الذي يحكم به القاضي لعدم الإنفاق أو لأيّ سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 من فانون الأسرة الجزائري ، وإنّما أطلق حكما عامّا على الطلاق بكل أنواعه. وهذا ما نفهمه من المادة 50 من نفس القانون التي تنص على: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

---

[1]- االسرخسي، (شمس الدين أبوا بكر محمد أحمد بن أبي سهل)، المبسوط، ج5، دار المعرفة، ط2، بيروت، ص 190./ وابن همام الحنفي، فتح القدير شرح كتاب هداية المهتدي شرح بداية المبتدي، ج2، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، بيروت، ص 329.

2 - منصوري نورة، المرجع السابق، ص 25./ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 294./باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 33.

إنّ إجراء محاولة الصلح تخصّ كل أنواع الطلاق المذكورة أعلاه. والدليل على ذلك أن المشرع في المادة 48 وبعد التعديل الأخير أضاف عبارة " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه" ثمّ تحدّث عن طرق الطلاق، وأحكام المادة 49 تنصّ على ضرورة إجراء محاولة الصلح، حيث نصّت على: " لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم عدّة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاثة أشهر..."[2].

بالعودة إلى المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري يظهر أنّ الحكم بالتطليق لعدم الإنفاق يقع طلقة بائنة لأنّ الزوج إذا أراد استرجاع زوجته- أو من كانت زوجته- بعد إصدار الحكم لا بدّ من عقد جديد.

بالتالي يكون المشرّع الجزائري قد خالف المذهب السائد في بلادنا باعتبار التطليق لعدم الإنفاق طلاقا رجعيا بشرط استعداد الزوج الذي يريد الرجعة للإنفاق وقدرته عليه.

ما نلاحظه في الأخير أن مواد التفريق لعدم الإنفاق مأخوذة من الفقه الإسلامي كغيرها من المواد الأخرى، خاصة ما ورد في فقه المذهب المالكي والذي أظهر سعة ودقة في حالة عدم إنفاق الزوج على عكس ما ذهب إليه باقي الفقهاء. أي ذهب إلى عكس ما ذهب إليه أبو حنيفة في عدم إجازته التفريق لعدم الإنفاق سواء كان قصدا أو الإعسار. كما فصّل المالكية أكثر من الشافعية والحنابلة وكان في غاية الدقة والموضوعية في إعطائه حق التفريق للزوجة في هذه الحالة. إلاّ أنه أضاف شرطا مسقطا لحقّها في طلب الفرقة وهو علمها بالإعسار وقت العقد والذي أخذ به المشرع الجزائري.

وفي الأخير وبعد عرض شروط التفريق لعدم الإنفاق نجد أن المشرّع الجزائري لم يأخذ في حقيقة الأمر إلاّ بالشرطين التاليين:

1. أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي ويتمتع رسميا عن ذلك.
2. ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج.

أن التساؤل يثور حول باقي الشروط التي ناقشناها من قبل في قضية ما إذا كان عدم الإنفاق هو الإعسار وعدم القدرة على الإنفاق أو الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه، وما هو المقصود بالإنفاق الذي يمتنع عنه الزوج، هل هو كل النفقة الشاملة أم لا. وما هو الحدّ الأدنى لعدم الإنفاق ومدى مراعاة حالة الطرفين في تقدير النفقة؟

في الحقيقة كل هذا من صلاحيات القاضي وينطوي تحت سلطته التي خولها له القانون، فيأخذه بعين الاعتبار في دعوى مستقلة عن دعوى التطليق. فالزوجة ليس عليها إلاّ تقديم الحكم بالنفقة وحضر الامتناع عن تنفيذه وإثبات عدم علمها بالإعسار أثناء العقد إذا كان الامتناع عن الإنفاق بسببه.

الفرع الثالث : موقف المشرع الفرنسي من التفريق لعدم النفقة

أولا : التكييف القانوني للحالة

لقد أدرج القانون المدني الفرنسي هذه الحالة كغيرها من الحالات الأخرى ضمنيا كطريق من طرق حل الرابطة الزوجية، بحيث يتبادر إلى ذهن القارئ المتمعن لأحكام هذه الحالة وما يطابقها من معان حينما يتفحص البند 212 من القانون المدني الفرنسي[1] والذي ذكر فيه المشرع الفرنسي مميزات هذا النوع من الطلاق الذي تندرج تحته هذه الحالة وهو ما يسمى بالتفريق بسبب الغلط (le divorce pour faute). هذا النوع من الطلاق الذي تنطوي تحته حالات كثيرة تسمح للقاضي أن يتدخل بسلطته للتفريق، بطلب من أحد الطرفين المتضرر من فعل الآخر.

وما يلاحظ على مضمون هذه الفقرة، من الأمور التي تؤدي إلى حدوث هذا النوع من الطلاق، كل تصرف غير متوافق مع الواجبات الزوجية فيؤدي إلى غيابها، ومن أهمها الواجبات المالية وإسداء العون و المساعدة، وعلى هذا أعطى القانون الحق للطرف المتضرر أن يدافع عن نفسه ويلجأ إلى إظهار هذا الخطأ -الذي تسبب فيه الطرف الثاني- إلى القضاء ويطلب من القاصي التفريق بينهما على هذا الأساس [2].

ثانيا : مدى سلطة القاضي في التقريق

لما يتقدم الطرف المتضرر بطلب التفريق بسبب الغلط إلى القاضي ويقدم الأسباب و الدلائل و الأخطاء التي ارتكبها الطرف الثاني في حقه من تقاعس في أداء الواجبات خاصة المالية منها ، فالقاضي قبل أن يمارس السلطة التي خولها له القانون للحكم بالتفريق في هذه الحالة، عليه أن يدرس هذه القضية من جميع جوانبها مع النظر إلى

---

[1] -(Art212) « Les époux se doivent mutuellement, respect, fidélité, secours, assistance

[2]- Patrick courbe, droit civil (….la famille..), mémentos Dalloz, 7em édition, 2009, page 102./ Corinne Renault-Brahinsky, droit de la famille (concubinage, pacs et mariage, divorce, filiation), Gualino édition, 5em édition, paris 2003 , page 122.

البند 214 من القانون المدني الفرنسي في جزئه الخاص بأحكام الأسرة الذي يلزم كل من الزوجين بالمشاركة في النفقات المنزلية بجميع أنواعها وما أتت به من تكاليف الحياة اليومية كل على حسب دخله [1]، كما يحاول القاضي الصلح بين الزوجين حتى إذا تأكد من أن الأمور بينهما وصلت إلى طريق مسدود بالإضافة إلى وجود ضرر بالغ على أحد الطرفين فيحكم بالتفريق على هذا الأساس[2].

وبهذا حكم القاضي في حالة Marie التي طلبت الطلاق بسبب الغلط (le divorce pour faute)

ف Marie وPierre متزوجان منذ عشر سنوات، وMarie لا تشتغل لأن زوجها لم يرغب بذلك كما أنه يكسب جيدا حوالي 6500 أوروا في الشهر، فهو يشتغل لحسابه و كل مرة يتخاصمان فيها لأي سبب يقطع المصروف عن البيت ويقرر أن لا يعطيها شيئا لكي يعاقبها بحجة تجرئها على التشكي وأنها كانت السبب في هذا الخصام ، فهو يقطع الانترنت ولا يعطي أي سنتيم ، لا يتكلم حتى مع الأطفال ، ويرفض النفقة عليهم طيلة مدة الخصام [3]

[1] Art214-(si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent a proportion de leurs facultés respective).

[2]- Patrick courbe, droit de la famille, page 142./Frédérique garnet-Lambrechts et patrice hilt, droit de la famille, page 162./ Gilles Guobeaux, droit civil, Tome 1, 36em édition, page 166./ Corinne Renault-brahinsky, droit de la famille , page 122./ Clara Bernard-Xémard, droit civil (les personnes - la famille), licence1, gualino, 2em édition, 2014-2015, page 297-300.

[3]- Allison Fiorentino et Marie Hascoet, Droit des personnes – Droit de la famille (cours – exercices corrigés), Armand colin édition, 2010, paris, page 123-124. Catherine marie et Anne Cathelineau, droit de la famille, (cours, exercices corrigés), Bréal édition, 2016, page 228. /jean garrigue, droit de la famille, hyper cours, cours travaux dirigés, Dalloz, 1er édition, paris, page 212. /guide de vos droit – famille, le particulier édition, ./ le guidec Raymond, droit de la famille (régimes matrimoniaux, pacs, divorce, libéralités, successions et indivision), tome 2, l'extenso édition, 15em édition.

المبحث الثاني

التفريق بالإيلاء

- ***المطلب الأوّل*** :

- ماهية الإيلاء .

- ***المطلب الثاني*** :

-موقف القانون من التفريق بالإيلاء.

تمهيد:

لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بالإيلاء، وإن كان هذا الأخير يتفق في الأحكام مع حالة الهجر في المضجع التي تعرض لها المشرع الجزائري في سرده للحالات التي يتدخل فيها القاضي و يمارس سلطته بوضعه حدا للرابطة الزوجية بعد طلب التطليق، و جاء ذلك في الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة حيث نصت على: «... الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر ...». و قد اخذ المشرع الجزائري بهذا السبب لأنه من الأسباب الجوهرية التي قد تتضرر منها الزوجة، و يكون المشرع بذلك قد اخذ بما أخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية، و يظهر ذلك من خلال المدة التي حددها كحد أدنى للهجر لكي يتمكن القاضي من التدخل ممارسا لسلطته التي خولها له القانون بإجباره الزوج المولي إما بالفيء أو التطليق، و ذلك بعد طلب من الزوجة.

و ما يلاحظ على مضمون هذه الفقرة أن المشرع لم يتعرض مباشرة لأحكام الايلاء مما يجعلنا نقول بان المشرع أهمل الايلاء، محاولا أن يبعده من نصوص القانون تضييقا لدائرة الطلاق، وتخفيضا لنسبة تطوره عن طريق التقليل من أسبابه.

وعلى هذا سنلجأ لأحكام الشريعة الإسلامية أولا في بيان مفهومه و شروطه و أركانه و أحكامه، و هذا عملا بما نص عليه القانون في المادة 222 السابقة الذكر « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ».

المطلب الأوّل

ماهيـــة الإيلاء

- **الفرع الأوّل** :

ـ تعريفه وبيان أحكامه.

- **الفرع الثانـي** :

ـ حكم التفريق بالإيلاء

ونوع الطلاق الذي يقع به.

الفرع الأول: تعريف الايلاء وبيان أحكامه

أولا: تعريف الايلاء

1 تعريفه لغة:

الايلاء هو الحلف، و آلى، يولي، إيلاء، معناه الحلف، ومنه قوله تعالى (و لا ياتل أولو الفضل منكم) [النور 22]، و الالية: اليمين و جمعها الايا[1]. و ألى ايلاء و تالى وأئتلى: حلف، و الألِيُّ[2]: الكثير الايمان. فالإيلاء لغة هو الحلف و القسم بصفة عامة.

2- تعريفه شرعا:

هو ان يحلف الزوج بالله تعالى او باسم من اسمائه او صفة من صفاته على ترك وطء زوجته مدة تزيد على اربعة اشهر[3]. و قد يكون حلفه مطلقا بان يقول " و الله لا اطا زوجتي"، او يكون مقيدا بلفظ "ابدا"، بان يقول "و الله لا اقربها ابدا"، او مقيدا بمدة اربعة اشهر فما فوق بان يقول "و الله لا اقرب زوجتي مدة خمسة اشهر او ستة... فان قال ما سبق كان موليا، اما ان قيده باربعة اشهر بالضبط او اقل فانه لا يعتبر موليا[4]. و لقد اختلف فقهاء المذاهب في تعريفه على النحو التالي:

أ- المذهب المالكي: لقد عرف فقهاء المالكية الايلاء بانه حلف زوج مسلم مكلف ممكن الوطء بما يدل تركه وطء غير المرضع اكثر من اربعة اشهر سواء كان الحلف بالله او بصفة من صفاته او بالطلاق او بمشي الى مكة او بالتزام

---

[1] - ابن منظور، المرجع السابق، مج1 ، ص 117.

[2] - لوبين معلوف، المنجد في اللغة و الأدب و العلوم، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ص 114.

3 - عبد الحميد ميهوب، محمود محمد عوض، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة مركز جامعة القاهرة مصر 1999، ص 254./ الشيخ أحمد بن حمد الخليلي، الايلاء ، مكتبة الجيل الواعد، ط2، ص9.

[4] - ابن همام، المرجع السابق، ص 188/ العدوي، الحاشية على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد، ج2، دار المعرفة، بيروت،ص93./ الشافعي، المرجع السابق، ج5، ص 383./ ابن قدامة، المرجع السابق، ج3، ص 34./عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة العصرية، بيروت 2004، ص 1028

قربة[1].

ب- المذهب الحنفي: لقد عرف فقهاء الحنفية الايلاء شرعا بانه الحلف بالله تعالى او بصفة من صفاته او بنذر او تعليق طلاق على ترك قربان زوجته مدة مخصوصة[2].

ج- المذهب الشافعي: قال فقهاء المذهب بان الايلاء هو حلف زوج يصح طلاقه من وطء زوجته مطلقا او فوق اربعة اشهر، سواء كان حلفا بالله او بصفة من صفاته او باليمين بالطلاق[3].

د- المذهب الحنبلي: قال فقهاؤه بان الإيلاء هو حلف زوج - يمكنه الجماع – بالله تعالى او بصفة من صفاته على ترك وطء امرأته الممكن جماعها و لو كان الحلف قبل الدخول، مطلقا أو لأكثر من أربعة أشهر[4].

3- الايلاء في الجاهلية:

كان الإيلاء طلاقا في الجاهلية يستخدمه العرب بقصد الإضرار بالزوجة عن طريق الحلف بترك قربانها السنة فأكثر، ثم يكرر الحلف بانتهاء المدة، ثم جاء الشارع فغير حكمه وجعله يمينا ينتهي أقصاها أربعة أشهر، حيث نزل قوله تعالى :(للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم و إن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) [البقرة 226-227]. فإن عاد حنث في يمينه ولزمته كفارة اليمين إن حلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته التي يحلف بها.

قال ابن عباس رضي الله عنه: " كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين و أكثر من

[1] - الأزهري، جواهر الإكليل، شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، دار الفكر بيروت، الجزء الأول ص365. عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 1028

[2] - ابن همام الحنفي، المرجع السابق، الجزء 4 ص 188.

[3] - الشافعي، المرجع السابق، الجزء 5 ص 382-383

[4] - ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، الجزء3 ص 33-34. و الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء 7، دار الفكر، دمشق 1994، ص 536.

ذلك، فوقته الله أربعة أشهر"[1].

ثانيا: أحكام الايلاء .

نتعرض في هذا الفرع لأركان الإيلاء التي قال بها الفقهاء مع اختلافهم في ذلك ثم لشروطه.

1- أركان الإيلاء

اختلف الفقهاء في أركان الإيلاء إلى فريقين، الفريق الأول يتزعمه فقهاء الحنفية، و الفريق الثاني يخص جمهور الفقهاء[2].

أ- فقهاء الحنفية: يرون بان الإيلاء يقتصر على ركن وحيد.

- بيانه: و هو صيغة الحلف، أي حلف الزوج على ترك قربان زوجته مدة معينة و ينعقد الإيلاء ككل الأيْمان سواء في حالة الرضا أو الغضب.

- شروطه:

لقد وضع الحنفية شروطا لصحة هذا الركن، منها ما يشترط في صحة حكم حنث المولي في يمينه باعتبار الإيلاء يمين، و إنما يخالفه في حكم البر بيمينه، لان تحقق البر باليمين يترتب عليه وقوع الطلاق، لان الإيلاء فيه تعليق الطلاق البائن بشرط البر باليمين كان يقول المولي: "إذا مضت أربعة أشهر و لم أقربك فيها فأنت طالق طلاقا بائنا". لهذا ينبغي إن يكون المولي عاقلا بالغا و إن يكون النكاح قائما[3].

ب- جمهور الفقهاء: يرون أن للايلاء أربعة أركان، الحالف، و المحلوف به، و المحلوف عليه و المدة:

---

[1] سنن البيهقي، كتاب الايلاء، باب الرجل يحلف لا يطأ امرأته، 15237/ و الطبراني، ج5، ص 21 .

2- ابن قدامة ، المرجع السابق، الجزء3 ص 33-34. /و ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء 4، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 89 الى 91

3 ابن همام، المرجع السابق، الجزء 4، ص 188 و ما بعدها/ و احمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق واثارهما، المرجع السابق 2004، ص 427.

- الحالف: من بين الشروط التي جاء بها الفقهاء الثلاثة في الزوج و هو الحالف - مع اختلافهم في بعض جزئياته – ضرورة أن يكون الزوج مسلما عاقلا، بالغا، يمكنه الجماع بحيث لا يوجد مانع يمنعه عن ذلك كالغياب أو المرض أو غير ذلك.

- المحلوف به: هو الله تعالى و صفاته، و كذلك كل يمين يلزم عنها النذر، عدا الحنابلة الذين لم يأخذو بالحلف بغير الله و صفاته، و لا يكون موليا من هجر زوجته مدة تفوق أربعة أشهر دون ان يحلف لا لان الأصل في الإيلاء الحلف أو القسم بينما يلزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار بالزوجة حسب ما ذهب إليه المالكية و الحنابلة[1].

- المحلوف عليه: و هو الجماع بكل لفظ يقتضي ذلك.

- المدة: و هي في رأي جمهور الفقهاء من المالكية و الحنابلة و الشافعية إن يحلف الزوج أن لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر، و بالتالي لا يكون موليا عندهم من اقسم على أن لا يقرب زوجته لمدة أربعة أشهر فقط، لأنهم يرون أن الفيء (الرجوع إلى قربان الزوجة) يكون بعد مضي أربعة أشهر[2].

و لقد خالفهم فقهاء الحنفية في أن المدة أن يحلف الزوج ان لا يطأ زوجته أربعة أشهر فأكثر، و بالتالي يكون موليا من اقسم على أن لا يقرب زوجته لمدة أربعة أشهر فقط، لأنهم يرون أن الفيء لابد إن يكون قبل مضي أربعة أشهر التي هي مدة الإيلاء[3].

2- شروط الإيلاء:

للإيلاء أربعة شروط عند جمهور الفقهاء[4]:

1الازهري، المرجع السابق، ص 366 و ما بعدها/ و ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء 3، ص 34/ و الزحيلي، المرجع السابق، ص 541.

2- الازهري، المرجع السابق، ص 366 و ما بعدها/ و ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء 3، ص 34 وما بعدها/ و الشربيني، المرجع السابق، الجزء 3،ص 343.

3 - السرخسي، المرجع السابق، الجزء 7 ، ص 20

4 - محمد جمعة عبد الله،الكواكب الدرية في فقه المالكية، المكتبة الأزهرية للتراث،ج2،ص264./ والسرخسي، المرجع السابق، ج7،ص 21./والشربيني، المرجع السابق، ج3،ص343./وابن قدامة، المرجع السابق،ج3،ص35./والجزيري، المرجع السابق، ص 1033/ و الزحيلي، المرجع السابق، ص 543-544.

أ- أن يحلف الزوج ألا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر، بالله عز و جل أو بصفة من صفاته كالرحمان أو رب العالمين، أو يمكن الحلف بالطلاق أو بنذر ما،

ما عدا الحنابلة[1] فهم يرون عدم الحلف بغير الله تعالى و صفاته و أسمائه.

ب - أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر، و دليلهم في ذلك أن الله تعالى جعل للمولي تربص أربعة أشهر، و لا معنى للتربص أربعة أشهر إذا حلف على أربعة أشهر فقط أو دونها.

ج - أن يحلف الزوج على ترك الوطء في القبل، فان حلف على عدم وطئها في الدبر لم يكن موليا، لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه، و لا تتضرر المرأة بتركه بل على العكس لأنه وطء محرم.

د - أن يكون المحلوف عليها زوجة لقوله تعالى :(للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر...) [البقرة 226]، و لان غير الزوجة لاحق له في وطئها، و يصح الايلاء من المطلقة رجعيا و لا يصح من المطلقة بائنا لانقطاع علاقة الزوجين[2].

1 - ابن قدامة، المرجع السابق، ص 34 و ما بعدها/ و ابن حزم، المحلى بالآثار، الجزء 9، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 178.

2 - السرخسي، المرجع السابق، ج7، ص 21/ ابن همام، المرجع السابق، ج4، ص 188/ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 543-544.

الفرع الثاني: الحكم بالتفريق بالايلاء و نوع الطلاق الذي يقع به

أولا: الحكم بالتفريق بالايلاء

يقول تعالى: (فان فاءوا فان الله غفور رحيم و إن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) [البقرة 226-227]، يظهر من الاية الكريمة أن الشرط الوحيد الذي ينهي الايلاء و لا يفرق به بين الزوجين هو الفيئة اي ان يفيء الزوج لزوجته.

والفيء الى الزوجة هو العودة اليها بقربانها، و يعني ذلك حنث الزوج، و اذا حنث الزوج لزمته كفارة او تنفيذ الجزاء المعلق كمن آلى من زوجته بنذر فعليه في حالة الفيء تنفيذ النذر، اما الحنث فيستوجب على الزوج كفارة اليمين كسائر الايمان، و هي اطعام عشرة مساكين او كسوتهم او تحرير رقبة بالنسبة للموسر، فان لم يجد شيئا من ذلك وجب عليه صيام ثلاثة ايام متتابعات لقوله تعالى : (لا يؤاخدكم الله باللغو في ايمانكم و لكن يواخدكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام..) [المائدة 89].

اما اذا انقضت مدة الايلاء المتمثلة في اربعة اشهر و لم يفيء الزوج لزوجته، فقد اختلف الفقهاء في ذلك و خالف الحنفية راي الائمة الثلاثة بين القائلين بوقوع الطلاق و القائلون بعدم وقوعه[1].

1- القائلون بوقوع الطلاق.

يرى الحنفية كما راى الصحابيان ابن مسعود و زيد ابن حارث وقوع الطلاق بمجرد انقضاء مدة الايلاء، و استدلوا باية الايلاء السابقة. و وجه الاستدلال ان الله تعالى حدَد المدة باربعة اشهر، و لو كانت الفيئة بعد هذه المدة لزاد ذلك على مدة الايلاء

[1]- الصابوني، صفوة التفاسير، الطبعة الرابعة، دار القرآن الكريم، بيروت، 1981، ص 274.

المحددة بالنص. و كذلك لو جامع الزوج المولي زوجته قبل انقضاء مدة اربعة اشهر لزال الايلاء. و لا يحدث هذا الا اذا فاء اليها بعد ذلك[1].

2- القائلون بعدم وقوعه

وهو رأي الجمهور، و هم يقولون بعدم وقوع الطلاق بانتهاء مدة الايلاء، انما يقع بعد انقضاء مدة اربعة اشهر بعد مطالبة المولي بالفيئة (اي بمراجعة زوجته). أي

أن الطلاق لا يقع مباشرة بعد انقضاء المدة، و قد استدلو في ذلك بأدلة منها:

أ-:أن الله تعالى جعل مدة الايلاء حقا للازواج و لم يجعلها عليهم، و بما انها اجل فلا يستحق المطالبة فيها، بل بعدها كاجل الدين. و ان اوجبنا المطالبة فيها فلم تعد اجلا، فمن التناقض اعتبارها اجلا و تتم فيها المطالبة. فاذا منح الدائن اجلا للمدين اربعة اشهر للسداد، فمن غير المعقول ان يطالبه بالسداد خلال المدة و انما بعد انقضاء هذه المهلة.

ب-: قول الله تعالى: (فان فاءوا فان الله غفور رحيم) [البقرة 227]، فذكر الفيئة بعد مدة التربص بفاء التعقيب "فان فاءوا" يعني ان يكون هذا بعد انتهاء المدة، وينطبق هذا على ما قاله تعالى: (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) [البقرة 229]، فالامساك بالمعروف أو التسريح باحسان يُخيّر بينهما الزوج بين الطلاق الثاني وليس قبله.

ان الرد على القول أن فاء التعقيب يوجب أن تكون الفيئة بعد الايلاء لابعد المدة، يتمثل انه قد تقدّم في الاية ذكر الايلاء ثم تلاه ذكر المدة ثم أعقبها بذكر الفيئة و الفاء لايمكن أن تعود الى أبعد المذكورين و إنّما تعود إليهما أو الى أقربهما.

ج-: قوله تعالى: (و ان عزموا الطلاق) [البقرة 227]، و العزم ما عزم العازم على فعله. و يرد على قول الرّأي الأول ان ترك الفيئة عزم على الطلاق هو ان العزم ارادة

[1] - مالك بن أنس ، المرجع السابق، ج2، ص 367./و السرخسي، المرجع السابق، ص 20./ ابن همام، المرجع السابق، ج4، ص 188./ داودي، المرجع السابق، ص 376.

جازمة لفعل المعزوم عليه او تركه. و هم يوقعون الطلاق بمجرّد انتهاء المدة، حتى و ان لم يكن منه عزم لا على الوطء أو على تركه، بل حتى و لو عزم على الفيئة و لكنه لم يجامع لطلّقوا عليه بمضي المدّة و لم يعزم الطلاق و الآية السابقة واضحة.

د-: أنّ الله سبحانه و تعالى خيّر الزوج بين أمرين، الفيئة أو الطلاق، و التخيير بين أمرين لا يكون إلاّ في حالة واحدة، و اذا كان في حالتين لكان ترتيبا لا تخييرا. و عند أصحاب الرأي الأول الفيئة أثناء المدة و عزم الطلاق بانقضاء المدة و بالتالي لم يقع التخيير في حالة واحدة، لأن بعد مضي المدة يقع الطلاق و لا يمكنه الفيئة، و أثناء المدة يمكنه الفيئة و لم يحضر بعد وقت الطلاق الذي لا يكون إلاّ بعد مضي مدّة.

ه-: أنّ التخيير بين أمرين يقتضي أن يكون فعلهما إليه ليصحّ منه اختيار فعل و ترك الاخر و إلاّ فلا خيار.

و-: قوله تعالى: (فإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم) [البقرة 227]، يقتضي أن يكون الطلاق قولا يسمع.

ي-: والرد على أصحاب الرأي الأول في أنه لو كانت الفيئة بعد المدة لزادت على أربعة اشهر ليس بصحيح لأن الأربع أشهر مدة لزمن الصبر الذي لا يستحق فيه المطالبة، و بمجرّد انقضائها يستحق عليه الحق، فلها أن تعجل المطالبة به[1].

خلاصة القول في التفريق بالايلاء أن الحنفية يرون وقوع الطلاق بمجرد انتهاء مدة أربعة اشهر، أما الجمهور فهم يرون أن الطلاق لا يقع بانتهاء مدة الايلاء و إنما بعد إنتهاء مدة أربعة أشهر يُطالب الزوج بالفيئة أو الطلاق أو يطلّق عليه القاضي. و حسب تقديرنا فإن رأي الجمهور كان أكثر صوابا إستنادا لما قدموه من أدلة و رعاية لمصلحة الأسرة.

1 - محمد عليش، شرح منح الجليل في مختصر خليل، الجزء 2، دار صادر، ص 308/ و الشربيني، المرجع السابق، ص 343/ و ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ص 89 الى 91 / و الجزيري، المرجع السابق، ص 1034./عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 376.

ثانيا: نوع الطلاق الواقع بالايلاء

اختلفت المذاهب الى فريقين، الفريق الأول من المالكية[1] و الشافعية[2] ، يرون وقوع الطلاق بالايلاء رجعيا، والفريق الثاني من الحنفية[3] و بعض الحنابلة[4] فيرون أنه يقع بائنا، لأنه لا معنى للطلاق هنا اذا كان رجعيا، و لا معنى لرفع الضرر عن الزوجة لأنها لا تصل بذلك الى حقّها المرجو بعد التفريق، و هذا حسب رأينا هو الرأي الأصوب.

1- محمد عليش، المرجع السابق، ص 308/ ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهابة المقتصد، مج 3، دار السلام، القاهرة 1990، ص 1491./ الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، ص 426. و الجعلي : سراج السالك شرح أسهل المسالك، دار الفكر، بيروت، 1402ه/1982م، ج2، ص92.

[2] - الشافعي ، المرجع السابق، ص 121.

[3] - السرخسي، المرجع السابق، ص 21/ و وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 555.

[4] - ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء 8، ص 542-543./ وابن القيم الجوزية ، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار إحياء التراث، ج3، ص7

المطلب الثانـي

موقف القانون من التفريق بالإيلاء

- **الفرع الأوّل** :

ـ في قانون الأسرة الجزائري.

- **الفرع الثانـي** :

ـ في القانون المدني الفرنسي .

الفرع الأول: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بالايلاء

لم يتعرض المشرع الجزائري مباشرة لأحكام الايلاء المتطابق في معظم أحكامه مع أحكام التطليق لحالة الهجر في المضجع إلا أنه على الأقل كانت تدور في ذهنه أحكام الايلاء و هو يناقش مدى سلطة القاضي في التطليق بسبب الهجر بعد طلب من الزوجة. و لبيان موقف المشرع الجزائري قسمنا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول يتمثل في التكييف القانوني للحالة و الفرع الثاني في نبين فيه مدى سلطة القاضي.

أولا: التكييف القانوني للحالة

لم يتعرض المشرع الجزائري - كما قلنا- مباشرة لأحكام الإيلاء في الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، إلا انه كان يقصده مع تعديله لبعض شروطه. فالهجر المذكور يتفق مع الإيلاء في عدم معاشرة الزوجة لمدة تفوق أربعة أشهر و إلحاق الضرر بالزوجة ، و يختلف معه في اليمين، لأن الإيلاء لا يقع إلا بالقسم على الزوجة بعدم قربانها، أما الهجر فيقع باليمين و بدونه، كما أن الإيلاء يشترط لقيامه أن يكون الهدف الإضرار بالزوجة و ليس لسبب ما، كان يكون القسم على عدم قربان الزوجة لسبب مشروع و إلا لم يعتبر إيلاء[1]. أما المشرع الجزائري فلم يشترط ضرورة توفر نية الإضرار بالزوجة لاعتباره هجرا بمعنى المادة3/53.

مما يلاحظ على الفقرة السابقة أن المشرع أجاز للزوجة طلب التطليق إذا أستمر الهجر لأكثر من أربعة أشهر، و لم يحدد بأربعة أشهر فقط، و هذا يعني أنه سلك مسلك جمهور الفقهاء الذي يرى أن عدم وقوع الطلاق بمجرد انقضاء المدة وإنما يعطي القاضي فرصة للزوج لكي يفيء عن قرار الهجر و إلا طلّق عليه، و هذا عكس ما ذهب إليه الحنفية.

1- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص45/ و بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 230 و ما بعدها. /وعبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 379.

إذا أردنا الاستعانة بالاجتهاد القضائي في موضوع الهجر لمعرفة كيفية تطبيق هذه الفقرة من طرف القضاء فإننا نلاحظ ندرة غريبة في الاجتهاد القضائي في مجال الهجر بالذات – و ربما يرجع هذا إلى طبيعة المرأة الجزائرية و حاجز الحياء الذي يمنعها من أن تقف أمام القاضي و ترفع دعوى أساسها الوحيد الهجر في المضجع رغم أن هذا حقها الطبيعي، إذ نجد أن معظم القضايا ترفع على أساس الضرر الواقع على الزوجة من غياب أو عدم إنفاق و ضرب... و هلم جرى، فرغم توفر هذه الحالة ضمن أسباب التطليق الأخرى فلا يوجد سوى قرار يشير إلى موضوع الهجر ضمنيا فقط بحيث لم يذكره بصفة مباشرة. حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16م و المتعلق بالتطليق قبل لبناء ما يلي:

" من المقرر قانونا انه يجوز تطليق الزوجة بكل ضرر معتبر شرعا و متى تبين - في قضية الحال- أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة و لم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فان الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا و معنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة53 من قانون الأسرة. و عليه فان قضاة الموضع بقضائهم بتطليق الزوجة و إلغاء عقد الزواج و تعويضها على أساس تعسف الزوج و ثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون". و يكون قضاة المحكمة العليا في هذا القرار[1] قد مارسوا السلطة التامة التي خولها لهم القانون في وضع حد لهذه الرابطة و رفع الضرر البالغ أثره على الزوجة و المتمثل في عدم الإسراع في البناء عليها[2]، و يكونون بذلك قد أشاروا إلى موضوع التفريق للهجر لأن الزوج هنا تقاعس عن تحصينها لأنها زوجته من الناحية الشرعية و القانونية[3].

1- ملف رقم 217179، قرار بتاريخ 1999/03/16، الاجتهاد القضائي بغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الخاص، ص 122.

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 281 و ما بعدها.

3- بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا،المرجع السابق، ص 56 و ما بعدها.

تجدر الإشارة إلى إن ما يميز دعوى الهجر هو صعوبة الإثبات لأنها من أسرار الزوجية، لأنه ليس من السهل إيجاد شهود على ذلك إلا إذا اقترن هذا الهجر بترك الزوج لمسكن الزوجية ، لأن إثبات هذا الهجر أسهل خاصة إذا أدين الزوج بحكم جزائي بتهمة الإهمال العائلي. و هذا ما جاء في حيثيات قرار صادر من المحكمة العليا:"حيث إذا لم تستطع الطاعنة إثبات إساءة زوجها أمام المحكمة الأولى و أمام المجلس القضائي، فانه يوجد في ملف الدعوى حكم جزائي صدر يوم 1984/11/05 من محكمة ورقلة، قضى غيابيا على المطعون ضده بسنة حبسا منفذ بسبب تهمة الإهمال العائلي نحو الطاعنة..."[1]. و مثل هذا الحكم يعتبر دليلا ماديا على واقع الضرر و الهجر، كما انه و تخفيفا على الزوجة في هذه الحالة كان لابد من قبول شهادة السماع في إثبات واقعة الهجر و الضرر بوجه عام خاصة إذا اشتهر بين الناس آمر هجران الزوج لزوجته[2].

ثانيا: مدى سلطة القاضي في التفريق

بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 53 من ق أس ج و انطلاقا مما ورد فيها و ما جاء في أحكام الإيلاء في الفقه الإسلامي و الذي أعطى فيه الشارع الحكيم للقاضي السلطة الكاملة في التفريق رفعا للضرر الواقع على الزوجة و ذلك بعد طلب منها، فانه يمكننا استنباط الشروط التي يجب توافرها لتأسيس دعوى التطليق على الهجر، و هذا ما توصل إليه بعض شراح قانون الأسرة و تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- هجر الزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية و الإعراض عنها و عدم قربانها و عدم معاملتها في الفراش معاملة الأزواج.

[1] - غرفة الأحوال الشخصية، ملف 34791، قرار بتاريخ 1984/11/09، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1989.

[2] - بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، المرجع السابق، ص 56 و ما بعدها./ و عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 379.

2- أن يكون هذا الهجر عمديا و مقصودا لذاته و ليس له ما يبرره من الناحية الشرعية أو القانونية.

3- إن يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية، أي لا يكون اتصال بينهما خلال هذه المدة[1].

هذه هي الشروط التي يجب توافرها لكي تتمكن الزوجة من طلب التطليق للهجر، و لكن يظهر لنا أنها تحتاج إلى بعض التعليق لجعلها دقيقة أكثر:

بالنسبة للشرط الأول و هو هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية و الإعراض عنها...الخ. يفهم من صياغة هذا الشرط أن الهجر الذي ينبغي أن تشتكي منه الزوجة يجب أن يتم وفق التفاصيل المذكورة، أي يجب أن يتم الهجر و الزوج يبيت مع الزوجة في نفس الفراش و لكنه يعرض عنها. و اعتقد أن هذا يجانب الصواب لأننا إذا رجعنا إلى صياغة الهجر في المضاجع نجدها جاءت في سياق الحديث القرآني: (و اهجروهن في المضاجع) و السياق الذي ذكرت فيه الآية الهدف منها هو معالجة ظاهرو نشوز الزوجة و ضوابط الهجر الذي هو وسيلة من وسائل التأديب، و ليس وصف الهجر الذي يوجب الفرقة بطلب من الزوجة. فخطاب موجه للأزواج الذين يعانون من نشوز زوجاتهن بإعراضهن و تكبرهن عليهم و عدم طاعتهم في حقوقهم الشرعية، موضحا لهم طريقة حل هذا الإشكال بالموعظة أولا ثم بالهجر في المضاجع فالوسيلة الأخيرة هي الضرب غير المبرح و غير المؤلم و الذي لا يكون هدفه الإذلال و الإهانة، و إنما التخويف و إظهار الغضب على الزوجة عساها تتوب عن نشوزها. و في تفسير هذه الآية أن الهجر يتحقق بان يضاجع الزوج زوجته و يوليها ظهره و لا يجامعها[2]، و أنه من آداب هذا الهجر "ألا يكون هجرا ظاهرا في غير مكان خلوة الزوجين... و لا يكون هجرا أمام الأطفال يورث نفوسهم شرا و فسادا... و

1- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 263/ و بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 289.

2 - الصابوني، صفوة التفاسير، المرجع السابق 1981، ص 274.

لا هجرا أمام الغرباء يذل الزوجة آو يستثير كرامتها، فتزداد نشوزا، فالمقصود علاج النشوز و لا إذلال الزوجة و لا إفساد الأطفال...[1] ".

بعد هذا التفصيل في آداب الهجر الذي ينبغي أن يكون عليه إذا كان هدفه التأديب، يظهر أن الشرط المذكور سابقا يفترض في الهجر الذي تؤدب به الزوجة لا الهجر الذي يوجب الفرقة، لأن الزوج لو التزم بهذه الآداب و هو يهجرها لما هجرها إضرارا بها، فالهجر هنا ظلم و الظالم لا يتأدب في ظلمه. و عبارة الهجر في المضجع التي ذكرها المشرع الجزائري في نص المادة 53 استمدها من النص القرآني الذي جاء في سياق التأديب لا في سياق وصف الهجر غير المشروع، لهذا فسر بعض شراح قانون الأسرة هذه العبارة من الآية السابقة و استعملوه في غير محله.

فالهجر المقصود إذا هو هجر الزوجة وعدم معاشرتها معاشرة الأزواج، سواء تم ذلك في نفس الغرفة أو في غرفة ثانية أو حتى خارج بيت الزوجية، و هذا هو الواقع في حياة بعض الأزواج، و الدليل على ذلك اقتران الهجر دائما بالإهمال العائلي و عدم الإنفاق و أنواع أخرى مما يستوجب التفريق القضائي.

من جهة أخرى لو اشترط في الهجر أن يكون بما سبق من شروط لاستحال إثباته على الإطلاق، لا بشهادة الشهود و لا بشهادة السماع.

و في الأخير نصل إلى أن الهجر الذي يوجب التفريق من طرف القاضي ينبغي أن يتمحور حول عدم معاشرة الزوجة و معاملتها معاملة الأزواج، دون التركيز على مكان وقوع هذا الهجر أو بالأصح مكان وجود الزوج أثناء عملية الهجر.

أما في الشرط الثاني أين يجب على القاضي - قبل إشهار سيف سلطته للتفريق بين الزوجين في هذه الحالة – التأكد من أن لا يكون للزوج مبررات شرعية او قانونية لقيامه بذلك، و عندما قارنا الهجر الوارد في قانون الأسرة مع الايلاء وجدنا أن أهم

1 - - السيد قطب، في ظلال القرآن الكريم، الجزء 2، الطبعة 16، دار الشروق، القاهرة، 1990، ص 654.

فارق هو اليمين على عدم قربان الزوجة. من هنا ينبغي الإشارة إلى أن هذا اليمين، لو كان موجودا لما وجب على القاضي قبل ممارسة سلطته القانونية في التفريق إثبات نية الزوج في الإضرار بزوجته، لان اليمين واضحة و المعنى مباشر. و لكن لو اقترح المشرع اليمين لتدخل القاضي بسلطته القانونية و التفريق بين الزوجين على أساس الهجر لما تحقق هذا في كثير من قضايا هذه الحالة لان الكثير من الأزواج يهجرون زوجاتهم عمليا و دون التفكير في إيقاع اليمين.[1]

[1] - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 264./ و بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 289.

الفرع الثاني: موقف القانون المدني الفرنسي من التفريق بالايلاء

أولا: التكييف القانوني للحالة

لا يوجد أي نص في هذا القانون فيما يتعلق بالإيلاء، والذي يتفق في الأحكام مع الهجر في المضجع أي في ترك قربان الزوجة وترك وطئها وجماعها لمدة أربعة أشهر فأكثر، بينما نستطيع أن نقول بأن ما يسمى عند المشرع الفرنسي بالتفريق الجسدي (la séparation du corps) ، يمكن أن نقابله بما هو موجود عندنا في قانون الأسرة الجزائري من إيلاء ، في أن كلاهما هجر في المضجع فقط عندنا في قانون الأسرة الجزائري هو هجر من طرف واحد الذي هو الزوج ، بينما في القانون المدني الفرنسي يكون من الطرفين معا ' فهو تهاجر و تآل، ولقد عرفت الفقرة الأولى التي تضمنها البند 299 من القانون المدني الفرنسي هذه الحالة بقولها : "إن التفريق الجسدي لا يحل الزواج و لكن يضع نهاية لواجب التعايش"[1].

و لهذا السبب فلطالما اعتبر التفريق الجسدي و لمدة طويلة كطلاق كاثوليكي لكن التفريق الجسدي يمكنه أن يدخل في الطلاق و يعتبر اليوم من طرف عامة الأزواج الذين ينادون بالتفريق الجسدي على انه مرحلة تسبق الطلاق.

و قد تكون أسباب إصدار حكم التفريق الجسدي هي نفسها التي في إصدار حكم الطلاق و كذا الإجراءات غير أنها تختلف عن الطلاق فيما يخص النتائج لأنها لا تؤدي إلى فسخ الزواج، فهدا النوع من العلاقة يمنع الزوجين من عقد زواج جديد.

و التفريق الجسدي يلزم إصداره من طرف المحكمة مثل الطلاق و علاوة على ذلك نجد تشابها بينه وبين الطلاق فيما يخص الحالات و الإجراءات[2].

---

[1] -(Art.299) : ." La séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation ".

[2]- Patrick courbe, Droit de la famille, 2iem édition, 2001, P 213./ Philips Malaurie et Laurent aynes, Droit civil, La famille, 4iem édition, 2011, l'extenso édition, P 349./ Vincent bonnet, Droit de la famille, paradigme collection, 5em édition, 2016,p 311.

1 - أثار التفريق الجسدي (Les effets de la séparation du corps):

بعض آثار التفريق الجسدي هي نفسها الطلاق خصوصا فيما يتعلق بالنتائج على الأطفال، و كذلك فيما يتعلق بالتبرعات و على الرغم من أن الزوج البريء يمكنه أن يتلقى تعويضات بسبب الضرر الذي لحق به بسبب إلغاء الحياة الزوجية.

أ- الآثار الشخصية (Les effets personnels):

ميزتها هي إبقاء الرابطة الزوجية و بهذا فان الأزواج سيجدون أنفسهم في مرتبة وسطى بين الحالة الزوجية و بين الطلاق لان الشراكة الزوجية تنتهي و لكن الزواج يبقى ، وهذا هو حال Juliette التي قررت طلب التفريق الجسدي بعد زواجها الذي دام ست سنوات مع Jonathan لكي تحتفظ Juliette باسم زوجها والذي يلعب دورا مهما في عملهما وبعد المرور بجميع المراحل القانونية قام القاضي بإعلان التفريق الجسدي [1].

- اختفاء مظهر الحياة المشتركة:

إن حقوق الحياة المشتركة والتي يؤكد عليها الزواج سوف تختفي بعد إصدار الحكم فهو الأثر الأساسي لذالك حسب البند(299) من القانون المدني الفرنسي السابق ذكره، فكل زوج له الحق في اختيار مكان إقامته لأنه لم تعد هناك إقامة مشتركة بينهما، هذا التفريق في مكان الإقامة بينهما يؤدي إلى اختفاء واجب المساعدة وإسداء العون بين الطرفين (le devoir d'assistance) والذي هو مرتبط بالشراكة الحياتية بين الزوجين ، وكل هذا يؤدي بالنتيجة إلى وضع نهاية لواجب الزوجية فيما يخص العلاقة الجسدية بينهما ، وكذا اختفاء واجب التعايش بالمعنى المادي والجسدي.

- إستمرار أو بقاء الزواج: (survie du mariage)

[1]- Allison Fiorentino – Marie hascoët, ouvrage passé, p 123-124. /jean garrigue, ouvrage passé, page 177./guide de vos droit – famille, le particulier édition, ouvrage passé, page 195./ le guidec Raymond, ouvrage passé, page 165. .

الأزواج المتفرقين بحكم التفريق الجسدي لا يستطيعون أن يعاودوا زواجهم مرة أخرى وهذا نتيجة بقاء عقد الزواج قائما والمرأة المطلقة بالتفريق الجسدي تحتفظ باسم الزوج حسب البند (299) من القانون المدني الفرنسي السابق ذكره.

ب- الآثار المادية أو المالية: (les effets pécuniaires)

ان غموض وحساسية الوضع بين الأزواج المتفرقين بالتفريق الجسدي وليس بالطلاق يكمن في ترتيب الروابط المالية بواسطة خطط مختلفة في إطار استمرار وبقاء الزواج ، ويوجد بالضرورة نظام مالي لذالك بعد التفريق الجسدي لكن يتعرض إلى تغييرات كل مرة ، كما أن واجب الإسعاف هو مصون يستمر بعد التفريق الجسدي لكن تنفيذه متعلق بالوضعية الجديدة (وضعية التفريق الجسدي).

- نظام الزوجية: (le régime matrimonial)

إن التفريق الجسدي يؤدي دائما إلى التفريق المالي وهذا شيء بديهي لأن الأزواج المتفرقين جسديا لا يعيشون سويا تحت سقف واحد ومن المنطقي تأمين استقلالية أملاك كل واحد منهم ، أما الممتلكات المشتركة بينهم فيجب تقسيمها بين الطرفين[1]

- واجب المساعدة : (le devoir de secours)

حسب البند 303 من القانون المدني الفرنسي [2] فان التفريق الجسدي فحسب يبقي على واجب المساعدة والإغاثة كما أنه يمكن تثبيت نفقة غذائية من طرف الزوج في حالة الضرورة على حسب دخل الزوج ، وهذه النفقة نتيجة استمرار عقد الزواج.

[1] Patrick courbe : droit de la famille, page 213. / Dominique fenouillet : droit de la famille, page 199. / Philips Malaurie, droit de la famille, LGDJ, 5em édition, page 129.

[2] Art 303 « La séparation de corps laisse subsister le devoir de secours ; le jugement qui la prononce ou un jugement postérieur fixe la pension alimentaire qui est due à l'époux dans le besoin.

Cette pension est attribuée sans considération des torts. L'époux débiteur peut néanmoins invoquer, s'il y a lieu, les dispositions de l'article 207, alinéa 2.

2 : فسخ حكم التفريق الجسدي (la cessation de la séparation du corps)

إن التفريق الجسدي ينتهي بموت أحد الزوجين ولكن يمكن أن تنتهي في حياتهما لأن التفريق الجسدي يضع الزوجين في حالة وسطى بين الزواج و الطلاق دون منح و بطريقة كاملة مميزات الطلاق أو الزواج . ولكي تعود الأمور الزوجية لما كانت عليه فذالك يستلزم الصلح لعودة الحياة المشتركة.

أ- موت أحد الزوجين : (le décès d'un époux)

التفريق الجسدي يبقي على الزواج ولا يضع نهاية له وموت أحد الزوجين يؤدي إلى نهاية الزواج ، وبهذا يمكن للطرف الأخر الحي أن يتمتع بحق الوراثة بعد موت أحد الزوجين لكن يمكن لهذا الأخير أن يحرم من حقوقه هذه في حالة ما إذا منعه المتوفي من ذالك بوصية ، أو كان التفريق الجسدي بسبب الخطأ (si la séparation du corps a été prononcés pou faute).

ب- إستئناف الحياة الزوجية : (la reprise de la vie commune)

حسب البند 305 من القانون المدني الفرنسي[1] فإن استئناف الحياة الزوجية بطريقة إرادية هذا يضع حدا للتفريق الجسدي حيث أنه في حين أن الزوجين كانت عندهما نية و إرادة التصالح والإلتحاق ببيت الزوجية ، فالتفريق الجسدي يصبح غير منطقي لكي

Cette pension est soumise aux règles des obligations alimentaires.

Toutefois, lorsque la consistance des biens de l'époux débiteur s'y prête, la pension alimentaire est remplacée, en tout ou partie, par la constitution d'un capital, selon les règles des articles 274 à 275-1,277 et 281. Si ce capital devient insuffisant pour couvrir les besoins du créancier, celui-ci peut demander un complément sous forme de pension alimentaire ».

[1] Art 305 « La reprise volontaire de la vie commune met fin à la séparation de corps ».

يستمر فيه الزوجين وآثاره ستبطل كذالك ، وكل آثار الزواج تتشكل مرة أخرى بين الزوجين [1].

ثانيا: مدى سلطة القاضي في التفريق

تتبين هذه السلطة جليا في الدور الذي يلعبه القاضي في تحويل التفريق الجسدي إلى الطلاق وهو ما سماه المشرع الفرنسي (la conversion au divorce) . و ذالك أن الزوجين المتفرقين جسديا يجدون أنفسهم في حالة استثنائية تحتم عليهم بعض التزامات الزواج بدون منحهم عوضا عن ذلك شراكة زوجية ، وزيادة على ذلك فهي حالة مستمرة ، وفي حالة عدم نجاح المصالحة بينهما فإن باب الطلاق كحل بديل ينفتح لهما من زاويتين :

الزاوية الأولى يمكن لأحدهما أو هما معا طلب الطلاق.

الزاوية الثانية يمكن الأخذ بعين الإعتبار بأن القاضي يحكم بالتفريق الجسدي على الزوجين بسبب سوء التفاهم بينهما والقانون يسمح نتيجة لذلك إلى الإنتقال من التفريق الجسدي إلى حالة الطلاق ، وهذا الإنتقال يخضع لمجموعة من الشروط والتي بدورها تؤدي إلى النتائج والآثار التي تحدث في الطلاق

1- الشروط : (les conditions)

إذا أراد أحد الزوجين أن يحول التفريق الجسدي إلى طلاق الشرط الأساسي الذي يجب عليه احترامه هو نفاذ سنتين منذ إعلان حكم التفريق الجسدي حسب البند 306 من القانون المدني الفرنسي [2] .والهدف من هذه المدة هو التأكد بأن كل أمل في المصالحة لم يعد يجدي نفعا ، وبهذا فإن حل الزواج أصبح ممكنا ، هذا التحول من التفريق الجسدي

[1] -Philippe Malaurie . Laurent Aynèss : la famille, page 353./ pascale guiomard : code civil ,112e édition, dalloz,2013 paris, page 448.

[2] - (art.306) « a la demandede l'un des époux, le jugement de séparation de corps est converti de plein droit en jugement de divorce quand la séparation de corps a duré deux ans».

إلى الطلاق يمتلكه كلا الطرفين و يمكن أن يكون طلب الطلاق معقبا بطلب طلاق بسبب الخطأ مقدما من طرف أحد الزوجين ، وفي هذه الحالة فان القاصي له السلطة التامة في إصدار حكما بالتحويل (conversion) حسب البند 307 من القانون المدني الفرنسي[1] التي ترى بأن كل حالات التفريق الجسدي يمكنها أن تتحول الى طلاق تحت طلب أحد الزوجين [2]

2- الإجراءات : (les procédures)

لقد خول المشرع الفرنسي القاضي سلطة تحويل التفريق الجسدي إلى طلاق بطلب من أحد الزوجين أو من كلاهما معا فهو دائما قضائي مما يجعله يخضع لإجراءات مبسطة.

أ- الطلب من جانب واحد : (demande unilatérale)

اذا توفرت جميع الشروط فان القاضي مجبر بإصدار حكم التحويل من التفريق الجسدي إلى الطلاق

ب- طلب مشترك : (demande conjointe)

إذا قرر الزوجان أن يقدموا معا عريضة لطلب التحويل وتكون هذه الأخيرة ممضية من طرف كلا الزوجين ومحامي كلاهما ومؤرخة موجهة إلى قاضي الأحوال الشخصية تحمل في طياتها طلب التغيير النهائي مع حل جميع نتائج الطلاق حسب البند 1143 من القانون المدني الفرنسي

---

[1] Art 307 « Dans tous les cas de séparation de corps, celle-ci peut être convertie en divorce par consentement mutuel.

Quand la séparation de corps a été prononcée par consentement mutuel, elle ne peut être convertie en divorce que par une nouvelle demande conjointe ».

[2]- (art.307) « dans tous les cas de séparation de corps, celle-ci peut être converti en divorce ».

الآثار: (les effets)

إن التحويل من التفريق الجسدي إلى الطلاق هدفه إلغاء العلاقة الزوجية بالدرجة الأولى، وبالتالي فان الأزواج السابقين يمكنهم الدخول في زواج آخر جديد. وسبب إصدار حكم التفريق الجسدي يصبح سببا للطلاق. وفي الحالات الأخرى فان واجب الإغاثة والمساعدة بين الزوجين المتفرقين جسديا يختفي ويجب لذلك تحديد نتائج الطلاق خصوصا تحديد توزيع الفائدة التعويضية على حسب قواعد حالات الطلاق [1] وذلك حسب البند 308 من القانون المدني الفرنسي[2].

[1] - Pierre murât, droit de la famille, Dalloz action, 7em édition, 2016 - 2017, paris, page 223./ Vincent bonnet, ouvrage passé, page 312./ Patrick courbe , droit civil (.. la famille..), page 128./ pascale Guimard , ouvrage passé, page 448./ Patricia Vannier, fiches de droit de la famille (rappels de cours et exercices corrigés), Ellipses édition, 5em édition, 2017, page 132./ Pierre-jean Claude et Stéphane David, droit et pratique du divorce, Dalloz édition, 1er édition, paris, page 186.

[2] - (Art.308) « du fait de la conversion, la cause de la séparation de corps devient la cause du divorce ; l'attribution des torts n'est pas modifiée. Le juge fixe les conséquences du divorce. Les prestations et pensions entre époux sont déterminées selon les règles propres au divorce ».

المبحث الثالث

التفريق باللّعان

- **المطلب الأوّل :**

- أساس اللّعان .

- **المطلب الثانـي :**

-أحكام اللّعان.

تمهيد :

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على اللعان في باب الطلاق كسبب من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، بسلطة القاضي، ولكنه أشار إليه في المادة 41 والمتعلقة بنسب الولد بأبيه متى كان الزواج شرعيا، ولم ينفه بالطرق المشروعة، كما أنه ذكره في المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري "يمنع من الإرث اللعان والردة".

و عليه لكي نبين سلطة القاضي في هذه الحالة للتعريف بين الزوجين. لجأنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع، عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" كما استأنست ببعض المواد من القانون السوري والمصري بخصوص هذا الموضوع.

المطلب الأول

أساس اللّعان

- **الفرع الأوّل** :

ـ مفهوم اللّعان.

- **الفرع الثاني** :

ـ كيفيته و آثاره .

الفرع الأول : مفهومه

أولا: تعريف اللعان

1:لغة:

مصدر لعن، من اللعن وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى. والملاعنة بين الزوجين إذا قذف الرجل امرأته أو رماها برجل أنه زنى بها فالحاكم يلاعن بينهما[1].

2: اصطلاحا :

لقد اختلف الفقهاء في تعريفه كالتالي :

أ-الحنفية والحنابلة: اللعان لسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات المعروفة. شهادات مؤكّدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة قائمة مقام حد القذف في حق الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجة[2].

لا يصح اللعان إلا في نكاح صحيح عند الحنفية خلافا للحنابلة الذين أجازوه في النكاح الفاسد.

ب-المالكية: حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته أو على نفي حملها منه وحلف زوجته على تكذيبه أربعة أيمان وبحضور حاكم سواء صح النكاح أو فسد، ويحكم بالتفريق ويحد من نكل، ولا يصح غير الزوج كأجنبي ولا كافر ولا صبي ولا مجنون[3] **ج-الشافعية:** كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به، أو إلى نفي ولده[4].

---

[1] ابن منظور: جـ 5 ، المرجع السابق ، ص 388 مادة لعن.

[2] ابن همام : المرجع السابق، جـ 4 ص 278./ وابن قدامة : المغني، المرجع السابق، جـ7، ص 19

[3] الزرقاني : شرح الزرقاني على الموطأ جـ 3 ص 186./ومحمد جمعة عبد الله ، ج2، المرجع السابق، ص274./و الجعلي : المرجع السابق، ج2، ص92.

[4] الرملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، جـ 7 ، دار الفكر، بيروت ص 103./و النووي : المجموع ،دار الفكر،بيروت ،جـ 17،ص 386.

ثانيا: سبب اللعان ومشروعيته

1: سببه :

يحق للزوج أن يلاعن زوجته عند القاضي في حالتين :

أ ـ ادعاء رؤية الزنا بشرط ألا يطأها بعد الرؤية.

ب ـ نفي الحمل أو الولد ولو من وطء شبهة أم نكاح فاسد[1]

2: مشروعيته

جاء في نيل الأوطار للشوكاني في أسباب مشروعية اللعان ما يلي:

(أن هلال بن أمية قذف زوجته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سحماء فقال له صلى الله عليه وسلم: البينة أو حد في ظهرك. فقال: يا نبي الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة، فجعل النبي صلى الله عليه و سلم يكرر ذلك فقال هلال: والذي بعثك بالحق نبيا إني لصادق ولينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد فنزل قوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين و الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين).[النور 6-9]

وروى الجماعة إلا الترمذي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعويمر العجلاني: " قد نزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها فتلاعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم " وهذا رأي النووي في شرح مسلم أن السبب في نزول آية قصة عويمر العجلاني[2].

[1] مالك بن أنس ، المرجع السابق، ج2، ص 385./وابن قدامة ، المغني، المرجع السابق، جـ 7 ص 19./والنووي ، المرجع السابق، ج17، ص386./والرملي ، المرجع السابق، ج7، ص103.

[2] الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، جـ 7، ص 64.

الفرع الثاني : كيفيته و آثاره

أولا: كيفية اللعان

اتفق الفقهاء على كيفية اللعان وصفته على النحو التالي:

إذا قذف الزوج زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها منه ولم تكن له بينة ولم تصدقه الزوجة وطلبت إقامة حد القذف عليه أمره القاضي باللعان وهو أن يبتدئ القاضي بالزوج فيقول أمامه أربع مرات: "أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا أو نفي الولد" ويجب أن يحدد من المقصود بأن يوجه إليها الكلام فيشير إليها إن كانت حاضرة أو يسميها فيقول:

"فيما رميت فلانة زوجتي من الزنا"، ثم يقول في الخامسة: " لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد" ويشير الزوج إليها في جميع ما ذكر.

ثم تقول المرأة أربع مرات أيضا: "أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد " ثم تقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها من الزنا أو نفي الولد.

وإنما خص الغضب وهو أشد من اللعن في جانب المرأة لأن النساء يتجاسرن باللعن فإنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا كما ورد في الحديث، فاختير الغضب لتتقي ولا تقدم عليه ولأن جريمتها وهي الزنا أعظم من جريمة الرجل وهي القذف، وإنما وجب البدء بالرجل في اللعان لأنه المدعي، وفي الدعاوى يبدأ المدعي[1].

ثانيا: آثار اللعان

إذا تلاعن الزوجان عند الحاكم فيترتب على ذلك ما يلي :

1- فيسقط عنهما الحد حد القذف بالنسبة للرجل وحد الزنا بالنسبة للزوجة.

[1] وجاءت هذه الكيفية في حديث هلال بن أمية عندما تلاعن مع زوجته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم. بن قدامة، المغني، المرجع السابق، جـ 9، ص 43.

2- يحرم الوطء والاستمتاع بعد التلاعن ولو قبل تفريق القاضي[1] لقوله صلى الله عليه وسلم: "المتلاعنان لا يجتمعان أبدا". [2]

3- وجوب الفرقة بينهما ولا تتم الفرقة عند الحنفية إلا بتفريق القاضي لقول ابن عباس في قصة هلال بن أمية: " ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما".[3] وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله، فلو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر، ولو طلقها الزوج وقع طلاقه خلافا للمالكية والحنابلة. والرواية الراجحة عند أحمد أن الفرقة تقع باللعان دون حكم الحاكم[4] ، لأن سبب الفرقة عندهم هو اللعان وقد وجد فتقع الفرقة به من غير حاجة إلى تفريق وللحديث: " المتلاعنان لا يجتمعان أبدا".

أما الشافعية فخالفوا الجمهور والحنفية وقالوا: تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده، ولو لم تلاعن الزوجة لأنها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق[5]. وقال ابن قدامة في المغني ولا نعلم أحدا وافق الشافعي على هذا القول[6].

---

[1] ابن قدامة، المرجع السابق، المغني جـ 9 ص 34./ والشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، جـ 7 ص 65.

[2] روي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن مسعود، و به قال الحسن و عطاء وجابر بن زيد النخعي و الزهري و الحكم و مالك و الثوري و الأوزاعي و الشافعي و أبو عبد وأبو ثور وأبو يوسف خلافا لرواية عند أحمد قال إذا أكذب الرجل زوجته يحد حد القذف و يعود إلى زوجته وهو ضعيف كما قال صاحب المغني.
وروى الحديث الدار قطني عن ابن عباس ورواه أبو داوود عن سهل بن سعد .

[3] مسند أحمد، مسند بني هاشم، ص 465./ و سنن أبي داود ، ص 65.

[4] النووي :المجموع جـ 17 ص 393-394./وبن همام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، جـ 4، ص 289-298. /والزرقاني ، المرجع السابق ، ص186

[5] الشافعي، الأم، جـ 5 ، ص 191-192.

[6] ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، جـ 7 ص 52./ وابن القيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج4، ص 92.

المطلب الثانـي

أحكام اللّعان

- **الفرع الأوّل** :

ـ سلطة القاضي في التفريق باللّعان.

- **الفرع الثانـي** :

ـ موقف التشريع الفرنسي

من التفريق باللّعان .

الفرع الأول : سلطة القاضي في التفريق

أولا: نوع الفرقة التي تقع باللعان

1- القائلون بالطلاق :

يتزعم هذا الرأي أبو حنيفة الذي يرى بأن الفرقة التي تقع بين المتلاعنين هي طلاق بائن لأنها تحصل بتفريق القاضي كما هو الحال في التفريق بسبب العنة وكل فرقة من القاضي تكون طلاقا بائنا ولكن لا تعود المرأة إلى الزوجية إلا في حالتين:

أ: أن يكذب الرجل نفسه ولو دلالة كأن مات الولد المنفي فادعى الزوج نسبه لأن هذا يعتبر رجوعا عن الشهادة، والشهادة لا حكم لها بعد الرجوع عنها، ويحد حينئذ حد القذف ويثبت نسب الولد منه إن كان، وتعود المرأة إلى الزوجية إن صدقته.

ب: أن يخرج أحد الزوجين عن أهلية الشهادة لأنه بذلك ينتفي سبب التفريق، فلو زنت المرأة أو قذفت غيرها فحدّت جاز لزوجها أن يتزوجها لانتفاء أهلية اللعان من جانبها.

وإذا كان الطلاق بائنا وجب للمرأة النفقة والسكنى في عدتها ويثبت نسب ولدها إلى سنتين[1] إن كانت معتدة، وإن لم تكن معتدة فإلى ستة أشهر، ووافق محمد بن الحسن أبا حنيفة في هذا الرأي وخالفهم أبو يوسف والجمهور[2].

2- القائلون بالفسخ :

وهم الجمهور من المالكية و الظاهرية و الجعفرية و إحدى الروايتين عن الحنابلة وأبو يوسف الذين ذهبوا إلى أن فرقة اللعان هي فسخ كفسخ الرضاع وتوجب تحريما

---

[1] ذهب الفقهاء إلى تحديد أكثر مدة الحمل إلى خمس سنين وبعضهم إلى أقل من ذلك لأنهم سمعوا أنها حصلت في وقتهم وقال ابن حزم في المحلى جـ 10 ص 132- 133:" إن الحمل لا يدوم أكثر من تسعة أشهر". وهذا ما أثبته الطب الحديث إذ أنه من المستحيل أن يبقى الجنين في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر و لا بأيام، فلا عبرة إذا من كلام الفقهاء في تحديد مدة الحمل ولسنا ملزمين بهذه الأقوال إذا أثبت العلم اليقين أنها ليست صحيحة.

[2] ا السر خسي، المرجع السابق، ج 7، ص 43.

مؤبدا[1] فلا يعود المتلاعنان إلى الزوجية بعدها أبدا لقوله صلى الله عليه وسلم:« المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » [2]، اذن :

أ- اللعان ليس طلاقا فكان فسخا كسائر ما ينفسخ به الزواج.

ب- ولأنه قد وجب وهو سبب التفريق بل هو باق فيبقى حكمه.

ج- ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع.

د- ولأن الفرقة – لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه كالتفريق للعيب والإعسار بالمهر ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرق بينهما أن يبقى النكاح مستمرا وهذا لا يجوز.

ه- وقول النبي صلى الله عليه وسلم للزوج " لا سبيل لك عليها"[3] يدل على هذا، وتفريقه صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين بعد لعانهما إنما هو بمعنى إعلامه لهما بحصول الفرقة ولكن الفرقة لا تحصل إلا بتمام اللعان.

سبب الخلاف هو أن الحنفية نظروا إلى اللعان على أنه شهادات لقول الملاعن في يمينه "أشهد بالله" وهي مؤكدة بالأيمان واستدلوا بقوله تعالى: "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ..."(سورة النور- الأية6).

فجعل الأيمان تحل محل الشهادات الأربع لدرء حد القذف، فلها نفس حكم الشهادة، أما الجمهور فاعتبروا اللعان أيمان، لذلك رأوا الفرقة المؤبدة.

---

[1] ابن قدامة ، المغني، المرجع السابق، جـ 7 ص 52-54./و ابن حزم، المرجع السابق، جـ 9 ص 332./والدسوقي:المرجع السابق، ج2 ،ص460./و ألجعلي : المرجع السابق، ج2، ص 92

[2] أخرجه البيهقي بلفظ: "فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال: لا يجتمعان أبدا"، وعن علي وابن مسعود قالا: مضت السنة بين المتلاعنين أن لا يجتمعان أبدا. وعن عمر: يفرق بينهما ولا يجتمعان أبدا. الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، المرجع السابق، ج4، ص 398. والحديث أخرجه أبو داود في سننه وروى مثل ذلك عن ابن عباس.

[3] الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 7 ص 65. الحديث مروي عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين: " حسابكما على الله أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليها. قال يا رسول الله: مالي. قال: لا مال لك، إن كنت صدقت عليها فهو لما استحللت من فرجها وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها" متفق عليه.

ويرجح الدكتور وهبة الزحيلي قول الجمهور لقوة الأدلة التي اعتمدوا عليها[1]

ثانيا: مدى سلطة القاضي في التفريق باللعان

1- آراء الفقهاء وحكم النكول عنه

أ-آراء الفقهاء

- ذهب الحنفية إلى أنه إذا التعن كل واحد من الزوجين أكثر اللعان وقع التفريق بينهما وإن لم يلتعنا أكثر اللعان فإنه لا يقع. وحجتهم في ذلك أن حكم اللعان يقع في دائرة الاجتهاد السائغ باعتبار أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام فاقتضى اجتهاده إلى أن الأكثر في اللعان أيضا يقوم مقام الكل[2].

- أما المالكية والحنابلة فقالوا: يبطل التفريق إذا أوقعه القاضي قبل تمام اللعان من الزوجين فقد جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي أنه لا يجوز للقاضي أم يفرق بين المتلاعنين إلا بعد تمام لعانهما، فإن فرّق قبل ذلك كان[3] تفريقه باطلا، وحجتهم أن الشرع ورد بالتفريق بعد كمال السبب فلم يخبر قبله كسائر الأسباب ولهذا لا يؤخذ بشهادة رجل وامرأة بحجة أنها شهادة بأكثر النصاب.

والرأي الراجح هو ما ذهب عليه المالكية والحنابلة لأن النص صريح في اللعان المقبول وفي كيفيته الصحيحة وعدد الشهادات التي يقولها كل واحد منهما فلا سبيل إلى تجاوز ذلك بحجة أن الأكثر له حكم الكل، وإذا جاز أن للأكثر حكم الكل فهذا جواز لا يشمل جميع الحالات وبالتالي لا يكون حجة للأخذ به كما أن الله تعالى جعل أربع شهادات على كل واحد منهما وفي الأخيرة جعل على المرأة الغضب إن هي أنكرت وهذا أعظم

[1] الزحيلي ، المرجع السابق، جـ 7 ص 578-579،
[2] السرخسي ، المرجع السابق، جـ 7 ص 43.
[3] ابن قدامة،المغني، المرجع السابق، ج 7 ، ص 29-33./ وابن القيم الجوزية ، زاد المعاد، المرجع السابق، ج4، ص 95

من اللعن. فلا يمكننا أن نقول إذا حصل الأكثر فقد وقع اللعان فربما تتراجع المرأة أو يتراجع الرجل خشية غضب الله إن كان أحدهما كاذبا[1].

ب- حكم النكول عن اللعان.

إذا نكل الزوج عن اللعان فإنه يحد حد القذف عند الجمهور لعموم قوله تعالى: (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) [النور 4] ولا فرق عندهم بين الزوجة والأجنبية، ولأن اللعان عندهم أيمان ولا يجوز النكول عنها كما مر سابقا[2].

أما الحنفية فقالوا إن نكل الزوج فإنه يحبس حتى يلاعن ولا حد عليه لأن اللعان عندهم شهادات وله حكمها[3].

أما إذا نكلت المرأة فالجمهور على أنها تحد حد الرجم أن توفرت فيها شروط الإحصان، وتحد حد الجلد إن لم تتوفر فيها الشروط.

أما أبو حنيفة فقال عليها الحبس حتى تلاعن وحجتهم قوله صلى الله عليه وسلم: " لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: زنى بعد إحصان وكفر بعد إيمان أو قتل نفس بغير نفس"[4]. وأيضا فإن سفك الدماء بالنكول حكم ترده الأصول فإن كثيرا من الفقهاء لا يغرمون من المال بالنكول فبالأحرى ألا يجيزوا سفك الدماء[5]. يقول ابن رشد: " وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنها لا تراق إلا بالبيّنة العادلة أو

---

[1] الزرقاني (أبوا داوود سليمان بن الأشعث محمد الزرقاني)، الشرح على الموطأ ، ج 3 ، ص 189-192./النووي، المجموع ج 17 ص 445-446./ابن قدامة، المغني ص 29-33./ ابن همام، المرجع السابق، ج 4 ص 282. المغني ج 7ص 37.

[2] ابن همام، المرجع نفسه، ج 4 ص 282./ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7 ص 37.

[3] ابن همام، المرجع السابق، ج 4 ص 282.

[4] رواه أحمد والنسائي ومسلم ونيل الأوطار للشوكاني ج 7 ص 146.

[5] ابن همام، المرجع السابق، ج 4 ص 282-283.

بالاعتراف، ومن الواجب ألا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك، فأبو حنيفة في هذه المسألة أولى بالصواب إن شاء الله"[1].

2- مندوبات اللعان ودور القاضي فيه

لا يكون اللعان إلا بحضور القاضي بالاتفاق، وعلى القاضي أن يعظ كلا من المتلاعنين قبل إقدامهما على اللعان وأن يذكرهما بالله تعالى وأن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، ويذكرهما بأن حسابهما على الله، وأنه ليعلم أن أحدهما لكاذب كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصّة هلال. ويندب أن يتلاعن المتكلم قائما ثم يجلس فيقول الآخر ويتلفظ باللعان قائما ليراهما الناس وليكون أزجر في الردع[2]. ويندب أن يكون يوم الجمعة بعد صلاة العصر في المسجد لقوله تعالى: (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله) [النور4] ، وأجمع المفسرون على أن الصلاة هي صلاة العصر.

[1] ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مج2، دار الجيل، بيروت، 1424ه-2004م، ص 780.
[2] الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 5 ص 415./ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 9 ص 60-62.

الفرع الثاني : موقف التشريع الفرنسي من التفريق باللعان.

أولا: التكييف القانوني للحالة

على عكس قانون الأسرة الجزائري الذي أحالنا في أحكام هذه الحالة كليا إلى الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 السابقة الذكر ، فلقد أدرج القانون المدني الفرنسي ضمنيا هذه الحالة كطريق من طرق حل الرابطة الزوجية ، بحيث يتبادر بكثير إلى ذهن القارئ المتمعن لأحكام هذه الحالة وما يطابقها من معان حين يتفحص البند 212 من القانون المدني الفرنسي السابق الذكر والذي سرد فيه المشرع الفرنسي مميزات هذا النوع من الطلاق الذي تندرج تحته هذه الحالة ، وهو ما بالتفريق بسبب الغلط (Le divorce pour faute).

هذا النوع من الطلاق الذي يحتوي حالات كثيرة، والذي يسمح للقاضي كما قلنا سابقا بأن يشهر سيف سلطته معاقبا المتهم، ومواسيا المتضرر من الزوجين.[1]

وما يلاحظ على مضمون هذه الفقرة من خلال الأمور التي تؤدي إلى حدوث هذا النوع من الطلاق كل أنواع الاهانات والتحقير ، وكذا انتهاك الحياة الزوجية ، وجميع أشكال الشتائم والقذف في حق الآخر(les injures) ، وخصوصا فيما يتعلق بالخيانة الزوجية ، وكل ما تعلق به من سلوك. ويمكننا أن نقول أن هذا النوع من الطلاق بسبب الغلط في هذه الحالة هو القذف و في القانون المدني الفرنسي بجزئه الخاص بالأسرة هو مماثل لما عندنا في الشريعة الإسلامية من تفريق باللعان ، بيد أن هذه الحالة هي متوقفة على الزوج يعني القذف يأتي منه وتتضرر منه المرأة لأنه يمس شرفها ، بينما في القانون المدني الفرنسي فهو يحصل من الطرفين أي متوقع من كليهما ، وكلاهما يتضرر منه.

---

[1]-Patrick courbe : droit civil (…la famille…) ,page 102./Frédérique garnet-Lambrechts patrice hilt : droit de la famille,4e édition, presses universitaires de Grenoble,2014,page123. /Catherine Marie et Anne Cathelineau-roulaud, droit de la famille, ouvrage passé, page 229.

ثانيا: مدى سلطة القاضي في التفريق

إن هذه الحالة من حالات هذا النوع من الطلاق وهو الطلاق بسبب الغلط ، ومنها حالة القذف بين الزوجين ما يسمى في الشريعة الإسلامية اللعان ، إن وجدت واعتبرت خطئا في حق الطرف الآخر المضروب في شرفه ، فالقاضي لكي يصدر الطلاق - كما قلنا سابقا – لابد أن يعتبر هذا الغلط بالغا ومستمرا حيث يمس بالطرف الثاني في كرامته وشرفه وعفته وشرف وعفة الزوجية ، حيث يجعل الحياة الزوجية مستحيلة ، فإذا توفرت كل هذه الأمور فللقاضي السلطة التامة في وضع حد لهذه العلاقة الزوجية بعد طلب من الطرف المتضرر كما هو الحال في قضية Cédric و Nathalie المتزوجين منذ سنتين والذين التقيا في ملهى ليلي لأن Nathalie قبل زواجها كانت تشتغل عاهرة لكنها توقفت بعد طلب زوجها ، وبعد عامين من الزواج بدأ Cédric يسب و يذل زوجته و يعايرها بعملها القديم في كل خلاف يقع بينهما ، ولهذا قامت Nathalie بطلب الطلاق وحكم القاضي بذلك بطلاق بسبب الخطأ .[1]

وكذالك في حالة الخيانة الزوجية مثل قضية Paul وVirginie تزوجا في 15 جانفي 2006، بعد شهر من الزواج اكتشف Paul في الأجندة الشخصية لVirginie أن لها علاقة برجل آخر، وبعد مشادة عنيفة بين الطرفين حيث Virginie أنكرت هذه العلاقة وقررت في الأخير ترك بيت الزوجية للعيش عند صديقة لها، وحسب البند 242 من القانون المدني الفرنسي[2] فانه من الممكن طلب الطلاق بسبب انتهاك واجبات و ضروريات الحياة الزوجية، وهنا الأمر هو خيانة والتي تحول الحياة الزوجية إلى حياة مستحيلة، وبهذا حكم القاضي بالطلاق لأخطاء الزوجة التي قامت بالزنا (adultère) حيث يمكن حسب البند 259 من القانون المدني الفرنسي[3] أن الزنا يثبت من خلال قرائن ملموسة مثل تقرير مخبر خاص، شهادات و خطابات و رسائل البريد الالكتروني

[1]- Allison Fiorentino - Marie hascoët, ouvrage passé, p 135-145. / Mikael Benillouche, leçons de droit de la famille, examens – concours, (cours complet-sujets corrigés), ellipses édition, 2012, paris, page 120. / Dominique fenouillet : droit de la famille, page 138./Mélina Douchy :droit civil 1erannee introduction-personnes-famille,2em édition , Dalloz, 2003, page 299

[2] -Art242(Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables a son conjoint et rendent intolérables le maintien de la vie commune).

[3] -Art259(Les faits invoquée en tant que cause de divorce ou comme décences une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu).

والفاكسات وسجلات الهاتف والمذكرات التي تحتوي على الاعترافات.... و حتى الرسائل القصيرة sms والتي هي معتمدة كذالك من طرف حاجب المحكمة، وزد على ذلك تصريحات الزوجة التي قامت بالزنا.[1]

[1] - Frédéric Débove et Remaud Salomon et Thomas Janville, droit de la famille, Vuibert, 7em édition, 2011, paris, page 185./ Philippe chaillou, guide du droit la famille et de l'enfant, DUNOD, 2em édition, 2003, page 122./ Margorie brusorio-Aillaud, droit des personnes et de la famille, paradigme collection, 5em édition, 2015, page 134./ Clara Bernard-Xémard, droit civil (les personnes - la famille), ouvrage passé, page 298./jean garrigue, ouvrage passé, page 213./guide de vos droit – famille, le particulier édition, ouvrage passé, page 195./ le guidec Raymond, ouvrage passé, page 165. / Mélina Douchy : droit civil, page 230. / Dominique fenouillet : droit de la famille, page 138.

المبحث الرابع

التفريق بالخلع

- ***المطلب الأوّل*** :

- مفهوم الخلع ومدى سلطة القاضي في التفريق به .

- ***المطلب الثانـي*** :

-أحكام الخلع و آثاره.

المطلب الأول

مفهوم الخلع ومدى سلطة القاضي في التفريق به

- **الفرع الأوّل** :

ـ مفهوم الخلع ومدى مشروعيته.

- **الفرع الثاني** :

ـ مدى سلطة القاضي في التفريق به .

تمهيد:

لقد نصّ المشرع الجزائري على الخلع كطريق من طرق حلّ الرّابطة الزوجيّة دون موافقة الزوج في المادة 54 "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتّفق الزوجين علة المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

فالمشرع الجزائري يلغي إرادة الزوج إذا طالبت المرأة بالخلع، ولا تحتاج في ذلك إلى موافقة الزوج.

وفيما يتعلق بالحقوق المتعلقة بالطرفين جرّاء الخلع، فالقانون الجزائري لم يورد أي نصّ في هذا الشأن، مما يوجب الأخذ بأحكام الشريعة الإسلاميّة عملا بنص المادة 222 السّالفة الذكر "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

الفرع الأول : مفهوم الخلع ومدى مشروعيته

أولا: تعريف الخلع

1- لغة: النزع والإزالة، وعرفا بضم الخاء: أي إزالة الزوجية

2 - اصطلاحا[1]:يختلف التعريف من مذهب لآخر كالتالي :

الحنفية: إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه[2].

المالكية: طلاق بعوض[3].

الشافعية: فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع[4].

الحنابلة: فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة[5].

الظاهرية: الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو[6].

الجعفرية: الخلع طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج[7].

من خلال التعاريف التي مضت نستنتج أن الخلع هو:

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج 8 ص 76 مادة خلع.

[2] ابن عابدين (محمد أمين بن عبد العزيز)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين، ج 3، مكتبة مصطفى بابي الحلبي، ط2، القاهرة، 1386ه- 1966م ، ص 439./ والبهوتي (منصور بن يونس بن ادريس)، كشاف القناع على متن الإقناع، ج 5، مكتبة النشر الحديثة، ص 212.

[3] الخرشي : على مختصر سيدي خليل ،ج 4، دار صادر،بيروت، ص 11.

[4] النووي، المجموع ، المرجع السابق، ج 17 ص 6./والشربيني، المرجع السابق، ج 6 ، 393-394.

[5] الشربيني، المرجع السابق، ج 4 ص 262.

[6] ابن حزم، المحلى ، المرجع السابق، ج ،9 ص 511./وابن تيمية (تقي الدين أحمد بن عبد الحليم)، مجموع الفتاوى، ط1، حكومة المملكة العربية السعودية، 1381ه، ج32، ص 144./ وابن مفلح (محمد بن عبد الله) ، الآداب الشرعية و المنح المرعية، مكتبة الرسالة، ط4، 2005، ج1، ص 67.

[7] مغنية (محمد جواد مغنية)، فقه الإمام جعفر الصادق، ج5، دار العلم للملايين، ط2، بيروت، 1978م، ص 114.

-وقوع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما وبعوض تدفعه الزوجة لزوجها فهو كالطلاق تنحل به الرابطة الزوجية، ولكن يختلف عنه بأن الخلع يتوقف وقوعه على رضا الزوجين و ببذل الزوجة مالا لزوجها، أما الطلاق فهو تصرف بإرادة الزوج وحده وبدون عوض من الزوجة[1].

ثانيا : مدى مشروعية الخلع

1 - أدلّة مشروعية الخلع

أ-من الكتاب

قوله تعالى: (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان. ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يعتد حدود الله فأولئك هم الظالمون) [البقرة 229].

ب-من السنة

ما أخرجه الإمام البخاري عن ابن عباس قال: "جاءت امرأة ثابت بن قيس رضي الله عنه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته. فقالت نعم. فردت عليه وأمره ففارقها. ولم يخالف في جواز الخلع أحد من الفقهاء إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله تعالى: **(وإن أردتم استبدال زوج مكان وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا)** [البقرة 229]

[1] الشربيني، المرجع السابق، ج6، ص 394./ الرملي، المرجع السابق، ج7، ص 103وما بعدها./داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص341 وما بعدها.

.ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك[1].

2- حكمه الشرعي

يسن للرجل إجابة المرأة للخلع إن طلبته، لقصة امرأة ثابت بن قيس المتقدمة إلا أن يكون للزوج ميل ومحبة لها فيستحب صبرها وعدم افتدائها ويكره الخلع للمرأة مع استقامة حالها لحديث ثوبان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة" رواه الخمسة إلا النسائي، ولأنه عبث فيكون مكروها، لكن يقع الخلع مع الكراهة للآية: "فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"(سورة النساء- الاية4)[2].

وذكر الحنابلة أن الخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها في حالة العضل أو الإكراه على الخلع بالضرب و التضييق عليها أو منعها حقوقها من القسم و النفقة و نحو ذلك كما لو نقصها شيئا من حقوقها ظلما لتفتدي نفسها لقوله تعالى: (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن) [النساء 19] ولأن ما أكرهت علة بذله من العوض مـأخوذ بغير حق فلم يستحق أخذه منها للنهي عنه، و النهي يقتضي الفساد و ذلك باستثناء لفظ الطلاق أو نيته فيقع رجعيا ولم تبن المرأة من زوجها لفساد العوض[3].

مذهب الشافعية: يجوز الخلع لما فيه من دفع الضرر عن المرأة غالبا ولكنه مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب في الشرع لقوله صلى الله عليه وسلم: **"أبغض الحلال إلى الله الطلاق"**[4]، وذلك إلا في حالتين:

أ- أن يخافا أو أحدهما ألا يقيما حدود الله أي ما افترض الله في النكاح.

---

[1] ابن رشد، بداية المجتهد ،المرجع السابق،ج 2 ، ص 66-67./و الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 7، ص 35-36./الصنعاني، المرجع السابق، ج 3، ص 349-350. / ابن قدامة، المغني ، المرجع السابق،ج 8 ص 174.

[2] ابن قدامة، المغني ، المرجع نفسه،ج 8 ، ص 176-177.

[3] ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، ج 7 ص 248.

[4] رواه أبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم ورجح أبو حاتم إرساله. كتاب الطلاق، سبل السلام ج 3 ص 355.

ب- أن يحلف بالطلاق الثلاث على فعل شيء لا بد له منه كالأكل و الشرب و قضاء الحاجة فيخلعها ثم يفعل الأمر المحلوف عليه ثم يتزوجها فلا يحنث لانحلال اليمين بالفعلة الأولى إذ لا يتناول إلا الفعلة الأولى وقد حصلت[1].

واشترط المالكية أن يكون خلع المرأة اختيار منها وحبا في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه، فإن انخرم أحد هذين الشرطين نفذ الطلاق ولم ينفذ الخلع[2].

ومنع قوم الخلع مطلقا وقال الحسن البصري: لا يجوز حتى يراها تزني. وقال داود الظاهري: لا يجوز إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله.

تعقيب

الذي يبدو راجحا هو رأي المالكية لأن الطلاق بيد الرجل وبإمكانه أن يطلقها متى شاء أو إذا رأى المصلحة في ذلك، أما المرأة فليس لها حق الطلاق إلا لأسباب، فلذلك شرع لها الخلع افتداؤها بمال مقابل تنازل الرجل عن حقه في الطلاق[3].

[1] الشربيني، المرجع السابق، ج 6، ص 393-394./والنووي، المجموع ، المرجع السابق، ج 17 ص 6.
[2] الكندهلوي (محمد زكرياء الكندهلوي)، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، تحقيق تقي الدين الندوي، دار القلم،ط 1424ه – 2003م، ج 10 ص 102.
[3] ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج 9 ص 512-514.

الفرع الثاني : مدى سلطة القاضي في التفريق به

لقد اختلف الفقهاء بين مشترط لأذن القاضي في الخلع وبين قائل بعدم اشتراط إذنه وسنفصل هذا الاختلاف على النحو التالي :

أولا : المجيزون للخلع دون اذن القاضي

هو قول الجمهور الذين لم يشترطوا إذن القاضي لجواز الخلع أو صحته لأن المخالعة عقد بين الزوجين لإنهاء العلاقة الزوجية وقطع رابطتها بالتراضي بينهما وبإيجاب من أحدهما وقبول الآخر، وعلى هذا فلا حاجة لإذن القاضي ، جاء في المغني: ولا يفتقر الخلع إلى حاكم، نص عليه أحمد فقال يجوز الخلع دون السلطان. وروي البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي واسحاق وأهل الرأي[1]. وجاء في المبسوط للسرخسي: "والخلع جائز عند السلطان وغيره"[2]. وعند المالكية الخلع طلاق بعوض، فيجوز بالحاكم وبدونه[3].

واحتج الجمهور المجيزون للخلع دون إذن السلطان أو نائبه القاضي بأدلة منها:

1- الطلاق جائز دون الحاكم، أي دون الحاجة إلى إذنه، وكذلك الخلع[4].

2- المراد من قوله تعالى: **"فإن خفتم ألا ..."** (الآية) إذن الأئمة من تمكينهم من الخلع إذا خافوا عليهما عدم القيام بالواجب فيما ارتفعوا إليهم وليس المراد وجوب الترافع إليهم لأخذ الإذن منهم لإجازة الخلع فيما بينهم. وعلى اعتبار أن هذا هو

---

[1] ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 246-247.
[2] السرخسي، المبسوط ، المرجع السابق،ج 6 ،ص 173.
[3] الكندهلوي، المرجع السابق، ج 10، ص 95. / وابن حزم، المرجع السابق، ج 9 ، ص 514./وابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 2 ، ص 68-69.
[4] ابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ج 4 ، ص 215.

المراد من الآية فإن الأئمة والحكام يمنعونه من الخلع عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى وليس بالحكم والالتزام[1].

3- قال الإمام الجصاص: "كتاب الله يوجب جواز الخلع وهو قوله تعالى: فلا جناح عليهما فيما افتدت به" فأباح الأخذ منها من الزوجة لترافعهما من غير سلطان[2].

4- الخلع عقد معاوضة فلم يفتقر إلى سلطان، كالبيع والنكاح، ولأنه قطع عقد بالتراضي أشبه الإقالة

ثانيا : المشترطون لاذن القاضي في الخلع

جاء في المغني: وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز الخلع إلا عند السلطان. وجاء في أحكام القرآن للحصاص ما يلي: "وقد اختلف السلف في الخلع دون السلطان فروي عن الحسن وابن سيرين أن الخلع لا يجوز إلا عند السلطان، وقال سعيد بن جبير: لا يكون الخلع حتى يعظهما فإن اتعظت وإلا ارتفعا إلى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها فيرويان ما يسمعان إلى السلطان فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرّق، وإن رأى يجمع جمع[3]. ومثل هذا ذكر ابن حزم في المحلى عن محمد بن سيرين: لا يجوز الخلع دون السلطان وإن أبا عبيد اختار هذا القول[4].

قال ابن حجر: إن أبا عبيد استدل في اشتراطه إذن القاضي لجواز الخلع بقوله تعالى: (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله) {البقرة- 229} وقوله تعالى: (وإن خفتم شقاق بينهما

---

[1] ابن كثير، تفسير القرءان العظيم، دار الأندلس، ط3، 1981، ج1، ص481/و البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، مؤسسة شعبان للنشر، ج1، ص242/و الزمخشري، الكشاف، دار المعرفة، بيروت، ج1، ص138/ الجصاص، أحكام القرآن، ج 2 ، ص 94-95.

[2] ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 246-247.

[3] الخازن، لباب التأويل في معاني التنزيل، طبع محمد أمين وشركاؤه، بيروت، ج1، ص 353/الصابوني، المرجع السابق،ج1، ص275/الصاوي، الحاشية على تفسير الجلالين، دار إحياء الكتب العربية، ج1، ص 19/المراغي، تفسيرا لقرءان العظيم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج5، ص 26/ الجصاص، أحكام القرآن ، المرجع السابق، ج 2 ص 94-95.

[4] ابن حزم، المحلى ج 9 ص 512-514.

فابعثوا حكما من أهله وحَكَما من أهلها) {النساء- 35}. قال: فجعل الخوف لغير الزوجين ولم يقل فإن خافا، والمراد الولاة[1].

وقال صاحب فتح القدير[2]: وأما وجه من قال لابد من إذن الإمام أي السلطان أو القاضي فلم أره، ويظهر أن قوله تعالى "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[3] فإنّه تعالى شرّعه مشروطا لخوف الأئمة والحاكم إذ هم المخاطبون لقوله تعالى: (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله) {البقرة- 229 }وهذا فرع الترافع إليهم.

تعقيب : يرجح صاحب (المفصل في أحكام المرأة) قول الجمهور لقوّة أدلّتهم، وإلى هذا الترجيح ذهب الدكتور وهبة الزحيلي، فإن كانت أدلة الجمهور هي الأقوى كما يبرهن عليها ولكني أرى أن المسألة تحتاج إلى الحاكم، فإذا قلنا إن الخلع لا يحتاج إلى الحاكم فإن هذا الأمر لا يكاد يطبق عمليا، فالأمور أصبحت معقدة والناس ابتعدوا عن الدين وأصبح هضم الحقوق من أسهل الأمور، فكان لا بد من اللجوء إلى القضاء في هذه الأمور لأنها تحقق المقاصد الشرعية من رفع الظلم وعدم مجاوزة حدود الله، و إن كان رأي الجمهور لا ينفي تدخل القاضي عند إرادة الزوجين ذلك، وأن العقود الآن أصبحت موثقو في البلديات أو المحاكم، فكان لا بد من العودة إلى القضاء لإلغاء العقود عند تراضي الزوجين على الخلع أو الطلاق.

[1] العسقلاني (الامام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 9، دار الريان للتراث، ط2، القاهرة، 1407ه-1987م، ص 496. / وابن باديس، مجالس التذكير من حديث البشير النذير، دار البعث للنشر و التوزيع، قسنطينة، الجزائر، ط1، سنة 1403 ه – 1983م، ص 150و ما بعدها.
[2] ابن همام، المرجع السابق، ج4، ص215.

المطلب الثانـي

أحكام الخلع وآثاره

- **الفرع الأوّل** :

ـ أحكام الخلع.

- **الفرع الثانـى** :

ـ آثار الخلع .

الفرع الأول : أحكام الخلع

أولا : وقت الخلع

يجوز الخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه، ولا بأس بذلك لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل دفع الضرر الذي يلحق بالمرأة بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وهو أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاهما بأدناهما، وهي قد رضيت به ما يدل على رجحان مصلحتها، ولذا لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها[1].

ثانيا : شروط الخلع في بعض المذاهب

1- عند المالكية

لا يجوز الخلع عندهم إلا بثلاثة شروط وهي:

أ- أن يكون المبذول للرجل مما يصح تملكه وبيعه تحرزا من الخمر ونحوهما مما لا يصح تملكه ويصح الخلع عندهم بالمجهول والعزر.

ب- ألا يجد إلى مالا يجوز شرعا كالخلع على السلف أو التأخير بدين أو الوضع على التعجيل وشبه ذلك من أنواع الربا.

ت- أن يكون خلع المرأة اختيارا منها وحبا في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه بها، فإن انخرم أحد هذين الشرطين نفذ الطلاق ولم ينفذ الخلع[2].

2- عند الحنابلة

أ- بذل العوض ممن يصح تبرعه وزوج يصح طلاقه، غير هازلين مع عدم عضل الزوج لها إن بذلته.

---

[1] ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7 ص 247.

[2] الزرقاني، شرح الموطأ، المرجع السابق، ج 4 ، ص 185. / وابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج 1 ، منشورات المكتب الإسلامي، ط1، دمشق، ص 491-493.

ب- وقوعه بصيغته الصريحة أو الكنائية، والأولى: خلعت وفسخت وفاديت، أما الكنائية: بارأتك وأبرأتك وأبنتك.

ج- عدم نيته طلاقا ويجب أن ينجز ويقع على جميع الزوجة.

د- عدم الحيلة، فيحرم الخلع حيلة لإسقاط عين الطلاق أو تعليقه ولا يصح[1].

ه- لا يتوقف الخلع على قضاء القاضي كما هو حكم كل طلاق من الزواج.

و- لا يتصل الخلع بالشروط الفاسدة.

ي- يلزم الزوجة أداء بدل الخلع المتفق عليه.

إذا نظرنا إلى هذه الشروط التي اشترطها الفقهاء فإننا نرى أن الذي يمكنه الحكم في هذه الأحوال هو القاضي، وهو الذي يحكم هل توفرت الشروط أم لا.

[1] ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 8 ، ص 176-186./ وابن تيمية ، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج32، ص 144./وابن مفلح ، الآداب الشرعية، المرجع السابق، ج1، ص 67./وداودي، المرجع السابق، ص 341 وما بعدها.

الفرع الثاني : آثار الخلع

أولا : نوع الفرقة التي تقع بالخلع وإسقاطه للحقوق

1- نوع الفرقة التي تقع بالخلع

أ- يقع الخلع طلقة بائنة ولو بدون عوض أو نية عند الحنفية والمالكية والشافعية في الراجح وأحمد في رواية عنه، لقوله تعالى: (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ، وإنما يكون فداء إذا خرجت المرأة من سلطان الرجل ولو لم يكن بائنا لملك الرجل الرجعة وكانت تحت حكمه وقبضته، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة. فلو جازت الرجعة لعاد الضرر.

وفي رواية أخرى عن أحمد وهو رأي ابن عباس وطاوس وعكرمة واسحاق وأبي ثور: أن الخلع فسخ لأن الله تعالى قال: "الطلاق مرتان" ثم قال: (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ثم قال: (فإن طلقها فلا تحل من بعد حتى تنكح زوجا غيره) [البقرة 228-230] .

فذكر تعالى تطليقتين، والخلع وتطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لكان الطلاق أربعا بأن يكون الطلاق الذي لا تحل فيه المرأة المطلقة إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع، ولأنها فرقة عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ[1].

والمعتمد عند الحنابلة هو أن الخلع طلاق بائن إن وقع بلفظ الخلع أو المفاداة ونحوهما أو بكنايات الطلاق ونوى به الطلاق لأنه كناية نوى بها الطلاق فكانت طلاقا.

وإذا اعتبرنا أن الخلع فسخ فلا ينقص به عدد الطلاق حيث وقع بصيغة ولم ينو طلاقا بأن وقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولا ينوى به الطلاق فيكون فسخا لا ينقص به عدد الطلاق.

ب- لا يتوقف الخلع على قضاء القاضي كما هو حكم كل طلاق يكون من الزوج.

---

[1] ابن قدامة، المغني ، المرجع السابق، ج 9 ، ص 182. / والنووي، المجموع ، المرجع السابق،ج 17 ص 15./ ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج 9 ، ص 517-518. / ابن همام، المرجع السابق، ج ،4 ص 211.

ج- لا يبطل الخلع بالشروط الفاسدة.

د- يلزم الزوجة أداء بدل الخلع المتفق عليه[1].

2 – سقوط الحقوق بالخلع

يسقط الخلع عند الحنفية كل الحقوق و التي تكون لكل واحد من الزوجين في ذمة الآخر والتي تتعلق بالزواج الذي وقع الخلع فيه: كالمهر والنفقة الماضية المتجمدة، لأن المقصود من الخلع قطع الخصومة و المنازعة بين الزوجين، أما الديون أو الحقوق التي لأحد الزوجين على الآخر والتي لا تتعلق بموضوع الزواج كالقرض والوديعة والرهن وثمن البيع ونحوها فلا تسقط بالاتفاق، وكذا لا تسقط نفقة العدة إلا بالنص على إسقاطها لأنها تجب عند الخلع.

أما الجمهور ومحمد بن الحسن لا يسقطون بالخلع شيئا من حقوق الزوجية إلا إذا نص على إسقاطه، لأن الحق لا يسقط إلا بالإسقاط صراحة أو دلالة[2].

لا رجعية في رأي أكثر العلماء على المختلعة في العدة سواء أكان الخلع فسخا أم طلاقا لقوله تعالى "فيما افتدت به" وإنما يكون فداء إذا خرجت به قبضة الرجل وسلطانه، وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة، فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر.

وروي عن الزهري وسعيد بن المسيب أنهما قالا: الزوج بالخيار بين إمساك العوض و لا رجعة له وبين رده وله الرجعة، وأجمع أكثر العلماء على أن للرجل أن يتزوج المختلعة برضاها في عدتها، وقال بعض المتأخرين لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة[3].

---

[1] ابن همام ، المرجع السابق، ج4، ص 211.

[2] السرخسي، المبسوط ، المرجع السابق،ج 6 ،ص 172-173./ وابن همام، المرجع السابق، ج 4 ص 233-234.

[3] ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج 9، ص 518-519.

- الفرق بين الخلع والطلاق على المال عند الحنفية

الخلع والطلاق على مال وإن زال بكل منهما ملك الزواج وأن كل واحد طلاق بعوض ولكنهما يختلفان في ثلاثة وجوه:

أ- إذا وقع الخلع على عوض باطل شرعا، بأن وقع على ما ليس بمال متقوم كخلع المسلمة على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج، ويقع الطلاق بائنا، أما إذا بذل العوض في الطلاق على مال بأن سميا ما ليس بمال متقوم فإن الطلاق يقع رجعيا، وذلك لأن الخلع كناية عند الحنفية، والكنايات توقع الفرقة البائنة، أما الطلاق على مال فهو صريح ويقع بائنا أن صح العوض شرعا، فإذا لم يصح فكأنه لم يكن فبقي صريح الطلاق فيكون رجعيا وحينئذ يعمل كل من لفظي الخلع والطلاق المجردين عمله، فلفظ الخلع يكون كناية عن الطلاق، ولفظ الطلاق من أنواع الصريح الذي يقع به طلاق رجعي.

ب- يسقط بالخلع في رأي الحنفية كل الحقوق الواجبة بسبب الزواج لأحد الزوجين على الآخر كالمهر والنفقة الماضية المتجمدة أثناء الزواج، لكن لا تسقط نفقة العدة لأنها لم تكن واجبة قبل الخلع فلا يتصور إسقاطها بالخلع، أما الطلاق على مال: فلا يسقط به شيء من حقوق الزوجين ويجب به فقط المال المتفق عليه[1].

ج- الخلع مختلف في كونه طلاقا بائنا أم فسخا بين الفقهاء، فهو عند الجمهور (الحنفية والمالكية والشافعية في أظهر القولين وفي رواية أحمد) طلاق بائن يحتسب من عدد الطلقات. وفي رواية أخرى عن أحمد أنه فسخ فلا ينقص من عدد الطلقات، أما الطلاق على مال فلا خوف في كونه طلاقا بائنا ينقص به عدد الطلقات[2].

3- ملاحظات على موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بالخلع

إن القارئ بتمعن لموقف قانون الأسرة الجزائري في المادة 54 -السابقة الذكر

[1] ابن همام، المرجع السابق، ج 4، ص 242-243.
[2] ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7 ، ص 249-250.

في أول الفصل - و الخاصة بالخلع المعدلة بالأمر 05/02 و التي تنص على أنه : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ". يستطيع أن يلاحظ ما يلي :

أ- ملاحظة شكلية : إن المشرع الجزائري اختصر موضوع الخلع في مادة واحدة ، تتكون من فقرتين قصيرتين تخص الأولى بعبارتها حق الزوجة في المخالعة دون موافقة الزوج ، وبمفهومها تقدم الزوجة بطلب التفريق من القاضي الذي له سلطة تفريقها قضائيا من زوجها رغما عنه بعد التحقق من استحالة مواصلة الحياة الزوجية بينهما ، وتخص الثانية تدخل القاضي لتحديد عوض الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه . وهذا عكس الشريعة الإسلامية التي نظمت الخلع في أحكام عديدة كافية ووافية ، والحمد لله على المادة 222 السابقة الذكر التي أوردها المشرع الجزائري في قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي : "كل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية"

ب- إن مادة واحدة فقط في الخلع ليست كافية لأنها تقرر حالة من حالات التفريق القضائي ، التي يتدخل فيها القاضي ويمارس سلطته في التفريق بين الزوجين [1]وذلك بطلب من الزوجة المتضررة .فالخلع له من الأهمية الواقعية ما يستدعي تخصيص أكثر من مادة للتعرض لشروط الالتجاء إليه، وربما وضع القيود حتى لا تتعسف المرأة في طلبه من القاضي دون أن يتحقق الجانب النفسي الذي من أجله أمر الرسول صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس أن يطلق زوجته ، وهو الخوف من أن تقصر في واجباتها الزوجية .فالمشرع الجزائري لم يذكر هذا الضابط، وقد ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية

1- باديس ذيابي، المرجع السابق ،ص81/ وداودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 341 وما بعدها./ ومراح (طارق مراح)، حالات الخلع في تنام، جريدة الخبر، الجزائر، شهر أوت 2015، ص 13./ وسريدي (المحامية مريم سريدي)، عدم التوازن السوسيولوجي و الثقافي بين الزوجين وراء ظاهرة الخلع، جريدة الخبر، الجزائر، شهر أوت 2015، ص 13.

كما سبق معنا في أول هذا الفصل، رغم أن القاضي لا يستطيع أن يتأكد من وجوده عند الزوجة.

ج- كما أن المشرع الجزائري لم يذكر أي شرط يخص طرف المخالعة، وهذا طبعا يستدعي تطبيق القواعد العامة في الطلاق .لكن للخلع عنصر إضافي لا يوجد في الطلاق أو التطليق وهو دفع المقابل المالي، فكان لابد أن يذكر شرط أهلية الزوجة في الالتزام بالعوض.

د- كما لم يتعرض المشرع للأمور التي لا ينبغي أن تكون عوضا في الخلع كعدم جواز التنازل عن حضانة الأولاد أو نفقتهم.

ه- لم يتعرض المشرع الجزائري للإجراءات الخاصة التي لابد للقاضي أن يسلكها للصلح بين الزوجين، وأخص بالذكر تعيين حكمين لمحاولة الإصلاح قبل الحكم بالخلع، وهذا لا يعني عدم تطبيق أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تخص ضرورة لجوء القاضي إلى محاولات الصلح قبل الحكم بالطلاق[1]، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/01/14 والذي قضى بأن القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع، مخالف لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة [2] .وما عدا ذلك لا توجد إلا الفقرة 5 من المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية و التي تنص على ما يلي : "يعاين القاضي أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة".ويظهر أن المقصود من هذه المادة ليس إدراج إجراءات خاصة بالتطليق عن طريق الخلع وإنما مراعاة القواعد العامة في الحكم بالتطليق، ومنها ما ذكرناه في محاولات الصلح.

و- إذا قارنا ما جاء من أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، وما أورده المشرع الجزائري في هذه

---

[1] برتي للنشر، قانون الأسرة الجزائري في ضوء الممارسة القضائية..، المرجع السابق، ص 23./ وتواتي بن تواتي، هناك افراط في استعمال حق الخلع، جريدة الخبر، الجزائر، شهر أوت 2015، ص 13.

[2] - ملف رقم 477546، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009، ص 279

المادة الوحيدة التي تضمنت أحكام هذا الموضوع، نجد بأن الشريعة الإسلامية ضبطته ببعض الإجراءات، وفرضت على الزوجة الإقرار ببغض الزوج والخوف من عدم إقامة حدود الله، وذلك بعد فشل عملية الصلح. أما المشرع الجزائري فلم يضع أي قيد لهذا الطلب الذي تتقدم به الزوجة إلى القاضي طالبة تفريقها عن زوجها جبرا عنه. ومن أمثلة الأحكام الصادرة بهذا الشأن الحكم الغير منشور الصادر من محكمة سيدي عيش، ولاية بجاية، بتاريخ 2008/12/07، والذي رغم رفض الزوج مطلب التطليق الذي تقدمت به زوجته أمام القضاء في المحكمة من الأساس، فان القاضي قضى بالتطليق خلعا بمبلغ تقدمه الزوجة لزوجها وهو1200 دج (الصداق العرفي بالمنطقة)، مع منحها حق الحضانة وإلزام المدعى عليه بدفع مبلغ 5000 دج شهريا عن كل واحد من الأبناء الأربعة كنفقة معاش تسري من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوط الحضانة شرعا .[1]

خلاصة القول أن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة الوحيدة التي لا ثاني لها في هذه الحالة كرس طريقا من طرق انحلال الزواج عندما لا تفلح الوسائل الاختيارية كالطلاق مثل الذي يقع باختيار الزوج وإرادته، هذا الطريق هو التفريق القضائي الذي يتم بطلب من الزوجة، وأمام القضاء في المحكمة. ويكون بهذا قد أجاب على الإشكالية الأساسية لهذا البحث، وهو مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج مقابل رد قيمة المهر الذي مهرها به

[1] -مبروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، ص 278./ وداودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 341 وما بعدها.

ثانيا : موقف التشريع الفرنسي من التفريق بالخلع

1- التكييف القانوني للحالة :

كغيرها من الحالات فالقانون المدني الفرنسي في أحوال الأسرة لم يتعرض لهذه الحالة التي هي من حالات التفريق القضائي في قانون الأسرة الجزائري، وذلك لعدم استعمالها كطريقة من طرق حل الرابطة الزوجية في حياة المجتمع الفرنسي، ولكن إذا أمعن النظر المتفحص لأنواع الطلاق في هذا القانون يجد بأن النوع الرابع قد يطابق التفريق بالخلع شكلا، ويختلف عنه في المضمون، وهذا النوع هو : طلب الطلاق من أحد الزوجين وقبوله من الزوج الآخر. (le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre ; ou bien l'acceptation du principe de la rupture du mariage) مصدر هذا النوع من الطلاق هو قانون 1973م،ويرتكز على ضرورة اجتماع نقطتين أساسيتين:

الأولى : اعتراف كلا من الزوجين على فشل الزواج والذي أدى إلى طلب الطلاق.

الثانية **:** تدخل القاضي فيما يخص النتائج[1].

فالملاحظ لمضمون هذا النوع من الطلاق يتبادر إلى ذهنه التفريق بالخلع الذي هو طلب من المرأة، ولو بشيء قليل، لان في هذا النوع الطلب ممكن من الطرفان على عكس الخلع عندنا فهو مقتصر على طلب من المرأة التي تصل درجة من الضرر بحيث يستحيل فيها مواصلة العيش مع الطرف الآخر، بيد أن هذا النوع من الطلاق الذي يصفه فقهاء القانون الفرنسي بالهجين، يوافق الخلع في أنه طلب للطلاق من طرف واحد، لكن يتوقع من الطرفين فكلا الزوجين له الحق في هذا الطلب طبعا عند وصوله درجة بالغة من الضرر ولا يستطيع فيها مواصلة العيش مع الطرف الآخر.

[1]-Clara Bernard-xémard, cours de droit des personnes et de la famille, Gualino, 1er édition, 2015-2016, paris, page 290. /pascale Guimard, code civil, page 387.

2- مدى سلطة القاضي في التفريق بهده الحالة :

إن هذا النوع من الطلاق الذي هو طلب من الطرف الأول وقبول من الطرف الثاني يرتكز على نقطتين هامتين وعليهما ترتكز سلطة القاضي التقديرية لكليهما في مدى إرادتهما للتفريق[1] .

1-الاعتراف المزدوج :

هذه المرحلة الأولية الهدف منها هو قيادة الزوجين إلى قبول مبدأ الطلاق من طرف الزوجين، هذا النوع من الطلاق متميز - كالخلع عندنا- يتبادل الاعتراف الخطي من طرف الزوجين، لكن قاضي الأسرة يجب عليه أن يتلقى هذا الاعتراف الكتابي، وبالإضافة يجب أن يتلقاه صوتي. الزوج الذي يبادر بطلب الطلاق يجب عليه أن يقدم مجموعة من الأدلة من طرفه ومن طرف شريكه ليبرهن على استحالة الحياة بينهما في هذه الوثيقة. إن الزوج المطالب بالطلاق عليه أن يشرح الحالة التي كانت عليها الحياة الزوجية، بحيث يقوم بوصفها بطريقة موضوعية دون أن يقيم ذلك أو دون أن يلصق التهمة على نفسه أو على الطرف الآخر [2]

2-تدخل القاضي :

عندما يتلقى قاضي أحوال الأسرة التأكيد الشفوي والكتابي من طرف الزوجين على الطلاق، عندئذ يصدر حكما بذلك لكن إذا أحس القاصي خلال الإدلاء الشفوي أو من خلال الوثائق أن هناك عاطفة بين الزوجين فقد يحاول إحالتهما إلى جلسة صلح لكن في حالة فشل هذه الجلسة فان القاضي يقضي بالطلاق. إذا فهذا النوع من الطلاق مبني على الاعتراف المشترك على عدم نجاح الزواج، وبهذا فان القاضي لا يملك حلا آخر إلا بإصدار حكم الطلاق في حقهما. وعندما يتأكد القاضي بأنه تلقى الموافقة على قرار

[1]- patrick courbe, droit civil (….la famille…..), page101./pascale Guiamard, ouvrage passé, page 388./ Clara Bernard-xémard, cours de droit des personnes et de la famille, ouvrage passé, page 291.

[2]- Philippe Malaurie et Hugues fulchiron, la famille, page280.

الطلاق من طرف الزوجين فانه يصدر الحكم بالطلاق ويحكم فيما يخص تبعاته، لكن القانون يعطيه الحق في التأكد بأن كلا الزوجين أدلى برغبته في التطليق بحرية، لكنه ليس مجبر على معرفة الأسباب الحقيقية التي أدت الى الطلاق، كما أنه من الأحسن أن يؤمن بأن كلا الطرفين واعي بنتائج الطلاق قبل إصدار الحكم. [1]

مثل الحالة التي بين أيدينا لOlivia وPièrre الذين هما زوجان منذ 6 سنوات ، ومنذ 3 سنوات قام الزوجين بالتسجيل في جمعية روحية لكن Olivia لم تعجبها أفكار هذه الجمعية فلاذت بالفرار أما زوجها Pièrre فقد واصل تسجيله في هذه الجمعية رغم غموضها كما وصفت زوجته.

وأصبح Pièrre يندمج أكثر فأكثر في الجمعية وأصب أكثر حاجة بالتعود على الانعزال بحجة الحاجة إلى الروحانية وأخذ يكرس وقتا كبيرا فيها كما أصبح يدفع لهذه الجمعية أموالا طائلة وبهذا تغيرت حياتهما ووصلا إلى نقطة لا يمكن إصلاح الأمور فيها، ومع السنة الخامسة من زواجهما تعرفت زوجته على رجل آخر وبهذا قام القاضي على تطليقهما تحت عنوان الطلاق بالاتفاق على مبدأ القطيعة (divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage)

وهذا الطلاق يمثل موافقة كلا الزوجين على مبدأ الطلاق لأن كلاهما قام بالتعدي على مبادئ وواجبات الزواج ولم يحترما مبادئ الزوجية وأسسها[2].

[1]- Adeline Gouttenoire et Patrick courbe, droit de la famille, SIREY, 7em édition, 2017, bordeaux, page 206-207./ Dominique fenouillet, droit de la famille, page 142.Brigitte Hess-Fallon et Anne-Marie Simon, droit de la famille, 9em édition, Dalloz, paris, 2014, page 114.

[2]. Allison Fiorentino - Marie hascoët, ouvrage passé, p 129. / Mikael Benillouche, ouvrage passé, page 119-120./ Frédéric Débove et Remaud Salomon et Thomas Janville, ouvrage passé, page 202. /jean garrigue, ouvrage passé, page 177./guide de vos droit – famille, le particulier édition, ouvrage passé, page 195./ le guidec Raymond, ouvrage passé, page 165. /Dominique fenouillet : droit de la famille, page 138.

المبحث الخامس

التفريق بالتعدد

- **المطلب الأوّل** :

- موقف المشرع الجزائري من التعدد والتفريق به في القانون القديم 11/84

- **المطلب الثانـي** :

- موقف المشرع الجزائري من التعدد والتفريق به في القانون الجديد 02/05.

المطلب الأول

موقف المشرع الجزائري من التعدد والتفريق به في القانون القديم 11/84

- الفرع الأوّل :

ـ موقف المشرع الجزائري من التعدد.

- الفرع الثاني :

ـ موقف المشرع الجزائري من التفريق به.

الفرع الأول : موقف المشرع الجزائري من التعدد

لقد كان يسمح قانون الأسرة الجزائري بالتعدد الذي أجازته الشريعة الإسلامية في هذا القانون (11/84)[1] حيث جاءت المادة 8 منه قبل تعديلها في 2005 ما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل و يتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة و اللاحقة و لكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش و المطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا.

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري أجاز التعدد و قيده بالعدد المرخص به شرعا و هو أربع نسوة دون ذكر ذلك، و هذا ما يفهم من عبارة " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية ". و يتضح من خلال هذه المادة كذلك أن المشرع وضع بعض الشروط لهذا التعدد و هي ضرورة وجود:

- المبرر الشرعي.

- توفر شروط العدل.

- توفر نية العدل.

- علم الزوجة السابقة و اللاحقة بالتعدد.

إن التساؤل الذي يطرح نفسه،هل قيد المشرع الجزائري فعلا التعدد، أي هل وضع آليات تسمح بمنع الزوج من التعدد في حالة عدم توفر الشروط السابقة، و لعل ما ذهب إليه المشرع المغربي أحسن دليل على طرق وضع هذه الآليات أو الإجراءات و التي تسمح للقاضي بالتأكد من مدى توفر شروط التعدد.

[1] دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم: بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث، دار هومه، ط2003، ص 9-10./ وعبد الرحمان هرنان، المرجع السابق، ص59.

بالنظر إلى المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري السابقة يمكن لنا الإجابة و بكل وضوح أن المشرع لم يحدد أية آلية أو إجراء يمكن للقاضي أو ضابط الحالة المدنية أو الموثق أثناء إبرام عقد الزواج من التأكد من مدى توفر هذه الشروط . فلم يحدد كيفية التأكد من مدى وجود المبرر الشرعي و لا طريقة التأكد من توفر شروط العدل دون الحديث عن كيفية التأكد من توفر نية العدل و لا عن كيفية إعلام الزوجة السابقة أو اللاحقة حسب تعبير المشرع الجزائري[1]. إذن كيف يمكن لنا أن نتحدث عن تقييد التعدد.

بعد قراءة المادة 8 كاملة نجد إن المشرع الجزائري أعطى للزوجة الأولى و الثانية الحق في طلب التطليق في حالة الغش و عدم الرضا. فنفهم في الأخير أن هذه الشروط وضعت ليس لتقييد التعدد أو منع الزوج من الإقبال عليه، و إنما لمنح الزوجة حق طلب التطليق في حالة ما إذا لم يحترم الزوج الشروط السابقة و أثبتت ذلك[2].

[1] فالمرأة المراد التزوج بها لم تصبح بعد زوجة حتى نسميها الزوجة اللاحقة.

[2] دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم: بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث، المرجع السابق، ص 10./ وعبد الرحمان هرنان، المرجع السابق، ص59.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التفريق بالتعدد

و صلنا في النقطة السابقة إلى أن المشروع الجزائري و ضع شروطا للتعدد أو بالأحرى و ضع شروطا إذا احترامها الزوج لم يصح للزوجة الأولى أو الثانية طلب التطليق.

و بعبارة أخرى و ضع الشروط التي من خلال عدم توفرها يحق للزوجة الأولى و الثانية طاب التطليق. و هذا يظهر في عبارة "و لكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش و المطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا".

يفهم من هذا كذلك أن الجزاء الوحيد الذي رتبه المشرع في حالة التعدد دون توفر تلك الشروط هي إعطاء الحق للزوجة في طلب التطليق.

من أجل ما سبق ينبغي الرجوع إلى المعنى اللغوي لكلمة "تقييد" سواء كان ذلك لغويا أو حتى قانونيا فكلاهما لا يخرج من معنى منع الشخص من القيام بفعل معين، و لم يحدث هذا في المادة 8 من قانون الأسرة. فالمشرع لم يشر إلى منع الزوج من التعدد في حالة عدم توفر الشروط، و إنما منح الزوجة حق طلب التطليق لهذا التعدد،كأن المشرع أراد أن يقيد الزوج تقييدا معنويا بحيث أنه إذا علم بأن الزوجة الأولى لديها حق طلب التطليق في حالة إقدامه على التعدد دون مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة فإنه قد يتوانى غن ذلك حتى لا ينهي حياته الزوجية الأولى.

يرى الكثيرون أن طلب التطليق مرهون بعدم علم الزوجة الأولى أو حتى الثانية فقط، و من بين هؤلاء الأستاذ عبد العزيز سعد الذي يرى أن:"... القانون الجزائري قد أنشأ حالة جديدة للتفريق أو التطليق و هي حالة وجوب إخبار الزوج للزوجة السابقة بعزمه على الزواج من ثانية عندما يرغب في تعدد الزوجات و إخبار الزوجة الثانية بأنه متزوج بغيرها، و إن هو لم يفعل و غشها أو غش إحداهما و لم ترض به زوجا لغيرها فإن من حقها أن ترفع دعوى أمام القضاء وتطلب الحكم لها بالتطليق أو التفريق

لمجرد أن الزوج لم يخبرها بذلك قبل التعدد"[1]، ووافقه في هذا الرأي الأستاذ باديس ذيابي[2] .

إن حالة الغش التي قصدها المشرع الجزائري – على حسب التقدير – ليس فقط عدم إخبار الزوجة السابقة و اللاحقة و إنما كذلك حالة إقبال الزوج على التعدد و هو لا يملك المبرر الشرعي و ليس لديه شروط توفير العدل أو القدرة المادية على إعالة أسرتين أو أكثر، و كذلك عدم توفر نية العدل كأن قصد الإضرار بالزوجة الأولى و يأتي بعد كل هذا موضوع إخبار الزوجة السابقة و اللاحقة.

كان بإمكان الزوجة – قبل تعديل قانون الأسرة- أن ترفع دعوى تطليق ليس فقط لعدم إعلامها فقد يكون قد أعلمها و لكنه لم يحترم الشروط الأخرى كأن تنعدم لديه الشروط الواردة في المادة 8 بحرف العطف "و" ، و هذا يعني انه في حالة عدم توفر أحد هذه الشروط يعتبر غشا، و إذا لم ترض الزوجة السابقة أو حتى اللاحقة بذلك يحق لها طلب التطليق.

إذا لم يحكم القاضي بالتطليق لأن الزوجة كانت تعلم بنية زوجها و إقباله على التعدد رغم أنه لم يراع الشروط الأخرى، فنظن أن قراءة القاضي للمادة 8 مجانبة للصواب. و ما يؤكد هذا الطرح ما جاء في المادة 56 الفقرة 6 و التي جاء فيها :"يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية:...6- كل ضرر معتبر شرعا لاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه". و أحكام المادة 8 هي الشروط التي ذكرناها و التي يجب على الزوج مراعاتها عند التعدد و إخبار الزوجة السابقة و المقبل على الزواج منها شرط من هذه الشروط.

بمفهوم المخالفة للمادة 8 فإن الزوج إذا كان لديه المبرر الشرعي – و الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي – و شروط العدل و أفصح عن نيته في ذلك و أخبر الزوجة

[1] عبد العزيز سعد،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 274.
[2] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 47.

السابقة و اللاحقة بالتعدد فإن هذه الحالة تفقد الزوجة حقها في طلب التطليق إلا إذا أثبتت بعد ذلك إضرار زوجها بها بعد التعدد ، و يدخل هذا في إطار التطليق للضرر و ليس التطليق للزواج بأخرى . و هذا ما جاء في الفقرة 6 من المادة 53 حيث اعتبر المشرع الجزائري أن من صور الضرر المعتبرة شرعا مخالفة أحكام المادة 37 و التي تنص على ما يلي:"يجب على الزوج نحو زوجته، 1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها.

2- العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة.".

خلاصة القول، أن المشرع الجزائري قبل تعديل 2005 لم يجز للزوجة طلب التطليق لمجرد زواج زوجها بثانية، و إنما شرع لها حق طلب التطليق إذا لم يحترم الشروط الواردة في المادة 8 أو لم يلتزم بالعدل بين زوجاته وفقا للمادة 37 من قانون الأسرة.

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من التعدد والتفريق به في القانون الجديد 02/05

- ***الفرع الأوّل*** :

- موقف المشرع الجزائري من التعدد.

- ***الفرع الثاني*** :

- موقف المشرع الجزائري من التفريق به .

الفرع الأول : موقف المشرع الجزائري من التعدد

من تعديل 2005 لقانون الأسرة المادة 8 منه [1]و التي كانت تحدد شروط إمكانية التعدد و التي إن لم يحترمها الزوج جاز للزوجة طلب التطليق بها، فجاء التعديل كما يلي:

"- يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل.

- يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.
- يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية.".

خطا المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل خطوة جبارة في مجال تقييده للتعدد و ذلك بإضافته لشرط الترخيص القضائي. و لقد حافظ المشرع على الشروط السابقة المتمثلة في ضرورة وجود المبرر الشرعي و توفر شروط و نية العدل و إخبار الزوجة السابقة و اللاحقة لكنه أضاف شرطا جوهريا و هو الترخيص القضائي. و الترخيص القضائي بدوره لا يصدر إلا بتوفر شرط جوهري آخر، حيث أن القاضي لا يصدره إلا إذا تحقق مما يلي:

- موافقة الزوجة الأولى و المقبل على الزواج بها.
- إثبات الزوج للمبرر الشرعي الدافع للتعدد
- إثبات قدرة الزوج على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية .

---

[1] دلاندة يوسف، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم: 02/05 مدعم: بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة و المواريث، دار هومه، ط2007، ص10وما بعدها./ وعبد الرحمان هرنان، المرجع السابق، ص109.

- نلاحظ على هذا القانون الجديد ما يلي:

أولا:من حيث الصياغة

ذكر المشرع الجزائري الشروط التي كانت موجودة قبل التعديل ثم بعد ذكره للترخيص القضائي أعاد ذكرها. أي بعد أن كانت الشروط السابقة مفرغة من محتواها، لأن ضابط الحالة المدنية أو الموثق لم يكن لديه أي آلية للتأكد من توفرها، بل و لم يطلب منه الأساس ، جاء التعديل ثيبين أن القاضي هو من سيتأكد من توفر الشروط السابقة، لأن هو من يملك سلطة إعطاء الترخيص القضائي الذي يسمح لضابط الحالة المدنية أو الموثق من عقد الزواج الجديد . و بالتالي كان على المشرع أن يتفادى هذا التكرار بالنص مثلا على ما يلي: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية بشرط استصدار ترخيص قضائي.

- يمكن لرئيس الحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من:
- موافقة الزوجة السابقة و المرأة المقبل على الزواج بها.
- إذا أثبت الزوج المبرر الشرعي.
- إذا أثبت الزوج القدرة على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية.".

هذه الصيغة تظهر الشروط التي يجب توافرها لاستصدار الترخيص القضائي دون حاجة إلى تكرار.

كما أنه ما الداعي من ذكر شرط إخبار الزوجة السابقة و المرأة المقبل على الزواج بها إذا كان الإخبار لا يكفي لقبول التعدد لأن المشرع أضاف شرط الموافقة. إذن كان على المشرع ذكر ضرورة الموافقة و هذا لا يمكن أن يحدث إلا بعد إخبار الزوجة الأولى و المقبل على الزواج بها.

ثانيا: من حيث المضمون

إن المشرع الجزائري أبقى على شرط إخبار الزوجة السابقة و المقبل على الزواج بها دون أن يحدد أية كيفية أو طريقة لإخبارهما، و ذلك أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق أو حتى القاضي أثناء الفص في مدى صحة الإخبار . فهل يخبرها شفهيا بحضور الشهود أو بكتاب مرسل عن طريق الأهل أو البريد المضمون أو عن طريق المحضر القضائي[1] . و إننا نرى أن هذا الانتقاد في أصله كان مناسبا لو لم يتم تعديل المادة 8 من قانون الأسرة، أما و قد عدلت و أضاف المشرع شرط موافقة الزوجة الأولى و المقبل على الزواج بها فإنه لا داعي أصلا من إدراج هذا الشرط. فالشرط الأساسي الآن و الذي غير من وجهة التعدد في قانون الأسرة الجزائري و جعله قريبا من الحظر هو شرط موافقة الزوجة السابقة و المقبل على الزواج بها لا مجرد إخبارهما.

أما عن ضرورة إثبات المبرر الشرعي، فقبل الحديث عن ذلك لابد من التساؤل عن ماهية هذا المبرر الشرعي و ما هو معيار اعتبار مبرر ما شرعيا أو غير شرعي ؟ و هل المقصود بالشرعية هنا الاستناد إلى الشرع الإسلامي لتكييف المبرر. فإذا قصدنا هذا المعيار فالشريعة في أصلها لا تعرف فكرة المبرر الشرعي للتعدد و إنما تعرف شرط العدل و لا تعرف باقي القيود. و ربما قصد المشرع السبب المبرر للتعدد و هذه هي الترجمة الحرفية لما جاء في النص الفرنسي:« le motif justifié » . و إذا سلمنا بهذا فإن المبرر الشرعي قد يفسر عدة تفاسير و لا يمكن حصره فقط في مرض الزوجة الأولى أو عقمها و تبرير ذلك بشهادة طبية [2].

[1] هذا الانتقاد جاء في كتاب عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومه للطباعة و النشرو التوزيع، ط2، 2007، الجزائر،ص88.

[2] علاوة بوتغرار، ملاحظات بمناسبة مراجعة القوانين الجزائرية، مجلة الموثق، العدد 12 ، سنة 2005، ص 17.

نتساءل في الأخير عن جدوى اعتبار وجود المبرر الشرعي شرطا في الترخيص بالتعدد مادام الأمر في النهاية يرجع إلى ترخيص من الزوجة و ليس من القاضي، لأنه حتى و إن توافرت كل الشروط فإن القاضي لن يرخص بالزواج مادام أن الزوجة لم توافق.

إن المتعمق في معنى المبرر الشرعي و المغزى المنطقي من اشتراطه يفهم أن الزوج إذا أثبت هذا المبرر و أقنع القاضي بحاجته إلى الزواج بأخرى، فإن القاضي سيرخص له بذلك حتى و إن لم توافق الزوجة[1]، فإذا كان الأمر كله مرهون بإرادة الزوجة، لمادا إذن البحث عن المبرر الشرعي و عن القدرة المادية على الإنفاق و على نية العدل و ما إلى ذلك. هذا يعني أن المشرع الجزائري تفنن في حشو المادة 8 بالمعوقات التي تجعل من التعدد مستحيلا.

من جانب آخر فإن الزوج إذا كان لديه مبرر شرعي و القدرة المادية التي تسمح له بالإنفاق على أكثر من أسرة و على العدل أليس من الظلم منعه من الزواج بأخرى خاصة إذا أراد عدم تضييع الزوجة الأولى و الأولاد إن وجدوا ، و ذلك بإجباره إما على تطليقها ليتسنى له الزواج بأخرى أو على البقاء مع الزوجة الأولى دون تعدد و في ضيق و حرج شديدين.

كما أن التساؤل الآخر الذي يطرح ، بما أن الترخيص القضائي مرهون بالشروط التي ذكرناها فهل هذا يعني أن الزوجة إذا وافقت على التعدد و كان للزوج القدرة على الإنفاق لكن القاضي لم يقتنع بالمبرر الذي تقدم به الزوج أو أنه لم يبرر أصلا سبب التعدد ، فهل هذا يعني أن القاضي سيمنع هذا التعدد ؟ بالطبع فإن القاضي إذا طبق نص المادة 8 حرفيا فإنه لن يرخص لهذا الزوج الثاني.

أما عن شرط توفر نية العدل فيمكن القول أنها أمر شخصي و داخلي لا يمكن أبدا التحقق منه و هو أمر مستقبلي لا يمكن التأكد من تحقيقه أو عدم تحقيقه إلا بعد القيام

[1] عبد العزيزسعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ، ص 94./ ود داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 191.

الفعلي للحياة الزوجية [1] . و إذا لم يكن للزوج نية العدل فإنه بالتأكيد لن يصرح بذلك أمام القاضي. فالقانون لا يمكن أن يخاطب النوايا، فالوحيد الذي يمكنه ذلك هو الله تعالى ، لهذا فهو عندما خاطب الأزواج "و إن خفتم ألا تعدلوا فواحدة " فقد خاطب الجانب الإيماني و الوازع الديني لديهم ،فإن التزموا بتعاليم هذا الخطاب لم يقبلوا على التعدد. و إن أقبلوا عليه رغم تخوفهم من عدم إقامة العدل فإنهم سيأثمون لذلك.

أما عن شرط القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية ، فإن القاضي في سبيل التأكد منه سيستعين بمعرفة الموارد المالية للزوج و ممتلكاته ، و هل بإمكانه إعالة أكثر من أسرة أم لا . و يبقى معيار تقدير قدرة الزوج على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية غير كتوفر و من الصعب التحقق منه.

إن أهم قيد وضعه المشرع الجزائري للحد من التعدد هو ضرورة موافقة الزوجة الأولى على الزواج الثاني. و نستطيع أن نعبر بكل أريحية عن هذا القيد و بطريقة أخرى أكثر صراحة فنقول أن المشرع الجزائري منع التعدد بوضعه لهذا الشرط أو بالأحرى القيد.

إن المشرع الجزائري بوضعه لهذا الشروط في الفقرة 3 من المادة 8 ، و التي بعدم توفرها أو بعدم توفر واحدة منها لا يمكن للقاضي أن يمنح رخصة التعدد للزوج ، فإنه بإضافة قبول و موافقة الزوجة الأولى و المقبل على الزواج بها يكون قد حسم الأمر لصالح منع التعدد.

إن أهم مؤاخذة يمكن الإشارة إليها في هذا الصدد تظهر في التساؤل التالي: أليس من باب العدل الترخيص للزوج بالتعدد إذا كان لديه مبرر شرعي ، بمفهوم القاضي، كعدم إنجاب الزوجة، و كان له القدرة المادية لإعالة أسرتين و أبدى نيته في العدل، حتى و إن لم توافق الزوجة؟.

[1] عبد العزيز سعد، ، المرجع نفسه، ص 94./ ود داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 191-192.

إن إضافة المبرر الشرعي و القدرة على الإنفاق و نية العدل إلى شرط موافقة الزوجة يعني فتح المجال أمام السلطة التقديرية للقاضي لكن سلبيا، يعني أن للقاضي السلطة التقديرية في عدم منح الترخيص القضائي حتى في حالة موافقة الزوجة و العكس غير صحيح. أي أن القاضي إذا تأكد من المبرر الشرعي و القدرة على الإنفاق و نية العدل و لم توافق الزوجة الأولى فإن لا سلطة تقديرية له هنا لمنح الترخيص. و الذي يؤكد هذه النظرة هو أن المشرع أدرج الفقرة التالية: " يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما..." . فكلمة يمكن توح بعدم إلزام القاضي بمنح الترخيص في حالة التأكد من كل هذه الشروط. و إلا لماذا لم يستعمل المشرع عبارة حاسمة أخرى. و أحسن مثال على ذلك ما أشار إليه جارنا المشرع المغربي في المادة 41 من مدونة الأسرة: " لا تأذن المحكمة بالتعدد : - إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي..." ، و بمفهوم المخالفة تأذن المحكمة بالتعدد إذا ثبت لها المبرر الموضوعي و شرط القدرة المالية المذكور في المادة[1].

يبقى التساؤل مطروحا في ما إذا وافقت الزوجة الأولى على التعدد دون إبداء الزوج للمبرر الشرعي لرغبته ربما في عدم إفشاء أسرار الزوجية، و كانت الزوجة راضية بذلك ، فهذا إذا طبقنا نص المادة 8 حرفيا فإن القاضي لن يمنح الإذن بالتعدد و هذا سوف يوقع الزوج و الزوجة في حرج كبير ، فقد يضطر الزوج إلى طلاقها ليعيد الزواج - و ربما من حكم التعدد عدم الوصول إلى هذه النتيجة.

يرى الكثيرون أن هذا التقييد سوف يفتح المجال واسعا أمام ارتفاع نسبة الطلاق و ازدياد نسبة الزواج العرفي و العلاقات غير الشرعية من خلال الخيانات الزوجية و هذا هو المقصد الأساسي الذي أراد تشريع التعدد الرباني تفاديه [2] .

---

[1] مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 03- 70./ وشهبون (أ عبد الكريم شهبون)، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، (الزواج و الطلاق،الولادة ونتائجها)، دار النشروالمعرفة، الرباط،1987، ص 113

[2] علاوة بوتغرار ، ملاحظات بمناسبة مراجعة القوانين الجزائرية، مجلة الموثق، العدد 12،سنة 2005، ص 17.

لا بد من الرجوع بالملاحظة الأخيرة إلى الجانب الإجرائي ، فالمشرع الجزائري أكثر من الشروط لكنه لم يبين في أي من هذه الأخيرة طريقة إثباتها أو التأكد منها و على رأس هذه الشروط طريقة إخبار الزوجة الأولى و المرأة المقبل على الزواج بها و طريقة إثبات رضائهما ، هل يستدعيهما القاضي أم يوكل المهمة لمحضر قضائي أم أن ذلك قد يحدث أمام الموثق للتصريح بذلك.

مقارنة بجارنا الغربي المشرع المغربي فإن هذا الأخير ذكر كل تفاصيل هذه الإجراءات من تبليغ الزوجة و الحرص على حضورها بكل الطرق ثم محاولة إقناعها برغبة الزوج في التعدد إذا تأكد القاضي من توفر المبرر الشرعي و القدرة على الإنفاق. وإذا لم توافق الزوجة منح القاضي للزوج الترخيص أو الإذن بالتعدد و ترك لها حق التطليق و في نفس الجلسة بشرط توفير حقوق الأولاد المادية في ظرف سبعة أيام، و إلا أعتبر الزوج قد تنازل عن طلب الإذن بالتعدد[1]. و هذا اختلاف جوهري مع المشرع الجزائري، بحيث أن هذا الأخير إذا لم يستطع إقناع الزوجة، بل أن القاضي الجزائري لم يطالب بإقناعها من الأساس، فالأصح أنها إذا رفضت التعدد فإن الإذن به لن يمنح للزوج رغم توفر الشروط السابقة.

ما نلاحظه في نهاية موضوع التعدد و التطليق به أن المشرع الجزائري كان أكثر تقييدا لموضوع التعدد و أكثر تكريسا لحق الزوجة في التطليق لمجرد الزواج بأخرى من المشرع المغربي. فكان بذلك أقرب إلى جارنا الشرقي المشرع التونسي الذي خالف أحكام الشريعة الإسلامية و منع التعدد صراحة[2].

مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 03- 70./ وشهبون (أ عبد الكريم شهبون)، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، (الزواج و الطلاق،الولادة ونتائجها)، دار النشروالمعرفة، الرباط،1987، ص 113

[1]

[2] مجلة الأحوال الشخصية التونسية،1982م' الطبعة الرسمية للجمهورية التونسية.

الفرع الثاني: موقف التشريعين الجزائري والفرنسي من التفريق للتعدد

أولا: في قانون الأسرة الجزائري

إن موقف المشرع الجزائري لم يتغير، فهو يعطي الحق دائما للزوجة في طلب التطليق إذا خالف الزوج أحكام المادة 8 من قانون الأسرة. و إذا كانت مخالفة المادة واردة قبل التعديل ، لأن المطلوب من الزوج كان إخبار الزوجة السابقة و المقبل على الزواج بها فقط و عدم توضيح أي آلية لذلك ، فإن الأمر الآن اختلف ، لأن الزوج لن يستطيع الزواج من الأصل إذا لم توافق الأولى و الثانية و بالتالي لن يستطيع الحصول على إذن قضائي . أما إذا تمكن من التحايل و الزواج رغم ذلك فالزوجة أمامها طلب التطليق دائما[1].

ثانيا: موقف القانون المدني الفرنسي من التعدد

كلمة la polygamie تعني امتلاك شخص الواحد سواء كان ذكرا أو أنثى امتلاكه لعدة أزواج فبالنسبة للمرأة التي عندها أزواج عدة يسمى ذلك ب polyandrie أما الزوج الذي يملك عدة زوجات فيسمى ذلك polygynie

هذه الكلمة عند الإغريق مركبة من كلمتين polus و التي تعني العديد وكلمة gamos و التي تعني الزواج و بهذا فأن هذه الكلمة تعني امتلاك الشخص لعدة زوجات أو العكس أي امتلاك المرأة لعدة زوجات وكلمة monogamie هي عكس polygamie

إن القانون الفرنسي يمنع منعا باتا تعدد الزواج لكلا الطرفين و هذا قد يسمح بوجود علاقات أخرى خارج إطار الزواج مثل polyamour يعني علاقات حب متعددة أو مثل couple libre يعني علاقة مفتوحة أو amour libre يعني حب حر، إلى غير ذلك من العلاقات المحرمة في ديننا الحنيف

وبما أن معظم الزواج المتعدد la polygamie تنشأ عادة بين المسلمين المغتربين الذين يتزوجون عدة مرات في البلد و فرنسا فإن القانون الفرنسي يعاقب بشدة

[1] منصوري نورة، المرجع السابق، ص 68./ المصري مبروك، المرجع السابق، ص 91 وما بعدها.

ذلك حيث الرجل الذي يتزوج أكثر من زوجة وحسب قانون pasque الذي صدر سنة 1993 فإن الزوج المعني بالأمر عليه الاختيار سواء الطلاق أو عدم تجديد بطاقة إقامته على التراب الفرنسي و بهذا عدم تجديد حقه في الإقامة على التراب الفرنسي و في بعض الأحيان فإن تعدد الزوجات هو سبب كافي في حرمان الزوج من الحصول على الجنسية الفرنسية[1]

وبهذا فإن المغتربين الذين يتزوجون عدة مرات فإنه على حسب الوثيقة لسنة 1945 فإن الأزواج المتعددون يمنعون من الحصول على البطاقة الإقامة و قانون 1993 فإنه يمنعهم من الحصول على بطاقة الإقامة لعشر سنوات

أما قانون 1994 ينص على أن النساء للواتي عندهن أطفال يحملون الجنسية الفرنسية أو اللذين يقيمون بفرنسا أكثر من خمسة عشر سنة فهم غير مرغمون على النفي من فرنسا

وفي سنة 1997 فإن مجلس الدولة سمح للقانون بمنع أعضاء الأسرة المعنية بالأمر أي الأسرة التي تعيش حالة تعدد polygamie منعها من تجديد بطاقة الإقامة حتى و إن كانت البطاقة قد أصدرت بعد الحكم المنع من تجديد البطاقة والمقيد بقانون pasque .

وقد بلغت الإحصائيات حسب إدارة السكان و المغتربين انه كان هناك بين 8000 و 15000 حالة تعدد في فرنسا سنة 2004 و لهذا فقد قامت فرنسا مع التعاون مع عشرات الدول الإفريقية على إنذار فرنسا بالمغتربين المتعددين فور إقامتهم على أراضيها وخلاصة فإن فرنسا تعاقب المغتربين المتعددين بشدة و ذلك بعدم منحهم بطاقة إقامة أخرى كما تمنع جلب أطفالهم عن طريق حق le regroupement familiale إلى غير ذلك من القوانين التي تعكر صفو من يحب العيش بين جمع النساء[2].

[1]Jean Gaeremynck, l'approche du haut conseil a l'intégration, colloque du laboratoire d'étude et de recherche appliquées au droit privé (le droit de la famille a l'épreuve des migration transnationales), université de Lille 2, librairie général de droit et jurisprudence, paris, 1993, page 15-17.

[2] Xavier Vandendriess, le droit publique face a l'insertion familiale, même colloque, page 67-71..

المبحث السادس

سلطة القاضي في الطلاق التعسفي

- ***المطلب الأوّل*** :

- مفهومه.

- ***المطلب الثانـي*** :

- سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

تمهيد:

الأسرة في الشريعة الإسلامية نظام محكم وميثاق معظم، لا ضرر فيها ولا ضرار، والحقوق الزوجية فيها مكفولة شرعا وقانونا ولغرض تحقيق مقصد مهم من مقاصد الشريعة الغراء وهو حفظ النوع الإنساني بحفظ النسب من الاختلاط، ودوام الود والتراحم بين الأفراد، ولا يكون ذلك إلا عن طريق حفظ الأسرة من إساءة استعمال الحقوق الزوجية.

وقد أثبتت وقائع قضايا شؤون الأسرة أن جل المشاكل أمام المحاكم سببها الرئيسي الغالب، التعسف في استعمال الحقوق الشرعية، وسط تجاهل الكثير من أن هذه الحقوق مقيدة بقيد عالم وهو عدم التعسف في استعمالها، مما يتطلب من المشرع التدخل بوضع قيود ضابطة لاستعمال هذه الحقوق حتى لا تخرج من مقاصد وضعها، وذلك بمنح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة وقائية وعلاجية لوقف أي ممارسة للحقوق الأسرية بقصد مخالف لمقصود الشارع، أو بنية الإضرار أو مع انتفاء وجه المصلحة المطلوبة من استعمال الحق.

ومن هنا فقد يتعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية، يسبب ضررا للزوجة، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي التدخل إعمالا لسلطته التقديرية، الحكم بالتعويض للزوجة في حالة تضررها من الطلاق التعسفي.

ويعتبر التعويض الأثر الثابت في حالة وقوع الضرر جراء هذا الطلاق، ومن هنا سوف نتطرق إلى مفهوم الطلاق التعسفي في المطلب الأول، ثم نبين في المطلب الثاني سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري في فرعه الأول، ثم وجود الطلاق التعسفي من عدمه في القانون المدني الفرنسي.

المطلب الأوّل

مفهومه

- **الفرع الأوّل** :

ـ تعريف التعسف

- . **الفرع الثانـى** :

ـ تعريف الطلاق التعسفي

الفرع الأول :تعريف التعسف

أولا : لغة:

هو من الفعل عسف والمصدر العسف مرادفا للتعسف والاعتساف وله معان متعددة منها ما يلي[1]:

- **السير بغير هداية ولا علم ولا أثر والأخذ على غير الطريق ويقال له التعسيف.**
- ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية ولا توخي صوب ولا طريق مسلوك يقال: إعتسف الطريق اعتسافا إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه.
- ركوب الأمر بلا تدبير ولا روية، قال ذو الرمة:

قد أعسف النازح المجهول معسفه

في ظل أغضف يدعوا هامه البوم

- الظلم: عسف فلان عسفا: ظلمه. وعسف السلطان يعسف واعتسف وتعسف: ظلم. ورجل عسوف إذا كان ظلوما. والعسيف: الأجير المستهان به. وقيل: العسيف المملوك المستهان به، قال نبيه بن الحجاج:

أطعت النفس في الشهوات حتى

أعادتني عسيفا، عبدَ عبدٍ.

ثانيا: في القانون المدني الجزائري :

تتضح النظرية العامة للتعسف في هذا القانون من خلال المادة 41 من القانون المدني الجزائري والتي يقصد بها استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له القانون استعمالاً يضر بالغير ويتحقق ذلك إذا لم يقصد الشخص من استعماله لحقه سوى الاضرار بالغير، أو كانت الفائدة التي يحصل عليها لا تتناسب مع ما يحدثه من أضرار بالنسبة للغير أو كانت المصالح التي يرمي إليها غير مشروعة[1].

حيث نصت المادة على الحالات التي يكون بصددها التعسف:

---

[1]-ابن منظور المرجع السابق، ج3، ص335./ وأبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء: معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، ط2، 1982م، ج3، ص113.

[1]- عبد الودود يحي: المدخل لدراسة القانون، ط1969، ص149.

- يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة غير مشروعة[2].

ملاحظة: نلاحظ أن القانون المدني الجزائري في نظرته إلى التعسف ومن خلال المادة السالفة الذكر أخذ بالمعايير الثلاثة التي اعتمد عليها فقهاء القانون في تعريفهم للتعسف سواء المعيار الذاتي أو المادي أو معيار انعدام المصلحة المشروعة[3i].

أما في الشريعة لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة "إساءة" أو"تعسف في استعمال الحق" وإنما هو تعبير وافد من فقهاء القانون المحدثين في الغرب .

وقد ورد في بعض الكتب كلمة "الاستعمال المذموم"[4] تعبيراً عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق بالمعنى الذي نقصده اليوم، وقد وردت كلمة المضارة في الحقوق في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية[5].

- وقد نقل الدريني كلام الإمام أبي زهرة الذي عرّف التعسف بأنّه "تصرّف الإنسان في حقّه تصرفا غير معتاد شرعاً" ويضيف: قرر الفقهاء –كما في الفقه الحنفي وغيره– أن للإنسان أن يتصرف في ملكه تصرفاً معتاداً ولا يسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذٍ، وإنما يسأل عن الضرر إذا كان التصرف في ملكه غير معتادٍ"[1].

- ولقد بين ذلك ابن رجب الحنبلي قبل أبو زهرة بأن منع التصرف لا يقتصر على الاستعمال غير المعتاد للحق .كما قال أبو زهرة– بل يشمل أيضاً الاستعمال المعتاد إذا ترتّب عليه ضرر بالغير[2] مستدلاً

---

[2] - المادة 41 من القانون المدني الجزائري.

([3])- حسن كيرة: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص760.

[4]- الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، المطبعة الرحمانية، ج3، ص219.

[5]- ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقى، مطبعة السنة المحمدية، 1953، ص310.

[1]- فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مطبعة جامعة دمشق، ط1، 1967، ص311.

[2]- ابن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم، دار الفكر للطباعة والنشر، 1992، ص305.

بقوله –صلى الله عليه وسلم-:(لاضَرر ولا ضرار)[3].

وحسب قول ابن رجب حتى الاستعمال المعتاد للحق يمنع منه صاحبه إذا أضر بالغير.

- وبالنسبة للدكتور الدريني الذي يؤثر كلمة التعسف على الألفاظ الأخرى فقد عرّفه بقوله: "أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له –بعوضٍ أو بغير عوض- أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجه يلحق بغيره الإضرار أو يخالف حكمة المشروعية التي هي مقصد الشارع"[4]

ثالثا : في القانون المدني الفرنسي :

الفقهاء الفرنسيون يطلقون عليه[5]:"de la bus des droit" والبريطانيون يعبرون عنه ب: " The abus of right" وكلمة abus تعني باللغة العربية إساءة، بينما فقهاء القانون في مصر وسورية يستعملون كلمة تعسّف، أما في لبنان فقد استعملوا كلمة "إساءة" ولكن قد اختلف هؤلاء الفقهاء في تعريفهم للتعسف واعتمدوا على معايير مختلفة في ذلك. نأخذ منهم فريقين بين القائلين بالمعيار الشخصي، والقائلين بالمعيار المادي.

❶ المعيار الشخصي أو الذاتي : Subjectif

هو من أقدم معايير التعسف، ويقوم على قصد الإضرار الذي يتوافر لدى صاحب الحق عند استعماله لحقه، وعلى ذلك لا عبرة بالأضرار اللاحقة بالغير من جراء استعمال الحق إذا لم تكن مقصودة، وبالتالي ينتفي التعسف بانتفاء معياره الذاتي.

ولما رأى الفقهاء الفرنسيون خاصة أن الاقتصار على الأخذ بهذا المعيار –قصد الإضرار- يضيق من نطاق النظرية، باعتباره عنصراً نفسياً خفياً، أدخلوا حالات أخرى للتعسف تُرَدُّ إلى هذا الأصل وهي:

1. انتفاء المنفعة ولو لم يثبت قصد الاضرار: فاستعمال الحق دون منفعة قرينة على أنه لم يقصد سوى الإضرار بغيره، فنية الاضرار مفترضة في هذا الحال.

---

[3]- سنن ابن ماجة : كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر جاره، 2340، ج2، ص784/ مسند أحمد: ومن مسند بني هاشم، بداية مسند عبد الله بن عباس، 2719/ موطأ مالك، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، 1426، ص529.

[4]- الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، ط2، 1998، بيروت، ص45.

[5]- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مطبعة جرينبرج، 1946. ج1، ص838.

2. استعمال الحق بإهمال ودون تحرز وتبصر: أخذ بهذه الحالة الفقيه البلجيكي: "Beudant" حيث يقول أن صاحب الحق لو استعمله بيقظة الرجل المعتاد وفي الظروف عينها لما وقع الضرر[2].

❷ **المعيار المادي أو الموضوعي** : Objectif

ذهب فريق من الفقهاء إلى الأخذ بهذا المعيار غير أنهم لم يتّفقوا على نظرية في شأن هذا المعيار.

فذهب الأستاذ "Salielles" إلى أن علة التعسف تتحقق في الاستعمال غير الطبيعي أو العادي للحق "L'exercice anormal du droit"

والظروف البيئية بما فيها العرف هي التي تحدد ما إذا كان الاستعمال عادياً أم خلاف ذلك[1].ويقصد بهذا أنه يعتبر متعسفاً من استعمل حقه استعمالاً يتنافى مع الأغراض الاجتماعية والاقتصادية من الحق بغض النظر عن نيته.

وكذلك يرى الأستاذ "Josserand" التعسف بأنّه: التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق وميّز التعسف بانعدام الدافع المشروع[3].

❸ **معيار انعدام المصلحة المشروعة** :

أخذ به فريق من الفقهاء منهم الأستاذ "Salielles" والأستاذ "Berdessi"، و"Martin"، وتندرج تحت هذا المعيار حالات للتعسف منها:

- الاستعمال بقصد الاضرار بالغير.
- استعمال الحق حالة انتفاء المنفعة لصاحبه.
- حالة تخيّر صاحب الحق أكثر الطرق ضرراً بغيره.
- استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة.

---

[1]- فتحي الدريني: نظرية التعسف، المرجع السابق، ص449-452.

[2]- أنور سلطان: النظرية العامة للإلتزام ، مطبعة دار المعارف، 1962، ج 1 ، مصادر الإلتزام، ص 511

[3]- سليمان مرقس: محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، دار النشر ، مصر، 1958، ج1، ص1119

ويقصد أصحاب هذا المعيار المصلحة التي قررها الشارع للحق سواء كانت راجعة لصاحبه أم لغيره[1].

[1]- أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص512.

الفرع الثاني : تعريف الطلاق التعسفي.

إن الملاحظ لقانون الأسرة الجزائري يجد بأن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا للطلاق التعسفي، ولكنه بين بعض المعايير والأسس التي يقوم عليها، وشروط تحققه الطلاق التعسفي التعويض عنه في حالة ثبوت تعسف الزوج في الطلاق، من خلال نص المادة 52 من قانون الأسرة، بقولها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

بينما إذا رجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، نجد بأنها أقرت الطلاق إذا وصلت الحياة الزوجية إلى طريق مسدود، فالطلاق مشروع للضرورة القصوى ولا يكون لمجرد العبث والهوى، فيكون مبغوضا من غير حاجة إليه، وهو طلاق التعسف كما صنفه الفقهاء المعاصرون، إذ لا ينكرون أن الزوج قد يسيء استعمال حق بقصد الإضرار بالزوجة، وهنا يبرز الإشكال حيث انه رغم اتفاق فقهاء الإسلام على مشروعية الطلاق إلا أنهم اختلفوا في أصل هذه المشروعية بين أن تكون في أصلها الإباحة أو الحضر.

أولا : القائلون بحضر الطلاق في الأصل

هم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، الذين يقولون بأن الأصل في الطلاق الحضر، ولا يباح إلا لحاجة، وهذه الحاجة تختلف نسبيا من زوج لآخر، فقد تكون نفسية أو مرضية أو أي دافع آخر لا يستطيع الزوج معه الاستمرار في الحياة الزوجية مما لا يجوز إعلانه بين الناس أو عرضه أمام أنظار القضاة، بالتالي فلا يجوز إيقاعه إلا بإذن القاضي منعا للتعسف في استعماله، واشتهر قولهم: " تقييد الطلاق بالسبب الذي يدعو إليه"، حيث أوجبت الشريعة الإسلامية معاشرة الأزواج بالحسنى، وذلك في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا ۖ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَعَاشِرُوهُنَّ

بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا) { النساء 19 } وفي قوله عليه الصلاة والسلام: " استوصوا بالنساء خيرا، فإنما هن عوان[1] عندكم "[2]، فالواجب على الزوج الكاره لزوجته محاولات الإصلاح لقوله تعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا)[سورة النساء الآية 34]، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: " أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[3].

يقول الكساني[4]: النكاح عقد مصلحة، لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا، والطلاق إبطال له، وإبطال المصلحة مفسدة،..... كما أنه عقد مسنون، بل واجب، فكان الطلاق قطعا للسنة وتفويتا لواجب، فكان الأصل هو الحظر والكراهة، إلا أنه رخص للتأديب أو التخلص.

وعلى هذا يكون عند الجمهور الطلاق بلا سبب ظلم وبغي، فيكون محضورا ، ووجه الحرمة ظاهر في رواية طلاقه صلى الله عليه وسلم لحفصة رضي اله عنها، فالنبي

---

[1] عوان: يقصد بها: أي: أَسِيراتٌ، جمع عانِيةٍ، بالعَيْنِ المُهْمَلَةِ، وهي الأَسِيرَةُ، والعانِي: الأَسِيرُ. شَبَّهَ رسول الله صلى الله عليه وسلم المرأة في دُخُولها تحت الزوج بالأَسي.

2 هومن غير جملة " فانما هن عندكم عوان " في صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الوصاة بالنساء./ صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء./ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب القسم والنشوز، باب حق المرأة على الرجل./ وبلفظ " فانما هن عوان عندكم " في سنن الترميذي، كتاب الرضاع، باب حق المرأة على زوجها./ وبلفظ " فانهن عندكم عوان " في سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب حق المرأة على الزوج./ قال الترميذي: حسن صحيح./ وقال الألباني في حديث الترميذي وابن ماجة: في اسناده جهالة، لكن له شاهد يتقوى به.

3 مسند أحمد، باقي مسند الأنصار، من حديث ثوبان رضي الله عنه./ سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب الخلع./ سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة./ مستدرك الحاكم، وقال صحيح على شرط الشيخين، قال الذهبي : على شرط البخاري ومسلم./ حسنه السيوطي في الجامع الصغير رقم 2944./ قال الأرنؤوط في تعليقه على مسند أحمد: حديث صحيح وهذا إسناد رجاله ثقات رجال الصحيح./ وصححه الألباني في صحيح الجامع رقم 2706.

[4] الكساني(علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الحنفي)، بدائع الصنائع ترتيب الشرائع، ج2، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، 1406ه-1986م، ص .

صلى الله عليه وسلم طلقها من غير ريبة، وقد أمره الله تعالى أن يراجعها لأنها صوامة قوامة ما لم تدع إلى ذلك حاجة أو ضرورة ملحة، وذلك لقوة معظم أدلة القائلين بذلك، لقربها من روح الشريعة ومقاصدها[1].

وسمي بالطلاق التعسفي كون الزوج صاحب الصلاحية في إيقاعه، قد يستخدم هذه الميزة الممنوحة له على خلاف مقاصد الشارع، وهو إنهاء الرابطة لزوجية عندما لا يوجد سبب يبرر إنهاءها، فلا يجوز استخدام الطلاق وسيلة لإيذاء الزوجة

ثانيا : القائلون بإباحة الطلاق في الأصل

وقال غيرهم بأن الأصل في الطلاق الإباحة لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا) (سورة الطلاق الآية 1).

وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض، على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ يُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ حَيْضَتِهَا، إِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا عِنْدَهُ، وَهِيَ وَاحِدَةٌ وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا، فَلَا يَقَعَنَّ عَلَيْهَا عِنْدَ طُهْرِهَا، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»[2]. متفق عليه.

وهو ما يترتب عليه اعتبار الطلاق حقا شرعيا بيد الزوج يستعمله متى شاء بلا إذن قضائي ولا الرقابة عليه فيما يفعل، ولا إلزام بالتعويض ودون أن تترتب عليه أية

[1] شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 15، 2005 - 2008 ، ص 210.

[2] رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب قوله تعالى:" اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العدة"./ و مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق.

مسؤولية، طالما أنه استعمل حقا منحه الله تعالى إياه، لأن الأصل في الطلاق الإباحة وهو حق الزوج، وليس من المشروع عقابه على أمر مشروع[1].

غير أنه في جميع الأحوال، وبغض النظر عن كونه محظورا أم مباحا فإنه كما قال الإمام ابن تيمية " ولولا أن الحاجة الداعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه كما دلت عليه الآثار والأصول"[2] وباعتباره حقا مشروعا أو بنية الإضرار، بحيث يصير مقيدا بالحاجة الضرورية فلا يسوغ إيقاع الطلاق بدون حاجة سبب إليه لما فيه من الإضرار بالغير بدون سبب.

وسمي بالطلاق التعسفي كون الزوج صاحب الصلاحية في إيقاعه، قد يستخدم هذه الميزة الممنوحة له على خلاف مقاصد الشارع، وهو إنهاء الرابطة لزوجية عندما لا يوجد سبب يبرر إنهاءها، فلا يجوز استخدام الطلاق وسيلة لإيذاء الزوجة

---

[1] البغدادي (أبو بكر النجاد، أحمد بن سليمان بن الحسن بن إسرائيل بن يونس البغدادي)، مسند عمر بن الخطاب، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط1، ج1، ص 47.

[2] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج32، ص 89.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

- ***الفرع الأوّل*** :

سلطة القاصي في تقديرا لتعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري

أولا- الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي لاستحقاق التعويض

ثانيا - تقدير القاضي عن الطلاق التعسفي

ثالثا - بيان حدود سلطة القاضي في شؤون الأسرة

- ***الفرع الثاني*** :

الطلاق التعسفي في القانون المدني الفرنسي

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري

انه عند تصميم الزوج على إيقاع الطلاق لا يمكن التحكم في إرادته ولو تبين للقاضي انه ظلم زوجته وأولاده باستعمال هذا الطلاق، وليس للقاضي في هذه الحالة سوى جبر الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي، وتبرز سلطة القاضي هنا في الحكم بالتعويض للطرف المتضرر.

ويعتبر التعويض الأثر الثابت في حالة وقوع الضرر جراء هذا الطلاق، ومن هنا سوف نتطرق في هذا المطلب الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي لاستحقاق التعويض، وثم نبين سلطته القضائية في تحديد مقدار التعويض، وأيضا بيان حدود هذه السلطة في شؤون الأسرة.

أولا : الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في التشريع الجزائري.

لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، وقد قضت المحكمة العليا في 1986/01/27 أنه: " من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة. ومتى كان كذلك، استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة"[1].

فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا يستلزم إذن تحمل الزوج كافة المسؤولية، أي أن دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه، فإذا كان جانب من المسؤولية

[1] المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ: 1986/01/27، ملف رقم 39731، م- ق، عدد 04، 1993، ص 61.

يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض، فالضرر وفقا لهذا القرار ثابت إذا كان الطلاق غير مبرر، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق.

وكان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم، فإذا ما تبين للقاضي أن جانبا من الأسباب الدافعة إلى الطلاق، يتحمله الزوج وجانب آخر تتحمله الزوجة، فهذا يجوز للقاضي استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة وذلك لانعدام التعسف، ويعتبر ذلك وفضا لطلب التعويض

فالطلاق شرع لرفع الضرر وليس بإلحاق الضرر بالزوجة، والتعويض الذي يحكم به القاضي ليس لكل مطلقة، بل في حالة تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ويصيب الزوجة ضرر من جراء ذلك وتطبيقا لنص المادة 52 من ق-أ [1]، فإن حكم التعويض مقيد بشرطين:

1. أن يثبت القاضي أن الطلاق، لم يكن لسبب جاد، كأن يكون لتفادي مشكلة ولا لدفع ضرر واقع من الزوجة، ولا لأي حكمة من الحكم التي شرع الطلاق كمن أجلها، وعندئذ يكون الطلاق تعسفيا، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ: 1998/11/17 بقولها: " من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ومتى تبين من قضية الحال، أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض، دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"[2].

[1] تنص المادة 52 من ق-ا، بقولها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض على الضرر اللاحق بها".

[2] المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1998/11/17نملف رقم 210451، إ، ق، عدد خاص، 2001، ص 252.

من هنا يتضح لنا أن مسؤولية الزوج في استعمال حقه بالطلاق التعسفي هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة التعويض، في حالة الطلاق بالإدارة المنفردة للزوج، ومن ثم انعدام التعسف الذي يثبت بمشاركة الزوجة في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها يجعلها تفقد هذا الحق ولو لم يتم الطلاق بالتراضي.

2. أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي من جراء الطلاق، فإن كان الضرر الأدبي أو المعنوي غالبا ما يصاحب الطلاق، فإن الضرر المادي يحتاج إلى إثبات، كأن أوقفها على وظيفتها أو دراستها وتزوجها ثم طلقها من غير سببن وفوت عليها فرصة الرجوع للوظيفة أو إكمال الدراسة، فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه، وبين ما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال[1].

وما دام أن الطلاق بيد الزوج، فدور القاضي هنا يكون الكشف عن إدارة الزوج، وليس له السلطة في رفض الرغبة أو الإدارة، وذلك لاعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، أو في حالة عدم قدرته على إثبات ما يدعيه، أو لأنه فضل السكون على التلويح والترجيح، فالقاضي هنا ملزم بأن يحكم للمطلقة بالتعويض المناسب، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ: 1999/06/15 بقولها: "من المقرر قانونا انه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة،ومن ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس محله، ومتى تبين فيه قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي تدفعه للطلاق، وذلك تجنبا للحرج، أو تخطيا لقواعد

[1] فضيل سعد، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجديد، لمرجع السابق، ص 366.

الإثبات، خلافا للأزواج يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإدارة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون"[1].

من خلال هذا القرار فإن القاضي يخرج عن القواعد العامة في الإثبات التي تقضي بأن البينة على من ادعى، وأن من يعجز عن إقامة البينة على صحة دفوعاته يخسر دعواه، إلا أنه في مسائل الطلاق فالقاضي يحكم بطلاق بناء على إدارة الزوج، حتى ولو لم يقدم هذا الأخير البينة، أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم قدرته على إثباتها، أو لتجنب الحرج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة، ولا يمكن في هذه الحال أن يلعب على قرار القاضي بالطلاق بالقصور في التسبيب لأنه مجرد كاشف لإدارة الزوج.

أما إذا اعتمد الزوج في إيقاع الطلاق على تقصير من طرف الزوجة، فعليه إثبات ما يدعيه، وللقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه منتسبا بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزوج بالنظر إلى مواقف الأطراف ودفوعاتهم.

وقد جاء في هذا الشأن قرار المحكمة العليا في 2000/05/23 بقولها: " إن القرار الذي يكون مسببا بما فيه الكفاية يكون مشوبا بالقصور في التسبيب، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج، فإن البناء بها يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق وحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب"[2].

[1] المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 223019، إ، ق، عدد خاص، 2001، ص 104.

[2] المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 2000/05/23، ملف رقم 141417، إ-ق، عدد خاص، 2001، ص 909.

من خلال ما سبق ذكره يتضح أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2000/02/22 بأنه: " إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق"[1]، وذلك أن التعويض عن المسؤولية التقصيرية يقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يشمله التعويض المحكوم به في حالة الطلاق.

فالتعويض هنا يقوم على وجود حق، واستعمال هذا الحق قد يلحق ضررا بالغير سواء بقصد أو بغير قصد، فإذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفا من جانبه وثبت لها التعويض، فاستعمال الطلاق حق حتى ولو تضررت به الزوجة، لا يمكن أن يكون خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية لأنه حق مخول شرعا وقانونا لصالح الزوج

ثانيا : سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

بالنسبة لتقدير وتحديد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي فإن المشرع الجزائري لم يتطرق لذلك من خلال أحكام قانون الأسرة الجزائري، إذ استقر المشرع على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكن لم يحدد قيمة هذا التعويض، ولم يحدد حتى أدنى أو أقصى قيمة له.

أمام هذا النقص المتعلق بجانب تقدير قيمة التعويض، فقد أجاز المشرع الجزائري سلطة تقديرية لقاضي شؤون الأسرة لتحديد قيمة التعويض، ولم يحدد له لا حدا أقصى ولا حدا أدنى، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ: 1991/06/18 بأنه: " من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض

[1] المحكمة العليا، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 200/02/22، ملف رقم 335656، إ، ق، عدد 01، 2000، ص 282.

ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"[1] وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ: 2006/07/12 قضت بأنه:" تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من السائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"[2].

فالقاضي عندما يحكم بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي يستلزم عليه أن يبين الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كان تكون مثلا الحياة قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة[3]، أما إذا كان حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.

فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في قضية الطلاق، وهو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات وهي مرتب الزوج وظروف المعيشة، وحتى عدد سنوات الحياة الزوجية التي قضياها معا.

كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة، وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع، ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق[4].

---

[1] المحكمة العليا، عن أ، ش، قرا بتاريخ 1991/06/18، ملف رقم 75099/ م-ق، عدد 01، 1999، ص 65.

[2] المحكمة العليا، عن أ، ش، قرا بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم 368660/ م-ع-ق، عدد 02، 2006، ص 483.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 282.

[4] شامي أحمد، المرجع السابق، ص 231.

وإني أرى أن المشرع الجزائري فعل حسنا عندما لم يقيد التعويض وترك لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية ليحكم بما يراه كفيلا لجبر الضرر الناجم عن تعسف الزوج.

وإذا عملنا بنص المادة 222 من هذا القانون ورجعنا إلى الشريعة الإسلامية جد بأن الفقهاء القدامى لم يبحثوا في الطلاق التعسفي، بل بحثه العلماء المعاصرون واختلفوا في مسألة التعسف إلى قولين على النحو الآتي:

الرأي الأول: ذهب فريق من العلماء المعاصرين ومنهم د. وهبة الزحيلي[1]، د. عبد الرحمان الصابوني[2]، وعبد الوهاب خلاف وغيرهم إلى أنه إذا أوقع الزوج الطلاق دون سبب معقول ومجرد تنعت منه كان متعسفا في استعمال حقه وجزاء التعسف هنا هو التعويض المالي.

وقد استدل هؤلاء بما يلي:

- إن الطلاق إنما أبيح لحاجة، فمن أوقعه بغير حاجة إلى الخلاص فطلاقة واقع وهو آثم شرعا وإثمه دليل على أنه أساء استعمال حقه وإساءة استعمال الحق توجب بالتعويض لما يوقعه من ضرر بالمطلقة[3].
- العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تمنع ظلم المرأة وتعريضها للفاقة والرحمان بسبب تعنت الزوج.
- قياس التعويض على المتعة المعطاة للمطلقة والتي أوجبها بعض الفقهاء واستحبها بعضهم ورغب فيها القرآن وجعلها بالمعروف فيترك تقديرها للقاضي بحسب العرف[1].

---

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، 9/499.

[2] عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة دراسة مقارنة، دار الفكر، ط02، 1968، ص 117.

[3] ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جماعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص 100.

- قياس التعويض على الخلع، حيث يجوز للزوج أن يأخذ زوجته ما يتفقان عليه من مال إذ خالعته ولم يكن راضيا بفراقها له، وكذلك يجوز لها أن تطلب التعويض إذا طلقها بغير رضاها[2].
- لأن في الطلاق التعسفي صياعا لمستقبل الزوجة وتفويتا لفرص لها قد لا تعود، والقاضي منوط به إنصاف المظلومين فعليه معاقبة من يسيء التصرف سواءا كان ذلك في ماله أم في طلاقه، فمن طلق زوجته وأصابها ضرر من جراء ذلك، أو لم يكن هناك سبب شرعي يدعو إليه، فالطلاق تعسفي يجب فيه التعويض[3].

<u>الرأي الثاني</u>: ذهب الفريق الآخر إلى القول بعدم مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي، إلى هذا ذهب زكي الدين شعبان، ود. محمد أبو زهرة، ود. محمد الزحيلي، وغيرهم وقد استدل هؤلاء بما يلي:

- إن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد في استعماله بوجود الحاجة التي تدعوا إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر كان مستعملا حقه المخول له شرعا، ولم يوجد منه إساءة تستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق.
- إن الطلاق، وحتى ولو قلنا إن الأصل فيه الحظر لا الإباحة، وبأنه لا يباح إلا لحاجة، قد تكون الحاجة فيه نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات.
- يصعب غالبا إثبات التعسف، مما يؤدي إلى تقاذف الزوجين، فيكون في ذلك من التشهير والحط بكرامة الزوجين وهو ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي.
- إن أجياب التعويض عقوبة، والعقوبة لا تكون إلا على فعل محرم، ولذا فإنه يؤخذ من وجوب التعويض تحريم الطلاق الذي لم تبدله أسباب أمام القضاء، أو

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع سابق، 9/499.
[2] محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، ط1، 1998، ص 38.
[3] عبد الرحمان الصابوني، المرجع سابق، ص 119.

كان بدون سبب فعلا، وهذا ما لم يرو عن أحد من سلف المسلمين، بل إن كثيرا من حوادث الطلاق التي رويت عن الصحابة ومن بعدهم لم يرو فيها تعليل الطلاق، أو مطالبة المطلق[1].

الترجيح:

بعد عرض آراء الفريقين، فإننا نميل إلى ترجيح الرأي الأول القائل بجواز التعويض عن الطلاق التعسفي وذلك لما يلي:

لصحة الأدلة التي استدلوا بها، وضعف الوازع الديني وغياب التقوى عن تعاملات الناس، وتقصيرهم في الوفاء بالتزاماتهم.

من خلال ما نلاحظه في مجتمعاتنا من ظواهر جديدة غربية على عاداتنا وأعرافنا لا حظنا كثيرا ما يوقع الزوج الطلاق عن غير رغبة منه، بل إرضاء خارجية (الوالدين أو الزوجة الأخرى) أو انتقاما منها.

من أجل الحفاظ على الروابط الأسرية ومنعها من التفكك والضياع، وجب تقييد الطلاق التعسفي بمقابل وذلك من اجل ردع محاولات التعسف في استعمال هذا الحق ومن أجل الحفاظ على القيم الأسرية.

ثالثا : بيان حدود سلطة القاضي في شؤون الأسرة.

أما فيما يخص رقابة المحكمة العليا لقاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض بالنسبة للطلاق التعسفي، ومادام هذا داخلا ضمن نطاق سلطة قاضي الموضوع، فلهذا لا يعني أن القاضي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض وذلك ليتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القانون، والإطلاع على مقدار ما أخذ به القاضي في سلطته التقديرية، وباعتبار أن حجم الضرر هو مقياس تقدير التعويض،

[1] ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، المرجع سابق، ص ص 99-109.

فلا أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر الحاصل ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض.

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها القاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة، وتكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو أنه احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره بتاريخ: 1984/04/02 بأنه: " من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق لعى زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسبيبه، وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى و فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالتي الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما، وغناهما أو فقرهما، أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به، خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، دون الاستناد إلى أي قاعدة شرعية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة"[1].

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مناسب، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت عدة سنين، وحكم القاضي بتعويض معين سواء كان قليلا أو كثيرا، فإنه رغم ما يملكه من سلطة تقديرية فهو مجبر على

[1] المجلس الأعلى، غ، أ، ش، قرار بتاريخ 1984/04/02، ملف رقم 99779، م-ق، عدد02، 1989- ص 61.

تسبيب ذلك، وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب، وهدا ما قضت به المحكمة العليا في قرار آخر لها بقولها: " من المستقر عليه القضاء، أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وغير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا 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 كان قرارهم معيبا بالقصور في التسبيب[1].

[1] المحكمة العليا، غ، أن ش، قرار بتاريخ 1991/06/18، ملف رقم 57099، م-ق، عدد 01، 1999، ص 65.

الفرع الثاني: الطلاق التعسفي في القانون المدني الفرنسي

الطلاق التعسفي الذي يكون من طرف الزوج على زوجته هو غير متصور في نظر القانون المدني الفرنسي، لأنه يعتبر كلا من الرجل و المرأة سواسية في طلب الطلاق، ويشترط على كليهما تقديم طلبه للقاضي ، ثم بعد ذلك ينظر فيه القاضي ويحكم بما يوافق القانون .

فهذه المسألة لا علاقة لها ببنود القانون المدني الفرنسي في جزئه الخاص بنظام العائلة، الذي يجعل سلطة التفريق بين الزوجين بيد القاضي، وليس للزوج أن يستبد بهذا النوع من الطلاق، فمثله كمثل الزوجة إن أراد الطلاق أن يرفع أمره للقاضي

ويقدم الأسباب التي دفعته لطلب الطلاق، والقاضي ينظر في ذلك حسب أحكام القانون، هذا الأخير الذي يمكن تصور التعسف منه لأن سلطة التفريق بيده اذا طلبها الطرفين أو أحدهما[1]

[1]François terré, le droit de la famille, presses universitaire de France, 2002, paris, page 34./ Frédéric krenc et Michel Puechav (dire), le droit e la famille a l'épreuve de la convention européenne des droit de l'homme, droit et justice, Bruylant, 2008, page 29-36./ Vincent Egéa, droit de la famille, Lexis Nexis, 2016, paris, page 124./ jean garrigue, ouvrage passé, page 216.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في التفريق المرتبط بالطرفين

- **المبحث الأول:**
  - التفريق بالعيب.
- **المبحث الثاني:**
  - التفريق للغيبة.
- **المبحث الثالث:**
  - التفريق للحبس
- **المبحث الرابع:**
  - التفريق للفقد
- **المبحث الخامس:**
  - التفريق لسوء العشرة والضرر
- **المبحث السادس:**
  - التفريق للشقاق الحاصل بين الزوجين

المبحث الأول

التفريق بالعيب

- **المطلب الأوّل** :

- العيوب الموجبة للتفريق وشروط طلبه.

- **المطلب الثانـي** :

- مدى سلطة القاضي في التفريق للعيب.

المطلب الأوّل

العيوب الموجبة للتفريق وشروط طلبه

- **الفرع الأوّل** :

ـ عيوب الزوج الموجبة لطلب التفريق.

- **الفرع الثاني** :

ـ شروط طلب التفريق للعيب .

تمهيد :

لقد أخذ المشرع الجزائري بالإباحة حق طلب التطليق للزوجة دون الزوج في نص المادة 2/53 من قانون الأسرة الجزائري "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". أما الزوج فلا يملك هذا الحق لأنه يملك حق الطلاق في المادة 38 من قانون الأسرة الجزائري:

ويرى القضاء الجزائري أنه يسقط حق الزوجة في طلب التطليق بسبب العيوب إذا علمت بها قبل العقد ورضيت بها، كما أن سكوت الزوج عن عيوبه وإخفائها لها تجعل القاضي يستجيب لطلب الزوجة دون تأجيل وإذا رفعت الزوجة دعوى تطليق زوجها فإنه يمكن للمحكمة أن تتأكد بوجود ما تدّعيه من عيوب بواسطة الخبرة، أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار مثلا.

هذا ولم يبين المشرع الجزائري نوع العيوب مما جعلنا نعمل بنص المادة 222 من هذا القانون الذي ينصّ "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

ونلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع.

الفرع الأول : عيوب الزوج الموجبة لطلب التفريق

أولا : العيوب التي تجيز التفريق عند الفقهاء :

والعيوب منها خاصة بالرجال ومنها خاصة بالنساء ومنها مشتركة بين الاثنين.

العيوب الخاصة بالرجال

- العنة: هو الذي لا يقدر إتيان النساء لكبر أو مرض لا يرجى زواله.
- الجب: هو أن يكون عضو الرجل مقطوعا أو لم يبق منه إلا مالا يمكن الجماع.
- الخصاء: إذا استلا الخصية أو قطعت.

العيوب الخاصة بالنساء

- القرن: عظم أو غدة تمنع الوطء.
- العقل: رغوة تمنع لذة الوطء.
- الإفضاء: انحراف ما بين السبيلين.

العيوب المشتركة بين الجنسين

- الجنون
- الجذام
- البرص.
- استطلاق البول أو الغائط عند الجماع.
- الباسور: نتوء في ظاهر المقعدة.
- الناسور: نتوء في داخل المقعدة[1]

1- مدى كون العيوب أسبابا شرعية في التفريق :

[1] الشوكاني ، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 6 ص 298-299./ و ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7 ص 152-153. /و الشافعي،الأم، المرجع السابق، ج 5 ص 120. /وابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج 5، ص 182./ وابن همام الحنفي، المرجع السابق، ج 4، ص 304.

لقد انقسم الفقهاء حول هذا الموضوع إلى فريقين بين مجيز له و مانع :

أ- المجيزون للتفريق : وهم جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية الذين ذهبوا إلى جواز فسخ عقد النكاح بسبب العيب ولكنهم اختلفوا في العيوب التي يجري فيها الفسخ[1].

واستدلوا بإجماع الصحابة رضي الله عنهم على التفريق لعنّة الزوج، فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الزوج العنين أنه يؤجل سنة فإن وصل إلى زوجته وإلا أخذت منه المهر كاملا وفرق بينهما وعليها العدة. وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهم، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليهم أحد فكان إجماعا[2]. واستدلوا كذلك بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "أيما امرأة بها رجل به جنون أو جذام أو برص فلها مهرها مما أصاب منها وصداق الرجل علة من غره" رواه مالك في الموطأ[3]. وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "وفر من المجذوم كما تفر من الأسد"[4]، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الفرار من الزوج المجذوم يثبت بفسخ نكاحه وقالوا بأن وجود هذه العلل تفوت مقاصد النكاح من إعفاف النقص وإنجاب الذرية للنفرة التي تكون بين الزوجين بسبب هذه العلل[5].

ب- المانعون له :

اختلف الظاهرية مع الجمهور فلم يجيزوا فسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا ببرص كذلك ولا بجنون ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب ولا بأن تجده هي كذلك ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب إلا إذا اشترط ذلك في العقد، واحتجوا بحديث

---

[1] نفس المراجع والصفحات.
[2] الشافعي الأم ، المرجع السابق، ج 5 ص 56-584.
[3] الزرقاني، الشرح على الموطأ، المرجع السابق، ج 3 ص 130.
[4] العسقلاني،فتح الباري من شرح صحيح البخاري، المرجع السابق، ج 10 ،ص 196 رقم الحديث 5707.
[5] الشوكاني نيل الأوطار ، ج 7 ،ص 44./وابن القيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج 5، ص 182-184.

رفاعة القرظي أنه طلق امرأته فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير فشكته إليه حاله معها، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال: " لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك"[1]. قال ابن حزم: (فهذه تذكر أن زوجها لم يطأها وتشكو ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وتريد مفارقته فلم يشكها ولا أجل لها شيئا ولا فرق بينهما"[2].

واحتج ابن حزم أيضا بأن الآثار مروية عن السلف من الصحابة والتابعين فيها ما يمنع التفريق للعيب وفيها ما يجيزه ولكن لا حجة في قول أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم. ثم يقول ابن حزم: " إنما هو النكاح كما أمر الله، ثم أمسك بمعروف أو تسريح بإحسان إلا أن يأتي نص صريح فيوقف عنده"[3].

وممن قال بقول الظاهرية عمر بن عبد العزيز[4] والشوكاني[5].

يقول ابن رشد في بداية المجتهد: وسبب اختلافهم هو اختلاف في تشبيههم النكاح بالبيع، فمن شبهه بالبيع قال بالتفريق للعيب ومن لم يشبهه لم يقل بالتفريق[6].

وردّ ابن حزم على من شبه النكاح بالبيع فقال: بل هو خلافه بالجملة:

- لان البيع نقل ملك وليس في النكاح ملك أصلا.

-النكاح بائن يعني ذكر الصداق في النكاح، و في البيع لا يجوز ذكر الثمن.

-الخيار جائز في البيع ولا يجوز في النكاح.

---

[1] البخاري، كتاب الشهادات، باب شهادة المختبئ، رقم 2639./ و مسلم، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجها غيره و يطأها، والحديث مروي عن عائشة .

[2] ابن حزم، المرجع السابق، ج9 ، ص 211.

[3] ابن حزم ، المرجع نفسه، ج 9، ص 279-280./ و ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ص 182.

[4] ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج ، 2 ص 50.

[5] الشوكاني نيل الأوطار ، المرجع السابق، ج ، 7 ص 45.

[6] ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 2 ص 50.

-لا يجوز البيع بترك الرؤية والوصف وذلك في النكاح.

والتشبيه بالبيع ربما يكون ضعيفا كما يقول ابن حزم فقد وردت آثار عن الصحابة أنهم فرقوا اللعيب ولكن قد تكون الحوادث التي حصلت في عصر الصحابة قليلة، إذ لم تكن هذه الأمراض والعيوب عند كثير من الناس بل هي حالات استثنائية قد لا نجدها غلا بنسبة قليلة جدا، ولكن إن وجدت هذه الحالات فإننا نرجح رأي الجمهور لأنه متماش مع مقاصد الشريعة، فهذه العيوب – التي ذكرت وسنفصلها في المباحث القادمة – تسبب نفرة بين الزوجين ولا يتحقق مقصود الشرع في المودة والرحمة والألفة، لأن البشر خلقوا وجبلوا على كراهية الشيء غير المألوف وليس هذا فحسب بل قد يكون المرض معديا فتتضرر المرأة وقد تحمل آثار هذه الأمراض إلى الأطفال فكان من رحمة الشريعة الإسلامية أنها تعطي المجال أمان الناس لاستدراك ما غفلوا عنه أو ما لم يعلموه بإعطائهم حق التفريق في هذه المسألة سواء كان من قبل المرأة أو الرجل، ومما يرجح قول الجمهور كذلك ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث ركانة أنه طلق زوجته وتزوج من أخرى، فاشتكت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عيبا فيه، فأخذت الرسول الله صلى الله عليه وسلم الحمية فقال له طلقها ثم راجع امرأتك أم ركانة ففعل[1].وما ورد عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال: **"خذي عليك ثيابك"** ولم يأخذ مما آتاها شيئا[2].

2- حق ثبوت التفريق للعيب :

اختلف الفقهاء فيمن يثبت له حق التفريق بالعيب الى مثبت له للزوجة فقط، والى من أعطاه للزوجين معا :

[1] ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج ، 5 ص 180، رواه أبو داود في المشتهر من حديث عكرمة عن ابن عباس.

[2] رواه مالك في الموطأ والدارقطني.

أ- المثبتون حق التفريق للزوجة فقط لا للزوج : وهم الحنفية بدليل أن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه إما بالطلاق أو بالزواج بأخرى، أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق في طلب التفريق لأنها لا تملك الطلاق.

ب- المثبتون حق التفريق للزوجين معا : وهم جمهورا لفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية فأجازوا التفريق بالعيب لكل من الزوجين لأن كلا منهما يتضرر بهذه العيوب. أما اللجوء إلى الطلاق فيؤدي إلى الإلزام بكل المهر بعد الدخول وبنصفه قبل الدخول، وفي التفريق بسبب العيب يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول، وبعد الدخول لها المسمى بالاتفاق لكن يرجع الزوج عند المالكية والحنابلة والشافعية بالمهر بعد الدخول على ولي الزوجة كالأب والأخ لتدليسه بكتمان العيب ولا سكنى ولا نفقة لها[1].

3- العيوب المجيزة للتفريق :

اتفقت المذاهب الأربعة والشيعة الإمامية[2] على التفريق بعيبين وهما الجب والعنة، واختلفوا في عيوب أخرى على أربعة أقوال.

أ: مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف:

لا يجوز الفسخ عندهم إلا بالعيوب التناسلية الثلاثة وهي (الجب والعنة والخصاء) إن كانت في الرجل لأنها عيوب غير قابلة للزوال، فالضرر فيها دائم ولا يتحقق معها المقصود الأصلي من الزواج وهو التوالد والتناسل والإعفاف عن الوقوع في المعاصي، فكان لا بدّ من التفريق. أما العيوب الأخرى من جنون أو جذام أو برص أو رتق أو قرن فلا فسخ للزواج بسببها إن كانت بالزوجة، ولا إن كانت بالزوج، ولا خيار للآخر بها، وهذا هو الصحيح عندهم. أما محمد فقال: للزوجة الخيار أو الفسخ إن كانت هذه العيوب بالزوج ولا خيار للزوج إن كانت العيوب بالزوجة.

[1] ابن همام الحنفي، المرجع السابق، ج ، 5 ص 297-299.
[2] مغنية، المرجع السابق، ج5، ص 15.

وبه يتفق الحنفية على أنه لا خيار للزوج في فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقا، واختلفوا في الخيار بعيوب الزوج[1].

ب:مذهب المالكية والشافعية:

يفسخ النكاح من أي واحد من الزوجين إذا وجد في الآخر عيبا من العيوب التناسلية أو العيوب المنفرة من بثور أو جذام أو برص، واختلفوا في العيوب الأخرى، فعند الشافعية العيوب هي:

الجب، العنة، الجنون، الجذام، البرص، الرتق، القرن. بعضها مشتركة وبعضها خاص بالمرأة وبعضها خاص بالرجل كما مر معنا. ولا فسخ عندهم (أي الشافعية) بالبخر والاستحاضة والقروح السيالة والعمى والزمانة والبله والخصاء والإفضاء وما شابهها لأن هذه الأمور لا تفوت مقصود النكاح[2].

-أما العيوب عند المالكية فهي:

عيوب مشتركة: الجنون، الجذام، البرص، خروج الغائط.

عيوب خاصة بالرجل: الخصاء، الجب، العنة، الاعتراض.

عيوب خاصة بالمرأة: الرتق، القرن، العقل، البخر.

وليس من العيوب عندهم القرع ولا السواد ولا البكارة (أي وجدها مفتضة من الزنا) على المشهور، وليس فيها العمى والعور والعرج والزمانة ولا نحوها من العاهات إلا إذا اشترط السلامة منها[3].

ج:مذهب الحنابلة:

---

[1] ابن همام الحنفي، المرجع السابق، ج 3 ص 297-299./ وابن عابدين، الدر المختار، المرجع السابق، ج 3 ،ص 494-496./ و السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 6-7 ، ص 100-105.

[2] النووي، المجموع، المرجع السابق، ج 16 ، ص 265-272.

[3] ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 1 ، ص 464-467.

يفسخ النكاح عندهم بالعيوب التناسلية أو العيوب المنفرة أو المستعصية كالسل والسيلان أو الزهري ونحوها مما يعرف عن طريق أهل الخبرة. والعيوب عندهم ثمانية: الجنون والجذام والبرص وهي عيوب مشتركة. الجب والعنة وهي في الرجل. والفتق والقرن والعفل وهي في المرأة.

قال أبو الخطاب: ويتخرج على ذلك من به الباسور والناسور والقروح السيالة في الفرج لأنها تثير نفرة وتتعدى نجاستها.

والعيوب التي لا تجيز الفسخ عندهم هي: القرع، والعمى، والعرج، وقطع اليدين والرجلين لأنه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه[1].

- رأي ابن القيم: يجوز طلب التفريق من كل عيب منفر بأحد الزوجين سواء كان مستحكما أم لم يكن كالعقم والخرس والعرج والطرش وقطع اليدين أو الرجلين أو إحداهما لأن العقد قد تم على أساس السلامة من العيوب فإذا انتفت السلامة فقد ثبت الخيار، ولما روى أبو عبيد عن سليمان بن يسار أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر: أعلمتها؟ قال: لا، قال: أعلمها ثمّ خيّرها[2].

د:مذهب الإمامية:

أما العيوب عند الإمامية فهي:

الجنون والخصاء والعنة والجب والجذام والبرص والقرن والإفضاء والعمى والإقعاد[3].

4- حصر العيوب من عدمه عند الفقهاء :

لقد اختلف الفقهاء حول هذا الموضوع الى فريقين بين قائل بالحصر وناف له :

---

[1] ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7 ، ص 152. / و البهوتي كشاف القناع، المرجع السابق، ج 5، ص 105-108./ و ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ، المرجع السابق، ج 5 ، ص 182.

[2] ابن القيم الجوزية، المرجع نفسه، ج 5، ص 183.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، المرجع السابق، ج ، 7 ص 518.

أ- القائلون بحصر العيوب :

وهم جمهور الفقهاء من الحنابلة والمالكية والشافعية والجعفرية والزيدية وأبي حنيفة و أبي يوسف الذين قالوا بأن العيوب جاءت على سبيل الحصر ولا يقاس عليها غيرها[1].

ب- النافون له :

وهم الزهري والسرخسي في المبسوط وابن تيمية وابن القيم فقالوا إن العيوب ليست على سبيل الحصر ويقاس عليها غيرها[2].

يقول ابن القيم:

إن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه لا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار. ثم قال: ومن يتدبر مقاصد الشريعة من مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخفَ عليه رجحان هذا القول وضربه من قواعد الشريعة[3].

ويستفاد من هذا القول أنه يجوز القياس على هذه العيوب كل عيب فيه نفس العلة التي ذكرت في هذه العيوب وقد ذكر ابن رشد في فسخ النكاح بالعيوب التي لم يذكرها المالكية بالقياس على ما ذكره لتساويهما في علة الفسخ[4].

ولكن هناك ضوابط يجب التقيد بها وهي:

- التأكد من تحقق العلة في العيب المنصوص عليه

- الرجوع إلى الأطباء لمعرفة المرض المعدي

---

[1] المراجع السابقة. / و مغنية، المرجع السابق، ج5، ص 22-32.

[2] السرخسي، المبسوط ، المرجع السابق، ج 5 ، ص 101-102./ و ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج 5 ، ص 180-185.

[3] ابن القيم، المرجع نفسه، ج ، 5 ص 183.

[4] ابن القيم، المرجع نفسه، ج ، 5 ص 180-185.

- الرجوع إلى العرف عند شرط السلامة والعيوب[1].

ويظهر أن الرأي الذي إليه ابن القيم أكثر واقعية وتماشيا مع العصر، إذ أن العيوب والعاهات التناسلية التي ذكرها الفقهاء والتي يجيز الحنفية مثلا التفريق إلا بسببها قد تكون أمراضا قابلة للعلاج بسهولة وليست من العيوب الباقية، بل هناك أمراض أخطر منها بكثير يمكن أن تلحق بالمرأة أو الرجل وحتى بالأولاد ضررا كبيرا. فإذا حصرنا العيوب بما قاله الفقهاء فقد نخرج من مُراد الشريعة، ومن المقصد الذي شرع لأجله التفريق للعيب.

فالأولى النظر إلى الواقع وبحث الأمراض أو العيوب التي تلحق ضررا حتميا بالزوجين. ويعلل ابن رشد في بداية المجتهد سبب اقتصار المالكية على العيوب الأربعة في التفريق فيقول: العلة إما أنه شرع غير معلل كما قال البعض، وقال آخرون لتعدي الضرر إلى الأبناء. فعلى هذا الرأي يمكن قياس الأنواع أو الأمراض الأخرى عليها، ولكن أن نقول شرع غير معلل فلا يوجد في أحكام المعاملات شرح غير معلل كما ورد في كتاب المقاصد لابن عاشور[2]، فأحكام المعاملات كلها معللة.

5- اعتبار العقم عيبا مجيزا للفسخ من عدمه :

قال الحنابلة: لا يعتبر العقم مبررا لفسخ النكاح، وإلى هذا القول ذهب المالكية. وقد ذكر ابن القيم في زاد المعاد خبرا عن عمر رضي الله عنه في الرجل العقيم فقال: "وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له أخبرها أنك عقيم وخيرها"[3]، ثم يقول فماذا يقول رضي الله عنه في العيوب التي هذا عنده كمال

[1] ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 2 ، ص 51.
[2] ابن عاشور(الطاهر ابن عاشور)، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الحبيب بن خوجة، ج3، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية القطرية، ط1، 1425ه-2004م، ص 47.
[3] أخرجه عبد الرزاق في المصنف 10346 ورجاله ثقاة.

لا نقص. فهذا الخبر صريح في حق الفسخ إذا كان زوجها عقيما لأن سيدنا عمر رضي الله عنه قال له خيرها، لأنه لم يعلمها قبل النكاح أنه عقيم"[1].

ويرجح الدكتور عبد الكريم زيدان في المفصل لأحكام المرأة أن يعطى حق التفريق للمرأة إذا كان زوجها عقيما لأن الضرر الذي تتعرض له أشد من الضرر المادي، أما الرجل فلا يحتاج إلى هذا الخيار لأنه بيده الطلاق، ويمكن أن يتزوج بأخرى.

ووضع عبد الكريم زيدان قيودا يجب التقيد بها عند التفريق للعقم وأراها مفيدة وهي:

أ- أن لا يكون لها ولد من غيره أو منه قبل أن يصير عقيما لأنها حققت رغبتها في الأمومة.

ب- أن يفحصه طبيب ويتأكد من أنه غير قابل للزوال

ج- أن يمضي على عقد النكاح ما لا يقل على أربع سنوات[2].

ثانيا : عيوب الزوج الموجبة لطلب التفريق في التشريع الجزائري

لقد سبقت الإشارة إلى المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وهي المادة التي تشير إلى الأسباب التي تستند إليها الزوجة في طلبها التطليق، ومن بين هذه الأسباب العيوب التي تلحق بالزوج، حيث جاء في الفقرة 2 منها ما يلي: " يجوز للزوجة طلب التطليق التي تلحق بالزوج، حيث جاء في الفقرة 2 منها ما يلي: " يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية....2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج....".

إنّ العبارة السابقة هي الوحيدة في قانون الأسرة الجزائري التي تنص على العيوب الموجبة لطلب التطليق، بحيث لم يتعرض المشرّع الجزائري إلى أيّ تفصيل يخصّ هذه العيوب، بحيث لم يحددها ولم يحصرها بل ولم يحدد بعضها على سبيل

[1] ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج 5 ، ص 182.
[2] زيدان (الشيخ عبد الكريم زيدان)، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج9، مؤسسة الرسالة، ط1، 1413ه-1993م، ص 35.

المثال. كما لم يبيّن طبيعتها، هل هي من العيوب الجنسية فقط أم تلحق بها عيوب جسدية و نفسية أخرى.

كما لم يفرق المشرع الجزائري بين العيوب التي تكون في الزوج وقت العقد أو تطرأ عليه بعده[1]. و هذا لا يعتبر نقطة سلبية في التشريع الجزائري بل العكس، فقد أصاب المشرع الجزائري و أحسن صنعا من عدة نواحي منها:

أ- لم يحدد العيوب بنوعيها وإنما حدد العلة التي من اجلها يمكن طلب التطليق وهي عدم تحقيق هدف من أهداف الزواج. و إذا بحثنا في المقصود من أهداف الزواج بالنسبة للمشرع الجزائري نجد المادة 4 من قانون الأسرة تنص على ما يلي: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب".

ب- لقد ترك المشرع الجزائري المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للقاضي بحيث له الحرية، وفقا لأهداف الزواج المذكورة سابقا، في أن يكيف نوع و طبيعة العيب أو المرض الذي يعاني منه الزوج، وهل يحول دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا. فلم يقيد المشرع الجزائري القاضي بأنواع محددة من العيوب حتى لا تظلم المرأة في رابطة زوجية لا تتحقق لها المودة و الرحمة و السكن الذي هدفت إليه بزواجها. و يرى البعض أن المشرع الجزائري أخذ في موضوع التفريق للعيب بمذهب الإمام مالك[2]، الذي هو رأي جمهور الفقهاء.

ج- كما أن المشرع الجزائري و من حيث حكم التفريق بالعيب و لمن يثبت، أخذ برأي أبي حنيفة لأنه أعطى هذا الحق للزوجة فقط.

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 286؛ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 262.

[2] منصوري نورة، التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية،د المرجع السابق، ص 48.

د- أما من حيث حصر العيوب و تحديدها من عدمه فأن المشرع الجزائري لم يأخذ برأي أبي حنيفة و لا برأي الإمام مالك الذي رغم توسعه أكثر في تعداد العيوب مقارنتا بأبي حنيفة إلا انه حددها، و أنما أخذ بالرأي الأرجح –حسب تقديري-وهو الذي أخذ به الفقيهان ابن تيمية وابن القيم ومن تبعهم و الذين ذهبوا إلى عدم حصر العيوب و إنما ربطوا حق التطليق بكل عيب يعطل تحقيق مقاصد النكاح، وهذا بالضبط ما ذهب إليه المشرع الجزائري. وهذا ما أكده قضاة المحكمة العليا حيث قضوا بما يلي:

"من المقرر شرعا انه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ....ومتى تبين في قضية الحال إن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، و عليه فأن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما...." [1].

نجد أن قضاة المحكمة العليا أخذوا بعيب عدم الإنجاب على أساس انه لا يحقق هدف من أهداف الزواج، وقس على ذلك العيوب الأخرى مثل ضعف القدرة الجنسية، بشرط ضرب أجل للزوج لمدة سنة من تاريخ تنفيذ الحكم القضائي[2]، وغيرها .

يلاحظ أن القاضي الجزائري أخذ بعيب العقم رغم عدم ذكره من طرف الفقهاء الذين حددوا الكثير من العيوب الموجبة للتفريق، بل هناك من ذكر أن عقم الزوج لا يعطي للقاضي سلطة التفريق بين الزوجين وذلك بطلب من الزوجة[3]. فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه ليس للقاضي سلطة التفريق بين الزوجين بسبب عيب العقم، وبهذا قال الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في القول المعتمد في المذهب. أمّا من أخذ بعيب

---

[1] قرار بتاريخ 1999/02/16 ، ملف رقم 213571 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، المجلة القضائية،عدد خاص، سنة2000 ، ص 119؛ أرجع كذلك إلى الملف رقم 87301، قرار بتاريخ 1992/12/22، المجلة القضائية، العدد 2 لسنة1995، ص92، و الذي يقضي كذلك بأن عدم القدرة على الإنجاب من طرف الزوج سبب شرعي كافي لتطليق الزوجة منه.

[2] ملف رقم 34784، قرار بتاريخ 1984/11/19، المجلة القضائية، العدد 3 لسنة 1989، ص 73.

[3] حمزاوي أحمد، " تأسيس دعوى الطلاق على عدم الإنجاب، التعليق على قرار: ملف 52850، بتاريخ 1989/03/13"، المجلة القضائية، العدد2، لسنة 1995، ص 37.

العقم على أنّه يوجب سلطة التفريق فهم بعض الحنابلة كابن تيمية وابن القيّم وكذلك ما نفهمه من المعيار العام الذي وضعه محمد ابن الحسن صاحب أبي حنيفة وهو أنّ كل عيب لا يمكن للزوجة المقام به مع زوجها إلا بحصول ضرر يجيز لها طلب التفريق من القاضي[1].

إن عدم اعتبار العقم كعيب يوجب تدخل القاضي بسلطته للتفريق من طرف الفقهاء ربما يعود إلى عدم إمكانية معرفة الطرف العاجز عن الإنجاب، من الزوجين. وبهذا لا يمكن الجزم على ذلك أمام انعدام التطور العلمي الذي يستطيع أن يحدد الطرف المعيب. أما الآن و أمام التطور العلمي الحديث فقد أصبح ذلك ممكنا جدا خاصة في بعض الحالات التي يستطيع الطب أن يجزم فيها باستحالة الإنجاب.

[1] داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 328- 329./ منصوري نورة، المرجع السابق، ص 48.

الفرع الثاني : شروط طلب التفريق للعيب

أولا: شروط طلب التفريق للعيب في التشريع الجزائري

إنّ الشروط التي ذكرها المشرع الجزائري لاعتبار العيب سببا مبررا لطلب التطليق للعيب هي:

1. أن يكون العيب في الزوج لأنّ المشرّع الجزائري- كما سبق الذكر- قصر حق طلب التطليق للعيوب على الزوجة فقط.
2. أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وهذا خاضع للسلطة التقديرية للقاضي بلجوئه إلى المذاهب الفقهية المختلفة وفقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

بالتالي فإن القاضي الجزائري وأثناء نظره في دعوى التطليق للعيب التي يُشترط أن تقدم من الزوجة سوف يأخذ على الأقلّ بالشروط العامة التي اتفق عليها الفقهاء، وسنتعرض إليها في الفرع الموالي.

ثانيا : شروط طلب التفريق للعيب المتفق عليها عند الفقهاء

لا يتسع المقام لذكر شروط كل مذهب على حدا[1]،و إنّما نتطرق لأهم الشروط التي اتفق عليها الفقهاء[2]و التي تجيز لمن له حق الخيار المطالبة بالتفريق، مع الإشارة إلى أنّنا سنتحدث عن الزوجين لأن جمهور الفقهاء أعطى حق الخيار بالعيوب لكليهما وليس للزوجة فقط.

---

[1] للتفصيل أكثر في هذه الشروط نرجع الى وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، التفريق بالعيب بين الزوجين و الآثار المترتبة عليه، كنوز المعرفة، ط1، جدة، 1999، ص 297 و298.

[2] فؤاد جاد الكريم محمد، عبد الصبور خلف الله محمد، حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، مكتبة مدبولي، القاهرة، ص 138 وما يليها.

1: عدم العلم بالعيب[1]: إنّ الزوج الذي يملك حق الخيار لا ينبغي له أن يكون عالما بعيب الآخر وقت العقد أو قبله، فإذا كان عالما به عقد العقد سقط حقّه في الخيار. ولكن الشافعية والمالكية استثنوا عيب العنّة (عيب الاعتراض عند المالكية) من جملة العيوب لأنّ المرأة لو علمت بعنّته قبل العقد لها الخيار بعده، أي يجوز لها أن تطلب التفريق بعد العقد، لأنّ العنّة ليس عيبا ثابتا فقد يحدث مع امرأة دون أخرى أو في ظروف دون أخرى. كما أنّ العنّة أو الاعتراض لا يمكن أن يُحقق منها إلاّ بعد الزواج[2].

2: عدم الرضا بالعيب بعد الإطلاع عليه: والرضا يكون إمّا صريحا أو ضمنيا.

الرضا الصريح يكون بأن تصرّح الزوجة بأنّها قبلت بالعيب، أمّا الضمني فهو تمكين الزوجة الزوج من نفسها بعد علمها بالعيب. أمّا مجرّد العلم بالعيب دون رضا لا يسقط حق الخيار وقد استثنى من ذلك عيب العنّة[3]، لأن السكوت في هذه الحالة من طرف الزوجة ليس رضا بالضرورة ولكنه في الغالب فرصة تعطيها للزوج لعلّه يُشفى.

3: ألاّ يكون بالزوج الآخر عيب يمنع من الوطء: وهو شرط عام في كل العيوب المتساوية صفة ونوعا وقدرا وجسامة، والقاعدة المقرّرة هنا هي "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخفّ"، فيثبت التفريق لمن كان ضرره أشدّ[4]، وفي هذا اختلاف بين الفقهاء[5].

---

[1] الكاساني، المرجع السابق، ج3 ، ص 594./ والدسوقي، المرجع سابق، ص 277.

[2] الكاساني، المرجع نفسه، ج3، ، ص 586 وما يليها. / والدسوقي ، المرجع نفسه، ص 277./ و الخرشي، المرجع السابق، ج،3 ، ص 79، 80.

[3] لقداختلف الفقهاء في الرضا بعيب العنّة بعد الزواج وحق الخيار به، نرجع إلى: - الخرشي، المرجع نفسه الجزء3 ، ص 81؛./ و ابن قدامه، المغني، المرجع السابق،ج7، مرجع سابق، ص 584.

[4] السرخسي، المبسوط، المرجع سابق، ج5، ص 104.

[5] للتفصيل أكثر في هذا الاختلاف نرجع إلى نوال محمد الشاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2001، ص 196.

المطلب الثانـي

مدى سلطة القاضي
في التفريق للعيب

- **الفرع الأوّل** :

ـ طرق إثبات العيوب ونوع الفرقة الواقعة بها.

- **الفرع الثانـى** :

ـ مــوقف التشريع الفــرنسي

مـــن التفـــريق للعيب .

الفرع الأول : طرق اثبات العيوب الموجبة للتفريق ونوع الفرقة الواقعة بها

أولا: إثبات العيوب الموجبة للتفريق

نص المشرع الجزائري على التفريق للعيوب في فقرة وحيدة ضمن حالات التطليق القضائي، ولم يرد نصّا حول إثبات تلك العيوب و الاستعانة بالخبر الطبية، ولكن درجت الأحكام القضائية قبل التطليق للعيوب طلب إثبات ذلك بواسطة الخبرة الطبية الإقرار[1]. أما بالنسبة للفقهاء فقد توسعوا في طرق الإثبات في هذا الموضوع بالذات لما فيه من حساسية خاصة اتجاه الرجل وعند انتفاء الإقرار من طرفه، لأن الزوجة قد تعرض على النساء لمعرفة بكارتها من ثيوبتها، إلى غير ذلك من أساليب.

ولعل عرض الزوج على رجال أمناء والاختلاف في طريقة العرض في الجائز منه والممنوع، وكذا عرض المرأة على النساء هي في الحقيقة وسائل فرضتها ظروف الفقهاء المواكبة لعصرهم، ولا يمكن بحال الالتجاء إليها[2] . ولكن هذا لا يمنع بعض الفقهاء من الإشارة إلى أهل الخبرة في الإثبات والاستعانة بالخبراء.

ثانيا : نوع الفرقة الواقعة بالعيوب

لم ينصّ المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على نوع الفرقة الواقعة بالعيب، إلا إنه أشار إلى ذلك في المادة 50 منه وهو يشير إلى الرجعة بنصه: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد ".

يُفهم من هذا أنّ الطلاق هنا بائن وليس رجعيا، ولم يشر المشرع الجزائري إلى وصف الفرقة فسخا بتاتا في موضوع التطليق، ولم يشر إلى الفسخ.

---

[1] قرار من مجلس تلمسان صادر بتاريخ 1967/12/28، مج 1968، عدد 4، ص 1213، نقلا عن عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 280، في الهامش.

2 منصوري نورة، المرجع السابق، ص 52-53./ المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق 2010، ص 343.

تجدر الإشارة في نهاية هذا الفصل إلى أن المشرع الجزائري أخذ في موضوع لتطليق للعيب بالآراء الفقهية الأكثر وسعت في سلطة القاضي للتفريق بالعيب وتحرير المرأة التي تقدمت إليه بطلب لتحريرها من وضع معيشي لا تريده ، حيث أنها لا تملك هذا الحق في يدها على عكس الرجل فهو يملك هذا حق فك عقدة النكاح في يده.

كما أخذ المشرع في تحديد العيوب الموجبة للتفريق بمعيار فضفاض لإدخال أي عيب يضر بها في قائمة الأضرار التي تتناقض مع تحقيق أهداف الحياة الزوجية. فقد وضع النص ضابطا محددا للعيوب يكفل بها التطبيق المتجدد للنص في ضوء تجدد العيوب وتغيرها باختلاف الزمان والمكان والظروف، وحسب درجة التقدم والتطور الطبي. وهذا ما يعطي للقاضي سلطة أكبر للحكم بالتفريق ، كالأخذ مثلا بعيب العقم رغم عدم أخذ معظم الفقهاء به، وهذا ما أكدته المحكمة العليا.

كما لا يضيّق المشرع على الزوجة بشروط قد تخرج بعض العيوب من دائرة حقها في الخيار، فلم يستثن عيبا دون آخر، أو العيوب الطارئة على العقد دون الحادثة قبله.

كما لم يشترط في عيب العنّة – كما فعل الفقهاء الأربعة- عدم وصول الزوج لزوجته ولو مرة واحدة، على أساس أن هذا الوصول يكفيها ولا يجوز لها طلب التفريق مدى حياتها.

رغم التوسع في العيوب الذي تبناه المشرع الجزائري إلا أنّه غير كافيا ففرض في المادة 07 مكرّر من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل 2005 ما يلي: " يجب على طالب الزواج أن يقدم وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج"، ويفهم من هذه المادة فرض خلوّ طرفي الزواج التي قد تشكل خطرا على الحياة الزوجية.

إنّ الكشف الطبي عموما من شأنه الكشف عن الأمراض الواقعة[1] و الأمراض المتوقعة خاصة منها ما يتعلق بالأمراض الوراثية، وهذا من شانه حماية الأسرة والتقليص من دعاوي التفريق للعيوب.

[1] حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 09 وما يليها.

الفرع الثاني : موقف التشريع الفرنسي من التفريق للعيب

أولا: التكييف القانوني للحالة

إن المشرع الفرنسي هو بدوره أخذ بهذه الحالة وجعلها تحت لواء حالات التفريق، و أدرجها تحت النوع الثالث من أقسام الطلاق وهو الطلاق بسبب تمزق أواصل العلاقة الزوجية (le divorce pour rupture de la vie commune).

ومن الحالات التي تؤدي إلى هذا النوع من الطلاق هي وجود عيب في أحد الزوجين يكون سببا في تمزق أواصل هذه العلاقة الزوجية، بحيث اعتبر المشرع الفرنسي أن تغير القدرات العقلية للشريك تعتبر سببا في حل العلاقة الزوجية، ويجب أن يدوم ذلك لمدة ست سنوات، ويجب أن يكون ذلك موثقا طبيا، ولكي يكون طلب الطلاق مقبول يجب أن يؤدي مرض أحد الزوجين إلى توقف كل نوع من أنواع العلاقات مع الطرف الآخر حيث أنه من المستحيل أن يكون هناك شراكة ممكنة في المستقبل بسبب اختلال القدرات العقلية[1]. لكن مدة هذه القطيعة الزوجية والتي كانت 6 سنوات تغير قانونها منذ عامين، حيث يمكن تأكيد فراق الزوجين عن طريق فاتورة الكهرباء أو الماء. اذ يجب على طالب الطلاق أن يبرهن بأن الحياة مع بعض توقفت، أي أنهما لا يعيشان تحت سقف واحد ولا يتقاسمان نفس السرير . وبعد ذلك يجب عليه أن يبرهن بأن هذا الفراق دام لمدة سنتين وليس لمدة ست سنوات كما كان ذلك سابقا في قانون الأسرة، وهذا بعد تعديل البند 237 من القانون المدني الفرنسي الفقرة رقم واحد[2]

---

[1]- Amélie Dionisi-peyrusse, le droit de la famille en schémas, ELLIPSES, 2016, page 102. / Dominique fenouillet, droit de la famille, page 148./ et Frédérique Granet-Lambrechts – patrice Hilt, droit de la famille, presses universitaire de Grenoble, 3em édition, 2009, page 65./ Patrick courbe, droit de la famille, page 136. / Dominique fenouillet : droit de la famille, page 151. / Christine Tama, droit de la famille des femmes françaises et maghrébines, page 156. / Amélie Dionisi-peyrusse, l'essentiel du droit de la famille, édition Ellipses, 2016, page 49-50.

[2] Art 237 « Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré ».

ثانيا : مدى سلطة القاضي في التفريق.

إن سلطة القاضي في التفريق لهذه الحالة هي مقيدة نوعا ما بما يقوم به الطرف الآخر من دفاع عن نفسه، بحيث لكي يكون للقاضي السلطة المطلقة والضرب من حديد لوضع حد لهذه العلاقة، لابد على الطرف الذي تقدم إليه بطلب التطليق أن يأتي بالدلائل التي تبين تمزق أواصل العلاقة الزوجية كما قلنا مثلا كالشهادة الطبية التي تبين عيب الطرف الآخر الذي يكون عائقا بينه وبين واجباته الزوجية، وتمتد هذه القطيعة سنتين. إذن فسلطة القاضي في التفريق تتماشى و قوة الدلائل التي يأتي بها الطرف الذي طلب التطليق، أو حتى إبطال الزواج كما نصت المادة 180 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثانية[1] ، فإذا رأى القاضي أن هذه الدلائل و البراهين التي قدمها هذا الطرف توجب التفريق فسوف لن يتوانى في إصدار حكم الطلاق أو إبطال الزواج من الأصل والتفريق بينهما ممارسا للسلطة التي خولها له القانون، مثلما حدث في زواج Camille و Laurent الذين تزوجا في 1 جويلية من عام 1998 وبعد الزواج اكتشفت Camille أن زوجها عنيف بسبب مشاكل في جهازه العصبي ، حالته الصحية التي قام بإخفائها عنها عمدا قبل الزواج، لهذا Camille تركت بيت الزوجية في ديسمبر 2001 وفي 2002 قبل Laurent في مؤسسة الأمراض العقلية ولم يخرج بعد ذلك، وبهذا تقدمت Camille إلى القاضي بطلب إلغاء زواجها من زوجها الذي أخفى حالته العقلية عنها والمشاكل النفسية التي يعاني منها وبهذا القاضي ألغى عقد الزوجية بينهما [2].

[1] Art 180 2em par « S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage ».

[2]- Allison Fiorentino - Marie hascoët, ouvrage passé, p 133-134. / Mikael Benillouche, ouvrage passé, page 120. / Catherine marie et Anne Cathelineau-roulaud, ouvrage passé, p 206-208./jean garrigue, ouvrage passé, page 182./guide de vos droit – famille, le particulier édition, ouvrage passé, page 212./ le guidec Raymond, ouvrage passé, page 181.

المبحث الثانـي

التفريق للغيبة

- ***المطلب الأوّل*** :

- شروط الغياب و إثباته.

- ***المطلب الثانـى*** :

- مدى سلطة القاضي في التفريق.

المطلب الأوّل

شروط الغياب وإثباته

- **الفرع الأوّل** :

ـ شروط الغياب الموجبة للتطليق.

- **الفرع الثانـي** :

ـ أدلة إثبات الغياب .

تمهيد :

لقد تقررت هذه الحالة أيضا في قانون الأسرة الجزائري، إذ نصت المادة (5/53) على أنه: **"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: - منها-**

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"[1].

[1] عبد الفتاح إبراهيم البهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الاسكندرية، ص 126.

الفرع الأول: شروط الغياب الموجبة للتطليق

لقد عد المشرع الجزائري الغيبة سببا من أسباب طلب التطليق كما هو مقرر في أحكام الشريعة إلا أنه اشترط في الغيبة أن تكون:

أولا- مرور سنة: والمقصود بها هنا السنة الميلادية حيث إن الدوائر الحكومية والرسمية للدولة الجزائرية تعتمد في تأريخها على التقويم الميلادي، فلا يمكن أن يشذ القضاء عن القاعدة، مع العلم أن السنة في مفهوم الفقهاء هي السنة القمرية وليست الشمسية، وجعل حد الغيبة الطويلة سنة يوافق ما ذهب إليه الفقه المالكي في أحد قوليه كما أشرنا إلى ذلك، وتحتسب السنة من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى[1].

ثانيا- أن يكون الغياب دون عذر: والعذر هنا غير منضبط ولكن للقاضي السلطة التقديرية في تقديره وعادة ما يكون الغياب بعذر بسبب طلب العلم (بعثة علمية إلى الخارج)، أو بسبب التجارة، أو بسبب أداء الخدمة الوطنية، وليس للمرأة في هذه الحالة أن تطلب الطلاق إلا إذا كان سفر زوجها وغيابه بدون عذر.

ثالثا- عدم ترك النفقة: إن كان الزوج قد ترك النفقة لزوجته فإنها لا يحق لها طلب التطليق، حتى ولو توفرت في الزوج الغائب الشروط الأخرى، وهنا المشرع الجزائري قد خالف المذهبين السابقين اللذين أخذ منهما الشرط الأول والثاني، فإذا كان المذهب المالكي والحنبلي قد رأيا أن مجرد الغياب يعد ضررا تطلق لأجله المرأة، فالمشرع الجزائري قد ربط بين ثلاثة شروط وعدها في مجموعها كلها سببا في طلب التطليق فاختلال حالة من هذه الحالات يسقط حق المرأة في طلب التفريق وهذا من شأنه أن يزيد من معاناتها، ولنا أن نتساءل إن كان الضرر الذي تطلب الزوجة من أجله التطليق هو مجرد الغيبة أو أنه عدم النفقة؟

[1] بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية ص 141./ و داودي عبد القادر، المرجع السابق، 181.

وما يظهر من خلال منطوق المادة ومفهومها أن الضرر هنا يتعلق بعدم الإنفاق ليس إلا، بدليل لو غاب الزوج عنها ولو من غير عذر ولكنه ترك لها مالا تنفق منه لم يكن لها الحق في طلب الطلاق.

الفرع الثاني: أدلة إثبات الغياب

إذا ادعت زوجة بغياب زوجها لا بد لها من أن تسند دعواها بدلائل، وتتمثل هذه الدلائل في:

أولا ـ الشهادة:

حيث تحضر من يشهد معها أن زوجها قد غاب عنها المدة المحددة في القانون – سنة كاملة- وأن غيابه لم يكن بسبب عذر، وأنه تركها من غير نفقة، فإذا كان الغياب في حد ذاته أمرا ملاحظا يمكن لأي كان أن يشهد بذلك، فإن الأمر الصعب هو جزم الشهود بعذر الغياب أو بترك النفقة أو عدم تركها. وعليه فإن في الأمرين الآخرين أن يتخذ القاضي كل سلطاته التقديرية في إثبات العذر أو نفيه، وكذا في ترك النفقة وعدمها[1].

ثانيا ـ الأدلة الثبوتية:

وهو أن تثبت تاريخ غيابه من خلال سجلات الجمارك عبر الحدود أو المطارات، إن كان سفره خارج الوطن، وكذا الرسائل التي يكون قد بعث بها إلى أهله أو إلى زوجته في فترة غيابه، فختم البريد مثلا يكون شاهدا على تاريخ الإرسال، وكذا من تاريخ مغادرته منصب عمله؛ حيث إن سجلات الغياب داخل المؤسسة أو الشركة تكون شاهدة على أن هذا الشخص لم يحضر إلى مكان عمله منذ المدة التي يكون قد سافر فيها[2].

---

[1] بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية ص 141./ و داودي عبد القادر، المرجع السابق، 333.

[2] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 282 وما بعدها./ عبد العزيز سعد المرجع السابق ص 226 بلحاج العربي، المرجع السابق ص 232./ وعبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 333

المطلب الثاني

مدى سلطة القاضي في التفريق

- **الفرع الأوّل** :

ـ في قانون الأسرة الجزائري.

- **الفرع الثاني** :

ـ موقف القانون المدني الفرنسي من التفريق للغيبة .

الفرع الأول: في قانون الأسرة الجزائري

أولا : المعيار الذي يستند اليه القاضي في سلطته التقديرية

لقاضي الموضوع الذي طرحت عليه الشكوى أن يقدر الضرر الواقع على الزوجة من جراء غياب زوجها بأحد المعيارين:

1 - المعيار الموضوعي:

ويقصد به المعيار الذي يضع ضوابط مادية معينة للشيء المقدر بحيث كلما توفرت تلك الضوابط أصدر القاضي حكمه دون الأخذ في الحسبان الظروف الخاصة للأطراف في الدعوى.

ونجد أن قانون الأسرة، خاصة في هذه المادة (5/53) قد أخذ بهذا المعيار حيث وضع جملة من الشروط والضوابط في حالة إذا ما توفرت يحكم القاضي بالتطليق للزوجة، وهذه المعايير هي:

أ- غياب مدة سنة كاملة.

ب- أن يكون الغياب بدون عذر.

ت- أن يترك الزوجة من غير نفقة[1].

2 : المعيار الشخصي:

ويقصد به المعيار الذي يعتمد على ضوابط شخصية، إذ لا يضع قاعدة عامة تحكم كل الحالات، ولا مقياسا للجميع، بل راعى كل حالة على انفراد وتفاعل مع كل الحالات بمرونة، وبحسب الظروف التي توجد بها.

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 282 وما بعدها./ عبد العزيز سعد المرجع السابق ص 226 بلحاج العربي، المرجع السابق ص 232./ وعبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 333

فإذا كان قانون الأسرة الذي استوحى معظم مواده من أحكام الشريعة الإسلامية لم يأخذ بالمعيار الموضوعي إلا في نطاق ضيق، فإنه بالمقابل أخذ بالمعيار الشخصي، حيث إن القاضي يجب عليه أن يأخذ في الحسبان كل حالة على حدة وأن يبني حكمة على الظروف للمرافقة لكل حالة[1].

ثانيا : الآليات المتبعة في التطليق من طرف القاضي

إن المشرع الجزائري لم يبين في قانون الأسرة ما هي الآليات التي يجب على القاضي اتباعها قبل إجابة المرأة إلى طلبها، إذ لا نجد ثمة تفاصيل في المادة (5/53) بهذا الصدد، وكل ما نطقت به المادة كانت معايير يعتمد عليها القاضي في تحديد صفة الغيبة التي توجب الطلاق، كما أن المشرع أخلط بين الضرر بسبب الغيبة والضرر بسبب عدم الإنفاق لما أضاف النفقة شرطا من الشروط التي تحدد موضوع الغيبة الموجبة للتفرقة[2].

وعلى هذا الصدد التجأت إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 من هذا القانون الذي يقول "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". ولقد اختلف الفقهاء في حق الزوجة في طلب التفريق لغيبة الزوج بين مجيز له ومانع له على النحو التالي :

1- المجيزون له :

قال بهذا الرأي فقهاء المالكية والحنابلة، وسنتعرض لكل منهما بالتفصيل :

أ- مذهب المالكية

قسم المالكية الغائبين عن أزواجهم خمسة أصناف:

[1] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 282 وما بعدها.
[2] عبد العزيز سعد المرجع السابق ص 226 بلحاج العربي، المرجع السابق ص 232.

- غائب لم يترك نفقة ولا خلف مالا ولا لزوجته عليه شرط في المغيب[1]. فهذا إن أحبت زوجته الفراق فإنها تقوم عند السلطان بعدم الإنفاق.

- غائب لم يترك نفقة ولزوجته عليه شرط في المغيب، فهذه مخيرة أن تبقى على عصمة زوجها مع عدم الإنفاق أو أن تقوم بشرطها ولا يضرب لها فيه أجل.

- غائب خلف نفقة ولزوجته عليه شرط في المغيب فهذه ليس لها أن تطلب التفريق وعليها أن تقوم بالشرط، وسواء كان الغائب في هذه الأوجه الثلاثة معلوم المكان أم غير معلوم المكان إلا إن معلوم المكان يرسل إليه إن أمكن.

- غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته عليه في المغيب وهو مع ذلك معلوم المكان فهذا يكتب إليه السلطان إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلا طلق عليه.

- غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته عليه في المغيب، وهو مع ذلك غير معلوم المكان فهذا هو المفقود[2].

وخلاصة المذهب: أن الغيبة تصلح أن تكون سببا في التفريق بطلاق إذا طلبت الزوجة ذلك ضمن شروط ثلاثة:

- أن تكون مدة غيبة الزوج سنة فأكثر.

- أن تخشى الزوجة علة نفسها الزنا، وتصدق إذا طالت المدة سنة فأكثر.

- الكتابة إلى الزوج الغائب إن علم مكانه وأمكن الوصول إليه بأن يحضر أو تحضر إليه زوجته وإلا طلق القاضي عليه وهذا في حال وجود النفقة،

---

[1] أي أنها اشترطت إذا غاب تطلق نفسها.

[2] محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 2، ص 385-293./ والزرقاني، الشرح على الموطأ، المرجع السابق، ج 3 ص 199.

أما في حال عدمها فالقاضي يطلق عليه حالا لعدم النفقة[1].

ب-مذهب الحنابلة

إذا علم خبره ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله فلها أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه. فالزوج إذا غاب عن زوجته ستة أشهر يحق لزوجته طلب التفريق منه بعد مراجعتها الحاكم وطلبها منه إقدام زوجها فيكتب إليه الحاكم بواسطة حاكم البلد الذي يقيم في الزوج يستدعيه للقدوم، فإن لم يقدم وقدم معذرة مشروعة قبلها الحاكم منه، وإن لم يقدم عذرا مشروعا مقبولا لعدم رجوعه وطلبت الزوجة التفريق أجابها الحاكم وفسخ نكاحها[2] ، وفي هذا يخالفون المالكية الذين يرون أن الفرقة تكون بطلاق[3].

2- المانعون له :

قال بهذا الرأي باقي الفقهاء وسنتعرض لكل منهم بالتفصيل:

أ- مذهب الشافعية : لا تصح غيبة الزوج أن تكون سببا في طلب المرأة التفريق، جاء في كتاب الأم للشافعي: "وكذلك عندي امرأة الغائب أغيبة كانت مما وصفت أو لم أصف لا تعتد امرأته ولا تنكح أبدا حتى يأتيها يقين وفاته ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته[4].

ب - مذهب الظاهرية

لا يجوز عندهم التفريق للغيبة أيا كانت. يقول ابن حزم: "فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبة ولا إيجاب عدة ممن لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره[5].

---

[1] محمد عليش، المرجع نفسه، ج2، ص 385-293./ و الزرقاني، المرجع نفسه، ج3، ص 199 .
[2] ابن قدامة، المغني ، المرجع السابق، ج 8، ص 112.
[3] ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد ولد ماديك، ج1 ، دار الهدى، القاهرة، 1979، ص 500. /وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 231.
[4] الشافعي، الأم ، المرجع السابق، ج5، ص 346-348
[5] ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج 9، ص 316-226.

ج- مذهب الجعفرية

لا تصلح الغيبة وحدها أن تكون سببا للتفريق فقد جاء في المفصل عن فقه الجعفرية: "إذا غاب الزوج ولم يكن له مال تنفق منه الزوجة ولا متبرع بالإنفاق عنه فإن عرف مكانه أرسل إليه الحاكم إنذارا بأن يرسل إليها النفقة أو يحضر إليها أو يطلبها إليه أو يطلقها مختارا ويضرب له أجلا يتناسب مع مقتضى الحال فإن تمرد على ذلك كله طلقها الحاكم"[1].

تعقيب:

وما قيل في زوجة المفقود يمكن أن يقال هنا في حال الغيبة وعدم الوطء، فكل الآراء التي ساقها الفقهاء لا تعتمد على أصول معينة ثابتة وإنما اجتهاد من عندهم قياسا على الأحكام المنصوص عليها كالإيلاء أن يمسك الرجل زوجته أكثر من أربعة أشهر فلذلك قال الحنابلة في حق الزوجة التي امتنع عنها زوجها أن يأتيها كل أربعة أشهر وقضاء عمر في المقاتلين عندما أمرهم أن يعودوا إلى بيوتهم كل ستة أشهر بعد سماعه تلك المرأة التي اشتكت فراق زوجها وسؤاله ابنته حفصة رضي الله عنها أن المرأة يمكنها البعد عن زوجها حوالي ستة أشهر فقضى عمر رضي الله عنه بذلك وكان هذا اجتهادا وقضاء منه، فقاس بعض الفقهاء فقالوا إن امتنع عنها مدة ستة أشهر جاز رفع أمرها للقضاء. و في امرأة الغائب مدة سنة، وهكذا. ويمكن للفقهاء في هذا العصر أن يقضوا بما يتناسب مع واقعنا وينهجوا النهج الذي سار عليه الصحابة والتابعون في الدقة والاجتهاد لئلا يلحقوا الضرر بالجانبين جانب الزوج وجانب الزوجة. ويجب أن يكون الشرع هو الحكم في هذه المسائل لأن غالبا تكون النساء مقيدات بقيود أخرى والتي لا تكون بالضرورة متماشية مع الشريعة كالعادات والتقاليد فيلحق بها ضررا لا يتحمله عنها أحد سواها.

[1] زيدان ، المفصل في أحكام المرأة...، المرجع السابق، ج 8 ، ص 464.

الخلاصة:

من خلال ملاحظتنا لأحكام الشريعة الإسلامية في هذه الحالة التي تبين مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، والتي لم يفصل فيها قانون الأسرة الجزائري إلا بمادة وحيدة كانت مجملة ومقتصرة على بيان المعايير التي يعتمد عليها القاضي في تحديد صفة الغيبة التي توجب الطلاق، مغفلا جانبا مهما في هذه الحالة - كما قلنا- فيما يتعلق بالآليات المتبعة من طرف القاضي قبل إجابة المرأة إلى طلبها التطليق، الجانب الذي اهتم به بعض أشقاءنا المشرعين في المشرق العربي كالمشرع المصري الذي أخذ في هذه النقطة من أحكام الشريعة الإسلامية ونلحظ هذا بجلاء في المادة 12، 13 من قانون 25 سنة 1929.

تنص المادة (12) على أنه: " إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

وتنص المادة (13) على أنه: "إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له أجلا وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بتطليقه بائنة وأم لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل"[1].

فمن خلال هاتين المادتين نفهم أن المشرع المصري قد اعتمد في صياغتهما على فقهي المالكية والحنابلة حيث أخذ المدة الزمنية في تحديد الغيبة الطويلة – مدة سنة – من الفقه المالكي، واشتراط العذر في الغيبة من الفقه الحنبلي.

ومفهوم الغائب في هذين النصين هو انتقال الزوج من بلده إلى غير بلده وإقامته فيه، أو رحيله إلى مكان مجهول.

[1] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها و قضاءا" الزواج "، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، 1404ه-1984م، ص 353.

ويشترط في الغائب أن تطول غيبته لأكثر من سنة، وأن تتضرر الزوجة من بعده عنها ولو كان مجهول مكان الإقامة طلق عليه القاضي[1]، وهذه الخطوات هي نفسها التي اتخذها الفقه المالكي مما يؤكد أن المادة صيغت بناء على الفقه المالكي، وهذا هو الجانب الذي أغفله المشرع الجزائري ولذا كان من الأفضل صياغتها بطريقة دقيقة حتى يُتجنب القراءات المختلفة والمتضاربة.

[1] محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الاسلامي، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، ص 270.

الفرع الثاني : موقف القانون المدني الفرنسي من التطليق للغيبة

أولا ـ التكييف القانوني للحالة :

لقد حذا المشرع الفرنسي حذو المشرع الجزائري بإدراجه هذه الحالة في الحالات التي يفرق فيها القاضي بين الزوجين، وهذا ما يجده القارئ المتمعن أحكام هذه الحالة حين تفحصه البند 212 من القانون المدني الفرنسي السابق الذكر الذي ذكر فيه المشرع الفرنسي مميزات هذا النوع من الطلاق الذي يسمى الطلاق بسبب الغلط (le divorce pour faute)، والذي يعطي للقاضي سلطة في النظر في هذه الحالة ووضع حد للضرر إن وجد على أحد الطرفين.[1]

و ما يلاحظ على مضمون هذه الفقرة من خلال الأمور التي تؤدي إلى حدوث هذا النوع من الطلاق هو ترك بيت الزوجية (l'abandon du domicile)، وهذا ما يسمى عندنا بالتفريق للغيبة، فقط الفرق بين القانونين يتمثل في أنه في قانون الأسرة الجزائري، التطليق للغيبة يكون في حالة غياب الزوج وتتضرر منه المرأة، وتطلب التطليق من القاضي لأنه ليس بيدها أمر الطلاق على عكس إذا غابت هي فللزوج سلطة الطلاق بيده، أما في القانون المدني الفرنسي ، فهذه الحالة (التطليق للغيبة) تكون في حالة غياب أحد الطرفين. فكلاهما يتضرر، والمتضرر يرفع أمره إلى القاضي الذي ينظر في هذا الضرر ويضع حدا له ان وجد عن طريق التفريق خاصة عند استحالة مواصلة العشرة الزوجية[2] .

[1]- Dominique fenouillet, droit de la famille, page 140./ Frédérique garanet-Lambrechts et patrice hilt, droit de la famille, page140.

[2]- Norbert Rolland, droits et sociétés dans le monde arabe, page 66. / Christine Jama, droit de la famille des femmes françaises et magrébines, page 165

ثانيا ـ مدى سلطة القاضي في التفريق :

إن في هذه الحالة من حالات هذا النوع من الطلاق، وهو الطلاق بسبب الغلط، ومنها حالة ترك بيت الزوجية (l'abandon du domicile)[1] وما يسمى عندنا بالتفريق للغيبة إن وجدت واعتبرت خطئا في حق الطرف المتضرر من غياب الآخر، فالقاضي لكي يصدر الطلاق – كما قلنا سالفا – عليه أن يتحقق بأن هذه الغيبة غير مبررة، فان غاب أحد الطرفين عن البيت و خرج منه بسبب عنف الطرف الآخر يعني أن غيبته كانت بسبب خوفه على نفسه، ففي هذه الحالة القاضي لا يستطيع أن يتدخل للتفريق، أما اذا انعدم هذا الشرط الذي حدده المشرع الفرنسي بحيث كانت الغيبة غير مبررة فللقاضي السلطة الكاملة في وضع حد لهذا الضرر، وتحرير الطرف الآخر المتضرر من هذه العلقة الزوجية التي أصبحت مستحيلة وهذا ما ينطبق على حالة François و Patricia بحيث هجرت هذه الأخيرة بيت الزوجية منذ ثمانية أشهر بعد خلافات مستمرة بينها و بين زوجها سببها عدم المفاهمة حول مواضيع مختلفة، وفي مدة القطيعة تعرف François على امرأة أخرى و طلب الطلاق لكي يتزوج من هذه الأخيرة ، وبعد إجراءات الطلاق حكم القاضي بالطلاق بسبب الخطأ [2] .

[1] Allison Fiorentino - Marie hascoët, ouvrage passé, page 129. / Mikael Benillouche, ouvrage passé, page 120-121. / Christine jama, droit de la famille des femmes françaises et magrébines, page 165

[2]- Catherine marie et Anne Cathelineau-roulaud, ouvrage passé, p 229. /jean garrigue, ouvrage passé, page 189./guide de vos droit – famille, le particulier édition, ouvrage passé, page 219./ le guidec Raymond, ouvrage passé, page 189. /

المبحث الثالث

التفريق للحبس

- **المطلب الأوّل** :

- مفهومه و نوعه.

- **المطلب الثانـي** :

- أحكام التفريق للحبس.

تمهيد :

الزوج بشر يصيب ويخطئ، ومن الأزواج العاصي والمطيع، ومنهم الخيّر والشرّير، فليس كل الأزواج على نمط واحد، ولا يحملون صفة واحدة، ولذا نجد من الأزواج من يرتكب المعصية ويقترف الجريمة فيعاقب عليها، فهنا يجب ألا تضار زوجة بجرائم زوجها، خاصة أن بعض العقوبات ما تكون قاسية قد تحرم الزوج من حريته سنوات عديدة، كما أن هذه الجريمة يمكن أن تلحق الخزي والعار بالأسرة فكيف تتصرف هذه الزوجة في مثل هذه الحالة اتجاه زوجها المجرم المحكوم عليه بعقوبة معينة؟ هل تصبر على الأذى الذي لحق بها وبأسرتها، فتنتظر أن يكمل عقوبته أم تطلب الخلاص من هذه العلاقة التي جنت عليها بتلطيخ سمعة أسرتها، وبحرمانها من عشرة معتادة مع زوجها؟ سنعرف الجواب من خلال هذا المبحث

المطلب الأول

مفهومه و نوعه

- **الفرع الأوّل** :

ـ تعريف الحبس.

- **الفرع الثانى** :

ـ نوعية الحبس.

الفرع الأول : تعريف الحبس

أولا- لغة: الحبس ضد التخلية، وبابه ضرب، واحتبس بمعنى حبسه بنفسه يتعدى ويلزم والحبسة: بالضم الاسم من الاحتباس يقال: احبس فرسا في سبيل الله أي وقف[1].

في حديث الحديبية: حبسها حابس الفيل[2].

والحبس السجن قال سبحانه وتعالى: **(**قال ربّ السّجن أحبّ إليّ ممّا يدعونني إليه**)** [يوسف 33] .

ثانيا- في اصطلاح القانون:

فالحبس هو: "وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية للمدة المحكوم بها عليه"[3].

بينما السجن فهو "وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة"[4].

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج4، ص 14./ والرازي، مختار الصحاح، ص 76.
[2] البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب وكتابة الشرط، 974/2، رقم: 2731-2732.
[3] جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 62/3.
[4] جندي عبد المالك، المرجع نفسه، ج3، ص 61.

الفرع الثاني : نوعية الحبس

والحبس ينفذ كعقوبة أصلية في حالة ارتكاب مخالفة أو جنحة بينما السجن ينفذ كعقوبة عندما يرتكب الجاني جناية، حسب ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون العقوبات رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982 على:

"العقوبات الأصلية في مادة الجنايات.

1- الإعدام.

2- السجن المؤبد.

3- السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس سنوات وعشرين سنة.

والعقوبات الأصلية في مادة الجنح هي:

1- الحبس مدة لا تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى.

2- الغرامة التي تتجاوز 20000 دج.

العقوبات الأصلية في مادة المخالفات هي:

1- الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر.

2- الغرامة من 2000 دج إلى 20000 دج."[1]

إن قانون الأسرة الجزائري رقم 05-02 لم يخص عقوبة الحبس بالذكر كما فعلت معظم قوانين البلاد العربية خاصة القانون المصري لما نص في المادة (14) من قانون رقم 25 سنة 1929 على: "أن لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق

[1] قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم رقم 82-04 ، ص 1- 3.

عليه بائنا للضرر ولو كان له مالا تستطيع الإنفاق منه"[1]، ولكن يمكن استنباط ذلك من مفهوم المادة (4/53) حيث نصت على:

" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية".

[1] صالح الحنفي، قضاء الأحوال الشخصية (نفسا ومالا)، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، ص 189.

المطلب الثاني

أحكام التفريق للحبس

- **الفرع الأوّل** :

شروط الحبس الموجب للتطليق وتقدير الضرر.

- **الفرع الثاني** :

ـ موقف القانون المدني الفرنسي من التطليق للحبس.

الفرع الأول : شروط الحبس الموجب للتطليق و تقدير الضرر

فمن خلال عبارة نص المادة (04/53) من قانون الأسرة الجزائري وإشارته يتبين لنا الشروط التي حددها القانون للمرأة لكي يحث لها أن تطلب الطلاق وهذه الشروط هي:

أولا- شروط الحبس الموجبة للتطليق

1- صدور حكم قضائي نهائي[1]

لابدّ للزوجة التي تطلب من المحكمة التطليق من زوجها أن تثبت بالطرق القانونية أن زوجها الذي تريد التطليق منه ، قد ارتكب جريمة، وأنه صدر في حقه حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقتضي فيه، أي لم يعد قابلا للطعن سواء بالطرق القانونية العادية أو غير العادية، و اشترط القانون أن يكون الحكم نهائيا لأنه قد يكون المتهم بريئا فيثبت ذلك بعد استعمال حقه في الطعن فلا تطلق عليه زوجته ظلما.

2- أن يكون الفعل جريمة[2]

وهنا المشرع لم يحدد إن كان يقصد جميع أقسام الجريمة أو يقصد قسما بعينه؟ وما هو القسم الذي يقصده تحديدا؟ هل هو الجناية أم الجنحة أم المخالفة؟، فإطلاق الجريمة بهذا الشكل يجعل منها مصطلحا فضفاضا يحتاج لتحديد، خاصة وأن كل قسم من أقسام الجريمة المحددة في المادة (27) من قانون العقوبات لها عقوبة محددة حيث بينت المادة (05) من القانون العقوبات المقدرة: حيث إن عقوبة

---

[1] إبتسام القرّام، المصطلحات القانونيّة في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، ص 168.

[2] الجريمة: لغة: الجريمة من فعل جرم، والجُرم الذنب تقول منه (جَرَم) و (أَجرَم) و (الجرم) بالكسر الجسد و (جَرم) أيضا كسب وبابهما ضرب وقوله سبحانه وتعالى: (إنّ الّذينَ أجرَموا كانوا من الّذين آمَنوا يَضحَكونَ) [سورة المطففين الآية: 29] {الرّازي، المرجع السابق، ص 73}.
وعرفها قانون العقوبات الجزائري بأنها: "كل فعل يمنعه الشرع عن طريق العقاب إذا لم يكم استعمالا لحق أو أداء لواجب". {إبراهيم الشباسي، الوجيز في قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الشركة العالمية للكتاب ش م ل، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ص 37}.

الجناية هي الإعدام والسجن المؤبد والسجن المؤقت الذي يبدأ من خمس سنوات إلى عشرين عاما.

أما العقوبة المقررة للجنح فهي الحبس لمدة تزيد عن شهرين إلى خمس سنوات أو الغرامة التي تزيد عن ألفي دينار جزائري، بينما العقوبة المقررة للمخالفات فهي الحبس لمدة يوم على الأقل وإلى مدة شهرين على الأكثر أو الغرامة من 5 دينار إلى 2000 دينار جزائري[1].

وبالتالي فهل يعني هذا أن المشرع جعل أثر العقوبة المطبقة على الزوج في المخالفة والجنحة هو نفسه في العقوبة المطبقة على الزوج في الجناية في إعطاء المرأة حق طلب التطليق خاصة وأن العقوبتين الأوليين لا تؤثران بشكل كبير على مواصلة العشرة والحياة الزوجية على خلاف ما هو عليه الحال في العقوبة المطبقة في الجنايات، والتي تكون من (05) سنوات فأكثر؟

3- أن يكون في الجريمة مساس بشرف الأسرة:

حيث أن المرأة التي تريد أن تطلب التطليق من المحكمة في جريمة اقترفها زوجها، لابد أن تكون هذه الجريمة قد مست بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها، حيث تتضرر الأسرة من جراء هذا الفعل الذي قام به الزوج، مثل جريمة الاعتداء على أموال الناس أو أعراضهم بالاغتصاب والهتك وغيرها، والمساس بشرف الأسرة هو ضرر معنوي يقع عليها، وليس له معيار محدد إذ يختلف من أسرة إلى أخرى حسب منزلة هذه الأسرة فمن الأسر الشريفة والوضيعة، الغنية والفقيرة وغيرها، ولذا لا يعرف مدى الضرر اللاحق بالأسرة إلا الزوجة، والمقصود بالأسرة هنا، أسرة الزوجين وأقاربهما[2].

---

[1] قانون العقوبات الجزائري.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 295.

4- استحالة مواصلة العشرة الزوجية:

لا يكفي الزوجة لكي تطلب الطلاق أن يحكم على زوجها نهائيا، وأن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، بل لابدّ أن تثبت أن هذه العقوبة التي سلطت على زوجها إضافة إلى الشروط السابقة، أنه يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية المبنية أساسا على المحبة و المودة والاستقرار والاطمئنان، فتتبدل هذه الصفات إلى النقيض بسبب هذا الحكم وآثاره، فيتحول الحب إلى بغض وكراهية، والوفاق إلى اختلاف، والسعادة والهناء إلى شقاء، فتصبح هكذا الحياة الزوجية كلها على فوهة بركان وجحيم لا يطاق، فعندئذ وباجتماع كل هذه الشروط دفعة واحدة تستطيع الزوجة أن ترفع دعوى الطلاق بعد ما تثبت هذه الأمور بداية من الحكم القضائي الذي تستخرجه من المحكمة أو وثيقة من السجن الذي يقبع فيه زوجها تثبت بها أنها محكوم عليه، وللقاضي أن يحكم لها بذلك، وهذا القيد الأخير الذي أوردته الفقرة الرابعة (4) من المادة (53) يقيد لنا لفظ الجريمة ويحصره لنا في نوع محدد ألا وهو الجناية، لأنها هي النوع الوحيد من ثلاثة أنواع التي تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية؛ لأن بعد الزوج عن زوجته في فترة قضاء العقوبة من خمس سنوات فأكثر يعتبر هذا البعد في حد ذاته ضررا لا بد من إزالته ورفعه عن المرأة، فكيف إذا انضم إليه تشويه سمعة العائلة واشتد الشقاق والخصام بين الزوجين بسبب هذا الحكم؟

ولعل نفس المادة من قانون 84-11 قبل أن يعدل بقانون 05-02 كانت صياغتها أحكم وأوضح من هذه المادة التي بين أيدينا حيث نصت 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 ومواصلة العشرة والحياة الزوجية".

فنلاحظ أن العقوبة قد استبدلت بالجريمة في قانون 05-02 وحذفت كلمة شائنة نهائيا إضافة إلى تحديد سنة فما فوق في العقوبة المسلطة على الزوج. ونلخص الشروط الواردة في المادة (53/') من قانون الأسرة:

- صدور حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقتضي فيه.

-أن تكون العقوبة مقيدة للحرية.

-أن تكون مدة الحبس أو السجن سنة فما فوق.

-أن تكون العقوبة المحكوم بها على الزوج مشينة.

-أن يكون في هذه العقوبة مساس بشرف الأسرة.

-استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية[1].

ثانيا- تقديرالضررالحاصل على المرأة

1- الضرر الحاصل على المرأة

من خلال تحديدنا للشروط الواردة في المادة (4/53) نجد أن المشرع قد علق إجابة القاضي لطلب المرأة للطلاق على توفر جميع هذه الشروط فتخلف أحدها يسقط حق الزوجة في طلب التطليق وهذا تضييق على الزوجة ؛ لأن الضرر الحاصل للمرأة ليس بمجموع هذه الشروط، بل قد يكون بأحدها، وبالتالي فمن حقها أن تطالب برفع الضرر عنها لأن "الضرر يزال" فقد يكون هذا الضرر واقعا:

- بسبب ارتكاب الجريمة من طرف الزوج إلحاق الأذى المعنوي بأسرة الزوجة فيكون لها الحق في التطليق.
- أن يكون بعد الزوج عن الزوجة لمدة طويلة كسنة أو أكثر، فخافت على نفسها الزنا ضررا لابد من رفعه عنها من طرف القاضي، والضرر هنا مجرد الخشية على نفسها من الوقوع في الفاحشة.

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 266.

- تحول مشاعر الرحمة، المحبة والمودة إلى مشاعر العداء والبغض والكراهية بسبب تداعيات حكم القضاء فتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، فتتضرر بذلك الزوجة فيكون لها حق طلب الفرقة عن زوجها.

2- تقدير القاضي للضرر:

للقاضي في هذه الحالة أن يجمع بين معيارين الموضوعي والشخصي لإصدار حكمه. فالموضوعي يتمثل في وجوب توفر الشروط التي أوردتها المادة (4/53) بمجموعها كاملة غير منقوصة حتى يتسنى له إجابة المرأة في دعوى التطليق، أما المعيار الشخصي فيدخل في كل خطوة من الخطوات المذكورة سابقا في إثبات ارتكاب الجريمة عن طريق الحكم الصادر إلى غاية تقدير مدى مساس هذه الجريمة بشرف الأسرة وكرامتها، وله سلطة التقدير في كل شرط من هذه الشروط من حيث وجوده أو عدمه ليخلص في الأخير إلى الحكم بالتطليق أو بعدمه[1].

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 294، 295./ و عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، 266، 267./ وداودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 334./ و باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 42 الى 45.

الفرع الثاني : موقف القانون المدني الفرنسي من التطليق للحبس

أولا ـ التكييف القانوني للحالة:

لقد أدرج المشرع الفرنسي هذه الحالة تحت ما يسمى بالطلاق بسبب الغلط الذي ذكرناه سابقا

(le divorce pour faute)، وجعلها سببا آخر يؤدي إلى هذا النوع من الطلاق، وهي إدانة أحد الطرفين بسبب إحداث جريمة في المجتمع تؤدي إلى حبسه (la condamnation a une peine criminelle). إذن فيمكن لأحد الزوجين أن يطلب الطلاق اذا قام الثاني بجريمة في المجتمع حسب البند 131 من قانون العقوبات الفرنسي.[1]

وفي هذه الحالة التي تنطوي تحت حالات الطلاق بسبب الغلط (le divorce pour faute)، فان الطرف الذي رفع في حقه طلب التطليق من القاضي، يمكنه سواء أن يحاول رفض الطلاق، كما أنه له الإمكانية في تكذيب ما اتهم به من الأفعال و الأقوال، ويمكنه على سبيل المثال أن يناقش الدلائل التي قدمت في حقه و يمكنه مناقشة هذه الدلائل في النتائج المترتبة عنها.[2]

---

[1] -Art131 « Les peines criminelles encourues par les personnes physiques sont :

-La réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité ;

-La réclusion criminelle ou la détention criminelle de trente ans au plus ;

-La réclusion criminelle ou la détention criminelle de vingt ans au plus ;

-La réclusion criminelle ou la détention criminelle de quinze ans au plus.

-La durée de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à temps est de dix ans au moins. »

[2]- Brigitte hess-Fallon et Anne-Marie Simon, droit de la famille, page 147./ pascale guiomard, code civil, 390. / Le guidec Raymond, ouvrage passé, p 189

ثانيا ـ مدى سلطة القاضي في التفريق للحبس

انه طبقا لقانون 26 ماي 2004 فان هذا السبب - إحداث جريمة في المجتمع تؤدي إلى الحبس- ليست بمثابة سبب قوي ولا أولي يؤدي بالقاضي إلى التفريق بين الزوجين تفريقا قضائيا، وأن القاضي لكي يصدر الطلاق يجب عليه أن يدرس القضية من جميع جوانبها كما أنه يقوم بمحاولة للإصلاح بين الزوجين، وبعد الطلاق فان القاضي يؤمن الانسجام التام بين الزوجين، كما يجب عليه أن يوفر في الواقع حكما تصديقيا، وكذا إصدار حكم الطلاق حسب ما نص عليه البند 250 من القانون المدني الفرنسي في الجزء الخاص بحقوق العائلة [1]. في حالة ما إذا رأى القاضي بأن الاتفاقية النهائية لا تحترم ولا تخدم بطريقة كافية فائدة الأطفال، أو أنها لا تخدم فائدة أحد الزوجين فان القاضي يمكنه أن لا يصدر حكم الطلاق. هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب على القاضي – قبل أن يمارس سلطته في التفريق – أن يأخذ بعين الاعتبار الخطوات التي يقوم بها الطرف الثاني للدفاع عن نفسه، لكن دائما في إطار هدف أن يتفادى القاضي إصدار حكم الطلاق، كما أن الطرف الثاني يمكنه طلب الصلح إذ يقوم القاضي باستدعاء كلا الطرفين إلى الصلح، وفي حال أن الزوجين اصطلحا فهذا يسقط الطلاق، والمصالحة بين الزوجين لا تتمثل في العلاقة الزوجية كما كانت في السابق بل إنها تتمثل في أن الزوج المتضرر يقوم بالعفو عن الطرف الثاني، فيمكن أن يكون الطرف الذي طلب الطلاق هو الآخر قد قام بأخطاء جسيمة خلال الحياة الزوجية، لأنه عادة ما تكون الأخطاء متبادلة[2].

---

[1]- Art250 «La demande en divorce est présentée par les avocats respectifs des parties ou par un avocat choisi d'un commun accord.

Le juge examine la demande avec chacun des époux, puis les réunit. Il appelle ensuite le ou les avocats

[2]- Allison Fiorentino - Marie hascoët, ouvrage passé, page 129. / Mikael Benillouche, ouvrage passé, page 120-121./ Catherine marie et Anne Cathelineau-Roulaud, , ouvrage passé, page 229.

المبحث الرابع

التفـــريق للفقد

- **المطلب الأوّل** :

- مفهومه .

- **المطلب الثانـى** :

- الموقف التشريعي من التطليق للفقدان.

المطلب الأوّل

مفهومـــــه

- **الفرع الأوّل** :

ـ تعريفه وأقسامه .

- **الفرع الثانـي** :

ـ الحكم الشرعي للتطليق للفقد .

الفرع الأول : تعريفه و أقسامه

قبل التعرض لأقسام المفقود ينبغي التعرض للتعريف من الجانب اللغوي في نقطة أولى ثم تعريفه من الجانب الاصطلاحي.

أولا : تعريفه

1- لغة:

يقال فقد الشيء يفقده فقدا أي ضاع، و فقدان الزوج هنا ضياعه و عدم معرفة حال[1]2.

وفقده فقدا وفِقدان (بكسر الفاء وضمّه) وفقودا و افتقده أي غاب عنه وعدمه. ويقال: " ما افتقدته منذ افتقده " أي ما تفقدته منذ تفقدته. أفقده أعدمه إيّاهن و تفقّده و افتقده أي طلبه عند غيبته. ويقال كذلك الفاقد أي التي مات زوجها ولدها[2]. والعرب تقول لا تتزوجنّ فاقدا وتزوج مطلّقة، و يقال: أفقده الله كلّ حميم، ويقال أيضا: مات فلان غير فقيد ولا حميد، أي غير مُكترَث لفقدانه[3].

2- اصطلاحا:

المفقود اصطلاحا وصف يطلق على شخص غاب عن بلده ولا يُعرف خبره أهو حيّ أم ميّت. عرّفه بعض الفقهاء بأنّه غائب لم يُدرَ موضعه وحياته وموته، وأهله في طلبه يجدّون، وقد انقطع عنهم خبره وخفي عنهم أثره. فبالجد قد يصلون إلى المراد وربّما يتأخر اللقاء إلى اليوم التناد[4]. ويعني أن أهل المفقود لا يعرفون حياته يقينا ولا

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 3443.

[2] الكفوي (أبوا البقاء الكفوي)، المنجد في اللغة و الأدب و العلوم، دار المشرق، ط27، بيروت، ص 622.

[3] ابن منظور، المرجع السابق، ص 3444.

[4] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الاسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، الإسكندرية، ص 16

موته يقينا، وهم في بحثهم يريدون التحقق من حياته أو موته، وقد يصلون إلى النتيجة أو يتعذّر عليهم ذلك.

عرّفه آخرون بأنّه الغائب الذي لا يدرى حياته ولا موته. وقد قالوا في تعريف الغائب" وهو كل من تغرّب عن أهله و وطنه سواء كان ذلك في طلب تجارة أو طلب علم أو حج أو عمرة أو جهاد أو غزو أو غير ذلك، عُلم حاله ومكانه أو جهل ذلك".

يظهر من هذا التعريف أنّه يشمل كل الغائبين. وعندما نقول أنّ المفقود هو الذي لا يدرى حياته ولا موته يدخل فيمن علم حالهم ومكانهم أو جهل ذلك، والمفقود جهل حاله وربّما مكانه، ويقصد بحاله أي حياته أو موته. وعبارة يدرى يقصد بها أهله وكذلك السلطان بأنّهم المأمورون شرعا بالبحث عنه.

أمّا عبارة حياته ولا موته أي لا يعلم علم اليقين أنّه على قيد الحياة أو فارقها، ويعني هذا أنّ مناط اعتبار الشخص مفقودا هو حياته أو موته لا جهل مكانه، وبالتالي فالأسير مفقود رغم العلم لكن لا يدرى أحيٌ هو أو ميت[1].

ثانيا : أقسام المفقود

يوصف الشخص بأنّه مفقود باعتبار الغيبة التي غابها وظروفها وكذلك باعتبار المكان الذي فُقد فيه[2].

1- أقسام المفقود باعتبار الغيبة:

أ- مفقود في غيبة ظاهرها السلامة، كالأسير والمسافر للحج أو العمرة أو لطلب العلم والتجارة...

ب- مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك، أية يغلب على الظنّ موته، كمن فُقد في قتال كالحروب الأهلية أو الحرب العالمية، أو كمن فقد في أرض عمّها القتال كحرب

[1] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، احكام المفقود في الشريعة الأسلامية، المرجع السابق، ص 16.
[2] الكاساني، المرجع السابق،ج8، ص 313./ و أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، المرجع السابق، ص 351.

الخليج أو غزو والعراق أو ثروة التغيير في ليبيا، أو كمن فقد في سفينة غرق غالبية ركابها، أو كمن فقد في زلزال أو فيضان إلى غير ذلك.

2- أقسام المفقود باعتبار المكان المفقود فيه:

أ- المفقود في أرض الإسلام حال الأمن كمن سافر للتجارة أو العلم أو السياحة.

ب- المفقود في أرض الإسلام حال الفتنة، أو الكوارث الطبيعية أو الحوادث.

ج- المفقود بأرض العدو في حالة الحرب.

د- الأسير الذي تُعلم حياته ثم تنقطع أخباره فلا يعلم أهو حي أو ميت.

الفرع الثاني : الحكم الشرعي للتطليق للفقدان

قبل أن نتطرق لحكم طلب التطليق للفقدان ينبغي أولا الإشارة إلى حكم المفقود شرعا وأثره على غيره، ثم نتعرض لموقف الفقهاء من التفريق به.

أولا : حكم المفقود شرعا

المفقود عند الحنفية ومن وافقهم حيّ في حق نفسه حتى لا يقسّم ماله بين ورثته، ميت في حق غيره حتى لا يرث هو إذا مات أحد من أقربائه، لأنّ توريث الشخص لا يتم إلاّ بعد التأكد من وفاته، وليس الحال كذلك بالنسبة للمفقود. وكذلك لا يرث المفقود الشخص المتوفي إلاّ إذا كان حيا بالتأكيد والحال ليس كذلك بالنسبة له.

إنّ ثبوت الحكم بحياة المفقود يكون لانعدام الدليل المزيل لهذه الحياة، ولهذا يكون المفقود حيا في بقاء ماله على ما كان، وفي الامتناع عن تقسيم ماله بين ورثته لإبقاء ما كان على ما كان. أمّا بالنسبة لمال غيره فلم تثبت حياته لأنّ توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثباتا له ولأنّ حياته باعتبار الظاهر، والظاهر حجّة لدفع الاستحقاق.(أي لا يرثه أحد لأنّ هذا الظاهر يدفع استحقاق الغير لماله). وليس بحجّة الاستحقاق، أي لا يستحق به ميراث غيره. فهذا الظاهر يدفع استحقاق غيره في ماله ولا يستحق به ميراث غيره. لهذا قيل أنّ الظاهر حجّة لدفع الاستحقاق وليس للاستحقاق[1].

هذا هو مغزى علم الفقهاء وبتعبيرهم الفقهي فإنّ سبب ذلك أنّ ثبوت حياة المفقود إنّما جاء باستصحاب الحال، لأنّ حياته كانت معلومة، فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه[2].

---

[1] احمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق و آثارهما، المرجع سابق، ص 335.

[2] الاستصحاب من المصادر التبعية للفقه الإسلامي، و الاستصحاب لغة هو المصاحبة و استمرار الصحبة، واستصحبت ما كان في الماضي أي جعلته مصاحبا إلى الحال. أمّا في الاصطلاح الأصولي فإنّ هذه الصحبة تنتقل إلى الحكم، فيصحّ الاستصحاب معناه استبقاء الحكم الذي بت بدليل في الماضي قائما في الحال حتى يوجد دليل تغيره، أو هو استدامة إثبات ما كان ثابتا أو نفي ما كان منفيا، أو هو بقاء الأمر على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيره. نقلا عن بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992./ عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط7، مؤسسة الرسالة، 1998، ص 267.

و استصحاب الحال معتبر في إبقاء ما كان على ما كان، غير معتبر في إثبات ما لم يكن ثابتا. وفي الامتناع عن قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان، وفي توريث المفقود من غير إثبات أمر لم يكن ثابتا له، وهذا رأي الحنفية الذين قالوا بالاستصحاب حجّة في الدفع لا في الإثبات.

أمّا الشافعية و الحنابلة فيقولون بحجيّة الاستصحاب دفعا و إثباتا. دفعا أي يدفع استحقاق غيره في ماله، وإثباتا أي يستحق ماله في مال غيره. فعندهم المفقود تثبت حياته وله حكم الأحياء تماما فلا تزول عنه أمواله، ولا تبين من زوجته، ويستحق نصيبه من الميراث إذا مات مورثه قبله، وكذا يستحق نصيبه من الموصى له[1].

ثانيا : رأي الفقهاء في التفريق للفقد

اختلف الفقهاء و تباينت آرائهم بالنسبة لطلب الزوجة التفريق عن زوجها المفقود، فمنهم من أعطاها هذا الحق و منهم من خالف ذلك.

1- الرأي القائل بعدم التفريق لفقدان الزوج إلاّ بعد وقت تقديري طويل لحياته:

وبهذا قال الشافعية و الحنفية وكذلك الحنابلة و المالكية في بعض حالات الفقدان. و سأقتصر على رأي الشافعية و الحنفية في هذه النقطة لأنّ حكمهم واحد في كل حالات الفقدان.

يرى الحنفية أنّه لا يجوز التفريق بين المفقود وزوجته لأنّهم- كما سبق القول- يعتبرونه حيا في حق نفسه ميتا في حق غيره. أي انّه يجري عليه حكم الأحياء فيما كان له فلا يورّث ماله ويعتبركأنّه حي حقيقة. فلا يجوز إذا التفريق إلاّ إذا بلغ التسعين من عمره، او مات أقرانه، و إلى نفس الأمر ذهب الشافعية[2]، أي عدم جواز التفريق لفقدان

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 269.

[2] الكاساني، ج8، المرجع السابق، ص 313./ و السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج11، ص 35./ وعبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 2001، ص 163./ و محمود محمد علي، الطلاق بين الاطلاق و التقييد في الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1971، ص 357 في الهامش.

الزوج حتى يثبت موته ا، طلاقه، أو تمضي المدّة التي تغلب الظن وفاته فيها كالسبعين و الثمانين والتسعين. واشترطوا إضافة إلى ذلك ضرورة اجتهاد القاضي و الحكم بموته.

لعلّ القارئ لهذا الرأي يرى أنّ أنصار هذين المذهبين يقولون بالتفريق ولكن بعدة مدة طويلة جدا، أي بعد موت الأقران. ولكن مغزى البحث عن التفريق للفقدان إنّما هو التفريق الحال أو العاجل والذي يسمح للزوجة بدفع الضرر عنها، وربّما إعادة الزواج من شخص آخر، وليس التفريق الذي يأتي بعد فوات الأوان.

أ- دليل الحنفية:

- قال الرسول صلى الله عليه و سلم: " امرأة المفقود حتى يأتيها البيان" أو " حتى يأتيها الخبر"[1].
- قول الإمام علي (رضي الله عنه) في امرأة المفقود أنّها: " تعتد من يوم يأتيها الخبر"[2].

ب- دليل الشافعية:

دليلهم أنّ النكاح ثابت بيقين فلا يُزال إلاّ بيقين، إذا لو حكم بنكاحها قبل ثبوته لنقض الحكم. كذلك لو ثبت النكاح فلا يزول إلاّ بيقين الموت أو الطلاق. كذلك لمخالفة التفريق للقياس الجليّ، إذ لا يجوز أن يكون حيا في ماله، ميتا في حق زوجته.

2-الرأي المؤيّد للتفريق للفقدان:

قال بهذا الرأي الحنابلة والمالكية، ولكنّهم لم يؤيدوا التفريق مطلقا ولكن في بعض الحالات [1] على التفصيل الآتي:

---

[1] علي بن عمر أبو الحسن الدراقطني البغدادي، سنن الدراقطبي، تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني، الجزء3، دار المعرفة، بيروت، 1966، ص 321.

[2] رواه البيهقي، الجزء 7، مرجع سابق، حديث رقم 10449، ص 698.

أ-الحنابلة: يفرق الحنابلة في مسألة التفريق للفقدان بين حالتين:

- المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك: كمن فقد بين الصفين في القتال أو كمن فقد في غرق سفينة، او كمن يخرج لحاجة قريبة ولا يرجع، في هذه الحالة تتربص زوجته أربع سنوات ثمّ تعتد عدّة الوفاة.

- المفقود في غيبة يغلب عليها السلامة: كالمسافر للتجارة أو طلب العلم أو سياحة، ففي هذه الحالة روايتان: الرأي الأول يقول بعدم تقسيم ماله وعدم التفريق بينه وبين زوجته حتى تثبت وفاته أو تمضي عليه مدّة يموت فيها أقرانه، وهذا الأمر يخضع لاجتهاد القاضي. و الرأي الثاني يرى انتظار 90 سنة من يوم الفقد ثمّ التفريق.

ب- المالكية: أخذ المالكية بالتفريق للفقد في حالات ولم يأخذوا به في حالات أخرى. وقسموا بذلك أحوال المفقود إلى أربعة حالات:

- مفقود في أرض الإسلام: يحكم بوفاة هذا المفقود بعد مضي 4 أعوام ويفرّق بينه و بين زوجته.

- مفقود في معترك القتال: إذا لم يجد القاضي أي خبر عن هذا المفقود يجتهد في أمره، فإن غلب على الظن هلاكه اعتدت امرأته ولا يضرب له أجلا.

- مفقود في قتال و فتن بين المسلمين: من حضر المعركة يحكم بوفاته بمجرد انتهاء القتال و يفرّق بينه و بين زوجته. أمّا من خرج مع الجيش فقط فإنّه لا يفرّق بينهما إلاّ بعد مرور 4 سنوات.

- مفقود بسبب الأسر: لا يفرّق بلينه و بين زوجته لأن حياته معلومة، ولم يقصد الإضرار بها إليّ بعد مرور سن التعمير مع اختلاف فقهاء المالكية في سن التعمير بين من قال 70 عامل و من قال 80 و من قال 90....إلخ.

---

[1] ابن قدامة، المغني، ج7، المرجع السابق، ص 205 إلى 207./ و الخرشي، الجزء3، المرجع السابق، ص 310 وما يليها. / والدسوقي ، الجزء2، المرجع السابق، ص 482./ ومحمود محمد علي، المرجع السابق، ص 358، 359 في الهامش؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق و آثارهما، المرجع سابق، ص 354، 355.

ج- دليلهم في ذلك:

- عبن عبد الرحمان بن أبي ليلى قال: " قضى عمر بن خطاب في المفقود تربص امرأته أربع سنين ثمّ يطلقها ولي زوجها ثمّ تربص بعد ذلك أربعة وعشرا ثمّ تُزوج"[1].

- عن سعيد ابن المسيّب أنّ عمر وعثمان قالا: " امرأة المفقود تتربص أربع سنين، ثمّ تعتد بعد أربعة أشهر وعشرا ثمّ تنكح".

- قول الرسول صلى الله عليه و سلم: " لا ضرر و لا ضرار". وقد استدّل هؤلاء الفقهاء بهذا الحديث لأنّ دفع الضرر مشروع في جميع الأحوال، و لا يوجد ضرر أكبر من ترك الزوجة معلّقة، لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة.

- ثبوت الخيار في الفرقة للعنّة و الإيلاء رغم أنّ الزوجة لا تفتقد فيها إلاّ للوطء دون أن تفقد العشرة و النفقة، و هذا الثبوت يؤدي حتما إلى ثبوت الفرقة لفقد كل هذا، أي الوطء و العشرة....إلخ.

بعد عرض هذه الأدلة، ورغم عدم التعرّض لغالبية الآراء لتعددها و تنوع اختلافها، نصل في النهاية إلى ترجيع الرأي القائل بتفريق بعد 4 سنوات لأنها كافية عموما لظهور المفقود أو التأكد من موته، و هذا يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية المبنية أساسا على رفع الضرر و نفي الحرج، ولا ضرر أكبر من إلزام الزوجة التربص 80 أو 90 سنة وربما 100 سنة، لأنّ هذا يعني حرمانها من أبسط الحقوق المشروعة لأيّ إنسان، رغم أنّ هذه الآراء قال بها عدد لا بأس به من الفقهاء إلاّ أنّ باب الاجتهاد مفتوح ومقاصد الشريعة الإسلامية واضحة ولا يمكننا أبدا الفصل بين الأحكام الفقهية والقيم الأخلاقية.

[1] البيهقي، الجزء7، مرجع سابق، الحديث 15569، ص 732.

المطلب الثانـي

الموقف التشريعي
من التفريق للفقدان

- **الفرع الأوّل** :

- في قانون الأسرة الجزائري .

- **الفرع الثانـي** :

- في القانون المدنـي الفرنسي .

الفرع الأول : التفريق للفقد في قانون الأسرة الجزائري

أولا : التكييف القانوني للحالة

لم يغفل قانون الأسرة الجزائري هذه الحالة التي تعتبر من الحالات التي تعطي للقاضي سلطة فعلية بينة و واضحة في التفريق بين الزوجين، حيث ذكرها في المادة 109 لما حدد المقصود بالمفقود وقد أعطى المشرع الجزائري للمرأة الحق في طلب التطليق بسبب الفقد حيث قال في المادة 112 "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون" حيث أعطت هذه المادّة للزوجة حق طلب التطليق إذا كانت الغيبة لمدة سنة وبدون نفقة ومن غير عذر، ويظهر من هذا كأن المشرع يعد الغائب كالمفقود وهذا ما يتضح من المادة (110) عندما يقول: "الغائب الذب منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابة في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"[1]. حيث إن المشرع لم يحدد مواطن التماثل بين الغائب و المفقود، هل في جميع الأحكام أم في حكم معين؟ و ما هو هذا الحكم موضع التماثل؟ خاصة أن بين الغائب و المفقود عموما وخصوصا، فالغائب أعم من المفقود، فكل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود، إذا أن المفقود كما عرفته المادة (109) هو " الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ..."[2].

فنجد أن المادة قد حددت المفقود بضوابط:

1- غائب عن البلد.

2- لا يعرف مكانه.

3- لا يعرف حاله (حياته من موته).

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 295./ و عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 233 و ما بعدها.

[2] داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 362 وما بعدها/ وبلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 295.

في حين الغائب معروف مكانه ومعروف حاله، بأنه حي يرزق ولا يشترك مع المفقود إلا في صفة الغياب عن الزوجة.

المادة (112):

1- لما أجاز المشرع في المادة (112) لزوجة المفقود طلب التطليق يكون قد أضاف حالة أخرى من حالات طلب الطلاق، إضافة إلى الحالات العشر التي ذكرتها المادة (53) وبالتالي فكان من الأجدى به أن ينظمها في ذات المادة ولا يفرد لها نصا خاصا في باب المفقود والغائب.
2- لم يوضح المشرع الضرر الذي دفع الزوجة لطلب التطليق هل هو عدم الإنفاق الذي نظمته المادة (1/53)؟ أم هو الغياب الذي نظمته المادة (5/53)؟ أم أمر آخر؟ فما هو؟
3- لما قال المشرع يجوز لزوجة المفقود طلب الطلاق، وقال قبلها في المادة (109) لما عرف المفقود" ... ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم "[1]ثم قبل هذا ذكر في المادة (59) من قانون الأسرة في شأن عدة المتوفى عنها زوجها ما يلي: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده[2]". من مجموع هاتين المادتين نفهم أن زوجة المفقود بعد صدور حكم القضاء بفقدانه تعتد عدة الوفاة بمعنى أن زوجها اعتبر ميتا وعليه فالعلاقة الزوجية تنتهي في هذه الحالة بسبب الوفاة وليس بالطلاق، اللهم إلا إذا كان المشرع الجزائري يريد التأكيد على أن الزوجة يحق لها طلب التطليق أيضا بسبب فقد الزوج، فكان من الأحسن له في هذه الحالة – دفعا للتوهم خاصة لما ذكر الغائب معهما – أن يذكرها في ذات نص المادة (53).

[1] محمدي فريدة "زواوي"، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000، ص 20.
[2] جعفور محمد السعيد، مدخل الى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 343./ و محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، 2006، ص 138.

ثانيا : بيان سلطة القاضي في التفريق

لقد بين المشرع في المادة (113) كيف يحكم القاضي على موت المفقود بقوله: **"يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات"**[1].

من خلال هذه المادة نجد المشرع الجزائري قد فوض السلطة التقديرية للقاضي للحكم بموت المفقود ونجده في هذه المادة قذ قسم حالة المفقود إلى حالتين حسب الظروف التي يفقد فيها.

1- في الحروب والحالات الاستثنائية[2]**:** وهنا قرر المشرع أن تكون المدة مرور أربع سنوات بعد التحري، ولكن للمفقود في حالة السلم ببلاد إسلامية، يقوم القاضي في هذه الحالة بـ:

أ- التأكد من أن هذه المرأة زوجة المفقود بالفعل.

ب- التأكد من غيبة الزوج.

ج- التأكد من بقاء الزوجية بعد الغياب.

د- تقدير الحالة التي غاب فيها.

ه- يسعى في التحري والبحث فيه بكافة الوسائل والطرق التي سبق الإشارة إليها.

-إذا قام القاضي بجميع التحريات اللازمة ولم يعثر على أي خبر للمفقود يمنح المرأة أجل أربع سنوات من نهاية البحث والتحريات، تعتد بعدها عدة الوفاة.

2- حالة السلامة: وهنا فوض المشرع السلطة التقديرية أيضا للقاضي يقوم في هذه الحالة بنفس الخطوات 1، 2، 3، 4، 5، غير أن الفرق بين هذه الحالة والحالة الأولى،

[1] العيش فضيل ، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، 2008/2007، ص 93..

[2] الحالات الاستثنائية كثيرة كالزلازل والفيضانات وسقوط الطائرات وغرق البواخر، إلخ.

هو أن في حالة السلامة مدة التحري غير مقيدة بزمن معين، فقد تطول وقد تقصر وللقاضي في ذلك السلطة التقديرية، إذ في حالة السلامة القاضي محدد بفترة زمنية قدرها له القانون وفي أربع سنوات من اعتبار الزوج في عداد المفقودين، ويقدر حينها كم يجب أن تنتظر الزوجة، ليحكم لها بعد ذلك بموت الزوج، و في هذا للقاضي السلطة التقديرية، له أن يقدر مدة حياة المفقود باعتبار من تبقى من أقرانه، حيث يكون تاريخ آخر من مات منهم هو تاريخ وفاة الزوج، أو بمدة التعمير وهي السن التي يعيشها الإنسان في الحالة العادية، كما يمكن له أن يقدر الظرف الخاص الذي سافر فيه، هل كان في حالة غضب فرح ... إلخ مما يعزز فرضية على أخرى، صحيح مريض، بتقدير الوجهة التي اتخذها إلى بلاد عربية أو صديقة أو عدوة، كأن يتعرض للاعتقال بسبب ظروف البلاد التي مر بها، كذلك الطريق الذي اتخذه في السفر هل كان مأمونا أم غير مأمون؟، كذلك الوسيلة التي امتطاها في سفره هل هي الطائرة أو السيارة أو الباخرة، كل هذه المعلومات وغيرها من شأنها أن تساعد القاضي في تقدير المدة التي تبقاها المرأة قبل الحكم بوفاته.

ملاحظة: ولا يمكن للقاضي أن يصدر أي حكم بالفقدان أو بالموت إلا بناء على طلب الزوجة وعلى هذا نصت المادة (114): **"يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة"[1].** والزوجة بعد حكم القاضي بوفاة زوجها تعتد عدة الوفاة طبقا للمادة 59 من قانون الأسرة الجزائري "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشر أيام. وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"[2].

[1] العيش فضيل ، المرجع السابق، ص 93/ وداودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 343..
[2] دلاندة يوسف، قانون الأسرة المنقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب أمر رقم 02/05 مدعم بأحدث المبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة و المواريث، المرجع السابق، ص 65 .

الفرع الثاني: التفريق للفقد في القانون المدني الفرنسي

أولا : التكييف القانوني للحالة

كغيره من قانون الأسرة الجزائري لقد أدرج القانون المدني الفرنسي هذه الحالة كطريق من طرق حل الرابطة الزوجية بتدخل القاضي، بحيث يلفت نظر القارئ المتمعن لأحكام البند 212 من القانون المدني الفرنسي السالف الذكر والذي تكلم فيه المشرع الفرنسي عن هذا النوع من الطلاق الذي تندرج تحته هذه الحالة - حالة الفقد - وهو ما يسمى بالتفريق بسبب الغلط (le divorce pour faute) .

هذا النوع من الطلاق، الذي كما قلنا يحتوي حالات كثيرة، والذي يسمح للقاضي بأن يتدخل بطلب من الطرف المتضرر، ويفرقه من رباط طرف مفقود لا يعلم أثره.

فيمكننا القول أن هده الحالة - حالة الفقد – التي أدرجها المشرع الفرنسي في خانة التفريق بسبب الغلط، هي مماثلة لما هو موجود في قانون الأسرة الجزائري من تفريق للفقد، بينما هذه الحالة عندنا هي تأتي بطلب من المرأة بعد فقد زوجها، بحيث ترفع أمرها للقاضي لكي يطلقها من هذا الزوج المفقود، أما في القانون المدني الفرنسي فهي تأتي من الطرفين سواء الزوج الذي فقد زوجته أو الزوجة التي فقدت زوجها، فكلاهما يرفع أمره وضرره إلى القاضي الذي يتدخل ويضع حدا لهذا الغبن الذي يعاني منه أحدهما، وذلك من خلال السلطة التي خولها له القانون[1].

ثانيا : مدى سلطة القاضي في التفريق.

في هذه الحالة التي يعتبرها المشرع الفرنسي حالة من حالات التطليق بسبب الغلط (le divorce pour faute) : إن وجدت اعتبرت خطئا بالغا وضررا كبيرا

[1] Jean-Jacques Lemouland, droit de la famille (couples et parenté), édition Ellipses, 2014, paris, page 294-295./ Anne-Marie Leroyer, droit de la famille, presses universitaire de France, 1er édition, 2011, paris, page 121./ Muriel parquet, droit de la famille, Bréal, 4em édition, 2014, page 102.

على الطرف الثاني الذي يصبح كالمعلق، فالقانون أعطاه الحق لطلب التطليق من القاضي رفعا لهذا الضرر بعد تحققه من معطيات وحيثيات هذه الحالة[1]، مثل Sophie فقد تزوجها منذ خمس سنوات وهي تشك في أنه رجع إلى الخارج (بلده الأصلي)، فقامت بطلب الطلاق لأنها تعيش مع شخص آخر يريد الزواج بها وبما أنها قامت باثبات غيابه لمدة سنتين فهذا كافي وأعطى للقاضي كامل السلطة بتطليقها بسبب انهيار و غياب العلاقة الزوجية.[2]

[1] Allison Fiorentino - Marie hascoët, ouvrage passé, page 129. / Mikael Benillouche, ouvrage passé, page 120-121. / Patrick courbe, droit civil (… la famille…), page 103. /Corinne Renault-brahinsky, droit de la famille (…divorce..), 5e édition, gualino éditeur, paris, 2003, page 104.

[2]- Catherine marie et Anne Cathelineau-Roulaud , ouvrage passé, p 139./jean garrigue, ouvrage passé, page 189./guide de vos droit – famille, le particulier édition, ouvrage passé, page 219./ le guidec Raymond, ouvrage passé, page 189 .

المبحث الخامس

التفريق لسوء العشرة والضرر

- ***المطلب الأوّل*** :

- أساس الضرر.

- ***المطلب الثانـي*** :

- بيان سلطة القاضي

في التفريق لسوء العشرة والضرر.

المطلب الأوّل

أساس الضرر

- **الفرع الأوّل** :

- مفهوم الضرر .

- **الفرع الثانـي** :

- تقدير الضرر .

الفرع الأول : مفهوم الضرر

للتوصل إلى مفهوم الضرر الموجب للتفريق ينبغي أولا التعرّض لمعنى الضرر بصفة عامة وحكمه شرعا، ثم للضرر اللاحق بالزوجة ومتى يستوجب التفريق.

أولا : تعريف الضرر

1-الضرر لغة: من الضّرّ والضُرّ والضرر وهو ضدّ النفع. وهو الشدّة والضيق وسوء الحال. والضرّاء الشدّة ونقيض السرّاء. وأضرّه: جلب عليه الضرر. لهذا يقال ضارّ امرأته، أي أخذ عليها ضرّة[1].

2-الضرر اصطلاحا: هو إلحاق الأذى بالغير في عرضه وماله ونفسه. وقد عرّفه الباجي بقوله: " ابتداء الفعل بمعنى: وقوع الضرر على الغير كنقصان حقه أو إيلامه بإصابة جسمه أو عضو من أعضائه أو سلب ماله"[2]. وفرّق الباجي بين الضرر والضرار بقوله: "...ومعنى ذلك والله اعلم أنّ الضرر ما قصد الإنسان به منفعة نفسه وكان فيه ضرر على غيره وأنّ ما قصد به الإضرار لغيره...."[3]. وعرّفه ابن رجب الحنبلي بقوله: " الضرر أن يدخل على غيره ضرارا بما ينتفع به هو، الضرار: أن يدخل على غيره ضرارا بلا منفعة له به، كمن منع لا يضرّه به الممنوع...."[4].

وعرّفه أيضا بقوله: " الضرر أن يضرّ به من لا يضرّه، والضرار أن يضرّ بمن قد أضرّ به على وجه غير جائز"، وفي سبل السلام: " الضرر أن يضرّ الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه..."[4].

---

[1] الكفوي، المنجد في اللغة العربية والأدب والعلوم، المرجع السابق، ص 463.

[2] الجبالي (محمد عبد الستار الجبالي)، الضرر المخول للمرأة حق التطليق في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كليّة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1989، ص 94.

[3] الباجي (أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي)، المنتقى شرح موطأ مالك بن أنس، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ت.ن، ص 40.

[4] نقلا عن محمد عبد الستار الجبالي، الضرر المخول للمرأة حق التطليق في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه،كلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1984، ص 94.

ثانيا: حكم الضرر

لا يجوز الضرر شرعا وقانونا. وأساس حرمة الضرر هو الحديث النبوي الشريف "لا ضرر ولا ضرار"[1]، وهو أساس القاعدة الفقهية " لا ضرر ولا ضرار" وهي تشمل حكمين:

1: لا ضرر، أي لا يجوز لأحد الإضرار بغيره ابتداء، لا في نفسه ولا في عرضه ولا في ماله، لأنّ إلحاق الضرر بالغير ظلم والظلم حرام في الإسلام. والضرر الممنوع إلحاقه بالغير هو الضرر الفاحش مطلقا، أي حتى لو نشأ من فعل مباح يقوم به الشخص.

2: لا ضرار، أي لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر وإنّما على المتضرّر أن يراجع جهة القضاء للحكم له بالتعويض عن ضرره على من ألحق به الضرر. وعلى هذا فمن أُتلف ماله لا يجوز له إتلاف مال الغير المتلف، وإنما عليه مراجعة القضاء لتعويضه عن الضرر[2]

[1] سنن ابن ماجة، حديث رقم 2341،ص 748.

312عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003، ص 85-86.

الفرع الثاني : تقدير الضرر

أولا: الضرر المعتبر شرعا

إن ما يميز المشرع الجزائري في موضوع التطليق للضرر أنه فصل كثيرا في صور الضرر ووضع عدة أسباب تجيز للزوجة طلب التفريق بحيث أصبحت صور هذا الضرر بعد التعديل سنة 2005 عشرة آخرها ما نصت عليه الفقرة العاشرة و الأخيرة من المادة 53 فأصبح" كل ضرر معتبر شرعا".

يعتبر هذا التفصيل ميزة انفرد بها المشرع الجزائري لأنه أحصى أكبر عدد من صور الضرر، ووضع معيارا عاما يجمع ما بقي من أنواع الضرر و من صوره و التي قد تأتي بها التطورات و التغييرات التي قد تحصل في المجتمع.

إن أبرز ما يمكن ملاحظته حول فقرة التطليق لكل ضرر معتبر شرعا من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري سواء قبل أو بعد التعديل هو ما يلي:

-إن كل ما ذكره المشرع الجزائري من صور الإضرار بالزوجة في المادة 53 هي في أغلبها ما اتفق عليه جمهور الفقهاء كالغيبة و عدم الإنفاق و العيب.

كما ذكر المشرع الجزائري الضرر الذي لا يمكن به دوام العشرة، و هو في ذلك يقصد الهجر و ارتكاب فاحشة مبينة و خص كل منهما بفقرة مستقلة، و كذلك كل التصرفات التي تسيء للزوجة من ضرب و شتم...الخ.

-خص المشرع الجزائري الضرر بفقرة مستقلة و الشقاق بفقرة أخرى، و قد اتفق في ذلك مع المشرع المغربي[1].

- وصف المشرع الضرر بالمعتبر شرعا، و المقصود به هو الضرر الذي يعتبره الشرع الإسلامي ضررا،وهذا يعني أن المشرع الجزائري اقترب بذلك من المعيار الذي

[1]- منصوري نورة، المرجع السابق، ص 65./ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 46./
Norbert Roland ; droit et sociétés dans le monde arabe, presses universitaire d'AIX, MARSEILLE, 1997, page66.

وضعه الفقهاء و على رأسهم المالكية الذين عرفوا الضرر بما لا يجوز شرعا، بحيث لم يشر المشرع إلى ضرورة كون الضرر الموجب للتفريق مما يستحيل معه دوام العشرة[1].و بالتالي و حسب هذه الفقرة فإن أي واقعة أو تصرف يشكل ضررا شرعيا يعد سببا من أسباب التطليق،و يعطي للقاضي سلطة التفريق بين الزوجين بعد طلب من الطرف المتضرر وهي الزوجة[2].

ثانيا: سلطة القاضي في تقديره للضرر

بما أن المشرع الجزائري أورد عبارة عامة فيما يخص الضرر المعتبر شرعا فإنه يكون بذلك قد فتح المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للقاضي، بحيث لم يقيدها بأي قيد و لم يحدها بأي حد.و حسب بعض الشراح فإن تقدير الضرر سيكون شخصيا لأنه ما يعتبر ضارا بالنسبة لزوجة قد لا يعتبر ضارا بالنسبة لأخرى، و أن نسبية الإضرار قد تختلف من بيئة إلى أخرى لأنه يختلف باختلاف البيئة و الثقافة و مكانة المضرور في المجتمع ،و تقديره متروك للقاضي[3] .

يبقى المعيار الذي لا يتغير ، ما وضعه فقهاء المالكية و هو "ما لا يجوز شرعا"، و هذا المعيار لا يتغير مع الزمان و المكان، فإذا طالبت الزوجة بالتفريق لفعل غير جائز شرعا صادر من الزواج فلها كل الحق شرعا أن يفرق بينهما ’ذا تمسكت بذلك.

إن المشرع الجزائري لم يضع قيودا واضحة في نصوصه و هذا ما أدى بالقضاء إلى تصنيف بعض التصرفات الأخرى في خانة الضرر كالضرب و الجرح ألعمدي و سوء المعاملة .

و قد اعتبرت المحكمة العليا هذه التصرفات و غيرها من الضرر المعتبر شرعا و هي كما يلي:

---

[1] سالم البهنساوي، قوانين الأسرة بين عجز النساء و ضعف العلماء، ط 2،دار القلم، الكويت،1984،ص198.

2 منصوري نورة، المرجع السابق، ص 65./ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 46

[3] عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها و قانونا،المرجع السابق،ص128.

- تماطل الزوج في إرجاع زوجته إلى بيت الزوجية، و قد قضت المحكمة العليا في ذلك بما يلي:"...من المقرر قانونا أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توافرت أسبابه... و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفا سلبيا فإن المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون"[1].
- الضرب و الجرح ألعمدي،و قد قضت المحكمة العليا في ذلك بما يلي:"إن ضرب الزوجة المبرح يعتب من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي..."[2] .
- الضرر المبالغ فيه من طرف الزوج و حق الزوجة في التعويض، و قد قررت المحكمة العليا في ذلك ما يلي:"...من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا و من المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر،و لما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحد لا يكفي لجبر الضرر..."[3].
- سوء المعاملة، حيث قضت المحكمة العليا بما يلي:"...إن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج و عدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة الرابعة من قانون الأسرة هو تطبيق سليم للقانون"[4].

---

[1] المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 50519 ،قرار تاريخ 1988/09/26،المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992، ص48.

[2] المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 258555 ،قرار تاريخ 2001/01/23،المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002 ، ص417.

[3] المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 181648 ،قرار تاريخ 1997/12/23،المجلة القضائية، العدد 1،1997، ص 49.

[4] المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 269594 ،قرار تاريخ 2001/07/18،المجلة القضائية، العدد 1،2003،ص349.

المطلب الثاني

بيان سلطة القاضي في التفريق لسوء العشرة والضرر

- ***الفرع الأوّل*** :

- سلطة القاضي في التفريق لسوء العشرة والضرر في قانون الأسرة الجزائري .

- ***الفرع الثاني*** :

- موقف القانون المدني الفرنسي من التفريق لسوء العشرة والضرر .

الفرع الأول : بيان سلطة القاضي في التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري

لقد خصص المشرع الجزائري في التعديل وفقا للأمر 02/05 صورا أخرى من الضرر....

و التي تعتبر ملاذا لقضاة المحاكم و المحكمة العليا لإشهار سلطة التفريق بعد تبرير أي تصرف بأنه من الضرر المعتبر شرعا، و إلحاقه بواحدة من هذه الصور التي تتمثل فيما يلي:

1. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
2. ارتكاب فاحشة مبينة.
3. نشوز الزوج.
4. الشقاق المستمر بين الزوجين.
5. مخالفة أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة.

سنلقي نظرة وجيزة على كل صورة من هذه الصور و نبين سلطة القاضي في التفريق فيها ما عدا مخالفة أحكام المادة الثامنة و الخاصة بالتعدد و كذلك الشقاق المستمر بين الزوجين اللذان سنتعرض لكل منهما على حدا.

أولا: مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد

إن المادة 19 من قانون الأسرة في التعديل الأخير وفقا للأمر 02/05 تنص على ما يلي:

"للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

لقد ذكر المشرع الجزائري في هذه المادة على سبيل المثال على سبيل الحصر شرطين معروفين متمسك بهما غالبا و هما عدم التعدد و العمل الوظيفي. و لكن ما يلاحظ في هذا الموضوع ما يلي:

1- دون الخوض في ماهية هذه الشروط من حيث موافقتها أو عدم موافقتها للقانون و مدى شرعيتها بالنظر إلى قواعد الفقه الإسلامي، فإن الأمر أصبح مهمة القاضي الذي إدا رأى أن هذه الشروط لا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة فإن المشرع أعطاه السلطة التامة في فسخ العقد و التفريق بين الطرفين، وهذا بعد تقدم الطرف المتضرر إلى القاضي بطلب التطليق .

2- أن المشرع الجزائري رغم نصه على حل جديد للاشتراط بعد إبرام عقد الزواج و ذلك في عقد رسمي لاحق،إلا أنه لم يذكره في المادة 53، حيث نص في الفقرة 5 منها على:"مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج".فهل و في حالة مخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق يتمسك القاضي بحرفية النص و لا يأخذ بها، أم أنه سيفسر القانون وفق الإرادة الفعلية للمشرع و التي ترمي إلى تطبيق الشروط الواردة في عقد الزواج و في العقد الرسمي اللاحق، و إلا ما الداعي من هذا التعديل أصلا.

إذا رأى القاضي فسخ عقد الزواج ، و هو عقد سابق، لعدم التزام الزوج بشرط اتفق عليه و زوجته في عقد لاحق،فما مدى صحة هذا الفسخ؟

لعل الإجابة عن هذا السؤال ستمكن مستقبلا في الاجتهاد القضائي الذي سيقرر الأخذ بعين الاعتبار الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق[1].

[1] باديس ذيابي،مرجع سابق،ص 53./ و عبد العزيز سعد،قانون الأسرة في ثوبه الجديد ،أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل،المرجع السابق، ص 12.

ثانيا: ارتكاب فاحشة مبينة

من بين الأسباب التي حددها المشرع الجزائري في المادة 53 و التي تجيز طلب التطليق ما جاء في الفقرة السابعة منها و هي "ارتكاب فاحشة مبينة".

نص المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على حق الزوجة في طلب التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.و أضاف في الفقرة السابعة ارتكابه لفاحشة مبينة.و الذي يظهر من الفقرتين (الرابعة والسابعة من المادة المذكورة أعلاه) بعد مقارنتهما أنهما يختلفان فيما يلي:

في الفقرة الرابعة المشرع الجزائري قيد سلطة القاضي في التفريق للحالة الأخرى بضرورة إدانة الزوج بحكم قضائي، لأن نص الفقرة يبدأ بعبارة "الحكم على الزوج"، أما في الفقرة السابعة فيصل القارئ لها بتمعن إلى أن المشرع قيد سلطة القاضي في التفريق في هذه الحالة باشتهار الزوج بين الناس بارتكابه فاحشة معينة قد لا يعاقب عليها القانون جزائيا إلا بشروط معينة واردة في قانون العقوبات [1].

من أجل الالتباس الواقع في تحديد معنى الفاحشة التي يكون المشرع الجزائري قد قصدها وجب علينا التعرض لمعناها و أنواعها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية. إن المشرع الجزائري لم يذكر عبارة الفاحشة هكذا اعتبارا و إنما لا يخلو مقصده من أمرين:

- أن يكون قد قصد بها الزنا.
- أو قصد بها أفعال كثيرة تعتبر فقها من الفواحش.

لهذا ينبغي تحديد معنى الفاحشة لغة و شرعا:

[1] هرنان عبد الرحمن،محطات قانون الأسرة الجزائري بين الماضي و الحاضر ،المرجع السابق ،ص 109 و ما بعدها.

1- معنى الفاحشة لغة:

الفاحشة لغة الفحشاء،و كل شيء جاوز حده فاحش،و يقال فحش الأمر فحشا و تفاحش.و يسمى الزنا الفاحشة[1] لأنه ما يشتد قبحه من الذنوب و الفحش القبيح من القول.و الفاحش كذلك القبيح،السيئ الخلق،البخيل جدا و كل شيء جاوز الحد[2] .

2- معنى الفاحشة شرعا:

أما المدلول الشرعي للفاحشة فإنه لا ينحصر في جريمة الزنا و إنما يتعدى إلى جرائم أخرى خصها الله تعالى بعقوبات محددة و هي" الحدود" كالزنا و القذف و السرقة، و كذلك تعتبر جريمة السكر فاحشة. كما أشار الأسلوب القرآني إلى عدة أفعال تخل بالنظام العام ووصفها بأنها فواحش و على رأس هذه الأفعال الزنا في قوله تعالى:(و لا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة و ساء سبيل) [الاسراء32] ،و قوله:(ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة و مقتا و ساء سبيلا) [النساء22] ، و قوله كذلك:(قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها و ما بطن) [الأعراف33].

في الآية الأخيرة دليل واضح على أن وصف الفاحشة يطلق على عدة أفعال مشينة.و آية الزنا السابقة دليل على أن الفاحشة لا يقصد بها الزنا في حد ذاته و إنما المقصود هو أن الزنا يعتبر من الفواحش[3].

إن ما سبق يجعلنا نرجع إلى الفقرة السابعة من المادة 53 بحيث جاءت بصيغة النكرة، "إرتكاب فاحشة" و ليس ارتكاب الفاحشة،و بالتالي قد نفهم أن المشرع الجزائري لم يقصد فاحشة محددة بذاتها و إنما أي فعل يعتبر من الفواحش المبينة بإمكان القاضي الاستناد عليه للتفريق بين الزوجين.

---

[1] الإمام الرازي، الصحاح، المرجع السابق،ص 387.

[2] الكفوي، المنجد في اللغة و الأدب و العلوم، المرجع السابق، ص600.

[3] الصابوني، المرجع سابق، ص 700./ والقرطبي،الجزء 5،المرجع السابق،ص 360.

لذلك يرى الأستاذان فضيل سعد و بلحاج العربي أن هذه الفاحشة قد تكون "الزنا أو الشرك بالله أو الردة أو الاعتداء على قاصر أو الانحراف عن الطريق السليم و القيام بالسلوك الإجرامي الذي يتنافى مع مقتضيات العقل السليم و إرادة المجتمع"[1].

لكن إذا تفحصنا ما سبق نستطيع قول ما يلي:

- إن القاضي في حالة ردة الزوج و شركه بالله لن يضطر إلى الاستناد على فقرة الفاحشة لتفريق الزوجة عن زوجها،لأن النصوص واضحة في قانون الأسرة ، لأن زواج المسلمة بغير المسلم من موانع الزواج أصلا و هذا ما جاءت به المادة 30 و بالضبط في الفقرة التي أضيفت لهذه المادة بعد تعديل 2005 و التي جاءت كما يلي:"كما يحرم مؤقتا:...-زواج المسلمة بغير المسلم". و اذا ارتد الزوج بعد الزواج فان للقاضي سلطة رادعة خولها له القانون في فسخ هذا العقد و تحرير هذه الزوجة الباقية على إسلامها منه.
- بالنسبة للانحراف و الإجرام و الاعتداء على قاصر فإن القاضي كذلك يكتفي بالفقرة التي تعطيه السلطة في تفريق الزوجة الطالبة للتطليق من زوجها المدان بجريمة تمس بشرف الأسرة.
- أما الزنا فهو المقصود لا محالة بهذه الفقرة،و قد يقول قائل أن زنا الزوج كذلك معاقب عليه جزائيا و لكن نرد هذا الرأي من عدة جوانب بما يلي:

- تحدث المشرع على الزنا على أنه فاحشة في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجزائري[2] وفي حالة وحيدة وهي زنا المحارم فجاءت كما يلي:"تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:
  - الأقارب من الفروع و الأصول.

[1] تحليل للأستاذ فضيل سعد و أشار إليه بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،في مؤلفه السابق،ص 305.

[2] الأمر رقم 47/75 المؤرخ في 17 يونيو 1975،معدل و متمم للقانون رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 من قانون العقوبات،ج ر رقم 53،السنة 12،بتاريخ 4 جويلية 1975،ص 751.

- الإخوة و الأخوات الأشقاء،من الأب أو الأم.
- بين شخص و ابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعه.
- الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعه.
- والد الزوج أو الزوجة الأم أو زوجة الأب و فروع الزوج الآخر.
- من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت....."

- لم يورد المشرع الجزائري وصف الفاحشة على الشذوذ الجنسي الوارد في المادة 338 ق.ع[1]، وعلى جريمة الزنا من الزوج أو الزوجة رغم أنهما فاحشة و ذلك في المادة 399 ق.ع[2]، هذه الأفعال مع الفعل العلني المخل بالحياء جاءت تحت القسم السادس الخاص بانتهاك الآداب في قانون العقوبات الجزائري، وكذلك التحرش الجنسي الوارد في المادة 341 مكرر من قانون العقوبات [3].
- تصنيف زنا المحارم فقط بالفاحشة لا يلغي هذا الوصف على زنا أحد الزوجين أو الشذوذ،و إنما هو –على حسب التقدير- مجرد وصف لإظهار بشاعة الجرم كونه يقع بين المحارم.
- لو اعتبرنا زنا المحارم فقط هو المقصود بالفاحشة المبينة لما احتاج المشرع أصلا للنص على هذه الفقرة لأن الفقرة الرابعة كافية ليستند عليها القاضي للتفريق.

---

[1] تنص المادة 338 على ما يلي:"كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 2000دج".

[2] تنص المادة 339 على ما يلي:"يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا.و تطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم ـنها متزوجة.و يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين و تطبق العقوبة ذاتها على شريكته،و لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور ، و إن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة".

[3] تنص المادة 341 مكرر من قانون العقوبات على ما يلي:"يعد مرتكبا لجريمة التحرش الجنسي و يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة و بغرامة من 50000دج إلى 100000دج ، كل شخص يستغل سلطة وظيفته أو مهنته عن طريق إصدار الأوامر للغير أو بالتهديد أو الإكراه أو بممارسة ضغوط عليه قصد إجباره على الاستجابة لرغباته الجنسية".

- النقطة الحاسمة –على حسب التقدير-و التي قد تظهر قصد المشرع الجزائري من إدراج هذه الفقرة مستقلة و عدم الاكتفاء بالفقرة الرابعة هي كالتالي:

❖ ان الفقرة الرابعة الخاصة بإدانة الزوج لجرم مس بشرف الأسرة يفي بالغرض إذا تعلق الأمر بكل الفواحش المذكورة سابقا و التي جاءت تحت قسم "انتهاك الآداب".فإذا ارتكب الزوج إحدى هذه الجرائم و ثبتت إدانته،تمكن القاضي من التفريق.

❖ إن الفاحشة المقصودة و التي من أجلها أدرج المشرع هذه الفقرة هو زنا الزوج، لأن زنا أحد الزوجين يشترط فيه لتحريك الدعوى شكوى الزوج المتضرر، و هو في هذه الحالة الزوجة.لكن قد لا تتمسك الزوجة بحقها في تحريك الدعوى الجزائية لاعتبارات اجتماعية و أسرية، لكنها لا تفقد الحق في طلب التفريق لارتكاب الزوج هذه الفاحشة إذا اقتنع القاضي بدعواها.

التحليل السابق قد يبرر إدراج مثل هذه الفقرة، و هو تأكيد و تكريس لحق الزوجة في التقدم إلى القاضي بطلب التدخل بسلطته وتحريرها من هذه الرابطة الزوجية .

بهذا التحليل نكون قد أجبنا عن التساؤل حول كيفية التوفيق بين الفقرة الرابعة و الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري [1] و عن القول أن الفقرة السابعة تشمل الفقرة الرابعة.بالإضافة في الأخير إلى أن الفاحشة المبينة قد تشمل أيضا شرب الخمر بشكل متكرر خاصة إذا أدى هذا بالزوج إلى التخلي عن واجباته الأسرية كليا أو جزئيا، كما قد تشملها الفقرة العاشرة الخاصة بالضرر المعتبر شرعا[2]

[1] منصوري نورة، المرجع السابق، ص 57./ باديس ذيابي،مرجع سابق،ص 49.
[2] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص .275.

ثالثا: نشوز الزوج

لقد جاء في المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي:"عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر".

إن عبارة النشوز كثيرا ما ارتبطت بالمرأة، فقد يخيل للقارئ أن النشوز خاص بالزوجة و أن نشوز الزوج عبارة دخيلة ، إلا أنها في حقيقة الأمر استعملت في التعبير القرآني في قوله تعالى:(و إن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا و الصلح خير) [النساء 128].

إن معنى نشوز الزوج هو نفس معنى نشوز الزوجة، فالمقصود هو الإعراض عن الآخر، أي أن تشعر المرأة بإعراض زوجها عنها و كراهيته لها و إصراره على ذلك[1].

و هناك من فرق بين النشوز و الإعراض في أن النشوز هو التباعد و الإعراض بألا يكلمها و لا يأنس بها[2] . و يرى الفقهاء أن نشوز الزوج يدخل في دائرة الضرر الذي يعالج وفق الخطوات التي ذكرت سابقا،أي بالوعظ و التهديد و ربما التعزير إن استدعى الأمر[3].

أما إذا أردنا الإشارة إلى بعض السلوكات التي من شأنها الإضرار بالزوجة، فإن فقرة الضرر المعتبر شرعا كفيلة بأن تغطي كل مظاهر نشوز الزوج و الزوج فقط.لهذا نرى أن هذه المادة بالذات جاءت لتقرير موقف الزوج الذي قد يطلق دون تعسف و بسبب نشوز الزوجة.فالمادة 53 أحاطت بكل أنواع الضرر التي تصيب الزوجة من زوجها خاصة بإضافة الفقرة العاشرة ، كما أن المادة 53 مكرر من قانون الأسرة و التي أشارت إلى التعويض عن الضرر بعد التطليق تخص الزوجة فقط[4] .كما أشار

---

[1] الصابوني، المرجع سابق، ص 760.

[2] القرطبي،الجزء 5،المرجع السابق،ص 403.

[3] المصري مبروك، المرجع السابق، ص 249.

[4] تنص المادة 53 مكرر التي جاء بها تعديل 2005 على ما يلي:"يجوز للقاضي بعد الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

المشرع كذلك إلى سلطة القاضي في الحكم بالتعويض للزوجة عن الضرربسبب تعسف الزوج في طلاقها [1].

في الأخير تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، مرة أخرى، انفرد بالنص على نشوز الزوج كسبب من أسباب التفريق القضائي في مادة مستقلة، و هذا لتأكيده سياسته في تكريس سلطة القاضي في إنهاء الرابطة الزوجية.[2].

[1] تنص المادة 52 المعدلة بقانون 05-09 على ما يلي:"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

[2] عبد العزيز سعد، ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ص 126.

الفرع الثاني : موقف القانون المدني الفرنسي من التفريق لسوء العشرة و الضرر

أولا: التكييف القانوني للحالة

لقد أخذ المشرع الفرنسي بهذه الحالة في التفريق القضائي بحيث أطلق عليها نفس التسمية الموجودة في قانون الأسرة الجزائري، التفريق لسوء العشرة و الضرر

(La violence physique et la violation de l'obligation de vie commune.) و هذه الحالة أيضا هي نوع من أنواع الطلاق بسبب الغلط (le divorce pour faute) الذي تكلمنا عنه سابقا من خلال نفس الأمور التي تؤدي إلى حدوث هذا النوع من الطلاق كغياب بعض الواجبات الأساسية بين الزوجين و المقيدة بالبند 212 من القانون المدني الفرنسي كواجب الاحترام ،الوفاء، النجدة .إسداء العون و المساعدة خصوصا فيما يتعلق بالخيانة الزوجية و كل ما تعلق به من سلوك، وكذا كل أنواع و أشكال العنف الجسدي و كل أنواع الإهانات و التحقير ، أو الحماسة المفرطة في ممارسة ديانة ما و كذا انتهاك الحياة الزوجية و كل ما يؤدي إلى جعل الحياة الزوجية مستحيلة بين الطرفين[1] .

ثانيا: سلطة القاضي في التفريق لهذه الحالة

في هذه الحالة فالزوج الذي رفع في حقه الطلاق يمكنه أن يطلب الطلاق إذا قام الطرف الثاني بجريمة في المجتمع حسب البند 131 من قانون العقوبات السالف الذكر[2].

في حالة الطلاق بسبب خطأ فإن الزوج الذي رفع في حقه حق الطلاق يمكنه سواء أن يحاول رفض الطلاق كما أنه له الإمكانية في تكذيب ما اتهم فيه من الأفعال و

[1] Patrick courbe ; droit civil (les personnes, la famille, les incapacités) 7iéme édition, 2009, Dalloz paris, page 104. / Brigitte Hess-Fallon, Anne-Marie Simon ; ouvrage passé, page 116.

[2] Patrick courbe, ouvrage passé, page 147./ Corinne Renault-brahinsky, l'essentiel du droit de la famille, gualino, 15em édition,2016-2017, page 166.

الأقوال يمكنه على سبيل المثال أن يناقش الدلائل التي قدمت في حقه و يمكنه مناقشة هذه الدلائل في النتائج المترتبة عنها و يجب للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار هذه الخطوات التي قام بها الطرف الثاني للدفاع عن نفسه لكن دائما في إطار هدف أن يتفادى القاضي إصدار حكم الطلاق كما أن الطرف الثاني يمكنه طلب الصلح إذ يقوم القاضي باستدعاء كلا الطرفين إلى الصلح و في حال أن الزوجين اصطلحا فهذا يسقط الطلاق فإن المصالحة بين الزوجين لا تتمثل في عودة العلاقات الزوجية كما كانت في السابق بل إنها تتمثل في أن الزوج المتضرر يقوم بالعفو عن الطرف الثاني.

يمكن أن يكون الطرف الذي طلب الطلاق هو الآخر قد قام بأخطاء خلال الحياة الزوجية لأن عادة ما تكون الأخطاء متبادلة[1].

Raoul وPatricia زوجان منذ مدة غير أن Patricia تعاني من سوء العشرة و العنف من طرف زوجها، ولهذا قررت طلب الطلاق بسبب الغلط ، غير أنها كانت تريد أن تعرف إذا كان من حفه طلب التعويض منها مع العم أن راتبها مرتفع مما جعلها تطلب إبقاء الأطفال تحت رعايتها و الاحتفاظ باسم زوجها بما أن هذا الأخير يلعب دورا مهما في حياتها المهنية.

هذان الزوجان كانا يتبادلان الهدايا وأرادت Patricia أن تعيد اللوحات التي أهدتها ل Raoul سابقا وأن تحتفظ هي بمجوهراتها بوساطة ابنتها.

وعلى حسب البند 242 من القانون المدني الفرنسي [2] ، فان الطلاق بسبب الغلط (le divorce pour faute) مبني على عدة أمور مثل اغتصاب الواجبات و الحقوق

[1] Gérard cornu : Droit civil la famille, page 550. / Mélina Douchy :droit civil 1er année introduction personnes. Famille, 2em édition, page 299./ véronique Mikael-Toudic, droit des personnes et de la famille, édition lancier, 2em édition, 2015, Bruxelles, page 273.

[2] Art 242 « Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du

الزوجية، ولكي يتحقق ذلك يجب أن تكون الغلطة مقصودة ولكي نتهم الآخر بذلك يجب أن يعي الطرف المعتدي ذلك ويجب أن تكون الغلطة (La faute) متكررة بحيث تحول الحياة الزوجية إلى جحيم، وبما أن الغلطة كونها حقيقة قانونية يجب إثباتها بكل الطرق.علاوة على ذلك إذا أشرنا إلى واجب الزواج وهو الاحترام و الذي يعززه البند 212 من القانون المدني الفرنسي [1] فان مجرد عدم احترام هذا الشرط الذي تقوم عليه الحياة الزوجية والذي هو الاحترام فان هذا سبب كافي للتطليق بسبب الغلط مع العلم أن Patricia تعاني من سوء العشرة و العنف من طرف زوجها منذ عدة سنوات وبهذا يمكنها إثبات ذلك بالضربات التي تلقتها من زوجها مما أعطى السلطة المطلقة لتطليقها بسبب أخطاء Raoul والمتمثلة في غياب واجب الاحترام كما قام بالنظر في شروط Patricia لاحقا[2].

mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune. »

[1] Art 212 « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance. »

[2] Allison Fiorentino et Marie hascoët, ouvrage passé, page 150. / Catherine marie et Anne Cathelineau-Roulaud, ouvrage passé, page 228./ jean garrigue, ouvrage passé, page 189./guide de vos droit – famille, le particulier édition, ouvrage passé, page 219./ le guidec Raymond, ouvrage passé, page 189 .

المبحث السادس

التفريق للشقاق الحاصل بين الزوجين

- ***المطلب الأوّل*** :

- أساس الشقاق.

- ***المطلب الثانـي*** :

- مدى سلطة القاضي في التفريق للشقاق.

المطلب الأوّل

أساس الشقاق

- **الفرع الأوّل** :

ـ مفهوم الشقاق وحكمه .

- **الفرع الثانـي** :

ـ موقف قانون الأسرة الجزائري من الشقاق .

تمهيد:

على نفس الحالة السابقة لقد جعل المشرع الجزائري حالة الشقاق المستمر بين الزوجين سببا من أسباب التفريق القضائي الذي يتدخل فيه القاضي ي يمارس سلطته فيه بفك رابطة الزواج و إنهاء العلاقة الزوجية ، و بالتاي يحق للزوجة طلب الطلاق من زوجها أمام القاضي و هذا ما نصت عليه المادة السالفة الذكر 53 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة الثامنة حيث نصت:"أسبا ب طلب الزوجة الطلاق على سبيل الحصر منها: الشقاق المستمر بين الزوجين.

الفرع الأول : مفهوم الشقاق وحكمه

أولا: تعريف الشقاق وبيان شروط الحكمين

1- تعريفه :

أ- لغة :

هو غلبة العداوة والخلاف، شاقه مشاقة وشقاقا : خالفه، والشقاق هو العداوة بين فريقين، والخلاف بين اثنين، وسمي شقاقا لأن كل فريق من فريقي العداوة التمس شقا غير شق صاحبه[1]

ب- اصطلاحا :

هو النزاع بين الزوجين سواء كان بسبب أحدهما أو بسببهما معا، أو بسبب أمر خارج عنهما.

قال تعالى: (... وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا) [النساء 128]

2- شروط الحكمين :

إن شروط الحكمين المتفق عليها هي التكليف والإسلام والعدالة و فهم المقصود من مهمتهما و كيفية أدائها، و هذه الشروط هي ما قال به جمهور الفقهاء[2] :

- التكليف:لأن غير الراشد ليس من أهل الرأي في المشورة خاصة في المسائل الزوجية.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، ج10، المرجع السابق، ص 183، مادة شقق.

[2] الشربيني، المرجع السابق، ص 345، ابن قدامه، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص 169، الدسوقي، المرجع السابق ، الجزء 2 ، ص 344./ و العاملي (السعيد زين الدين الجعبي العاملي)، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج 2، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1403ه-1983م، ص 133./ و عبد الرحمان الصابوني، المرجع سابق ، ص 755.

- الإسلام: لأن الحكم في مثابة السلطان خاصة عند من يرى أن للحكمين أن يجمع و يفرقا و لو دون رضا الزوج.
- العدالة : لأن غير العدل،أي الفاسق، لا يؤمن جانبه و هو ليس أهلا للثقة حتى تسند له مهمة الإصلاح خاصة بين الزوجين.
- هناك من اشترط الذكورة لما يمتاز به الرجال من التأني و حسن التدبير عكس المرأة التي تمتاز بغلبة العاطفة و التأثر السريع [1] . إلا أن أغلب الآراء التي وجدتها لا تشير إلى هذا الشرط[2].

ثانيا: الموقف الفقهي من التفريق للشقاق

إن مهمة الحكمين الأساسية و التي لا خلاف فيها بين الفقهاء هي الإصلاح بين الزوجين و الدليل على ذلك أن الله تعالى لم يذكر في آية الشقاق إلا الإصلاح. أما إذا عجز الحكمان عن ذلك فهل لهما أن يفرقا بينهما أم لا؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال و انقسموا إلى رأيين:

1- الرأي الأول:

يرى أنصار هذا الرأي أن الحكمين وكيلان و ليس لهما إلا الإصلاح، فإذا عجزا عنه رفعا الأمر إلى القاضي دون أن يفرقا بينهما و هذا رأي المذهب الحنفي و جديد المذهب الشافعي و رواية عن الحنابلة[3] و الظاهرية[4] . و استدلوا في ذلك بآية الشقاق، حيث ذكر الله تعالى الإصلاح و لم يذكر التفريق. كما أن الحكمين إذا فرقا بطلاق فليس لهما ذلك لأنه من حق الزوج ، و إما خلعا بغير رضاهما و لا يجوز أخذ شيء مما

[1] الباجي، المنتقى، ج 7، المرجع السابق، ص 113،
[2] فالذكورة ليست بالضرورة مرادفة للتأني و حسن التدبير كما أن الرجولة ليست مقترنة دائما بالذكور دون الإناث.
[3] ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 8، مرجع سابق، ص 171.
[4] ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ص 87.

أعطي للزوجة إلا عن طيب خاطر.فمن يقول أن للحكمين أن يخلعا بغير توكيل من الزوجة فإنه خالف نص الكتاب[1] .

2- الرأي الثاني:

يرى أنصار هذا الرأي أن مهمة الحكمين الأساسية هي الإصلاح لكن إذا عجزا عن ذلك فلهما أن يفرقا بين الزوجين دون توكيل منهما أو إذن من القاضي. و قد قال بهذا الرأي من الصحابة عثمان و علي و ابن عباس و معاوية، و من الفقهاء المالكية و القديم من الشافعية[2] و قول عند الحنابلة[3].

استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي: إن نص آية الشقاق يدل على أن الحكمين قاضيان لا وكيلان، لأن الله تعالى لو أراد بالآية الوكيلين لذكرهما.و الله تعالى ذكر الإصلاح دون الفرقة لأنه الأفضل، و لأنه هدف الحكمين.و هذا لا يعني الاقتصار عليه بحيث لا يباح غيره[4]. و يقول ابن القيم في هذا:"و العجب كل العجب ممن يقول هما وكيلان لا حاكمان و الله تعالى قد نصبهما حكمين و جعل نصبهما إلى غير الزوجين، و لو كان وكيلين لقال:فليبعث وكيلا من أهله و لتبعث وكيلا من أهلها- لأن المخاطب ليس الزوجين و إنا الحاكم أو القاضي فكيف للقاضي أن يبعث وكيلين عن الغير فالوكيل يبعث من الموكل و ليس من الغير-و أيضا فلو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل و أيضا فإن الوكيل لا يسمى حكما في لغة القرآن و لا في لسان الشارع و لا في العرف العام و لا الخاص...."[5].

---

[1] عبد المؤمن بلباقي، المرجع سابق، ص 129.
[2] الصابوني،المرجع سابق، ص 764./ والقرطبي، ج 5، المرجع السابق،ص 176.
[3] ابن قدامه، المغني، ج 8،المرجع السابق ، ص 171.
[4] الصابوني، المرجع السابق، ص 765 و ما يليها.
[5] ابن القيم الجوزية ،ج 3،زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ص 210.

الترجيح:

يظهر مما سبق من أدلة الرأيين وجاهة الرأي الثاني و الذي يقول بصلاحية التفريق للحكمين . لأن المقصد الأساسي للحكمين هو إعادة الوفاق بين الزوجين فإن لم يستطيعا وجب عليهما وضع حد للشقاق و لآثاره التي تتعدى للغير و ذلك مصداقا لقوله تعالى:(و إن يتفرقا يغن الله كلا من سعته و كان الله واسعا حكيما) [النساء 130].

و يرى أصحاب هذا الرأي أن الحكمان إذا رأيا التفريق، فإن كان الإضرار من الزوج فرقا بينهما و إن كان من طرف الزوجة فرقا بينهما على جزء من مهرها على أن يكون ذلك على قدر إضرارها به [1].

خلاصة القول أن الموقف الفقهي الذي درسناه حول ما إذا كان للحكمين التفريق أم أنهما يرفعان الأمر إلى القاضي ليحكم هو بالتفريق، إن استحال الإصلاح، فيه اختلاف بين الفقهاء. و التفريق حسب الجمهور واقع لا محالة سواء من الحكمين أو القاضي لأن الشقاق ضرر و الضرر موجب للتفريق.

و الذي يهمنا في آراء الفقهاء مذهب الإمام مالك الذي يرى أن الحكمين ينفذ حكمهما بين الرجل و امرأته في الفرقة و الاجتماع ببدل أو بغير بدل. فإذا انتهيا إلى التفريق فهي واحدة بائنة و على الحاكم أو القاضي تنفيذ حكمهما وجوبا عند اتفاقهما و لا يجوز له تعقبه و لا نقضه [2].

[1] عبد المؤمن بلباقي ، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 124.
[2] محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام للطباعة و النشر و التوزيع و الترجمة، ط 1، مصر 2006، ص 96.

الفرع الثاني : موقف قانون الأسرة الجزائري من الشقاق

أولا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للشقاق في القانون القديم 11/84

أشار المشرع الجزائري إلى التطليق للشقاق بين الزوجين في قانون 11/84 و لكن بعبارة أخرى، حيث نصت المادة 56 منه على ما يلي: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما".

يظهر من نص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة الشقاق و ساوى بين الزوج و الزوجة في حق طلب التطليق للضرر و الخضوع لإجراءات التحكيم في حالة عدم ثبوت الضرر و تواصل الخصام. و الدليل على ذلك هو أن المشرع الجزائري جاء بعبارة " إذا اشتد الخصام بين الزوجين"، و لأن هذه المادة جاءت بعد المادة 55 " التي أشارت إلى حق كل من الزوجين في طلب التفريق عند نشوز أحدهما. و المادتان جاءتا منفصلتان عن المادة 53 الخاصة بطلب التطليق من طرف الزوجة فقط [1].

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للشقاق في القانون الجديد 02/05

لقد نص المشرع الجزائري على الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التفريق القضائي الذي يتدخل فيه القاضي بسلطته دون أن يلغي أو حتى يعدل المادة 56 في القانون 02/05

و هذا لا يعني أن اشتداد الخصام لا يؤدي بالضرورة إلى الحكم بالتطليق سواء بالنسبة للزوج الذي يملك حق الطلاق أو بالنسبة للزوجة التي يملك القاضي في حقها سلطة تقدير الضرر لتطليقها من زوجها،و هذا تأكيد من المشرع على تدخل القاضي بسلطته

[1] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 126./ و بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ج1، ص 156.

و الحكم للتفريق بين الزوج و الزوجة، و ذلك بطلب من هذه الأخيرة . إذا طال الخصام و اشتد و عجز الحكمان عن الصلح[1].

فالمتمعن لنص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري يفهم ضمنيا أن اشتداد الخصام هو سبب من أسباب التطليق لأنها جاءت بعد الحديث عن الطلاق في المواد من 47 إلى 52، ثم التطليق في المادة 53 و الخلع في المادة 54 ثم التطليق للنشوز في المادة 55 و بالتالي التطليق لطول الخصام في المادة 56.

كما يستنتج غرض المشرع الجزائري في إظهار نيته في تكريس سلطة القاضي في إنهاء العلاقة الزوجية بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين[2].

[1] عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 331.
دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث،المرجع السابق، ص74، وقانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05 مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة و المواريث، المرجع السابق، ص74/ وبرتي للنشر، قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 32./ وعبد القادر داودي،
[2] الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 331.

المطلب الثاني

مدى سلطة القاضي
في التفريق للشقاق

- **الفرع الأوّل** :

ـ التحكيم وإجراءاته في قانون الأسرة الجزائري.

- **الفرع الثاني** :

ـ موقف القانون المدني الفرنسي

من التفريق للشقاق الحاصل بين الزوجين .

تمهيد:

تتبين مدى سلطة القاضي في التفريق لهذه الحالة من خلال التحكيم و إجراءاته من حيث أنه أحكاما خاصة و شروطا وضعها المشرع الجزائري أم أنه أمر اختياري للقاضي يخضع لسلطته التقديرية، هذا ما سنعرفه في هذا المبحث.

الفرع الأول : التحكيم و اجراءاته في قانون الأسرة الجزائري

اولا : اللجوء الى التحكيم

إذا طبقنا القاعدة العامة للتطليق للشقاق بين الزوجين و الذي أخذ من الفقه الإسلامي فإننا نلاحظ أن اللجوء إلى التحكيم لا يتم إلا إذا ثبت الشقاق. و الدعوى لا تكيف على أنها دعوى شقاق إلا إذا لم يثبت الضرر من طرف المدعى عليه (و هو الزوج في هذه الحالة)، لأنه إذا ثبت الضرر من طرف الزوج فإن ذلك يستوجب إزالته من طرف القاضي بإجابة دعوى الزوجة و عدم الاستمرار في الصلح عن طريق الحكمين . أما إذا لم يثبت الضرر فهنا القاضي لا يطلق مباشرة و إنما يلتجئ إلى الحكمين بعد أن يكون قد حاول الصلح بين الزوجين و فشل في ذلك كما فشل في معرفة من المسيء منهما. فاللجوء إلى الحكمين خطوة مكملة لما قام به القاضي من محاولات صلح و فشله في ذلك. هنا يأتي الحكمان ليحاولا الإصلاح فإن فشلا حاولا معرفة من المتسبب في الضرر و إلا فعلى القاضي التطليق في حالة استمرار الشقاق و الخلاف.

لقد أشار المشرع إلى التحكيم في مادة وحيدة و هي المادة 56. أما بالنسبة للفقرة الجديدة الثامنة التي أضافها المشرع في المادة 53 و التي جاءت بالنص على التفريق القضائي الذي يتدخل فيه القاضي و يمارس سلطته في فك رابطة الزواج بسبب الشقاق و ذلك بطلب من الزوجة ، فإنه لا يوجد فيها أي إشارة إلى ضرورة تعيين الحكمين بصفة خاصة، و ما يؤكد ذلك ما يلي:

1. المادة 56 و التي تشير إلى الحكمين كانت موجودة في قانون 84-11، أما التفريق القضائي بسبب الشقاق فقد جاء في تعديل 2005.
2. كأن المشرع الجزائري عندما تحدث عن مواصلة الخصام و استمراره مع عدم ثبوت الضرر، قصد كل حالات دعاوى التطليق للضرر التي سبقت المادة سواء الخاصة بالزوجة فقط (فش المادة 53) أو الخاصة بالزوجين معا (المادة 55).

أي إذا لم يثبت الضرر الذي تدعيه الزوجة أو حتى الزوج و ما زالت مصرة على التطليق يعين القاضي الحكمين.

3. لكن لو افترضنا ما سبق، أي أن الحكمين يعينان في كل دعاوى التطليق للضرر إذا لم يثبت هذا الأخير، و في حالة استمرار الخصام، ما هو معيار استمرار الخصام؟

- هل يعتبر عدم ثبوت الضرر و فشل القاضي في الصلح و إصرار الزوجة على التطليق أثناء سير الدعوى استمرارا للخصام؟
- أم أن القاضي إذا لم يثبت الضرر أو حتى حاول الصلح و لم ينجح في ذلك رفض الدعوى و بعدها إذا تكرر رفع الدعوى اعتبر ذلك استمرارا في الخصام، و بالتالي حرك القاضي إجراء التحكيم.

إذا أخذنا بالافتراض الأول فإنه كان على المشرع أن يشير مباشرة إلى إمكانية لجوء الزوجة إلى دعوى الشقاق في حالة عدم ثبوت الضرر الذي ادعته، و هذا ما ذهب إليه المشرع المغربي [1].

و إذا أخذنا بالافتراض الثاني فكان على المشرع الجزائري أن يسلك مسلك المشرع المصري الذي تفادى هذا الغموض و أشار مباشرة إلى حالة تكرار الشكوى [2] ، و الذي يعد معيارا لاستمرار الخصام و بالتالي اللجوء إلى التحكيم و الحكم بالتطليق في حالة فشل الإصلاح.

4. في الأخير بقي التساؤل هل يلجأ القاضي مباشرة إلى الحكمين إذا رفعت الزوجة دعوى تطليق للشقاق المستمر بينها و بين زوجها؟

[1] المادة 100 من مدونة الأسرة المغربية.

[2] المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929م المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م.

إذا طبقنا نظرية التطليق للشقاق فإن القاضي لا محالة مجبر على ذلك لأن الشقاق ليس كغيره من صور الضرر الأخرى مثل عدم الإنفاق و الغيبة و الهجر ، إنما الشقاق قد يثبت لكن من المفروض على القاضي أن يحاول معرفة من المتسبب فيه، هل هو الزوج أو الزوجة . و نرجع لنقول أن هذا الكلام جاء في آراء الفقهاء، أما المشرع الجزائري فلم يشر إلى ذلك.

و بالنظر إلى أسباب التطليق الواردة في المادة 53 فإن ثبوت وجود الشقاق المستمر بين الزوجين كاف له للحكم بالتطليق، كثبوت عدم الأنفاق أو العيب أو الصور الأخرى المتبقية

5. أما عن وجوب اللجوء إلى التحكيم، لقد أشار المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة على حالة وجوب التحكيم حيث جاء في فقرتها الأولى ما يلي:
" إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما".

من جهة أخرى نص المشرع الجزائري في المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي:" إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"[1].

إن الملاحظ للمادتين السابقتين يجد تباينا في حكم اللجوء إلى التحكيم، حيث جاءت في المادة 56 من قانون الأسرة عبارة " وجب تعيين حكمين"، و هذا يعني أن القاضي عندما يلاحظ تواصل الخصام يجب عليه اللجوء إلى التحكيم. أما ما جاء في المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فقد أشار إلى عبارة مغايرة تماما و هي "... جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين "، و هذا يعني عدم الوجوب، لأن الوجوب ينفي

[1] قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

السلطة التقديرية للقاضي، أما الجواز فيثبتها و يجعل اللجوء إلى التحكيم خاضع لتقدير القاضي.

للتوفيق بين النصين نقول أن الأصل هو قانون الأسرة لأن القانون الثاني قانون إجرائي و حتى نص المادة 446 نص على ذلك بحيث أشار في نهاية المادة إلى "...حسب مقتضيات قانون الأسرة".

كما أنه عمليا القضاة يلجؤون في الميدان إلى التحكيم اختياريا، أي أن الأمر يخضع للسلطة التقديرية لهم. و إذا تتبعنا هذا المنطق فإننا نصل إلى نتيجة مهمة و هي أن القاضي قد لا يلجأ إلى التحكيم حتى في دعوى الشقاق لأنه لا يوجد أي نص صريح يلزمه بذلك. و هذا ما يبين سلطته الكاملة في التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق

ثانيا : إجراءات التحكيم

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى التحكيم و إجراءاته إلا في المادة 56. و هذا عكس ما ذهب إليه الفقهاء باختلاف مذاهبهم حيث فصلوا في حالات اللجوء إلى التحكيم و إجراءاته و في شروط الحكمين و مهمتهما و من له صلاحية الحكم بالتطليق بعد فشل محاولات الصلح، و الآثار المادية له و التي تختلف باختلاف المتسبب في الشقاق.

نصت المادة 56 فقرة 2 من قانون الأسرة على ما يلي:"يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

أما ما جاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري إضافة إلى المادة 446 فيتمثل فيما يلي:

- المادة 447:"يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة".

- المادة 448:" إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن".
- المادة 449:"يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، و في هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة".

هذه هي المواد التي بينت إجراءات التحكيم في القانون الجزائري ، و من خلال التمعن فيها و مقارنتها بغيرها مما جاء في قوانين الأحوال الشخصية العربية، نلاحظ ما يلي:

1. تطرق المشرع الجزائري إلى شروط الحكمين من حيث تعيينهما من أهل الزوجين أو من الجانب، حيث حسم الأمر و نص على وجوب تعيينهما من أهل الزوجين، إي حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، دون الإشارة إلى إمكانية تعذر ذلك و إعطاء البديل، و هذا ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 56 الفقرة2.
2. تطرق المشرع الجزائري إلى إطلاع القاضي على ما توصل إليه الحكمان دون تفصيل في نتيجة التحكيم و في حالة الفشل في الإصلاح و ما إذا كان سبب الشقاق يعود إلى الزوج أو الزوجة أو أنهما لم يستطيعا معرفة المتسبب فيه ، و هذا عكس ما ذهبت إليه آراء الفقهاء و التي تحكم بالتطليق لكن باختلاف التبعات المادية فيما إذا كان المتسبب في الشقاق الزوج أو الزوجة.
3. كما يلاحظ أن محضر الصلح الذي يقدمه الحكمان للقاضي ليست له ذات الحجية التي منحها المشرع الجزائري لمحضر الصلح الذي يشرف عليه القاضي[1] .لأنه

[1] و هذا وفقا للمادتين 443 و 993 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و محتواهما كالآتي:
- المادة 443:"يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي.
يوقع المحضر من طرف القاضي و أمين الضبط و الزوجين و يودع بأمانة الضبط.
يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا.
في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".
- المادة 993:"يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط".

يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر مثله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط [1].
أما المحضر الأول فلا يحتاج إلى مصادقة ليصبح سندا تنفيذيا[2].

4. أهم نقطة يمكن ملاحظتها في قضية التحكيم هي أن المشرع أعطى سلطة محددة للحكمين، و هي محاولة الإصلاح فقط، فإن نجحا في ذلك أثبتاه في محضر يصادق عليه القاضي، أما إذا فشلا فيحيلان القضية من جديد إلى القاضي. و ليس من اختصاصهما إطلاقا الحكم بالتطليق لأن هذا من مهمة القاضي. و لكن حتى النقطة الأخيرة لم يشر إليها المشرع الجزائري، أي أنه لا توجد أية إشارة إلى أن القاضي في حالة فشل الحكمان يحكم بالتطليق و هذا الأمر لم تأت به المادة 56 من قانون الأسرة و لا مواد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، رغم أن هذا كان واضحا و جليا في آراء الفقهاء كما أن المشرع الجزائري ، و بما أنه لم يتحدث عن الحكم بالتطليق في هذه النقطة بالذات فإنه كذلك لم يحدد ضمن مهمة الحكمين محاولة معرفة من المتسبب في الشقاق لكي يتمكن القاضي من الأخذ به أثناء حكمه بالتطليق أو حتى أثناء رفضه لدعوى التطليق.

إن إضافة الشقاق في المادة 53 كسبب موجب للتطليق يعطي للقاضي السلطة الكاملة في التفريق القضائي بين الزوجين يعني أنه إذا ثبت للقاضي الشقاق و الخلاف المستمر بين الزوجين فما عليه إلا التطليق لأن المادة واضحة، و مثلما هو الأمر بالنسبة للأسباب الأخرى. فإذا ثبت مثلا العيب في الزوج حكم القاضي بالتطليق و كذلك الأمر إذا ثبت هجره للزوجة و كذلك عدم الإنفاق بالشروط المنصوص عليها، و نفس الأمر إذا ثبت الشقاق.

[1] و ذلك عملا بالمادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية و التي تنص على ما يلي:"يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أر غير قابل لأي طعن، و يعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا".
[2] بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة 2، منشورات بغدادي،الجزائر،2009،ص339.

أما المادة 56 فإنها لا تشير إلى التطليق في حالة استمرار الخصام حيث لا تعطي للقاضي نفس السلطة التي أعطتها المادة 53 فهو يحاول الإصلاح و يعين الحكمين و إذا حكم بالتطليق في حالة فشل الحكمان في مهمتهما خاصة، يكون الحكم نهائيا غير قابل للاستئناف[1] ، وهذا ما حددته المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي : " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية "[2]، ويتبين من فقرة هذه المادة التي أضافها المشرع الجزائري بموجب التعديل تكريسا لسلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق المستمر بينهما.

[1] دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث، المرجع السابق، ص74، وقانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمررقم 02/05 مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة و المواريث، المرجع السابق ، ص29/ وبرتي للنشر، قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 32./ وعبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 331.

[2] برتي للنشر، قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 32.

الفرع الثاني : موقف القانون المدني الفرنسي من التفريق للشقاق الحاصل بين الزوجين

أولا : التكييف القانوني للحالة

إذا تصفحنا أنواع الطلاق في القانون المدني الفرنسي ، نجد بأن النوع الذي يوافق حالة التفريق للشقاق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، هو النوع الأول ما يسمى بالطلاق بالتراضي **(le Divorce par consentement mutuel)**

إنه طلاق مبني على موافقة كلا الزوجين على فك العلاقة الزوجية إذ يجب على هذين الأخيرين أن يقدما عريضة إلى قاضي الأسرة لتطليقهما و هذا النوع من الطلاق مقيد بالبند 230 إلى 232 من القانون المدني[1] حيث أن هذا الطلاق مبني أساسا على موافقة كلا الزوجين على جميع ما يترتب عليه الطلاق من نتائج كما يجب عليهما ـن يتمسكا بقرارهما في الطلاق طيلة مدة عملية الطلاق إلى أن يقع الطلاق فعلا و يصدر من قبل المحكمة و هذا الطلاق يمر بمرحلتين أولا تقديم الطلب المشرك بالطلاق (la présentation de la demande conjointe) و ثانيا إصدار حكم الطلاق من طرف القاضي (le prononcé du divorce par le juge) .

إذا فيما تتمثل العريضة الابتدائية لتقديم الطلب المشترك للطلاق: هي عبارة عن وثيقة من خلالها يقدم الزوجين طلبهما المشترك في الطلاق و يجب على هذه العريضة أن

---

[1]- Art230 «Dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2, le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce. »/ Art232 « Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé.

Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. »

تحترم جميع الشروط الجوهرية و الشكلية ، فالشروط الجوهرية تقضي بأن يحدد القانون مدة زمنية للطلاق لتفادي ممارسة الزواج المصطنع أو أي محاولة للزوج كما أن هذه العريضة لا يمكن تقديمها خلال ستة أشهر الأولى للزواج (البند 230 من القانون المدني) و الأزواج الذين يلتمسون الطلاق في هذه المدة يلجؤون إلى طلب طلاق من نوع آخر[1].

أما الشروط الشكلية فهي تقتضي على أن تكون العريضة مكتوبة مقيد محتواها بالبند 1090 للقانون المدني الجديد لتكون مقبولة و هي تحتوي جميع المعلومات المتعلقة بالزوجين كما أنها تحمل التاريخ و إمضاء كلا الزوجين و محاميهما[2].

كما أنه يجب أن يعرف الزوجين جميع المعلومات حول عملية الطلاق و كذا النتائج المترتبة عن الطلاق و هذا يوفر معرفة عافية حول القوانين و كذا مراحل و آثار الطلاق.

ثانيا : سلطة القاضي في التفريق للشقاق

كما أن القانون يؤكد على أن الزوجين أنه لا ينبغي لهما أن يعرفا القاضي على سبب الطلاق حيث أنه لا ينبغي لهما أن يشرحا للقاضي سبب إقدامهم على الطلاق و السبب يبقى سري لا يعلمه إلا الزوجين و بهذا فالقاضي ليس مجبرا و لا مخيرا على معرفة طبيعة أسباب الطلاق أهي جادة و لا معرفة سبب الطلاق أهو قانوني أو مباح[3].

مثل الحالة التي بين أيدينا حيث تزوج Lami بـVictoria عام 1983 وأنجبا طفلين فتفرغت Victoria لتربية الأولاد أما الزوج فاهتم بتسيير شركته الجديدة وفي سنة 2003 بدأت الخلافات بين الزوجين حيث اتهمت Victoria زوجها بانشغاله الدائم

[1] Corinne Renault brahinsky,droit des personnes et de la famille, gualino, 15em édition ; 2016-2017, page 185./ Patrick courbe, droit de la famille , page 173.
[2] Patrick courbe, droit de la famille, page 173./ Frédérique Granet-Lambrechts et patrice hilt, droit de la famille, page 125.
[3] Patrick courbe, droit de la famille, page 173- . / Corinne Renault brahinsky,droit des personnes et de la famille, page 174.

بشركته وإهماله عائلته، وفي 2007 اتخذ Lami عشيقة في عمر أولاده أما زوجته وقعت في حب مدربها، وفي 2009 هجرت بيت الزوجية للعيش مع عشيقها الجديد Joan لأنه كان يتمتع بظروف معيشية أحسن مع العلم أنها لا تعمل. مع مرور الوقت اتفق Lami وزوجته Victoria على الطلاق وعدم العيش سويا وبهذا فان الزوجين افترقا قبل سنتين أما عن علاقتهما الغير شرعية لم يأخذها القاضي بعين الاعتبار طالما الزوجين قد وافقا على مبدأ الطلاق، وبهذا قضى بتطليقهما بالتراضي[1].

[1] Allison Fiorentino - Marie hascoët, ouvrage passé, page 128 -129. / Mikael Benillouche, ouvrage passé, page 115-116. /Catherine marie et Anne Cathelineau-Roulaud, ouvrage passé, page 254. /jean garrigue, ouvrage passé, page 190./guide de vos droit – famille, le particulier édition, ouvrage passé, page 220./ le guidec Raymond, ouvrage passé, page 191 .

الفصل الثالث

سلطة القاضي في التفريق لخلل في عقد الزواج

- **المبحث الأول:**
  - ماهية الزواج.
- **المبحث الثاني:**
  - سلطة القاضي في التفريق بسبب اختلال أحد أركان الزواج.
- **المبحث الثالث:**
  - سلطة القاضي في التفريق بسبب اشتمال عقد الزواج على شرط يتنافى ومقتضياته
- **المبحث الرابع:**

سلطة القاضي في التفريق بسبب اشتمال عقد الزواج على مانع.

- **المبحث الخامس:**
  - سلطة القاضي في التفريق بسبب ردة الزوجة

تمهيد :

نستطيع استعراض الحالات التي يفرق فيها القاضي بين الزوجين بسبب خلل في عقد الزواج من خلال ما جاء في قانون الأسرة الجزائري في فصله الثالث من الباب الأول " النكاح الفاسد و الباطل " مما يحتوي عليه من مواد على النحو التالي:

- المادة (32): يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.
- المادة (33): - يبطل الزواج إدا اختل ركن الرضا.

- إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

- المادة (34): كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء.
- المادة (35): إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.

وهذه المواد في مجموعها اشتملت على الآتي:

أولا : فسخ النكاح في الحالات التالية:

1- إذا اختل ركن الرضا.

2- إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي

3- إذا اشتمل على مانع.

4- إذا اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

5- إذا ثبتت ردة الزوج.

ثانيا : يفسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعده بمهر المثل في الآتي:

1- إذا تم الزواج بدون ولي.

2- إذا تم الزواج بدون شهود.

3- إذا تم الزواج بدون صداق.

ثالثا : يبطل الزواج في الحالة التالية:

- إذا اختل ركن الرضا.

رابعا : يفسخ الزواج قبل الدخول وبعده في الحالة التالية:

- إذا تم الزواج بإحدى المحرمات (ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء).

خامسا : صحة العقد مع بطلان الشرط في حالة واحدة:

- إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، يصح العقد ويبطل الشرط.

المبحث الأول

ماهية الزواج

- **المطلب الأوّل** :

- تعريف الزواج لغة و شرعا.

- **المطلب الثانـى** :

- تعريف الزواج قانونا.

المطلب الأوّل

تعريف الزواج لغة و شرعا

- **الفرع الأوّل** :

ـ تعريف الزواج لغة .

- **الفرع الثانى** :

ـ تعريف الزواج شرعا .

الفرع الأول تعريف الزواج لغة

لغة[1]:

يأتي بمعنى الاقتران والارتباط، تقول العرب: زوجته امرأة، وتزوجت امرأةً. قال تعالى: (وزوجناهم بحور عين)[الدخان54]، أي قرنّاهم بهنّ، وقوله أيضاً: (احشروا الذين ظلموا وأزواجهم) [الصافات 22].

– وزوّج الشيء بالشيء، وزوّجه إليه: قرنه، مثل قوله تعالى في الاية السابقة.

– يقال تزوّج في بني فلان: نكح فيهم، وكذلك الزوج المرأة، والزوج المرء، قد تناسبا بعقد النكاح، قال تعالى: (أو يزوّجهم ذكراناً وإناثاً)[الشورى50] ، أي يقرنهم، وكل شيئين اقترن أحدهما بالاخر فهما زوجان.

– والزوج: الصنف من كل شيء قال تعالى: (وأنبتنا فيها من كل زوجٍ بهيج)[ق07].

– والزوج: اللون قال تعالى: (وآخر من شكله أزواجٌ)[ص58].

– والزوجُ: النمط، وقيل الديباج، قال لبيد:

من كل محفوفٍ يظلُّ عصيُّه زوجٌ، عليه كلّةٌ وقوامها.

قال بعضهم: الزوج هنا النمط يطرح على الهودج، ويشبه أن يكون سمّي بذلك لاشتماله على ما تحته اشتمال الرجل على المرأة، وهذا ليس بقوي.

---

[1] -ابن منظور: المرجع السابق، ج3، ص212./ أبادي (نجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي)، القاموس المحيط، ج1، دار الجيل، بيروت، ط1، 1371هـ–1952م، ص199.

الفرع الثانى تعريف الزواج إصطلاحا

تعريف الزواج عند فقهاء الإسلام:

إن للزواج معنا فقهيا واحدا متفق عليه في المذاهب رغم اختلاف عباراتهم في نص التعريف و سأوضح هذا كالآتي:

- **أولا :الحنفية:**

عرّفوه بقولهم: عقدٌ يفيد ملك المتعة قصدا،أي حلّ استمتاع الرجل من امرأة، لم يمنع نكاحها مانع شرعيٌ، بالقصد المباشر.

يخرج بكلمة(المرأة) الذكر و الخنثى المشكل لجواز ذكورته، و يخرج بقوله" ما لم يمنع من نكاحها مانع شرعيّ" المرأة الوثنية، والمحارم، والجِنّيَّة، و إنسان الماء، لاختلاف الجنس، قال تعالى(**و الله خلق لكم من أنفسكم أزواجا**)[النحل 72] و يخرج بكلمة (قَصْدًا) حلّ الاستمتاع ضمنا كما إذا اشترى جارية فإنّ عقد شرائها يفيد حلّ وطئها ضمنا و هو ليس عقد نكاح[1].

- **ثانيا : المالكية:**

النكاح عندهم عبارة عن عقد على متعة التلذذ المجرّدة ، فقوله:"عقد" شمل سائر العقود و قوله:"على متعة التلذّذ "خرج به كلّ عقد على غير متعة التلذّذ كالبيع و الشراء، وخرج بكلمة التلذّذ العقد على متعة معنوية كالعقد على منصب أو جاه، و خرج بقوله: "المجرّدة" عقد شراء أمَة للتلذّذ بها، لأنّه يكون في هذه الحالة لملكها قصدا و التلذّذ بها ضمنا فهو عقد شراءٍ لا عقد نكاح[2].

- **ثالثا : الشافعية:**

النكاح عندهم هو عقد يتضمن ملك وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو معناهما، بحيث يترتب عليه ملك

---

[1]- وهبة الزحيلي:الفقه الإسلامي وأدلته،ج9، المرجع السابق، ص6514./و الجزيري:المرجع السابق،ج4،ص4./ و بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ج1، الزواج و الطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967م، ،ص9./و أبو بكر جابر الجزائري: منهاج المسلم،دار سلمى، الدار البيضاء،ط3،ص430./و محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، الدار الجامعية للطباعة و النشر، ط4، بيروت، 1403هـ-1983م، ،ص30.

[2]- علي الصعيدي العدوي:الحاشية على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد القيرواني، ج2، المرجع السابق، ص33و34./ والدسوقي:المرجع السابق،ج2،ص216./والغرياني (صادق عبد الرحمان)، مدونة الفقه المالكي و أدلته ،ج2، مؤسسة الريان، ط1، بيروت، 1423هـ-2002م، ص491./ و الجزيري: المرجع السابق،ج6،ص5.

الإنتفاع باللذّة المعروفة، و على هذا يكون عقد تمليك، و بعضهم يقول: أنّه يتضمن إباحة الوطء.. الخ فهو عقد تمليك و الراجح عندهم أنّه عقد إباحة. [1]

- **رابعا : الحنابلة:**

قالوا: هو عقدٌ بلفظ إنكاح أو تزويج على منفعة الاستمتاع و هم يريدون بالمنفعة الإنتفاع كغيرهم لأنّ المرأة التى وُطِئَت بشبهة أو بزنًا كَرْها عنها لها مهر مثلها و هي تملكه لا الزوج إن كانت متزوجة لقولهَ صلى الله عليه و سلّم(..**فإن دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها**) [2]

أي نال منه بالوطء. [3]

من خلال ملاحضتنا للتعريفات الفقهية في المذاهب نجد أنّ المعنى الفقهي للزواج رغم اختلاف عبارات الفقهاء فيه إلاّ أنّها ترجع إلى معنى واحد و هوأنّ عقد النكاح وَضَعَهُ الشارع ليرتّب عليه انتفاع الزوج ببضع الزوجة و سائر بدنها من حيث التلذّذ، فالزوج يملك بعقد النكاح هذا الإنتفاع و يختص به. إذن عامة فالنكاح في الشرع هو: عقدٌ بين الرجل و المرأة، يبيح استمتاع كلٍ منهما بالآخر و يبيّن ما لكل منهما من حقوق و م،صا عليهما من واجبات، ويقصد به حفظ النوع الإنساني. [4]

و قد اختلف الفقهاء في لفظ النكاح من خلال مفهومه الشرعي:

في المذهب الحنفي: فعندهم النكاح حقيقة شرعية في الوطء ومجاز في العقد، فمتى أُطلِق النكاح في الشرع يراد به الوطء.

وقال الزمخشري وهو من علماء الحنفية:"لم يرد في القرآن –النكاح– إلاّ بمعنى العقد لأنّ كونه بمعنى الوطء من باب التصريح، ومن أراد به الكناية عنه أتى بلفظ الملامسة أو المماسة وأورد عليه قوله تعالى: (الزاني لاينكح إلاّ زانية أو مشركة)[النور3] ، فالمراد به الوطء[5]، وكذلك قوله –صلى الله عليه وسلم– : (يحل

---

[1]- الشربيني:المرجع السابق،ج3،ص11./ و الجزيري: المرجع السابق،ج4،ص4و 5 .

[2]- رواه الترمذي:كتاب:النكاح عن رسول الله صلى الله عليه و سلم،باب:ماجاء لا نكاح إلاّ بولي،1021، ج3،ص

[3]- إبن قدامة، المغني، المرجع السابق،ج7،ص340./و المرداوي (علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد السعدي الحنبلي)، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد بن حنبل، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، ج8، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1418هـ– 1997م، ص41و 42./والجزيري:المرجع السابق،ج4،ص5.

[4]- الغرياني: المرجع السابق،ج2،ص491./ و الجزيري: المرجع السابق،ج4،ص4 .

[5]- الشربيني:المرجع السابق،ج3،ص123.

للرجل من إمرأته الحائض كل شيء إلاّ النكاح) [1]."

في المذهب المالكي: النكاح عندهم في مفهوم الشرع حقيقة في العقد مجاز في الوطء، فإذا أطلق هذا اللفظ انصرف إلى العقد ولا ينصرف إلى غيره إلاّ بقرينة، ويترتب على كونه مجازاً في الوطء لا حقيقة أن من زنى بامرأة لا يحرم عليه بنتها ولا أمها.

فهو على الصحيح عند المالكية عند إطلاقه يراد به العقد فهو حقيقة فيه، وإطلاقه على الوطء اطلاق مجازي بعكس مفهومه في اللغة أن حقيقته في الوطء.

ويرى بعض المالكية أي على قلة أن النكاح حقيقة في العقد و الوطء معا فيكون مشتركاً بين كلٍ من العقد والوطء وإن كان أكثر استعماله في العقد[2].

ويقول المالكية أن لفظ النكاح لم يستعمل بمعنى الوطء في كتاب الله إلاّ في قوله تعالى:(**حتى تنكح زوجاً غيره**)[البقرة230] وقد دلّ ذلك على أن النكاح في عُرْف الشارع هوالعقد لا الوطء وأن اطلاقه على الوطء من قبيل المجاز.

في المذهب الشافعي: يرون كما هو الرأي الصحيح عند المالكية أن النكاح حقيقة شرعية في العقد مجاز في الوطء كما جاء به القرآن والأخبار[3].

في المذهب الحنبلي: النكاح عندهم كذلك هو حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وقيل: أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً، وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد[4].

فمن خلال عرضنا للمعنى الشرعي للفظ النكاح في المذاهب الأربعة نجد أن الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة قد اتّفقوا على أنّه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، بينما خالفهم الحنفية في ذلك فقالوا: أنّه حقيقة في الوطء مجاز في العقد.

---

[1]- رواه مسلم:كتاب الحيض،باب جواز غسل الحائض رأس زوجها، وترجيله وطهارة سؤرها والإتكاء في حجرها و قراءة القرآن فيه،302،ج2،ص169.

[2]- علي الصعيدي العدوي: المرجع السابق،ج2،ص33و34./والدسوقي:المرجع السابق،ج2،ص216.

[3]- الشربيني:المرجع السابق،ج3،ص11.

[4]-إبن قدامة، المغني، المرجع السابق،ج7،ص340./و المرداوي:المرجع السابق،ج8،ص 41 و42.

المطلب الثانـي

تعريف الزواج قانونا

- **الفرع الأوّل** :

ـ تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري

- **الفرع الثانـي**:

ـ تعريف الزواج في القانون المدنـي الفرنسي

الفرع الأول: تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

حاو ل المشرع الجزائري وضع تعريف لعقد الزواج أكثر تسوية بين الرجل والمرأة في المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري الجديد بقوله:

"الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين للمحافظة على الأنساب".

وما يلاحظ في هذا التعريف القانوني الجديد أنه أضيف لفظ رضائي، أي أنّه لابد من وجود الرضا بين الزوجين مصرّحاً به من الطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة. كما أنّ القانون هنا لم يتعرض لموضوع عقد الزواج وآثاره القانونية، ولكنه ذكر غايته المتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، ولعل السبب في هذا هو الخشية من أن يظن أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة، فذهب المشرع في هذه المادة إلى ذكر الغاية منه، وهذا ما ذهبت إليه تشريعات العائلة العربيية المعاصرة.

فمثلاً المادة الأولى من قانون الأسرة السوري تعرّف الزواج بأنّه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".

وكذلك القانون المغربي في المادة الرابعة من مدونة الأسرة الجديدة الصادرة سنة 2005 تعرّف الزواج بأنّه: "ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة"[1].

وكذلك جعل المشرع الجزائري عقد الزواج في هذه المادة شبيها بباقي العقود عامة حينما قال: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي" وهذا يمكن أن يكون عقدا تجارياً مستوفياً لشروطه القانونية، كما يصح أن يكون قرضاً أو هبةً.. الخ، الأمر الذي يجعل هذا التعريف منقوصاً من خصائص عقد الزواج الذي يتّسم بالقدسية، وليس في العقود ما يشبهه حتى نذهب لحصر أغراضه التي لا تحصى ولا تعد، وهذا ما يؤكّد عدم الدقّة في وضع تعريف جامع مانع[2].

---

[1]- بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ص30-31.

[2]- فضيل سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ص46 /عبد القادر داودي:الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص23.

الفرع الثاني: تعريف الزواج في القانون المدني الفرنسي .

إن كل الأنظمة القانونية أعطت أهمية كبرى للزواج والذي هو يعتبر أحد أقدم العادات الإنسانية.

والقانون المدني الفرنسي لا يعطي تعريفا قانونيا للزواج، فالتعريفات المقترحة من قبل المشرعين تترجم آراءهم و أفكارهم غير أن غاية الزواج تكمن في (بناء خلية اجتماعية، توريث ارث، الإنجاب.....)

لكن يمكن إعطاء مفهوم له من خلال التعريفات المختلفة بأنه عقد قانوني رسمي يربط بين رجل و امرأة أو بين شخصين من نفس الجنس (الزواج المثلي)، حيث يوحدهما ويوحد بينهما في كل شيء، ويكون إشهار هذا الزواج بحفلة القران، ويعتبر الشخصان اللذان يقبلان على الزواج هم الزوجين، وهذه العلاقة ينظمها القانون المدني الفرنسي [1] الذي بين كيفية تكوين الزواج

[1] -Angéline Engler et Ophélie Grare, droit civil, tome 3, droit de la famille, édition robert atlani, 2012, paris, page 39./ Sébastien de Benalcázar, pacs – mariage et filiation (étude de la politique familiale, Doctorat – Notariat, Collection de theses dirigée par Bernard beignier Doyen de la faculté de droit de Toulouse, tome 27, édition Defrénois, paris, 2007, page 164-167./ Pascal de vareilles-Sommières et Dominique Fenouillet, la contractualisation de la famille, études juridiques, Economia, 2001, page 59-65./ Gérard cornu : droit civil, la famille, ouvrage passer, page 277. / jean garrigue, ouvrage passé, page 190./guide de vos droit – famille, le particulier édition, ouvrage passé, page 220./ le guidec Raymond, ouvrage passé, page 191 .

المبحث الثاني

سلطة القاضي في التفريق بسبب اختلال أحد أركان الزواج

- ***المطلب الأوّل*** :

- أركان الزواج.

- ***المطلب الثاني*** :

- بيان مدى سلطة القاضي في التفريق.

المطلب الأول

أركان الزواج

- **الفرع الأوّل** :

- تعريف الركن.

- **الفرع الثانـي** :

- بيان أركان الزواج.

الفرع الأول: تعريف الركن .

أولا : تعريف الركن في اللغة :

يقال ركن الشيء أي جانبه الأقوى[1].

وجاء في محيط المحيط والركن من الشيء الجزء والجانب الأقوى منه، والأمر العظيم، وما يقوى به من ملكن وغيره والعز والمنعة، جميع أركان والأركان، الأطراف.

ثانيا: تعريفه في الاصطلاح الفقهي :

والركن في الاصطلاح الفقهي، قريب نم معناه اللغوي، إذ لا يخرج عن كونه جزء من ماهية الشيء، وحقيقته، يوجد بوجوده وينعدم بانعدامه.

وقد عرفه الأستاذ علي حسب الله بأنه: [جزؤه الذي لا يتحقق وجوده إلا به][2].

ويكاد هذا المعنى أن يكون متفقا عليه عند الفقهاء، وإن اختلفت تعابيرهم عنه[3].

---

[1] ابن منضور، المرجع السابق، ج6، ص 218./والمعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، ط1983، ص 349 (ركن)./ و الرازي، مختار الصحاح، (م ر ك ن)، ص 107.

[2] علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية ، (ط؟)، دار الفكر العربي، ص 33.

[3] ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار، ج 2، المرجع السابق، ص262، 263./و الصاوي، بلغه السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ط (1372-1952)، مصطفى البابي الحلبي، بمصر، ج1، ص374./و د. وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ج 7/36،37./ و أبوا البركات أحمد الدردير الشرح الصغير بهامش بلغة المسالك 2-83./والدردير، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه، ج 2، ص220./ وعبد الرحمن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ، ط/1 (1399هـ) المطابع الأهلية للأوفست، الرياض 246/6.

الفرع الثاني: بيان أركان الزواج

نصت المادة التاسعة تحت عنوان أركان الزواج من قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل 27 فبراير2005 على التالي:

(يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة وشاهدين وصداق).

لكن بعد التعديل جاءت على النحو التالي :

(ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين).

كما نصت المادة التاسعة مكرر منه على ما يلي : (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

-أهلية الزواج

-الصداق

-الولي

-شاهدان

انعدام الموانع الشرعية للزواج.

ثم فسرت المادة العاشرة المقصود من الرضا حيث جاء فيها: (يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا).

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة وعرفا كالكتابة والإشارة.

فأركان الزواج إذن في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل هي أربعة:

1. الرضا (والذي عبر عنه بالإيجاب والقبول).

2. ولي الزوجة.
3. الشاهدان.
4. الصداق

لكن بعد التعديل قلص المشرع الجزائري الأركان إلى ركنين اثنين وحصرهما في الرضا (الصيغة)، والزوجين.

ثم بين في مكرر المادة المعدلة ما عده شروطا يجب توفرها في عقد الزواج من أهلية الزوجين، و الصداق، والولي، و الشاهدين

وإذا رجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية اثراءا للموضوع و معتمدين على ما أشار إليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 222 السالفة الذكر، نجد بأن الفقهاء قد اتفقوا على أن الصيغة (الإيجاب والقبول)، ركن من أركان الزواج واختلفوا فيما عداها على النحو التالي :

- **فالأحناف** : يعتبرون أن (الصيغة) هي الركن في الزواج، وما عداها يعد شرطا من شروطه.

فقد جاء في تحفة الفقهاء: [أما ركنه (أي الزواج) فهو الإيجاب والقبول من الزوجين وهما لفظان يعبر بهما عن الماضي أو يعبر بأحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل][1].

وهذا التقسيم في نظري جدير بالاعتبار، وإن كان لا مشاحة في الاصطلاح إلا أن الدقة في الاستعمال، أمر محبذ، وتعريف الركن يجعلنا نقف هذا الموقف، فالركن هو جزء من ماهية الشيء وحقيقته، وأن الأركان الأخرى عند الفقهاء قد لا ينطبق عليها هذا التعريف، والخروج من دائرة الخلافات اللفظية يحتمه عليها العصر.

[1] السمرقندي(علاء الدين السمرقندي)، تحفة الفقهاء،ج 2، دار الكتب العلمية، ط1، 1405ه- 1984م، ص176./ والحسيني(أبوا السعود محمد بن علي بن علي اسكندر الحنفي الأزهري)، حاشية أبي السعود على شرح مسكين المسماة بفتح الله المعين على شرح الكنز للعلامة محمد ملا مسكين، ج2، مطبعة المويلحي، كراتشي، 1287ه، ص 776.

- **والمالكية** :أركان الزواج عندهم أربعة على المشهور وهي: الولي، والصداق، والمحل (الزوج والزوجة) والصيغة.

قال خليل[1] رحمه الله: [وركنه ولي، وصداق، ومحل، وصيغة بأنكحت وزوجت، وبصداق وهبت][2].

وعند المحققين من فقهاء المالكية: أركان الزواج هي المحل والصيغة، وهو رأي الحنفية كما سبق، وكما يقول- علي حسب الله- من أن ركن الزواج هو الصيغة، لأن وجود الصيغة شرعا يقتضي وجود الزوجين.

جاء في أسهل المدارك قوله: [قال رحمه الله: والولي شرط وهو المسلم الذكر الحر المكلف الرشيد واختلف في العدالة والأظهر أنها شرط كمال. وما ذكره من أن الولي شرط في النكاح، مثله لابن جزي، خلافا لما في المختصر من أن الولي ركن في النكاح، وهو المشهور....وقال المهر وهو شرط في صحة الدخول على الصحيح[3].

وجاء في الشرح الكبير: [ولم يعد الشهود من الأركان، لأن ماهية العقد لا تتوقف عليه، ويرد أن الصداق كذلك، فالأولى جعلهما شرطين][4].

-**أما الشافعية** : فعندهم أركان الزواج خمسة وهي: الصيغة، والزوجة والشاهدان، والزوج والولي.

جاء في زاد المحتاج بشرح المنهاج: [فصل في أركان النكاح وهي خمسة: صيغة، وزوجة وشاهدان وشاهدان وزوج وولي وهما العاقدان][1].

---

[1] خليل، ضياء الدين خليل بن إسحاق فقيه مالكي صاحب المختصر توفي سنة 749هـ. ابن فرحون المالكي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار التراث للطباعة و النشر، ج1، ط2012، ص 357

[2] الحطاب(الشيخ أبواعبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالحطاب)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ، وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل ، مكتبة النجاح، ليبيا، ج3، ص 420.

[3] الكشناوي (أبوا بكر بن حسن بن عبد الله)، أسهل المدارك لشرح إرشاد السالك في فقه مالك، دار الفكر، ج2، ص 69.

[4] الدسوقي، ج2، المرجع السابق، ص280.

وهذا على وجه التفصيل، أما إذا أردنا أن ننظر إليها من زاوية أخرى كما الأستاذ الجليل على حسب الله[2] نجد أن الأركان عنهم اثنان وهما:

- الصيغة (تشمل الزوج والزوجة والولي).
- والشاهدان.

- **وأما الحنابلة** : فعدوا أركان النكاح ثلاثة وهي: المحل (الزوج والزوجة) والإيجاب، والقبول.

جاء في حاشية الروض المربع: [وأركانه، أي أركان النكاح ثلاثة احدها الزوجان الخاليان من الموانع، المعتدة، والثاني: الإيجاب، وهو اللفظ الصادر من الولي أو من يقوم مقامه، والثالث: القبول، وهو اللفظ الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه][3].

والآن سنقوم بمناقشة أركان قانون الأسرة الجزائري بالتفصيل على النحو التالي :

أولا : الرضا (الايجاب و القبول)

فالرضا يتمثل في الصيغة التي عدها قانون الأسرة الجزائري من الأركان وينطوي تحتها ما يلي :

1- ألفاظ انعقاد الصيغة :

ذهب قانون الأسرة إلى أن الزواج ينعقد بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا حسب ما نصت عليه المادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر.

---

[1] الكوهجي (الشيخ عبد الله بن الشيخ حسن الكوهجي)، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حققه، حققه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، (ط؟)، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 108/3.

[2] أنظر تعريف الركن في هذا المبحث.

[3] و النجدي، حاشية الروض المربع، المرجع السابق، ج6، ص. /وابن قدامة، الكافي في قفه الامام أحمد بن حنبل، ج2، منشورات المكتب الاسلامي بدمشق، ط1، ص 634 وما بعدها، فقد ذكرها باسم شرائط النكاح.

ولهذا يعاب كثيرا على قانون الأسرة هذا الإطلاق الموجود في المادة، وكان عليه أن يحدد ماذا يقصد باللفظ يفيد النكاح شرعا، خاصة ونحن نعيش في عصر ماتت فيه الضمائر وكثرت الدعاوى، فكان عليه أن يتفطن غلى هذا مزيلا هذا الإطلاق ومقيدا له بلفظي الإنكاح والتزويج وما يشتق منهماااللذين اتفق عليهما فقهاء الشريعة الإسلامية بلا خلاف[1].

ولقد اقتصر الشافعية والحنابلة على لفظي (الإنكاح والتزويج) فلا ينعقد الزواج عندهم بغير هذين اللفظين[2].

وعللوا ذلك بالآتي:

قالوا إن القرآن ذكر الألفاظ التي بها ينعقد الزواج وهي لفظي (الإنكاح والتزويج) وذلك في قوله تعالى:(وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ) {سورة النور، الآية 32 }. وفي قوله تعالى:(زَوَّجْنَاكَهَا) {سورة الأحزاب، الآية 37 }.

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان، اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله"[3] والكلمة التي احل الله بها النكاح وذكرها في كتابه هي لفظ الإنكاح والتزويج.

وقالوا إنه لم يذكر في القرآن سواهما، فوجب الاقتصار عليها تعددا. وقالوا أيضا، لأن عقد الزواج رفيع القدر عظيم الخطر، يتعلق بالأعراض، وتنبني عليه مصالح كثيرة، وجليلة، فكما خص من بين العقود بوجوب الإشهاد عليهن خص باللفظ الذي لا شبهة مطلقا في دلالته عليه. وهذا رأي له وجاهته.

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق،ج1، ص98./قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق،ص 13.

[2] النجدي، المرجع السابق، ج 246/6./ وا ابن قدامة، ا لكافي، ج652/2./ و المرداوي ،المرجع السابق، ج8، ص 45./ والكوهجي ، زاد المحتاج بشرح المنهاج ، المرجع السابق ،ج3،ص180 ./ والمزني، المختصر ، ص 176 ، ملحق بالأم الشافعي.

[3] رواه أبو داود، كتاب المناسك باب صفة حجة النبي صلى الله عليه وسلم، ص 462، ورواه ابن ماجة في سننه، المناسك، ص 1025.

أما الأحناف فقد ذهبوا إلى أن الزواج ينعقد بكل لفظ وضع لتمليك العين في الحال كالهبة والصدقة والبيع وغيرها، وهو قول بعض المالكية على غير المشهور عندهم، ومشهور[1] المالكية أن الزواج ينعقد بلفظ (النكاح والتزويج والهبة إذا اقترنت بذكر الصداق).

أما المذهب الظاهري [2]، فإنهم يرون أن الزواج ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج والتمليك والإمكان وبغيرها لا ينعقد.

وذهب الشيعة الإمامية: إلى أن الزواج ينعقد بفظ التزويج والإنكاح ومتعتك، [فالإيجاب زوجتك وانكحتك ومتعتك لا غير][3].

وقد استدل الحنفية ومن معهم بالآتي: بقوله تعالى: (وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ)(سورة الأحزاب الأية 50).

وجه الاستدلال: قالوا بأن الخصوصية التي تثبت للرسول صلى الله عليه وسلم في قوله "خالصة لك" إنما هي لصحة التزويج بغير مهر، لا إباحة التزويج بلفظ الهبة لقوله تعالى: (لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ) و الرسول صلى الله عليه وسلم لا يلحقه حرك باستبدال لفظ بلفظ، فهو أفصح العرب، وإنما الحرج في إعطاء البدل وهو مهر الزوجة الواجب بسبب عقد الزواج.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم للذي أراد أن يتزوج ولم يكن معه شيء (ملكتكها) [4] لما معك من القرآن.

[1] الكشناوي، أسهل المدارك، ج 2، المرجع السابق، ص69./ والدردير، الشرح الكبير، ج 2/220-221.
[2] ابن حزم، المحلى ، ج 11، ص45- 46.
[3] السعيد زين الدين الجعبي العاملي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، المرجع السابق، ج5، ص 108.
[4] رواه الإمام مسلم، النكاح باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن رقم 1425، ص 1014.

وقالوا بأن لفظ الهبة والتمليك استعمله الشرع في عقد الزواج فقياس عليهما بقية الألفاظ التي تفيد مل كالعين بدون عوض كالصدقة، والجعل، وتأخذ حكمها.

وقد نوقش الحنفية فيما استدلوا به: فعن استدلالكم بالآية، فهو مردود لأن ذلك خصوصية من خصوصيات الرسول صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى: (خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ) وأجاب الأحناف بأن الخصوصية في الآية هي التزويج بدون مهر وليست لاستعمال لفظ الهبة في عقد النكاح.

ونقول بأنه لم يثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه عقد نكاحا بلفظ الهبة، وعليه يكون تأويل الآية لا جناح عليك يا محمد أن تتزوج بالمرأة بدون مهر، إن وهبت نفسها لك بأن تتزوجها بدون مهر.

ونوقش الأحناف استدلالهم بالحديث (ملكتكها بما معك من القرآن) أن الحديث ورد بعبارات أخرى بلفظ (زوجتكها)[1] و(أنكحتكها) وأخرى (زوجناكها) وكلها روايات وردت بطرق صحيحة والقصة واحدة، فالظاهر أن الراوي روى بالمعنى ظنا منه أن معناها واحد، ولهذا لا تكون حجة، ولو فرض أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الألفاظ فلا حجة فيه أيضا لأن النكاح انعقد بأحدها والباقي فضلة، وهذا على فرض صحة الروايات الثلاث لكن الراجح أن رواية (زوجتكها) هي الراجحة لأنها رواية الجمهور،

أما رواية ملكتكها فهي رواية واحد[2].

[1] رواه البخاري، النكاح باب السلطان ولي، رقم 4842، ص 1973-1774، أنظر نيل الأوطار 170/6.

[2] وأنه بحق كما قال الدكتور محمد أبو شهبه في رده على أبو ردية الذي طعن في الحديث بأن طريقة العلماء المحققين في هذا الحديث وأمثاله هو الترجيح وبذل الجهد في التحري والبحث عن حقيقة اللفظ الذي صدر من الرسول صلى الله عليه وسلم وهذا ما فعله الأئمة تجاه الروايات في هذا، قال ابن دقيق العيد:" وهذه لفظة واحدة في قصة واحدة، و نقل عن الدار قطني أن الصواب من روي زوجتكها، وأنهم أكثر وأحفظ"./ أبوا شهبة (د.محمد محمد أبو شهبه من علماء الأزهر الشريف)، الدفاع عن السنة ورد شبه المستشرفين والكتاب المعاصرين، مجمع البحوث الإسلامية، مطبعة الأزهر، 1985، ص 70.

وقالوا: أن ألفاظ الهبة والتصدق والبيع والتمليك وإن أفادت تمليك العين فهي ألفاظ ينعقد بها غير النكاح خاصة به وصارت كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال، ولا يصح بالأخيرة اتفاقا فيكون الحكم كذلك في الأولى.

وقد سلم الأحناف بالحديث لصحته، لكنهم أخذوا على معاريضهم اقتصارهم (كلمة الله الواردة في الحديث "استحللتم فروجهن بكلمة الله" على التزويج والإنكاح) بان معنى كلمة الله الواردة في الحديث، أي حكم الله فيكون معنى حل الفروج بكلمة الله أي: حلها بحكم الله، والقاعدة تقول: (إن كل لفظ جعل علما على حكم شرعي فهو حكم الله) فمن هذا الوجه أصبح الحديث لا ينفي الاستحلال إلا بكلمة الله فكان مسكونا عنه فلا يصح الاحتجاج به[1].

أما قولكم بأن ألفاظ الهبة والبيع وغيرها كنايات في الزواج وينعقد بها غيره، فلا ينعقد بها النكاح فهو كلام مردود، بأن القرينة جعلته ينصرف إلى الزواج وينصرف عن غيره فأمن تصحيحه بمجازه فيقع به النكاح كما يقع الطلاق بكنايات الطلاق.

وما نراه جديرا بالاعتبار هو قول الشافعية والحنابلة من أن الزواج لا ينعقد إلا بلفظي (الإنكاح والتزويج).

وإن كان استدلال الحنفية له اعتباره، إلا أنه بالنظر إلى خطورة عقد النكاح وقداسته، يستلزم منا الاحتياط فيه، وقد رأينا مدى قوة أدلة الجمهور في ذلك ثم إنه ليس هناك ضرورة تلجئنا إلى عقد النكاح بألفاظ الهبة والبيع والتصدق، كما أن المرأة ليست سلعة تقوم حتى نساومها بالبيع والتصدق، وإنما هي إنسان له حرمته وعظمته عند الله، وعند الناس، فلا يقاس النكاح بغيره من الأشياء. وفي الاقتصار على اللفظين (الإنكاح والتزويج) الخروج من دائرة الخلافات الهامشية، وهو أمر ميسور لكل إنسان، فلم الاختلاف إذن؟

[1] السمرقندي، المرجع السابق، ج2، ص 176 وما بعدها./ والحسيني، المرجع السابق، ج2، ص 776.

2- صور الايجاب والقبول اللفظية:

لقد نصت المادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري على أنه : (يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا).

فالإيجاب هو ما صدر من أحد الطرفين والقبول ما صدر من الطرف الآخر، فإن تكلم الزوج أولا كان لفظه هو الإيجاب وإن تكلم الولي أولا كان لفظه هو الإيجاب[1]. وبهذا نجد بأن قانون الأسرة الجزائري وافق رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية اللذين لا فرق عندهم من تقديم الإيجاب على القبول، أو القبول على الإيجاب، وخالف في ذلك الحنابلة[2] فقد اشترطوا تقدم الإيجاب على القبول، وإلا لم يصح النكاح.

ويعللون ذلك بأن القبول إنما يكون للإيجاب، والإيجاب عندهم هو اللفظ الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه.

جاء في حاشية الروض المربع: [وأركانه.....والثاني الإيجاب وهو اللفظ الصادر من الولي أو من يقوم مقامه. والثالث القبول وهو اللفظ الصادر من الزوج أو يقوم مقامه][3].

والمقصود على كل من ذلك، كما يقول علي حسب الله: (أن تكون دلالة اللفظ على الرضا في الحال قطعية، فإذا كان محتملا للرضا بالزواج، وللوعد به، فإنه لا يحمل الرضا من غير مرجح، فلا ينعقد به الزواج).

3 - موافقة القبول للايجاب:

لقد ذكر قانون الأسرة الجزائري هذا ضمنيا في المادة العاشرة " بكل ما يفيد شرعا.

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق،ج1، ص98./قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق،ص 13.

[2] النجدي، المرجع السابق، ج 6، ص249، و ابن قدامة، الكافي، ج2، ص653./ والمرداوي، المرجع السابق، ج 50/8.

[3] النجدي، المرجع السابق، ج 6، ص246./ والعاملي، المرجع السابق، ج5، ص109.

و الشرع يقتضي موافقة الايجاب للقبول وذلك كان يقول ولي الزوجة: زوجتك ابنتي فاطمة[1].

- فيقول الزوج: قبلت.
- وإن قال ولي الزوجة: زوجتك ابنتي فاطمة.
- فقال الزوج: قبلت زواج ابنتك عائشة، فلا ينعقد الزواج في هذه الحالة لتباين القبول عن الإيجاب.
- وإن قال: زوجتك ابنتي بمهر قدره كذا.
- فقال الزوج: قبلت بمهر كذا وذكر مهرا أقل، فلا ينعقد الزواج لتباين القبول عن الإيجاب.

أما إن قال زوجتك ابنتي بكذا فقال الزوج قبلت بكذا (وذكر مهرا زائدا عما ذكره ولي الزوجة) فيصح العقد، لموافقة القبول للإيجاب ضمنا، لأنه قبل المذكور وزيادة.

4- <u>كيفية اتمام الايجاب و القبول</u>:

من خلال ملاحظتنا للمادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: (..... ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة) ، نجد بأن المشرع الجزائري لم يشر إلى ضرورة الترتيب فيما إذا كان الأخرس يعرف الكتابة فإنها تتعين عليه جهل الكتابة انتقل إلى الإشارة والعبرة فيما كان أكثر بيانا، والكتابة أبين وأدل على مرادها من الإشارة. وعليه نقترح عليه أن يراعي هذا الترتيب، حتى لا يخرج عن نطاق الفقه الإسلامي، خاصة إذا عملنا بأحكام المادة 222 منه.

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق،ج1، ص98./قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق،ص 13.

فعند صدور الإيجاب إذا كان العاقدان في المجلس فلا بد من صدور القبول في نفس المجلس، وأن لا يظهر ما يدل على الإعراض من أحدهما كرجوع الموجب قبل إصدار القبول أو كقيام القابل، أو خروجه من المجلس. وإلا يبطل العقد ولا يصح، وكل ما يقطع العقد مما يعد إعراضا يفسد به العقد، ولو تراخى القبول عن الإيجاب ما داما في المجلس، ولو طال المجلس يصح العقد ولا يبطله التراخي[1].

أما إن كان أحد العاقدين غائبا فإن المجلس يعتبر عند قراءة الكتاب أو عند سماع الرسول بحيث يصدر القبول عند قراءة الكتاب، وهذا عند الحنفية أما عند المهور فلا ينعقد النكاح إلا باللفظ مطلقا، وعند سماع الرسول فإن ما صدر منه ما يدل على الاعتراض عرفا، ثم صدر القبول بعد ذلك فلا ينعقد الزواج لعدم اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ويصح الإيجاب والقبول بما يدل على الزواج لغير قادر بالنطق بالعربية ويعقد لغيرها[2].

كما يصح الإيجاب والقبول بالإشارة من الأخرس[3] والعاجز عن النطق بشرط أن تكون الإشارة معهودة من الأخرس للقاعدة (الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان) والترتيب ضروري فإن كان يستطيع الكتابة فيها وإلا فبالإشارة المعهودة.

ثانيا : الولي :

لقد اعتبر قانون الأسرة الجزائري الولي بعد تعديل 2005 شرطا من شروط الزواج

---

[1] النجدي، المرجع السابق، ج 6، ص 250./ وابن قدامة، المغني ، ج6،ص254./ و أ د مصطفى شلبي ،المدخل في الفقه الإسلامي، ، ط/10 (1405-1985)، الدار الجامعية، ص 637.

[2] الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج 180/3./والنجدي، المرجع السابق،ج6،ص 251.
ويشترط الحنابلة لصحة العقد أن يكون التلفظ من العربي بالعربية لا غير./ وابن قدامة ، الكافي ،ج2، ص652./ وابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، (ت 759هـ) (القاعدة العاشرة)، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص 13.

[3] ابن قدامة، المغني،ج 6،ص558./ حماد((د. نزيه حماد)، نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، ط1، 1414ه – 1994م، ص57.

يجب توفره فيه[1] بعد أن كان يعتبره ركنا من أركان الزواج بهذا يكون قد وافق ما ذهب إليه الحنفية.

وبهذا وضع حدا للتناقض الذي كان عليه القانون قبل التعديل في عده الولي ركن من أركان الزواج- موافقا لما ذهب إليه كل من المالكية و الشافعية و ضمنا برأي الحنابلة من جهة- حيث اعتبر الولي ركن من أركان الزواج[2]، ونص على ذلك في المادة التاسعة من هذا القانون ثم أضاف أن امرأة يتولى عقد نكاحها وليا حيث يقول في المادة الحادية عشر: (يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها والأولين والقاضي ولي من لا ولي له).، و موافقا الحنفية ضمنا من جهة أخرى حيث اعتبر العقد الذي لا يباشره الولي يصح بعد الدخول ويفسخ قبل الدخول، وهنا إذا رجعنا إلى تعريف الركن نجد التناقض، لأن الركن إذا اختل أو فقد يفسد مع العقد قبل الدخول وبعده. وإمضاء العقد بعد الدخول يقتضي أن الولي ليس بركن، مع أن المشهورعند الحنفية أن الزواج إذا عقد بغير ولي، وكان الزوج غير كفء، يفسخ النكاح ولو بعد الدخول، إذا رأى الأولياء ذلك[3].

وبهذا التعديل الذي أقدم عليه المشرع الجزائري للمادة التاسعة التي بين من خلالها أن انعقاد الزواج يكون برضا الزوجين ، و المادة التاسعة مكرر التي جعل فيها الولي شرطا من الشروط التي يجب توفرها في عقد الزواج، بالإضافة إلى المادة 11 التي حصر فيها دور الولي في عقد الزواج في الحضور مع ابنته بحيث تنص المادة على ما يلي : " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره "، يكون قد أحدث خطرا محدقا على كثير من الفتيات اللواتي إذا شعرن بالحرية المزعومة خاصة الجامعيات منهن يمارسن البغاء، حتى إذا أحست

[1] برتي للنشر، قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، ص 18./ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 30.
الكشناوي، أسهل المدارك، ج 2، المرجع السابق، ص69./والنجدي، المرجع السابق،ج6،ص
251./والنووي، روضة الطالبين، ج7، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1964م، ص 64./والهيتمي (شهاب
[2]الدين أحمد بن حجر)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج7، مطبعة مصطفي محمد، ص254.
[3] السمرقندي، المرجع السابق، ج2، ص 176 وما بعدها./ والحسيني، المرجع السابق، ج2، ص 776.

بالحركة في أحشائها، أدعت مع عشيقها أنهما متزوجان، وهذا باب يجب سده قبل أن ينفتح علينا بوابل من المصائب والمشاكل التي تثقل كاهل المحاكم.

ثم إن الفتاة من خلال هذا القانون المعدل تتطاول على أهلها وتتزوج بمن شاءت من غير ترو ولا مشاورة، فتكثر المشاكل والدعاوى ويكثر على إثرها الطلاق الذي هو ابغض الحلال إلى الله، والذريعة في ذالك كله، الحكم بصحة الزواج من غير ولي بعد الدخول.

وكان من الواجب على المشرع الجزائري أن يسد هذا الباب منعا للفساد وتحقيقا للمصلحة، ولهذا اقترح عليه أن يعد الولي ركنا من أركان الزواج، و أن يعتبر بطلان الزواج بغير ولي بعد الدخول وقبله، تجنبا للمخاطر، و الدعاوى الملفقة، وهذا رأي جمهور الفقهاء،خاصة وإنه قد اعتبر تدخل القاضي إذا حاول الولي منع في ولايته من الزواج من غير مصلحتها بأن يحمله على التزويج، فإن أبى زوجها القاضي نيابة عنه ، وهذا ما تقتضيه المصلحة العامة للزواج. والله أعلم.

ولنجد أحسن ما نختم به هذه المناقشة قوله صلى الله عليه وسلم في هدا الباب " الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها " [1]، فدل الحديث على أحقية الثيب بنفسها بمعنى لا يعقد عليها حتى يطلب الولي الأمر منها بالإذن بالعقد، والمراد من ذلك اعتبار رضاها، كما دل الحديث على أن ولي البكر أحق بها منها، كما أنها إذا استؤذنت فصمتت، فان ذلك يكفي كدليل على موافقتها[2].

1- رواه مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح، 2545، ج4، ص 141./ والترمذي، كتاب النكاح عن رسول الله، باب ما جاء في استئمار البكر و الثيب،1026، ج3، ص 416./ والنسائي، كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها، 3208، ج6، ص 84./ ومالك، كتاب النكاح، باب استئذان البكر و الثيب في أنفسهما، 1103، ص 356.

2-السيوطي، تنوير الحوالك على شرح موطأ مالك، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2003، ص 487./ والصنعاني، المرجع السابق، ج3، ص 370./ والشوكاني، نيل الأوطار،المرجع السابق، ج4، ص 582-583.

ثالثا : الصداق :

على خلاف قانون الأسرة الجزائري القديم الذي كان يوافق مشهور المالكية في عده الصداق ركنا من أركان الزواج[1]، فقانون الأسرة الجزائري الجديد بعد تعديل 2005 وافق الصحيح عند المالكية وغيرهم، أن الصداق ليس بركن من أركان الزواج، لأن الركن إذا فقد في العقد فيعد باطلا لا أثر له لأنه كالعدم. وجعل الصداق شرطا من شروط الزواج التي يجب توفرها فيه، فهو أثر من آثار الزواج الصحيح، وهو حق من حقوق الزوجة، ونص على هذا في المادة 09 مكرر المعدلة والسالفة الذكر[2].

والصداق هو ما تأخذه المرأة من الرجل هدية من الله، إعلاما منه سبحانه وتعالى لشرف هذا العقد وقداسيته، وهو حق للمرأة على زوجها أوجبه الله سبحانه وتعالى حيث قال: (وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً) {سورة النساء، الآية 4}.

وعلى هذا فلا زواج بدون مهر، وهذا باتفاق جمهور الفقهاء، إلا ما خص به النبي صلى الله عليه وسلم من التزويج بلا مهر لقوله تعالى (وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ۗ) {سورة الأحزاب، الآية50 }.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 30/ وبرتي للنشر، قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، ص 19./ و الكشناوي، أسهل المدارك، ج 2، المرجع السابق، ص69./ والدردير، الشرح الكبير، ج 2/220-221./ والسيد سابق، قه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، ط8، 1987م، ص128./ وداودي عبد القادر، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، حث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2005، ص124.

دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث، ط2003، ص24، وقانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمررقم 02/05 مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة و المواريث، ط2007، ص29/ وبرتي للنشر،

[2] قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، ص 18./ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 30.

كما أن الأمة أجمعت على صحة عقد الزواج المفوض من غير أن يذكر فيه مهر لقوله تعالى: (لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ) {سورة البقرة، الآية 236}[1].

ومع هذا، اختلفوا فمنهم من عده ركنا من أركان الزواج ومنهم من عده شرطا من شروطه، وعلى العموم فقد أجمعوا أن لا زواج بدون مهر والخلاف هنا لا يعدوا أن يكون لفظيا، لأن الجميع متفق على جواز عقد النكاح من غير ذكر المهر. وجرى بينهم خلاف في حالة ما إذا اشترط في عقد النكاح أن لا مهر فهل يصح العقد مع هذا الشرط المنافي لمقتضى العقد؟ أم أنه يبطل الشرط؟ وهذا ما سنشير إليه في الشروط المقترنة بالصيغة أو (الشروط في النكاح) بإذن الله.

رابعا : الشهود :

لقد اعتبر قانون الأسرة الجزائري الجديد بعد تعديل 2005 الشهود شرط من شروط الزواج التي يجب توفرها فيه، لكنه ذكره من غير قيد[2]، والذي يبدو أنه يذهب إلى ما ذهبت إليه الأحناف.

ولكن كما قلنا سالفا بإشارته في المادة 222 بان كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وجدنا أن اشتراط العدالة في الشهود ثابت روى ابن حبان[3] في صحيحه عن سعيد بن يحيى بن سعيد الأموي عن حفص بن غياث عن ابن جريح عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت

---

[1] الكشناوي، أسهل المدارك، ج 2، المرجع السابق، ص69./ والدردير، الشرح الكبير، ج 2/220-221.

[2] دلاندة يوسف، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 19.

[3] ابن حبان: أبو حاتم بن حبان بن أحمد بن حبان شيخ خراسان كان من أوعية العلم في الفقه واللغة والحديث توفي بسجستان بمدينة سبت سنة 354هـ.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا نكاح إلا وبلي وشاهدي عدل وما كان على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[1].

وقوله صلى الله عليه وسلم : " لا نكاح إلا ببينة"[2]. وأدلة كثيرة أكدت عدالة الشهود في النكاح.

ويشترط في الشاهدين الإسلام، والعقل والبلوغ والسمع، وفهم كلام العاقدين باتفاق جمهور الفقهاء.

وقد اختلفوا في الذكورية فلا يصح شهادة رجل وامرأتين أو أربع نسوة عند المالكية والشافعية[3]، وأجاز الأحناف، وفي رواية للحنابلة:

(شهادة الرجل والمرأتين)[4].

أما عن اشتراط العدد فلا خلاف فيه من أنه لابد من رجلين [5]عند الشافعية والمالكية وعند الأحناف وبعض الحنابلة رجلين، أو رجل وامرأتين على الأقل ولا يصح بشهادة النساء وحدهن[6].

---

[1] صحيح ابن حبان، ص 305، حديث رقم 1247.

[2] سنن الترمذي، نكاح ما جاء إلا بينة، 412/3.

[3]المزني، مختصر المزني، ص 176. الكشناوي، أسهل المدارك، ج 2، المرجع السابق، ص69./ والدردير، الشرح الكبير، ج 220/2-221./ و

[4] ابن قدامة،المغني 484/6 وما بعدها./ السرخسي، المبسوط، ج5، ص 30 وما بعدها.

[5] والحسيني، فتح الله المعين على شرح الكنز، ج2، ص 716./ الكشناوي، أسهل المدارك، ج2، ص69.

6 السرخسي، المبسوط، ج5، ص 30 وما بعدها. / ابن قدامة ، الكافي، ج2، ص652./ و المزني، مختصر المزني، ص 176./ والحسيني، فتح الله المعين على شرح الكنز، ج2، ص 716./ الكشناوي، أسهل المدارك، ج2، ص69

المطلب الثانـي

بيان مدى سلطة القاضي في التفريق

- ***الفرع الأوّل*** :

- في قانون الأسرة الجزائري.

- ***الفرع الثانـي*** :

- موقف القانون المدنـي الفرنسي من أركان الزواج.

الفرع الأول: بيان مدى سلطة القاضي في التفريق لاختلال أحد أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إذا أردنا مناقشة و معرفة مدى سلطة القاضي في التفريق بسبب اختلال أحد أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري،لابد من التعريج إلى المادة 33 المعدلة بموجب قانون الأسرة الجديد الصادر في 27 فبراير 2005 والتي تنص على ما يلي :

- يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا
- إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء[1].

أولا :

على عكس قانون الأسرة القديم، فالمشرع الجزائري في قانون الأسرة الجديد عدل المادة الثالثة و الثلاثين منه المذكورة أعلاه،والتي ينص من خلالها صراحة في بندها الأول على بطلان الزواج الذي تختل فيه الصيغة – التي حصرها مع الزوجين كركنين للزواج في المادة التاسعة المعدلة كذلك والسالفة الذكر- ويقضي المشرع كذلك بفسخ هذا الزواج الذي يختل فيه هذا الركن الأساسي قبل الدخول و بعده.

وبالتالي أعطى للقاضي السلطة المطلقة في إبطال الزواج إذا اختل فيه هذا الركن الركين، والقيام بفسخه سواء قبل الدخول أو بعده

ادن فالمشرع الجزائري وافق الفقهاء الذين اتفقوا في أنه لا وجود لعقد فقد احد أركانه مع اختلافهم في أركان الزواج وبالتالي: فالعقد يكون باطلا إذا اختل احد أركانه، وقد

1 دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث، ط2003، ص24، وقانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمررقم 02/05 مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة و المواريث، المرجع السابق، ص29/ وبرتي للنشر، قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، ص 18./ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 30.

اتفقوا على أن الصيغة –الإيجاب والقبول) ركن من أركان الزواج، وعليه فاختلال الصيغة يبطل الزواج، وحكمه الفسخ قبل الدخول وبعده اتفاقا.

ثانيا :

كما يقضي المشرع في البند الثاني من نفس المادة الثالثة و الثلاثين بفسخ الزواج قبل الدخول و بعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء

- إذا تم الزواج بدون شاهدين.
- إذا تم الزواج بدون صداق.
- إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه.

هذه الأمور الثلاثة التي يعتبرها قانون الأسرة الجديد المعدل في 2005 في المادة التاسعة مكرر السالفة الذكر، بشروط يجب توفرها في الزواج، على عكس قانون الأسرة الجزائري القديم الذي كان يعتبرها من أركان الزواج[1].

وبالتالي أعطى للقاضي كذلك السلطة المطلقة في التدخل في الزواج إذا اختل فيه أحد هذه الشروط التي يجب توافرها فيه، والقيام بفسخه سواء قبل الدخول أو بعده.

إذن فقانون الأسرة الجزائري الجديد على عكس قانون الأسرة القديم يعتبر الزواج الذي تم بدون إشهاد غير صحيح، ويجب فسخه قبل الدخول و بعده موافقا بذلك ما اتفق عليه الفقهاء جميعا أن الزواج بدون شهود لا يصح أن يبنى بها من غير إشهاد، ولو حدث الدخول بلا إشهاد، فالفسخ يجب، لكن يسقط الحد لشبهة الاختلاف، للإعلان عند الدخول[2].

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 29./
السرخسي، المبسوط، ج5، ص 30 وما بعدها. / ابن قدامة ، الكافي، ج2، ص652./ و المزني، مختصر المزني، ص 176./ والحسيني، فتح الله المعين على شرح الكنز، ج2، ص 716./ الكشناوي، أسهل المدارك، ج2، ص69.
[2]

و إذا تم الزواج بدون صداق فيفسخ قبل الدخول وبعده كذلك ،وبالرجوع لأحكام الشريعة للتفصيل أكثر مستعملين أحكام المادة 222 السالفة الذكر، نجد بأنه إذا كان العقد بدون ذكر صداق ‘فالعقد صحيح و لم يقل أحد بفساده، إلا أن المهر يثبت بالدخول بمهر المثل، ويسميه الفقهاء (نكاح التفويض) وهو صحيح لازم باتفاق الفقهاء جميعا[1].

[1] ابن قدامة ، الكافي، ج2، ص652./ و المزني، مختصر المزني، ص 176./ والحسيني، فتح الله المعين على شرح الكنز، ج2، ص 716./ الكشناوي، أسهل المدارك، ج2، ص69.

الفرع الثاني: موقف القانون المدني الفرنسي من أركان الزواج

لقد بين المشرع الفرنسي في القانون المدني في الجزء المخصص لأحكام العائلة، كغيره من قانون الأسرة الجزائري ، أركانا لابد من توفرها في عقد الزواج وإلا لا يوجد زواجا أصلا ، قد توجد معاشرة جنسية بين طرفين ولكنه ليس زواجا، ومن هذه الأركان : ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي يعقد بها الزواج وقد يكون رئيسها أو من يمثله، بالإضافة للطرفين الذين يريدان الزواج بغض النظر عن جنسيهما إن كان مختلفا أو من نفس الجنس ، فالقانون الجديد المعدل يخول ذلك ، ولا بد كذلك من شاهدين بغض النظر عن جنسيهما كذلك ، وبالتالي لابد من توفر على الأقل خمسة أركان لانعقاد الزواج[1] .

ولقد بين هذا المشرع الفرنسي في المواد من 144 إلى 164 من القانون المدني الفرنسي ، التي تؤكد على ضرورة توفر كل هذه الأركان على الأقل لكي يستطيع الطرفين القيام بعقد الزواج، ويستطيع كذلك ضابط الحالة المدنية عقد هذا الزواج وتوثيقه بسجل البلدية[2]

[1] Odile Roy, droit de la famille, édition Archétype82, 4em édition, 2017, paris, page 16. / Vincent Egéa, ouvrage passé, page 42. / Gérard Cornu , ouvrage passé , p285./Dominique Fenouillet, ouvrage passé, p 35. Catherine marie, ouvrage passé, p 140./jean garrigue, ouvrage passé, page 190./guide de vos droit – famille, le particulier édition, ouvrage passé, page 220./ le guidec Raymond, ouvrage passé, page 191 . /

[2] Code civil, DALLOZ , p312 - 320.

المبحث الثالث

سلطة القاضي في التفريق بسبب اشتمال عقد الزواج على شرط يتنافى و مقتضياته

- **المطلب الأوّل** :

- شروط الزواج.

- **المطلب الثانـى** :

- بيان مدى سلطة القاضي في التفريق.

المطلب الأول

شروط الزواج

- **الفرع الأوّل** :

- تعريف الشرط.

- **الفرع الثانى** :

- بيان شروط الزواج.

الفرع الأول : تعريف الشرط

أولا : تعريفه لغة[1]:

الشرط مصدر وإلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، جمع شروط وهو بسكون الراء.

والشرط (بفتح الراء) العلامة جمع أشراط.

ومنه قوله تعالى: (فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا) (سورة محمد، الآية 18). أي أشراط الساعة بمعنى علامات القيامة.

ثانيا : تعريفه في الاصطلاح الفقهي:

الشرط ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود لا عدم له[2].

وقد عرفه الأحناف بأنه: [ما يتوقف عليه وجود الشيء، ولم يكن جزء من حقيقته][3]، وكذا تعريفه عند الجمهور.

وفي ثناياه نشير إلى آراء الفقهاء في هذه الشروط مناقشين ما نراه في حاجة إلى مناقشة، ومرجحين ما استطعنا إلى ذلك سبيلا، وبالقدر الذي يخرج بنا عما تتطلبه الدراسة، والله الموفق.

---

[1] ابن منضور، المرجع السابق، ج8، ص 57-58./ وبطرس البستاني، محيط المحيط، مادة (شرط)، ص 460.

[2] شيخ الإسلام أبي يحي زكريا الأنصاري الشافعي، غاية الوصول شرح لب الأصول، (مطبعة عيسى البابي الحلبي، ص 13./و د. صالح غانم السدلان ، الشروط في النكاح، ، ط/2 (1409-1988)، دار معاذ للنشر والتوزيع، ص 21.

[3] ا ابن قدامة ، الكافي، ج2، ص652./ و المزني، مختصر المزني، ص 176./ والحسيني، فتح الله المعين على شرح الكنز، ج2، ص 716./ الكشناوي، أسهل المدارك، ج2، ص69./ الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص 36./ و د.احمد الحصري ، النكاح والقضايا المتعلقة به، ط/1(1406-1986)، دار ابن زيدون، بيروت، ص 107-108.

الفرع الثاني: بيان شروط الزواج

سبق أن ذكرنا أن أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري الجديد المذكورة في المادة التاسعة المعدلة الرضا و الزوجين

أما ما كان يعتبر ركنا في قانون الأسرة القديم من صداق وولي وشاهدان، فقد اعتبرها قانون الأسرة الجزائري الجديد في المادة التاسعة مكرر منه، شروطا يجب توفرها في الزواج بالإضافة إلى أهلية الزواج و انعدام الموانع الشرعية للزواج[1].

نبدأ بركن الرضا الذي عبر عنه بالإيجاب و القبول كما حددت المادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري بقولها : " يكون الرضا بايجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا " ، وهذا يتمثل في الصيغة. ثم ركن الزوجين ويعبر عنهما بالعاقدين، ثم نعرج على ما اعتبره المشرع الجزائري في هذا القانون شروطا يجب توفرها في الزواج بعد ما كان يعتبرها أركانا في قانون الأسرة القديم[2]

إن المتصفح لمواد قانون الأسرة الجزائري يجدها مواد عامة ذكرت الأركان وما يجب توفره في الزواج لكن لم تفصل في شروط هذه الأركان ما عدا المادة العاشرة منه السالفة الذكر، وعلى هذا لكي نفصل في شروط هذه الأركان نعود للشريعة الإسلامية عملا بأحكام المادة 222 من القانون السالفة الذكر ونجد بأن الفقهاء قد اتفقوا مثل قانون الأسرة الجزائري على أن الصيغة (الإيجاب والقبول) ركن من أركان الزواج، إذ لا يتصور نكاحا بغير إيجاب وقبول مطلقا، وأي علاقة بين رجل وامرأة انعدمت فيها الصيغة فهي محض زنا اتفاقا.وهذه الأخيرة تتضمن شروطا لابد من توفرها حتى يكون الزواج صحيحا، ومما تجدر به الإشارة هنا، قبل البدا في الشروط أن الفقهاء

[1] دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 11- 17./ وبرتي للنشر، قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص 11.
[2] دلاندة يوسف، المرجع نفسه، ص 11- 17./ وبرتي للنشر، قانون الأسرة ، المرجع نفسه، ص 11.

اختلفوا في الأركان منهم من يعدها شروطا للزواج، ومنهم من يعدها أركانا ، وعليه فسنمشي على التقسيم الذي تبناه قانون الأسرة الجزائري الجديد ، محاولين مناقشة ما تبناه.

أولا : شروط الصيغة

1- شروط الانعقاد:

إن المتصفح لأقوال الفقهاء يجد بأن هناك ثلاث أنواع من الألفاظ في عقد النكاح:

- النوع الأول: اتفق الفقهاء على أن الزواج ينعقد به بلا خلاف، وهما لفظي (النكاح والتزويج) وما اشتق منهما.
- النوع الثاني: اتفق الفقهاء على أن الزواج لا ينعقد به، وهي الألفاظ التي لا تدل على دوام الملكية، كالإجازة والسلف.
- النوع الثالث: اختلف فيه الفقهاء وهي الألفاظ التي تدل على تمليك العين في الحال ببدل أو بغير بدل، كالهبة والصدقة.

النوع الأول: اتفق الفقهاء على أن الزواج ينعقد بلفظي التزويج والإنكاح وما يشتق منهما.

واقتصر الشافعية والحنابلة على لفظي (الإنكاح والتزويج) فلا ينعقد الزواج عندهم بغير هذين اللفظين[1].

وعللوا ذلك بالآتي:

[1] النجدي، حاشية الروض المربع، 6ج، ص246./ وا ابن قدامة ، الكافي، ج2، ص652./ و المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاق على مذهب أحمد بن حنبل، المرجع السابق ، ج8، ص45./ والكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، ج3، ص180./ و المزني، مختصر المزني، ص 176 ، ملحق بالأم الشافعي./و محمد طنطاوي، الأحوال الشخصية، ص 44.

قالوا إن القرآن ذكر الألفاظ التي بها ينعقد الزواج وهي لفظي (الإنكاح والتزويج) وذلك في قوله تعالى:(وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ) {سورة النور، الآية 32 } وفي قوله تعالى:(زَوَّجْنَاكَهَا) {سورة الأحزاب، الآية 37}.

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان، اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله"[1] والكلمة التي احل الله بها النكاح وذكرها في كتابه هي لفظ الإنكاح والتزويج.

وقالوا إنه لم يذكر في القرآن سواهما، فوجب الاقتصار عليها تعددا. وقالوا أيضا، لأن عقد الزواج رفيع القدر عظيم الخطر، يتعلق بالأعراض، وتنبني عليه مصالح كثيرة، وجليلة، فكما خص من بين العقود بوجوب الإشهاد عليهن خص باللفظ الذي لا شبهة مطلقا في دلالته عليه. وهذا رأي له وجاهته.

النوع الثاني: الألفاظ التي لا تدل على ملكية المنفعة في الحال على الدوام كالإعارة والوصية بخلاف الكرخي[2] من الحنفية الذي ذهب إلى أن العقد يصح بكل لفظ وضع للتمليك مطلقا، سواء كان لتمليك الأعيان، أو المنافع.

النوع الثالث: كل لفظ وضع لتمليك العين في الحال (كالبيع والهبة) ذهب الأحناف إلى أن الزواج ينعقد بكل لفظ وضع لتمليك العين في الحال كالهبة والصدقة والبيع وغيرها، وهو قول بعض المالكية على غير المشهور عندهم، ومشهور[3] المالكية أن الزواج ينعقد بلفظ (النكاح والتزويج والهبة إذا اقترنت بذكر الصداق).

---

[1] رواه أبو داود، كتاب المناسك باب صفة حجة النبي صلى الله عليه وسلم، ص 462، ورواه ابن ماجة في سننه، المناسك، ص 1025.

[2] السمرقندي، تحفة الفقهاء، المرجع السابق، ص 176-177./ والحسيني (محمد أبو السعود بن علي بن علي) ،الحاشية، ج2، ص 716./ والحسيني، فتح الله المعين على شرح الكنز، ج2، ص 716.

[3] الكشناوي، أسهل المدارك، ج2، ص69./ والدردير،الشرح الكبير، ج2، ص 220-221.

أما المذهب الظاهري [1]، فإنهم يرون أن بلفظ الإنكاح والتزويج والتمليك والإمكان وبغيرها لا ينعقد.

وذهب الشيعة الإمامية: إلى أن الزواج ينعقد بفظ التزويج والإنكاح ومتعتك، [فالإيجاب زوجتك وأنكحتك ومتعتك لا غير][2].

وقد استدل الحنفية ومن معهم بالآتي: بقوله تعالى: (وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ) {سورة الأحزاب، الآية 50}.

وجه الاستدلال: قالوا بأن الخصوصية التي تثبت للرسول صلى الله عليه وسلم في قوله "خالصة لك" إنما هي لصحة التزويج بغير مهر، لا إباحة التزويج بلفظ الهبة لقوله تعالى: (لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ) و الرسول صلى الله عليه وسلم لا يلحقه حرك باستبدال لفظ بلفظ، فهو أفصح العرب، وإنما الحرج في إعطاء البدل وهو مهر الزوجة الواجب بسبب عقد الزواج.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم للذي أراد أن يتزوج ولم يكن معه شيء (ملكتكها) [3] لما معك من القرآن.

وقالوا بأن لفظ الهبة والتمليك استعمله الشرع في عقد الزواج فقياس عليهما بقية الألفاظ التي تفيد مل كالعين بدون عوض كالصدقة، والجعل، وتأخذ حكمها.

وقد نوقش الحنفية فيما استدلوا به: فعن استدلالكم بالآية، فهو مردود لأن ذلك خصوصية من خصوصيات الرسول صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى: (خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ) وأجاب الأحناف بأن الخصوصية في الآية هي التزويج بدون مهر وليست لاستعمال لفظ الهبة في عقد النكاح.

---

[1] ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج 45/11، 46.

[2] السعيد زين الدين الجعبي العاملي ،الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، المرجع السابق، ج5، ص 108.

[3] رواه الإمام مسلم، النكاح باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن رقم 1425، ص 1014.

ونقول بأنه لم يثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه عقد نكاحا بلفظ الهبة، وعليه يكون تأويل الآية لا جناح عليك يا محمد أن تتزوج بالمرأة بدون مهر، إن وهبت نفسها لك بأن تتزوجها بدون مهر.

ونوقش الأحناف استدلالهم بالحديث (ملكتكها بما معك من القرآن) أن الحديث ورد بعبارات أخرى بلفظ (زوجتكها)[1] و(أنكحتكها) وأخرى (زوجناكها) وكلها روايات وردت بطرق صحيحة والقصة واحدة، فالظاهر أن الراوي روى بالمعنى ظنا منه أن معناها واحد، ولهذا لا تكون حجة، ولو فرض أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الألفاظ فلا حجة فيه أيضا لأن النكاح انعقد بأحدها والباقي فضلة، وهذا على فرض صحة الروايات الثلاث لكن الراجح أن رواية (زوجتكها) هي الراجحة لأنها رواية الجمهور،

أما رواية ملكتكها فهي رواية واحد[2].

وقالوا: أن ألفاظ الهبة والتصدق والبيع والتمليك وإن أفادت تمليك العين فهي ألفاظ ينعقد بها غير النكاح خاصة به وصارت كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال، ولا يصح بالأخيرة اتفاقا فيكون الحكم كذلك في الأولى.

وقد سلم الأحناف بالحديث لصحته، لكنهم أخذوا على معاريضهم اقتصارهم (كلمة الله الواردة في الحديث "استحللتم فروجهن بكلمة الله" على التزويج والإنكاح) بان معنى كلمة الله الواردة في الحديث، أي حكم الله فيكون معنى حل الفروج بكلمة الله أي: حلها بحكم الله، والقاعدة تقول: (إن كل لفظ جعل علما على حكم شرعي فهو حكم

---

[1] رواه البخاري، النكاح باب السلطان ولي، رقم 4842، ص 1973-1774.

[2] وأنه بحق كما قال الدكتور محمد أبو شهبه في رده على أبو ردية الذي طعن في الحديث بأن طريقة العلماء المحققين في هذا الحديث وأمثاله هو الترجيح وبذل الجهد في التحري والبحث عن حقيقة اللفظ الذي صدر من الرسول صلى الله عليه وسلم ، وهذا ما فعله الأئمة تجاه الروايات في هذا، قال ابن دقيق العيد:" وهذه لفظة واحدة في قصة واحدة، و نقل عن الدار قطني أن الصواب من روي زوجتكها، وأنهم أكثر وأحفظ"./ د.محمد محمد أبو شهبه ، الدفاع عن السنة ورد شبه المستشرفين والكتاب المعاصرين، ، مجمع البحوث الإسلامية، مطبعة الأزهر، 1985، ص 70.

الله) فمن هذا الوجه أصبح الحديث لا ينفي الاستحلال إلا بكلمة الله فكان مسكونا عنه فلا يصح الاحتجاج به.

أما قولكم بأن ألفاظ الهبة والبيع وغيرها كنايات في الزواج وينعقد بها غيره، فلا ينعقد بها النكاح فهو كلام مردود، بأن القرينة جعلته ينصرف إلى الزواج وينصرف عن غيره فأمن تصحيحه بمجازه فيقع به النكاح كما يقع الطلاق بكنايات الطلاق[1].

وما نراه جديرا بالاعتبار هو قول الشافعية والحنابلة من أن الزواج لا ينعقد إلا بلفظي (الإنكاح والتزويج).

وإن كان استدلال الحنفية له اعتباره، إلا أنه بالنظر إلى خطورة عقد النكاح وقداسته، يستلزم منا الاحتياط فيه، وقد رأينا مدى قوة أدلة الجمهور في ذلك ثم إنه ليس هناك ضرورة تلجئنا إلى عقد النكاح بألفاظ الهبة والبيع والتصدق، كما أن المرأة ليست سلعة تقوم حتى نساومها بالبيع والتصدق، وإنما هي إنسان له حرمته وعظمته عند الله، وعند الناس، فلا يقاس النكاح بغيره من الأشياء. وفي الاقتصار على اللفظين (الإنكاح والتزويج) الخروج من دائرة الخلافات الهامشية، وهو أمر ميسور لكل الناس، فلم الاختلاف إذن؟ خاصة نحن في عصر تفرض علينا ظروفه وأوضاع الناس فيه أن تعدد الألفاظ التي يتفق على أن المراد منها قطعا هو الزواج دون أدنى احتمال آخر وذلك مقتصر على هذين اللفظين الذين ورد بهما القرآن الكريم

أ: صور الإيجاب والقبول اللفظية:

يتحقق الإيجاب والقبول في الزواج في الحالات التالية:

* إذا كان كل منهما بصيغة الماضي ، كأن يقول ولي الزوجة، زوجتك ابنتي فلانة فيقول الزوج قبلت[1].

1-السمرقندي، تحفة الفقهاء، المرجع السابق، ص 176-177./ والحسيني، فتح الله المعين على شرح الكنز، ج2، ص 716

* أن يكون أحدهما بصيغة الماضي والآخر المستقبل، كقول ولي الزوجة أزوجك ابنتي فلانة فيقول الزوج قبلت.

*أن يكون أحدهما بصيغة الأمر والآخر بصيغة الماضي كقول الزوج: زوجني ابنتك فيقول ولي الزوجة قبلت.

ولا فرق عند جمهور الفقهاء[2] من تقديم الإيجاب على القبول، أو القبول على الإيجاب، وخالف في ذلك الحنابلة[3] فقد اشترطوا تقدم الإيجاب على القبول، وإلا لم يصح النكاح.

ويعللون ذلك بأن القبول إنما يكون للإيجاب، والإيجاب عندهم هو اللفظ الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه.

ب : موافقة القبول للإيجاب:

وذلك كان يقول ولي الزوجة: زوجتك ابنتي فاطمة.

- فيقول الزوج: قبلت.
- وإن قال ولي الزوجة: زوجتك ابنتي فاطمة.
- فقال الزوج: قبلت زواج ابنتك عائشة، فلا ينعقد الزواج في هذه الحالة لتباين القبول عن الإيجاب.
- وإن قال: زوجتك ابنتي بمهر قدره كذا.
- فقال الزوج: قبلت بمهر كذا وذكر مهرا أقل، فلا ينعقد الزواج لتباين القبول عن الإيجاب.

---

[1] الكوهجي، المرجع السابق، ج3، ص183./ الصاوي: المرجع السابق، ج2، ص 87./ و السرخسي، المرجع السابق ، ط2، دار المعرفة بيروت ، ج5، ص30./ وابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج2، ص 645./ ابن حزم، المحلى، المرجع السابق،ج11، ص 46.

[2] الكوهجي، المرجع السابق، ج3، ص183./ الصاوي: المرجع السابق، ج2، ص 87./ و السرخسي، المرجع السابق ، ط2، دار المعرفة بيروت ، ج5، ص30./

[3] النجدي، المرجع السابق، ج6، ص 249./ و ابن قدامة، الكافي، ج2، ص 653./ والمرداوي، المرجع السابق، ج8، ص50.

أما إن قال زوجتك ابنتي بكذا فقال الزوج قبلت بكذا (وذكر مهرا زائدا عما ذكره ولي الزوجة) فيصح العقد، لموافقة القبول للإيجاب ضمنا، لأنه قبل المذكور وزيادة.

ج : اتحاد مجلس القبول والإيجاب:

عند صدور الإيجاب إذا كان العاقدان في المجلس فلا بد من صدور القبول في نفس المجلس، وأن لا يظهر ما يدل على الإعراض من أحدهما كرجوع الموجب قبل إصدار القبولن أو كقيام القابل، أو خروجه من المجلس. وإلا يبطل العقد ولا يصح، وكل ما يقطع العقد مما يعد إعراضا يفسد به العقد، ولو تراخى القبول عن الإيجاب ما داما في المجلس، ولو طال المجلس يصح العقد ولا يبطله التراخي[1].

أما إن كان أحد العاقدين غائبا فإن المجلس يعتبر عند قراءة الكتاب أو عند سماع الرسول بحيث يصدر القبول عند قراءة الكتاب، وهذا عند الحنفية أما عند المهور فلا ينعقد النكاح إلا باللفظ مطلقا، وعند سماع الرسول فإن ما صدر منه ما يدل على الاعتراض عرفان ثم صدر القبول بعد ذلك فلا ينعقد الزواج لعدم اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ويصح الإيجاب والقبول بما يدل على الزواج لغير قادر بالنطق بالعربية ويعقد لغيرها، ويشترط الحنابلة لصحة العقد أن يكون التلفظ من العربي بالعربية لا غير.

كما يصح الإيجاب والقبول بالإشارة من الأخرس[2] والعاجز عن النطق بشرط أن تكون الإشارة معهودة من الأخرس للقاعدة (الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان) والترتيب ضروري فإن كان يستطيع الكتابة فبها وإلا فبالإشارة المعهودة.

2- شروط الصحة:

يشترط في الصيغة ما يلي :

[1] النجدي، المرجع السابق، ج6، ص250./ وابن قدامة، المغني، ج6، ص254./ ، د/مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، الملرجع السابق، ص 637.

[2] ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص 558.

أ- أن تكون منجزة بحيث تدل على ترتيب آثارها وتحققها في الحال، ومن غير إضافة إلى زمن مستقبل: كزوجتك ابنتي في الشهر القادم، أو بعد غد، فيقول الزوج قبلت، فهذا معنى الإضافة غلى زمن، بأن تجعل لثبوت حكم العقد وترتب آثاره ظرفا مستقبلا، كيوم غد أو بعد شهر.

وهذا العقد غير صحيح، لا عند العقد، ولا عند مجيء الزمن المضاف إليه بالاجتماع.

جاء في تحفة الفقهاء: [وأما النكاح المضاف إلى وقت، أو المعلق بشرط لا يصح بالاجتماع][1].

أما التعليق على الشرط بأن تجعل ثبوت العقد وترتب آثاره موقوفا على أمر آخر بأداة من أدوات الشرط، كأن يقول ولي الزوجة: زوجتك ابنتي إن نجحت في الامتحان، أو زوجتكها إن دخلت الدار أو إن فعلت كذا...

فالحكم فيه كالسابق، إذ خطورته أشد لأنه إن كان المعلق عليه أمر محقق الوقوع كطلوع الشمس ونحوه، فيكون في حكم المضاف إلى زمن، وإن كان محتمل الوقوع، كتعليقه على مجيء زيد فهو أشد، لأنه فيه غرر، وهذا العقد الجليل يترفع عن المقامرة والاحتمال، لأنه أساسا يبنى على التريث والجدية.

ب- أن تكون الصيغة مؤبدة: ويشترط لصحة عقد الزواج أن يكون مؤبدا، غير مؤقت بوقت محدد، أو مجهول ويتصور وجود التأقيت في أمرين:

ج- أن تكون الصيغة بلفظ المتعة أو أن تكون مؤقتة بمدة زمنية.

* فنكاح المتعة[2] سواء ذكرت المدة أم لم تذكر، حرام لا يجوز.

وقد شرع هذا في الإسلام ثم نسخ إلى الأبد، لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي روي عن سبره بن معبد الجهني أنه غزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

[1] السمرقندي (علاء الدين السمرقندي)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، ط1، ج2، ص 177.

[2] الشوكاني (محمد بن علي الشوكاني)، الدراري المضية شرح الدرر البهية ، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1، 2005 ، مج2، ص 258-259 ./ و المزني، المختصر، ص 175.

فتح مكة فأذن لهم في المتعة ثم نهى عنها فقال: " أيها الناس إن كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده شيء منهم فلبخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا"[1].

* وأما التأقيت بوقت محدد وذل يكون بلفظ (الإنكاح والتزويج) وبحضور الشهود إلا أن الصيغة تحدد بمدة، كأن يقول الولي زوجتك ابنتي مدة إقامتك في هذا البلد، وهو باطل يصح عند جميع الفقهاء، إلا أن الإمام زفر[2] من الحنفية ذهب إلى بطلان الشرط وصحة الزواج، وهذا الفرق بين زواج المتعة والزواج المؤقت وحكمهما عند جمهور الفقهاء الحرمة.

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان الزوج ينوي التأقيت في نفسه ولم يصرح به.

د- أن تكون الصيغة بحضرة الشاهدين.

اختلف العلماء باعتبار الشهادة[3] في الزواج فمنهم من اعتبرها ركنا من أركان الزواج كالشافعية، ومنهم من اعتبرها شرطا من شروط الصحة في الزواج، كالحنفية والحنابلة وعلى المشهور عند المالكية الذين يعتبرونها شرط صحة في الدخول، ولا يفهم من هذا أن المالكية لا اعتبار للشهادة عندهم، كلا، وإنه كما قال الصاوي: "حاصلة أن أصل الإشهاد على النكاح واجب وإحضارها عند العقد مندوب فإن حصل عند العقد فقد وجد الأمران الوجوب والندب وإن فقد

---

[1] رواه الإمام مسلم، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة 1025/5.

[2] ابن همام الحنفي، فتح القدير، المرجع السابق، ج2، ص 384./ زفر بن الهذيل، هوفقيه جمع بين العلم والعبادة وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي توفي سنة 158 هـ ./ و خلكان (أبوا العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر خلكان)، وفيات الأعيان وأنباء الزمان، حققه د.إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ص 345.

[3] الكوهجي، المرجع السابق، ج3، ص183./ والصاوي، بلغة السالك بحاشية الشرح الصغير، ج2، المرجع السابق، ص 87-88./و السرخسي، المرجع السابق ، ج5، ص30./ واالامام مالك، المدونة الكبرى، ج2، ص 158./ والدردير، الشرح الصغير،ج3، ص84./والحسيني (ممد أبو السعود بن علي الحسيني)، الحاشية، ج2، ص 9./ والسمرقندي،المرجع السابق، ج2، ص 195. / وابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج2، ص 645. /والمرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،المرجع السابق، ج8، ص 120./والنجدي، المرجع السابق، ج6، ص 276.

وقت العقد ووجد عند الدخول فقد حصل الواجب وفات المندوب وإن لم وجد إشهار عند الدخول والعقد ولكن الشهود عند واحد منهما فالصحة قطعا، ويأثم أولياء النكاح لعدم طلب الشهود وإن لم يوجد شهود أصلا فالفساد قطعا" [1].

فإذا تم الدخول بلا إشهاد وثبت الوطء بالإقرار أو بشهادة الزنا يحدان فيه إلا أن فشا النكاح بينهما فلا يحدان للشبهة[2]. إذن هكذا فالشهادة عند المالكية لا يصح الزواج بدونهما وإنما يصح العقد بلا شهود ويتعين الإشهاد عند الدخول وإلا عد الوطء زنا موجبا للحد ما لم يدرأ بالإعلان.

ولقد اشترط جمهور الفقهاء العدالة في الشاهدين واعتبروا شهادة الفاسق كالعدم، وأثبتوا ذلك بما رواه حبان[3] في صحيحه عن سعيد بن يحيى بن سعيد الأموي عن حفص بن غياث عن ابن جريح عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا نكاح إلا وبلي وشاهدي عدل وما كان على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[4].

وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا ببينة"[5] ، وأدلة كثيرة أكدت عدالة الشهود في النكاح.

ولكن خالفهم الحنفية بعدم اشتراط العدالة في الشهود بل أجازوا شهادة الفساق حتى ولو كانوا سكارى، بشرط أن يفهموا أنه نكاح وإن لم يذكروا بعد الصحو[6].

شهادة السكارى في النكاح وإن كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو. وهذا أولى بالاعتبار ويحمل عليه بقية الفساق، وكما يقول –علي حسب الله- لان حضور الفساق ينافي

---

[1] الصاوي: المرجع السابق، ج2، ص 87./

[2] الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج3، ص 84./

[3] ابن حبان: أبو حاتم بن حبان بن أحمد بن حبان شيخ خراسان كان من أوعية العلم في الفقه واللغة والحديث توفي بسجستان بمدينة سبت سنة 354هـ.

[4] صحيح ابن حبان، ص 305، حديث رقم 1247.

[5] سنن الترمذي، نكاح ما جاء إلا بينة، 412/3.

[6] الحسيني، الحاشية، المرجع السابق، ج2، ص 9-10.

خطورة العقد، لأنهم ليسوا من أهل الكرامة وشهادتهم لا تصلح لإثبات النكاح باتفاق، فلا يتحقق بها شرط إنشائه[1].

كما اتفقوا كذلك بالاشتراط فيهما الإسلام، والعقل والبلوغ والسمع، وفهم كلام العاقدين.

وقد اختلفوا في الذكورية فلا يصح شهادة رجل وامرأتين أو أربع نسوة عند المالكية والشافعية، وأجاز الأحناف، وفي رواية للحنابلة: (شهادة الرجل والمرأتين)[2].

أما عن اشتراط العدد فلا خلاف فيه من أنه لابد من رجلين عند الشافعية والمالكية وعند الأحناف وبعض الحنابلة رجلين، أو رجل وامرأتين على الأقل ولا يصح بشهادة النساء وحدهن.

ثانيا: شروط العاقدين

1- شروط الانعقاد:

يشترط في العاقدين ما يلي:

أ- التمييز[3]: لابد أن يكون العاقدين في حالة يفرقان فيها بين الخير و الشر والنفع و الضرر ويعرفان معاني الألفاظ والمقصود منها إجمالا حتى يصح العقد وسواء كان العاقد يعقد لنفسه أو لغيره، فإن كان أحد العاقدين صبيا لم يبلغ سن التمييز، أو كان مجنونا فلا ينعقد الزواج

---

[1] علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، ص 71./ و ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص 484.

[2] ابن قدامة، المغني ، ج6، ص 484 وما بعدها.

[3] الزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي الحنفي)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام أبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي، ومعهم حاشية الشيخ الشلبي على هذا الشرح ، تحقيق الشيخ أحمد عزوا عناية، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000م، ص 493./ والغمراوي (محمد الزهري الغمراوي)، شرح السراج الوهاج على متن المنهاج ليحيى النووي، دار المعرفة، بيروت، ص 366./ والغرياني، المرجع السابق، ج2، ص 558./ وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 355 .

بعبارته لأنه في هذه الحالة غير صالح لصدور التصرفات منه وغير معتبرة في نظر الشارع فهو فاقد لأهلية الأداء[1].

ب- التعيين: يشترط أن يكون كل من الزوج والزوجة معروفا ومعينا بالاسم أو بالإشارة.

فلو قال الولي زوجتك ابنتي وله بنات، فقال الزوج قبلت، فلا ينعقد الزواج لأن الزوجة مجهولة ولا بد من تعيينا حتى يصح العقد.

ج- ألا يكون أحدهما محرما على الآخر تحريما قطعيا كأخته أو أمه، فإن الزواج لا ينعقد أصلا في هذه الحالة.

د- أن يكون الزوج مسلما فلا ينعقد زواج المسلمة بغير مسلم.

2- شروط الصحة:

أ- خلو المحل من الموانع:

سبق أن ذكرنا أن خلو المحل من الموانع شرط من شروط الانعقاد إذا كانت الموانع معروفة لدى الزوجين، أما إذا كانت الموانع غير معروفة وإنما عرفت بعد عقد الزواج، فيعد العقد فاسدا ويفسخ لأنه تخلف فيه شرط من شروط صحته، فإن نزوج أخته من الرضاع أو أمه من الرضاع أو زوجة الغير أو معتدة الغير وهو لا يعلم بالحرمة فالعقد فاسد ويفسخ قبل الدخول وبعده، أما إن كانوا عارفين بالحرمة فالعقد باطل وطئها فالوطء زنا موجب للحد ولا يثبت به مهر ولا نسب، ولا عدة.

ب- كفاءة الرجل للمرأة إذا زوجت نفسها من غير إذن وليها

[1] الزيلعي، المرجع السابق، ج2، ص 493./ والغمراوي، المرجع السابق، ص 366./ / والغرياني، المرجع السابق، ج2، ص 558./ وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 355 .

هذا الشرط عند الأحناف، لأنهم يصححون الزواج من غير ولي، أما جمهور الفقهاء[1] فلا ينعقد الزواج صحيحا عندهم من غير ولي، واختلفوا في اعتبار الولي أهو ركن من أركان الزواج؟ وهذا ما ذهب إليه الشافعية ومشهور المالكية أم هو شرط صحة؟ وهذا ما ذهب إليه الحنابلة.

وعند الأحناف[2] المرأة البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها من غير إذن وليها إما أن يكون النكاح فاسدا، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وعللوا ذلك بأنه أقرب إلى الاحتياط، فليس كل ولي يحتسب في المرافعة إلى القاضي، ولا كل قاض يعدل فكان الأحوط سد باب التزويج من غير كفء عليها.

وإما أن يكون صحيحا لكنه موقوف على إجازة الولي فإن أجازه جاز، وإلا فلا، وسواء زوجت نفسها من كفء أو من غير كفء، وهو قول محمد[3]، وعنه أن المرأة لا يجوز لها إن تولى أمرها رجلا ليزوجها.

وروي[4] عن ابن سرين[5] والقاسم[6] بن محمد والحسن بن صالح[7] بأنه إذا أذن لها الولي جاز وإلا فلا.

---

[1] الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 84./ والكشناوي، ج2، أسهل المدارك، المرجع السابق، ص 69./ و الدسوقي، الحاشية بالشرح الكبير، ج2، ص 220./ والكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 180./ و ابن قدامة ، الكافي، المرجع السابق، ج2، ص 634./ والمرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرجع السابق، ج8، ص 66.

[2] السمرقندي، تحفة الفقهاء، المرجع السابق، ج2، ص 224. / والسرخسي، المبسوط ، ج5، ص 10-15.

[3] محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة وأخذ عنه الفقه وعن مالك وهو من أعلام المذهب الحنفي، توفي سنة 189هـ. اللكنوي (أبوا الحسنات الهندي)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ، دار المعرفة، بيروت، ص 163.

[4] السمرقندي، تحفة الفقهاء، المرجع السابق، ج2، ص 224. / والسرخسي، المبسوط ، ج5، ص 10-15.

[5] ابن سرين، الإمام شيخ الإسلام أبو بكر الأنصاري أدرك 30 صحابيا كان كثير الحديث حجة مات عن عمر يناهز 78 سنة. الذهبي، سير أعلام النبلاء، المرجع السابق، ج4، ص 606.

[6] القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق أحد الفقهاء السبع بالمدينة كان من خيار التابعين وفقهائهم توفي سنة 112هـ. الذهبي، سير أعلام النبلاء، المرجع نفسه، ج5، ص 53.

[7] الحسن بن صالح بن خيران الفقيه الشافعي رفض القضاء توفي سنة 310هـ، ابن خلكان 133/2.

3- شروط النفاذ:

هي الشروط التي يترتب على وجودها الآثار الشرعية للزواج، فإذا فقدت، أو فقد شرط منها كان العقد موقوفا، فإذا أجازه من له الحق في الإجازة ترتبت عليه آثاره وإلا فلا. وهذه الشروط هي:

أ- البلوغ فلو زوج الصبي المميز نفسه كان موقوفا على إجازة الولي فإن أجازه جاز وإلا فلا. وهكذا شان كل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

ب- ألا يكون العاقد وكيلا خالف موكله، فلو وكله بأن يزوجه من فاطمة فزوجه من عائشة أو وكله بأن يزوجه بكذا من المهر وزوجه بمهر أكثر مما سمى له، فالعقد إلا ينفذ إلى موافقة صاحب الحق[1].

ج- أن لا يكون العاقد وليا أبعد مع وجود الأقرب فإذا باشر الأبعد عقد الزواج مع وجود الأقرب فإن نفاذه يوقف على رضا الولي الأقرب.

د- ألا يكون العاقد فضوليا[2] فإن كان كذلك توقف النكاح على إجازة صاحب الحق، وقد اختلف الفقهاء في صحة عقد الفضولي فذهب[3] المالكية والحنفية وفي إحدى الروايتين عن الإمام أحمد أنه يصح لكنه غير نافذ إلا بموافقة صاحب الحق نفسه وذهب الشافعية وفي رواية للحنابلة أنه لا يصح.

---

[1] محمدعلي محجوب، الأسرة وأحكامها في الشريعة الاسلامية، ط1983، ص 111. وما بعدها.

[2] الفضولي: هو من يتصرف في شؤونه غيره من غير أن تكون له ولاية إصدار هذا التصرف . مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 754 .

[3] ابن رشد، بداية المجتهد ، ج 2، ص 145./ ابن همام الحنفي،فتح القدير، ج7، ص 51./ الشيخ سليمان البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب ،مكتبة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ط 1370 -1951، ج3، ص 5

ه- ألا يكون العاقد مكرها[1] وهذا عند جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية وخائف في ذلك الأحناف، وقالوا بصحة ولزوم زواج المكره.

4- شروط اللزوم:

شروط اللزوم[2] هي الشروط التي إذا توافرت في عقد النكاح كان العقد لازما وليس لأحد فسخه، وهذه الشروط هي:

أ- أن يكون هناك عيب يوجب الخيار، فإن كان فلا لزوم ولمن لم يرض حق الفسخ.

ب- ألا يغرر الزوج بالزوجة في الكفاءة أو بأوليائها بأن يدعي مثلا شرفا أو نسبا، ليس له، فإن أظهر خلاف ما أدعى، فلهم الفسخ بخلاف ما لو سكتوا أو لم يذكروا شيئا، وتبين بعد العقد أنه غير كفء فيلزم.

ت- ألا يكون المزوج لفاقد الأهلية غير أصله أو فرعه، وهذا عند الحنفية [3] لأن الجمهور لا مجبر[4] عندهم غير الأب أو الجد، على خلاف في ذلك ليس هذا محله.

ج-ألا يقل المهر المثل إذا زوجت العاقلة البالغة نفسها من غير إذن وليها، فإن قل، فللولي حق الفسخ إذا أراد عند الحنفية [5]، والجمهور لا يصح عندهم هذا

---

[1] الإكراه: عرفه السرخسي في كتابه المبسوط من ص 24-38 : بأنه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب، أو هو: أي الإكراه: "حمل شخص بغير حق على أمر لا يرضاه". جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها، ، ط 11408-1988، دار الوفاء المنصورة، ص 88.

[2] محمد الطنطاوي، الأحوال الشخصية، ص 73 وما بعدها.

[3] السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص 224. / والسرخسي، المبسوط ، ج5، ص 10-15.

[4] ابن قدامة، المغني، ج6، ص 518. / و الدسوقي ، الحاشية بالشرح الكبير، ج2، ص 220. / والكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، ج3، ص 180.

[5] السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص 224. / والسرخسي، المبسوط ، ج5، ص 10-15.

الزواج أصلا كما رأينا[1] لاشتراطهم لصح الزواج وجود الولي.

[1] ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص 518. / و الدسوقي ، الحاشية بالشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص 220. / والكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، المرجع السابق، ج3، ص 180.

المطلب الثانـي

بيان مدى سلطة القاضي في التفريق

- ***الفرع الأوّل*** :

- في قانون الأسرة الجزائري.

- ***الفرع الثانـي*** :

- موقف القانون المدنـي الفرنسي من الشروط في الزواج.

تمهيد :

قبل الكلام عن سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بسبب اشتمال عقد الزواج على شرط يتنافى و مقتضياته، لابد من تبيين الفرق بين شروط النكاح أو الشروط في النكاح[1]:

فشروط النكاح هي الشروط التي جعلها الشارع علامة لصحة النكاح وترتب آثاره عليها.

أما الشروط في النكاح: فهي الشروط الجعلية التي يشترطها العاقد لمنفعته أو لمنفعة غيره.

وهناك فروق بين الشروط المقترنة بالعقد - وهي موضوعنا في هذا المطلب - وبين العقد المعلق على شرط.

فالعقد المعلق على شرط: هو العقد الذي يعلف نفاذه على شيء معين كأن فعلت كذا فقد زوجتك.

أما الشروط المقترنة بالعقد (الشروط في النكاح) فتأتي حينما يتم الإيجاب والقبول نافذا على الفور لكنه مقترن في الوقت نفسه بشرط ما، وليس متوقفا في نفاذه على هذا الشرط نحو: أتزوجك على أن تسكنني بالمدينة التي تسكن بها أمي أو على أن لا تظلمني ونحوه.

[1] السدلان (صالح غانم السدلان)، الشروط في النكاح، دار معاذ للنشر و التوزيع، ط2، 1409ه-1988م، الرياض، ص 21-22.

الفرع الأول : بيان مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بسبب اشتمال عقد الزواج على شرط يتنافى و مقتضياته في قانون الأسرة الجزائري

إن المتصفح لما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري الجديد في المادتين 32و35 منه من الشروط المقترنة بصيغة العقد.

حيث جاء في المادة (32): (يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد).

وجاء في المادة (35): (إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا).

يجد عليه تناقضا من ناحية انه اعتبر العقد المقرون بشرط ينافيه باطلا، وهذا في المادة (32)، ثم أبطل الشرط، وصحح العقد في المادة (35).

ولقد أصابني تعجب كبير حينما طالعت كتاب قانون الأسرة الجديد و المنقح بالتعديلات ليوسف دلاندة، وأنا أبحث عما يبين ويعضد سلطة القاضي في التفريق في الصفحتين 28 و 29 منه على التوالي، فوجدت خلاف ذلك مما يصعب أداء القاضي لسلطته القضائية التي خولها له القانون في هذا المجال[1].

و غموضا من ناحية أخرى، مما يصعب على القاضي ممارسة سلطته القضائية في التفريق بين الزوجين في هذا المجال، فهو حينما يرفع إليه قضية، اشتملت على شرطا ما، فهل يفسخ العقد؟ أم أنه يبطل الشرط ويصحح العقد؟.

ثم من أين للقاضي أن يعرف الشرط منافيا للعقد أم يوافقه؟ والشروط المتوقع حدوثها

---

[1] دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 28-29./ وبرتي للنشر، قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 18-19./ وهرنان، المرجع السابق، ص 110./ والنعيمي (عبد المنعم النعيمي)، قانون الأسرة الجزائري متناقض، جريدة الخبر، الجزائر، شهر أوت 2005، ص 13.

في العقد هي:

أن تشترط عليه ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدها، أو ألا يخرجها من دارها أو دارها أو دار والديها، أو شرط الاستمرار في العمل، وكلها من الشروط التي اختلف فيها حتى فقهاء الشريعة الإسلامية ، من مبطل العقد بها كابن حزم[1]، إلى معتبرها مناقضة لمقتضى العقد كالشافعي[2] فإلى مكروهة كالمالكية[3] وأخيرا إلى صحيحة لازمته عند الحنابلة[4].

ونفس الغموض يتكرر في المادة (19) منه والتي تنص على : (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون).

فما أوجه التنافي أو الموافقة في مثل هذا الغموض؟؟.

هل يرجع القاضي إلى المادة (222) من هذا القانون والتي تنص على أن : (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

وبالتالي القاضي حين ممارسته لسلطته القضائية يختار من الآراء الفقهية ما يراه مناسبا حسب اجتهاده القضائي ، وسواء عرفها أم جهلها فينتج عنه تضارب الأحكام، في المحاكم في القضية الواحدة أو في القضايا المتشابهة.

وكان عليه أن يحدد ما المقصود بالشروط التي تتنافي مقتضى عقد النكاح، وأن يفرق بين الشروط التي تبطل ويصح العقد معها، والشروط التي تبطل ويبطل العقد معها، وما يصح من الشروط ويلزم، لكنه لم يفعل شيئا من ذلك سوى حصر كل

---

[1] ابن حزم، المرجع السابق، المحلى، ج11، ص 134.

[2] الشيرازي (أبوا إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف)، المهذب، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، مصر، ج2، ص 47.

[3] الدسوقي، المرجع السابق، الحاشية بالشرح الكبير، 238/2.

[4] ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 2، ص 679 وما بعدها ./ والنجدي، المرجع السابق، ج6، ص 313.

الشروط في شرطي التعدد و العمل، مما يصعب على القاضي أداء مهامه وممارسة سلطته القضائية في التفريق التي خولها له القانون.

وكان عليه أن يأخذ بالمذهب المالكي لكونه السائد في بلادنا، والمحقق للمصلحة في آن واحد، مع صحة دليله وهو الجمهور[1]، وتفاديا للخلط والتعتيم اللذين يخيمان على مواده، وكان عليه أن يشير على القضاة، والموثقين أن ينهوا الناس عن أن يتزوجوا على الشروط، ويأمرهم بأن يتزوجوا على الدين والصلاح، وإن وقع نوع من هذه الشروط في عقد النكاح، طلب من المشترط عليه أن يفي بشرطه دون أن يلزمه، فإن أبى فليس للقاضي الا أن يمارس سلطته القضائية مخيرا المشترط بين البقاء والتفريق.

وعليه نقترح على المشرع الجزائري ما يلي:

1. إلغاء المادة(19) من هذا القانون، والتي تخول للزوجين اشتراط الشروط، ما لم تتناف وهذا القانون تفاديا للاضطراب وحرصا على تقليل الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله تعالى.
2. اعتبار الشروط المنافية للعقد قسمان:

أ. إذا اقترن الزواج بشرط ينافيه، كأن لا مهر أو لا نفقة، أو لا طاعة، يصح العقد ويلغى الشرط.

وإذا اقترن العقد بما يدل على التأقيت، أو بلفظ المتعة، أو ما كان في حكم الشغار، أو التحليل يبطل والعقد معا، ويعذر من يقوم بمثل هذه العقود، موثقا كان أو عاقدا إذا علم.

---

[1] الدسوقي، المرجع السابق، الحاشية بالشرح الكبير، 238/2./ وابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 2، ص 679 وما بعدها ./ والنجدي، المرجع السابق، ج6، ص 313/ وما بعدها./ و ابن حزم، المرجع السابق، المحلى، ج11، ص 134./ و الشيرازي ، المهذب، المرجع السابق، ج2، ص 47./ و العيني (أبوا محمد محمود بن أحمد)، البداية في شرح الهداية، تحقيق المولوي محمد عمر، دار الفكر للطباعة و النشر، ط1، 1400ه- 1980م، ج4، ص224وما بعدها./ و محمد طنطاوي، الأحوال الشخصية،ص 50.

وإذا رجعنا إلى الشريعة الإسلامية في هذا المجال عاملين بأحكام المادة 222 من هذا القانون، نجد بأن الفقهاء قسموا الشروط إلى : مايوافق مقتضى عقد الزواج ، وما يخالفه.

أولا: ما يوافق مقتضى عقد الزواج

اتفق الفقهاء بما فيهم ابن حزم الظاهري على أن الشروط التي توافق مقتضى عقد النكاح إذا اشترطت في العقد أو قبله صحيحة لازمة والعقد صحيح معها[1].

لأنها ما هي إلا حقوق وواجبات تنبثق عن عقد الزواج الصحيح كأثر من آثاره، ولا يزيد اشتراطها عن كونه تأكيدا لها، إذ لو لم تشترط لوجب الوفاء بها، وذلك كأن تشترط عليه أن يعطيها مهرا وأن تتصرف فيه كما تشاء أو يشترط عليها أن تسلم نفسها إليه وأن تجيبه لبيت الطاعة بالمعروف.

ثانيا: ما يخالف مقتضى عقد الزواج

وهذا يتقسم إلى الآتي:

1- مالا يقتضيه العقد ولا ينافيه.

ومثّل المالكية[2] لذلك، بأن تشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من مكان كذا أو من بلدها، فهذه الشروط المكروهة عندهم ولا يفسخ النكاح بها لا قبل الدخول ولا بعده، وإنما يستحب الوفاء بها.

أما الشافعية[3] فقد مثلوا لذلك بأن تشترط عليه أن لا تأكل إلا كذا، ومثل هذا الشرط الذي لا يوافق مقتضى العقد ولم يتعلق بها غرض لا تأثير لها عندهم ويصح العقد

---

[1] ابن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 2، ص 679 وما بعدها ./ والنجدي، المرجع السابق، ج6، ص 313/ وما بعدها./ و ابن حزم، المرجع السابق، المحلى، ج11، ص 134./ و الشيرازي ، المهذب، المرجع السابق، ج2، ص 47./ و العيني ، البداية في شرح الهداية،المرجع السابق، ج4، ص224وما بعدها./، و محمد طنطاوي، الأحوال الشخصية،ص 50./ والدسوقي، المرجع السابق، الحاشية بالشرح الكبير، 238/2.

[2] الدسوقي، المرجع نفسه، الحاشية بالشرح الكبير، 238/2.

[3] الشيرازي ، المهذب، المرجع السابق، ج2، ص 47.

معها.

أما الأحناف[1] فقد قسموا الشروط بالصيغة إلى صحيحة وفاسدة والصحيحة هي ما يقتضيه العقد كأن تشترط عليه أن ينفق عليها، أو ما يؤكده ما يقتضيه العقد كأن تشارط عليه أن يضمن والده في المهر أو ورد الشرع بجوازها، كان تشترط عليه أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها متى شاءت.

أما ما جرى بع العرف كان تشترط عليه أن يدفع لها المهر مقدما وذلك على حسب العرف السائد في بلد الزوجين، فهذه شروط صحيحة، يجب الوفاء بها، ولا يكون حق الخير في فسخ النكاح لمن اشترطها، عند عدم الوفاء بها، وإنما يكون العقد صحيحا لازما.

أما الحنابلة[2] فقد ذهبوا إلى أن الشروط التي ينتفع بها أحد الزوجين من غير أن تضر بالطرف الآخر، وأن تكون مخالفة للشرع كالزيادة على المهر، أو أن لا تخرج من بيت أبيها أو بلدها أو أن لا يتزوج عليها، أو ألا يتسرى عليها، فالعقد صحيح والشرط لازم الوفاء به، وإن لم يف به فلها حق الفسخ في الزواج.

أما ابن حزم الظاهري[3] رحمه الله، فقد ذهب إلى أنه لا يصح النكاح على الشرط مطلقا عدا ما ذكر في القسم الأول مما يقتضيه عقد النكاح بحيث يثبت العقد ذاته ولا يثبت باشتراطه فهذه لا تأثير لها في العقد عنده.

أما ما عداها من الشروط فإنه إن وقع شيء من ذلك نفس العقد، كأن لا يتسرى عليها، أو لا يرحلها من بلدها، أو أن أمرها بيدها، أو أنها بالخيار وما شاكل هذه

---

[1] العيني، البداية في شرح الهداية، المرجع السابق، ج4، ص224وما بعدها./، و محمد طنطاوي، الأحوال الشخصية،ص 50.

[2] المقدسي (بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم) ، العدة شرح العمدة، في مذهب الإمام أحمد، تحقيق أحمد بن علي، دارالحديث، القاهرة، 1424ه- 2003م، ص 386./ و الشيخ محي الدين أبوا البركات، المحرر في الفقه الحنبلي ، دار الكتاب العربي، ج2، ص 23. / و ابن قدامة، المرجع السابق، الكافي، ج2، ص 679./ والنجدي، المرجع السابق، ج6، ص 313/ وما بعدها.

[3] ابن حزم، المرجع السابق، المحلى، ج11، ص 134.

الشروط فغن العقد مفسوخ، وأما إن كان الشرط بعد العقد فالشرط باطل والعقد صحيح.

2- ما ينافي مقتضى عقد الزواج:

وذلك كأن يشترط الزوج أن لا مهر لها، أو أن لا ينفق عليها، أو أن تنفق عليه، أو تشترط ألا تمكنه من الاستمتاع، أو أن تخرج متى شاءت، أو أن يعزل عنها حتى لا تلد معه، أو تستعمل منع الحمل حتى لا تلد معه، فكل هذه الشروط وما شاكلها مقصد أسمى من مقاصد الشريعة الغراء بني عليها الزواج، فلذلك بطلت وصح العقد عند جمهور الفقهاء.

وقد اتفق جمهور الفقهاء على بطلان العقد والشرط معا في نكاح المتعة والنكاح المعلق على شرط والنكاح المؤقت ونكاح التحليل ونكاح الشغار، وكلها أنكحة محرمة تضافرت النصوص على حرمتها.

وبالتالي نستطيع القول بأن الشروط الصحيحة بالنسبة لنظر كل فقيه في عقد النكاح، ومن حيث تأثيرها على العقد عند عدم الوفاء بها، الخلاف فيها يدور بين الجمهور من الفقهاء، وفقهاء الحنابلة.

فجمهور الفقهاء لا يخولون حق فسخ النكاح للمشترط في حالة ما إذا كانت الشروط صحيحة ولم يف بها المشترط عليه مستدلين بما يلي :

أ- قوله صلى الله عليه وسلم : " كل شرط ليس من كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط"[1] ، فكل شرط لا يقوم عليه دليل فهو باطل ملغى، لأنه ليس من كتاب الله.

ب- قوله صلى الله عليه وسلم: " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل

[1] رواه مسلم كتاب العتق باب إنما الولاء لمن اعتق 1142/2، 1143، والبخاري باب الشروط 973/2، سنن ابن ماجه كتاب العتق باب المكاتب- رقم 2521- 843/2.

ج- حراما وحرم حلالا"[1].

ولو قلنا بالشرط من غير دليل خاص يثبته لكان الشرط محرما للحلال، إذا يمنع من حق كان للإنسان، وجعل ما لم يكن لازما في مرتبة الوجوب.

ج- قالوا بأن آثار العقد من صنع الشارع صيانة لعقد الزواج عن الاضطراب (لأن الأصل فيه الدوام والاستمرار) ومنعا للناس من أن يخضعوا الحياة الزوجية لأهوائهم، فتخرج عن معناها وما يحوطها به الشارع من تقديس.

وقد حملوا قوله صلى الله عليه وسلم : " إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج"[2] على الشروط التي يقتضيها عقد الزواج.

أما الحنابلة فقد ذهبوا غلى وجوب الوفاء بالشروط الصحية، كما سبق البيان، وعند عدم الوفاء بها، يخولون لصاحب الشرط حق الفسخ النكاح، مستدلين على ذلك بما يلي :

ا- بنفس الحديث الذي استدل به جمهور الفقهاء أخيرا في قوله صلى الله عليه وسلم : "إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج" [3] قائلين بأنه أوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج، ولو لم يكن له نص خاص، ودليل خاص، لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليله بمقتضى عموم لفظه، وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به.

ب- قول عمررضي الله عنه في قصة الرجل الذي تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد أن ينقلها، فخاصموه إلى عمر رضي الله عنه فقال: " لها شرطها، فقال

---

[1] رواه مسلم بلفظ (المسلمون عند شروطهم) باب الإجارة، ص 794، ورواه أبو داود في الأقضية 20/4، ورواه الترمذي بإضافة إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا وقال حديث حسن صحيح 626/3.

[2] رواه البخاري، النكاح، باب الشروط في النكاح، ص 1978، والشروط ، ص 970، ورواه الإمام مسلم وباب الوفاء بالشروط في النكاح، ص 1035 ورواه أبو داود النكاح ، ص 604.

[3] سبق تخريجه في الصفحة التي قبلها .

الرجل إذا يطلقنا، قال: مقاطع الحقوق عند الشروط"[1].

ج- قالوا لأنها شروط فيها منفعة مقصودة لمشترطها، ولا تمنع المقصود من النكاح، وكان رضا المشترط بالعقد قائما على أساسها فكان لابد من الوفاء بها إجابة للأمر العام الذي تضافرت النصوص عليه وهو وجوب الوفاء بالعقود والعهود، منها قول الله تعالى: (وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا ۖ) {سورة البقرة، الآية 177 }. ومنها قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ) {سورة المائدة، الآية 01 }. فإذا تخلخل الشرط وجب النظر في رضا المشترط أيرضى بالعقد مع تخلف الشرط، أو لا يرضى فيفسخ العقد؟.

يقول ابن قيم الجوزية، رحمه الله تعالى،: إذا تزوجها على أن لا يخرجها من دارها، أو بلدها، أو لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى عليها، فالنكاح صحيح والشرط لازم، هذا إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإنه صح عن عمر رضي الله عنه وسعد ومعاوية ولا مخالف لهم من الصحابة، وإليه ذهب عامة التابعين وقال به احمد وخالف في ذلك الثلاثة، فأبطلوا الشرط ولم يوجبوا الوفاء به، فإذا احتاجت المرأة إلى ذلك ولم يكن عندها حاكم يرى صحة ذلك ولزومه، فالحيلة لها في وصول مقصودها أن تمتنع من الإذن إلا أن تشترط بعد العقد أنه عن سافر بها او نقلها من دارها أو تزوج عليه، فهي طالق أو لها الخيار في المقام معه والفسخ، فإن لم تثق به أن يفعل ذلك، فإنها تطلب مهرا كثيرا جدا إن لم يفعل، وتطلب ما دونه إن فعل، فإن شرط لها ذلك رضيت بالمهر الأدنى، وإن لم يشترط ذلك طالبته بالأعلى وجعلته حالا، ولها أن تمنع نفسها حتى تقبضه، أو يشترط لها ما سألته "[2]، لكن كيف تستقيم الحياة الزوجية مع مثل هذا الحيل، ولو أن النساء ركبن هذه السفينة لأصبحت الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، ولكثرت الفوضى ولتوالى الناس على المحاكم شاكين مشتكين، ولما انتهت المشاداة بين الأزواج، والحكمة تقتضي إبعاد الناس عن مثل هذه الشروط التي تؤدي إلى النزاع وتسبب اضطراب الحياة الزوجية، فكيف بنا تعليم النساء الحيل، ورحم الله مالكا فإنه كتب على القضاة بان ينهوا الناس من أن يتزوجوا بالشروط.

وسبب الخلاف بين الجمهور والحنابلة ينحصر في التالي[3]:

---

[1] ابن قدامة ، المرجع السابق،المغني، ج7، ص 13./

[2] ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان، مكتبة دار التراث،ط 2011، ج2، ص 20-21.

[3] الدسوقي، المرجع السابق، الحاشية بالشرح الكبير، 238/2./ الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص 47./ والعيني، المرجع السابق، ج4، ص 225./ والمقدسي، المرجع السابق، ص 386.

أ-معارضة العموم للخصوص: فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال: " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط"[1] وأما الخصوص، فحديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " إن أحق الشروط إن توفوا بها أن يوفى به ما استحللتم به الفروج"[2] والحديثان صحيحان أخرجهما البخاري ومسلم.

ب- كما يقول الإمام أبو زهرة: [إن الإمام أحمد –رحمه الله- يجعل الأصل في الشروط المقترنة بالزواج الصحة حتى يقوم دليل من أثر أو نص قرآني يثبت البطلان][3].

والجمهور يقول : أن الأصل عدم الإلزام بالشرط حتى يوجد دليل شرعي من نص أو قياس، أو عرف يثبت الإلزام، فكان موضع الخلاف الشروط التي ليس لها دليل خاص يثبت الصحة أو ينفيها، فأحمد يجعلها صحيحة والجمهور من الفقهاء يجعلونها ملغاة.

وأنه كما يقول الإمام أبو زهرة بحق: [إن القاعدة العامة في كل العقود الإسلامية، وخصوصا عقد الزواج، أن الآثار المترتبة على العقد من عمل الشارع، وإن كانت العقود الإسلامية تقوم في الجملة على الرضا، ولكن موضع الرضا هو إنشاء العقد، أما الآثار فيترتب الشارع، حفظا للعدل وصونا للمعاملات، في العقود المالية عن النزاع، وفي الزواج، حفظا للحياة الزوجية من أن تتعرض لعوامل الفساد بما يشترط العاقدان، من شروط قد تكون منافية لمقاصد الشارع ومرماه من ذلك العقد المقدس][4].

ومع أننا نقر بأن ما ذهب إليه الحنابلة له وجهة قوية، إلا أن ما نعيشه من ظروف قاسية، وضمائر ميتة يقضي بأن نذهب مذهب الإمام مالك رحمه الله، حيث

---

[1] سبق تخريجه.

[2] سبق تخريجه.

[3] أبوا زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3، القاهرة، 1377ه-1957م، ص 159.

[4] أبوا زهرة، المرجع السابق، ، ص 156-157.

كان يشير على القضاة أن ينهوا الناس عن الاشتراط في عقود الزواج، ولو وقع أن اشترطوا شروطا صحيحة فإنه يندب الوفاء بها، وعند عدم الوفاء لها فلا حق للمشترط في الفسخ.

فقد أورد ابن رشد في كتابه المقدمات الممهدات قول مالك رحمه الله مخاطبا قاضيا في هذا الموضوع : "أشرت على قاض أن ينهي الناس أن يتزوجوا على الشروط، وأن تزوجوا على دين الرجل وأمانته وقد كان كتب بذلك كتابا وصي حبه في الأسواق"[1].

[1] ابن رشد (أبوا الوليد محمد بن أحمد بن رشد)، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية و التحصيلات الشرعية لأمهات مسائل المشكلات بهامش المدونة الكبرى، ص 59-60.

الفرع الثاني : موقف القانون المدني الفرنسي من الشروط في الزواج

كغيره من قانون الأسرة الجزائري، جعل القانون المدني الفرنسي لعقد الزواج شروطا يجب توفرها حتى يكون هذا الزواج صحيحا ومعتبرا قانونا، وهي على التالي :

أولا: شروط المحتوى : (les conditions de fond)

1- السن القانوني : (l'age)

يشترط القانون المدني الفرنسي في المتزوج بلوغه السن القانوني المؤهل للزواج، حتى يستطيع القيام بواجباته تجاه الزوج و الأولاد، لأن الزواج مسؤولية قبل كل شيء، فكان في القانون المدني القديم الموضوع سنة 1804 م تحديد سن الزواج ب15 سنة بالنسبة للفتاة، و 18 سنة بالنسبة للفتى .

ولكن خوفا على حرية الفتاة من الزواج بالإكراه، نظرا لصغر سنها، ارتئ المشرع الفرنسي رفع سقف سن الزواج بالنسبة للفتاة مثل الفتى إلى 18 سنة عن طريق قانون 4 أفريل لسنة 2006 [1]ونص على ذلك في المادة 144 من القانون المدني الفرنسي[2]

2- اختلاف الجنس: (la différence de sexe)

كان القانون المدني الفرنسي القديم يشترط للزواج رجل و امرأة، وإلا لا يعتبر الزواج موجودا أصلا، لكن التغيير الذي أحدثه المشرع الفرنسي مؤخرا بقبول طلب الداعين إلى الزواج للجميع وما يعرف ب (Mariage pour tous)، مستغلين فرصة اعتلاء الرئيس السابق (François Holland) كرسي الرئاسة و الذي وافقهم الرأي ولبى طلبهم، بوضعه مرسوما رئاسيا يعطي لهؤلاء الشرذمة من المجتمع الفرنسي -والذين

[1] Francois Terré, droit civil – la famille, Dalloz édition, 8em édition, 2011, page 73. / Fanny Vasseur-Lambry , la famille et la convention européenne des droits de l'homme, p 69.

[2] Art 144 « L'homme et femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus.

لا يتجاوز عددهم ثلاثة بالمائة – الحق في الزواج من نفس الجنس ، وعرض مقترح القانون على الجمعية الفرنسية ذات الأغلبية الاشتراكية ووفق على هذا المقترح ثم مرر لمجلس الشيوخ ذا الأغلبية الاشتراكية كذلك الذي وافق على هذا المشروع ، بحيث أسقط المشرع الفرنسي هذا الشرط من الزواج بتعديله المادة 143من القانون المدني الفرنسي في 17 ماي 2013[1] وأصبح يمكن لطرفين من نفس الجنس الزواج ببعضهما البعض، بالرغم من المعارضة الشديدة من المجتمع الفرنسي المحافظ على قدسية هذه العقد خاصة المؤمنين بالكتاب منهم (أهل الكتاب)[2].

3- الصحة: (la santé)

يشترط القانون المدني الفرنسي كغيره من قانون الأسرة الجزائري بأن يكون كلا من الزوجين في صحة جيدة تمكنه من ممارسة واجباته وتقاسم حياة الزوجية مع الآخر، خاصة الأمراض الخطيرة عندهم والتي أشار إليها فقهاء القانون المدني مثل مرض فقدان المناعة المكتسبة عفانا الله و إياكم، ولذلك يشترط القانون في الفقرة الثالثة من المادة 63 من القانون المدني الفرنسي [3]على كل من الزوجين إحضار شهادة طبية من طبيب مختص في هده الأمور ومعتمد لدى الجهة القضائية التي ينتمي إليها الطرفين من خلال محل إقامتهم المصرح به لضابط الحالة المدنية، هذه الشهادة تثبت بأن كلا من الطرفين هو في صحة جيدة تمكنه من ممارسة حياته الزوجية بشكل طبيعي، ولقد أضاف المشرع الفرنسي هذه الشهادة إلى ملف الزواج لكثرة القضايا المطروحة أمام

[1] Art 143 « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

[2] Marjorie brusorio-Aillaud, ouvrage passé, page 111. / Adeline goutte noire – Patrick courbe, droit de la famille, SIREY, 6em édition, 2013, p 98. / Amélie diomisi-peyrusse, le droit de la famille en schémas ellipses, p 77./ Vincent Egéa, ouvrage passé, page 52.

[3] Art 63, al 3 « chaque future époux devait, avant qu'il ne soit procédé aux publications, présenter a l'officier de l'état civil un certificat médical datant de moins de deux mois attestant seulement, a l'exclusion de toute autre indication, qu'il avait été examiné en vue du mariage. »

العدالة، خاصة الأمراض الخطيرة المنتشرة في مجتمعهم ، فكثيرا ما يخفي أحد الطرفين مرضه الذي يعاني منه خوفا من رفض الطرف الآخر له [1].

4 – أحادية الزواج : (la monogamie)

فالمشرع الفرنسي يضع هذا الشرط على الزوجين بحيث لا يستطيع كلا العاقدان أن يملك أكثر من زوج واحد، واعتبرها جريمة اجتماعية لمن يقوم بهذا الفعل [2]ونص صراحة على هذا في المادة 147 من القانون المدني الفرنسي [3]، فهذا النظام القانوني الذي يتبناه هذا القانون يوافق قانون الأسرة الجزائري من ناحية المرأة ويخالفه من ناحية الرجل، لأن هذا الأخير يأخذ أحكامه من الشريعة الإسلامية التي تحل التعدد لأربعة بالنسبة للزوج المسلم بشروط محددة.

ثانيا: شروط تكوين أو صياغة الزواج : (les conditions de forme)

1- الصيغة أو الشكلية المسبقة (الافتتاحية): (les formalités préalables)

وتتمثل هذه الشكلية في أخذ موعد بالبلدية بشهرين على الأقل قبل تاريخ حفلة الزواج، وذلك لتحضير ودفع كل الوثائق الخاصة بملف الزواج، وتبين أن كلا من الطرفين تتوفر فيه الشروط اللازمة للقيام بحفلة الزواج والدخول ببعضهما البعض، بحيث لا يستطيع ضابط الحالة المدنية إعطاء تاريخ لوثيق الزواج والقيام بالحفلة في حالة

[1] Le guide Raymond, droit de la famille (régimes matrimoniaux, pacs, divorce, libéralités, successions et indivision), tome 2, l'extenso édition, 15em édition, p 76.Patrick courbe, droit civil, ouvrage passé, p 61./ Mélina douchy, ouvrage passé, 275.

[2] Dominique fenouillet, ouvrage passé, p 63. /Norbert Rouland, ouvrage passé,p77./ Christine jama, ouvrage passé, p73.

[3] Art 147 « on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

نقصان أي وثيقة من وثائق ملف الزواج[1]، ولقد نص المشرع على هذا في المادة 63 من القانون المدني الفرنسي[2]

2- حفلة الوحدة أو حفلة الزواج: (la célébration de lunion)

تنطوي تحت هذه الحفلة عدة أمور حددها القانون منها :

أ- تاريخ الحفلة (date de célébration) :

ترك المشرع الفرنسي تحديد تاريخ الحفلة بيد الزوجين، والذي يكون بعد شهرين على الأقل من إحضار وفرز كل الشهادات الخاصة بتكوين ملف عقد الزواج مع ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي بها مقر سكناهم.

ب – مكان الحفلة (lieu de célébration):يمكن أن يكون مكان الحفلة بمقر البلدية التي يقطن بها الزوجين كما حدد المشرع هذا في المادة 74 من القانون المدني الفرنسي[3] ، أو بمقر سكناهم إذا طرأ على الزوجين أو أحدهما عذرا قاهرا يمنعه من

الحضور إلى مقر البلدية ، فلوكيل الجمهورية الذي يقع مكان حفلة الزواج تحت سلطته القضائية أن يأمر ضابط الحالة المدنية أن يتنقل إلى مقر سكن الزوجين للقيام بإبرام عقد الزواج ، حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 75 من القانون المدني الفرنسي

ج- حضور الشهود و الزوجين (présence des témoins et des époux):

[1] Dominique fenouillet, ouvrage passé, p 66./ Melina douchy, ouvrage passé, p275./Corinne Renault-brahinsky, ouvrage passé, page 42.

[2] Art 63 « avant la célébration du mariage , l'officier d'état civil fera une publication par vole d'affiche a la porte de la maison commune ……. Etre célébré »

[3] Art 74 « le mariage sera célébré dans la commune ou l'un des deux époux aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue a la date de la publication prévue par la loi ».

لا يمكن أن تقام حفلة الزواج إلا بحضور على الأقل شاهدين اثنين أو أربعة على الأكثر، وحضور الزوجين كذلك حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 75 من القانون المدني الفرنسي المذكورة أعلاه .

د - مهمة ضابط الحالة المدنية (rôle de l'officier d'état civil) :

تتمثل مهمته في إبرام عقد الزواج بعد التأكد من توفر الملف على جميع الوثائق المطلوبة ، وله أن يرفض إبرام الزواج في حالتين :

- وجود عائق يمنع الزواج (empêchement prohibitif et dirimant):مثل وجد عقوبة جنائية على أحد الزوجين تمنعه من حضور عقد الزواج أو نقصان وثيقة من الوثائق المطلوبة في العقد (كبطاقة الهوية - شهادة الميلاد الأصلية) أو امتناع الزوجين أو أحدهما عن الاستماع لضابط الحالة المدنية في جلسة العقد حسب ما حددته المادة 63 من القانون المدني الفرنسي[1] أو عدم احترام الوقت القانوني بين

[1] Art 63 « Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré.

La publication prévue au premier alinéa ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169, la célébration du mariage est subordonnée :

-° A la remise, pour chacun des futurs époux, des indications ou pièces suivantes :

-les pièces exigées par les articles 70 ou 71 ;

-la justification de l'identité au moyen d'une pièce délivrée par une autorité publique ;

-l'indication des prénoms, nom, date et lieu de naissance, profession et domicile des témoins, sauf lorsque le mariage doit être célébré par une autorité étrangère ;

-° A l'audition commune des futurs époux, sauf en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces fournies, que cette audition n'est pas nécessaire au regard des articles 146 et 180.

الإشهار بالزواج وتاريخ العقد أو الحفلة حسب ما حددته المادة 192 من القانون المدني الفرنسي[1] أو عند إرادة قاصر عقد الزواج بدون إذن العائلة حسب المادة 156 من القانون المدني الفرنسي[2] .

- وجود اعتراض على الزواج (opposition a mariage) : سواء كان الاعتراض من أحد الزوجين أو من طرف آخر كالوالدين مع ولدهما القاصر أو مرشد العائلة حسب ما حددته المادة 68 من الفانون المدني الفرنسي[3]

كما يقوم- ضابط الحالة المدنية- حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 75 من القانون المدني الفرنسي [4]بقراءة المواد التالية على الزوجين والتي تنص على حقوق

L'officier de l'état civil, s'il l'estime nécessaire, demande à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux.

L'audition du futur conjoint mineur se fait hors la présence de ses père et mère ou de son représentant légal et de son futur conjoint ».

[1] Art 192 « Si le mariage n'a point été précédé de la publication requise ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits entre les publications et la célébration n'ont point été observés, le procureur de la République fera prononcer contre l'officier public une amende qui ne pourra excéder 4,5 euros et contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune ».

[2] Art 156 « Les officiers de l'état civil qui auraient procédé à la célébration des mariages contractés par des fils ou filles n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit ans accomplis sans que le consentement des pères et mères, celui des aïeuls ou aïeules et celui du conseil de famille, dans le cas où il est requis, soit énoncé dans l'acte de mariage, seront, à la diligence des parties intéressées ou du procureur de la République près le tribunal de grande instance de l'arrondissement où le mariage aura été célébré, condamnés à l'amende portée en l'article 192 du code civil ».

[3] Art 68 «En cas d'opposition, l'officier d'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la mainlevée, sous peine de 3 000 euros d'amende et de tous dommages-intérêts ».

[4] Art 75 « le jour désigné par les parties, par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, a la maire en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futures époux des

وواجبات الزوجية منها : الفقرة الأولى من المادة 212، الفقرة الثانية من المادة 213، الفقرة الأولى من المادة 214، الفقرة الأولى من المادة 215، المادة 220، و الفقرة الأولى من المادة 371 من القانون المدني الفرنسي ، وضابط الحالة المدنية في غالب الأحيان يكون رئيس البلدية ، أو نائبه المكلف بمصلحة الحالة المدنية بالبلدية[1]

ويمكن لضابط الحالة المدنية أن يرفض إبرام عقد الزواج

-ه دليل الزواج (preuve du mariage) :

وهو يتمثل في وثيقة عقد الزواج والدفتر العائلي الذين يصدرهما ضابط الحالة المدنية حسب ما نصت عليه المادة 194 من القانون المدني الفرنسي [2]مباشرة بعد الانتهاء من صيغة الزواج التي تكون بلفظ صريح من كلا الطرفين بأن كل واحد يقبل بالآخر زوجا له، ومن يقبل أن يكون زوجة أو زوجا في حالة الزواج للجميع (mariage pour tous)، ثم يمضي الجميع على سجل عقود الزواج بما فيهم الشهود، الذين يعتبرون كدليل يرجع إليه في حالة ضياع السجل الذي وثق فيه عقد الزواج [3]حسبما نصت عليه المادة 46 من القانون المدني الفرنسي[4]

---

articles 212, 213(alinéas 1er et 2), 214(alinéas 1er), 215(alinéas 1er) et 220 du present code.

Il sera également fait lecture de l'article 371-1.

Toutefois en cas d'empêchement grave, le procureur de la république du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou a la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage ».

[1] Mélina douchy, ouvrage passé, 275./ Brigitte Hess-Fallon et Anne-Marie Simon, ouvrage passé, p74.

[2] Art 194 « nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l 'état civil : sauf les cas prévus par l'article 46, au titre des actes de l'état civil ».

[3] Mélina douchy, ouvrage passé, 275./ Brigitte Hess-Fallon et Anne-Marie Simon, ouvrage passé, p74.

[4] Art46 « Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins ; et, dans ces cas, les mariages,

ثالثا: ابطال الزواج عن طريق القاضي:(l’annulation par le juge judiciaire)

يتبين من هذا العنصر السلطة الفعلية للقاضي في التفريق بين الزوجين إما بإصدار حكم ببطلان الزواج (la nullité du mariage)لسبب من الأسباب التي تؤدي إلى الإبطال، أو بالحكم بلا وجودية للزواج أصلا(l’inexistence du mariage) .

1- الحكم ببطلان الزواج : (la nullité du mariage)

هناك بعض الحالات التي تعطي للقاضي السلطة التامة لإبطال الزواج بطلانا مطلقا(la nullité absolu)، وحالات أخرى تعطيه السلطة لإبطال الزواج بطلانا نسبيا (la nullité relative)

أ- البطلان المطلق (la nullité absolu) :

لقد حدد المشرع الفرنسي الحالات التي تعطي للقاضي السلطة الفعلية للحكم بإبطال الزواج بطلانا مطلقا و التفريق بين الزوجين تفريقا قضائيا حسب ما نصت عليه المادة 190 من القانون المدني الفرنسي[1]، ثم تعرض للحالات بالتفصيل في المواد التي ذكرتها المادة 184 من القانون المدني الفرنسي[2] ، وهي كالآتي :

-الحالة الأولى : عدم بلوغ السن القانوني (le défaut d’âge nuptial)

---

naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins ».

[1] Art 190 « Le procureur de la République, dans tous les cas auxquels s'applique l'article 184, peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux, et les faire condamner à se séparer ».

[2] Art 184 « Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public ».

عدم بلوغ السن القانوني المحدد من طرف القانون ب 18 سنة لكلا الطرفين ، يجعل الزواج باطلا بطلانا مطلقا' ويعطي للقاضي السلطة للتفريق بين هذين الزوجين تفريقا قضائيا حسب ما نصت عليه المادة 144 من القانون المدني الفرنسي[1]

-الحالة الثانية : عدم توفر الرضا ألزواجي (le défaut de consentement matrimonial)

إن عدم وجود الرضا بين الزوجين ،بحيث أكرها للاثنين أو أحدهما على الزواج، يعتبر سبب يعطي للقاضي السلطة الكاملة كذلك لإبطال الزواج بطلانا مطلقا و التفريق بين الزوجين ، ولقد نص المشرع الفرنسي على هذا في المادة 146 من القانون المدني الفرنسي[2]

-الحالة الثالثة : غياب أحد الزوجين أثناء حفلة الزواج (absence d'un époux l'lors de la célébration)

فغياب أحد الزوجين أثناء حفلة الزواج بالبلدية أين يكون العقد يؤدي إلى بطلان هذا الزواج بطلانا مطلقا، بحيث بدونهما أو بدون أحد منهما لا يمكن عقد الزواج[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 75 من القانون المدني الفرنسي السابقة الذكر[4]

-الحالة الرابعة : التعدد في الزواج (la polygamie)

[1] Art 144 « Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus ».

[2] Art 146 « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ».

[3] Mélina douchy, ouvrage passé, 275./ Brigitte Hess-Fallon et Anne-Marie Simon, ouvrage passé, p74.

[4] Art 75 « le jour désigné par les parties, par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, a la maire en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futures époux des articles 212, 213(alinéas 1er et 2), 214(alinéas 1er), 215(alinéas 1er) et 220 du present code…… ».

كما ذكرنا سابقا بأن التعدد سبب جوهري في تدخل القاضي بسلطته وإبطال الزواج بطلانا مطلقا، فعلى عكس ما هو موجود عندنا في قانون الأسرة الجزائري الذي أجاز التعدد عملا بأحكام الشريعة الإسلامية- مخالفا إياها فقط في إضافة شرط قبول الزوجة الأولى الذي لا أساس له من الصحة في حلية تعدد الزوجات- فيعتبر التعدد في القانون المدني الفرنسي محرم تحريما قطعيا وجريمة اجتماعية يعاقب عليها القانون، ولقد نصت المادة 147 من القانون المدني الفرنسي السابقة الذكر على بطلان التعدد[1]

-الحالة الخامسة : الزواج على نظام القبيلة (l'endogamie)

يعتبر المشرع الفرنسي أن الزواج على نظام القبيلة، يعتبر مخالف للقانون وباطل بطلانا مطلقا

-الحالة السادسة : معرفة هوية جنس كل من الزوجين (l'identité de sexe des époux)

والآن بعد التعديل الذي قام به المشرع الفرنسي في 17 ماي 2013 بالسماح بالزواج من نفس الجنس في المادة 143 من القانون المدني الفرنسي السابقة الذكر[2] أصبح من الضروري بيان هوية جنس كل من الطرفين

-الحالة السابعة : عدم الإشهار بالزواج (la clandestinité du mariage- **c'est a dire** le défaut de publicité de la célébration)

فحسب ما نصت عليه المادة 75 من القانون المدني الفرنسي التي ذكرناها سابقا، يعتبر الإشهار بالزواج أمر واجب، بحيث يكتب في وثيقة ويعلق بمدخل دار البلدية، ويقوم

[1]Art 147 « on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

[2]Art 143 « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

بكل هذه الإجراءات ضابط الحالة المدنية ، وكل زواج بدون إشهار معلن في البلدية قبل تاريخ حفلة الزواج، يعتبر زواجا باطلا بطلانا مطلقا

-الحالة الثامنة : عدم أهلية ضابط الحالة المدنية لعقد الزواج (l'incompétence de l'officier d'état civil)

يعتبر الزواج باطلا بطلانا مطلقا إذا أبرم من طرف ضابط الحالة المدنية الغير مؤهل لإبرام عقد الزواج[1]، وقد بين هذا المشرع الفرنسي في المادة 191 من القانون المدني الفرنسي[2]

ب - البطلان النسبي (la nullité relative) :

يتمثل في الحالات التي تعطي للقاضي السلطة الفعلية في إبطال الزواج بطلانا نسبيا ، بحيث يتدخل فيها القاضي - بعد علمه بها عن طريق أعوان الدولة أو عن طريق الشخص المتضرر- ويصلحها بما يتماشى وأحكام القانون وهي كالآتي[3] :

-الحالة الأولى : الزواج الحاصل بالنيابة في الموافقة (le mariage consenti par erreur – le vice du consentement-)

الزواج الحاصل بالنيابة في الموافقة هو باطل بطلانا نسبيا، فهو موقف على رضا المعني بالأمر في هذا العقد وهما أحد الزوجين لابد أن يبديا موافقتهما مباشرة بدون

[1] Dominique fenouillet, ouvrage passé , p 59/ Gérard Cornu, ouvrage passé, p 303. / Fanny Vasseur_lambry , la famille et la convention européenne des droits de l'homme, p 69.

[2] Art 191 « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public ».

[3]Dominique fenouillet, ouvrage passé , p 59/ Gérard Cornu, ouvrage passé, p 303. / Fanny Vasseur_lambry , la famille et la convention européenne des droits de l'homme, p 69.

واسطة ، فالقانون يعطي الحق للطرف المتضرر بأن يرفع أمره للقاضي لإيقاف هذا الزواج الباطل بطلانا نسبيا ، فان أبدى موافقته أمضاه القاضي ورفع عنه البطلان ، وان رفضه حكم عليه القاضي بالبطلان المطلق بشرط أن يكون الطلب قبل مرور خمس سنوات وهذا ما حددته المادة 180 من القانون المدني الفرنسي[1]

-الحالة الثانية : زواج القاصر بدون إذن العائلة (le mariage contracté par un mineur sans autorisation familiale)

فالقاصر الذي لم يبلغ السن القانوني للزواج الذي حدده المشرع الفرنسي ب18 سنة بالنسبة للطرفين ، لا يستطيع أن يبرم عقد الزواج إلا بإذن العائلة في أولهما الأبوين (الأب و الأم)، وإذا حدث وتزوج فزواجه يعتبر باطلا بطلانا نسبيا يوقفه القاضي ، فان وافقا عليه أبويه أبرمه القاضي، وان رفضاه أبطله بطلانا مطلقا[2]، وهذا ما حددته المادة 182 من القانون المدني الفرنسي[3]

2- الاوجودية للزواج أصلا : (l'inexistence du mariage)

لقد تكلم عن هذا الفقهاء القدامى للقانون الذين يرون في بعض الحالات من عقود

---

[1] Art 180 « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage.

S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage » .

[2] Mélina douchy, ouvrage passé, 275./ Brigitte Hess-Fallon et Anne-Marie Simon, ouvrage passé, p74.

[3] Art 182 « Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants, ou du conseil de famille, dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement ».

الزواج أنها ليست باطلة بطلانا مطلقا فقط بل هي غير موجودة أصلا ، لأنها حالة بالغة الخطورة إذا وقعت في عقد من عقود الزواج تجعله بالغ الفساد، وبالتالي هو غير موجود أصلا، هذا النوع لم يتكلم عنه القانون المدني الفرنسي الحالي خاصة إذا عرفنا بأنه حتى البطلان المطلق للزواج لم يبدأ العمل به إلا في 19 فبراير 1933 .

والقانون المدني الفرنسي الحالي حدد حالات بطلان الزواج سواء بطلانا مطلقا أو نسبيا ، مما يوحي ضمنيا أنه اذا كانت حالات أخرى بالغة الفساد لم يتكلم عنها القانون للا يمكن الحكم فيها أو القول بأن الزواج غير موجود أصلا خاصة إذا قام القاضي بالتنفيذ الحرفي للنصوص بتطبيقه المبدأ القانوني المعمول به في عقود الزواج "لا إبطال بدون نص "[1].

[1] Corinne Renault-Brahinsky, l'essentiel du droit de la famille, Gualino éditeur, 15em édition, 2016-2017, paris, page 45. / GERARD CORNU , ouvrage passé , p285./Dominique Fenuoillet, ouvrage passé, p 35. Catherine marie, ouvrage passé, p 140./jean garrigue, ouvrage passé, page 190./guide de vos droit – famille, le particulier édition, ouvrage passé, page 220./ le guidec Raymond, ouvrage passé, page 191 .

المبحث الرابع

سلطة القاضي في التفريق بسبب اشتمال عقد الزواج على مانع

- ***المطلب الأوّل*** :

- موانع الزواج.

- ***المطلب الثانـي*** :

- بيان مدى سلطة القاضي في التفريق.

المطلب الأول

موانع الزواج

- **الفرع الأوّل** :

- تعريف المانع.

- **الفرع الثاني** :

- بيان موانع الزواج.

الفرع الأول : تعريف المانع

أولا : تعريفه لغة[1]:

لفظ (مانع) مصدر من الفعل مَنَعَ : وهو يدل على معنى واحد ، وهو خلاف الإعطاء . والمانع هو الحائل بين الشيئين

ولذلك نجد ابن منظور يقول : المنع أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده ، وهو خلاف الإعطاء.

ثانيا : تعريفه في الاصطلاح الفقهي[2]:

للعلماء في معنى المانع اصطلاحاً عبارات متعددة ومن ذلك :

المانع هو : (ما يلزم من وجوده عدم الحكم أو بطلان السبب)

ما يلزم من وجوده العدم ، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته

قولهم: (ما يلزم من وجوده العدم) احتراز من السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود.

(ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم) احتراز من الشرط فإنه يلزم من عدمه العدم

---

[1] ابن منضور، المرجع السابق، ج8، ص 343./ والزبيدي (محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي) ، **تاج العروس من جواهر القاموس، طبعة الكويت، ط2، ج1، ص** 5552 .

[2] الآمدي (علي بن محمد الآمدي)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، ج2، دار الصميعي، ط1، 1424ه-2003م، ص

(لذاته) يحترز بهذا القيد من مقارنة وجود المانع لوجود سبب آخر ليس هذا المانع مانعاً منه ، فإنه يلزم الوجود ، لكن ليس ذلك لوجود المانع بل لوجود هذا السبب الآخر.

ولذلك قال العلماء: إن المعتبر من المانع وجوده ، **ولذلك من الأمثل أن يقال في تعريف المانع ما يلي** : وصف ظاهر منضبط يستلزم وجوده عدم السبب أو عدم الحكم، ولا يلزم من عدمه وجود الحكم أو عدمه.

وبهذا يتضح أن المانع قد يؤدي إلى إبطال السبب ، وبالتالي لا وجود للحكم لعدم وجود سببه ، أو يؤدي إلى إبطال الحكم مع وجود سببه[1].

[1] الآمدي، المرجع السابق، ص 123./ الشوكاني (محمد بن علي)، إرشاد الفحول، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط1، مصر ، ص 146.

الفرع الثاني : بيان موانع الزواج

ان كل ما جاء في قانون الأسرة الجزائري عن الموانع، هو موافق للشريعة الإسلامية ولآراء الفقهاء، وعلى العموم لا نناقشه فيها ونكتفي بعرضها و نؤيده في كل ما أورده

المادة (23): يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة.

المادة (24): " موانع النكاح المؤبدة هي: القرابة، المصاهرة، الرضاع ".

المادة (25): " المحرمات بالقرابة هن: الأمهات، والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت ".

المادة (26): " المحرمات بالمصاهرة هن:

1. أصول الزوجة بمجرد العقد.
2. فروعها إن حصل الدخول بها.
3. أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا
4. أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا" .

المادة (27): " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ".

المادة (28): " يعد الطفل الرضيع وحده، دون إخوته وأخواته، ولدا للمرضعة، وزوجها، وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه" .

المادة (29): " لا يحرم الرضاع، إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا "[1].

[1] دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 11- 17./ وبرتي للنشر، قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص 25-29

المادة (30): " يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، والمعتدة من الطلاق أو وفاة، والمطلقة ثلاثا، والتي تزيد على العدد المرخص به شرعا.

كما يحرم مؤقتا : الجمع بين الأختين، وبين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقه أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلمة مع غير المسلم. "

المادة (32): "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد ".

المادة (34): " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء "[1].

[1] دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 25- 29./ وبرتي للنشر، قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص 17-18./ بلحاج العربي، قانون الاسرة، المرجع السابق، ص25 ./ وعبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 29 ./ وبلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة، المرجع السابق، ص 112 ./ المصري مبروك، المرحع السابق، ص 100.

المطلب الثاني

بيان مدى سلطة القاضي في التفريق

- ***الفرع الأوّل*** :

- في قانون الأسرة الجزائري.

- ***الفرع الثاني*** :

- موقف القانون المدني الفرنسي من موانع الزواج.

الفرع الأول : بيان مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بسبب اشتمال عقد الزواج على مانع في قانون الأسرة الجزائري

من خلال المادتين الثانية والثلاثين و الرابعة و الثلاثين من قانون الأسرة الجزائري السالفتي الذكر، المادة (32) التي تنص على ما يلي : " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع....."

والمادة (34) التي تنص على ما يلي : " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء " .

نجد أن المشرع الجزائري أعطى السلطة الفعلية للقاضي في فسخ الزواج الذي حكم عليه بالبطلان والتفريق بين الزوجين إذا اشتمل على أحد من الموانع التي حددها المشرع في المواد من الثالثة و العشرين إلى الثلاثين من قانون الأسرة الجزائري[1]، و بالتالي يكون القانون قد وافق موافقة تامة ما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الشطر الأول من نص المادة ، ولكنه خالفهم في الشطر الثاني بإثباته النسب ووجوب الاستبراء في زواج حكم عليه بالبطلان، لكن لم يخرج عن نطاق الفقه الإسلامي، فقد نقل عن أبي حنيفة[2] رحمه الله ثبوت النسب في كل عقد ولو كان على إحدى المحرمات مع العلم بذلك، ويسقط عنده حد الزنا وهو غير ثابت.

وإذا رجعنا لأحكام الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 المكررة الذكر، نجد بأنه إذا كان العقد مجمعا على بطلانه كالزواج المحارم، أو زواج المسلمة غير المسلم، أو زواج المسلمة الوثنية، فهذا مجمع على بطلانه، ولا ينتفي عنه وصف الزنا، ويجب فيه الحد ولا مهر ، ولا توارث،ولا يثبت به النسب،ولا نفقة ولا سكنى ولا طاعة، ولا عدة وإنما هو محض زنا.

[1] دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 25- 29./ وبرتي للنشر، قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص 17-18

[2] أبوا زهرة، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص 152.

ولقد اتفق الفقهاء جميعا على فسخ العقد المشتمل على مانع من موانعه والمحرمات هن من موانع الزواج، قبل الدخول وبعده ولكن ما جاء به قانون الأسرة الجزائري من ترتب ثبوت النسب ووجوب الاستبراء، فهذا فصل فيه الفقهاء على النحو التالي :

فإذا كان الزواج قد تم مع العلم بالمحرمية أو بالمانع فقد رأينا اتفاق الفقهاء في أن هذا الزواج لا ينفي وصف الزنا وبالتالي يجب الحد، ويسقط المهر ولا عدة،ولا ثبوت نسبن ولا أي أثر من آثار الزواج الصحيح يثبت بهذا النكاح الباطل.

أما عن وجوب الاستبراء فلا نزاع فيه أنه واجب.

وإن كان الزواج قد تم بدون علو المانع، فإن الزواج يفسخ بعد العلم بالمانع وينتفي وصف الزنا، ويثبت المهر، والعدة، والنسب اتفاقا، لأن الشبهة هنا قوية وهي عدم العلم بالمانع، ويكون هنا وجوب العدة ثابتان وليس الاستبراء[1].

[1] أبوا زهرة، المرجع السابق، الأحوال الشخصية ، ص 152.

الفرع الثاني : موقف القانون المدني الفرنسي من موانع الزواج

رغم تعديل 13 ماي 2013 الذي أقره المشرع الفرنسي على القانون المدني الفرنسي في جزئه الخاص بالعائلة والذي فتح الباب على مصرعيه في الزواج مخالفا كل الأعراف الدينية والمدنية بما يسمى بالزواج للجميع (mariage pour tous)، الذي لو ترجم بتطبيقه فالأحرى أن يقال الزواج بمن تشاء، إلا أن المشرع الفرنسي حرم بعض الفئة من المجتمع الفرنسي بإبقائه على بعض الموانع التي تمنع الزواج وان وقع يعتبر باطلا، ويعطي الحق للقاضي للتدخل بسلطته القضائية وابطال العقد و التفريق بين الزوجين، وحصر المشرع هذه الموانع في ثلاث حالات نصت عليها ثلاث مواد من القانون المدني الفرنسي أثر بها هذا التعديل الأخير الذي يسميه أغلب الفرنسيون بالتعديل المشئوم لأنه يخالف عاداتهم ومعتقداتهم، ويخدم شرذمة حادت عن تقاليد مجتمعها[1]

-الحالة الأولى : تحريم الزواج بين الأصول والفروع (le mariage entre les ascendants et les descendent)

فهذا أبقى عليه المشرع كمحرم من محرمات الزواج المؤبدة على الأقل لحفظ ماء الوجه ، وبالتالي يحرم الزواج بين الابن و أمه أو جذته، وبين البنت وأبيها أو جدها،فهؤلاء الأشخاص ممنوعون مما يسمى بالزواج للجميع، وقد نص المشرع على هذا في المادة 161 من القانون المدني الفرنسي[2]

[1] GERARD CORNU , ouvrage passé , p285./Dominique Fenuoillet, ouvrage passé, page 35./ Yves Lequette, l'ouverture du mariage aux personnes de meme sexe, édition Panthéon-Assas, paris, 2014, page 166.

[2] Art 161 « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ».

-الحالة الثانية : تحريم الزواج بين الإخوة (le mariage entre frères et sœurs)

فهؤلاء الأشخاص ممنوعون كذلك مما يسمى بالزواج للجميع رغم تعديل 13 ماي 2013 ، ولقد فصل فيهم المشرع الفرنسي تفصيلا دقيقا ، بحيث يحرم الزواج بينهم تحريما أبديا، سواء الأخ مع أخته ، أو بين الأختين ، أو بين الأخوين ، وهذا بالنص الحرفي للمادة 162 من القانون المدني الفرنسي[1]، فكل زواج بين الأخ و أخته أو بين الأخت و أختها أو بين الأخ و أخيه هو محرم ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا إذا وقع يعطي الحق للقاضي للتفريق بينهما تفريقا قضائيا[2]

-الحالة الثالثة : تحريم الزواج بين الأعمام و الأخوال أو العمات والخالات مع أبناء أو بنات إخوانهم أو أخواتهم (le mariage entre les oncles paternelle – maternelle et les nièces et les neveux)

الزواج بين لقد فصل المشرع الفرنسي تفصيلا دقيقا كذلك في تحريم الزواج تحريما أبديا بين جهتي العمومة والخؤولة وأبناء إخوانهم وأخواتهم، سواء العم أو الخال مع ابن أو بنت أخيهما و أختهما، والعمة أو الخالة مع ابن أو بنت أخيهما أو أختهما، وهذا بالنص الحرفي للمادة 163 من القانون المدني الفرنسي[3]،فكل زواج بين هؤلاء الأطراف المحددة في المادة هو محرم ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا إذا وقع يعطي الحق للقاضي للتدخل بسلطته القضائية و التفريق بينهما تفريقا قضائيا[4]

[1] Art 162 « En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la soeur, entre frères et entre sœurs ».
[2] GERARD CORNU, ouvrage passé , p285./Dominique Fenuoillet, ouvrage passé, p 35.

[3] Art 163 «Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce. »
[4] Mélina douchy, ouvrage passé, 275./ Brigitte Hess-Fallon et Anne-Marie Simon, ouvrage passé, p74.

المبحث الخامس

سلطة القاضي في التفريق بسبب ردة الزوج

- **المطلب الأوّل** :

- أسباب الوقوع في الردة.

- **المطلب الثانـى** :

- بيان مدى سلطة القاضي في التفريق

المطلب الأول

أسباب الوقوع في الردة

- ***الفرع الأوّل*** :

- تعريف الردة.

- ***الفرع الثانـي*** :

- بيان أسباب الوقوع في الردة.

الفرع الأول : تعريف الردة

أولا : تعريفها لغة[1]:

الردة عن الإسلام أي الرجوع عنه. وارتد فلان عن دينه إذا كفر بعد إسلامه . ورد عليه الشيء إذا لم يقبله، وكذلك إذا خطأه. وتقول: رده إلى منزله ورد عليه جوابا أي رجع. و الردة، بالكسر: مصدر قولك رده يرده ردا وردة. والردة: الاسم من الارتداد. واسترد الشيء وارتده : طلب رده عليه ، قال كثير عزة :

وما صحبتي عبد العزيز ومدحتي

بعارية ، يرتدها من يعيرها

والاسم : الرداد و الرداد ، قال الأخطل :

وما كل مغبون ، ولو سلف صفقة

يراجع ما قد فاته برداد

ويروى بالوجهين جميعا.

ثانيا : تعريفها في الاصطلاح الفقهي:

والردة هي: (انتقال المسلم إلى غير دين الإسلام، وكل منهما لا يقر على الملة التي انتقل إليها، فلا يعد نصرانيا إذا انتقل إلى النصرانية ولا يهوديا إذا انتقل إلى اليهودية ولا يعد ذا دين بحال)[2].

[1] ابن منضور، المرجع السابق، ج6، ص 133.

[2] علي حسب الله، المرجع السابق، الفرقة بين الزوجين، ص 175.

الفرع الثاني : بيان أسباب الوقوع في الردة

إن المتصفح لقانون الأسرة الجزائري سواء القديم أو الحديث يجد بأنه لم يتكلم عن أسباب الردة إلا جعله ثبوت ردة الزوج سبب لفسخ الزواج في القانون القديم سنة 1984 في المادة 32 منه، وتعديله لها في قانون الأسرة الجزائري الجديد الصادر في فبراير2005 بجعله زواج المسلمة مع غير المسلم من المحرمات المؤقتة في المادة 30 منه[1]، كما أنه ليس هناك نص صريح لا في قانون العقوبات الجزائري ولا في أي قانون آخر يعاقب المرتد عن الإسلام كقاعدة عامة، وذلك عملا بنص المادة الأولى من العقوبات الجزائري " لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون" .

واستثناء يوجد في قانون العقوبات نص يعاقب على كل من أساء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم أو بقية الأنبياء أو استهزأ بالمعلوم من الدين سواء عن طريق الكتابة أو الرسم أو أية وسيلة أخرى في المادة 144 مكرر2 من هذا القانون[2] ، إضافة إلى نص ·من قانون الأسرة الجزائري الذي يمنع المرتد من الميراث في المادة 138 منه[3] .
فواضعي القانون في الجزائر أغفلوا النص على معاقبة المرتد ولم يكن هذا الموضوع ليشغل بالهم إطلاقا ، كغيرهم من القوانين الوضعية
ولذلك نجد بأنهم اعتمدوا مبادئ ومعايير معينة تبرر عدم معاقبة المرتد لا سيما مبدأ حرية العقيدة والديانة في أن يعتنق الدين الذي يريده وحريته في أن يمارس شعائر ذلك ·الدين سواء في الخفاء أو العلانية وحريته في ألا يفرض عليه دين معين
بالإضافة إلى أن الدستور أكد على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ قضائية العقوبة كضمان للحريات الفردية من تعسف السلطة أو تجاوزاتها وأخذ بالقاعدة القانونية المشهورة"لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون" والهدف من هذه القاعدة هو حماية الفرد من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية.

---

1 بلحاج العربي، قانون الاسرة، المرجع السابق، ص25 ./ وعبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 29 ./ وبلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة، المرجع السابق، ص 112 ./ دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 25- 29./ وبرتي للنشر، قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص 17-18
Borrmans, le nouveau code algerien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel principalement dans les pays arabes, revue intrnatinale de droit comparé 1986/01 n : 2, page 136./ Abu sahlieh, droit familiale des payes arabes, 1988, page 146./ minces, les codes de la famille en tunisie algerie, egypte, les cahiers de l'orion 1989-01, n :13, page 48.

[2] قانون العقوبات الجزائري،

[3] دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 134.

المطلب الثاني

بيان مدى سلطة القاضي في التفريق

- ***الفرع الأوّل*** :

- في قانون الأسرة الجزائري.

- ***الفرع الثاني*** :

- موقف القانون المدني الفرنسي من الردة في الزواج.

الفرع الأول : بيان مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بسبب الردة في الزواج في قانون الأسرة الجزائري

من بين حالات الفسخ في قانون الأسرة الجزائري ردة الزوج، كما سبق أن ذكرنا في المطلب الأول أن قانون الأسرة الجزائري القديم 11/84 جعل ثبوت ردة الزوج سبب لفسخ الزواج في المادة الثانية و الثلاثين منه السابقة الذكر التي تنص " يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أو ثبتت ردة الزوج"، فالمشرع الجزائري لا يعتبر ردة الزوجة سبب لفسخ الزواج[1]، موافقا بهذا ما ذهب إليه الإمام مالك [2]الذي يرى أن المرأة إذا ارتدت، قصد فسخ الزواج، فإنه لا يترتب على ردتها فسخ ولا طلاق، وما أفتى به[3] بعض مشايخ بلخ وتبعهم بعض مشايخ سمرقند في حالة ارتداد المرأة بعدم وقوع الفرقة بردتها، ردا لقصدها الشيء وسدا لباب الخلاص من الأزواج بالردة.، ومخالفا ما أفتى به مشايخ بخاري، الذين قالوا: تجبر المرأة على الإسلام وعلى تجديد العقد بمهر يسير، ومن باب الاحتياط كان الأولى لقانون الأسرة الجزائري أن يأخذ بفتوى مشايخ بخاري ، حيث يجبر المرتدة حتى تتوب وترجع إلى الإسلام، ويأمر الزوج بتجديد العقد بمهر يسير، تحصينا للفروج، وإذا رجعنا لأحكام الشريعة الإسلامية التي هي أساس قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 222 منه، نجد أن جمهور الفقهاء يرون أن العقد يفسخ على الفور إذا ارتدا أحد الزوجين عن الإسلام، كما روى عبد الرزاق عن معمر

بلحاج العربي، قانون الاسرة، المرجع السابق، ص25 ./ وعبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 29 ./ وبلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة، المرجع السابق، ص 112 ./ دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 25-29[1]./ وبرتي للنشر، قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص 17-18

[2] مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج2، ص 158.

[3] علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة و نسب، دار الفكر العربي، ط1، 1387ه-1967م، ص 175-176./ ود محمد البلناجي، دراسات في أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص 571.

عن الحسن قال: [إذا ارتد المرتد عن الإسلام فقد انقطع ما بينه وبين امرأته، فقال الثوري والرجل والمرأة سواء][1].

كما حرم زواج المسلمة بغير المسلم بالنص الحرفي للمادة الواحدة و الثلاثين منه بقوله " لا يجوز زواج المسلمة يغير المسلم ".

بينما نجد المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري الجديد في تعديل فبراير 2005 حذف الشطر الخاص بردة الزوج تماما من المادة الثانية و الثلاثين من القانون ، وبالتالي يشير المشرع ضمنيا في هذه الحالة بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بتطبيق نص المادة 222 من هذا القانون .

كما غير نص المادة الواحدة و الثلاثين منه الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم بنص آخر بقوله في نفس المادة " يخضع زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية "، وألحق نص المادة القديم " لا يجوز زواج المسلمة يغير المسلم " - مع حذف لفظ لا يجوز- إلى المادة 30 من القانون الخاصة بموانع الزواج بقوله في آخر فقرة منها : " كما يحرم مؤقتا : - زواج المسلمة مع غير المسلم "[2].

[1] مصنف عبد الرزاق 161/7.

[2] بلحاج العربي، قانون الاسرة، المرجع السابق، ص25 ./ وعبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 29 ./ وبلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة، المرجع السابق، ص 112 ./ دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص 25-29./ وبرتي للنشر، قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص 17-18

الفرع الثاني : موقف القانون المدني الفرنسي من الردة في الزواج

إن هذه الحالة لا وجود لها في القانون المدني الفرنسي، لأن حرية الشخص العاقل البالغ في اختيار الشخص الذي يراه مناسبا ليقسم معه عقد الزوجية حق كفله له الدستور الفرنسي ، بغض النظر عن أصول هذا الشخص فرنسيا كان أو أوروبيا أو آخر سواء كان مسيحيا أو يهوديا أو مسلما أو أي ديانة أخرى أو ليس له ديانة أصلا،

فالقانون الفرنسي ينص على حرية المعتقد والديانة ، فكل شخص حر في ممارسة الدين الذي يريد[1]

[1] Patrick courbe ,droit civil, ouvrage passé, page 92. / Mélina douchy, ouvrage passé, 275./ Brigitte Hess-Fallon et Anne-Marie Simon, ouvrage passé, p74.

الخاتمة

خاتمة

من خلال الدراسة التي قمت بها في هذا البحث المتواضع، والمنصب على دراسة سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي والذي مكننا من استعراض موقف كل من المشرع الجزائري و المشرع الفرنسي من سلطة قاضي شؤون الأسرة، وذلك في فض النزاع المطروح أمامه المتعلق بفك الرابطة الزوجية بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، فالحلول القضائية إن كانت تعبر عن إرادة المشرع، إلا أن للطابع الشخصي والقدرات الذهنية للقاضي نصيب فيها، إضافة إلى مرونة كل من نصوص قانون الأسرة الجزائري، المستوحاة من أحكام الشريعة الإسلامية، التي منحت للقاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص عملا بأحكام المادة 222 منه المتعددة الذكر، وكذلك مواد القانون المدني الفرنسي في جزئه الخاص بأحكام العائلة الذي تأخذ فيه مبادئ الشريعة الإسلامية مرتبة لأبأس بها كمصدر من مصادر هذا القانون.

وعليه، سوف أقوم بذكر جملة من الاستنتاجات وأهم الملاحظات المسجلة التي اتضحت لي بالإضافة إلى بعض التوصيات التي نستعرضها على النحو التالي:

1- تساوي كل من قانون الأسرة الجزائري و القانون المدني الفرنسي في اعتبار سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لأسباب حددها كل منهما، إذ لا اعتبار لأي طلاق، ولا صحة لوقوعه إلا إذا حكم به القاضي

2- تطرقنا للتطليق لعدم الإنفاق الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري الذي لم يفرق بين عدم الإنفاق للإعسار، كما لم يفرق بين الزوج الحاضر والزوج الغائب ، موافقا بذلك جمهور الفقهاء الذين أجازوا ذلك ، وبنفس الرأي أخذ المشرع الفرنسي .

3- نستطيع أن نقول بأن ما يسمى عند المشرع الفرنسي بالتفريق الجسدي (la séparation du corps) ، يمكن أن نقابله بما هو موجود عندنا في قانون الأسرة الجزائري الذي تطرقنا إليه ثانيا بما يسمى بالإيلاء ، في أن كلاهما هجر في المضجع فقط عندنا في قانون الأسرة الجزائري هو هجر من طرف واحد الذي هو الزوج وهو محدد كما حددته الشريعة بأربعة أشهر ، بينما في القانون المدني الفرنسي يكون من الطرفين معا ' فهو تهاجر و تآل وغير محدد بأي مدة، وان حددت فهي لا تقل عن ست سنوات.

4- إن عدم نص قانون الأسرة الجزائري على اللعان كسبب من أسباب التفريق القضائي، مكتفيا بالإشارة إليه في المادة 41 منه و المتعلقة بنسب الولد بابيه متى كان الزواج شرعيا، ولم ينفه بالطرق المشروعة، وذكره في المادة 138منه كمانع من موانع الإرث، جعل القاضي يلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من هذا القانون.

وعلى العكس من ذلك فقد أدرج القانون المدني الفرنسي ضمنيا هذه الحالة في مسائل التفريق القضائي في البند 212 منه تحت ما يسمى بالتفريق بسبب الغلط (le divorce pour faute) ، حين جعل كل أنواع الاهانات و التحقير، وكذلك انتهاك الحياة الزوجية، وجميع أشكال الشتائم و القذف في حق الآخر(les injures) سببا لطلب التطليق من القاضي.

5- هناك وسيلة جسد فيها المشرع الجزائري سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين تفريقا قضائيا وهي التطليق للخلع في حالة لجوء الزوجة إليه عند كرهها لزوجها وعدم تحقق الضرر من الزوج أو لم تستطع إثبات ذلك ، فقانون الأسرة الجزائري مستندا لأحكام الشريعة الإسلامية بإعطائه المرأة حق اللجوء إلى الخلع جعل الطريق مختصرا أمامها إن أرادت تخليص ذمتها أمام الله، إذا كانت تعلم يقينا أنّها السبب في الشقاق بعد كرهها لزوجها، وأعطاها الحق في

أن تطلب من القاضي فكها منه ، وحينها للقاضي السلطة الكاملة في الحكم بالتفريق بينهما تفريقا قضائيا بذلك، وهذه الحالة قد تطابق النوع الرابع من أنواع الطلاق التي يحكم فيها القاضي في القانون المدني الفرنسي من ناحية الشكل وتختلف عنه في المضمون وهذا النوع هو طلب الطلاق من أحد الزوجين وقبوله من الزوج الآخر(le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre ; ou bien l'acceptation du principe de la rupture du mariage) ، حيث أن الخلع في قانون الأسرة الجزائري يأتي بطلب من الزوجة، أما في القانون المدني الفرنسي هو خلع يمكن طلبه من الطرفين .

6- لقد كان المشرّع الجزائري أكثر تقييدا من غيره لموضوع التعدد من خلال نص المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري، حيث أعطى للزوجة طلب التطليق لمجرد الزواج بأخرى، حتى وإن لم يحدث لها أي ضرر مادي. فكان بذلك أقرب من المشرع التونسي الذي منع التعدد صراحة.

كما أن إقبال الزوج على التعدّد، يعطي للمرأة الحق قانونا بالموافقة أو طلب التطليق وفي حقيقة الأمر المطلوب من القانون ليس أن يُؤتى بالزوج مكبّل اليدين ليعيش مرغما مع زوجته الأولى، وإجباره على عدم تزوج غيرها، خاصة بعد إقرار المشرع اشتراط موافقة الزوجة الأولى وإمضائها على الدفتر في التعديل الأخير لسنة 2005 في شهر فبراير، لأنّ لديه أكثر من وسيلة لفعلها، خاصة إذا لم يضبطه الوازع الديني أو الأخلاقي، إنّما المطلوب هو أن يجتهد المشرّع وبعده القاضي في ضمان حقوق الزوجة الأولى وأولادها ماديا، وضمان حياة كريمة لها بعد أن يقدم على التعدد أو بعد طلاقها مختلفا في ذلك مع القانون المدني الفرنسي الذي يحرم هذا تحريما قاطعا – يعني التعدد (la

polygamie -وأكثر من ذلك يعتبره جريمة اجتماعية على عكس العلاقات الخارجة عن الزواج هو يثمنها ويحميها قانونا.

7- لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري لحالة الطلاق التعسفي إلا من خلال مادة وحيدة تعطي للقاضي الحق في تقدير التعويض للطرف المتضرر، فهي سلطة تقديرية منحه إياها القانون تجعله يختار من آراء الفقهاء المتعددة – مستندا على أحكام المادة 222 من هذا القانون - في وقت تقدير التعويض في هذه الحالة ، ما يراه ملائما للمصلحة، محققا لمقاصد الشارع، من جبر الضرر الواقع مع عدم ظلم الزوج، وتدقيق كل حادثة وما يحيط بها من ملابسات وقرائن.

وهذه السلطة أعني –التقديرية- التي منحها قانون الأسرة الجزائري للقاضي تعني صلاحيته للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر، و ذلك بتطبيق القانون في النزاع المعروض أمامه في جميع مراحله، فهي تكون في الأحوال التي تفتقر فيها إلى نص قانوني، أو يكون ظنيا في معناه، أو سكت المشرع عن أمور يفهم من سكوته أنه ترك للقاضي السلطة التقديرية، كما لا يعني هذا انعدام الرقابة على القاضي في أعماله وأحكامه، من طرف المحكمة العليا، وذلك بتصفح أحكام القاضي ومراقبته للاطمئنان على سير عمله، فالمحكمة العليا إذا كانت لا تراقب الجهد العقلي الذي يستفرغه القاضي في تقديره لاستحالة ذلك عمليا، فهي على العكس تراقب مادة هذا الجهد من واقع القانون، أي تراقب المصادر التي يستمد منها القاضي استفراغ جهده العقلي في ممارسته لسلطته التقديرية.

فهو أعني - القاضي - لا سلطان عليه إلا من جهة المشرع، فتكون رقابة المحكمة العليا مثلا للتأكد من عمله على تطبيق القانون، وإتباعه للقواعد والإجراءات المقررة في العمل القضائي.

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فهذه المسألة لا علاقة لها ببنوده في جزئه الخاص بنظام العائلة، الذي يجعل سلطة التفريق بين الزوجين بيد القاضي، وليس للزوج أن يستبد بهذا النوع من الطلاق، فمثله كمثل الزوجة إن أراد الطلاق أن يرفع أمره للقاضي ويقدم الأسباب التي دفعته لطلب الطلاق، والقاضي ينظر في ذلك حسب أحكام القانون، هذا الأخير الذي يمكن تصور التعسف منه لأن سلطة التفريق بيده سواء كان الطلب من الطرفين أو من أحدهما.

8- تطرقنا للتطليق للعيوب وتوصلنا إلى نتائج من أهمها، أنّ المشرع الجزائري جسد سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بطلب من الزوج المتضرر من العيوب اللاحقة بالطرف الآخر موافقا جمهور الفقهاء الذين أقروا بذلك ومخصصا فقرة وحيدة للتطليق للعيوب ، إلا أنه عززها بمعيار عام جعلها صالحة لكل زمان ومكان، إضافة إلى المادة 7 مكرر التي جاء بها تعديل 2005 والتي تفرض على الزوجين الفحص الطبي المسبق، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي.

إن منح المشرع الجزائري القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض عن الضرر- كما قلنا سابقا – يوجب عليه النص على أحكام الإثبات الموضوعية قي دعاوى التفريق القضائي ، ومن ذلك وجوب الاستعانة بالخبرة الطبية في إثبات العيوب الموجبة للتفريق، وكذلك فعل المشرع الفرنسي.

9- كما أجاز الفقهاء التفريق لبعد الزوج عن زوجته سواء كان ذلك بغيابه عنها أو هجره لها أو بسبب حبسه، وبذلك لقد أخذ المشرع الجزائري بالتفريق القضائي لبعد الزوج عن زوجته سواء كان ذلك بغيابه عنها أو بسبب حبسه أو فقده موافقا ما جاء به فقهاء الشريعة و مخالفا لهم في العلة ، فهم أخذوا بالتفريق للغياب لعلّة بعد الزوج عن زوجته والمساس بحق الزوجة في حاجاتها إلى

وجود زوجها إلى جانبها سواء كان ذلك حسيا أو معنويا، أما المشرّع الجزائري أخذ بالتفريق لغياب الزوج شكليا، لكنه أفرغه من محتواه باشتراطه للأخذ به، ضرورة عدم توفر العذر الشرعي وعدم ترك الزوج للنفقة، فيرجع أساس رفع الدعوى في الأخير غلى عدم الإنفاق وليس للغياب.

وإلى نفس الأمر ذهب المشرع الجزائري في التفريق للحبس الذي أخذ به الفقهاء قياسا على التفريق للغيبة، ولنفس العلّة وهي بعد الزوج عن زوجته، إلا أنّه وخاصة بعد تعديل الفقرة 4 من المادة 53 من قانون الأسرة، أصرّ على أنّ سبب التفريق ليس الحبس في حدّ ذاته وإنّما ارتكاب الزوج لفعل مشين يمسّ بشرف الأسرة وتستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية، والدليل على ذلك إلغائه لشرط المدة في الحبس والتي كانت تقدّر بسنة، بل لم يتطرق إطلاقا لهذا الشرط.

أما بالنسبة لحالة التطليق لفقدان الزوج فالمشرع الجزائري فوض السلطة التقديرية للقاضي للحكم بموت المفقود في الحالتين المذكورتين في قانون الأسرة الجزائري بإتباع الحدود والشروط التي ذكرت في النص.

ولقد حذا المشرع الفرنسي حذو المشرع الجزائري بإدراجه هذه الحالات التي يفرق قيها القاضي بين الزوجين تفريقا قضائيا تحت ما يسمى بالطلاق بسبب الغلط (le divorce pour faute)، إلا أنه في قانون الأسرة الجزائري تتصور من الزوج فقط بينما في القانون المدني الفرنسي تتصور من الطرفين، فما يسمى عندنا بالتفريق للغيبة، عبر عنه المشرع الفرنسي بترك بيت الزوجية (l’abandon du domicile)، وما يسمى عندنا بالتفريق للحبس عبر عنه الفرنسيون بالتفريق لإدانة أحد الطرفين بسبب إحداث جريمة في المجتمع تؤدي إلى حبسه (la condamnation a une peine criminelle)، أما حالة الفقد فاعتبرها المشرع الفرنسي كذلك خطئا بالغا و ضررا كبيرا على الطرف الثاني

الذي يصبح كالمعلق مما يعطيه الحق في طلب التطليق من القاضي رفعا لهذا الضرر.

10- لقد فصل المشرع الجزائري موضوع التفريق لسوء العشرة و الضرر عن موضوع التفريق للشقاق الحاصل بين الزوجين، وفصل كثيرا في صور الضرر، حيث بلغت عشرة أسباب، جعل آخرها التطليق للضرر المعتبر شرعا، وكان الشقاق سبب من هذه الأسباب، وقد ألحقه المشرع الجزائري بالمادة 53 بعد تعديل فبراير 2005.

كما دقق المشرع الجزائري كثيرا في التطليق للضرر في هذا التعديل- وهذا شيء ايجابي - وجعل من أسبابه عشرة، وجعل السبب العاشر هو كل ضرر معتبر شرعا، وهو المعيار العام الذي مازال يحوي صورا أخرى من الضرر. وإذا كان ينظر إلى هذا من زاوية إيجابية، فإنّه يمكن أن ينظر إليه من زاوية سلبية، وهي أن الحالات التي حدّدها المشرّع وأخرجها من المعيار العام للضر المعتبر شرعا، قد قيّدها بجملة من الشروط التي قد يعجز الطرف الذي يطلب التطليق من القاضي عن إثباتها - خاصة الزوجة - رغم تحقق الضرر. وهذا ما حدث مثلا في غياب الزوج وعدم الإنفاق وارتكاب الزوج لجريمة ما، أمّا باقي الأسباب فلم يقيّدها المشرّع بشروط فيكفي تحققها لكي يثبت الضرر، كعدم التزام الزوج بالشروط الواردة في عقد الزواج أو حدوث شقاق أو مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري.

ولقد أخذ المشرع الفرنسي بحالة التفريق لسوء العشرة و الضرر وأطلق عليها نفس التسمية الموجودة في قانون الأسرة الجزائري (la violence physique et la violation de l’obligation de vie commune)، كما أخذ أعني – المشرع الفرنسي – كذلك بحالة التفريق للشقاق الحاصل بين الزوجين تحت ما يسمى بالطلاق بالتراضي (le divorce par consentement mutuel)، طلاق مبني على موافقة الزوجين على طلب التطليق من القاضي بعد تعسر المعيشة بينهما وأصبحت لا تطاق.

11- لقد خالف المشرع الجزائري المصلحة العامة للزواج التي تقتضي العمل بمنع الزواج من غير ولي في تعديل فبراير 2005 باعتبار الولي شرط فقط من الشروط التي يجب توافرها في الزواج كغيره من الشهود و الصداق بعد أن كان يعتبره في القانون القديم ركنا من الأركان، و أخذه بصحة الزواج بعد الدخول إذا كان بدون ولي.

وبهذا مشى في طريق المشرع الفرنسي الذي تمادى في حرية الشخص وجعلها فوق كل اعتبار إلى أن وصل به الأمر إلى أبعد الحدود متعديا القيم الإنسانية و الطبيعة الحيوانية بتشريعه الزواج من نفس الجنس وقال الزواج للجميع (mariage pour tous)، لكنه حرم منه الإخوة و الأعمام و العمات والأخوال و الخالات و الأصول و الفروع لربما حفاظا على نسبهم .

12- إن نص المشرع الجزائري في المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري " ببطلان الزواج إذا كان الشرط منافيا للعقد "، ثم نصه مرة أخرى في المادة 35 من نفس القانون " على أن الشرط يبطل ويصح العقد " يكرس تناقض هذا القانون مع نفسه في الشروط المقترنة بعقد النكاح.

13- لقد وافق المشرع الفرنسي المشرع الجزائري في بعض من موانع الزواج، بمنعه زواج الأخ بأخته، أو الابن مع أمه وجدته وعمته و خالته و البنت مع أبيها وجدها و عمها و خالها

14- إن إضافة المشرع الجزائري الزوج إلى الزوجة في عدم اعتبار ردتهما سببا من أسباب فسخ الزواج بعد حذفه عبارة " إذا ثبتت ردة الزوج" من المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري في تعديل فبراير 2005 ، تاركا الأمر بيد القاضي عله يلجأ إلى أحكام المادة 222 من هذا القانون التي تحيل كل ما لا يوجد في هذا القانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية، يجعله أعني - المشرع الجزائري – من خلال حذفه عبارة النص يوافق ما جاء به المشرع الفرنسي وغيره في النص على حرية المعتقد و الديانة.

ثانيا: التوصيات.

1- يجب على المشرع الجزائري، أن يضع بين يدي قاضي شؤون الأسرة، المعايير الموضوعية والضوابط التي يعتمد عليها تقدير التعويض، وذلك بتحديد أسس تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، ذلك لضمان حقوق المتخاصمين من جهة، لفتح الباب واسعا لرقابة المحكمة العليا عليه في ذلك من جهة أخرى، وذلك بتقييد سلطة القاضي في مجال تقدير التعويض من خلال تحديد الأدنى من التعويض في حالات كل من الطلاق التعسفي والتطليق، لا يتجاوزه القاضي.

2- يجب على المشرع النص على إمكانية تعويض الزوج عن الضرر اللاحق به في حالة مخالفة الزوجة للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، أو وجود عيب بها دون علمه، أو الحكم عليها لارتكابها جريمة تمس بشرف الأسرة، أو لارتكابها بفاحشة مبينة.

3- نصت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، هذا ما صعب من مهمة القاضي نتيجة رجوعه إلى المذاهب الفقهية الأربعة ما يصعب عليه مهمته في استنباط الحكم اللازم، لهذا كان إلزاما على المشرع الجزائري في حالة عدم وجود نص قانوني إرشاد القاضي إلى مذهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية، لتسهيل مهمة القاضي، وأيضا لعدم تضارب الأحكام القضائية.

4- يجب على المشرع الفرنسي، أن يستمع لصرخات و طلبات معظم أطياف المجتمع الفرنسي المعتدل على الطبيعة الإنسانية و يعدل القانون المثير للجدل ما يسمى بالزواج للجميع و العودة للنظام العائلي الأساسي و الجوهري في فرنسا المعمول به قديما ووضع حدا للحرية المطلقة التي ما فتأت تفتك بالشعوب عبر مختلف العصور

فهرس

المصادر و المراجع

قائمة المراجع المعتمد عليها في هذا البحث مرتبة ترتيبا هجائيا

أوّلاً: المراجع باللّغة العربيّة:

1- المراجع العامّة:

أ- كتب التفسير:

** ابن كثير(الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير):*

1- تفسير القرآن العظيم، دار الأندلس للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، سنة 1981م.

** البيضاوي* (عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي):

2- أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي، وبهامشه حاشية العلامة أبي الفضل القرشي الصّديقي الخطيب المشهور بالكازروني، مؤسسة شعبان للنشر والتوزيع، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الجصاص (أبو بكر أحمد بن علي الرّازي):

3- أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة 1405 هـ.

* الخازن (علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم البغدادي الصوفي المعروف بالخازن):

4- لباب التأويل في معاني التنزيل المعروف بتفسير الخازن، وبهامشه التفسير المسمى بمدارك التنزيل وحقائق التأويل تأليف الإمام الجليل العلاّمة أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، طبع محمّد أمين وشركاؤه، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الزمخشري (أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي):

5- الكشاف عن حقائق التنزيل وعبرة الأقاويل في وجوه التأويل، ويليه الكافي في الشراف في تخريج أحاديث الكشاف للإمام الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الصابوني (محمد علي الصابوني):

6- صفوة التفاسير(تفسير القرآن الكريم، الجامع بين المأثور والمعقول)، دار الفكر، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الصاوي (الشيخ أحمد الصاوي المالكي):

7- الحاشية على تفسير الجلالين، دار إحياء الكتب العربية، لم يذكر التاريخ.

* القرطبي (أبوا عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي)، القرءان

8- الجامع لأحكام القرآن، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1353ه – 1935م.

* قطب (سيد قطب).

9- في ظلال القرآن الكريم، دار الشروق، القاهرة، الطبعة 16، سنة 1990.

* المراغي (أحمد مصطفى المراغي):

10- تفسير المراغي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لم يذكر التاريخ.

ب – <u>كتب الحديث وشروحه:</u>

* ابن باديس (الشيخ عبد الحميد بن باديس):

11- مجالس التذكير من حديث البشير النذير، دار البعث للنشر والتوزيع، قسنطينة – الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 1403 هـ / 1983 م.

* ابن ماجة (الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجة):

12- السنن، حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، ج1 وج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* أبو داوود (الإمام الحافظ المصنف المتقن أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي):

13- السنن، ج2 وج3، دار الجيل، بيروت، سنة 1413هـ / 1993 م.

* أبو شهبة (د محمد محمد أبوا شهبة من علماء الأزهر الشريف) :

14- الدفاع عن السنة ورد شبه المستشرقين و الكتاب المعاصرين، مجمع البحوث الإسلامية، مطبعة الأزهر، 1985.

* أحمد (الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني):

14- المسند، شرحه ووضع فهارسه محمد شاكر، دار المعارف، مصر، لم يذكر التاريخ.

* الألباني (محمد ناصر الدين الألباني).

15- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، ط 01، سنة 1391هـ- 1979م، ج7.

16- صحيح الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير)ن المكتب الإسلامي، بيروت، ط 3، 1408هـ-1988م.

* الباجي:

17- المنتقى شرح الموطأ، مط السعادة، مصر، سنة 1332هـ.

* البخاري (الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري الجعفي):

18- الجامع الصحيح، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* البغدادي (أبو بكر النجاد أحمد بن سليمان بن الحسن بن إسرائيل بن يونس البغدادي).

19- مسند عمر بن الخطاب، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط:1، ج1، لم يذكر التاريخ.

* البيهقي (أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي أبوا بكر) :

20- السنن الكبرى (سنن البيهقي الكبرى)، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط3، 1424ه – 2003م.

* الترمذي (أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي):

21- الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي – تحقيق وتخريج وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي- ج3،ج5،ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الحاكم (محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري أبوا عبد الله) :

22- المستدرك على الصحيحين، تحقيق مقبل بن هادي الوادعي، دار الحرمين، ط1، 1417ه – 1997م.

* الدار قطني (علي أبو الحسن الدار قطني البغدادي).

23- السنن، تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، 1966م، ج3.

* الرازي (الإمام فاخر الدين الرازي).

24- مختار الصحاح، دار الحداثة، الطبعة الثانية، بيروت، 1983م.

* الزرقاني (أبوا داود سليمان بن الأشعث محمد الزرقاني) :

25- شرح الزرقاني علي موطأ مالك وبهامشه سنن أبي داوود، المطبعة الخيرية، 1410هـ، ج3.

* الصنعاني (الشيخ الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني):

26- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، صحّحه وعلّق عليه وخرّج أحاديثه محمد عصام الدين أمين، مكتبة الإيمان، المنصورة، لم يذكر التاريخ.

* الطبراني (سليمان بن أحمد الطبراني أبوا القاسم) :

27- المعجم الكبير(معجم الطبراني الكبير)، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي،

مكتبة ابن تيمية، 2008م.

* عبد الرزاق (عبد الرزاق بن همام الصنعاني أبوا بكر)

28- المصنف، تحقيق عبد الرحمن ألأعظمي، ج7، المجلس العلمي، جنوب إفريقيا، ط1، 1390 ه – 1970م.

* العثيمين (محمد بن صالح العثيمين):

29- شرح رياض الصالحين للنووي، دار بن الهيثم، القاهرة، سنة 2002م.

* العسقلاني (الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني):

30- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فواد عبد الباقي، قام بإخراجه وتصحيح تجاربه: محب الدين الخطيب، راجعه: قصى محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1407هـ/1987 م.

* السيوطي (الإمام الشيخ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر الخضيري السيوطي الشافعي):

31- تنوير الحوالك: شرح على موطأ مالك، قدم له وضبطه وصححه وخرج أحاديثه الشيخ طه عبد الرؤوف سعد والأستاذ سعد حسن محمد، مكتبة الثقافة الدينية القاهرة، سنة 2003م.

32- جمع الجوامع المعروف بالجامع الكبير، تحقيق مختار إبراهيم الهائج – عبد الحميد محمد ندا – حسن عيسى عبد الظاهر، مجمع البحوث الإسلامية، الأزهر الشريف، ط2، 1426ه، 2005م..

* الشوكاني (العلامة محمد بن علي الشوكاني):

33- نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، راجعه وضبطه عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، سنة 1425هـ/2004م.

* الكندهلوي.

34- أوجز المسالك إلى موطأ الإمام مالك، تحقيق تقي الدين الندوي، دار العلم، طبعة 1424هـ 2003م.

* مالك (الإمام أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي):

35- الموطأ، رواية يحي بن يحي الليثي، إعداد أحمد راتب موثن، دار النفائس، بيروت، الطبعة الخامسة، سنة 1401هـ/1981م.

* محمد محمد أبو شهبه :

36- الدفاع عن السنة ورد شبه المستشرفين والكتاب المعاصرين، ، مجمع البحوث الإسلامية، مطبعة الأزهر، 1985.

* مسلم (الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري):

37- الجامع الصحيح، دار الفكر، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* النّسائي (أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي):

38- السنن، شرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الهيتمي (علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي نور الدين) :

39- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، ط1، 1422ه – 2001م..

ج – كتب أصول الفقه:

* الآمدي (علي بن محمد الآمدي) :

40- الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، ط1، 1424ه – 2003م.

* الشاطبي (أبو إسحاق الشاطبي):

41- الموافقات في أصول الشريعة، ضبطه الأستاذ عبد الله دراز، الجزء الأول، دار المعرفة، بيروت لبنان، لم يذكر التاريخ.

* الشوكاني (محمد بن علي):

42- إرشاد الفحول، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، ط1، مصر ، ص 146.

د – **كتب الفقه:**

- الفقه العام:

* د. بلحاج العربي.

43- المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، الجزائر، 1992م.

* الجزائري (أبو بكر جابر الجزائري):

44- منهاج المسلم، دار السلمي، الدار البيضاء- المغرب، الطبعة الثالثة، لم يذكر التاريخ.

* الزرقاء (الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء):

45- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثاني، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، الطبعة العاشرة، سنة 1387هـ/1968م.

* سابق (السيد سابق):

46- فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثامنة، سنة 1407هـ/1987م.

* الشلبي مصطفى.

47- المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، ط:10، 1405هـ-1985م.

- **الفقه الحنفي:**

* ابن عابدين (محمد أمين بن عبد العزيز):

48- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1386هـ/1966م.

* ابن الهمام (الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي):

49- فتح القدير شرح كتاب هداية المهتدي شرح بداية المبتدئ وهما لبرهان الدين المرغيناني وبالهامش شرح العناية على الهداية لأكمل الدين البابرتي وحاشية سعدي أفندي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الحسيني (أبو سعود محمد بن علي بن علي اسكندر الحسيني).

50- حاشية أبي السعود الأزهري علي، شرح مسكين المسماة فتح الله المعين على شرح الكنز للعلامة محمد مسكين، مطبعة المويلْحي، كراتشي، 1287ه، ج2.

* الزيلعي (الإمام فخر الدين عثمان بن علي الحنفي):

51- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام أبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي ومعه حاشية الإمام العلامة الشيخ شلبي على هذا الشرح، تحقيق الشيخ أحمد عزّو عناية، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1420هـ/2000م.

* العيني (أبو محمد بن أحمد العيني).

52- البداية في شرح الهداية، تحقيق المولوي محمد عمر، دار الفكر للطباعة والنشر، ط:1، 1400هـ-1980م، ج4.

* السرخسي (شمس الدين أبو بكر محمد أحمد بن أبي سهل):

53- المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر- بيروت، الطبعة الثانية، لم يذكر التاريخ.

*السمرقندي (علاء الدين السمرقندي):

54- تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، ط1، ج2

* الكاساني (الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي الملقب بملك العلماء):

55- بدائع الصنائع ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت 3- --

الفقه المالكي:

* ابن رشد (الفقيه أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد):

56- بداية المجتهد ونهاية المقتصد وثق نصوصه وحقق أصوله وخرّج أحاديثه طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، سنة 1424هـ/2004م.

57- المقدمات الممهدات (لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات و التحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات)، تحقيق الدكتور محمد حجي، ج1، دار التراث الإسلامي، ط1 ، 1408ه – 1998م.

* ابن عبد البر.

58- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد ولد ماديك، ج61، دار الهدى، القاهرة، 1979م.

* الأزهري (عبد السميع الآبي):

59- جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الجعلي (السيد عثمان بن حسنين البري المالكي):

60- سراج السالك شرح أسهل المسالك، دار الفكر، بيروت، سنة 1402هـ/1982م.

* جمعة (محمد جمعة عبد الله):

61- الكواكب الدرية في فقه المالكية، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، لم يذكر التاريخ.

* الخطاب (الشيخ أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب).

62- مواهب الجليل لشرح خليل، وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، مكتبة النجاح، ليبيا، ج3، لم يذكر التاريخ.

* الخرشي (أبو عبد الله بن علي):

63- الشرح على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، دار صادر، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الدردير (أحمد بن محمد):

64- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، دار المعارف، مصر، سنة 1392هـ.

65- الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، لم يذكر التاريخ.

* الدسوقي (شمس الدين الشيخ محمد عرفة):

66- الحاشية على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير وبهامشه الشيخ المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش، دار الفكر، لم يذكر التاريخ.

* الصاوي (السيخ أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي).

67- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مكتبة مصطفى بابي الحلبي، مصرن طبعة 1372هـ 1952م، ج1.

* العدوي (الشيح علي الصعيدي):

68- الحاشية على شرح أبي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار المعرفة، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* عليش (محمد عليش).

69- شرح منهج الجليل في مختصر خليل، ج2، دار صادر، لم يذكر التاريخ.

* الغرياني (الدكتور صادق عبد الرحمن):

70- مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1423هـ/2002م.

* الكشناوي (أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي).

71- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، دار الفكر، ج2، لم يذكر التاريخ.

* مالك (الإمام مالك بن أنس الأصبحي):

72- المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، الجزء الثالث دار الفكر بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1419هـ/1998م.

- **الفقه الشافعي:**

* الأنصاري (الشيخ الإسلام أبي يحي زكرياء الأنصاري الشافعي).

73- غاية الوصول شرح لب الأصول، مطبعة بابي الحلبي، لم يذكر التاريخ.

* بجيرمي (بجيرمي علي الخطيب).

74- تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج3، مكتبة مصطفى بابي الحلبي، مصر، ط 1370هـ-1951م.

* الرملي (شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين):

75- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السادس، ومعه حاشية أي الرزاق بن محمد أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأخيرة، 1386هـ/1967م.

* الشافعي (الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس):

76- الأم، خرج أحاديثه وعلق عليه محمود مطرجي، الجزء الخامس، دار الكتب

العلمية،بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1413هـ/1993م.

* الشربيني (محمد بن أحمد الخطيب):

77- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1377هـ/1958م.

* الشيرازي (أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف):

78- المهذب، الجزء الثاني، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، مصر، سنة 1379هـ.

* العزّ (العز بن عبد السلام):

79- الفتاوى، مكتبة القرآن، مصر، لم يذكر التاريخ.

80- قواعد الأحكام، المكتبة الحسينية، مصر، 1353هـ.

* الغمراوي (الشيخ محمد الزهري):

81- السراج الوهاج شرح على متن المنهاج لشرف الدين يحيى النووي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، لم يذكر التاريخ.

* الكوهجي (العلامة الشيخ عبد الله بن الشيخ حسن الحسني).

82- زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، ج3، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، لم يذكر التاريخ.

* المزني.

83- المختصر ملحق بالأم للشافعي.

* النووي (الإمام أبي زكرياء محيي الدين بن شرف):

84- روضة الطالبين، الجزء السابع، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، 1384هـ/1964م.

85- المجموع شرح المهذب للإمام أبي زكرياء محي الدين بن شرف، دار الفكر،

بيروت، لبنان، 1421هـ/2000م.

*الهيتمي (شهاب الدين أحمد بن حجر):

86- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، الجزء السابع، مطبعة مصطفى محمّد، لم يذكر التاريخ.

- **الفقه الحنبلي:**

* ابن تيمية (تقي الدين أحمد بن عبد الحليم):

87- مجموع الفتاوى، جمع ابن قاسم، المجلد الثاني والثلاثون، طبعة حكومة المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1381هـ.

* ابن قدامة (الشيخ الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود):

88- الكافي في فقه الغمام أحمد بن حنبل، مج1، منشورات المكتب الإسلامي، ط:1، دمشق، لم يذكر التاريخ.

* ابن قيم الجوزية (شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن أبي بكر):

89- إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان، الجزء الثالث، مكتبة دار التراث، ط 2011.

90- أعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1422هـ/2001م.

91- إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان، ج2، مكتبة دار التراث، ط 2011.

92- زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، لم يذكر التاريخ.

* ابن مفلح (محمد بن عبد الله):

93- الآداب الشرعية والمنح المرعية، مكتبة ابن تيمية، مصر، 1987م.

* البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس):

94- كشاف القناع على متن الإقناع، تعليق الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء الخامس، مكتبة النشر الحديثة، لم يذكر التاريخ.

* الحنبلي (ابن رجب الحنبلي):

95- جامع العلوم والحكم، دار الفكر للطباعة والنشر، 1992م.

* السدلان (د صالح غانم السدلان).

96- الشروط في النكاح، دار معاذ للنشر والتوزيع، ط2، 1409هـ - 1988م.

* محي الدين أبو البركات.

97- المحرر في الفقه الحنبلي، ج2، دار الكتاب العربي، لم يذكر التاريخ.

* المرداوي (الإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد السعدي الحنبلي):

98- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، ج8، مطبعة السنة، القاهرة، ط:1، 1376هـ-1957م.

* النجدي (عبد الرحمن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي).

99- حاشية الروض المربع زاد المستنقع، ج6، المطابع الأهلية للأوفست، الرياض، ط:1، 1399هـ.

*المقدسي (بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم) :

100- العدة شرح العمدة، في مذهب الإمام أحمد، (ط؟) مكتبة الرياض بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.

- **الفقه الظاهري:**

* ابن حزم (الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي الظاهري):

101- المحلى بالآثار، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لم يذكر التاريخ.

- **الفقه الجعفري:**

* الشوكاني (محمد بن علي الشوكاني):

102- الدراري المضية شرح الدرر البهية، مج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 2005م.

* العاملي (السعيد زين الدين الجعبي العاملي):

103- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج5، دار إحياء التراث العربي، طك2، 1403هـ-1983م.

* مغنية (محمد جواد مغنية):

104- فقه الإمام جعفر الصادق، الجزء الخامس، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، 1978م.

- **الفقه المقارن:**

* ابن قيم الجوزية (شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن أبي بكر):

105- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، 1953م.

* الجزيري (عبد الرحمن الجزيري):

106- الفقه على المذاهب الأربعة، المكتب الثقافي بالأزهر، القاهرة، 2000م.

* جميل محمد بن مبارك:

107- نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها، دار الوفاء، المنصورة، ط:1، 1408هـ-1988م.

* الحنبلي (ابن رجب الجنبلي):

108- القواعد في الفقه الإسلامي، القاعدة العاشرة، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الزحيلي (الدكتور وهبة الزحيلي):

109- الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها ملحقا به فهرسة ألفبائية شاملة للموضوعات والمسائل الفقهية، دار الفكر المعاصر، دمشق، الطبعة الرابعة، 1418هـ/1997م.

* الشلبي (محمد مصطفى الشلبي):

110- نظام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار الهدى العربية، بيروت، 1977م.

ه- **كتب الأحوال الشخصية:**

- كتب الشريعة:

* أبو زهرة (الإمام محمد أبو زهرة):

111- الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1957.

* الأشقر (الدكتور عمر سليمان الأشقر):

112- أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004م.

* إمام (الدكتور محمد كمال الدين إمام):

113- الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* بلباقي (عبد الموؤمن يلباقي):

114- التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دارا لهدى، الجزائر، 2001م.

* بلتاجي (محمد بلتاجي):

115- دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، طك1، مصر، 2006م.

* جمال (جمال عبد الوهاب عبد الغفار):

116- أحكام المفقود في السريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003م.

* الجندي (احمد نصر الجندي).

117- الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004م.

* الجندي (محمد الشحات الجندي):

118- نظرات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان، القاهرة، 2002م.

* حسب الله (الأستاذ علي حسب الله):

119- الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1971م.

* حسين (الدكتور أحمد فراج حسين):

120- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، سنة 1988م.

121- الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، ط:1، 1387ه، 1967م.

* حمّاد (الدكتور نزيه حمّاد):

122- نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م.

* الخليلي (الشيخ أحمد بن محمد الخليلي):

123- الإيلاء، مكتبة الجيل الواعد، مسقط، عمان، ط:2، 1428هـ - 2007م.

* زيدان (عبد الكريم زيدان):

124- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في السريعة الإسلامية، ج9، مؤسسة الرسالة، ط:1، 1413هـ -1993م.

* الصابوني (عبد الرحمن الصابوني):

125- مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة، دراسة مقارنة، دار الفكر، ط:2، 1968م.

* محمد الزحيلي.

126- التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، ط:1، 1998م.

* محمد طنطاوي:

127- الأحوال الشخصية.

* محمد عزمي البكري:

128- الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، لم يذكر التاريخ.

* محمد علي المحجوب:

129- الأسرة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، ط 1983م.

* محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي.

130- مسائل في الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003م.

* المراغي (عبد الله المراغي).

131- الزواج والطلاق في جميع الأديان، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الكتاب 24، القاهرة، 1966م.

* المصطفى (احمد المصطفى):

132- الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004م.

* ميهوب (عبد الحميد ميهوب):

133- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة مركز جامعة القاهرة، مصر، 1999م.

* وفاء بنت علي سليمان الحمدان:

134- التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه، كنوز المعرفة، طك1، جدة، 1999م

- **كتب القانون:**

* أحمد لعور. أنبيل صقر:

135- الدليل القانوني في الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2007م.

* باديس ذيابي:

136- صور فك الرابطة الزوجية، على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007م.

* بلحاج (الدكتور بلحاج العربي):

137- قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2000م.

138- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994م.

* برتي للنشر.

139- قانون الأسرة وقانون الجنسية الجزائرية، قانون الحالة المدنية في ضوء الممارسة القضائية، النصوص الكاملة للقوانين وتعديلاتها إلى غاية 27 فبراير 2005 مدعمة بالاجتهاد القضائي، طبعة 2011-2012م، الجزائر.

* بن حرز الله عبد القادر:

140- أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، 2005م.

* بن داود عبد القادر:

141- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، لم يذكر التاريخ.

* البهنساوي (سالم البهنساوي):

142- قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، دار القلم، الكويت، طك2، 1984م.

* الحنفي (صالح الحنفي):

143- قضاء الأحوال الشخصية (نفسا ومالا)، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، لم يذكر التاريخ.

* دلانة يوسف:

144- قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار همومه للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2003.

145- قانون الأسرة منفتح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05 مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث، دار هومة، الجزائر، 2007م.

* سعد (عبد العزيز سعد).

146- الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط:2، 2002.

قسنطينة، ط:1، 147- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دارالبعث

1986م.

148- قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط:2، 2007م.

* سعد (الأستاذ فضيل سعد):

149- شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1986م.

150- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجديد، مطبعة طالب، 2007-2008م.

* شهبون (الأستاذ عبد الكريم شهبون):

151- شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الأول (الزواج والطلاق-الولادة ونتائجها)، دار النشر والمعرفة، الرباط، 1987م.

* الصابوني (الدكتور عبد الرحمن الصابوني):

152- قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، الطبعة الخامسة، 1398هـ-1399هـ/1978م-1979م.

* مبروك (الدكتور نصر الدين مبروك):

153- قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2004م.

* المصري (الدكتور المصري مبروك):

154- الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة،الجزائر، 2010م.

* هرنان (عبد الرحمان هرنان):

155- محطات قانون الأسرة الجزائري بين الماضي والحاضر، منشورات

المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، 2012م

- كتب المقارنة بين الشريعة والقانون:

* بدران (الأستاذ بدران أبو العينين بدران):

156- الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1967م.

* بهنسي (المستشار عبد الفتاح إبراهيم بهنسي):

157- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (فقها وقانونا)، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، لم يذكر التاريخ.

* حسن صلاح الصغير عبد الله:

158- مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م.

* الجبوري (صالح جمعة حسن الجبوري):

* شلبي (الدكتور محمد مصطفى شلبي):

159- أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الرابعة، 1403هـ/1983م.

* عامر (الدكتور عبد العزيز عامر):

160- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء "الزواج"، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1404هـ/1984م.

* فؤاد جاد الكريم محمد، عبد الصبور خلف الله محمد:

161- حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب في الشريعة الإسلامية،

وقانون الأحوال الشخصية، مكتبة مدبوكي، القاهرة.

* نصر سليمان وسعد سطحي:

162- أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة.

* هيئة القراءة والبحث بدار العلوم:

163- الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2001.

و- كتب غير الأحوال الشخصية:

- كتب الشريعة:

* بلحاج (د.بلحاج العربي):

164- المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط:2، 1992م.

* الدريني (الأستاذ الدكتور فتحي الدريني):

165- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1419هـ/1998م.

* زيدان (عبد الكريم زيدان):

166- الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط:1، 2003م.

- **كتب قانونية:**

* بربارة (عبد الرحمن بربارة):

167- شرح قانون الإجراءات المدنية والإدراية، منشورات بغدادي، الجزائر، ط:2، 2009م.

* بعلي (محمد الصغير بعلي):

168- المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، 2006م.

* جعفور جعفور محمد السعيد):

169- مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011م.

* جندي (عبد المالك جندي):

170- الموسوعة الجنائية، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الدريني (الأستاذ الدكتور فتحي الدريني):

171- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الأولى، 1967م.

* سلطان (الدكتور أنور سلطان):

172- النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار المعارف، الطبعة الثانية، 1958م.

* السنهوري (الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري):

173- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبعة جرينبرج، 1946م.

* السباشي (إبراهيم الشباسي):

174- الوجيز في قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الشركة العالمية للكتاب، دار لكتاب اللبناني، بيروت.

* القرام (ابتسام القرام):

175- المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصرالكتاب، البلدية،2012م.

* كيرة (حسن كيرة):

176- المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، لم يذكر التاريخ.

* محمدي (فريدة محمدي):

177- المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000م.

* مرقس (سليمان مرقس):

178- محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، ج1، دار النشر، مصر، 1958م.

* يحيي (عبد الودود يحيي):

179- المدخل لدراسة القانون، طبعة 1969م.

ي – **كتب تراجم اللّغة:**

* ابن منظور (الإمام أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري):

180- لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م.

* أبادي (نجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي):

181- القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1371هـ/1952م.

* ابو الحسن (أبو الحسن بن فارس بن زكرياء):

182- معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، ج3، دار الجيل، بيروت، ط:2، 1982م.

* الجرجاني (علي الجرجاني):

183- التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الزبيدي (محمد بن محمد عبد الرزاق المرتضى الزبيدي):

184- تاج العروس من جواهر القاموس، طبعة الكويت، ج1، ط:2، 2008م.

* لويس معلوف:

185- المنجد في اللغة والآداب والعلوم، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* المعلم بطرس البستاني:

186- محيط المحيط، مكتبة لبنان، ط:3، 1983م.

* الكوفي (أبو البقاء الكوفي):

187- المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ط:27، 1986م.

ك – **كتب تراجم العلماء:**

* ابن فرحون المالكي :

188- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار التراث العربي للطباعة و النشر، ج1، ط 2012 .

* خلكان (أبوا العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر خلكان):

189- وفيات الأعيان وأنباء الزمان، حققه د.إحسان عباس، دار صادر، بيروت.

* الذهبي :

190- سير أعلام النبلاء، ج4

* اللكنوي (أبوا الحسنات الهندي):

191- الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ، دار المعرفة، بيروت.

2- **المراجع الخاصّة:**

أ- المقالات والدراسات المتخصّصة:

* بوثغرار (علاوة بوثغرار):

192- ملاحظات بمناسبة مراجعة القوانين الجزائرية، مجلة الموثق، العدد12، 2005م.

* تواتي بن تواتي:

193- هناك إفراط في استعمال حق الخلع، جريدة الخبر، الجزائر، أوت 2015م.

* حمزاوي أحمد:

194- تأسيس دعوى الطلاق على عدم الإنجاب، التعليق على قرار ملف 850 52 بتاريخ 13-03-1989م، المجلة القضائية، العدد2، 1995م.

* سريدي (المحامية منيرة سريدي):

195- عدم التوزان السوسيولوجي والثقافي بين الزوجين وراء ظاهرة الخلع، جريدة الخبر، الجزائر، أوت 2015م.

* عبد القوي (صبري عبد الرؤوف محمد عبد القوي):

196- مشروعية الطلاق، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات،

الإسكندرية، العدد3، 1986م.

* مَرّاح (طارق مراح):

197- حالات الخلع في تنام، جريدة الخير، الجزائر، أوت 2015م.

* النعيمي (عبد المنعم النعيمي):

198- قانون الأسرة الجزائري متناقض، جريدة الخبر، الجزائر، أوت 2015م.

ب- **الأطروحات:**

* الجبالي (محمد عبد الستار الجبالي):

199- الضرر المخول للمرأة حق التطليق في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1989م.

* الجندي (جابر عوض عبد الحميد الجندي):

200- حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة التميز ضد المرأة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.

* خلفي (خلفي عبد الرحمن):

201- الجرائم المقيدة بشكوى، دراسة قانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2010م.

* داودي (د.عبد القادر داودي)

202- مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، حث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه

في العلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2005

* ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي:

203- الطلاق التعسفي بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مذكرة ماجيستر، كلية الدراسات العليا، جماعة النجاح، فلسطين، 2011م.

* شامي أحمد:

204- السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 15، 2005 - 2008

* عاشور (بشير يوسف مصطفى عاشور):

205- حقوق المرأة في التشريع الإسلامي مقارنا بالشرائع الأخرى، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1974م.

* محمد علي محمد:

206- الطلاق بين الإطلاق والتقييد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1971م.

* نوال محمد الشاكر:

207- التفريق بين الزوجين للعيوب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.

* الهضيبي (ياسر إسماعيل الهضيبي):

208- التطور التاريخي والأساس الفلسفي لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2007م.

ج- **النصوص التشريعية:**

209- قانون الأسرة الجزائري المعدل الصّادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م، العدد الخامس عشر.

210- القانون المدني الجزائري، 1998م.

211- قانون العقوبات الجزائري، 1998م.

212- مجلة الأحوال الشخصية التونسية، 1982م، الطبعة الرسمية للجمهورية

التونسية.

213- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929م المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م.

214- مدونة الأسرة المغربية الجديدة سنة 2005.

د- **<u>قوانين و أوامر:</u>**

215- قانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84، المتعلق بقانون الأسرة الجزائري.

هـ *الموافق لـ 8 يونيو سنة* 216- أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 *1966 المتضمن قانون العقوبات.*

217- الأمر رقم 456/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

218- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

219- الأمر رقم 47/75 المؤرخ في 17 يونيو 1975،معدل و متمم للقانون رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 من قانون العقوبات،ج ر رقم 53،السنة 12،بتاريخ 4 جويلية 1975،ص 751.

<u>ه- الاجتهاد القضائي:</u>

220- ملف رقم 189339، قرار بتاريخ 1998/05/19، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص.

221- ملف رقم 44994، قرار بتاريخ 1987/02/23 .

222- ملف رقم 217179، قرار بتاريخ 1999/03/16، الاجتهاد القضائي بغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الخاص.

223- ملف 34791، قرار بتاريخ 1984/11/09، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1989م.

224- ملف رقم 477546، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009.

225- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ، 1986/01/27، ملف رقم 39731، المجلة القضائية، عدد04، 1993م.

226- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1998/11/17، ملف رقم 210451، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001م.

227- المحكمة العليا، غرفة الأحوال ، قرار بتاريخ 1999/06/15 ، ملف رقم 223019، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001.

228- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ2000/05/23، ملف رقم 141417، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001م.

229- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/02/22م، ملف رقم 335656، الاجتهاد القضائي، عدد 01، 2000م.

230- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/06/18م، ملف رقم 75099، المجلة القضائية، عدد01، 1999م.

231- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/07/12م، ملف رقم 368660، المجلة القضائية، عدد 02، 2006م.

232- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/04/02م، ملف رقم 99779، المجلة القضائية، عدد 02، 1989م.

233- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/06/18، ملف رقم 57099، المجلة القضائية، عدد 01، 1999م.

234- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/02/16م، ملف رقم 21357، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2000م.

235- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1992/12/22، ملف رقم 87301، المجلة القضائية، العدد 02، 1995م.

236- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/11/19م، ملف رقم 34784، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1989م.

237- المحكمة العليان غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 52850 بتاريخ 1989/03/13م.

238- قرار مجلس تلمسان صادر بتاريخ 1967/12/28م، مج 1968م، عدد 4.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

1- ouvrage du code de la famille algérienne

***ABU SAHLIEH**

- Droit familiale des payes arabes, 1988 239

***BELHADJ LARBI « Docteur d'état en droit » :**

240 -Les atteintes à la liberté de mariage, étude de droit comparé, l'influence française dans le projet de code de la famille algérienne 1988, n° :2.

***BORRMANS :**

241- le nouveau code algerien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel principalement dans les payes arabes, revue internationale de droit comparé 1986/01, n° :1.

*** DENNOUNI :**

242- Les dispositions du code Algérien de la famille annuaire de l'Afrique du nord 1984, n° :24.

***HAMDAN :**

243- Les difficultés de codification du droit de la famille algérienne, revue internationale de droit comparé, 1985/10, n° : 4.

***MINCES :**

244- Les codes de la famille en Tunisie, Algérie, Egypte, les cahiers de l'orient, 1989/01, n° : 13.

***BERTI EDITION :**

245- Code de la famille, Code de nationalité, Code de l'état civil (test intégral des codes mis à jour au 27 janvier 2005, annotation et jurisprudence, BERTI Edition, édition 2012 Alger.

2- Ouvrages du code civil français (concernant le droit de la famille)

*** GILLES GOUBEAUX :**

246- Droit civil, tome 1,36i édition 2 GDJ.

CATHRINE MARIE ET ANNE CATHELINEAU-ROULAUD :

247- Droit de la famille (cours exercice corrigés), Bréal.

*** PATRICK COURBE :**

248- Droit de la famile, l'Acadimie des sciences morales et politiques, 2 ieme édition 2001.

249- Droit civil les personnes, la famille, les incapacités, mementes dalloz 7 ieme édition2009.

250- Code civil francais, DALLOZ, 112 ieme édition 2013.

*** DOMENIQUE FENOUILLET :**

251- Droit de la famille, cours DALLOZ, 2 ieme édition, paris 2008.

*** GERRAR COURNU :**

252- Droit civil, la famille, Montchristien, 9 ieme édition, paris 2006.

*** MELENA DOUCHY :**

253- Droit civil 1 iere année, introduction personnes, famille, cours Dalloz, 2 ieme édition, paris 20 03.

*** PHILIPS MALAURIE et LAURENT AYNES :**

254- Droit civil, la famille, l'extentso édition, 4 ieme édition, 2011.

*** PASCALE GEUOMARD :**

255- Code civil, Dalloz, 112 ieme édition, paris 2013.

*** FREDERIQUE GARNET- LAMBRECHTS PATRICE HILT :**

256- Droit de la famille, prèsse universitaire de Grenoble, 4 ieme édition, 2014.

*** BRIGITTE HESS FALLON et ANNE-MERIE SIMON :**

257- Droit de la famille, bibliothèque universitaire de censier, 8 ieme édition, paris 2001.

*** PHILIPE MALAAURIE et HUGUES FULCHIRON :**

258- la famille, Dalloz.

*** CARINE RENAULT- BRAHINSKY :**

259- Droit de la famille (concubinage, pacs et mariage, divorce, filiation), Gualino edititeur, 5 ieme édition, paris 2003.

*** CARINE RENAULT :**

260- L'essentiel du droit de la famille, Gualino, 15 ieme édition 2016-2017.

*** NOBERT ROULAND :**

261- Droit et societé dans le mondearabe (parespectives socio-onthropologiques), presse universitaires d'aix – marseille, 1997.

*** CRISTINE JAMA :**

262- Droit de la famille des femmes francaises et maghrebines, biblioteque universitaire paris 3 censeur, 2007.

*** PHILIP MALAUREI :**

263- Droit de la famille, LGDJ, 5ieme édition.

*** L'ECRIVAIN :**

264- Guide de droits. Famille, le particulier Edition2016.

*** JEAN GARRIQUE :**

265- droit de la famille, hyper cours, cours travaux dirigés, Dalloz, 1iere édition paris.

*** Le GUIDEC RAYMOND :**

266- Droit de la famille (régime matrimoniaux, pacs, divorce, libertés, successions et indivision), tome 2, l'extenso édition, 15ieme édition.

*** CARLA BERNARD-XEMARD :**

267- Cours de droit des personnes et de la famille, licence 1, Gualino, 2ieme édition 2016-2017.

268- droit civil (les personnes - la famille), licence1, Gualino, 2em édition, 2014-2015.

CORINNE RENAULT BRAHINSKY :

269- Droit de personnes et de la famille, Guarino, 15ie édition, 2016-2017.

270- l'essentiel du droit de la famille, Gualino éditeur, 15em édition, 2016-2017, paris

MARJORIE BRUSORIO-AILLAUD :

271- Droit des personnes et de la famille, paradigme collection, 7ieme édition, 2016-2017.

*** ADLINE GOUTTEENOIRE-PATRICK COURBE :**

272- Droit de la famille, SIREY, 6ieme édition, 2013.

*** AMELIE DIONISI-REYRUSSE :**

273- Me droit de la famille en schémas ellipses.

***FANNY VASSEUR-LAMBRY :**

274- La famille et la convention européenne de droit de l'homme.

VINCENT BONNET:

275- droit la famille, paradigme collection, 5em édition, 2015 - 2016.

PIERRE MURAT :

276- droit la famille, Dalloz action, 7em édition, 2016-2017.

PATRICIA VANNIER :

277- fiches de droit de la famille, (rappels de cours et exercices corrigés), Ellipses édition, 5em édition, 2017.

PIERRE-JEAN CLAUD ET STEPHANE DAVID :

278- droit et pratique de divorce, Dalloz édition, 1er édition, paris.

ALLISON FIORENTINOET MARIE HASCOËT :

279- droit des personnes- droit de la famille, (cours – exercices corrigés), Armand colin éditeur, 2010,

MIKAËL BENILLOUCHE:

280- Leçons de droit de la famille, examens – concours, (cours complet-sujets corrigés), ellipses édition, 2012, paris

PHILIPE CHAILLOU:

281- Guide du droit la famille et de l'enfant, DUNOD, 2em édition, 2003.

FREDERIC DEBOVE ET REMAUD SALOMON ET THOMAS JANVILLE:

282- Droit de la famille, Vuibert, 7em édition, 2011, paris

ADELINE COUTTENOIR ET PATRICK COURBE:

283- Droit de la famille, SIREY, 7em édition, 2017, bordeaux.

FRANCOIS TERRE:

284- le droit de la famille, presses universitaire de France, 2002, paris.

VINCENT EGEA:

285- droit de la famille, Lexis Nexis, 2016, paris.

FREDERIC KRENC ET MICHEL PUECHAV (DIRE):

286- le droit e la famille a l'épreuve de la convention européenne des droit de l'homme, droit et justice, BRUYLANT, 2008.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE:

287- le droit de la famille en schémas, ELLIPSES, 2016,

288- l'essentiel du droit de la famille, édition Ellipses, 2016

JEAN JACQUES LEMOULAND:

289- droit de la famille (couples et parenté), édition Ellipses, 2014, paris.

ANNE-MARIE LEROYER:

290- droit de la famille, presses universitaire de France, 1er édition, 2011, paris.

MURIEL PARQUET:

291- droit de la famille, Bréal, 4em édition, 2014.

VERONIQUE MIKAEL-TOUDIC:

292- droit des personnes et de la famille, édition lancier, 2em édition, 2015, Bruxelles.

ANGELINE ENGLER ET OPHELIE GRARE:

293- Droit civil, tome 3, droit de la famille, édition Robert Atlani, 2012, paris.

PASCAL DE VAREILLES-SOMMIERES ET DOMINIQUE FENOUILLET:

294- la contractualisation de la famille, études juridiques, Economia, 2001.

ODILE ROY:

295- droit de la famille, édition Archétype82, 4em édition, 2017, paris.

FRANCOIS TERRE:

296- droit civil – la famille, Dalloz édition, 8em édition, 2011.

YVES LEQUETTE:

297- l'ouverture du mariage aux personnes de meme sexe, édition Panthéon-Assas, paris, 2014.

YVES LEQUETTE:

3- <u>Coloques, Articles, Etudes Spécialisés :</u>

JEAN GAEREMYNCK:

298- l'approche du haut conseil a l'intégration, colloque du laboratoire d'étude et de recherche appliquées au droit privé (le droit de la famille a l'épreuve de la migration transnationale),

université de Lille 2, librairie général de droit et jurisprudence, paris, 1993.

XAVIER VANDENDRIESS:

299- le droit publique face a l'insertion familiale, colloque du laboratoire d'étude et de recherche appliquées au droit privé (le droit de la famille a l'épreuve de la migration transnationale), université de Lille 2, librairie général de droit et jurisprudence, paris, 1993.

4- <u>Les Theses</u> :

SEBASTIEN DE BENALCAZAR:

300- pacs – mariage et filiation (étude de la politique familiale, Doctorat – Notariat, Collection de thèses dirigée par Bernard beignier Doyen de la faculté de droit de Toulouse, tome 27, édition Defrénois, paris, 2007.

فهرس المواضيع

الموضـــــوع	الصفحة
شكر وتقدير	
إهـــــداء	
المقدمـــــة	01
الفصل الأول سلطة القاضي في التفريق بسبب تضرر المرأة من قبل الزوج	09
المبحث الأول: ***التفريق لعدم النفقة***	12
المطلب الأول: أحكام النفقة	14
الفرع الأول: شروط وجوبها وأنواعها	15
الفرع الثاني: تقدير النفقة يراعى في ذلك	17
أولا : تقدير النفقة	17
ثانيا : حكم التفريق لدعم الإنفاق	19
المطلب الثاني:مدى سلطة القاضي في التفريق لعدم النفقة	23
الفرع الأول: سلطة القاضي في النفقة	24
أولا : الحالات المسببة للتطليق	24
ثانيا : المدة الواجب انتظارها للتطليق	26
الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية في التفريق لعدم النفقة	27
أولا : سلطة القاضي التقديرية	27
ثانيا : حدود سلطة القاضي	29
1. شروط التفريق لعدم النفقة	29

2. نوع الطلاق الذي يقع به التفريق لعدم النفقة	**33**
الفرع الثالث: موقف المشرع الفرنسي من التفريق لعدم النفقة	**36**
أولا : التكييف القانوني للحالة	**36**
ثانيا : مدى سلطة القاضي في التفريق	**36**
المبحث الثاني: التفريق بالإيلاء	**38**
المطلب الأول:ما هية الإيلاء	**40**
الفرع الأول: تعريف الإيلاء وبيان أحكامه	**41**
أولا : تعريف الإيلاء	**41**
ثانيا : أحكام الإيلاء	**43**
1. أركان الإيلاء	**43**
2. شروط الإيلاء	**44**
الفرع الثاني: الحكم بالتفريق بالإيلاء ونوع الطلاق الذي يقع به	**46**
أولا : الحكم بالتفريق بالإيلاء	**46**
ثانيا : نوع الطلاق الواقع بالإيلاء	**49**
المطلب الثاني: موقف القانون من التفريق بالإيلاء	***50***
الفرع الأول: موقف قانون الأسرة الجزائري	**51**
أولا : التكييف القانوني للحالة	**51**
ثانيا : مدى سلطة القاضي في التفريق	**53**
الفرع الثاني: موقف القانون المدني الفرنسي من التفريق بالإيلاء	**57**
أولا : التكييف القانوني للحالة	**57**

1. آثار التفريق الجسدي	**58**
2. فسخ حكم التفريق الجسدي	**60**
ثانيا : مدى سلطة القاضي في التفريق	**61**
1. الشروط	**61**
2. الإجراءات	**62**
3. الآثـــار	**63**
المبحث الثالث: التفريق باللعان	**64**
المطلب الأول: أساس اللعان	**66**
الفرع الأول: مفهومه	**67**
أولا : تعريف اللعان	**67**
ثانيا : سبب اللعان ومشروعيته	**68**
الفرع الثاني: كيفيته وآثاره	**69**
أولا : كيفية اللعان	**69**
ثانيا : آثار اللعان	**69**
المطلب الثاني: أحكام اللعان	**71**
الفرع الأول: سلطة القاضي في التفريق	**72**
أولا : نوع الفرقة التي تقع باللعان	**72**
ثانيا : مدى سلطة القاضي في التفريق باللعان	**74**
1. آراء الفقهاء وحكم النكول عنه	**74**
2. مندوبات اللعان ودور القاضي فيه	**76**

الفرع الثاني: موقف التشريع الفرنسي من التفريق باللعان	77
أولا : التكييف القانوني للحالة	77
ثانيا : مدى سلطة القاضي في التفريق	78
المبحث الرابع: التفريق بالخلع	80
المطلب الأول:مفهوم الخلع ومدى سلطة القاضي في التفريق به	81
الفرع الأول:مفهوم الخلع ومدى مشروعيته	83
أولا : تعريف الخلع	83
ثانيا : مدى مشروعية الخلع	84
1. أدلة مشروعية الخلع	84
2. حكمه الشرعي	85
الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في التفريق به	87
أولا : المجيزون للخلع دون إذن القاضي	87
ثانيا : المشترطون لإذن القاضي في الخلع	88
المطلب الثاني:احكام الخلع وآثاره	90
الفرع الأول: احكام الخلع	91
أولا : وقت الخلع	91
ثانيا : شروط الخلع في بعض المذاهب	91
الفرع الثاني: *آثار الخلع*	93
أولا : نوع الفرقة التي تقع بالخلع وإسقاطه للحقوق	93
1. نوع الفرقة التي تقع بالخلع	93

94	**2. سقوط الحقوق بالخلع**
95	**3. ملاحظات على موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بالخلع**
99	**ثانيا : موقف التشريع الفرنسي من التفريق بالخلع**
99	**1. التكييف القانون للحالة**
100	**2. مدى سلطة القاضي في التفريق بهذه الحالة**
102	*المبحث الخامس:* التفريق للزواج بأخرى
103	***المطلب الأول:موقف المشرع الجزائري من التعدد والتفريق للزواج بأخرى في القانون القديم 11/84***
104	**الفرع الأول:موقفه من التعدد**
106	**الفرع الثاني: موقفه من التفريق للزواج بأخرى**
109	***المطلب الثاني:موقف المشرع الجزائري من التعدد والتفريق للزواج باخرى في القانون الجديد 02/05***
110	**الفرع الأول: موقفه من التعدد**
111	**أولا : الملاحظ على هذا القانون من حيث الصياغة**
112	**ثانيا : الملاحظ على هذا القانون من حيث المضمون**
117	**الفرع الثاني: موقفه التشريع الجزائري والفرنسي من التفريق للزواج بأخرى**
117	**أولا : في قانون الأسرة الجزائري**
117	**ثانيا : في القانون المدني الفرنسي**
119	*المبحث السادس:* سلطة القاضي في الطلاق التعسفي
121	***المطلب الأول: مفهومه***

الفرع الأول:تعريف التعسف	122
أولا : لغة	122
ثانيا : في القانون المدني الجزائري	122
ثالثا : في القانون المدني الفرنسي	124
الفرع الثاني:تعريف الطلاق التعسفي	127
أولا : القائلون بحضر الطلاق في الأصل	127
ثانيا : القائلون بإباحة الطلاق في الأصل	129
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	131
الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الأسرة الجزائري	132
أولا : الأساس القانوني الذي يسند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في التشريع الجزائري	132
ثانيا : سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	137
ثالثا : بيان حدود سلطة القاضي في شؤون الأسرة	141
الفرع الثاني:الطلاق التعسفي في القانون المدني الفرنسي	143
الفصل الثاني سلطة القاضي في التفريق المرتبط بالطرفين	144
*المبحث الأول: **التفريق بالعيب***	145
المطلب الأول:العيوب الموجبة للتفريق و شروط طلبه	146

الفرع الأول: عيوب الزوج الموجبة لطلب التفريق	148
أولا : العيوب التي تجيز التفريق عند الفقهاء	148
1. مدى كون العيوب أسبابا شرعية في التفريق	149
2. حق ثبوت التفريق للعيب	151
3. العيوب المجيزة للتفريق	152
4. حصر العيوب من عدمه عند الفقهاء	154
5. اعتبار العقم عيبا مجيزا للفسخ من عدمه	156
ثانيا : عيوب الزواج الموجبة لطلب التفريق في التشريع الجزائري	157
الفرع الثاني: شروط طلب التفريق للعيب	161
أولا : شروط طلب التفريق للعيب في التشريع الجزائري	161
ثانيا: شروط طلب التفريق للعيب المتفق عليها عند الفقهاء	161
***المطلب الثاني*: مدى سلطة القاضي في التفريق للعيب**	163
الفرع الأول: طرق إثبات العيوب الموجبة للتفريق ونوع الفرقة الواقعة بها	164
أولا : إثبات العيوب الموجبة للتفريق	164
ثانيا : نوع الفرقة الواقعة بالعيوب	164
الفرع الثاني: موقف التشريع الفرنسي من التفريق للعيب	167
أولا : التكييف القانوني للحالة	167

ثانيا : مدى سلطة القاضي في التفريق	167
المبحث الثاني: ***التفريق للغيبة***	169
المطلب الأول:شروط الغياب وإثباته	170
الفرع الأول: شروط الغياب الموجبة للتطليق	172
الفرع الثاني: أدلة إثبات الغياب	174
أولا : الشهادة	174
ثانيا : الأدلة الثبوتية	174
المطلب الثاني:مدى سلطة القاضي في الفريق	175
الفرع الأول: في قانون الأسرة الجزائري	176
أولا : المعيار الذي يسند إليه القاضي في سلطته التقديرية	176
ثانيا : الآليات المتبعة في التطليق من طرف القاضي	177
الفرع الثاني: موقف القانون المدني الفرنسي من التطليق للغيبة	183
أولا : التكييف القانوني للحالة	183
ثانيا : مدى سلطة القاضي في التفريق	184
المبحث الثالث: ***التفريق للحبس***	185
المطلب الأول:مفهومه ونوعه	187
الفرع الأول: *تعريف الحبس*	188
أولا : لغة	188
ثانيا : في اصطلاح القانون	188

الفرع الثاني: *نوعية الحبس*	189
المطلب الثاني: احكام التفريق للحبس	191
الفرع الأول: *شروط الحبس الموجب للتطليق وتقدير الضرر*	192
أولا : شروط الحبس الموجبة للتطليق	192
ثانيا : تقدير الضرر الحاصل على المرأة	195
الفرع الثاني: *موقف القانون المدني الفرنسي من التطليق للحبس*	197
أولا : التكييف القانوني للحالة	197
ثانيا : مدى سلطة القاضي في التفريق للحبس	198
المبحث الرابع: التفريق للفقد	199
المطلب الأول: مفهومه	200
الفرع الأول: *تعريفه وأقسامه*	201
أولا : تعريفه	201
ثانيا : أقسام المفقود	202
الفرع الثاني: *الحكم الشرعي للتطليق للفقدان*	204
أولا : حكم المفقود شرعا	204
ثانيا : رأي الفقهاء في التفريق للفقد	205
المطلب الثاني: الموقف التشريعي من التفريق للفقدان	209
الفرع الأول: *التفريق للفقد في قانون الأسرة الجزائري*	210
أولا : التكييف القانوني للحالة	210
ثانيا : بيان سلطة القاضي في التفريق	212

الفرع الثاني: التفريق للفقد في القانون المدني الفرنسي	214
أولا : التكييف القانوني للحالة	214
ثانيا : مدى سلطة القاضي في التفريق	214
المبحث الخامس: التفريق لسوء العشرة والضرر	216
المطلب الأول: اساس الضرر	217
الفرع الأول: مفهوم الضرر	218
أولا : تعريف الضرر	218
ثانيا : حكم الضرر	219
الفرع الثاني: تقدير الضرر	220
أولا : الضرر المعتبر شرعا	220
ثانيا : سلطة القاضي في تقدير الضرر	221
المطلب الثاني: بيان سلطة القاضي في التفريق لسوء العشرة والضرر	223
الفرع الأول: بيان سلطة القاضي في التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري	224
أولا : مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد	224
ثانيا : ارتكاب فاحشة مبينة	226
ثالثا : نشوز الزوج	231
الفرع الثاني: موقف القانون المدني الفرنسي من التفريق لسوء العشرة و الضرر	233
أولا : التكييف القانون للحالة	233

ثانيا : سلطة القاضي في التفريق لهذه الحالة	233
المبحث السادس: التفريق للشقاق الحاصل بين الزوجين	236
المطلب الأول: أساس الشقاق	237
الفرع الأول: *مفهوم الشقاق وحكمه*	239
أولا : تعريف الشقاق وبيان شروط الحكمين	239
1. تعريفه	239
2. شروط الحكمين	239
ثانيا : الموقف الفقهي من التفريق للشقاق	240
الفرع الثاني: *موقف القانون الأسرة الجزائري من الشقاق*	243
أولا : موقفه قبل تعديل 2005	243
ثانيا : موقفه بعد تعديل 2005	243
المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في التفريق للشقاق	245
الفرع الأول: *التحكيم وإجراءاته في قانون الأسرة الجزائري*	247
أولا : اللجوء إلى التحكيم	247
ثانيا : إجراءات التحكيم	250
الفرع الثاني: *موقف القانون المدني الفرنسي من التفريق للشقاق الحاصل بين الزوجين*	254
أولا : التكييف القانوني للحالة	254
ثانيا : سلطة القاضي في التفريق للشقاق	255

257	**الفصل الثالث** سلطة القاضي في التفريق لخلل في عقد الزواج
260	*المبحث الأول: ماهية الزواج*
261	***المطلب الأول: تعريف الزوا ج لغة وشرعا***
262	**الفرع الأول:** *تعريف الزواج لغة*
263	**الفرع الثاني:** *تعريف الزواج اصطلاحا*
266	***المطلب الثانـي: تعريف الزواج قانونا***
267	**الفرع الأول:** *تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري*
268	**الفرع الثاني:** *تعريف الزواج في القانون المدني الفرنسي*
269	*المبحث الثاني: سلطة القاضي في التفريق بسبب اختلال أحد اركان الزواج*
270	***المطلب الأول: أركان الزواج***
271	**الفرع الأول:** *تعريف الركن*
271	**أولا : تعريفه لغة**
271	**ثانيا : تعريفه في الاصطلاح الفقهي**
272	**الفرع الثاني:** *بيان أركان الزواج*
275	**أولا : الرضا (الإيجاب والقبول)**
275	**1. ألفاظ انعقاد الصيغة**
280	**2. صور الإيجاب والقبول اللفظية**
280	**3. موافقة القبول للإيجاب**
281	**4. كيفية إتمام الإيجاب والقبول**

ثانيا : الولي	282
ثالثا : الصداق	285
رابعا: الشهود	286
المطلب الثاني: بيان مدى سلطة القاضي في التفريق	288
الفرع الأول: *بيان مدى سلطة القاضي في التفريق لاختلال احد أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري*	289
الفرع الثاني: *موقف القانون المدني الفرنسي من أركان الزواج*	292
المبحث الثالث: سلطة القاضي في التفريق بسبب اشتمال عقد الزواج على شرط يتنافى ومقتضياته	293
المطلب الأول: شروط الزواج	294
الفرع الأول: *تعريف الشرط*	295
أولا : تعريفه لغة	295
ثانيا : تعريفه في الاصطلاح الفقهي	295
الفرع الثاني:بيان شروط الزواج	296
أولا : شروط الصيغة	297
1. شروط الانعقاد	297
2. شروط الصحة	203
ثانيا : شروط العاقدين	307
1. شروط الانعقاد	307
2. شروط الصحة	308

3. شروط النفاذ	310
4. شروط اللزوم	311
المطلب الثاني: بيان مدى سلطة القاضي في التفريق	313
الفرع الأول: *بيان مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بسبب اشتمال عقد الزواج على شرط يتنافى ومقتضياته في قانون الأسرة الجزائري*	315
أولا : ما يوافق مقتضى عقد الزواج	318
ثانيا : ما يخالف مقتضى عقد الزواج	318
1. مالا يقتضيه العقد ومالا ينافيه	319
2. ما ينافي مقتضى عقد الزواج	320
الفرع الثاني: موقف القانون المدني الفرنسي من الشروط في الزواج	325
أولا : شروط المحتوى	325
ثانيا : شروط تكوين أو صياغة الزواج	327
ثالثا : إبطال الزواج عن طريق القاضي	332
1. الحكم ببطلان الزواج	332
2. الاوجودية للزواج أصلا	336
المبحث الرابع: سلطة القاضي في التفريق بسبب اشتمال عقد الزواج على مانع	338
المطلب الأول: موانع الزواج	339
الفرع الأول: *تعريف المانع*	340
أولا : تعريفه لغة	340

ثانيا : تعريفه في الاصطلاح الفقهي	340
الفرع الثاني: بيان موانع الزواج	342
المطلب الثاني: بيان مدى سلطة القاضي في التفريق	344
الفرع الأول: بيان مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بسبب اشتمال عقد الزواج على مانع في قانون الأسرة الجزائري.	345
الفرع الثاني: موقف القانون المدني الفرنسي من موانع الزواج	347
المبحث الخامس: سلطة القاضي في التفريق بسبب ردة الزوج	349
المطلب الأول: أسباب الوقوع في الردة	350
الفرع الأول: *تعريف الردة*	351
أولا : تعريفها لغة	351
ثانيا : تعريفها في الاصطلاح الفقهي	351
الفرع الثاني: بيان أسباب الوقوع في الردة	352
المطلب الثاني: بيان مدى سلطة القاضي في التفريق	353
الفرع الأول: في قانون الأسرة الجزائري	354
الفرع الثاني: موقف القانون المدني الفرنسي من الردة في الزواج	356
الخاتمة	357
قائمة المصادر والمراجع	367
فهرس المواضيع	408

ملخص

موضوع هذا البحث هو واحد من الموضوعات الفقهية التي امتلأت كتب الفقه بها، إلا أنها لا تكاد تلبي احتياجات الواقع الذي نعيش فيه، لأن هناك تحديات أخرى لم يتحدث عنها الفقهاء، وهذا بديهي لأنها أمور مستحدثة لم يعايشها الفقهاء في عصرهم ولم تواجههم، ولاسيما ما يواجهه المسلمون في واقعهم اليوم وعليه فصميم موضوع بحثنا هو في بيان مدى سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين تفريقا قضائيا، خاصة إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية الأخرى، وذلك من خلال تمحيص وبحث الحالات الّتي يحق للقاضي التدخل فيها قانونا ويمارس سلطته من أجل أن يضع نهاية الرابطة الزوجية وسواء في قانون الأسرة الجزائري أو في القانون المدني الفرنسي، ولقد اعتمدت المنهج المقارن على مستوى كل نقاط البحث ومواضيعه ، معتمدا على المنهج الاستقرائي عن طريق التحليل، وذلك بالتعرض لمختلف الأحكام الفقهية المصاغة في شكل مواد قانونية في قانون الأسرة الجزائري، ومقارنتها بما يوجد من أحكام قانونية في هذا الموضوع في القانون المدني الفرنسي.

الكلمات المفتاحية :

السلطة؛ القضاء؛ التفريق؛ التطليق؛ قانون الأسرة الجزائري؛ القانون المدني الفرنسي؛ الزواج؛ القاضي؛ الطلاق؛ السلطة القضائية.

نوقشت يوم 03 جويلية 2018