



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان- الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص
المخبر المتوسطي للدراسات القانونية



خصوصيات قواعد القانون المدني وآثارها على إنعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه (ل.م.د) حقوق تخصص: قانون خاص

تحت إشراف:

د. بوخاتم أسية

من إعداد الطالبة:

بن خدة استشهداد

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ مميز	- أ.د تشوار جيلالي
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة قسم "أ"	- د. بوخاتم أسية
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	- أ.د حميدو زكية
مناقشا	جامعة معسكر	أستاذ التعليم العالي	- أ.د مسعودي رشيد
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة قسم "أ"	- د. خدام هجيرة
مناقشا	جامعة عين تموشنت	أستاذ محاضر قسم "أ"	- د. بوجاني عبد الحكيم

السنة الجامعية: 2025_2026

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى: "أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ

أَخْتِلَفًا كَثِيرًا" صدق الله العظيم

سورة النساء. الآية. ٨٢.

يقول الإمام أبي حنيفة النعمان:

"عَلِمْنَا هَذَا رَأْيَ وَهُوَ أَحْسَنُ مَا قَدَرْنَا عَلَيْهِ، فَمَنْ جَاءَنَا بِأَحْسَنَ مِنْهُ قَبْلَنَا مِنْهُ".

شكر ونقماير

قال الله تعالى: "فَأَذْكُرُونِي أَذْكُرْكُمْ وَاشْكُرُوا لِي وَلَا تَكْفُرُونِ"¹

فالحمد لله حتى يبلغ الحمد منتهاه، وأتقدم بالشكر إلى من كرمهما الله في كتابه الكريم

فقال: "وبالوالدين إحساناً" أطال الله في عمرهم ونفعنا بدعائهم.

لا يسعنا في هذا المقام واعترافنا منا بأهل الفضل وذوي الجهود، إلا أن نتقدم بأسمى عبارات وآيات الشكر والثناء للأساتذتنا الذين علمونا، وأخص بالذكر المشرفة على هذه الأطروحة الأستاذة الفاضلة "أسية بوخاتم" التي كانت المحفزة في كل ما بذلته من متابعة مستمرة وجهد متواصل وتوجيهات حكيمة، كان لها الأثر البالغ في إتمام هذا العمل المتواضع، لها جزيل الشكر والعرفان على حسن معاملتها ومحبتها لروح البحث والترغيب فيه، كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر الجزيل إلى لجنة المناقشة لإسداءهم التوجيهات والملاحظات لإخراج هذه الأطروحة في أحسن وأتم صوره.

بنف خيرة استسهاد

⁻¹ سورة البقرة، الآية 152.

إهداء

إلى كل إرادة حرة تكافح لإقامة الحق ...

إلى كل جهد صادق يسعى لإرساء دعائم العدالة ...

إلى كل الباحثين في مجال القانون أينما وجدوا ...

كما أهدي ثمرة جهدي هذه:

إلى من وهبني اسمه وبه أحتمي وبجهده أرتقي إلى والدي أطل الله عمره

إلى من بدعائها أوفق وبحنانها أكتسي إلى أُمي الغالية حفظها الله

إلى كل أفراد عائلتي تقديرا وعرفانا

إلى من يحبهم قلبي ولم تذكرهم عباراتي ...

بنسخة استشهد

قائمة أهم المختصرات :

أولا: باللغة العربية			
الرمز	المعنى	الرمز	المعنى
ج.	الجزء	غ.ش.أ.م.	غرفة شؤون الأسرة والموارث
ج.ر.	الجريدة الرسمية	غ.م.	الغرفة المدنية
د.س.	دون سنة	ق.أ.	قانون الأسرة
د.ط.	دون طبعة	ق.م.ج.	القانون المدني الجزائري
ص.	صفحة	ق.إ.م.إ.	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ط.	طبعة	ق.م.ف.	القانون المدني الفرنسي
ع.	عدد	ق.إ.ع.	قانون الالتزامات والعقود
ع.خ.	عدد خاص	م.	المادة
غ.أ.ش.	غرفة الأحوال الشخصية	م.ق.	المجلة القضائية
غ.أ.ش.م.	غرفة الأحوال الشخصية والموارث	ن.ق.	نشرة القضاة

ثانيا: باللغة الأجنبية	
Art.	Article
C.f.	Confer
LGDJ.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
N°.	Numéro
Op. Cit.	Opus citatum (ouvrage précité)
P.	Page
T.	Tome

حقك حقة

جعل الله للإنسان في هذا الكون شريعة يقتدى بها لقوله تعالى: "لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا"¹، وأن الدين عند الله الإسلام والشريعة الإسلامية هي كل الأحكام الثابتة والنصوص القطعية في دلالتها أمّا قواعدها ومبادئها فهي ما اصطلح عليه فيما بعد بالفقه الإسلامي، هذا الأخير الذي يكون نتاج فهمنا لتلك الأحكام، فالشريعة الإسلامية هي العموم وما الفقه إلا جزء مخصوص منها فقد يتفاوت الفهم في المراتب، ويتكون الفقه بالقواعد الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية أي الكتاب والسنة، يقول محمد أبو زهرة أنه: "حتى يتم الفهم الصحيح للشريعة الإسلامية لابد من رد الفروع إلى أصولها والنتائج إلى مقدماتها، والأحكام إلى غاياتها والآراء إلى مقاصد قائلها"².

واستنادا للمبدأ الدستوري "الإسلام دين الدولة" كان قانون الأسرة ولا يزال مرتبطا بأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه ومع ظهور أفكار جديدة في ظل التطورات التي تشهدها الأسرة المسلمة وخصوصا المجتمع الجزائري، أفكار يمكن القول بأن الفقه الإسلامي قد تضارب بشأنها وأن عملية نقلها وتطبيقها لم يكن بالأمر الهين ما أدى بالمشروع الجزائري لفتح المجال أمام القضاء من خلال الإحالة لنص م222 من ق.أ، لتطبيق ما لم يرد بشأنها نص لأحكام الشريعة الإسلامية ما يعني عدم تقييده بمذهب فقهي معين،³ غير أن هذا الإطلاق هو الآخر قد أدى لتضارب في الأحكام والقرارات القضائية وبالتالي ضياع مصالح الأطراف، وكذا التناقض بين قانون الأسرة وقوانين أخرى وبخاصة القانون المدني، فالقاضي المكلف بتطبيق هذا القانون المستمد من الشريعة الإسلامية إذا عرضت عليه قضية في هذا المجال، فإنه يرجع إلى النص فيجده عاما يحمل في طياته خلافات فقهية كثيرة، نتيجة عدم وجود نص قطعي يمكن الرجوع إليه وقد لا يصل لتحقيق المصلحة العليا للأسرة.

حيث نلاحظ بأن المشروع من خلال إعماله على أكثر من مذهب فقهي واحد قد وقع في تناقض سواء من حيث سوء اختيار الصياغة القانونية أو من حيث النصوص مما أدى إلى استعصاب فهم توجهه، حيث كان الأجدر بالمشروع الجزائري محاولة وضع نصوص ثابتة من القانون يسهل الرجوع إليها، باعتبار القانون ذو نصوص يمكن التعامل

¹ سورة المائدة، الآية 48.

² محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996، ص.5. ويقول الفقيه الفرنسي إدوارد لامبير Edward Lambert: "إن لديكم كنز لا نظير له هو فقهكم الإسلامي". عبد المتعال محمد الجبري الحضارة والتمدن الإسلامي بأقلام فلاسفة النصارى، ط1، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، 1993، ص.22.

³ مثلما فعلت بعض التشريعات العربية ومن ذلك القانون المصري الذي يحيل لتطبيق المذهب الحنفي، والقانون المغربي الذي يحيل لتطبيق المذهب المالكي م400 من المدونة، أما القانون التونسي فإن الإحالة للشريعة جاءت منعقدة.

معها ويلزم الأشخاص باتباعها تحت طائلة الجزاءات عند مخالفتها، هذا الخلاف الموجود هو ما يحتم علينا ذلك مع أنه لا يمكن لقانون الأسرة أن يحتوي جميع أحكام الشريعة الإسلامية، وليست هذه الأخيرة هي ما لا تصلح أن تكون قانونا ونقصد تلك الأحكام المتعلقة بالمعاملات، كما أن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية يتطلب الإنحياز إلى مذهب فقهي واحد لتفادي التضارب، إذ أنه يجب علينا أن ننظر إلى المخزون الفقهي على أنه مجموعة فقهية متكاملة لا تفريق مذهبية.¹

صحيح أن الشريعة الإسلامية مجال واسع يتعذر التحكم فيه وتباين فيه الآراء الفقهية إلا ما ثبت منها بنصوص القرآن والأحاديث النبوية الصحيحة والمتفق عليها، غير أن الأحكام المتغيرة تبقى محل خلاف وجدال مستمر يتعين وضع نصوص قانونية ثابتة بشأنها تسهل العودة إليها، من طرف القضاة والباحثين والمنشغلين بالقانون تحسم خلافات الفقهاء في كثير من المواطن، إذ أن هناك فرق بين الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة والتي تجد أساسها في الشريعة الإسلامية،² وقد تم حصر الدراسة على الأحكام المتغيرة دون الأحكام الثابتة منها.³

إن م222 التي وضعها المشرع كمنفذ لما لم يرد نص بشأنه أثارت عدة إشكاليات، فمن خلال استقراءنا لنص المادة نجد أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأصلي والمرجعية الشرعية لقانون الأسرة، غير أنه بالتمعن أكثر في نصوص قانون الأسرة نجد المشرع قد تأثر بقواعد القانون المدني في كثير من الأحيان، وبالرجوع تحديدا لنص المادة الأولى من ق.م.نجد أنه يحيل لمبادئ الشريعة الإسلامية، وما يثير الفضول حول نص المادتين أنه استعمل مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" ضمن م222 ومصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" ضمن م1 من ق.م.، وقد قلنا في بداية المقدمة بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي ما اصطلح عليه بالفقه الإسلامي إذ أنها مسائل إجتهدية ناتجة عن فهم أحكام الشريعة الإسلامية، وقد درج لدى القانونيين استخدام مصطلح الشريعة الإسلامية عاما وهو يراد به الفقه الإسلامي، فما هي أوجه التفرقة في هذا الصدد بين مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الشريعة الإسلامية؟

¹ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر 2008 ص.02.

² لمزيد من التفصيل راجع مقالنا: استشهاد بن خدة، أسية بوخاتم، الأحكام الثابتة والمتغيرة في تكوين عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، النعامة، 2022، المجلد8، ع2، ص.339-362.

³ من الأحكام الثابتة في قانون الأسرة والتي تجد أساسها في الشريعة الإسلامية نجد أحكام الميراث، المحرمات من النساء، الرضاع تعدد الزوجات، تحريم زواج المسلمة بغير مسلم، عدة المطلقة والحامل والمتوفى عنها زوجها، تحريم التبني، بعض أحكام الطلاق والخلع والنفقة، النشوز، ووجوب الحكمين، إلخ...

أليس ذلك يعني بأنه عندما نود تطبيق مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية نرجع للقانون المدني، وعندما نود تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية نرجع لنص م222 ق.أ،¹ المشرع الجزائري لم يستعمل هاذين المصطلحين المختلفين معنى ومدلولاً عن عبث أو لاوعي وإنما كان ذلك عن قصد منه، فالمادة الأولى تضع المبادئ العامة التي لا تقتصر على القانون المدني فحسب بل تسري على جميع فروع القانون الخاص بما فيهم قانون الأسرة، حيث انقسمت العلاقة بين القانون المدني وقانون الأسرة إلى أربعة اتجاهات:² الاتجاه الأول يرى بأنها علاقة الخاص يقيد العام ولا يلغيه والاتجاه الثاني يرى بأنها علاقة التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق، والاتجاه الثالث يرى بضرورة تحقيق الإستقلالية التامة وهو ما سعى المشرع الجزائري للوصول إليه، والاتجاه الرابع يرى بأنها علاقة تكاملية ومن ذلك نجد الفقه التونسي الذي يرى بأن قانون الأحوال الشخصية لم يفرض الإستقلالية عن القانون المدني، وبقي مشدوداً نحوه وبخاصة النظرية العامة للإلتزامات،³ وهذا الاتجاه الأخير نميل لإعماله من خلال هذه الدراسة.

إذ أنه في غالبية الدول العربية نجد قانون مدني يضم الحقوق الشخصية والحقوق العينية إلى جانب وجود قانون الأحوال الشخصية أو الأسرة، الأول نجح في التوفيق بين القواعد المدنية التي تبنتها التشريعات الأوربية والمبادئ العامة للفقه الإسلامي، والثاني الذي يقف عند حدود أحكام الشريعة الإسلامية والفقه لا يكاد يتجاوزهما.⁴

¹ جاء في قرار للمجلس الأعلى أنه: "من المقرر فقها وقانوناً أنه بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية يتعين تطبيق قواعد الشرع الإسلامي"، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1985/12/30، ملف رقم 39277، غير منشور؛ وفي قرار آخر جاء فيه: "من المقرر قضاءً أنه يجب تطبيق في مجال الأحوال الشخصية أحكام الشرع الإسلامي لا غير"، المجلس الأعلى، غ.م، 1982/07/12، ملف رقم 28412، غير منشور؛ أشار إليهم: بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الإجتهد وفقاً لقرارات المحكمة العليا، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.208. جاء في قرار للمجلس الأعلى بأنه: "من المقرر قضاءً أن مسائل الأحوال الشخصية تخضع لأحكام الشرع الإسلامي الذي له الأسبقية على الأعراف"، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1967/06/21، م.ق.ع4، 1968، ص.193؛ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1968/05/12، م.ق.ع2، 1969، ص.545؛ بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة من 1966 لغاية 2010، ط4 ديوان المطبوعات الجامعية 2012، ص.21.

² حمزة قتال، سمير شيهاني، علاقة القانون المدني بقانون الأسرة قواعد الأهلية نموذجاً، حوليات جامعة الجزائر1، 2016، المجلد 30، ع3، ص.200.

³ خالد بنمومن، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، د.ط، دار المعرفة، المغرب، 2016، ص.190.

⁴ في بعض الأحيان نجد قانون الأسرة قد تضمن بعض المسائل المتعلقة بالحقوق العينية من بينها نجد: أحكام تصرفات عديمي وناقصي الأهلية، أحكام بيع وإيجار ورهن أموال القصر، إضافة للتطرق لأحكام الهبة والوصية، وهو في رأينا ما أدى بالمشرع الجزائري الإبتعاد عن مصطلح الأحوال الشخصية واللجوء لمصطلح قانون الأسرة كونه يضم كل من المعاملات المالية والأحوال الشخصية.

مما لا شك فيه أن الجهد الذي قام به المشرع الأسري الجزائري في سبيل الفصل بين القانون المدني وقانون الأسرة يعد عملا جبارا سعيًا منه لتحقيق الإستقلالية بينهما، وأمام إعتراض البعض الذين يرون بأن تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 بالأمر رقم 05-02 لم يكن في مستوى التطلعات، بل ومنهم من نادى بإلغاء قانون الأسرة وإلحاقه بالقانون المدني ما أحدث ضجة لم تنتهي إلا بتدخل رئيس الجمهورية وحسم الخلاف من خلال الأمر الرئاسي.¹

وقد خضع قانون الأسرة لمناقشات واسعة وهذا بسبب غموض بعض نصوصه وإشكالات تنفيذ بعضها كما أغفل عن معالجة مسائل مهمة، وخصوصا التضارب الحاصل بين نصوصه وبين نصوص القانون المدني، بالإضافة إلى تعارض وعدم انسجام بعض مواد قانون الأسرة نفسه،² إذ أن نصوص قانون الأسرة كغيرها من القوانين قد يعترئها القصور والغموض والنقصان كما قد يميزها الوضوح والبيان، فينتج عنها نصوص ثابتة منبثقة عن أحكام شرعية قطعية الثبوت والدلالة لا مجال للاجتهاد فيها، وأخرى متغيرة قابلة للاجتهاد تحوي نصوصا عامة وأخرى غامضة بسبب التعميم وانعدام التفصيل.³

أقرت لجنة مشروع قانون الأسرة بأنها اعتمدت على أحكام الشريعة الإسلامية غير أن انحيازهم إلى ذلك أدى بهم لإغفال الجانب القانوني ودون الوقوف عند المصطلحات القانونية، إذ أن المشرع أخذ من جهة بالقواعد العامة للقانون المدني غير أنه طبقها في غير موضعها، أي أنه لم يراعي الجانب القانوني والآثار القانونية لكل مصطلح فنجد أنه قد وظف مصطلح الوعد متغافلا عن أحكامه، كما وظف المسؤولية والتعويض في المرحلة السابقة للعقد وكأنه أمام عقد، كما رتب التعويض عن مجرد العدول بناءً على نظرية التعسف في استعمال الحق فكأنما منح الحق ونقيضه في آن واحد، وعالج مبدأ حسن النية في مواد متفرقة دون أن يكون له أساس قانوني يرجع إليه، كما استعمل كل من لفظ الفسخ والبطلان إلا أنه عبر عن الفسخ في مواضع من المفترض أن يعبر عنها بالبطلان والعكس، ما أثار إشكالية التفرقة بين الركن والشرط والجزاء المترتبة عن تخلفهما، كما وقع في تناقض فيما يخص العقد الموقوف

¹ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005، المتضمن ق.أ.ج.ر، ع15، السنة 24، الصادرة في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 جوان 1984 ج.ر، ع24 السنة 21، الصادر يوم الثلاثاء 12 رمضان 1404 الموافق ل 12 جوان 1984.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.34.

³ عماد شريفي، مسائل لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري ودور اجتهادات المحكمة العليا في استكمالها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الوادي، 2020، المجلد 11، ع1، ص.612.

والعقد القابل للإبطال، ... الخ، هذه القواعد والمبادئ والنظريات المختلف فيها تتصف بعدم الثبات لإحتمال الخطأ إذ أنها جاءت عن طريق الإجهاد لمسايرة التطورات المستجدة ومتطلبات الظروف والوقائع الطارئة.

لقد اقتضت هذه الدراسة على بعض من قواعد القانون المدني إذ لا يسعنا هذا الموضوع لدراستها جميعها من خلال هذه الأطروحة الموسومة بعنوان: **خصوصيات قواعد القانون المدني وآثارها على إنعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها**، سنحاول تفكيك مصطلحاته وشرحها على النحو التالي:

"خصوصيات قواعد القانون المدني" أي تعد مكانة القانون المدني باعتباره فرعاً أساسياً من فروع القانون الخاص، بل هو القانون الخاص بذاته، له أهمية بالغة في تنظيم العلاقات التي تربط الخواص وتحديدًا في مجال الأموال، إذ يقال بأن النص الموجود في قانون الأسرة نص خاص والنص الموجود في القانون المدني نص عام باعتباره الشريعة العامة للقوانين الخاصة، إذ أن قواعد القانون المدني تشكل الإطار العام الذي يطبق في جميع القوانين الخاصة، وبما أن هناك تكامل بين قانون الأسرة والقانون المدني فإنه من الضروري تحقيق الإتساق والإنسجام بينهما من حيث المبادئ التي تضمنته نصوصهما ويجب تفادي أوجه التناقض ما أمكن،¹ إذ أن توحيد المصطلح القانوني مسألة في غاية الأهمية من الناحية العملية،² خصوصاً إذا رأينا الكم الهائل من الإحالات بين القانونين.³

وهو ما أدى بنا للإستعانة "بقواعد القانون المدني" لحسم الخلاف والجدل القائم لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وتفاديا للتضارب الحاصل في الأحكام والقرارات القضائية والتناقض بين قانون الأسرة والقانون المدني، إذ أن كلاهما ينظم العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص، وتتمثل بعض نقاط التلاقي بين هاذين القانونين في مبدأ سلطان الإرادة وما ينبثق عنه من مبادئ ونظريات من بينها نجد: الحرية والمساواة أي مبدأ الحرية في التعاقد، "حرية التعاقد أو عدم التعاقد واختيار مع من يتم التعاقد"، والمساواة بين الرجل والمرأة في المجال الأسري سواء في مرحلة الخطبة أو

¹ محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2003 ص.32.

² بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.08.

³ رغم الفارق الزمني بين القانونين والذي كان يقدر بنحو 9 سنوات، إلا أننا نجد في القانون المدني الإحالة لقانون الأسرة في المواد (31، 44، 79، 461، 774، 775)، كما نجد قانون الأسرة يحيل للقانون المدني من خلال المواد (82، 86، 88، 221) التي تحيلنا لقواعد الإسناد أي م9 إلى م24 من ق.م)، ورغم تحفظ المحكمة العليا في العديد من قراراتها عن تطبيق مبادئ القانون المدني، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/03/13، ملف رقم 179724 م.ق، ع.خ، 2001، ص.277. المحكمة العليا غ.أ.ش.م، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م.ق، ع1، 2001 ص.275. إلا أننا نجد له تطبيقات في الكثير من القرارات القضائية، مثلما هو الشأن بالنسبة للبطلان المطلق والنسبي، وكذا عيوب الإرادة من تدليس وإكراه، والمسؤولية... الخ.

أثناء مرحلة انعقاد الرابطة الزوجية أو انحلالها، مبدأ حسن النية وما يترتب عنه من إلتزامات: الإلتزام بالإعلام والإستعلام، الإلتزام بسرية المعلومات، والإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، مبدأ الرضائية وتقنيده بمبدأ الشكلية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، كما يترتب عن الإخلال بمبدأ سلطان الإرادة مبادئ أخرى كالتعويض المادي والمعنوي أي قيام المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، على أساس التعسف في استعمال الحق والخطأ التقصيري، مبدأ عيوب الإرادة الذي نجد له تطبيقات عديدة في القوانين الخاصة، نظرية الفسخ والبطالان،... الخ.

وهي كلها قواعد مذكورة على سبيل المثال تجد جذورها في الفقه الإسلامي، وبالتالي كان علينا أن نأخذ كل قاعدة مدنية اقتبسها المشرع ونبحث عن تأصيلها الفقهي والقانوني، ولأن مواضيع القانون المدني من التفصيل بمكان يستحيل الإمام بها كلها من خلال هذه الدراسة، فقد تم الإقتصار على بعض قواعده ذات الصلة بالزواج والطلاق.

وبيان "آثارها" بداية بالمرحلة السابقة على التعاقد مروراً بإبرام عقد الزواج إلى غاية الحكم بانحلاله إذا اقتضت الضرورة ذلك وما يترتب عليهم من جزاءات، وبالتالي فقد حاولنا قدر الإمكان عرض المسائل الأساسية التي يتضارب فيها قانون الأسرة والقانون المدني ونظراً لكثرتها فقد اقتصر الموضوع على الزواج والطلاق، وتم الحرص على أن تكون هذه المسائل من المتغيرات التي لم يتم حسم رأي فقهي بشأنها حتى لا يتم المساس بثوابت الشريعة الإسلامية.

وقلنا "الرابطة الزوجية" ولم يقال الزواج أو عقد الزواج إذ أنه من خلال هذه الدراسة قد تم بيان الخلاف الواقع حول لفظ الزواج والنكاح من جهة، ومن جهة ثانية الخلاف حول الطبيعة القانونية للزواج فيمن يعتبره عقداً أو نظاماً شرعياً أو مؤسسة والآثار المترتبة عن ذلك، وقلنا "انحلال الرابطة الزوجية" ولم يقال الطلاق إذ أن الانحلال كما سنرى يشمل انقضاء عقد الزواج أثناء تكوينه وبعد نشوئه صحيحاً، ويكون أشمل من الطلاق حتى إنه يضم إضافة لذلك حالات التطليق والخلع وحالة الإنقضاء بسبب الوفاة وكذلك الفسخ والبطالان.

إن هذا الموضوع من بين المواضيع التي لا يمكن فهمه من مجرد قراءة هذه المقدمة المختصرة، إذ لا يمكن الحكم عليه إلا إذا تم الغوص في تفاصيله وجزئياته، فإن في كل جزئية نظريات خاصة بها وقواعد تم استنباطها من فحوى القانون المدني، بعبارات سلسلة حتى يتمكن الباحث من فهمها واستيعابها، وهذا ما يجعله ذات طابع مشوق إذ أنه كان من بين الأسباب الشخصية التي دفعني لإختيار هذا الموضوع، أن كان ضمن المواضيع التي أثارت فضولي عندما كنت طالبة ماستر تخصص قانون أسرة، أن تم إدراج مقياس القانون المدني فتساءلت أي علاقة بين القانون المدني وقانون الأسرة، وبقي ذلك الفضول لسبق ذهني إلى أن تم طرح أحد مواضيع مسابقة الدكتوراه "التعويض كأثر

في المسؤولية المدنية ومدى تطبيقاته في قوانين الأسرة المغاربية"، حينها بدأت ملامح الغموض تنجلي من ذهني وانجذبت لهذا الموضوع، وعاهدت نفسي أن يكون هو موضوع أطروحتي للدكتوراه بتوفيق من الله وإذنه تعالى.

ومن الأسباب الموضوعية التي دعتنا لاختيار هذا الموضوع هو ما يثور اليوم حول قضايا الأسرة من أحكام ومدى إرتباطها بمسائل تعد قواعد عامة في القانون المدني، أصبح لها تأثير في تكوين الزواج وحتى في حالة انحلاله واتسعت النظرة لتشمل ما ثبت من أحكام، تسعى هذه الدراسة لبيان بعد آخر لهذه المفارقة من خلال تحليل معمق للنظريات القانونية في القانون المدني ومدى تأثيرها على الرابطة الزوجية وانحلالها.

وصعوبة هذا الموضوع تكمن بالأساس حول ضبطه وكيفية إيصال الفكرة إلى القارئ كما أنني وجدت صعوبة في وجود أفكار تتواءم والنظرة الشخصية وكذا النظريات التي حاولت الوصول إليها، ورغم كثرة المراجع والمصادر إلا أننا لقينا صعوبة في جمع شتاتها إذ أنها مراجع عامة، فإننا وجدنا أنفسنا نعمل على استنباط المبادئ الواردة في قانون الأسرة والأخرى المستنبطة من القانون المدني، والعمل على دمجها ومقارنتها حتى يتسنى لنا الخروج ببعض النتائج التي نأمل أن تكون في الصواب وأن تكون ذات إنتاجية وفحوى.

لقد خضت هذه الدراسة وأنا على دراية بما سأواجهه من صعوبات وما لهذا الموضوع من إنتقادات وهذا بديهي فإن لم تنتقد دراسة فهذا يعني أنها مستهلكة ولم تكن بالشيء الجديد، وكان يجب من الحينة إلى الأخرى الحذر من تطبيق بعض النظريات لما فيها من مساس بخصوصية أحكام الأسرة، وهو ما أدى إلى تصعيب العملية وعرقلة وضع الدراسة في قالبها المتكامل، كما أن القانون المدني بحر لا ساحل له إذ يعتبر من بين القوانين الصعبة والمعقدة، فما بالك إذا ما تم إدراج قواعده ضمن القوانين الخاصة وبخاصة قانون الأسرة، وبالتالي فإننا من خلال هذه الدراسة تناولنا مبدأ سلطان الإرادة دون الخوض في تفاصيله التاريخية والفلسفية والإيديولوجية،¹ كما تطرقنا للجزاءات المدنية الناشئة خلال انعقاد الرابطة الزوجية وتلك المترتبة عن انحلالها.

وطبعا وكأي بحث علمي يستند على دراسات سابقة فإننا أخذنا أطروحة الأستاذ موحى أسيدي اعمر كدراسة سابقة، تناول فيها الباحث تطبيقات المسؤولية المدنية في المجال الأسري، دون الخوض في بقية النظريات التي نراها جديرة بالدراسة وتلك غير المنسجمة مع القانون الأسري، وهو ما يدعونا للبحث ليس على تطبيقات قواعد القانون المدني في قانون الأسرة أو بحث التعارض المنصب على ذلك فحسب، وإنما هو السعي لرفع تلك التناقضات وتحقيق التكامل بين القانونين ما أمكن، ويتعدى ذلك من خلال تبني نظريات قانونية عصرية ذات جذور شرعية

¹ لمزيد من التفاصيل راجع: فاخات عبد العزيز، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري والشرعية الإسلامية، أطروحة دكتوراه، المركز الجامعي النعامة، 2021-2022.

تجمع بينهما، أي تتوافق والقواعد العامة للقانون المدني من جهة وتتوافق مع قانون الأسرة من جهة ثانية، وبالتالي تحقيق ذلك التكامل بين القانونين بالإستعانة بما جاء به جديد القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 من نظريات قانونية.¹

كما أننا نرى الكثير من الباحثين إما ينحازون كل الميل للشرعية الإسلامية وتكون دراساتهم معتمدة بشكل كبير على الآراء الفقهية أو أنها تكون قانونية بحتة بعيدة كل البعد عن الفقه الإسلامي، كما نجد أغلب الدراسات السابقة تستعمل مصطلح "ذو طبيعة خاصة، من نوع خاص،..."، من خلال هذه الدراسة نحن بصدد استبعاد مصطلح "ذو طبيعة خاصة" كونه مبهم وليس له أي فائدة عملية في صياغة القواعد القانونية بما تتطلبه التطورات الإقتصادية والإجتماعية وكذا الثقافية، وبدل ذلك يجب الإنفتاح أكثر على قواعد القانون المدني ونظرياته، والسعي لتبني نظريات تستند أكثر على أسس قانونية متينة وذات مصدر قانوني وترتب آثارها القانونية، لعلنا نصل لنتائج يتم من خلالها الإجابة عن الإشكالية المقترحة:

إلى أي مدى وُفق المشرع الجزائري في إدراج قواعد القانون المدني في المجال الأسري بما لها من خصوصيات، وما مدى تأثير ذلك على إنعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها؟

للإجابة عن إشكالية الدراسة كان علينا العمل على استقراء وتحليل النصوص القانونية وآراء فقهاء القانون والشرعية الإسلامية من خلال المنهج التحليلي الإستقرائي والنقدي، وكذا المقارنة بين ما جاء في قانون الأسرة والقانون المدني والفقه الإسلامي من مبادئ.

¹ وتكريسا لمبدأ الحرية في التعاقد فقد استحدث المشرع الفرنسي مجموعة من الأحكام، وأكد على عدة مبادئ من بينها: رضائية العقد (أي لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد المادة 1102)، الأمانة التعاقدية وتأكيد العدالة التعاقدية، ويكون ذلك من خلال جعل الإلتزام بحسن نية إلتزاما عاما (أي وجوب توافر حسن النية في كافة مراحل العقد بدءاً من التفاوض إلى غاية تكوينه وتنفيذه، وإعتبار ذلك من النظام العام المادة 1104)، تنظيم القواعد التي تهيمن على مرحلة المفاوضات وتلك التي تتعلق بالإيجاب والقبول، وكذلك قواعد الوعد بالتعاقد والوعد بالفضيل، وهو الوعد الذي يصدر عن شخص لم تتجه إرادته بعد إلى التعاقد، وإنما إلى تفضيل الموعود له إذا ما إتجهت إرادته إلى التعاقد لاحقا، تبسيط القواعد المتعلقة بالرضا والأهلية والنيابة في التعاقد واستحداث مصطلح مضمون العقد، وكان ذلك من خلال تنظيم وتفصيل العديد من المسائل الجزئية كالإلتزام بالإعلام والشرط التعسفي، وذلك بالنص على الجزاءات التي تتيح مساءلة الطرف الذي يسئ إستغلال الموقف الذي يكون فيه الشخص الطرف الضعيف في العلاقة، أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستجدات، جامعة حلوان مصر، 2017، ملحق خاص، ج2، ع2، ص. 291 وما يليها.

وفي الأخير نقول أنه لطالما كنا نحذ التقسيم الثنائي للدراسة وكنا سنقسم موضوع الأطروحة لبابين، إلا أنه نظرا لصعوبته واتساعه مقارنة بضيق الوقت ومحدودية السنوات وسعيا منا لتحقيق التوازن بين الفصول فقد أبقى الموضوع إلا أن ينقسم لثلاثة فصول:

الفصل الأول: خصوصية مبدأ سلطان الإرادة في تكوين الرابطة الزوجية

الفصل الثاني: خصوصية مبدأ سلطان الإرادة في انحلال الرابطة الزوجية

الفصل الثالث: الجزاءات المدنية والمالية الناشئة عن الرابطة الزوجية وانحلالها

الفصل الأول:

خصوصية مبدأ سلطان الإرادة

في تكوين الرابطة الزوجية

يعتبر الإنسان إجتماعي بطبعه لا يمكنه العيش بمنأى عن مجتمعه، ونظرا لمحدودية قدراته فإنه يستعين في تلبية حوائجه بالغير وذلك بالدخول في علاقات قانونية ولعل العقد أهمها، ومما لا شك فيه أن الإرادة المشتركة للطرفين دورا أساسيا في تكوين ذلك العقد، إذ أن تراضي المتعاقدين يعتبر ركنا جوهريا لقيام أي علاقة عقدية صحيحة، وقد تركز هذا الركن وفق مبدأ شهير في نظرية العقد وهو مبدأ الرضائية على غرار مبدأ سلطان الإرادة، فالإرادة هي مصدر الحقوق الشخصية وهي مبرر الحرية التعاقدية والرضائية والتفسير الإرادي للعقد ونظرا للدور المهم المناط بالإرادة الحرة في التعاقد، فقد تركز لها السلطان الأكبر في إنشاء العقود وترتيب آثارها وبالتالي كانت الإرادة مصدرا للإلتزامات المترتبة عن كل العلاقات التعاقدية وغير التعاقدية.

ذلك المبدأ الذي تولد نتيجة الفهم الخاطئ لما قرره القانون الروماني وتم قبوله بحيث أصبح قاعدة عامة ما كان حينها استثناء، ومما لا شك فيه أن نظرية سلطان الإرادة قد أثرت في تكوين العقد بصفة عامة وعقد الزواج على وجه الخصوص، بأن حررته من الشكليات التي كان يفرضها القانون الروماني ردحا من الزمن وجعلت من الرضا المناط الأول لتكوينه، فأصبح العقد كأصل عام يتم بإيجاب يصدر من شخص يطابقه قبول يصدر من الشخص الآخر، والميزة الأساسية التي تحسب لسلطان الإرادة والتي تم تبنيها بالنسبة لعقد الزواج هي أن للطرفين أثناء تكوين العقد أن يتفقا على ما يريانه يحقق مصالحهما.

إن نظرية سلطان الإرادة أثرت في تكوين العقد بأن حررته من الإجراءات الشكلية التي كان خاضعا لها في الماضي وجعلت مبدأ الرضا كافيا لقيام العقد، متى انصب موضوعه وشروطه والتقى مع رضا الطرف الآخر.¹ استبعدتها معظم المؤلفين كسلطة ذات سيادة ويعتبرونها السند للقوة الإلزامية للعقد، إذ أن هناك من استبعد جذريا دور الإرادة في العقود من غير أن يتم اقتراح حلول بديلة لذلك.²

وفقا لذلك فإن الإلتزامات الزوجية تخضع لتوافق إرادة الزوجين وهو ما يتوافق مع المحتوى التعاقدي للزواج، غير أنه أصبحت تفرض وجود بعض الشروط المقيدة لهذه الإرادة في حين يتم تقييد هذه الإرادة مطلقا بالنسبة لآثاره، فإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص فما تعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود. فعقد الزواج وهو الأساس الذي تقوم عليه الأسرة يكون مصدره إرادة المتعاقدين، ولكن فيما يخص آثاره لا تكون خاضعة للإرادة بل ينظمها القانون، طبقا لمصلحة الأسرة والمجتمع وكذلك بالنسبة لبقية الروابط الأسرية، أما ما

¹ هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، ج3، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص.1.

² جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، لبنان، 2000، ص.201.

تعلق منها بدائرة القانون الخاص بالأموال نجد أن لإرادة الطرفين دور في تسييرها، ولو بالأمر القليل كالإتفاق حول إدارة الأموال المشتركة بين الزوجين.¹

بحيث أصبحت هذه الإرادة أكثر تقييدا كإستثناء في بعض الحالات بقيود النظام العام ومبدأ الشكلية وهذه الاختلافات في المفاهيم، هي الأخرى كانت نتيجة لإدراج الاشتراطات المالية في الميدان الأسري والإتفاق عليها، وبناءً على ذلك فإن هناك من أصبح يعتبر الزواج عقداً في تكوينه ومن ثم يصبح مؤسسة اجتماعية أسرية ومرجع ذلك للالتزامات المالية والمادية التي تنشأ عنها بين الطرفين، بحيث تأخذ نظام المؤسسة للاشتراك الواقع على الأموال،² سلطان الإرادة في الاختيار والاتفاق، حرية التعاقد وتقييدها بفرض التعويض، "فالقول بأن القانون يميل دائماً إلى الخير للفرد لا يعني بأن القانون وحده يجب أن ينشئه بكل حرية، فما يتم من أجل الفرد لا يتم بالضرورة من أجله يمكن أن يكون من أجل تقييد حريته".³

يتم من خلال هذا الفصل دراسة مبدأ سلطان الإرادة كنظرية تخدم أساسها في القانون المدني، ومدى السعي لإدراجها في الميدان الأسري والتي تسعى من خلاله بعض الدول لتبني نظام أسري مدني تعاقدي، ولعل فرنسا من أكثر الدول تكريساً لنظرية سلطان الإرادة في عقد الزواج.

ومن نتائج أعمال مبدأ سلطان الإرادة كأساس في تكوين العقد، مبدأ حرية التعاقد وحرية عدم التعاقد فالأول يعني أن الأشخاص أحرار في إبرام ما يشاءون من العقود، والثاني أي مبدأ حرية عدم التعاقد يعني عدم إجبار أو حمل الأشخاص على إبرام عقود هم غير راغبين في إبرامها، وأخيراً مبدأ الحرية التعاقدية الذي بمقتضاه تحول إرادة الأطراف السلطة والحرية في تحديد مضمون وبنود العقد من حقوق والتزامات دون أية إملاءات خارجية، فالإرادة كظاهرة نفسية تمر بمراحل التصور، التدبر، التصميم، التنفيذ، وأخيراً التعاقد بحسن نية:

أصبحت الأمور أكثر وضوحاً وفي الوقت نفسه أكثر تماسكاً، إذ أنه ما الفائدة من أن تطلب حسن النية في تنفيذ العقد إن لم تفرض في المرحلة الأولى الحاسمة من وجوه عديدة لتكوين العقد؟ مبدأ حسن النية الذي أصبح مفهوم قانوني كأصل عام وكانت الشريعة الإسلامية أول من نادى به في إنشاء العقود وتنفيذها، وقد أعطى الاجتهاد مبدأ حسن النية مكاناً مهماً في الرضا، فما مدى تأثير مبدأ حسن النية في تكوين العقد؟

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، نظرية العقد، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.109.

² خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقانة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2017-2018، ص.358.

³ جاك غستان، المرجع السابق، ص.230.

سيتم اقتراح تعريف قانوني وحيد لحسن النية كنوع من التوجيه، يصلح كنهج للقاضي لتطبيق القواعد القانونية: فقد عرفه Ripert بأنه: "أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع لادراج القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، إلا أن حسن النية باختراقه التقنية القانونية يفقد وحدته فلا يكون هناك تعريف عام ومحدد لحسن النية، وإنما يبقى هذا المفهوم يحدد بحسب تطبيقاته كما هو الحال بالنسبة لمفهوم النظام العام"، فهل يعني ذلك أن هذا المبدأ العام لحسن النية ليس له سوى مدى أخلاقي وليس له مدى قانوني؟

مبدأ حسن النية لم يبق على صعيد الضمير الخلقي وحسب، وانطلاقاً من التطبيقات الوضعية المختلفة هناك في قوانيننا نقاط موازنة لقاعدة مضرة، ويعود بالتالي للمفسر أن يستخرج وللإجتهاد أن يكرس كعنصر من القانون الوضعي هذا المبدأ العام الذي يصلح بهذه الصفة كتوجيه للتفسير، ولا سيما اتجاه القوانين الجديدة "ليشمل كل مراحل تكوين العقد بداية بمرحلة التفاوض مروراً بمرحلة الإبرام وصولاً لمرحلة التنفيذ".¹

المبحث الأول: خصوصية مبدأ سلطان الإرادة في المرحلة السابقة على انعقاد الرابطة الزوجية

لا يمكن للإنسان بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة وباعتباره حراً في جوهره أن يلزم نفسه إلا بإرادته الخاصة مما ينتج عنه أن الإرادة هي التي تنشئ مفاعيل العقد وتحدد مضمونه، وهي تعد كمصدر وحيد ومستقل للقانون فيما تبقى مهمة القانون الوحيدة هي تحقيق المساواة بين الحريات التي أودها مبدأ سلطان الإرادة،² ويتجسد ذلك من خلال المرحلة السابقة على التعاقد، فقد تضارب مفهوم الخطبة كمرحلة سابقة على التعاقد مع المراحل التمهيدية في القانون المدني بصفة عامة والوعد بالتعاقد على وجه الخصوص، حيث ترتب الخطبة آثاراً قانونية انطلاقاً من مركزها الحقوقي الذي تحتله كمرحلة تمهيدية سابقة على إبرام عقد الزواج، وبالتالي بيان مركز الخطبة كتصرف إرادي بين الخاطبين في مجال الالتزامات، وتتضمن الخطبة مرحلتين: المرحلة الأولى الرضا والإنفاق والمرحلة الثانية التنفيذ والبناء الفعلي (المطلب الأول).³

كما أنه في الوقت الراهن أصبحت الخطبة تأخذ وقتاً طويلاً مقارنة بما كانت عليه في المجتمعات القديمة ونادراً ما يعقبها زواج مباشر، ما يؤدي لإحتمالية وجود أضرار بين الخاطبين يجب التعويض عنها، فإذا افترضنا بأن الخطبة هي وعد بالتعاقد أو عقد تمهيدي فهل هذا يعني أنها تخضع لقواعد المسؤولية العقدية كما يرى البعض

¹ جاك غستان، المرجع السابق، ص. 268-269.

² جاك غستان، المرجع نفسه، ص. 45.

³ محمد محدة، الخطبة والزواج، ط2، دار الشهاب، الجزائر، 2000، ص. 42.

وهو ما يتضارب والقواعد العامة للقانون المدني، إذ أن للإرادة دور يكاد ينعدم في إحداث الضرر في العدول عن الخطبة، وبالتالي يترتب عليها المسؤولية التقصيرية وإن كانت كذلك فعلى أي أساس تقوم؟ (المطلب الثاني)

المطلب الأول: دور الإرادة في إبراز خصوصية الوعد بالتعاقد عن الخطبة

عقد الزواج هو عقد الحياة الأبدي ولما كان من أجل العقود وأعظمها شأنًا كان لابد من أن تسبقه تمهيدات ومقدمات خاصة، والتي أجمع الفقه الإسلامي على تسميتها بالخطبة¹ وأجمعت القوانين العربية المقارنة على اعتبارها وعدًا بالزواج²، كما أن الفكر القانوني في العالم الغربي المعاصر أصبح يتفق على أن الخطبة وعدا وليست

¹ عرفها الشافعية على أنها: "إلتماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، فصل الخطبة، رقم 26، ج 6، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2002، ص 201. مصطفى الخن ومصطفى البغا، وعلي الشرجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج 2 ط 13، دار القلم، دمشق، سوريا، 2012، ص 46. وعرفها الحنابلة على أنها: "خطبة الرجل المرأة لينكحها"، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المغني والشرح الكبير، على متن القنع، خطبة المرأة النكاح وأحكامها، ج 7، د. ط دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.س، ص 520. فيما عرفها المالكية على أنها: "التماس التزويج والمحاولة عليه"، أبي عبد الله محمد الحرشي، على المختصر الجليل، باب الذكاة، ج 3، ط 2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1899، ص 167. أما الفقه الإسلامي المعاصر فقد عرفها على أنها: "طلب الرجل النكاح من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية"، جميل فخري محمد جاتم، التداير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، ط 1، دار الحامد، الأردن، عمان، 2009، ص 67.

² من بين قوانين الدول العربية على غرار المشرع الجزائري، نجد القانون التونسي حيث نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل الأول منها على أن: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به". الأمر المؤرخ في 6 محرم 1376 الموافق ل 13 أوت 1956، الرائد الرسمي، ع 66 السنة 100، الصادر في 17 أوت 1956، المعدل بموجب القانون ع 10 المؤرخ في 6 مارس 2006، ص 07. كما نجد كذلك قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 59، المؤرخ في 07 سبتمبر 1953، في م 02 منه أن: "الخطبة وعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا". وهو ما جاء في القانون العراقي رقم 188 الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1959، في م 3/3 منه ما نصه: "الخطبة وعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا". وجاء في م 02 من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36، 2010 الصادر ج.ر، ع 5061، المؤرخة في 17 أكتوبر 2010 أن: "الخطبة طلب التزوج أو الوعد به". وهو ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 بأن: "الخطبة طلب التزوج والوعد به، ولا يعد ذلك نكاحا". كما نص القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في مادته الأولى بأن: "الخطبة طلب التزوج والوعد به"، وثيقة الكويت، جامعة الدول العربية القرار رقم 105، د 6، المؤرخ في 17 شعبان 1408، الموافق ل 4 أبريل 1988، ص 08.

عقدًا،¹ غير أنه وبالرغم من أن الفقه والقضاء قد حسما مسألة الخطبة وأصبح من المسلم به اعتبارها وعدا وليس عقدا ولا يمكن بأية حال أن ترقى لدرجة عقد الزواج، وأنه يحرم على الخاطبين الإختلاط بينهم مخالطة الأزواج فإن الشريعة الإسلامية قد أفردت للخطبة أحكاما خاصة، كان لها من شأن الزواج حظ ومن مكانته أثر يتلاءم وطبيعتها والغاية منها وبالتالي آثارها والتي تختلف عن تلك المتعلقة بالوعد بالتعاقد، كما أن لهذا الأخير خصوصيات تميزه عن غيره من الاتفاقات، ومن هذا المنطلق كان لابد من العمل على تحليل ونقد عملية الربط القائمة بين الخطبة والوعد بالتعاقد، وبالتالي إعادة النظر في حسم المسألة خصوصا وأن توافق إرادتي الخاطبين يحدث إشكالا حقيقيا في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة وبيان وصفها القانوني المناسب (الفرع الأول) كما لا ننسى دور هذه الإرادة في انهاء الخطبة وتجسيد فكرة العدول (الفرع الثاني).

الفرع الأول : دور الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة وبيان وصفها القانوني

الطبيعة القانونية للخطبة من بين أكثر المواضيع إثارة للجدل، حيث تتضارب فيها المصطلحات والمفاهيم وتتفاوت فيها الآراء حول الصياغة القانونية المناسبة، كما أن عدم ضبط المصطلحات يثير إشكالات من الناحية القضائية، فبما أن للمصطلح الشرعي دلالاته وللمصطلح القانوني دلالاته ولأن توحيد العمل القضائي مسألة

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص. 137-141. وهو ما يبين مدى تأثير القوانين الغربية بالفقه الإسلامي وبخاصة الفقه المالكي، من بين قوانين الدول الغربية نجد القانون المدني السويسري حيث ينص في م 90 منه بأن الخطبة وعد متبادل بالزواج وأنها غير ملزمة به.

- Art.90: " Les fiançailles sont constituées par des promesses réciproques de mariage. Les mineurs ne contractent aucune obligation par le biais de fiançailles sans le consentement de leur représentant légal.

Les fiançailles ne créent aucune obligation de mariage susceptible d'exécution forcée.

Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (état au 1er janvier 2021), p. 33.

- وهو نفس الحكم الذي جاء به القانون المدني الإسباني

- Art 42 : « La promesse de mariage n'entraîne pas l'obligation de se marier ni de respecter les dispositions du mariage en cas de non-exécution de celui-ci. Toute action fondée sur cette obligation est irrecevable ». Code civil espagnol, Ministère de la Justice, 2016, décret royal n° 2555-1977 du 27 août, publié au Journal officiel de l'État le 6 octobre 2015, p. 23.

- غير أن القانون المدني الألماني لم ينص صراحة على أنه وعد، إلا أنه يفهم من نصوص مواده من 1297 إلى م 1302 مع أنه يعتبره وعد ملزم بحيث تنص م 1297 منه على أنه:

Art 1297 : (1) Nul ne peut conclure un mariage sur la base de fiançailles.

(2) La promesse de payer une pénalité en cas de non-conduction du mariage est nulle.

- أما في القانون الفرنسي ففي ظل غياب نصوص قانونية منظمة للخطبة، فقد أوكل مهمة ذلك للفقه والقضاء أين كانت لديه عدة آراء مختلفة سيتم الإشارة إليها فيما بعد.

مهمة¹، كان لابد من إيجاد صيغة تتوافق معها وذلك ببيان بعض المسميات التي تندرج ضمن المرحلة السابقة على التعاقد من بينها على سبيل المثال: الوعد بالتعاقد، التواعد أو المواعدة، الاتفاق الابتدائي، العقد التمهيدي والاتفاق التمهيدي، ... إلخ، وبالتالي اختيار الوصف القانوني المناسب لها.

أولاً : الفرق بين الخطبة والوعد بالتعاقد Promesse de contrat

أجمع الفقه الاسلامي على اعتبار الخطبة وعد بالزواج وليست عقد، غير أنهم لم يتفقوا من ناحية إلزاميتها فمنهم من يرى بأنها مجرد وعد غير ملزم بحيث يمكن العدول عنها بالإرادة المنفردة من باب عدم إجبار الطرفين على الزواج، فيما يرى آخرون أنه حتى وإن لم يكن ملزماً قضاءً فإنه ملزم ديانة استناداً لقاعدة الوفاء بالعهود.² ولكن الإشكال الذي يبقى مطروحاً هو فيما إذا كان من الممكن القول بأن الخطبة وعد من الناحية القانونية، إذ أنه كما نعلم أن للخطبة نظام مستقل ومتميز عن ذلك المفهوم المدني للوعد بالتعاقد.

1- استبعاد مصطلح الوعد الملزم عن الخطبة:

الوعد أحادي الجانب La promesse unilatérale يكون الوعد بالتعاقد كأصل عام ملزم لجانب واحد من جهة الواعد وحده الذي صدر منه الإيجاب، أما الموعد له فإنه لا يقع عليه شيء من الإلتزام ففي

¹ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 08.

² ذهب جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن الوفاء بالوعد هو الأولى مع الإمكان، استناداً لقوله تعالى: "وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنََّّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا"، سورة الاسراء، الآية 34، فيما ذهب مالك في بعض أقواله إلى أن الوعد بالعقد له قوة إلزام العقد وذلك من باب لزوم الوفاء بالوعد، رأي مالك ابن أنس عن الوفاء بالوعد في أربعة أقوال: أنه لا إلزام في الوعد ولا يقتضي بمقتضاه شيء، سواء أكان الوعد سبباً للدخول في شيء أو ترك شيء تترتب عليه، أو التزامات مغارم أو لم يكن، أن الوعد ملزم ويقضى به في كل الأحوال، أنه يجب الوفاء بالوعد الذي يكون سبباً لأمر يستطيع من بذل له الوعد القيام به دون تحقيق الوعد، كمن يعد شخصاً بأن يعطيه مقداراً من المال لسد ما عليه من دين، فإنه يقضى بالوفاء لأن المدين والدائن كلاهما اعتمد على بذل الوعد، أنه يجب الوفاء إذا كان الوعد له سبباً للتصرف ودخل في بذل الوعد في التصرف بسبب ذلك الوعد كمن يقول لشخص اشتر هذه الأرض وأنا أدفع تكاليف البناء فإنه يجب الوفاء إذا اشترى. جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد الزواج، المرجع السابق، ص. 227. كما كانت هناك دعوات لبعض الفقه المعاصر لضرورة إحترام الوعد بالعقد حيث أوجبوا ضرورة السير على نهج الفقه المالكي، الذي ذهب في أرجح أقواله المذكورة أعلاه إلى أن الوعد بالتعاقد ملزم قضاءً، وأنه يجب الوفاء به ولا شك أن ذلك يتفق مع ما تأمر به الشريعة الإسلامية من الوفاء بالإلتزام، فيما يبقى هذا الطرح يخص المعاملات المالية إذ أن الآية الكريمة جاءت عامة دون عقد الزواج بإعتباره ذو طبيعة خاصة، إذ أنه لا يلزم الوفاء بالوعد في الخطبة وبالتالي فقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الخطبة وعد غير ملزم. توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، مصر، 1961-1962، ع3 و4، ص. 69.

الوعد بالتعاقد لم يعد المتعاقدان في مرحلة التحضير والتمهيد والإعداد لإبرام العقد النهائي، بل تجاوزا هذه المرحلة ودخلا مرحلة أكثر جدية يظهر من خلالها الالتزام بإبرام العقد النهائي، فالواعد في هذه الحالة ملزم بالحفاظ على وعده والتمسك به ولم يبق له سوى الانتظار محتفظا بوعده، حتى يمضي الأجل المحدد المتفق عليه لإعلان الموعد له عن رغبته والذي يكون فيه الواعد ملزما بتنفيذ وعده، وإذا ما فكر في النكول عن وعده يمكن للموعد له مقاضاته وبالتوازي لذلك مطالبته بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام، وهو ما تضمنته م72 من ق.م والتي جاء فيها بأنه إذا وعد شخص شخص آخر بإبرام عقد، ثم عدل عن ذلك الوعد يمكن للطرف الآخر مقاضاته طالبا منه تنفيذ الوعد، وإذا كانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد، أي أنه يمكن المطالبة بتنفيذ العقد بناءً على ذلك الحكم.¹

وهو ما لا يمكن تصوره بالنسبة للخطبة فهي من جهة يتوافق فيها الإيجاب والقبول، وهو ما لا نجده بالنسبة للوعد بالتعاقد ومن جهة ثانية فهي غير ملزمة وهو ما جاء في العديد من قرارات المحكمة العليا،² أنه يجوز في الوعد بالتعاقد للموعد له أن يرفع دعوى تعويض في مواجهة الواعد إذا ما تعاقد هذا الأخير مع الغير إخلالا بالوعد الصادر منه، فأساس الالتزام في الوعد بالتعاقد مستمد من الإرادة المنفردة التي تعد مصدرا من مصادر الالتزامات الإرادية في القانون المدني.

نشير على سبيل المثال إلى أنه وإن كان لا تجوز خطبة على خطبة أخرى إلا أن هذا الفعل مكره ديانة³ أما قضاء فلا يمكن المطالبة بالتعويض على أساسه، وهو ما يسمى في القانون المدني بالالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، ومقتضاه أنه إذا قام الشخص بالتعاقد مع طرف ثالث في العلاقة التعاقدية فهذا يعني إخلال

¹ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الموافق ل 20 رمضان 1395، المتضمن ق.م.، ج ر، ع78، السنة 12 الصادرة يوم الثلاثاء 30 سبتمبر 1975 الموافق ل 24 رمضان 1395، المعدل والمتمم، ص.994.

² المحكمة العليا، غ.م، 2000/05/24، ملف رقم 223852، م.ق، ع1، 2001، ص.138. المحكمة العليا، غ.م. 1990/03/26، ملف رقم 56500، م.ق، ع3، 1992، ص.112. المحكمة العليا، غ.م، 1993/12/22، ملف رقم 106776، م.ق، ع2، 1994، ص.27.

³ جاء في حديث رسول الله ﷺ: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك" فإن لفظ أو يترك إن دل على شيء إنما يدل على أن العدول حق، صحيح البخاري، للإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، 45/67/رقم 5142، 5144-194-206 هـ، دار ابن الكثير، ط1، دمشق، بيروت 1423 هـ-2002 م، ص.1311. سنن أبي داود، كتاب النكاح باب في كراهة أن يخطب الرجل على خطبة أخيه رقم 2080 ص.228. وفي حديث آخر، عن أبي هريرة، رقم 2081 نفس الصفحة. عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر وقال الترمذي متفق عليه.

بمبدأ حسن النية، هي في الأصل جائزة ومشروعة عملاً بمبدأ الحرية التعاقدية غير أنه إذا تم إساءة استعمالها كأن ينوي بها إضرار الطرف الآخر فقط، أو أنه يدخل في علاقة تعاقدية مع الطرف الأول دون وجود نية في التعاقد معه أصلاً فإن ذلك يترتب التعويض.

القاعدة العامة في مبدأ حسن النية أنه من الجائز إجراء مفاوضات موازية مع طرف ثالث من باب مبدأ الحرية التعاقدية والحرية في إختيار مع من يتم التعاقد، بشرط الإلتزام بعدم الإخلال بهذا المبدأ ويمكن ذلك فيما إذا كان الطرف الثاني مثلاً حسن النية فيما كان الطرف الآخر سيء النية، كونه قد دخل في مفاوضات وهو يعلم مسبقاً أنه لن يستمر فيها، وهو ما يسمى بالتفاوض بنية عدم التعاقد وبالتالي فإن الحالة الأولى التي يثور بشأنها مبدأ حسن النية تكمن في عدم وجود نية في التعاقد، ومن ثم حالات أخرى كأن تكون غايته إطالة أمد المفاوضات لتفويت الفرصة على الطرف الآخر، ومن ثم التراجع وتكون غايته في ذلك الإضرار به أو كأن يتفاوض مع عدة أطراف بنية التعاقد مع طرف واحد.

كما أنه من باب مبدأ الحرية في التعاقد فإنه يستعمل حقه المشروع، أما من باب مبدأ حسن النية فإنه يخالفه كما أنه يلحق من خلاله أضراراً بالغير، وبالتالي فإن التفاوض مع أكثر من طرف في هذه الحالة بالرغم من أنه مشروع إلا أنه مخالف لمبدأ حسن النية هذا بالنسبة للقانون المدني،¹ أما فيما يخص قانون الأسرة فإننا نجد لهذا المبدأ تطبيقاً بالنسبة لخطبة مخطوبة الغير بحيث من بين شروط الخطبة أن لا تكون المرأة مخطوبة لشخص آخر، فإن كانت كذلك فلا يجوز لأي شخص أن يتقدم لخطبتها وهو يعلم بذلك حتى يأذن له الخطيب الأول أو يترك، وإذا تعمد ذلك فإنه يعتبر بمثابة إيذاء ويترب عنه المسؤولية المدنية.

ويراد بالخطبة في هذا الصدد أن تكون تامة أي أن يكون قد صدر الإيجاب والقبول من الطرفين،² أما إذا كانت خطبة الأول لاتزال قائمة بأن يكون بالإمكان التراجع عنها فإنه يجوز في هذه الحالة لشخص آخر خطبتها، وبالتالي إذا خطب شخص مخطوبة شخص آخر فإن من حقها أن تتراجع عن الخطبة الأولى، وإنما تحرم خطبة على خطبة إذا فعل ذلك عمداً بغرض الإضرار بالخطاطب الأول،³ ومن ثم نستخلص بأن الخطبة المحرمة

¹ عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، 2020، المجلد 34، ع2، ص.1012.

² جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.54.

³ مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص جامعة تلمسان، 2009-2010، ص.54.

- أو المكروهة أو إن صح التعبير بمثابة تأديب من باب حسن النية لا يبطل معها العقد إذ أن الزواج يبقى قائما وصحيحا،¹ كما أنها تقوم على شروط حتى يمكن القول عليها أنها قائمة وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:
- أن تكون هناك خطبة سابقة وخطبة لاحقة، إذ أن مرحلة التعارف لا تندرج ضمن هذا الوصف وإنما يجب أن تكون الخطبة تامة أي أن يصدر إيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر في مجلس الخطبة.
 - وأن تكون الخطبة السابقة صحيحة شرعا، كأن لا تكون المرأة من المحرمات مؤيدا الزواج بها.
 - أن تكون الخطبة الأولى لا تزال قائمة فإذا تراجع عنها أحد الطرفين فإنه يمكن لطرف آخر المبادرة بخطبتها.
 - وأخيرا أن يكون الخاطب الثاني على علم بالخطبة الأولى أي توفر عنصر القصد في الإضرار.
- وفي الأخير نقول بأن هذه الشروط تعد متفق عنها فقها غير أنه لم يرد بشأنها نص في القوانين الوضعية على غرار القانون الجزائري، وبالتالي الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية استنادا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، فيما نجد مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية قد ذكر في مادته الثانية أنه تمنع خطبة على خطبة إلا أنه ذكر شرطا واحدا فقط وهو أن تكون الخطبة قائمة.²

خلاصة القول أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض لأنه من جهة أعطى للخطبة وصف الوعد بالزواج بحيث تتم بتوافق الإيجاب والقبول لدى الخاطبين، ومن جهة ثانية إعتبرها غير ملزمة بالنسبة للطرفين وهو ما يعني إمكانية العدول عنها حسب نص م05 من ق.أ، ويكون وصف الخطبة على أنها وعد غير ملزم بذلك وصف غير متوافق مع ما جاءت به القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني والمتعلقة بالوعد بالتعاقد.

2- إمكانية القول بأن الخطبة وعد غير ملزم:

إن تكييف الخطبة بأنها وعد غير ملزم للزواج يتطلب إعادة نظر وتصويب وفق منظور جديد يتناسب وطبيعتها الحقيقية، فكما نعلم بأن الخطبة والوعد بالتعاقد مصطلحين مختلفين شكلا ومضمونا ومن الصعب التوفيق بينهما من الناحية القانونية، فالوعد ملزم بإبرام العقد النهائي إلا أن المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات العربية المقارنة بالرغم من أنه يعتبر الخطبة وعد بالزواج من خلال نص م1/05 من ق.أ، إلا أنه يعتبرها من جهة أخرى غير ملزمة وبالتالي الأخذ بالوعد غير الملزم، من خلال الفقرة الثانية من نفس المادة "...يجوز للطرفين العدول عن الخطبة..."، وهو ما أكدته كذلك المحكمة العليا في إحدى قراراتها والذي جاء فيه ما نصه: "من

¹ خطبة على خطبة توجب الإنثم ولا توجب بطلان العقد، مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشرجي، المرجع السابق ص.47.

² فخري جميل محمد جانم، مقدمات عقد الزواج، المرجع السابق، ص.93-94.

المقرر فقها وقضاءً أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها"¹، وعلى هذا الأساس فالخطبة وإن اقترنت بقراءة الفاتحة أو تقديم الهدايا أو دفع الصداق بعضه أو كله، فلا تعتبر عقدا ولا زواجا وهو ما أكدته م06 من ق.أ وهو ما جاء موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية.²

أما المشرع المغربي ورغم أنه قد اعتبر الخطبة وعد غير ملزم إلا أنه وعلى غرار بعض الدول المقارنة قد تدارك الوضع من خلال الفصل 14 من ق.إ.ع، ونص على أنه "مجرد الوعد لا ينشأ التزاما" فالمشرع المغربي لم يعتمد لتنظيم الوعد أو التواعد كما اصطلح عليه في مدونة الأسرة بأحكام خاصة بل اكتفى بالنص صراحة على أن الوعد لا ينشئ التزاما،³ نفس الحكم نص عليه المشرع التونسي ضمن الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية، وكذا الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود بإعتبار الوعد غير ملزم "مجرد الوعد لا يترتب عليه إلتزام"،⁴ والمشرع المصري من خلال نص م35 من ق.إ.ع⁵ والموريتاني في م35،⁶ فيما لم ينص المشرع الجزائري صراحة على ذلك وهو ما يولد لدينا فجوة في الصياغة القانونية بما يتناقض والقواعد العامة للقانون المدني، مجسدة من خلال نص م72 ق.م المذكورة سابقا والتي تعتبر الوعد بالتعاقد ملزم من جانب واحد وهو الواعد كما قلنا.

ثانيا : الفرق بين الخطبة والاتفاق الابتدائي

أو كما اصطلحت عليه الدول الغربية بالوعد التبادلي بالعقد Promesse synallagmatique وهو تعهد متبادل بإبرام العقد النهائي، فقد يأتي الوعد بالتعاقد في صورة إلتزام لجانبين إلا أنه يجب أن يتفق بموجبه المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها، فإن اتفاق الطرفين على تعيين المدة في هذه الحالة شرط يتطلبه القانون لتكوين الوعد بالتعاقد، كما يجب في بعض الأحيان أن يراعى

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/03/17، الملف رقم 81129، م.ق، ع3، 1994، ص.62.

² تنص م06 من الأمر رقم 05-02 في فقرتيها الأولى والثانية على ما يلي: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في م9 مكرر من هذا القانون".

³ موحى أسدي اعمر، خصوصيات القواعد المدنية في مدونة الأسرة من خلال الزواج والخلال ميثاقه، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، وجدة، 2015، ص.53.

⁴ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.45.

⁵ الأمر رقم 89-126، الصادر بتاريخ 1989/09/14، المتضمن ق.إ.ع المصري، المعدل بالقانون رقم 2001-31 الصادر بتاريخ 2001/02/07.

⁶ الأمر القانوني رقم 89-126، الصادر بتاريخ 1989/09/14، المتضمن ق.إ.ع الموريتاني المعدل بالقانون رقم 2001-31، الصادر بتاريخ 2001/02/07، ص.04.

الشكل الذي اشترطه القانون لتمام العقد النهائي، فإذا افصح الموعود له عن رغبته في إبرام العقد خلال المدة المحددة لإبرامه، يصبح بذلك العقد صحيحاً ويتحول هذا الاتفاق من وعد إلى عقد نهائي، وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال نص م71 من ق.م.¹

والتي يتضح من خلالها أنه يمكن لكل طرف أن يعد الطرف الآخر في نفس الوقت ففي هذه الصورة يكون الوعد بالعقد ملزماً للجانبين وهو نفس السياق الذي تبنته باقي الأنظمة المقارنة،² أما في حالة ما إذا كان هناك موانع تحول دون إبرام العقد النهائي فورا يمكن للطرفين في هذه الحالة توقيع اتفاق ابتدائي يعد كل منهما الآخر بأن يبرم العقد النهائي في مدة معينة، وبالتالي فإن الاتفاق الابتدائي هو في الأصل وعد ملزم للجانبين أرجئ تنفيذه،³ كما أن الخطبة قد تقتزن بصيغة التأجيل والإرجاء إلا أن الاتفاق حول المهر والهدايا والصدقات لا يعد من المسائل الجوهرية لتمام الخطبة أو صحتها، وبالتالي فإنها تختلف عن الاتفاق الابتدائي بالرغم من أنها تقوم على تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين غير أنها تظل غير ملزمة.

ينتقد في هذا الصدد الدكتور محمد جمال الدين زكي الوعد الملزم للجانبين ويقول: "أن الوعد بالعقد بالضرورة ملزم لجانب واحد أما ما يسمى بالوعد الملزم للجانبين، فهو في الواقع عقد أرجئ تنفيذه باتفاق طرفيه مدة معينة لسبب أو لآخر، ولا ندري حقيقة كيف يكون وعدا ذلك العقد الذي يلزم طرفيه منذ إبرامه"،⁴ يعتبر هذا الانتقاد صائبا ولكن ليس على إطلاقه إذ أنه لا يمكن القول كذلك بأن الخطبة عقد ملزم للجانبين، إذ أن التوجه الذي ذهب إليه الفقيه الفرنسي جوسران هو الآخر منتقد، وقد استند هذا الفقيه في وصفه للخطبة على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المقررة بموجب نص م1103 من ق.م.ف، والتي تنص على أنه: "تنزل العقود

¹ تنص م71 من ق.م. في فقرتيها الأولى والثانية على أنه: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها، وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

² م1/156 من القانون المدني العربي الموحد تنص على أنه: "الوعد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أو كلاهما إبرام عقد معين في المستقبل يكون ملزماً إذا حدد المسائل الجوهرية للعقد الموعود به وحددت مدة إبرامه"، ص.52، وم105 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 منقح ومحدث.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام مصادر الالتزام، ج1، د.ط، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، 1964، ص.251.

⁴ محمد جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط3، الكتاب الجامعي، القاهرة، مصر 1978، ص.114.

المبرمة على الوجه القانوني منزلة القانون بالنسبة للذين أنشؤوها"¹ كما أن هناك فرق بين العقد النهائي والوعد الملزم لجانبين بالرغم من أن هذا الأخير يقترب من فكرة العقد، إلا أنه في حالة التزام الطرفين كل منهما قبل الآخر فإن هذا لا يعني أن العقد الموعود به قد صدر نهائياً، لأنه إذا لم يبد كل من الطرفين رغبته في إبرام العقد النهائي خلال المدة المعينة سقط الوعد، إذ أنه لا بد أن يبدي كل منهما رغبته بإبرام العقد النهائي أو عدم رغبتهما في ذلك ففي هذه الحالة يكون الوعد متوقف على قبول الموعود له قبل حلول الميعاد.²

خلاصة القول أن الخطبة اتفاق تمهيدي على إبرام عقد زواج في المستقبل، وهي غير ملزمة بالرغم من أنه يترتب عنها بعض الإلتزامات القانونية ولا وجود للإلتزامات العقدية³، فإنها لا تندرج لا ضمن الوعد بالتعاقد ولا ضمن الاتفاق الابتدائي، إذ يرى البعض من الفقه رداً على القائلين بأن الخطبة عقد ملزم استناداً لتوافق إرادتين أن هناك وعد ملزم لجانبين، وأن كل من الوعد من جانب واحد والاتفاق الابتدائي مرحلة وسط بين الإيجاب والقبول والعقد النهائي، فإذا ما اقترن الإيجاب بالقبول فنكون في هذه الحالة أمام عقد يتراضى فيه الطرفين، إلا أنه عقد غير كامل إذ أنه ينصب على مجرد الوعد وهو ما يسمى بالعقد التمهيدي.

ثالثاً : الفرق بين الخطبة والعقد التمهيدي Le contrat préparatoire

يتضح مما تقدم أن هناك خلطاً لدى بعض الفقه بين مفهوم العقد التمهيدي والوعد بالتعاقد على الرغم من الاختلاف الواضح بين المفهومين، فالأول ينعقد بهدف الإعداد والتمهيد للاتفاق على مضمون العقد النهائي في حين أن الثاني يعد عقداً كاملاً مهياً لإبرامه بصورة نهائية، بمجرد إبداء الموعود له عن رغبته في التعاقد خلال

¹ Art 1103 : " Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ". Ordonnance n° 2016-131, du 10 Février 2016, Art 02, code civil, p288.

والتي كانت تنص في م 1134 من ق.م.ف القديم على أن : "الاتفاقات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها" وبالتالي تم استبدال عبارة على الوجه الشرعي بعبارة على الوجه القانوني، واستبدال لفظ العقود بالاتفاقات وهو ما سنبينه لاحقاً.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص. 255.

³ يجب التفرقة في هذا الصدد بين الإلزام والإلتزام: فالأول يأتي من الغير لا إرادة للإنسان فيه أي حمل الغير على فعل أمر أو تركه ومن بينها في قانون الأسرة نجد إلزام الزوج بدفع المهر والإنفاق على زوجته والدخول بها، وإلزام الزوجة تمكين زوجها منها وطاعته وإلزامها بإرضاع وحضانة أولادها، أما الثاني يكون من الشخص نفسه مطلقاً كان أو معلقاً، وليد خالد الربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار النفائس، الأردن، د.س، ص. 45 وما يليها. جرت العادة في الفقه القانوني على تعريف الإلتزام بأنه رابطة قانونية بين دائن ومدين، في حين قد ميّز الفقه الإسلامي ببراعة بين الإلزام والإلتزام إذ أنه يعتبر الإلزام بأنه إيجاب من من الشرع على الشخص وفق أمر شرعي، أما الإلتزام فهو إيجاب الشخص على نفسه، شوقي بناسي، مقدمة في الإلتزامات، د.ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2018، ص. 24.

المدة المتفق عليها في العقد،¹ فقد عرف أحد الفقهاء الفرنسيين العقد التمهيدي بأنه "عقد مؤقت وسابق غايته التهيئة لإبرام العقد النهائي"،² ويسمى أيضاً بالعقد التحضيري أو التمهيدي أو العقد الأولي وهذه العقود لها عنصر مشترك يميزها، وهي كونها عقود تمهيدية للعقد النهائي المزمع إبرامه، وهي تعالج وتحكم وتنظم بنصوصها الصعوبات المتعلقة بإبرام العقد النهائي،³ وعلى خلاف الوعد بالتعاقد فإنه ليس من شروط إبرام العقد التمهيدي الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية، إذ قد يرد الاتفاق على بعض عناصر العقد النهائي المراد إبرامه، إلا أن هذا الاتفاق ليس نهائياً لأن فيه قد يحتفظ كل من الطرفين بإمكانية العدول إلى حين إبرام العقد النهائي وفقاً لذلك. فيما عرف البعض الآخر العقد التمهيدي على أنه ذلك الاتفاق الذي يتضمن المسائل والموضوعات والعناصر التي اتفق الأطراف على أنها تشكل موضوع العقد ومضمونه، والذي لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يتضمن بنود العقد النهائي الذي وضع العقد التمهيدي للتهيئة والإعداد لإبرامه، وإذا ما تضمن العقد التمهيدي تلك العناصر الجوهرية فإنه يفقد طبيعته الخاصة وتنتفي عنه هذه الصفة ويتحول إلى عقد نهائي.⁴ أما البعض الآخر فأضاف إليه عنصر الإلزامية وعرفه على أنه ذلك العقد الذي يسعى إلى التهيئة أو التحضير للعقد المستقبلي، وهو إتفاق ملزم على الرغم من كونه ذا صفة وقتية غير أنه لا يوجد ما يدعم هذا التوجه، إذ أن العقد التمهيدي كما هو متفق عليه عقد غير كامل ولا يلزم طرفيه بإبرام العقد النهائي، بخلاف الوعد الذي يعتبر ملزماً فإذا حل الميعاد التزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائي، كما يجوز إجبار الطرف العادل عن تنفيذ التزامه قضاءً وكل ذلك خلافاً للعقد التمهيدي.⁵

خلاصة القول أن العقد التمهيدي والخطبة يتفقان في عدة جوانب، فقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن الخطبة من حيث أحكامها وآثارها عبارة عن مرحلة تمثل نصف الزواج، وقال آخرون بأنها عقد تمهيدي يهدف للتمهيد لعقد الزواج المرجو إبرامه وقد لا يبرم،⁶ فالعقد التمهيدي يتطلب وجود إرادتين الأولى تعرض

¹ عز الدين مرزا ناصر، الطبعة القانونية للخطبة دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، المعهد التقني الموصل، العراق، 2005 مجلد 3، ع26، السنة 10، ص.212.

² larroumel (Ch) Droit Civil. Tome 111. Hconomica. 1990, P.264 مقتبس عن عبد الرزاق شيخ نجيب الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2001، ع1، ص.361.

³ Philippe Malaurie, Laureen Aynes, Pierre-yves Gautier, les Contrats Spéciaux, Defrenois Paris, 2003, P.72.

⁴ عبد الرزاق شيخ نجيب، المرجع السابق، ص.361.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.258.

⁶ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.139.

العقد والثانية تقبل أي اقتراح بالإيجاب بالقبول، وقد يتوصلان من خلاله إلى اتفاق مبدئي لإبرام العقد النهائي دون الالتزام بإبرامه.

وهنا يبرز مبدأ سلطان الإرادة في إخضاع العقد التمهيدي لإرادة الطرفين إذ أنه لا ينشئ التزاما بإبرام العقد النهائي، حيث يعد العقد التمهيدي مرحلة تمهيدية تسبق إتمام العقد النهائي، فهو مرحلة سابقة عليه إذ أن هذه المرحلة تعد مرحلة تحضير وإعداد العقد فقط، وكلما كان الإعداد جيدا كان العقد النهائي محققا لمصلحة الطرفين ومتضمنا الشروط التي تمنع إثارة المنازعات بينهما لاحقا، وبالتالي فإن الهدف من العقد التمهيدي هو التقريب بين وجهات النظر المختلفة بين أطراف العلاقة التعاقدية المستقبلية التي قد تكون متباينة، إذ يحرص كل طرف على حريته في التعاقد أو عدم التعاقد بشروطه حتى لحظة إبرام العقد النهائي.¹

وقد توصل الأستاذ عبد الرازق الشيخ نجيب في هذا الصدد إلى أن العقد التمهيدي هو ذلك الاتفاق الكتابي أو الشفهي الذي يكون بين المتعاقدين بغية التحضير والإعداد للوصول للعقد النهائي، ويذكر الأستاذ في هذا الصدد مواطن الالتقاء بين الخطبة والعقد التمهيدي من خلال العناصر التالية:

- أن كليهما اتفاق رضائي ينشأ عن تلاقي إرادتين بالإيجاب والقبول.
- أن كليهما اتفاق غير كامل ولا يشترط فيهما تحديد العناصر الجوهرية للعقد النهائي.
- أن كليهما اتفاق مستقل عن العقد النهائي.²

رابعا : بيان الوصف القانوني المناسب للخطبة كمرحلة سابقة على التعاقد

قلنا بأن المشرع الجزائري قد أطلق على الخطبة وصف الوعد بموجب نص م05 من القانون رقم 84-11³ وبالرغم من أن هذا النص كان محل تعديل بموجب الأمر رقم 05-02 والذي طال جوانب عديدة من الخطبة إلا أنه لم يمسس وصفها القانوني فقد أبقاه المشرع دائما على أنه وعد بالزواج،⁴ ولا ننكر أنه كانت هناك وجهات نظر متعددة بشأنه من بينها اقتراح الأستاذ بن شويخ الرشيد تسمية "التمهيد"، فإنه يرى من وجهة نظره أن هذا اللفظ يحقق المقصود من اعتبار الخطبة مرحلة تمهيدية فقط، وأن هذا اللفظ يؤكد على أن الخطبة

¹ عز الدين مرزا ناصر، المرجع السابق، ص.218.

² عبد الرازق الشيخ نجيب، المرجع السابق، ص.367.

³ القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 جوان 1984، المتضمن ق.أ، ج.ر، ع24، السنة 21 الصادرة يوم الثلاثاء 12 رمضان 1404 الموافق ل 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02.

⁴ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.42.

غير ملزمة للطرفين إذ أنه يمكن العدول عنها،¹ وهو نفس ما ذهب إليه الفقه والقضاء المصري² من خلال إعتبره أن الخطبة ليست بعقد ولا بوعده وإنما هي مجرد إبداء الارتباط، وبالتالي تمهيد للرابطة الزوجية لا يقيد أحد بها كما يجوز لأي طرف العدول عنها.³

غير أنه من خلال تحليل هذه المعطيات يتضح أن لفظ التمهيد وحده بهذه الطريقة صائب، ولكنه مصطلح غير قانوني أي أنه لا ينتج آثاره من الناحية القانونية أو أنه لا يجد أساسه في النصوص القانونية، كما نجد المشرع المغربي قد اصطلح على الخطبة لفظ "التواعد" بموجب مدونة الأسرة المعدلة من خلال نص م05 منها، والتي جاء فيها ما نصه: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج، تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرى به العادة والعرف من تبادل الهدايا"،⁴ والتي تعد اقراراً منه للمرأة بحريتها في التعبير عن إرادتها وطلبها الرجل للتقدم لخطبتها لما للرضائية دور في الخطبة، وكذلك تأكيداً منه لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة فإذا وافقت المخطوبة على تعبير الخاطب فهنا يتحقق الوعد بالزواج، لأن المخطوبة المعنية وأهلها هم من وعدوا بالزواج في هذه الحالة، فمصطلح الوعد يكون في الغالب من الواعد الذي هو الخاطب وهو ما يجعل المخطوبة موعوداً لها دائماً، أما التواعد فهو تفاعل إرادتين متساويتين في حرية الاختيار يكون كل طرف فيها واعداً وموعوداً في الوقت ذاته بخلاف الوعد الذي يصدر عادة عن إرادة منفردة إلا إذا كان وعداً ملزماً للجانبين.⁵

ومن خلال هذا كله نجد بأنه بالرغم من توافق لفظ التواعد مع مفهوم الخطبة، إلا أنه هو الآخر ليس بالمصطلح القانوني الذي يمكن أن نعول عليه في وصفنا لها، فإن مصطلح التمهيد وحده والتواعد ليس لهم تكييف

¹ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.31.

² محكمة النقض المصرية، غ.م، 1939/12/14، أشار إليه: بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص.32.

³ عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، أسسه، ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001-2002، ص.34.

⁴ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج.ر، ع5184، بتاريخ 14 ذو الحجة 1424، الموافق ل 5 فبراير 2004، وزارة العدل والحريات، مديرية التشريع، صيغة مبنية بتاريخ 25 يناير 2016، ص.11.

⁵ موحى اسدي اعمر، المرجع السابق، ص.32 - 33.

قانوني بالمقارنة مع الخطبة التي تعد واقعة قانونية تترتب عليها آثار لكلا من الطرفين، والأكثر من ذلك فإن هناك من يعتبرها تصرف قانوني لما للإرادة فيها من أثر بالغ.¹

نخلص مما سبق بيانه أن الخطبة تقوم على مجرد ابداء الرغبة والمواعدة بالزواج في المستقبل، بحيث تبدأ بمجرد اقتراح يصدر من أحد الطرفين يرغب في أن يستطلع رأي الطرف الآخر، وتعتبر في هذه الحالة خطبة ناقصة فإن تبين أن لديهما رغبة في التعاقد دخلا مرحلة تمهيدية أكثر جدية قد تطول أو تقصر، يتوافق من خلالها الإيجاب والقبول ولا يلزم فيها أحد من الطرفين، وبالتالي فإن الوصف المناسب لهذه المرحلة استنادا إلى ما سبق هو العقد التمهيدي.

وأخيرا نقول أن فكرة الأستاذ عبد الرزاق الشيخ نجيب تكمن في أن الخطبة تتفق مع العقد التمهيدي من حيث الطبيعة القانونية والآثار المترتبة عنهما، وهو ما يتماشى مع مبادئ الشريعة الإسلامية فالخطبة التامة تكون بإيجاب وقبول من الخاطبين يعبر فيهما كل طرف عن رضاه الكامل اتجاه الطرف الآخر لإبرام عقد الزواج في المستقبل، وبذلك تلتقي طبيعة الخطبة مع طبيعة العقد التمهيدي بحيث يقول البعض بأن الخطبة في ثوبها الجديد تشكل عقدا تمهيديا،² كما أن هناك نقطة أخرى في غاية الأهمية نجد أن الوعد بالتعاقد يكون الإيجاب فيه المقترون بمدة زمنية معينة ملزما بالإرادة المنفردة بنص القانون، والعدول عنه خلال هذه المدة المتفق عليها يستوجب التعويض وهذا الأمر غير متصور في العقد التمهيدي.³

غير أنه ولتفادي تصادم مفهوم العقد التمهيدي مع العقد النهائي وحتى لا يتم الوقوع في الخلط فإنه يمكن اقتراح أن تكون للخطبة وصف الإتفاق التمهيدي، فهو من جهة إتفاق بين الخاطب والمخطوبة أي توافق الإرادتين بشأنه ومن جهة أخرى فهو يمهّد لإبرام عقد الزواج ولا يلزم به، إذ أن الإتفاق التمهيدي يعد جزءاً من مجموعة من العقود إذ يعد تمهيدا للعقد النهائي كما يتم بموجبه الإتفاق على المسائل الجوهرية التي يتطلبها العقد التمهيدي،⁴ استنادا لنص م65 من ق.م: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها

¹ عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة تلمسان 2013-2014، ص.24.

² عبد الرزاق الشيخ نجيب، المرجع السابق، ص.371.

³ عز الدين مرزا ناصر، المرجع السابق، ص.215.

⁴ سجاد بن فاخة، سعدي بن يحيى، نظام الإتفاقات الأولية الناتجة عن التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، 2022، المجلد 09، ع01، ص.48.

اعتبر العقد مبرماً، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

الفرع الثاني : دور الإرادة في إنهاء الخطبة وتجسيد فكرة العدول

تعتبر الخطبة مقدمة غير ملزمة من مقدمات عقد الزواج فإذا تمت مستوفية لضوابط حرية الاختيار نكون أمام خطبة تامة، إلا أنه قد يطرأ على تلك العلاقة ما يجعلها تنتهي دون أن تؤدي الغرض الذي أنشئت لأجله ويكون ذلك إما خارجاً عن إرادة الطرفين، بسبب وفاة أحد الخاطبين أو كليهما أو بسبب ظهور مانع من موانع الزواج لم يكن للخاطبين يد فيه، وإما أن تستمر الخطبة محققة الهدف والغاية التي أنشئت لأجلها كما كان مقرراً لها وهو إبرام عقد الزواج فهذا لا يثير أي إشكال، أما أن يتراجع أحد الطرفين بإرادته المنفردة عن طريق فسخ الخطبة من جانب واحد والعدول عن فكرة الارتباط بالطرف الآخر، أو أن تتوافق الإرادتين على إنهاء الخطبة كأن يتم الاتفاق على فسخ الخطبة بالتقابل بين الطرفين، فهذا ما يثير عدة إشكالات قانونية خصوصاً وأن للإرادة دور مهم في ذلك.

أولاً : إنهاء الخطبة بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين

وضعت الخطبة كمرحلة للتعرف الأولي والتفكير ليكون كل من الطرفين على دراية كافية بما هو مقبل عليه، لقول الله تعالى: "يَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاهُ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ"¹، فالخطبة وإن تمت بتوافق الإرادتين إلا أنها يمكن أن تنتهي بالإرادة المنفردة، خصوصاً وأنها هي السبيل إلى إبرام عقد وصفه الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم بالميثاق الغليظ، لقول الله تعالى: "وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا"²، وهذا ما يتطلب تروي وإمعان النظر لذا يكون للأطراف الحرية في الاتفاق بشأنها كما لهم حرية العدول عنها دون تسبب، ماداموا لم يصلوا في اتفاقهم إلى حد الإيجاب البات والقبول المطلق.

فالإرادة الحرة للاختيار والحق في العدول هما الطريق الأنجع لبلورة مبدأ الحرية في التعاقد، وهذا الأخير الذي يمنح الحق لكل شخص بأن ينهي بإرادته المنفردة ما تم الاتفاق عليه مسبقاً، ويكون ذلك بحسن النية المطلوبة في التعامل وما ينبثق عنه من ضوابط قد وضعها التشريع للمساعدة على الاختيار، وليكون كل طرف

¹ سورة الحجرات، الآية.13.

² سورة النساء، الآية.21.

على دراية بما هو مقبل عليه كما أنه هو السبيل لحماية الرضا من أي عيب، ألا وهو الحق في الإعلام لتجسيد مبدأ الحرية في التعاقد.

1- الإرادة الحرة في الاختيار لتجسيد مبدأ الحرية في التعاقد:

للرجل والمرأة الإرادة الكاملة في الاختيار غير أن لهذا الاختيار ضوابط حث عليها الإسلام مع الحرص على عدم التأثير في الإرادة الحرة لكلا الخاطبين، حيث يقول رسول الله ﷺ: "تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاذفر بذات الدين تربت يداك"¹ وفي حديث آخر: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم"²، كما أن الشريعة الإسلامية لم تمنع المرأة من حق اختيارها للرجل المناسب لها وعرض نفسها عليه، قال ابن عابدين: "المرأة تختار الزوج الدين، حسن الخلق، الجواد الموسر ولا تتزوج فاسقا"³، بحيث يجوز للمرأة من الناحية الشرعية أن تكون هي الخاطبة للرجل، ولنا في رسول الله ﷺ أسوة فقد سبق لخديجة بنت خويلد أن بادرت بالتعبير عن رغبتها بالزواج من الرسول عليه الصلاة والسلام قبل البعثة.⁴

وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي من خلال تعديله لمدونة الأسرة كما سبق التطرق إليها في لفظ المواعدة وهي اقرار التكافؤ بين الرجل والمرأة في فرص الاختيار، وأن لها الحرية التامة في عرض نفسها على الرجل الذي تراه مناسباً حسب الضوابط التي تم ذكرها، مع الحرص على أن لا تؤثر هذه الضوابط والمبادئ على صحة الخطبة أو فسادها، وكذا تجسيدا منه على مبدأ الحرية في التعاقد وكون الخطبة تكون بتوافق الإرادتين وترتب آثارا تتعلق بحرية الاختيار، كما أن هذه الضوابط تحول دون الوقوع في الغلط أو التدليس، أما المشرع الجزائري فقد اكتفى في نص م04 من ق.أ بصيغة عامة يؤكد من خلالها على أن تكون رضائية الزواج بين الرجل والمرأة على الوجه

¹ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المqvسد، تحقيق محمد صبحي حسن ج3، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1994، ص.32.

² الإمام الحافظ المصنف المتقن أبي داود سليمان ابن الأشعب السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ج2، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 1988، ص.220.

³ محمد أمين الشهيد ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، كتاب النكاح، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003، ص.68.

⁴ برباح زكرياء وتشوار جيلالي، تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في أحكام الخطبة في القانونين الجزائري والمغربي على ضوء الشريعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي بتيبازة، 2022، المجلد 59، ع1، ص.326. ومحمد خضر قادر دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة العربية، دار اليازوري، الأردن عمان، 2010، ص.104 - 105.

الشرعي، وذكر من بين المبادئ والضوابط التي تقوم على أساسها الأسرة وتكوينها في كل من: المودة والرحمة والتعاون والإحسان والمحافظة على الأنساب دون الخوض في تفاصيل ذلك.¹

2- الحق في العدول لتجسيد مبدأ الحرية في التعاقد:

إن الكثير من العقود تحتاج تروي وإمعان النظر لذا يكون للأطراف الحرية في التفاوض بشأنها كما لهم أيضا حرية العدول عنها دون تسبب ذلك، ماداموا لم يصلوا في مفاوضاتهم إلى حد الإيجاب البات والقبول المطلق، فقد بين لنا المشرع الجزائري من خلال نص م72 من ق.م المذكورة سابقا أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد، في حين أنه من خلال قانون الأسرة اعتبر العدول عن الخطبة رجوعا من أحد الخاطبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج والتوقف عن الإجراءات المؤدية إليه دون الإلتزام به، لذلك إذا وقع العدول عن الخطبة فإن مشروع الخطبة قد ألغي، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل ولم يطلب العدول بخلاف ما ورد في القانون المدني أن يقاضي الطرف العادل وإجباره على الاستمرار في الخطبة، ومتابعة الإجراءات اللازمة لذلك دون رغبة منه وتقييدا لإرادته الحرة ذلك أن عقد الزواج من العقود الرضائية، وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يكون قد دمر أهم ركن في إبرام عقد الزواج ويكون قد خرق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون.²

¹ جاء في م4 من الأمر رقم 05-02 ما نصه: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، عملا بمبادئ الشريعة الإسلامية، المودة والرحمة والتعاون لقوله تعالى: "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"، سورة الروم، الآية. 21. إحسان الزوجين: لقول رسول الله ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء". البخاري، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، ج9، ص.112. والمحافظة على الأنساب: لقوله تعالى: "ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا"، سورة الأحزاب، الآية. 5. وهي مفاهيم قد أدرجها القانون الفرنسي هو الآخر في مواده القانونية (م146 165 و 177 من ق.م.ف)، أشار إليه:

M. philippe, (Cf), Le devoir de secours et d'assistance entre époux, LGDJ, paris, 1981 p.473.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 56097، م.ق، ع4، 1991، ص.102.

بحيث يبقى من حق الطرفين العدول ما دام العقد لم يتم بعد وهذا إن لم يحصل تفاهم وانسجام بين الطرفين وهذا بلا شك أحسن من الطلاق بعد الزواج،¹ إذ أن للعدول مساوئ وحسنات ومن أهم حسناته أنه يمنع تمام زواج فاشل قد يصعب التخلص منه لاحقا، إذ أن أكثر المشاكل المترتبة عن انحلال عقد الزواج تكون ناجمة أساسا من التسرع في اختيار الزوج أو الزوجة دون تروي وتدبير.

وفي ظل النظر إلى العدول عن الخطبة على أنه حرية من الحريات أو حق من الحقوق، يقول الأستاذ الدكتور السيد مصطفى: "حرية الزواج وإن كانت فرعا من الحريات الفردية العامة تتميز عنها من حيث الأهمية يكون عقد الزواج مفروضا فيه أنه أبدي، فيجب أن تكون حرية إبرامه أوسع مجالا مما في غيره من الارتباطات"² وقبول أي فكرة أخرى يؤدي إلى الاعتراف بالطابع الملزم للوعد بالزواج، وللإرادة مطلق الحق في العدول عن الخطبة ذلك أنه حق ثابت شرعا وقانونا وقضاءً دون قيد من منطلق الرضائية في الزواج وحرية الاختيار،³ وعليه فإن رضائية الخطبة تجعل العدول أمرا طبيعيا إذا رفض الطرفان أو أحدهما إتمام الزواج، والقول بغير ذلك يجعل الخطبة عقدا ملزما ويجعل الزواج يتم بالإكراه وكلاهما لا يصح.⁴

وفي هذا الصدد تم نقد ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي في اعتبار الخطبة عقد وأن لكل من الطرفين الحق في إنهائه بإرادته المنفردة متى كانت هناك مبررات مشروعة لذلك، وهو الموقف الذي تبناه الفقيه الفرنسي جوسران Josrand، وردا على ذلك يمكن القول بأن الخطبة لا تعد عقدا وهذا راجع إلى أن العقد لا يمكن إلغاؤه إلا بإرادة الطرفين، وإذا ما تم إلغاؤه من طرف واحد يكون هذا الأخير ملزما بتعويض ما قد يترتب عن هذا العمل من ضرر،⁵ وهو ما نحى إليه الفقه الفرنسي من خلال قاعدة تحول الالتزام بعمل إلى تعويض عند عدم تنفيذه المقررة بموجب م1142 من ق.م.ف قبل تعديله.⁶

¹ سعاد سطحي، قراءة في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، الخطبة والزواج نموذجاً، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2006، ع12، ص.128.

² السيد مصطفى، رسالة في مدى استعمال حقوق الزوجية، ص 57، مقتبس عن محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط2، دار الفكر العربي، مصر، 1971، ص.72.

³ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.111.

⁴ عبد الحكيم بوجاني، أبرز إشكالات قانون الأسرة الجزائري، دراسة تحليلية ونقدية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2018 - 2019، ص.35.

⁵ موحى اسدي اعمر، المرجع السابق، ص.44-51.

⁶ كانت تنص م1142 الملغاة من ق.م.ف على أنه: "كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل يتحول إلى تعويض إذا لم يقيم المدين بتنفيذه"، وأن فكرة الالتزام تفترض وجود دائن ومدين في حين أنه لا وجود للدائن والمدين في تكوين عقد الزواج.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الفرنسي في القانون المدني الجديد لعام 2016 قد ألغى نص م1142، وبالتالي تخلص عن تقسيم الالتزام التقليدي بالنظر إلى محله إلى التزام بعمل وامتناع عن عمل وبإعطاء شيء، وجعل الأهم في الالتزام هو تنفيذ العقد الذي ارتبط به المتعاقدان وبالتالي فتح المجال على مصرعيه أمام الحرية التعاقدية مع مراعاة مبدأ حسن النية.¹

إن مبدأ حرية الزواج وعدم إجبار الشخص على إتمام عقد لا يرتضيه لما للرضا دور مهم في إبرام عقد الزواج كونه من العقود الرضائية، كل ذلك أدى بالفقه والقضاء الفرنسي إلى التراجع عن النظرية العقدية للخطبة وتبني مفهوم آخر لذلك وهو نظرية بطلان الوعد بالزواج، والتي تعني بأن الوعد بالزواج إلتزام باطل لمخالفته للنظام العام والذي يستلزم أن تظل حرية الطرفين خالية من أي تهديد وقت العقد.²

وكان ذلك عملاً بما جاء به القضاء الفرنسي منذ زمن، حيث ذهب للقول بأن: "الوعد بالزواج باطل وغير مشروع في حد ذاته من الناحية القانونية لمخالفته للنظام العام الذي يستلزم أن تظل حرية الطرفين كاملة وخالصة من أي تهديد وقت الزواج".³

وهو ما اجتمع عليه جمهور الفقهاء منذ قرون واعتبروا الزواج المعلق على فعل شيء أو تركه باطل، ولو وقع الشيء المعلق عليه ذلك العقد وسيتم تفصيل هذه الفكرة لاحقاً، وهو ما تبناه الأستاذ السنهوري إذ يعتبر فسخ الخطبة رخصة يجوز العدول عنها بالإرادة المفردة لأحد الطرفين، شريطة عدم الانحراف في استعمالها عن السلوك المألوف للشخص العادي، وذلك بنية الإضرار بالغير "عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية في الوفاء بالعهود ومن باب حرية الاختيار أنه لا يجوز تقييد شخص بوعده أن يتزوج بشخص معين فمثل هذا التقييد يكون مخالفاً للنظام العام"، إذ أن العدول أمر جوازي وحق لكلا الطرفين في الخطبة ومكتسب الحق لا يلزم بالتعويض.⁴

¹ بلحاج العربي، الإطار القانوني للوعد بالتعاقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري المعدل عام 2005 وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، إصدار دوري إضافي، الكويت، السنة 09 يونيو 2021، ع3، العدد التسلسلي 35، ص.251.

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص.94.

³ قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 ماي 1838، دون ذكر العدد، عن عزيز المعايزي اليملاحي، الطبيعة القانونية للخطبة وآثارها في مدونة الأسرة، ص.24، مقتبس عن موحى اسدي اعمر، المرجع السابق، ص.46.

"Tout promesse de mariage est null comme : contraire à l'ordre public qui exige que la liberté des parties reste entière ; absolue dégagé de toute contrainte au moment de la célébration", trib, Civil sein 4 mai 1943 gaz, pal, 1943, 1, p.283.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.827.

3- الحق في الإعلام لتجسيد مبدأ الحرية في التعاقد:

يقوم الحق في الإعلام على مبدأ حسن النية والذي يعتبر من أسمى المبادئ الأخلاقية التي ارتقت بها القوانين الوضعية إلى القاعدة القانونية، والتي تعني الالتزام بالنزاهة والأمانة والتبصير في العلاقات التعاقدية، حيث أن هذا المبدأ يفرض على المتعاقد موقفا سلبيا وهو عدم إتخاذ سلوك مبني على سوء النية، ونظرا للمكانة المرموقة لعقد الزواج فقد ألزم المشرع الجزائري مجموعة من الإجراءات من بينها الفحص الطبي قبل الزواج، وبالتالي فهو يندرج ضمن مبدأ الالتزام بالإعلام الذي يجد أساسه في القواعد العامة للقانون المدني، وهو نفس الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ علاق عبد القادر بقوله: "إشترط هذه الفحوصات الطبية يعتبر إلزاما جديدا يندرج ضمن المبدأ العام المتضمن للالتزام بإعلام الطرف المتعاقد معه على وجه العموم وتزويده بمجمل المعلومات والتفاصيل".¹

ويكمن هذا الالتزام فقط في مجرد تبصير وتنوير المقبلين على الزواج ليكون كل منهما مطلعاً على محاسن وعيوب من يرغب الارتباط والزواج به على علم وبصيرة، إذ أنه يعد كإجراء وقائي قبل الزواج حتى لا يقع أحد طرفي العقد في غش أو تدليس،² وما يبرهن ذلك أنه حتى وإن كان أحد الطرفين أو كلاهما مريضا وحتى وإن كان ذلك المرض خطير أو معدي، فإنه لا يجوز لأي أحد أن يقف عائقا دون تحقيق إجراءات الزواج مادام المعنيين بالأمر راضيين بذلك أو أنه يتم إكراه أحد الطرفين على توقيف إجراءات الزواج، ولكن إذا كان المرض أو العيب موجودا قبل العقد أو حدث بعده ورضي به الطرفان فإنه يسقط حق كل منهما في التفريق أو فسخ الخطبة أو الزواج إستنادا عليه إذا كان عالما بالمرض أو العيب قبل العقد أو رضيا به صراحة بعده.³

أما إذا رضي كل من الطرفين بمرض الآخر فلا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق الإمتناع عن إبرام عقد الزواج، طبقا للفقرة الثانية من نص م7 من المرسوم التنفيذي رقم 24-366 والتي جاء فيها ما نصه: "... لا

¹ علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان 2012-2013، ص.13.

² يقول رسول الله ﷺ: "من غشنا فليس منا" فالحديث جاء عاما يلزم كل مسلم أن يظهر من العيوب التي قد توقع غيره في الغلط أو التدليس أو لو كتمها عليه لكان غاشا له، عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص.44.

³ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات إنعقاد وإخلال الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص.60.

يجوز للموثق أو لضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين¹، وتجنباً للغش والتدليس وإخفاء عيوب الأطراف وجب التمسك بمبدأ إعلام المتعاقد معه بالحالة الصحية قبل الزواج، لاسيما إذا تعلق الأمر بهذه العيوب وهو ما يقتضيه نظام الفحص الطبي قبل الزواج المهادف أصلاً لتحقيق مبدأ الالتزام بالإعلام.²

يعتبر البعض أن الالتزام بالفحص الطبي قبل الزواج يعد تعدياً على الحرية الشخصية وخرقاً لمبدأ الرضا بالفحص الطبي³، في حين يرى البعض الآخر أنه لا يعد تقييداً لحرية الخاطبين في التعاقد فهو على العكس من ذلك يساعد في حسن الاختيار مما يجعل للطرفين كامل الحرية في إتمام الزواج أو التراجع عنه⁴، إذا لا يجب علينا أن نعتبرها عرقلة بقدر ما هي مكتملة ومفيدة رغم إحاطتها بترسانة من الشروط والإجراءات الإدارية والتنظيمية. والتوسع في ذكر الأمراض وحتى العوامل المستقبلية التي قد تنجر منها والتي من شأنها أن تتعارض مع الزواج، إلا أنه تبقى الغاية المنشودة من وراء إجراء الفحص الطبي قبل الزواج هو بناء علاقة زوجية على النصح والإرشاد والإستقرار والمودة والرحمة والصراحة، والمعرفة التامة للحالة الصحية الجسمية للزوجين المستقبلين مع تقرير العلاج في حالة المرض وإجراء اللقاحات اللازمة لتفادي الإصابة ببعض الأمراض الخطيرة المستقبلية، أو الرضا والقبول بالوضع الصحي كما هو وتحمل العواقب تفادياً للغش والتدليس وتأزم العلاقة مستقبلاً، ومن ثم ضمان الوقاية والصحة الخاصة لأفراد الأسرة من جهة والصحة العامة للمجتمع من جهة أخرى.⁵

وبالتالي فإن الإتجاه القائل بمشروعية الفحص الطبي قبل الزواج لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ولا مع مقاصد الزواج، وهو على العكس مما يرى البعض أنه تقييد لمبدأ الحرية في التعاقد بل هو الذي يرسم معالمها.⁶

¹ المرسوم التنفيذي رقم 24-366 المؤرخ في 2024/11/07، المتعلق بالشهادة الطبية والتحليل قبل الزواج، ج.ر، ع76 الصادرة بتاريخ 2024/11/13، ألغى بموجب مادته 08 جميع الأحكام المخالفة لاسيما المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11، الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام م7 مكرر من ق.أ رقم 48-11.

² علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.83.

³ عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص.42.

⁴ لقد كان الفقه المالكي السباق في التأكيد على هذا الشرط عندما جعله من شروط صحة الزواج، وذلك لما نص عليه فقهاء المالكية بإشتراط أن لا يكون أحد الزوجين مريضاً مريضاً مخوفاً، الغرياني الصادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج1 ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2010، ص.202، عبد الحكيم بوجاني، إشكالات إتعاقد وإخلال الزواج، المرجع السابق ص.67.

⁵ عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص.31، خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.184.

⁶ عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص.42.

وحسنا ما فعل المشرع الجزائري من خلال الإقرار بخضوع المقبلين على الزواج إلزاميا للفحوصات والتحاليل الطبية، كآلية جديدة تم إستحداثها بموجب تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 بصفة إلزامية ضمن نص م7 مكرر منه، والتي جاء فيها ما نصه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا تزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

وفعلا قد تم حينها مباشرة إخضاع هذه المادة إلى التنظيم بصدر المرسوم التنفيذي رقم 06-154 والذي جاء متزامنا ومدرجا ضمن قانون الأسرة، حيث أقر بموجبه بأنه جاء ليحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام م7 مكرر من ق.أ، غير أنه قد ألغيت أحكامه بموجب مرسوم تنفيذي جديد فرض استقلاليته عن قانون الأسرة وأصبح يتعلق بالشهادة الطبية والفحوصات والتحاليل قبل الزواج، وقد تدارك الخطأ الذي وقع فيه فيما سبق أن أضاف عبارة "المعدل والمتمم" بموجب نص المادة الأولى التي جاء نصها على النحو التالي: "يهدف هذا المرسوم لتحديد كيفيات إعداد الشهادة الطبية وقائمة الفحوصات والتحاليل المطلوبة قبل الزواج، تطبيقا لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المتضمن ق.أ المعدل والمتمم" كون المادة قد استحدثت بالأمر رقم 05-02. وقد تم تعديل م2 منه والتي كانت صياغتها طبق الأصل للمادة 7 مكرر من ق.أ، وبالتالي تم إدراج فحواها ضمن نص م6 من نفس المرسوم مع تعديل من حيث الصياغة،¹ وما يلاحظ أن صيغة الإلزام "يجب" قد حافظ عليها المشرع، إذ أن الإلتزام بالإعلام بالفحص الطبي في جميع الأحوال يعد إجراء إلزامي وأمر وجوبي مع أنه تظل حرية الطرفين مطلقة في قبول أو رفض إتمام إجراءات الزواج، وهو ما أكدته م07 من المرسومين التنفيذيين والتي بقي نصها على النحو التالي: "يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما، والأمراض والعوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج"، كما تم إضافة فقط العوامل المستقبلية التي قد تنجر عن هذه الأمراض والتي من شأنها أن تتعارض مع الزواج، دون أن يبين مصير الزواج إذا ما تمت ظهور هذه العوامل فيما بعد وإن كان الطرفين يعلمان بها مسبقا و/أو قد رضيا بها صراحة بموجب عقد لاحق.

¹ تنص م06 من المرسوم رقم 24-366 على أنه: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالبي الزواج الشهادة الطبية ما قبل الزواج، المنصوص عليها في المادة 3 والتي لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر".

إذ أنه يتعين على الموثق وضابط الحالة المدنية من خلال نص هذه المواد المذكورة بصيغة الوجوب بأن يتأكد من علم الطرفين بنتائج الفحوصات الطبية حتى لا يقع كل منهما في الغش أو التدليس، ويكون لهما كامل الحرية في إتمام الزواج أو الرجوع عن الخطبة بسبب نتائج الفحص الطبي، فالعدول جائز في هذه الحالة بإعتباره يقوم على مبرر شرعي يحول دون إتمام إجراءات الزواج، والفحص الطبي هو السبيل ذاته لممارسة الحق في العدول عن الخطبة، إذ أنه على ضوء نتائج الفحص الطبي يمكن لكلا الطرفين إتخاذ القرار الصائب الذي يريانه مناسباً ويخدم مصالحهما فلولا لما توصلنا لذلك، أما إذا أصر المقبلان على الزواج على إتمام إبرامه رغم علمهما بنتائج الفحص الطبي واكتشافهما لعيوب بعض ومرضه سواء الواقعة منها أو المتوقعة، فلا يمكن في هذه الحالة للموثق ولا لضابط الحالة المدنية إجبارهما على العدول عن اتمام مراسيم الزواج.

ومن خلال استقراء نصوص المواد المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج نلاحظ من جهة بأنه يتوافق والقواعد العامة المتعلقة بالإلتزام بالإعلام وهذا الأخير الذي يعد إلتزاماً أساسياً في تحقيق مبدأ حسن النية، والذي يرتب آثار فيما يخص المسؤولية عن العدول عن الخطبة والتي سيتم تفصيلها فيما بعد، ومن جهة ثانية يمكن الخاطبين من إمكانية التراجع عن الخطبة بالإرادة المنفردة متى ظهر أي مرض أو عيب في الطرف الآخر يحول دون إتمام إجراءات الزواج، وهذا أحسن من اكتشاف هذه العيوب بعد الزواج واللجوء فيما بعد إلى الطلاق.¹

ثانيا : إنهاء الخطبة بتوافق الإرادتين

تنتهي الخطبة في الأحوال العادية كما كان مقرراً لها بإبرام عقد الزواج، وقد تنتهي باتفاق الخاطبين على إنهاؤها وذلك لأن الخطبة إذا كانت تنتهي بعدول أحد الخاطبين عنها فمن باب أولى أن تنتهي عند اتفاقهما على إنهاؤها، لكن هل أن اقتران الإيجاب بالقبول في إنهاء الخطبة يمكن أن ينتج التزاما يرقى لدرجة العقد؟ ولما كان الوعد لا يمكن إنهاؤه إلا بالإرادة المنفرد للواعد فهل يمكن الاتفاق على إنهاؤها؟ وبما أننا توصلنا من خلال الفرع الأول إلى أن الخطبة عقد تمهيدي فهل يمكن الثبات على هذا القول إذا ما تم التراجع عن إبرام العقد النهائي؟ هذه الأسئلة التي نأمل أن نتوصل للإجابة عنها، وتأكيد ما إذا كانت الخطبة عقدا تمهيديا أم أنها إتفاق لا يرقى لدرجة العقد حتى وإن كان تمهيديا فقط وليس نهائيا.

¹ مسعودة نعيمة الياس، المرجع السابق، ص.101.

1- تقارب خصوصية العقد مع إنهاء الخطبة بتوافق الإرادتين

إنهاء الخطبة بتوافق الإرادتين تثير إشكالا في تصادم هذا المفهوم مع ما هو متعارف عليه في العقد بحيث يرى الفقيه الفرنسي جوسران Josrand "أن الخطبة عقد ملزم لجانبين وأن له قيمة قانونية تساوي قيمة العقد النهائي لأنه يؤسس لحقوق وواجبات متبادلة بين طرفيه تكون ملزمة لكليهما فهو من العقود التبادلية، وهذا ما يقرر إمكانية فسخ الخطبة عن طريق موافقة متبادلة بتراضي الخاطبين على إنهاؤها"، وهو نفس الموقف الذي تبناه الفقيه الفرنسي "توليبي".¹

ويبقى ما يميز الخطبة عن العقد هو الإلزام فقد تنصرف إرادة الطرفين أحيانا إلى تأخير انعقاد العقد وليس تأخير آثاره مع رغبة الطرفين في الارتباط لإبرام العقد في المستقبل، والوعد بالتعاقد قد يحقق لهما ذلك كأن يكون لابد من أن توجد شكلية معينة لانعقاد العقد صحيحا ولا ينعقد إلا بعد صدورها،² فإن اعتبار الخطبة عقدا يؤدي إلى أن تطبق عليها أحكامه وبالتالي لا يمكن فسخها بالإرادة المنفردة، ولا يمكن إلغاؤها إلا إذا وجدت أسباب لذلك وهو ما لا يتوافق مع الحرية في الزواج.³

2- تعارض خصوصية الوعد بالتعاقد مع إنهاء الخطبة بتوافق الإرادتين

كما سبق القول أن الوعد بالتعاقد عقد كامل وقد يكون ملزما لجانبين وهو ما يسمى بالاتفاق الابتدائي والذي يكون فيه إبرام العقد بحلول الميعاد المتفق عليه إذا لم يكن هناك مانع قانوني يحول دون ذلك، فإذا اتفق المتعاقدان على أن انعقاد العقد الموعود به يتوقف على شكلية معينة، فإنه يجب الالتزام بها دون الاكتفاء بحلول الأجل أو ظهور الرغبة، أما إذا أبدى الموعود له رغبته في التعاقد أو حل الميعاد ونكل الواعد للطرف الآخر أن يقاضيه طالبا إياه تنفيذ الوعد عينا، وفي هذه الحالة يقوم الحكم الحائز قوة الشيء المقضي به مقام العقد، ولكن يجب أن تتوافر الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما تعلق منها بالشكلية، وذلك تطبيقا لنص م72 من ق.م. أما إذا كان الوعد ملزما لجانب واحد فإن الالتزام يقع في ذمة الواعد وحده على أن يبرم العقد النهائي، وأن ظهور رغبة الموعود له هي التي تكون الفيصل في ذلك.

¹ موحى اسيدي اعمر، المرجع السابق، ص.51.

² سيف رجب قزامل، الوعد بالتعاقد، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، مصر، 1978 ع2، ص.06.

³ عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص.26.

وبالتالي نقول بأن الوعد بالتعاقد لا يمكن في كل الأحوال إنفاؤه بتوافق الإرادتين وإنما الموعود له هو من يقرر ذلك، فإذا أبدى الموعود له رغبته في الشيء الموعود به واتصل ذلك بعلم الواعد في المدة المتفق عليها فإن الوعد ينتج أثره بأن يبرم العقد النهائي دون الحاجة لإيجاب جديد من الواعد، لأنه قد سبق له التعبير عنه أما في الوعد الملزم لجانبين فإن العقد الموعود به ينعقد بمجرد حلول الميعاد المتفق عليه.¹

وخلاصة القول أن الوعد بالتعاقد قد ينتهي بإرادة الطرفين فيما يتعلق بالوعد الملزم لجانبين، وقد ينتهي بالإرادة المنفردة للواعد ما يدعونا للوهلة الأولى للاعتقاد بأنه يتوافق مع العدول عن الخطبة، لكن بالتمعن أكثر في هذا الحكم يتبين أن العدول عن الوعد بالتعاقد من جهة يكون من طرف الواعد وحده، أما في الخطبة فيكون حقا لكلا الطرفين ومن جهة ثانية فيما يتعلق بالوعد الملزم للجانبين فإنه ينتهي بحلول الميعاد وهذا ما لا يمكن تصوره بالنسبة للخطبة.

3- توافق خصوصية العقد التمهيدي مع إنهاء الخطبة بتوافق الإرادتين

إن بلورة مفهوم التمهيد لعقد الزواج وتأصيله ووضع في إطاره القانوني السليم والمتكامل وبيان ما يترتب عليه من آثار قانونية هو ما سيؤكد صحة هذه الرؤية، فقد توصلنا فيما سبق إلى أن الخطبة تعد اتفاقا رضائيا غير كامل وغير ملزم كما أنه مستقل عن العقد النهائي، وهي بذلك تتسم بخصائص العقد التمهيدي لأن كلا من الخطبة والعقد التمهيدي تتم باتفاق الطرفين، كما أنهما لا ينعقدان بمجرد الإيجاب بل لابد من توافق الإيجاب والقبول، فإن مجرد طلب الزواج تعد خطبة ناقصة لحين تمام الإيجاب حتى تصبح الخطبة تامة تنتج أثرها وترتب أحكامها، فالخطبة لا تتم إلا بإيجاب وقبول يعبر عن الرضا الكامل تجاه طرفي الخطبة لعقد الزواج في المستقبل. ففي العقد التمهيدي يكون الطرفين قد توصلا إلى اتفاق مبدئي وقد تجاوزا مرحلة التفاوض، وتوصلا إلى مرحلة التهيئة والإعداد لإبرام العقد النهائي دون الالتزام بإبرامه.

وبالتالي فإن الخطبة تتفق مع العقد التمهيدي من حيث الطبيعة القانونية والآثار المترتبة عنهما، كما يتوافقان في أن كل منهما التزام بحسن النية في التحضير والتهيئة للعقد النهائي، ومن حق أي من الطرفين العدول والتراجع عن إبرام العقد النهائي وذلك بتوافق نيتهما، إذ تتجه تلك النية إلى أن الأمر متعلق بمرحلة تمهيدية سابقة على عقد الزواج، وإلى أن إتمام العقد من الأمور التي قد لا تتحقق فاحتمال العدول أمر يجب أن يتوقعه كل منهما في أي وقت قبل إتمام الزواج، فضلا عن أن إلزام الخاطب بالاستمرار في الخطبة قيد على حريته لا

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.258.

يتفق والنظام العام، والقول بغير ذلك يلغي رضائية عقد الزواج ولا يتفق مع مقاصد الخطبة باعتبارها فترة اختيار فقط.¹

لكن هل يمكن الثبات على القول بأن الخطبة عقد تمهيدي وأنها تترتب عليه آثاره، كما يقول الأستاذ عبد الرزاق الشيوخ نجيب إذ أنه يلاحظ من خلال خاتمة دراسته أنه ذهب إلى القول بأن الإخلال في العدول عن الخطبة يترتب المسؤولية العقدية وهو ما لا نشاطه الرأي فيه، فكيف يعقل أن لا تكون الخطبة عقد نهائي وفي الوقت ذاته يترتب على الإخلال بها مسؤولية عقدية؟ وهو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني: خصوصية قواعد المسؤولية المدنية في مرحلة الخطبة في ظل غياب دور الإرادة

توصلنا من خلال المطلب الأول إلى أن الخطبة إتفاق تمهيدي يعطي لكلا الطرفين الحق في دراسة فكرة الزواج، ومدى صلاحيتها بالنسبة له إذ يمكن في أي وقت التراجع عنها بالإرادة المنفردة لأحد الخاطبين، وبالتالي لا يمكن القول بإلزاميتها وهذا ما يؤكد تدخل خصوصيات قواعد القانون المدني في إعطاء الهامش الأكبر للإرادة المنفردة لطرفي الخطبة، وبعد أن تم تحديد الطبيعة القانونية للخطبة وإعطائها الوصف القانوني المناسب لها، وأنه يمكن التراجع عنها إما بتوافق إرادتي الخاطبين أو بالإرادة المنفردة لطرفي الخطبة، إلا أنه قد يصاحب هذا التراجع أفعال ضارة صادرة من العادل مما يوجب معه إنهاء الخطبة وبالموازاة لذلك المطالبة بالتعويض.

فعلى أي أساس يكون ذلك؟ يجب التمييز في هذا الصدد بين مجرد إنهاء الخطبة بالإرادة المنفردة وهي مسألة مشروعة لا تحتاج إلى تبرير لأنها من صميم النظام العام، وبين الأفعال والأقوال المصاحبة لذلك الإنهاء أو أنها سبقتها أو أتت بعده، والتي أحدثت ضرراً للطرف الآخر والتي تترتب عنها المسؤولية المدنية الموجبة للتعويض. وهل القول بالتعويض في هذه الحالة يمس بمبدأ الحرية في التعاقد وبالتالي تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة؟ وهل فرض التعويض يعد قيда لحق العدول؟ (الفرع الأول)

يجب التنبيه هنا إلى أن مجرد العدول لا يترتب التعويض وإنما يجب أن يكون هناك ضرر ناتج عن سوء نية أحد الطرفين في إنهاء الخطبة، وبالتالي نستبعد كون المسؤولية ناجمة عن مجرد العدول، إذ أن العدول حق لكلا الطرفين يمكن ممارسته دون قيد أو شرط وهذا ما يؤكد لنا مبدأ الحرية في الزواج، وبالتالي فإن المسؤولية هنا تكون

¹ عز الدين مرزا ناصر، المرجع السابق، ص. 219-220.

مسؤولية تقصيرية، ولكن على أي أساس نعتبرها كذلك هل على أساس مبدأ التعسف في إستعمال الحق أم على أساس الخطأ التقصيري أم على أساس آخر؟ (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تقييد مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة الخطبة

كل شخص يتمتع بالحق الطبيعي والمطلق للحرية ولا يجوز تقييد هذه الحرية بأي قيد إلا إذا كان نابعا عن رضا الشخص نفسه، فإرادة الشخص هي التي تضع القانون الذي يخضع له طرفي العلاقة وهي التي ترتب الإلتزامات بمقتضى نفس سلطانها ومشئيتها،¹ وأن فرض التعويض يتناقض مع الحرية التعاقدية ويجعلها ملزمة وبالتالي هل يبقى للإرادة من سلطان؟

كما أن الرضا لن يكون تاما إذا كانت إرادة كل من الطرفين مهددة بالتعويض في حالة العدول، ويعتبر بالتالي حكم مناقض لمبدأ الحرية في التعاقد تماما، إذ أن شبح الغرامات والتعويضات الناجمة عن صفة الإلزام يقيان في مخيلة الطرفين كلما أراد أحدهما العدول عن الخطبة، أو أراد فسخها دون موافقة الطرف الآخر مما ينقص حرية إختياره أو يعييبها،² هذا مبدأ وارد في القانون المدني يخص العدول عن الوعد بالتعاقد، فهل هو نفس الحكم الذي يطبق على الخطبة؟

أولا: الإرادة شرط لقيام الخطأ في المسؤولية المدنية

تعد فكرة الخطأ الركيزة الأساسية لقيام المسؤولية المدنية بصفة عامة، وحتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ وهو ما يثبت صفة الإلزام، والقانون لا يعتبر الشخص مخطأ إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذي الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك، وهو ما تنبأه المشرع الجزائري من خلال نص م 124 من ق.م، وهو الإنحراف عن المسلك المألوف للرجل العادي وهو يقترن بإدراك فاعله له.³ الأصل أن الخطأ يكون مفترضا في العدول بحد ذاته في مجال العقود، لكن يجب التفرقة بين العدول دون مقتضى أو دون مبرر وبين العدول الخاطئ، فلا يمكن مساءلة العادل عن مجرد العدول حتى وإن كان دون مبرر لأن منطق إستلزام مبرر العدول يجعل من الخطبة إرتباطا ملزما، وبالتالي فإنه يجب إثبات العدول الخاطئ ولكن

¹ عبد الرحمان عياد، أساس الإلتزام العقدي النظرية والتطبيقات، د.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1971 ص.05.

² محمد محدة، المرجع السابق، ص.46.

³ مبدأ قرره محكمة النقض الفرنسية لسنة 1871 أشار إليه: عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج1، المرجع السابق، ص.837.

لا يجوز إفتراضه بأي حال،¹ وبالتالي ليس هناك خطأ مفترض في جانب من يعدل عن الخطبة كما أنه ليست هناك مسؤولية تقوم على أساس العقد، فهل هناك مسؤولية تقوم على أساس الضرر وحد؟²

1- الخطأ المفترض في قيام المسؤولية العقدية

كما هو معلوم في القانون المدني أنه لقيام المسؤولية العقدية يفترض أن يكون هناك عقد صحيح ملزم واجب التنفيذ ولم يقم المدين بتنفيذه، وبما أننا توصلنا من خلال المطلب الأول إلى أن الخطبة ليست عقدا ولا يمكن بأي حال إعتبارها كذلك، كما أن الأخذ بالنظرية العقدية للخطبة تؤدي لإفتراض الخطأ من جانب من عدل عنها إستنادا إلى العقد الذي أبرمه، فمن يرون بأن الخطبة عقد يعتبرون التعويض واجب مطلقا جاعلين منها إتفاقا ملزما بإعتباره إلتزام كل من الطرفين إجراء التعاقد النهائي في الوقت المتفق عليه، ومن ثم يكون العدول في هذه الحالة موجبا للتعويض عن الضرر المادي والمعنوي، إلا إذا أثبت العادل سببا معقولا لعدوله حينئذ تنتفي عنه المسؤولية،³ أما بالنسبة للرأي الذي توصل إلى أن الخطبة عقد تمهيدي إلى أنها بالتالي تخضع للمسؤولية العقدية مادام أنهم وصفوها بالعقد وهو ما تم انتقاده فيما سبق.⁴

ومن التشريعات من حاولت التوفيق بين مبدأ حرية الزواج ومبدأ المسؤولية العقدية، فإعتبرت الخطبة من جهة عقد ولكنه لا يلزم الطرفين على إتمام الزواج، وبالتالي فإن العدول في هذه الحالة لا يوجب التعويض إلا إذا ثبت أن عدوله كان من غير مسوغ شرعي، فإنه في هذه الحالة يلزم بإتمام العقد أو التعويض عما أصاب الطرف الآخر من ضرر، إعمالا للمبادئ العامة للمسؤولية التعاقدية وإستنادا للعقد الذي كان بينهما، وذلك ما نحى

¹ مصطفى راتب حسن علي، أثر العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون، طنطا، مصر، 2016، المجلد ج4، ع31، ص.1890.

² أما بالنسبة للشرائع المسيحية فهي تذهب إلى اعتبار العدول غير المبرر من قبيل الخطأ الذي يستوجب الحكم بالتعويض للطرف المعدول عنه بغض النظر عن الضرر الذي أصابه، فهي تفرق بين العدول بمبرر وتلزم من يعدل بغير مبرر بالتعويض مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.57.

³ مصطفى راتب حسن علي، المرجع السابق، ص.1905.

⁴ عز الدين مرزا ناصر، المرجع السابق، ص.237.

إليه القانون الإيطالي،¹ والقانون الألماني،² والقانون السويسري،³ كما نجد فريقاً آخر من القائلين بأن الخطبة عقد لكن يرتبون عنها المسؤولية التقصيرية القائمة على أساس التعسف في استعمال الحق وليس المسؤولية العقدية. وهو ما أدى لتضارب وجهات نظر القائلين بأن الخطبة عقد حول من يعتبر الإخلال عنها تترتب عنه المسؤولية العقدية، وفي من اعتبرها تقوم على المسؤولية التقصيرية التي تجد أساسها في التعسف في استعمال الحق بالرغم من أنهم يعتبرونها عقداً، وأمثال ذلك نجد الفقيه الفرنسي جوسران الذي نادى إلى أن الخطبة عقد ملزم للجانبين، فإنه يرى بأنه إذا كان للطرفين الحق في العدول عن الخطبة تحقيقاً للحرية في الزواج فإن ذلك لا يعني أن هذا الحق مطلق، فإذا نتج عنه ضرر بناءً على تعسف لا مبرر له فإنها في هذه الحالة تعد صورة واضحة من صور التعسف في استعمال الحق، وهنا تكون المسؤولية حسب رأيه مسؤولية عقدية لقيسها على المسؤولية الناجمة عن الإخلال بعقد العمل محدد المدة والوكالة بأجر إذا أنهاها أحد الطرفين بعذر غير مقبول، وأيده في ذلك الفقيه الفرنسي سافاتييه والأكثر من ذلك أن هذا الأخير انتقد المحاكم التي تأخذ بالمسؤولية التقصيرية.⁴

إلا أن ذلك تناقض صارخ مع قواعد القانون المدني إذ أن المسؤولية التي تترتب على إساءة استعمال الحق لا تعتبر عقدية في كل الأحوال، وهذا أصل ثابت حتى ولو كان الحق الذي أسيء استعماله ناشئاً عن عقد،⁵ فقد تلاشت فكرة المسؤولية العقدية في العدول عن الخطبة عندما لم تجد من يساندها، وبالتالي نتوصل إلى أنه ليس هناك خطأ مفترض من جهة العدول، كما أنه ليست هناك مسؤولية قائمة على أساس العقد.

2- تراجع فكرة المسؤولية العقدية وقيام المسؤولية غير التعاقدية

تعتبر النظرية غير العقدية نتاجاً لتراجع المسؤولية العقدية حيث يرى أصحاب النظرية غير العقدية بأن الخطبة وعد بالزواج يكتسي صفة الواقعة القانونية البحتة المجردة تخضع لمجرد الإلتزام الأدبي، وبالتالي نفي صفة العقد عن الخطبة فإذا تم العدول عن هذا الوعد فإن هذا يعد خرقاً لإتفاق قانوني، ووفقوا ما بين مبدأ حرية التعاقد ومبدأ الإلتزام بعدم الإضرار بالآخرين وبالتالي تنطبق عليها القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، لكن لن

¹Art 81du Code civil italien, du 16/03/1942, n° 262, p. 23.

²Art 1353: « Le mariage est contracté pour la vie ; les époux ont un devoir réciproque de communauté conjugale et sont responsables l'un de l'autre.

Un époux n'est pas tenu de se conformer à la demande de l'autre époux de constituer la communauté si cette demande constitue un abus de ce droit ou si le mariage est irrémédiablement rompu». Code civil dans sa version promulguée, le 02/01/2002, p. 272.

³Art 02: « Toute personne doit agir de bonne foi dans l'exercice de ses droits et dans l'exécution de ses obligations ; l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ».

⁴ عز الدين مرزا ناصر، المرجع السابق، ص. 210.

⁵ عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص. 16.

تتحقق هذه الأخيرة إلا إذا تم نفي صفة العقد إذ أنه لا يكفي أن تجرد من صفة الإلزام وإعتبارها عقدا فهذا يتناقض مع القواعد العامة للقانون المدني.¹

وقد سار الفقه الفرنسي منذ القرن التاسع عشر على ذلك أي على أساس المسؤولية العقدية وعلى أن الخطبة عقد ملزم، حتى أخذ في التغيير خلال القرن العشرين لدرجة أنه اعتبر الخطبة عقدا باطلا من أساسه والتي تسمى بنظرية بطلان الوعد بالزواج، قبل أن يستقر على أن الخطبة وعد غير ملزم أو غير ذي فعالية وبالتالي إنكار الطابع الإلزامي عنه، وذلك تحقيقا لحرية الزواج وعدم تقييدها بأي قيد لتعلقها بالنظام العام، وبذلك توجهت المحاكم الفرنسية في العديد من قراراتها لذلك بحيث نجد في إحدى قراراتها قد اعتبرت الوعد بالزواج باطل لمساسه بمبدأ الحرية التعاقدية،² وفي قرار آخر إعتبر الوعد بالزواج باطل لمخالفته للنظام العام،³ وأن المسؤولية عن العدول إنما هي مسؤولية تقصيرية وليست مسؤولية عقدية،⁴ ولعل ما سيؤكد ذلك هو النقطة الموالية.

ثانيا: غياب دور الإرادة في إحداث الضرر في المسؤولية التقصيرية

إن الأعمال التي يأتيها الطرفان من خلال السعي إلى التعاقد يعتبرها البعض أنها تخرج من دائرة القانون كونها مجرد أعمال مادية، لا تشكل تعبيرا جازما عن الإرادة حتى تتحقق به مقومات التصرف القانوني المنشأ للإلتزام الإرادي، ولا تشكل في الوقت نفسه واقعة قانونية محددة يمكن أن تحقق خطأ يتخذ منه القانون مناطا للمساءلة التقصيرية وإنشاء إلتزام قانوني لا يستند إلى الإرادة،⁵ بينما نية الإضرار تفترض توجه الإرادة نحو إحداث ضرر غير مشروع،⁶ وبالتالي فإن هذه الأفعال الخارجة عن الإرادة تجد أساسها في القواعد العامة في الفقه الإسلامي، بحيث تعني أنه يكفي بمجرد وجود الضرر كأساس للحكم بالتعويض بصرف النظر عن الفعل الذي أدى إلى ذلك الضرر، إذ أنه بمجرد وجود الضرر تنشأ المسؤولية أو الضمان مما يقتضي وجوب التعويض عنه.⁷

¹ موحى أسدي اعمر، المرجع السابق، ص. 45.

² Civ. 30 mai 1838, Bouvier Juris Générale, mariage, n° 82, sirey 1838, 1, P.492.

³ قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية، في 1943/05/04، أشار إليه: خالد بنمومن، المرجع السابق، ص. 107.

⁴ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص. 30.

⁵ نجيت عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة للتعاقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، جوان 2015، ع14، ص. 81.

⁶ مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، د. ط، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص. 950.

⁷ وكان هذا نتيجة الإهتمام الشديد للفقه الإسلامي بالضرر أن جعله كأصل عام مناط الضمان من غير ضرورة لإقتترانه بوقوع الخطأ، فيكفي لتحمل الشخص للضمان في الفقه الإسلامي أن يؤدي فعله بذاته إلى إلحاق الأذى بغيره، مصطفى راتب حسن علي، المرجع السابق، ص. 1848-1872.

1- إنتفاء عنصر الخطأ وقيام المسؤولية الموضوعية

إذا كان التعويض هو جزاء المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية فإن هذه الأخيرة أحيانا تقوم دون الحاجة لفكرة الخطأ وذلك استنادا إلى الضرر وحده، إذ أنها تخرج عن نطاق المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي وبالتالي فإن الضرر في هذه الحالة هو أساس التعويض ومناطه، لكن في بعض الحالات لا يكفي الضرر وحده دائما لتبرير الحق في التعويض، فهل القول بذلك يجعل الضرر المعنوي مفترضا في هذه الحالة؟

ليس كل ما كان ضد المنفعة يعد ضررا إذ أن الفعل قد يكون نافعا وأن المصلحة المرجوة من ورائه مشروعة ومثاله العدول عن الخطبة، إذ أنه يتم ربط الضرر بالحقوق والمصالح المشروعة ويمكن تعريف الضرر حينها بأنه المساس بحق أو مصلحة مشروعة،¹ جاء في الفقرة الثالثة من نص م5 من ق.أ أنه: "... إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"، ما يلاحظ من خلال نص المادة أنه لا وجود لعنصر الخطأ فيها فقد اكتفى المشرع بذكر الضرر فقط، كما أنه لم يشر لموضوع التعسف وهو ما أثار اللبس والغموض مما يوحي بأن المسؤولية هنا مجردة من الخطأ أي أنها مسؤولية موضوعية.

إذا نظرنا إلى هذا المفهوم من زاوية الشريعة الإسلامية فإنه صائب إذ أن القواعد العامة في الفقه الإسلامي كما هو معلوم تكتفي بمجرد وجود الضرر كأساس للحكم بالتعويض، بصرف النظر عن الفعل الذي أدى إليه إذا ما كان عمدا أو خطأ، إذ أنه بمجرد وجود الضرر تنشأ المسؤولية أو الضمان مما يقتضي وجوب التعويض عنه وقد كان من شدة إهتمام الفقه الإسلامي بالضرر، والعمل على جبره أن جعله وحده كأصل عام مناط الضمان من غير ضرورة لأن يقترن بوقوع الخطأ، وبالتالي يكفي لأن يتحمل الشخص الضمان أن يؤدي فعله بذاته إلى إلحاق الأذى بغيره سواء مادي أو معنوي، أي أن أساس التعويض في هذه الحالة هو أساس موضوعي وهو ما يستقيم مع منطق النظرية الموضوعية كأساس للمسؤولية بحيث مجرد وقوع الضرر يوجب الحكم بالتعويض.²

نستنتج أن هذا التوجه صائب ولا ندرى سبب إنتقاد هذه الجزئية، فقد إقترح الأستاذ بن شويخ رشيد في هذا الصدد صياغة جديدة لنص المادة بحيث يتم من خلالها الإشارة إلى مسألة الخطأ، فإذا ما رجعنا إلى إيجابياتها فقد يكون الشخص المتضرر هو المتسبب في الضرر، أو أنه هو من دفع العادل من خلال أفعاله إلى العدول عن الخطبة، حيث لم يفرق المشرع حينها بين أن يكون الشخص المتضرر هو المتسبب في الضرر أو أنه

¹ بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الخلدونية الجزائرية، 2007، ص.24.

² مصطفى راتب حسن علي، المرجع السابق، ص.1782-1881.

هو من دفع العادل من خلال أفعاله إلى العدول عن الخطبة، أي أنه يمكن أن يعدل الطرفين إلا أن هذا العدول يكون ناتجاً عن فعل الطرف الآخر، وبالتالي يكون هو المتسبب في العدول وفي كل الحالات فهو مطالب بالتعويض لوجود الضرر، فهل ينتفي بالتالي في هذه الحالة المطالبة بالتعويض؟

2- العدول حق غير موجب للتعويض

وهو ما يعني أن للإرادة مطلق الحق في العدول وأن إلزام الخاطبين بالتعويض يعد تقييداً لحريتهم في العدول وإجباراً له على حياة لا يرتضيها، ومكتسب الحق لا يلزم بالتعويض وهو ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في أن العدول من المباحات العامة إستناداً لقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"¹، أي أن من يستعمل حقه لا يلزم بالتعويض، وبالتالي فإن العدول عن الخطبة في حد ذاته لا يترتب أي أثر من جهة الضمان لأنه حق لكلا الطرفين، فكيف يمكن تحميل العادل مسؤولية أمر مباح لأنه بعدوله إنما يستعمل حقه الشرعي كما أن العدول يمكن توقعه مسبقاً من كلا الطرفين في أية لحظة.

كما يمكن أن ينتج الضرر من تقصير الطرف المتضرر وبالتالي في هذه الحالة لا يمكن له المطالبة بالتعويض، فضلاً عن ذلك فإن القول بالتعويض يؤدي إلى إجبار الشخص على زواج لا يرتضيه، وهل يعقل كذلك أن يعطى للشخص الحق في العدول ومن جهة أخرى يتم مساءلته إذا ما استعمل هذا الحق، وبالتالي لا يمكن اعتبار العدول خطأ لأن ذلك من شأنه أن يكون قيداً لحرية الطرفين، فالعدول ما هو إلا ممارسة لذلك الحق والذي يمكن أن يتصف بالخطأ من عدمه هو الأفعال الملازمة له أو المستقلة عنه، ويمكن الحكم بالتعويض في هذه الحالة الأخيرة بناءً على أحكام المسؤولية التقصيرية، ولكن يبقى السؤال المطروح أنه: مادامت المسؤولية التقصيرية قائمة في هذه الحالة، فما هو الأساس القانوني للحكم بالتعويض في مرحلة الخطبة أي المرحلة السابقة على التعاقد؟

الفرع الثاني: تحديد أساس قيام المسؤولية التقصيرية في مرحلة الخطبة

توصلنا من خلال الفرع الأول إلى أن العدول في حد ذاته لا يمكن أن يشكل خطأ يوجب التعويض غير أنه إذا صاحب ذلك العدول أفعال مستقلة عنه سببت ضرراً للغير فحينئذ تقوم المسؤولية التقصيرية، لكن على أي أساس تقوم هذه المسؤولية هل باعتبار أن العدول حق وأن الخروج عن حدود ذلك الحق يؤدي إلى المسؤولية على أساس تطبيق مبدأ التعسف في استعمال الحق، (أولاً) أم أن هذه الأفعال المصاحبة للعدول تشكل

¹ م 91، القاعدة 90، أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مجلة الأحكام العدلية، ط 2، دار القلم، سوريا، دمشق، 1989 ص. 449.

خطأ تقصيرياً يتم بموجبه الحكم بالتعويض، (ثانياً) أم أن الانتقادات الموجهة لكلا من هذين المبدئين يدعونا لتبني مبدأً جديد شامل لمعايير التعسف من جهة والإضرار بالآخرين من جهة أخرى، كما أنه إلى جانب ذلك كله يجاوز كل هذه الأفعال إلى أن يتغلغل في نفس الشخص من اتجاه النية، إلى القيام بكل الأفعال الظاهرة التي يمكن اكتشافها من ملابسات العدول الناتجة عن سوء النية، والذي يتجسد من خلال الإخلال بمبدأ حسن النية (ثالثاً).

أولاً: العدول عن الخطبة تعسف في استعمال الحق

ندرس من خلاله مبدأ التعسف في استعمال الحق كأساس للتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، ويتم ذلك من خلال بحثه باعتباره حق أو رخصة، حيث يعد الحق هنا ميزة معينة يستأثر بها شخص معين تحوله القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة له يحميها القانون، أما الرخصة فهي إباحة عامة لكل شخص حرية القيام بما لا يجرمه القانون، كما تلتقي الرخصة بالحرية وهذا التمييز بين الحق والرخصة هو ما يضع مبدأ التعسف في استعمال الحق في موضعه الحقيقي.

1- ممارسة العدول خارج حدود الحق

هل يمكن القول بأن العدول حق حتى يساء إستعماله؟ يرى البعض من الفقه بأن العدول رخصة لكلا الخاطبين لا يجوز الإنحراف في إستعمالها عن السلوك المألوف للشخص العادي، ولأن الحق سلطة يثبتها القانون كميزة لصاحب ذلك الحق لتحقيق غاية مشروعة، وأن العدول عن الخطبة مقرر لكلا الخاطبين وبالتالي لا يعد أحدهما دائن والآخر مدين حتى نعتبرها حقاً، وإذا كان العدول بهذا المفهوم رخصة فلا وجود للتعسف لعدم وجود الحق أصلاً، ومعنى ذلك أنه مادام أن العدول هنا ليس حقاً وإنما رخصة ذلك أن الحق هو تلك السلطة الممنوحة لشخص على شخص آخر أو شيء، وليس للخاطب أو المخطوبة في هذه الحالة سلطة على الآخر وبالتالي لا يمكننا الحديث في هذه الحالة عن التعسف في استعمال الحق.¹

يظهر موقف المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثالثة من نص م05 سالف الذكر، حيث يرى الأستاذ بلحاج العربي من خلال تحليله لنص المادة أن الخطبة عمل مباح حتى لو كان لسبب غير ظاهر بل ولو لم يستند إلى أسباب معقولة، وذلك لأن المشرع لم يرتب على العدول في حد ذاته أي نوع من أنواع الإلتزامات أو التعويضات ولو طال مدة الخطبة، ويقصد بذلك أن ممارسة حق العدول في الحدود المقررة له لا يعد خطأ في

¹ عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص.30.

حد ذاته يرتب المسؤولية التقصيرية، فالتعويض كأصل عام لا يترتب قانوناً إلا عن فعل يشكل خطأ يلحق أضراراً مادية أو معنوية للطرف الآخر.¹

كما أنه من غير المنطقي أن يكون العدول حق لكلا الطرفين وعند إستعماله يوجب التعويض من طرف صاحبه فكأنه قد أقام الحكم ونقيضه في آن واحد،² فإنه لا يمكن بأي حال أن نصف العدول بأنه خاطئ لأن في ذلك قيد على ممارسة هذا الحق، وأن القول بالتعويض هنا ليس سببه الحق في العدول فممارسة الحق لا يترتب عنه تعويض، وإنما سببه الإساءة والتعسف في إستعمال هذا الحق بحيث أدى إلى الضرر أي توفر قصد الإضرار. وهو ما جاء في قرار لمحكمة التعقيب التونسية أن "الوعد بالزواج وإن كان غير ملزم بإتمامه لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة إستعماله، وهذه الأخيرة تكمن في المطالبة بجبر الضرر وفق قاعدة الجنبنة المدنية لا من الغرم الناتج عن عدم الوفاء بالإلتزام"،³ الواضح أن القضاء التونسي قد طبق قواعد المسؤولية التقصيرية بالإشارة إلى مسألة التعسف في العدول ضمن سياق القواعد العامة، أي أنه استند على المبدأ القائل بأن التعسف صورة من صور الخطأ وخروجاً عن الحق الموجب للمسؤولية التقصيرية، حيث يقول البعض بأن المعيار الشخصي هو ما نقل موضوع التعسف إلى نطاق الفعل الضار والمسؤولية التقصيرية، التي تركز على أساس التعدي بينما كان التعسف مستقل عن المسؤولية التقصيرية استقلالاً تاماً لعدم وجود الخطأ.⁴

وأن فكرة التعدي لم تعد تقتصر على الخروج عن حدود الحق في الشريعة الإسلامية، وإنما أصبحت تشمل كذلك فكرة عدم التبصر والإهمال وكذا الإساءة في إستعمال الحق، أي أن هذا الأخير كان نتيجة لتطور

¹ بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص.59. بلحاج العربي، الطبيعة القانونية للخطبة في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري الجديد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2007، ع1، ص.59.

² بن عומר محمد الصالح، تجسيد المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار 2014، المجلد2، ع2، ص.215.

³ محكمة التعقيب التونسية، 1959/03/03، ملف رقم 1566، مجلة القضاء والتشريع، ع6، 1959، ص.30، مقتبس عن: بن شويخ صارة، التعسف في إستعمال الحق وأثره على بعض قضايا الأسرة، دراسة مقارنة في قوانين الأسرة المغربية الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، 2021، المجلد 13، ع1، ص.382. وبوكاس سمية، مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، جامعة تلمسان، 2017 المجلد2، ع2، ص.339.

⁴ جميل فخرى محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1، دار حامد، عمان الأردن، 2009، ص.181.

فكرة التعدي وأصبح تقديره شخصي بعدما كان موضوعي يتمثل في الخروج عن حدود الحق،¹ بحيث يسري على إستعمال الحق ما يسري على كافة الحقوق من ضرورة إستعماله لأغراض مشروعة وعدم الإضرار بالآخرين.

2- ممارسة العدول خارج حدود الرخصة

أما فيما يخص الرأي القائل بأن العدول ليس حق وإنما رخصة حيث يقول الدريني بأن: "الحق الذي يتعسف في استعماله ليس إلا رخصة غير داخلية في نطاق الحق المدعى به"،² فقد تساهل بعض من أصحاب هذا الرأي ممن يعتبرون بأن العدول عن الخطبة رخصة، أنه لا يعد تعسفا في استعمال الحق حتى وإن كان بغير مبرر فلا يكون ثمة القول بأنه قد أسئ استعماله، إذ أنه لا يوجد سوى حرية عدم الموافقة على الزواج وهي من النظام العام ومن أنصاره بلانيول وريبير ورست،³ فالعدول عن الخطبة جوازي وذلك للدلالة على أن العدول عن الخطبة ليس حقا مطلقا يستعمله صاحبه كيفما شاء دون مساءلة، وإنما هو حق مقيد بالغاية التي وضع لأجلها وكأنها رخصة يسمح بإستعمالها في ظروف معينة، من باب الإباحة في الرجوع عن الخطبة إذا ظهر ما يمنع من المضي في إتمام إجراءات الزواج، وقد سبق القول بأن العدول حرية من الحريات العامة وبالتالي يخرج عن نطاق نظرية التعسف في إستعمال الحق.⁴

أما البعض فيرون بأن الحق يعد ثمرة الحرية والحرية هي الوعاء الذي ينشأ فيه مصطلح الحق، وتبقى نقطة الربط بينهما هي من الأسباب التي دعت بالفقه إلى الربط خلال تعريفه للحرية على أنها حق فيعبر حينها عن الحقوق بالحريات وعن الحريات بالحقوق، ونظرا للإرتباط الوثيق بين مصطلحي الحق والحرية إلى درجة عدم التمكن من الفصل بينهما أحيانا،⁵ كما يرى فريق آخر بأن التعسف في إستعمال الحق يمتد نطاقها ليس للحق بالمعنى الفني الدقيق وإنما يتجاوزه إلى الحريات والرخص العامة، وأنه ليس في جوهر فكرة الرخصة أو الحرية العامة ما يجعلها مستعصية على التعسف، فالقول بأن لا مسؤولية على الشخص الذي يمارس حرية من حرياته قول مختلف فيه لا يستند إلى دليل منطقي.⁶

¹ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.8.

² فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1977، ص.314.

³ عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص.47.

⁴ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.48.

⁵ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.4-28.

⁶ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2017-2018، ص.85.

ثانيا: العدول غير المبرر عن الخطبة خطأ تقصيري يوجب التعويض

يرى أصحاب هذا التوجه أن العدول عن الخطبة دون مبرر خطأ تقصيري إستنادا إلى أنه لا ينشئ عن إخلال بالتزام تعاقدي بيد أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر الخطبة عقدا، وبالتالي فإن وجه العدول غير المبرر هنا حسب رأيهم يعد عدولا طائشا لأنه يتوجب على الخاطب أو المخطوبة أن يكونا عالمين بما هما مقدمان عليه وأن يتحرى عن الطرف الآخر، وبالتالي فإن رضاه الأولي في مرحلة الخطبة ومن ثم عدل عن ذلك بلا مبرر إنما يعتبر عدول طائش لا يخلو من الضرر والذي تقوم على أساسه المسؤولية التقصيرية.

وقد قضت المحاكم الفرنسية بوجود المسؤولية عن العدول غير المبرر،¹ كما أن الفقه المصري يرى بأن العدول حق لا يترتب تعويضا إلا إذا اقترن بخطأ ألحق ضررا بالطرف الآخر فإنه في هذه الحالة تقوم المسؤولية التقصيرية، وهو ما نص عليه المشرع المغربي أيضا من خلال م07 من مدونة الأسرة على أن: "بمجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرر للآخر أمكن المتضرر المطالبة بالتعويض"،² وهذا توجه يعد صائبا نوعا ما، وهو نفس الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ السنهاوري حين قال بأنه: "إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخاطبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية".³

أما المشرع السوري نجاهه يعتبر العدول حقا خالصا لكلا من الطرفين وهو ما نصت عليه م03 من قانون الأحوال الشخصية بقولها: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة"،⁴ وما يفهم من هذه المادة أنه لم يقيد حق العدول عن الخطبة بأي شرط أو قيد بل الأكثر من ذلك أنه لم ينص على التعويض عن العدول، مما يدل على تأثيره بمبدأ عدم وجوب التعويض مطلقا.

ونلمح ذلك قضائيا حيث جاء في إحدى القرارات الصادرة عن محكمة النقض السورية بأنه: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة دون أن يكون للطرف الآخر الحق في المطالبة بالتعويض"،⁵ كذلك في قرار آخر صادر سنة 1971 قضت فيه بأن: "لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة ولا يلزم من

¹ Cf. Cass.Civ, 2, 17111, 2^{ème}, J.C. P, 22/2/1972, cité par : J. Carbonnier, op, cit, n°42 <http://www.legifrance.gouv.fr>.

² الظهير الشريف رقم 1-04-22 الصادر بتاريخ 3 فبراير سنة 2004، تنفيذاً للقانون رقم 03-70، بمثابة مدونة للأسرة ج.ر، ع5184، الصادرة بتاريخ 5 فبراير 2004، ص.451.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.837.

⁴ <http://www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=5547&cat=11333>

⁵ محكمة النقض السورية، الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 1960، مجلة القانون العام، لسنة 1961، ص.521.

يعدل عنها بأكثر من المهر"،¹ فيما يفهم من هذا القرار أن هناك إمكانية للتعويض ولكن لا بد أن يكون في حدود نصف المهر، ذلك أنهم اعتبروا العدول بمثابة فسخ للزواج قبل الدخول، أما في قرارات أخرى فإنه وبالرغم من أن القضاء السوري يعتبر العدول أمر مشروع قانوناً وقضائياً لا يوجب التعويض، كما أنه لا يرتب أي نوع من أنواع الإلزامات حتى وإن لم يستند لسبب معقول، إلا أنه إذا ادعى أحد الخاطبين وقوع الضرر له فإن ذلك لا يعتبر نتيجة عن فعل العدول في حد ذاته، لأن هذا الأخير حق خالص لهما والتعويض في هذه الحالة يخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ التقصيري.²

وبالتالي نخلص إلى أن العدول المجرد لا يمكن التعويض عنه حتى وإن حصل ضرر غير أنه إذا صاحب العدول أفعال مستقلة عنه وتنتج ضرراً للغير بسبب التقصير أو الإهمال أو الإخلال بواجب الحيلة، فهنا يجب التعويض بناءً على الخطأ التقصيري في العديد من القوانين المقارنة كما رأينا.

وفي الأخير نشير إلى أن الرأي القائل بأن العدول عن الخطبة لسبب غير مبرر يعتبر خطأً تقصيري قد انتقد، على أساس أن الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع أصلاً غير أن الفعل في التعسف مشروع من حيث الأصل، وبالرغم من أن العدول عن الخطبة حق مشروع في الأصل لكنه يمنع إذا تعسف صاحب الحق في استعماله وانحرف عن الغاية التي شرع من أجلها، وهو الآخر لم يسلم من النقد ممن يعتبرون بأن العدول رخصة وليس حقاً، حيث يقول في هذا الصدد شمس الدين الوكيل: "أنه حتى ننسب لشخص ما تعسفاً يجب أن نبحت على أساس آخر غير الخطأ"،³ في نفس السياق يرى الأستاذ الدريني أن فيصل التفرقة بين الفعل التعسفي والفعل الضار في المسؤولية التقصيرية، أن الفعل التعسفي يشترط فيه أن يكون ما أدى إليه ضرر فاحش أو راجحاً لتثور المسؤولية التعسفية، لأن الفعل التعسفي في أساسه مشروع بخلاف الفعل الضار في أصله غير جائز فإن الضرر هو علة التضمن ولو كان يسيراً.⁴

¹ محكمة النقض السورية، الصادر بتاريخ 27 ماي 1971، عن الغرفة الشرعية، رقم 135.

² مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص. 36.

³ شمس الدين الوكيل، دروس في القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1966، ص. 255.

⁴ فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ط4، منشورات جامعة دمشق، 1996-1997، ص. 213.

ثالثاً: الإخلال بمبدأ حسن النية كأساس للمسؤولية التقصيرية في مرحلة ما قبل التعاقد

رأينا فيما سبق بأن مبدأ حسن النية¹ يلعب دوراً أساسياً في مرحلة الخطبة بإعتبارها مرحلة تمهيدية لعقد الزواج يلتزم فيها الخاطبين بإعلام وتبصير الطرف الآخر بوجود أي عيوب تحول دون إبرام عقد الزواج، وعدم الخديعة والغش ما يؤدي إلى إنهاء الخطبة وبالتوازي لذلك المطالبة بالتعويض، فالتعويض الناجم عن سوء النية مؤسس على الترك التعسفي للمفاوضات لا الضرر المرتبط بضياغ المصالح المالية المرتبطة بالعقد الذي لم يبرم، وهو ما جاء في نص م 1104 من ق.م.ف الجديد لسنة 2016، والتي حلت محل م 3/1134 من ق.م.ف لسنة 1804 والتي كانت تخص وجوب تنفيذ العقد بحسن النية.

وأصبح هذا المبدأ يشمل كل مراحل تكوين العقد بداية بمرحلة التفاوض مروراً بمرحلة الإبرام وصولاً لمرحلة التنفيذ، وبالتالي يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية، ويعتبر هذا النص القانوني ملزم وبالتالي يمس بالنظام العام لا يمكن مخالفته أو الإتفاق على ما يخالفه، حيث جاء في م 1104 من ق.م.ف ما نصه: "يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية يعتبر هذا الحكم من النظام العام"،² وهو ما أكدته م 1112 بقولها: "يعد جائزاً كل من الدعوة إلى التفاوض قبل التعاقد ومباشرة وقطعه مع مراعاة مقتضيات حسن النية".³

في القواعد العامة للقانون المدني يلجأ أطراف العلاقة التعاقدية ضمن مرحلة ما قبل التعاقد لمتابعة المفاوضات بجدية ووفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية، هذا المبدأ يلعب دور المحرك في العلاقة التعاقدية لذلك فالنية الحسنة يجب أن تكون مفترضة لدى كل متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك، وهو ما جاء في الفقرة الثالثة من نص م 824 من ق.م.ج بأنه: "يفترض حسن النية دائماً حتى يقوم الدليل على العكس"، كما جاء في الفقرة الأولى من نفس المادة أنه: "يفترض حسن النية لمن يحوز حقاً وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا

¹ تعد الشريعة الإسلامية الأصل الذي انبثق منه مبدأ حسن النية فإننا نجد أوامر الله تعالى للناس أجمعين بإتيان العدل والإحسان وتجنب الغش والخديعة في قوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ"، سورة النحل، الآية 90. ولا يتحقق ذلك في مجال العقود إلا من خلال الوفاء بالعهود، لقوله تعالى: "وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً"، سورة الإسراء، الآية 34. وقوله تعالى: "وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا"، سورة البقرة، الآية 177. وتجدر الإشارة إلى أن هذه الآيات الكريمات جاءت شاملة لجميع المعاملات المالية وغير المالية، وبالتالي فإن مبدأ حسن النية يعد من أسس المبادئ الأخلاقية والذي إرتقت به التشريعات الوضعية الحديثة لقاعدة قانونية.

² Art 1104 : « contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ».

³ Art 1112 : « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libre, Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ».

إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم"، بالرغم من أن الإخلال بمبدأ حسن النية يعد خطأ إرادي يفوق الخطأ الجسيم.

أما في قانون الأسرة فإنه يلتزم طرفي الخطبة بضرورة التحلي بحسن النية المبنية على الصدق والثقة والأمانة والأخلاق والتعاون في التهيئة والإعداد لإبرام عقد الزواج، وما يقتضيه من الإستمرار في الخطبة وعدم العدول عنها بشكل مفاجئ وغير مبرر، تشبه هذه الحالة الإثراء بلا سبب الذي يكون مؤداه رد المزايا المتحصل عليها في مرحلة التفاوض على العقد في القانون المدني الفرنسي، حيث يترتب عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام حتى وإن كان خطأ غير إرادي تعويض بناءً على أساس المسؤولية التقصيرية، الخطأ عند تكوين العقد في القانون الألماني ومبدأ الأستوبيل Estoppel في القانون الإنجليزي، وهذا المبدأ يعمل على حماية الثقة المشروعة في المرحلة السابقة على التعاقد، وعلى أساس التدليس في قانون Comman law، وبالتالي فإننا بالرجوع إلى هذه الأخيرة فإنها تعتبر نظرية التدليس بمثابة الأساس الثالث للمسؤولية السابقة على التعاقد،¹ فإن الأسلم هو ترتيب المسؤولية وإقامتها على أساس الخطأ غير المفترض لمخالفة مبدأ حسن النية.²

والسؤال الذي يبقى مطروحا ما دام أن هناك إختلاف بين الفقه في أساس التعويض، وبما أن المشرع الجزائري لم يبين سبب حدوث الضرر الموجب للتعويض في مرحلة الخطبة، فهل يعتبر ناجما عن مجرد العدول كما يظهر من سياق نص م05 من ق.أ أم أنه ناجم عن تدليس³ أحد الطرفين؟

يفهم من نص م05 أن لكل من الطرفين العدول عن الخطبة إستنادا لمبدأ الحرية في الزواج، أي أنه يجوز لأي طرف في أي لحظة أن يرجع عن وعده، إلا أنه من جهة أخرى يترتب التعويض إذا ما أدى ذلك العدول لضرر مادي أو معنوي أي ترتيب المسؤولية التقصيرية عن مجرد العدول، ومن خلال التحليل يتبين بأن المشرع يعتبر التعويض في هذه الحالة قيدا لمبدأ الحرية في الزواج، وهو الرأي الذي سبق انتقاده إذ أن العدول أمر يمكن توقعه من كلا الطرفين كما أن الضرر المعنوي مفترض في هذه الحالة.

وما يلاحظ كذلك من نص المادة أن المشرع حاول الجمع بين من يرى بأن العدول عن الخطبة تعسف في إستعمال الحق وبين من يراه خطأ تقصيري، ما أدى به للوقوع في تناقض إذ أن الرأي الثاني هو الآخر قد تعرض للنقد على أساس أن الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع في الأصل، أما الفعل في التعسف فهو

¹ بنحيت عيسى، المرجع السابق، ص.87.

² مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج2، المرجع السابق، ص.323.

³ التدليس هو التغيرير في الشريعة الإسلامية والقاعدة كما هو مقرر في الفقه الحنفي أن التغيرير يوجب الضمان.

مشروع في الأصل وأن العدول عن الخطبة هو حق مشروع في الأصل لكنه يمنع إستعماله بغير مبرر مشروع والإنحراف عن الغاية التي شرع لأجلها، أما النية السيئة فإنها لا تتجسد دائما في عمل يتخذ سمة عدم المشروعية فسلوك الشخص لا يشترط أن ينطوي على طرق إحتيالية، فقد يكون العمل مشروعاً في الظاهر وأن التعسف في إستعمال الحق يعد مظهراً من مظاهر سوء النية.¹

وبما أن العدول عن الخطبة حق مشروع في الأصل وأن التعسف في إستعمال ذلك الحق لا يرتب التعويض إلا إذا صاحبه ضرر مادي أو معنوي حتى وإن لم يكن الطرف العادل يقصد الإضرار بالغير، فإنه من الخطأ إدراجه ضمن المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في م124 من ق.م كون هذه الأخيرة تقوم على فعل غير مشروع والعدول عن الخطبة فعل مشروع ومباح قانوناً وشرعاً.

وبالتالي يجب إما تعديل نص المادة 5 من ق.أ بما يتناسب مع هذا الطرح، كما هو منصوص عليه في القانون المغربي بأن الوعد غير ملزم وأنه يجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ولكن ليس بهذا المفهوم المطلق، إذ أن هذا الاعتقاد خاطئ هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن التعسف في استعمال الحق يقوم من وجهة نظر المشرع الجزائري إذا كان هناك قصد الإضرار بالغير أي توافر سوء النية وفق م124 مكرر/1 من ق.م فإنه من وجهة نظرنا أنه أخطأ في صياغة هذه الفقرة، وبالتالي يمكن إضافة إلى نص المادة معيار آخر يتمثل في عدم القصد "إذا ترتب عنه ضرر أصاب الغير".

وإنما أن يغير موقع المادة بما يتناسب مع مفهومها فوجودها في هذا الموضع يأخذنا للاعتقاد بأن التعسف في استعمال الحق من قبيل المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ التقصيري، بحيث نجده في نص م124 ق.م لم يقل بنية الإضرار مع أنه كان يجب عليه أن يبينها، كون المسؤولية التقصيرية تقوم أساساً على فعل غير مشروع وجاء فيها ما نصه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"، وكذلك عندما نرجع إلى م3/05 من ق.أ نجد ما نصه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"، فإن المشرع الجزائري لم يقل بنية المتسبب في الضرر ويفهم من نص المادتين أن العدول إذا تم دون قصد الإضرار بالغير، ومع ذلك يوجب التعويض لمجرد ترتب الضرر حتى وإن كان العدول بحسن نية أو أنه لم يقصد الإضرار بالطرف الآخر.

¹ علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، ط 2، دار موفم، الجزائر، 2005، ص.600.

وبالتالي هذا الطرح هو ما أخذنا للإعتقاد بأن التعويض سببه العدول، بناءً على ذلك يمكن أن نقترح إضافة العبارة التالية لنص م3/05: "ولا يعتد بنية المتسبب في الضرر"، وبالتالي تصبح الصياغة كما يلي: "إذا ثبت إضرار أحد الطرفين بالآخر سواء كان الضرر مادي أو معنوي جاز الحكم بالتعويض، على أن يثبت المتضرر سوء نية الطرف الآخر" وإخراجها من دائرة المسؤولية التقصيرية، أو أنه يمكن إدراجها ضمن المسؤولية التقصيرية ولكن ليس بمفهوم التعسف في استعمال الحق، وإنما على أساس الخطأ لتقصيري المنصوص عليه في م124 مثلما فعل المشرع المغربي أي التعويض يكون نتيجة للأفعال المصاحبة للعدول والمستقلة عنه.

نخلص من خلال إنتقاد نص م124 من ق.م.أ.م.م أنها لم تورد عبارة "لا يشترط قصد الإضرار" على خلاف المشرع المغربي الذي نص في المادة 78 من ق.إ.ع. على أن: "الخطأ هو ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه وذلك من غير قصد لإحداث الضرر"،¹ وكذا مجلة الالتزامات والعقود التونسي في الباب الثالث الفصل 83 من خلال تعريفه للخطأ بأنه: "ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر"² ونفس الصياغة جاءت بها م98 من ق.م.مصري.³

هذا بالنسبة للقانون المدني أما فيما يتعلق بقانون الأسرة فإنه أمام الإنتقادات الموجهة لكلا من مبدأ التعسف في استعمال الحق ومبدأ الخطأ التقصيري، يدعونا لتبني مبدأ جديد شامل لمعايير التعسف من جهة والإضرار بالآخرين من جهة أخرى، كما أنه إلى جانب ذلك يجاوز كل هذه الأفعال إلى أن يتغلغل في نفس الشخص ونيته في القيام بكل الأفعال الظاهرة التي يمكن اكتشافها من ملابسات العدول، ونتيجة عن سوء النية والذي يتجسد من خلال الإخلال بمبدأ حسن النية.

مما يحتم على القاضي اللجوء إلى المعيار الموضوعي من خلال البحث عن وقائع ومؤشرات تقصي المظاهر والقرائن التي تسمح بإستخلاص الوصف المناسب للنية السيئة أو الحسنة، فإذا ثبت سوء النية تعين على القاضي توقيع الجزاء المقرر على الإخلال بمبدأ حسن النية، لكن لا يمكنه ذلك إلا إذا ثبت له نوع الإخلال بهذا المبدأ⁴

¹ قانون الالتزامات والعقود المغربي، المؤرخ في 12 أوت 1913 الصادر بتاريخ 22 سبتمبر 2011 منشور على موقع <http://adala.justice.gov.ma>

² مجلة الالتزامات والعقود التونسي، القانون ع87، لسنة 2005، المؤرخ في 15/08/2005، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع68، 26/08/2005، ص.17.

³ الأمر رقم 89-126، الصادر بتاريخ 14/09/1989، المتضمن ق.إ.ع. المصري، مذكور سابقا.

⁴ لعجال مداني، مبدأ حسن النية وجزاء الإخلال به في القانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة الأغواط 2022، المجلد6، ع2، ص.190.

وفي هذه الحالة يمنح للقاضي السلطة التقديرية لاستخلاص تحقق حسن النية أو سوءها، من خلال تقصي وقائع الحالة من حيث مدى مشروعية المصالح المحققة أو الأضرار التي تصيب مصالح الأطراف المتعاضدة.¹ وما يدعونا لتبني أساس ثالث للمسؤولية التقصيرية قبل التعاقدية قائم على الإخلال بمبدأ حسن النية هو أن إعمال مبدأ التعسف في استعمال الحق في المرحلة السابقة على التعاقد محل خلاف بين الفقهاء، بحيث تثور الإشكالية كما رأينا حول إمكانية إعمال هذا المبدأ ونحن بصدد ممارسة حرية التعاقد أو عدم التعاقد وحول إمكانية اعتبار العدول تعسفا لإتجاهين:

إتجاه يرى بأن العدول حق والآخر يراه بأنه رخصة والرأيين لم يسلموا من النقد، كون الإتجاه الأول من جهة يعتبر العدول حق ومن جهة يسائل العادل إذا ما إستعمل ذلك الحق، والإتجاه الثاني يرى بأنه ما دام أن العدول رخصة وليس حقا فلا مجال لإعمال مبدأ التعسف في استعمال الحق، وبالتالي يعطي الحرية المطلقة للشخص في العدول تحقيقا لمبدأ الحرية في التعاقد، وهذا كذلك لا يجوز من الناحية القانونية حيث أنه يؤدي إلى ضياع مصالح الأشخاص، كما أن مبدأ حسن النية مفهوم واسع ومرن يستوعب جميع معايير التعسف التي حددها المشرع الجزائري بموجب م124 مكرر من ق.م،² كما أنه يمكننا من إضافة عنصر "عدم توافر قصد الإضرار بالطرف الآخر" كما رأينا، إذا نخلص لنتيجة مفادها أن التعويض عن الضرر المعنوي المفترض في العدول عن الخطبة يكون على أساس تطبيق نظرية الإخلال بمبدأ حسن النية، وليس التعسف في استعمال الحق لانعدام قصد الإضرار.

¹ زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.61.

² معايير التعسف في استعمال الحق: يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير: كأن يكون بقصد تشويه سمعة أو أن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل أو الدراسة، أو أن تطلب المخطوبة من الخاطب نقل وظيفته إلى محل إقامتها وتكون لديه الرغبة الكامنة في إنهاء الخطبة أو العدول عنها.
- إذا وقع ضرر للغير ولم يقصد المتسبب في ذلك ضرر: كأن يسافر الخاطب إلى بلد أجنبي ابتغاء العلم ومكث عدة سنوات ترتب عن ذلك أن تزوج في المهجر وفسخ الخطبة الأولى، ولم يكن قد صدر منه أفعال ضارة قصد من خلالها الإضرار بالمخطوبة.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير: أي معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعاضدة.
- إذا كان العدول من أحد الطرفين تحقيقا لمصالح خاصة لكن هذه المصالح يترتب عنها مفساد وأضرار تلحق بسمعة وشرف وكرامة الطرف الآخر، أشد ضررا وأعظم خطرا من المصلحة المراد تحقيقها ودفع الضرر أولى من جلب المصلحة، عملا بالقاعدة الشرعية "درء المفساد أولى من جلب المصالح"

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة: كأن يعدل أحدهما عن الزواج بناء على إغراءات من شخص آخر بالمال أو الجاه أو غيرها فيفضل الطرف الآخر بناء على ذلك فهذا يكون مناقضا لمقاصد الشرع من مشروعية العدول عن الخطبة

وفي النهاية نقول أن حالات التراجع عن الخطبة المتمثلة في: مجرد نية الإضرار بالطرف الآخر، إطالة أمد الخطبة دون وجود نية حقيقية في التعاقد، إستعمال الخديعة والغش والكذب مما يؤدي إلى تعيب الرضا كلها أخطاء لن يستوعبها لا مبدأ التعسف في إستعمال الحق ولا إقامة المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ التقصيري. ما دعانا إلى تفعيل المسؤولية التقصيرية في الرجوع عن الخطبة على أساس الإخلال بمبدأ حسن النية، فإن هذا الأخير يمكن أن ينطوي تحته عدم الإضرار بالغير وعدم التعسف في إستعمال الحق،¹ فالخطأ هنا يعد إخلالا بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الإخلال بمبدأ حسن النية الذي يمثل الخطأ بالمعنى الفني الدقيق وبالتالي نعتبره ركنا للمسؤولية التقصيرية،² وأن المسؤولية التي تترتب عن الإخلال بمبدأ حسن النية لا تكون إلا تقصيرية قبل التعاقدية في القانون المدني تحكمها القاعدة العامة الواردة في نص م 124 من ق.م والمتضمنة قواعد المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي.

أخيرا ومن خلال ما تم التوصل إليه في هذا المبحث نقترح إعادة صياغة م 5 لتصبح على النحو التالي:

" الخطبة إتفاق تمهيدي بين الخاطب والمخطوبة على إبرام عقد زواج في المستقبل.

يجوز لأحد الطرفين أو كلاهما التراجع عنه.

غير أنه إذا تبين للقاضي إضرار أحد الطرفين بالآخر سواء أكان ذلك الضرر مادي أو معنوي جاز الحكم للطرف المتضرر بالتعويض.

على أن يثبت المتضرر سوء نية الطرف الآخر، وللقاضي تقدير قيمة التعويض التي يراها مناسبة لذلك".

المبحث الثاني: خصوصية مبدأ سلطان الإرادة أثناء مرحلة انعقاد الرابطة الزوجية

الزواج ذلك النظام الكوني المنظم في آيات محكمات التنزيل فطر الله به مخلوقاته وكرم بني آدم عن سائر المخلوقات الأخرى واختاره خلافة الله في الأرض، لقوله تعالى: "إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا"³، وتم ضبط هذه العلاقة بأحكام حتى لا تكون مجرد شهوة حيوانية وصراع دائم مع الغريزة تحت مسمى الزواج وقد وصفه الله تعالى بالميثاق الغليظ الذي توثق به القلوب، وبناءً على ذلك عرفته م 04 من مدونة الأسرة المغربية بأنه ميثاق تراض

¹ لعجال مداني، المرجع السابق، ص. 188-190.

² عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص. 48.

³ سورة الأحزاب، الآية. 72.

وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام،¹ وهناك من عرف الزواج بالنظر لحقيقة العقد وهناك من عرفه بالنظر لمقاصده، فقد جاءت تعريفات عديدة للزواج من بينها نجد تعريف أبو زهرة بأنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة، ويحد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات".²

وكما جاء "الزواج" بهذا اللفظ في القرآن الكريم في عدة مواضع أطلق عليه لفظ "النكاح" في آيات أخرى، وهو ما نلاحظه من خلال قانون الأسرة الجزائري فقد ذكر المشرع لفظ الزواج في بعض المواضع واستعمل مصطلح النكاح بالنسبة للنكاح الباطل والنكاح الفاسد وبالتالي فإن مدلولها الفقهي والقانوني واحد،³ ورغم اتفاق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الزواج عقد إلا أنهم اختلفوا فيما يخص النكاح في اعتباره يتحقق بالدخول أي تحقق الوطاء فقط أي أن الزواج يتحقق بالعقد والنكاح يتحقق بالوطء،⁴ فالنكاح حقيقة يطلق على العقد ويستعمل مجازاً في الوطاء وهو الراجح عند الشافعية⁵ والمالكية⁶ فيما اختلف عليه الحنفية⁷ والحنابلة⁸ غير أن الإشكال لا يكمن في التسمية في حد ذاتها، وإنما يكمن في المصطلح القانوني هل نعتبره عقداً أو مؤسسة وبالتالي نخضعه للقواعد العامة للقانون المدني المطبقة على نظرية العقد؟

ففي الفقه الحديث قد تضاربت مفاهيم الزواج بين من يعتبره عقداً ومن يعتبره نظاماً أو مؤسسة، فبعد أن كانت نظرية سلطان الإرادة تعني أن الالتزامات الزوجية تخضع لتوافق إرادة الزوجين وهو ما يتوافق مع المحتوى

¹ مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، ج.ر، ع5184، بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 الموافق ل 5 فبراير 2004، وزارة العدل والحريات، مديرية التشريع، صيغة مخينة بتاريخ 25 يناير 2016، ص.10.

² محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.44.

³ محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، د.ط، دار الوعي الجزائر، 2013، ص.26 وما يليها.

⁴ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، كتاب النكاح، قسم الصدقات رقم 22 ط1، ج3، دار المعرفة، بيروت، لبنان 1697، ص.165. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط2 دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص.07.

⁵ مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص.7.

⁶ الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج1، المرجع السابق، ص.491.

⁷ الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، كتاب النكاح، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 2002، ص.176.

⁸ منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأفتاء، تحقيق محمد أمين الصناوي، ج4، د.ط، عالم الكتب بيروت، لبنان، د.س، ص.5.

التعاقدى للزواج، يرى امانويل كانط أن المحتوى التعاقدى المميز للزواج يجعل الإلتزامات الزوجية خاضعة لتوافق الإرادتين وهو ما يتلاءم مع مبدأ سلطان الإرادة الذي ينسب إليه،¹ وبالرغم من وجود بعض الشروط المقيدة لهذه الإرادة في حين يتم تقييد هذه الإرادة مطلقا بالنسبة لآثاره، بحيث أصبحت هذه الإرادة أكثر تقييدا في بعض الحالات بقيود النظام العام ومبدأ الشكلية، وهذه الاختلافات في المفاهيم كانت نتيجة لإدراج الاشتراطات المالية في الميدان الأسري والإتفاق عليها، وبناءً على ذلك فإن هناك من أصبح يعتبر الزواج عقدا في تكوينه ومن ثم يصبح مؤسسة، ومرجع ذلك الإلتزامات المالية التي تنشأ بين الطرفين بحيث تأخذ نظام المؤسسة للاشتراك الواقع على الأموال.²

وبالتالي ومن خلال ما تقدم لنا أن نتساءل ما هي الطبيعة القانونية للرابطة الزوجية؟ لعنا نتوصل للتكييف الصحيح للزواج وفيما تكمن تأثير نظريات القانون المدني من جهة إذا ما تم اعتباره عقدا، ومن جهة ثانية إذا ما تم اعتباره مؤسسة قانونية تنشأ بموجب عقد؟

المطلب الأول: دور الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية للرابطة الزوجية

إن الجدل القائم حول الطبيعة القانونية للرابطة الزوجية يقوم أساسا على ماهية الزواج وأن التساهل في ضبط شروط الزواج كان له الأثر البالغ في تعديل مفهومه، فقد اختلفت الطبيعة القانونية للزواج بين اعتباره عقدا أو نظاما شرعيا أو مؤسسة فهل يعتبر الزواج عقدا كسائر العقود المدنية الأخرى؟ أم أنه عقد شرعي ذو طبيعة خاصة؟ فإذا سلمنا بأن الزواج عقد كسائر العقود الأخرى وإذا ما نظرنا إلى العقد بمفهومه المدني، فإنه يحكمه بشكل أساسي مبدأ سلطان الإرادة فلنا في هذه الحالة أن نتساءل عن مدى إخضاعه لهذا المبدأ، إذا كانت الرؤية التعاقدية للزواج تعني أن للأطراف الإرادة الحرة في الاختيار والاتفاق في مرحلة تكوين العقد.

فالفهم التعاقدى يجعل الإلتزامات بين الزوجين خاضعة لإرادتهما، أم أن الزواج ذو طبيعة خاصة يحكمه عقد خاص وعلاقة شخصية مبنية على الإرادة الحرة لطرفيه، وباعتباره من التصرفات القانونية يرى أنصار مبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة الحرة هي وحدها القادرة على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات القانونية، وهي السلطان الأكبر في تكوين العقد وترتيب آثاره وهي وحدها القادرة على إنهائه، وهي وحدها مصدر الإلتزام وهدف القانون وهي كذلك في جميع التصرفات القانونية حتى وإن كانت غير تعاقدية، مادامت تلتزم في ذلك

¹ عبد الرحمان عباد، المرجع السابق، ص. 05.

² خدام هجيرة، المرجع السابق، ص. 358.

حدود النظام العام والآداب،¹ فهل أن التكييف القانوني للزواج حينئذ يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين؟ وبما أن مفهوم العقد يتعارض مع مفهوم المؤسسة، فكيف يمكن العمل على التوفيق بينهما باعتبار أن المؤسسة هي الأخرى تنشأ عن عقد؟

الفرع الأول: الرؤية التعاقدية للزواج المبنية على حرية الإرادة

في هذا الفرع سيتم التطرق للزواج كعقد إنطلاقاً من مبدأي الرضائية والعقد شريعة المتعاقدين، فالرؤية التعاقدية للزواج تعني أن لإرادة الطرفين الحرية في تكوين العقد وترتيب آثاره، ليصبح قانونهما وشريعتهما وفقاً لنظرية سلطان الإرادة وهي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، هي الرؤية البرالية التي شهدها القانون المدني الفرنسي ونص في مادته 1134 أن الاتفاقات التي تتم على الوجه الشرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها،² وهذه الرؤية التي فتحت المجال لإرادة الزوجين المشتركة في تحديد التزاماتهما الزوجية، واختيار نوع الروابط الأسرية والأدوار الاجتماعية والجنسية،³ وهو ما أدى للمساس بالطابع الديني للزواج وخروجه عن الثابت الدينية مما جعل القانون يتساهل في قبول عقود الزواج المبرمة خارج الأطر القانونية.

وطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة فإن للزوجين الحرية في إنشاء الحقوق والالتزامات العقدية للزواج، وهو ما يؤكد الرؤية التعاقدية لمثل هذا التصرف القانوني، غير أن الانتقادات الموجهة للرؤية التعاقدية والمبدأ الذي جاءت به نص المادة 1134، أن الآثار القانونية التي تنشأ عن العقد بمفهومه المدني يقوم الأطراف بتحديدتها وترتيب آثارها، فالقاعد العامة في القانون المدني هي أن العقد شريعة المتعاقدين على عكس الآثار القانونية التي تنتج عن

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.141.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوي، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص.96، يقول دوما Domat أنه: "إذا تم الإتفاق فإن كل ما تم اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقده وهي عبارة صاغ منها التشريع الفرنسي قاعدة قانونية ضمن نص م1134، والتي تنص على أن الإتفاق إذا تم شرعاً يقوم مقام القانون لمن تعاقده:

"Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites "

³ الرؤية التعاقدية للزواج هي نظرة الشريعة الإسلامية مصداقاً لقوله تعالى: "وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ"، سورة البقرة، الآية 235، وما جاء به القانون المدني في نظرية العقد من حيث تكوينه وترتيب آثاره، وهو ما يعني أن الزواج يخضع لجميع أحكام العقود بداية من تكوينه إلى إلغائه، وهذه النظرة ما دعت بعض الفقهاء الغربيين إلى وصف الزواج بأنه عقد بيع بحيث يرى بأن الزوج يمتلك زوجته ملكية تامة أشبه بامتلاك الأشياء، وأن الصداق هو ثمن ذلك البيع. راجع:

D. Tchouar, Réflexion sur les questions épineuses de code Algérien de la famille, OPU Alger, 2004, p.12.

الزواج، إذ يكون للقانون السلطة في تحديد آثاره تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة، وما يبقى على أطراف العلاقة إما القبول بها وإتمام الزواج وإما رفضها.¹

كما أن من سلبيات الرؤية التعاقدية تكمن في أن هذه الأخيرة تفرض على الزوجين تبادل التعهدات والتفاوض بشأن الشروط والالتزامات الزوجية اللاحقة لعقد الزواج، أو الإعفاء منها بحسب الاتفاق مما يجعل العلاقات الخارجة عن إطار الزواج مباحة،² وهو ما لا يتوافق مع الزواج الشرعي الذي لا يمكن إعادة التفاوض بشأنه، ما أدى بالبعض إلى اقتراح إضافة عبارة "...ويجب أن لا يمس الاتفاق بين الزوجين النظام العام والآداب" إلى نص م 04 من ق. أ حتى يصبح هناك توافق بين الزواج المدني والزواج الديني، حيث نلاحظ من خلالها أن موقف المشرع الجزائري جاء متوافقا مع الرؤية التعاقدية للزواج بحيث وصف الزواج من خلال هذه المادة وفي مواد أخرى لاحقة كذلك بأنه عقد.³

أولا: الزواج بين المفهوم الديني والمدني

1- فكرة الزواج الديني:

كانت هذه الفكرة نابعة من الشرائع المسيحية ومفادها أن الزواج لا ينعقد إلا تحت إشراف رجال الدين حتى يتم الاعتراف به وترتيب آثاره وما كان خارجا عن هذا الإطار كان غير معترف به،⁴ وكان ذلك نتيجة سعيهم لحماية مبدأ سلطان الإرادة استنادا للعامل الديني وتأثير المبادئ الدينية، ومفاد ذلك الانتقال من فكرة العقوبة لفكرة الالتزام فأصبح للاتفاق دعوى تحميه ويمكن طلب تنفيذه أمام المحاكم الكنسية.⁵

وفقا لهذا هل يمكن اعتبار الزواج العربي في القانون الجزائري زواج ديني صرف؟ الزواج العربي هو زواج شرعي توافرت فيه جميع أركان وشروط الإنعقاد والصحة والنفاد وال لزوم، كل ما هناك أنه تخلف فيه الشرط القانوني الخاص بتوثيق عقد الزواج أي أنه غير مسجل من الناحية المدنية، فهو زواج صحيح إذا ما استوفى شروطه

¹ محمد كمال الدين امام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت لبنان، 1996 ص.61.

² إليزابيث بريك، الزواج والشراكة الزوجية، موسوعة ستانفورد للفلسفة، ترجمة علي الحارس، مجلة حكمة، 2019، ص.12.

³ ونفس الشأن بالنسبة للقوانين العربية المقارنة التي عرفت الزواج بأنه عقد، نجد القانون السوري في مادته الأولى من قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.1.

⁴ محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي، المرجع السابق، ص.38.

⁵ بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص جامعة تلمسان، 2007-2008، ص.27.

وبخاصة تطابق الإيجاب والقبول، أما الإجراءات التي أصبحت تفرض على رجال الدين في الجزائر بأنه لا يتم الزواج بالفاخرة إلا بعد تسجيل عقد الزواج، هل يعتبر هذا إقرار منه على تبني الطابع المدني الصرف لعقد الزواج والابتعاد عن الطابع الديني؟

حيث أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف تعليمية وزارية سنة 2000 ألزمت بمقتضاها أئمة المساجد عدم إبرامهم عقود الزواج العرفية والمعروفة بالفاخرة في المجتمعات الجزائرية، حتى يتم التأكد من إبرام عقد الزواج أمام الجهات المدنية المختصة وبالتالي فإننا نعتبره اعتراف صريح بالزواج المدني، كما أوصى المجلس الأعلى بالجزائر العاصمة في دورته 31 المنعقد يومي 26 و 27 ديسمبر 2006 بأن الفاتحة هي مجرد تبرك فقط،¹ وهي نفس الفكرة التي نجدناها قد وردت ضمن نص م 214 من ق.م.ف، وتم بموجبها فرض تسييق الزواج المدني على المراسيم الدينية حتى يكون الزواج ساري المفعول، وقد دعى لضرورة أن يتم تمرير الزواج على رئيس البلدية قبل أي إجراء ديني، ولضمان خضوع رجال الدين لهذه الإجراءات فقد بادر المشرع الفرنسي لفرض عقوبات تتمثل في السجن والغرامة على كل رجل دين يقوم بإبرام الزواج الديني قبل الزواج المدني لدى ضابط الحالة المدنية.²

وبالتالي أصبح الزواج في فرنسا مدنيا لا ئكيا يمنع أن تكون القوانين المدنية منسجمة مع المبادئ الدينية علمانيا ومن ثم لبقية الدول الأوروبية والأمريكية، إذ أن القانون الفرنسي كان لا يعترف بالزواج إلا إذا تم إبرامه أمام ضابط الحالة المدنية أولا ومن ثم يتم اللجوء لرجال الدين فقط للمباركة، فإذا تم عكس الأدوار وأبرم الزوجان عقدهما أمام رجال الدين ابتداء فإن هذا العقد يعد باطلا والمساكنة بين الزوجين غير شرعية.

أما بالنسبة للزواج العرفي فيمكن القول بأنه ليس زواج ديني بالمفهوم الكنسي لعدم استناده على طقوس دينية معينة كما أنه ليس ديني صرف، فعندما نقول قداسية الزواج في الشريعة الإسلامية لا يقصد بها اكتساء الزواج الصبغة الدينية الصرفة، وإنما يمكن حصره في الوازع الديني الذي يفترض أن يكون بين الزوجين وتقدير قداسية الرابطة الزوجية بينهما، مع أن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية يبقى خاضعا في أحكامه لمقتضياتها سواء فيما يخص أركانه أو شروط انعقاده وفي آثاره وكذا عند انتهائه، وهو ما يجعله يقترب من بقية العقود المدنية الأخرى، وبالتالي يعتبر كاعتراف صريح منه بالزواج العرفي وتثمينه متى استوفى الشروط الشرعية والقانونية، على عكس الدول غير الإسلامية والتي تتبنى مدنية عقد الزواج، أنه كسائر العقود المدنية يكون صحيحا مادام أنه قد

¹ علاوة بوشوشة، الزواج بين العقد العرفي والعقد المدني وأثره على الأسرة، مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والتطبيقات القضائية لدى المحكمة العليا، مجلة الآفاق للعلوم، جامعة الجلفة، 2017، المجلد 2، ع 7، ص 365.

² Amandine Stehlin. Le mariage : un contrat ou une institution ? Droit, 2017, dumas-02176290, P.09, <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02176290>.

استوفى شروطه التي حددها القانون حتى وإن كانت مخالفة للدين،¹ إذ أن بعض المسائل الشرعية والقانونية التي تؤثر في صحة العقد مثل موانع الزواج وفكرة المحارم لدى هذه القوانين، لا يمكن الاستناد عليها لاستبعاد فكرة الزواج المدني بل يمكن إدراجها ضمن النظام العام ومشروعية المحل.²

وفي الأخير نقول بأنه مادامت الشريعة الإسلامية لا تعترف بالزواج المدني بمفهومه المعاصر، فإن الإشكال يبقى مطروحا حول ما إذا كان عقد الزواج يختلف عن بقية العقود المدنية الأخرى، مادام أنه يخضع في تكوينه لنفس الأركان والشروط والتي تعترف بها الشريعة الإسلامية؟ وبالتالي هل يمكن القول بأن عقد الزواج هو عقد مدني لما للإرادة دور في إبرامه وهو في ذات الوقت يحمل طابعا دينيا؟

2- التوجه المدني لعقد الزواج

كان ينظر للزواج في المجتمعات اليونانية والرومانية على أنه واجب مدني، أما الزواج لدى المسيحيين والشرائع اليهودية فهو واجب ديني مقدس ذو طابع ديني بحت، فيما ظهر الزواج المدني كنظام علماني لائكي³ وكفكرة ابتدعها المشرع الفرنسي لإحباط حكم الكنيسة ردحا من الزمن،⁴ حيث أصبحت الدول الأوربية تسعى لللائكية نظام الأسرة وبالتالي إخراجه من طابعه الديني، في هذا الصدد يعتبر الفقيه الفرنسي "أولبيان" أول من نادى بفكرة العقد الإرادي للزواج المتحرر من جميع المراسيم الدينية، وقد تأثر بهذه النظرية التشريع الفرنسي وظهر ذلك من خلال دستور 1791 والذي كان يرى بأن القانون الفرنسي آنذاك لا يمكنه أن يعترف إلا بالزواج باعتباره عقدا مدنيا.⁵

¹ خالد بنمومن، المرجع السابق، ص. 223-224.

² موحى اسيدي اعمر، المرجع السابق، ص. 93.

³ اللائكية تعني: *secularism* بالإنجليزية و *laïcité* بالفرنسية وتأخذ معنى العلمانية في الدول الإسلامية والتي تعني "فصل الدين عن الدولة"، ظهرت في القانون الفرنسي وكانت غايتها فصل الكنيسة عن الدولة عام 1905، كما أن الحكومة هي الأخرى لا تتدخل في الشؤون الدينية وامتد تفسيرها ليشمل المساواة في التعامل مع جميع الأديان عام 2004.

<https://political-endyclopedia.org/dictionary>

⁴ نص دستور 1791 في فصله السابع يقضي بأن "القانون لا يعتبر الزواج إلا مجرد عقد مدني"، أشار إليه: مرزوقي قدار، اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2012-2013، ص. 81.

« La célébration civile est le seul moyen pour que le mariage soit valide et cela peu importe la confession des époux », Amandine Stehlin, Op. Cit, P.6.

⁵ خالد بنمومن، المرجع السابق، ص. 213.

مما دعى ببعض الفقه الفرنسي المعاصر لتعريف الزواج باعتباره عقدا قانونيا إرتساميا،¹ ينشئ بموجبه شخصان إتحادا ينظم القانون المدني بشكل إلزامي شروطه وآثاره وانحلاله، ومفاد كلمة شخصان هنا إما أن يكون بين جنسين مختلفين أو من نفس الجنس، لذلك تم استبدال كلمة رجل وامرأة بشخصين وذلك بداية من عام 2013 في ق.م.ف وهو ما أصبح ينص عليه بموجب م¹⁴³،² وكذا م^{1/202} منه.³

ومع ذلك لا يمكننا القول بأن عقد الزواج هو عقد تمليك أو منفعة كالبيع والإيجار وهو ما ادعاه الفقيه الفرنسي مارسال موران،⁴ وكان ذلك نتيجة الفهم الخاطئ لما ذهب إليه بعض الفقهاء في تعريفهم للزواج استنادا إلى الغاية والمقصد الذي يحققه وهو الاستمتاع فإنه بذلك يفيد ملك المتعة وليس ملك الرقبة،⁵ بينما فكرة الاستمتاع التي يقصدها نجدتها طاغية في الشرائع المسيحية،⁶ وهو ما أكدته كانط بقوله أن الحقوق بين الزوجين حقوق محلها الشخص الزوج وهي بذلك تشبه إلى حد كبير الحقوق المتعلقة بالأشياء.⁷

فيما استقر الفقه الإسلامي موقفا وسطا بين متعارضين على أن الزواج ليس إلا من العقود المدنية وإن كان يحمل طابعا دينيا إذ أن مدنية عقد الزواج لا تنفي عنه المرجعية الدينية، وتتجلى مرجعيته الدينية في الثوابت الشرعية المتمثلة في كل من الموانع الشرعية والميراث والطلاق... الخ، فالزواج في الشريعة الإسلامية ليس مشروطا أن يتم وفق مراسيم دينية أو طقوس غير أنه يحتفظ بصفته الدينية ومع ذلك فهي ليست صيغة دينية صرفة. ومنه نلاحظ بأن عقد الزواج يجمع بين الطابع الديني والمدني، فالأول يعني أنه عقد شرعي وهو بذلك يتخذ شكلية معينة، أما الثاني فيعني أنه يخضع في تكوينه لشروط العقود المدنية الأخرى وبخاصة ركن الرضا والذي

¹ ماذا يعني العقد القانوني الإرتسامي (Solennel)، وما علاقته بالزواج المدني عقد شكلي إرتسامي: هو العقد الذي يرسم القانون المدني معالمه ويحدد شروطه وآثاره:

- Amandine, Stehlin, Op. Cit, P.06
- Art 165 : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe qui vivent en couple », loi n° 2013- 404 du 17 mai 2013. Art 515/8, du 05 Mars 2007, 1 Janvier 2009, loi n° 2017- 308.

² Art 143 : “ Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe” Loi n° 2013- 404 du 17 mai 2013.

³ Art 202/1 : « Toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage ... » Loi n° 2014- 873 du 4 Août 2014.

⁴ Cf. M. Morand études de droit Musulman, P.120.

أشار إليه: بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص.98.

⁵ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.42.

⁶ صابر أحمد طه، نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام، د.ط، دار نخضة مصر، القاهرة، 2000، ص.34 وما يليها.

⁷ الزايبث بريك، المرجع السابق، ص.8.

يدل على تطابق الإيجاب بالقبول وهو ما يسمى بمبدأ الرضائية، كما أنه يخضع لإجراءات مدنية شكلية والتي تتجلى في التسجيل والإعلان، إذا فالزواج ليس مجرد عقد مدني عادي وإنما فيه جانب عبادي لنشوئه وفق ألفاظ شرعية مخصوصة، وفي الأخير نقول بأنه أصبح لا مجال لإعمال إشكالية الزواج الديني والزواج المدني إلا في ما يخص تعدد الشرائع والطوائف الدينية في الدولة الواحدة، أي عندما نود البحث عن القانون الواجب التطبيق فقط.

ثانيا: أبعاد تكوين عقد الزواج بين الرضائية والشكلية

يعتبر مبدأ الرضائية *Le principe du consensualisme* من بين أهم النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة إذ لن تكون هذه الأخيرة سيدة إذا كانت تخضع لشكلية معينة، وهذا الأصل في جميع العقود المدنية ما لم ينص القانون على اعتبارها شكلية، فالأصل في العقود أنها تبنى عن تراض بين الطرفين وتقوم بمجرد تطابق إرادتي المتعاقدين وبخاصة عقد الزواج الذي يعتبر من أسمى العقود المدنية الرضائية وأجلها شأنًا.¹ وبالتالي إذا كان عقد الزواج يكفي فيه ذلك دون أن يتوقف على شيء آخر فهو في هذه الحالة عقد رضائي، أما إذا توقف انعقاده وترتبت آثاره الشرعية بتوافر شيء آخر خارج عن إرادة الطرفين، فإنه في هذه الحالة يعتبر عقد شكلي، كأن تكون صحته وشرائط انعقاده متوقفة على إعلانه بحضور الشهود وفق رأي المالكية،² لذلك تتقرر شكلياته خلافا للأصل العام المتمثل في مبدأ الرضائية فالعقد في تكوينه بصفة عامة إما أن يكون عقدا رضائيا أو عقدا شكليا أو عقدا عينيا.³

أ- عقد الزواج عقد رضائي من حيث الأصل

العقد الرضائي *Contrat consensuel*: هو العقد الذي يكفي لإنعقاده مجرد تطابق الإيجاب بالقبول فرضا المتعاقدين وحده هو الذي يكوّن العقد، أما بالنسبة لعقد الزواج فإنه يتطلب في تكوينه أركاناً وشروطاً حيث يعتبر الرضا أهم ركن لانعقاده وهو نقيض الإكراه، وإذا أردنا تعريف الرضا فإنه تلك الكلمة اللاتينية المشتقة من *Consentie* أي أن يكون موافقا، وهي بالتالي "إبداء الإرادة التي يتفق بموجبه شخص ما مع

¹ Bendjaballah, La problématique d'une définition du mariage dans le code de la famille Algérien, R.A, n°3, 2001, p.9.

² أحمد بن محمد ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.36.

³ وهي العقود التي يجب فيها التسليم ومثالها العارية والوديعة والرهن... الخ، فالتسليم في هذه العقود يعد ركنا أساسيا لا ينعقد دونه وما يهتما في هذه الدراسة هو العقد الرضائي والعقد الشكلي، محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي، المرجع السابق، ص.41.

شخص آخر أو آخرين من أجل الارتباط معا بعقد"، فالرضا هنا ليس اتفاق كما أنه يختلف عن الإرادة في الهدف بحيث يعتبر الرضا وسيلة لتحقيق اتفاق في سبيل الارتباط بعقد، في حين أن الإرادة في هذه المرحلة تكون قد تم إبدائها، ويمكن تعريف الإرادة بأنها العمل القانوني الذي يخفي بالضرورة وراءه نية ما وهذه النية تتمثل في السعي الذي يعد العمل لإنتاجه، وكما يظهر من خلال نهاية التعريف بأن الرضا ينشأ من أجل الارتباط بعقد وهنا يختلف عن التراضي أيضا، بحيث يعرف هذا الأخير بأنه توافق إرادتين أو أكثر من أجل إحداث أثر قانوني كما يكفي كذلك لانعقاده مجرد تطابق الإيجاب بالقبول ويكمن ذلك في تراضي الطرفين وتوافق إرادتهما.¹

حيث أن مبدأ سلطان الإرادة التي تقرره القوانين الوضعية المعاصرة قد مر بمراحل عديدة حتى استقر على ما هو عليه اليوم من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي إلى القوانين العربية، غير أن الشريعة الإسلامية قد عرفت منذ عقود واعترفت بحرية الإرادة في إنشاء التصرفات، وحررت العقود من جميع القيود الشكلية التي كانت مفروضة عليه، يقول الأستاذ السنهاوري في هذا الصدد أن العقد في الفقه الإسلامي يبنى على توافق الإرادتين دون تحفظ فهو رضائي إلى حد جاوز فيه القوانين التي تأخذ بمبدأ الرضائية في العقود.²

فالأصل في الفقه الإسلامي أن العقد ينعقد بمجرد الرضا بين طرفيه على إنشائه فيكفي لانعقاده مجرد ارتباط الإيجاب بالقبول في مجلس العقد، وأنه لا يلزم لانعقاده صحيحا إفراغ هذا الرضا أي الإيجاب والقبول في شكل معين إلا إذا كانت طبيعة العقد تستوجب ذلك، وقد قبل الرأي السائد في الفقه الإسلامي والعرف الذي ألفه الناس في التعامل على هذا الأمر.

والأصل في القانون المدني أن العقود الرضائية يكفي لانعقادها مجرد التراضي بين طرفي العقد على إنشائه فينعقد بمجرد اقتران الإيجاب والقبول ولا يشترط إفراغ هذا الرضا في شكل معين، إلا أنه قد ورد على هذا الأصل لإعتبارات معينة استثناء يقضي بأنه في بعض العقود لا يكفي لانعقاد العقد مجرد التراضي بين طرفيه، وإنما يشترط المشرع توافر شكل معين ينصب عليه هذا التراضي أو إحاطته بإجراء خاص، وهذا ما يسمى بالشكلية في العقود هذا الشكل أو الإجراء قد يكون ركنا في العقد لا يتم العقد دونه، وقد يكون شرط صحة كذلك لا يتم العقد

¹ جاك غستان، المرجع السابق، ص. 21.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 303.

دونه كالشهادة في عقد الزواج، وهي الشكلية التي يتطلبها الشرع وتسمى "بالشكلية الشرعية" حيث سنرى بأن الشريعة الإسلامية لا يوجد فيها شكلية في العقود إلا في عقد الزواج.¹

فشكلية العقد عندما يفرضها القانون تكون متعلقة بالنظام العام على اعتبار أن القانون عندما يستلزم هذه الشكلية فإنه يستهدف بها تحقيق مصلحة عامة لذلك كان جزاء مخالفتها البطلان، أما في الفقه الإسلامي فيرجع ذلك إلى صيانة الزوج عن الجحود والإنكار وحتى لا يظن الناس ويرمون الزوج والزوجة بالفاحشة لذلك اشترطت شكلية الشهادة، ومن خلال ذلك فإن الفقه الإسلامي عندما يستلزم هذه الشكلية إنما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة تتعلق بالنظام العام والآداب في المجتمع الإسلامي، أما الكتابة المطلوبة لانعقاد العقد فلا ينعقد العقد دونها وإذا تخلفت كان العقد باطلاً أو فاسداً.²

فيما يخص المشرع الجزائري فقد كرس مبدأ الرضائية من خلال نص م59 من ق.م "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، والتي تعني هذه العبارة الأخيرة مراعاة ما يقرره القانون من إجراءات معينة لإبرام العقد، تجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع كان يعرف الزواج من خلال القانون رقم 84-11 بأنه عقد، وقد أضاف بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة رقم 05-02 لفظ "رضائي" لعقد الزواج بموجب نص م4 منه، بما يوحي بأنه قد توسع في الأخذ بمبدأ الرضائية في عقد الزواج، وذلك بعدما خول للمرأة الراشدة العاقلة إبرام عقد زواجها بنفسها وإلغاء الوكالة وولاية الإجماع.

ب - الشكلية التعاقدية والإشهاد في عقد الزواج:

العقد الشكلي *Contrat solennel*: يعني أن العقد لا ينعقد لمجرد تطابق الإيجاب بالقبول وإنما يجب لتكوينه إتباع شكل مخصوص يحدده القانون نظراً لخطورة العقد الذي هم بصدد إبرامه، والشكلية في العصر الحديث ليست مقصورة لذاتها وفي ذاتها إنما مقصورة لتحقيق أغراض معينة بعينها كحماية أحد المتعاقدين أو كلاهما، وأن الشكلية في القوانين الحديثة لا تكفي وحدها لانعقاد العقد بل لابد من تواجد الإرادة والتراضي ثم يضاف إليها الشكل، وأن العقد الشكلي هو عقد لا يكفي التراضي لانعقاده بل يلزم علاوة على ذلك أن يتم التعبير عن الإرادة في شكل معين فرضه القانون أو توافق عليه المتعاقدان،³ ويعد عقد الزواج عقداً شكلياً وفقاً

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.س.ص.148.

² رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع نفسه، ص.149.

³ هدى عبد الله، المرجع السابق، ص.41-42.

للرأي الراجح في الفقه الإسلامي كما سنرى وهذه الشكلية تتمثل أساسا في الإشهاد على العقد،¹ غير أنه لما كان قانون الأسرة قد اشترط أن يجري العقد على يد موظف مختص وأن يتم تحريره في وثيقة رسمية فإن هذا يعتبر شكلا من الناحية الإجرائية فقط.²

1- موقف الفقه والقضاء من اشتراط الشهادة في عقد الزواج

"الشهادة إعلان عن ميلاد أسرة مكتملة الشرعية" حيث يرى غالبية المالكية وهو الرأي الراجح،³ بأن الشهادة ليست شرطا لإنشاء العقد وصحته ابتداءً، وإنما هي شرط للدخول وترتب آثار العقد وأنها شرط تمام تجب عند العقد فالإعلان هنا يجب توافره لانعقاد العقد، أما الشهادة أو الإشهاد واجبة بترتيب آثار العقد.⁴ فيما انقسم بقية الفقهاء من حيث اعتبار الشهادة شرط لصحة العقد إلى رأيين:

الرأي الأول: ذهب إليه فقهاء الحنفية⁵ والشافعية⁶ والمشهور لدى الحنابلة⁷ وغيرهم، حيث يرون بأن الشهادة شرط من شروط صحة العقد ولا يرتب العقد آثاره الشرعية دونها، وأن الشهادة تجب عند إنشاء العقد أي عند

¹ محمد نعيم محمد هاني ساعي، موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، ط2، دار السلام، القاهرة، مصر، 2007 ص.673.

² رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.147.

³ الإمام سحنون ابن سعيد، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، كتاب النكاح بيروت، لبنان، 1994، ص.117.

⁴ وبالتالي فإن الإشهاد لتتمام العقد والإعلان للدخول وهناك فرق بين الإشهاد والإشهار في عقد النكاح، فالإشهاد هو حضور الشاهدين وسماعهما في مجلس العقد أما الإشهار إعلان النكاح بين الناس بالدف، فقد اتفقت المذاهب الثلاثة أبو حنيفة والشافعي ومالك على ضرورة وجود الشهادة عند العقد، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.28.

⁵ لدى الأحناف يتم بالإيجاب والقبول فاسد بدون شهادة الشهادة شرط ويمكن أن يصحح "لا نكاح إلا بشهود"، أبي محمد محمود بن أحمد العيني، البناء في شرح الهداية، ج4، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990، ص.491. شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، ج6، باب المشيئة في الطلاق، د.ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.س، ص.31. الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ص.190.

⁶ لدى الشافعية يشترط سماع الشاهدين أقوال العاقدين، أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، ج9، ط1، دار المنهاج جدة، السعودية، 2000، ص.225. مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص.66.

⁷ الحنابلة الشهادة شرط للصحة، منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج4، المرجع السابق ص.60. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج4 ط1، دار هجر، المملكة العربية السعودية، 1997، ص.237.

النطق بالإيجاب والقبول في مجلس العقد، واستدل هؤلاء بما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت قال رسول الله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"،¹ وبناءً على هذا الرأي يمكن القول أن عقد الزواج يعد عقدا شكليا من حيث الشهادة، فلا يكفي لانعقاده شرعا مجرد اقتران الإيجاب بالقبول وإنما لابد أن يكون الإيجاب والقبول أمام الشهود في مجلس العقد لكي يرتب العقد آثاره الشرعية، وإلا فإن العقد يكون غير صحيح ولا وجود له شرعا دون شهادة.²

الرأي الثاني: وذهب إليه بعض المالكية³ حيث يرون أنه يشترط في الزواج الشهادة إلا أنها عندهم ليست من شروط الصحة وإنما هي من شروط التمام، فتجوز الشهادة عندهم وقت إنشاء العقد عند النطق بالإيجاب والقبول في مجلس العقد، كما تجوز بعد ذلك قبل الدخول أو أثناءه، وعلى ذلك إذا لم تتحقق الشهادة أصلا لا وقت العقد ولا قبل الدخول ولا عنده كان العقد عندهم فاسدا والدخول بالمرأة معصية ويتم فسخ العقد، فقد ذهب المالكية إلى أنه إذا دخل الزوجان بلا شهادة فهو يعد نكاح السر لا يجوز وبالتالي يتم فسخه بالطلاق.⁴ بناءً على ما تقدم يمكن القول بأن عقد الزواج وفقا لرأي البعض الآخر من المالكية لا يعد عقدا شكليا وإنما هو عقد رضائي يكفي في انعقاده إقتران الإيجاب بالقبول في مجلس العقد، ولا يحتاج إلى الشهادة فالشهادة وفق هذا الرأي غير لازمة لانعقاد العقد ولا لصحته ولا لتمامه ولا لإثباته، فالعقد ينعقد بمجرد التراضي ودون شهادة وبذلك يكون هذا الرأي قد جرد عقد الزواج من أية شكلية.⁵

أما الرأي الراجح: من خلال ما تقدم يمكن القول بأنه يرى أن الشهادة شرط من شروط الصحة وأن الزواج دونها لا يصح بمعنى آخر يكون فاسدا عند الأحناف باطلا عند غيرهم لقوة أدلته،⁶ وبناءً على ذلك يمكن القول بأن عقد الزواج يعد عقدا شكليا فالشهادة تعد طريقة من طرق الشكلية بالنسبة لهذا العقد، ولا ينعقد دونها شرعا

¹ أخرجه الدار قطني 121/3، رقم 11، والبيهقي 124/7، وفي رواية لابي داود في سننه عن ابي موسى عن النبي ﷺ قال: "لا نكاح إلا بولي" كتاب النكاح، باب في الولي، رقم 2085، ص 229. حديث صحيح، راجع المرجع: ابي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.24.

² رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.152-153.

³ فهي لدى المالكية شرط في النكاح واختلفوا في أنها شرط لتمام العقد أو شرط للصحة وعلى أن الكتمان هو زواج السر محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.35. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق ص.190.

⁴ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، ج3، المرجع السابق، ص.35.

⁵ الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ص.190.

⁶ أبي محمد محمود بن أحمد العيني، المرجع السابق، ص.500.

وعلى ذلك فلا يكفي لانعقاد عقد الزواج شرعا مجرد ارتباط الإيجاب والقبول في المجلس، وإنما لابد أن يكون هذا الارتباط أو الرضا أمام الشاهدين.¹

إذ أن عقد الزواج لدى الفقهاء يخضع للشكلية اللفظية والإشهاد عليه وشكلية الإعلان، وهي الشكلية التعاقدية لدى جمهور الفقهاء، الإشهاد لدى المالكية حيث يعتبرون عقد الزواج عقد شكلي وليس رضائي بحيث لا ينشأ العقد في حالة غياب شهادة الشهود، وبالتالي فهو غير موجود في الأصل ويتوافق مع الباطل،² وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "يعد زواجا شرعيا لا خطبة تصريح الطرفين في عقد الزواج عن رغبتهما في الزواج بحضور الشاهدين..."³، كما يجب توافر شروط وأركان العقد الصحيح حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "من المقرر شرعا أنه يجوز إثبات الزواج بشهادة الشهود التي تفيد وجوده الشرعي، وأنه لا يكفي القول بأن الطرفين كانا متزوجين ويعيشان كالزواج".⁴

2- التفرقة بين الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد والشكلية المطلوبة لإثباته

إذ أنه يمكن أن يكون العقد رضائيا غير أنه يشترط لإثباته شكلا مخصوصا وبالتالي فإن الكتابة لا يمكن أن تخل برضائية ذلك العقد إن كانت للإثبات فقط، كما أنه يمكن أن يثبت العقد غير المكتوب بالإقرار أو اليمين،⁵ يمكن تعريف العقود الشكلية أو الرسمية بأنها العقود التي أوجب القانون لقيامها المشرع إجراء مراسيم شكلية خاصة بها كعقد الزواج مثلا، حيث يتطلب لقيامه صحيحا شكليات قانونية وشرعية لا بد من مراعاتها. فإن عقد الزواج باعتباره من أهم العقود التي يجب إثباتها فإن الشكلية فيه لها دور في تنبيه الطرفين حول مدى أهمية التصرف المقبلين عليه، وكذا من أجل إثبات ذلك التصرف القانوني في وقت لاحق إذ أن الشكلية في هذه الحالة وجدت لتحقيق غاية معينة، فقد ظهر في التشريع الفرنسي المعاصر ما يسمى بالزواج المدني كعقد شكلي

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 158-159.

² محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص. 97.

³ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2023/03/09، الملف رقم 1532128، م.ق، ع1، 2023، ص. 106.

⁴ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/11/05، ملف رقم 34030، م.ق، ع2، 1990، ص. 82.

⁵ عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، ط1، مكتبة وهبة، القاهرة، 1989، ص. 312.

ارتسامي بموجب نص م 194 من ق.م.ف المذكورة سابقا، بحيث يعتبر عقد الزواج من العقود الشكلية التي يتطلب القانون في تكوينه شكلا معينا.¹

وبالتالي يجب التفرقة في هذا الصدد بين الشكلية المطلوبة للإنعقاد وشكلية الإثبات، فالشكلية كشرط للإنعقاد العقد تعني أن العقد لا ينعقد إلا بإفراغه في قالب شكلي معين، والشكلية عندما تكون للإثبات لا يعني ذلك أن العقد شكلي أو أنه يتطلب لإبرامه شكلية معينة، حيث يقول في هذا الصدد الأستاذ السنهاوري بأنه: "لا يمنع للعقد أن يكون رضائيا إذا اشترط في إثباته شكلا مخصوصا، إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته فما دام يكفي في وجود العقد رضا المتعاقدين فالعقد رضائي من حيث الأصل، حتى ولو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها".²

ج- التوفيق بين الشكلية والرضائية حسب طبيعة العلاقة التعاقدية

لقد رأينا بأن الأصل في العقود لدى فقهاء الشريعة الإسلامية الرضائية دون اشتراط مراسيم شكلية، إذ أن الفقه حرص على تحقق الرضا الكامل في العقد دون الرضا لإنعقاده، ولتحقق الرضا لابد من وجود مجموعة من الخيارات وهي: "خيار التعيين، خيار الشرط، خيار الرؤية، خيار العيب، وخيار المجلس"، باستثناء العقود التي تتطلب الشكلية، فقد قرر الفقهاء قاعدة أساسية في نظرية العقد تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيين لتكوين العقد، تعتبر هذه القاعدة بسيطة كونها من بديهيات القانون الحديث، والغريب في الأمر أن القانون الروماني رغم عراقة وحته في أوج تطوره لم يقرر هذه القاعدة العامة.³

هناك من الفقهاء من وسع دائرة الشكلية أمثال ابن حزم الظاهري لتشمل النكاح،⁴ فيما يعتبر القانون الروماني أن مجرد توافق إرادتين لا يكون عقدا ولا ينشأ التزاما وأن العقد يكون كقاعدة عامة شكليا يستمد صحته من مجرد شكله لا من موضوعه، أما بعد التطور الذي شهده القانون الروماني كان من اللازم العمل على التمييز بين الإرادة والشكل، وإعطاء الإرادة قسما من الأثر القانوني وبعد انتصار مبدأ سلطان الإرادة لم تعد الكتابة

¹ بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016، ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، 2018، المجلد 3، ع 3 ص.428.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص.112.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص.63.

⁴ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص.20.

لازمة إلا لإثبات العقد، أما وجود العقد كان عمل الإرادة وحدها وأمكن بذلك أن يتم التعاقد بين غائبين وصارت العبرة بالمعاني التي يقصدها المتعاقدان لا الألفاظ الدالة عليه.¹

ثالثا: الطابع النظامي لعقد الزواج نتيجة التفريق بين العقد والاتفاق

إهتم الإسلام بالزواج باعتباره عقدا ونظاما اجتماعيا متكاملا ونظاما شرعيا، يتطلب في إنشائه مجموعة من الأحكام الشرعية كالنسب والمصاهرة والميراث بجانب القواعد والأحكام المدنية المطلوبة في أي عقد مدني آخر، وقد تم تعريف الزواج بأنه عقد لكن بالرجوع إلى العقد في القانون المدني فنجد أنه قد تم تعريفه على أنه اتفاق ينشئ إلتزام، أي أن الإتفاق أشمل من العقد إلا أن الوضع إختلف من خلال تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأصبح يعتبر العقد بنفس الدرجة مع الإتفاق.

1- العقد والاتفاق:

الإتفاق La convention هو توافق بين إرادتين أو أكثر على إنشاء إلتزام أو نقله أو إنجائه، هناك بعض من فقهاء القانون المدني الفرنسي القديم من فرق بين الاتفاق والعقد لاسيما بوتييه Pothier ودوما Domat بحيث يرون أن الاتفاق هو "توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنجائه"، أما العقد فيريان أنه: "توافق إرادتين على إنشاء إلتزام".²

وهي الصيغة التي كان قد نقلها المشرع الجزائري حرفيا لنص م54، بالرغم من أنه لم يفرق بين العقد والاتفاق إلا أنه وقع في خطأ آخر ألا وهو تعارض مفهوم العقد والالتزام لأن العقد إنما ينشأ التزاما، كما أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي في تعريفه للعقد استنادا للإرادة الباطنة، ولا يعتد بالإرادة الظاهرة إلا إذا كانت تتوافق مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين،³ فالعقد أخص من الإتفاق فكل عقد يتضمن اتفاق ولا يمكن في جميع الأحوال أن يكون كل اتفاق عقدا، وكذلك الشأن بالنسبة للقانون الإنجليزي حيث يعتبر العقد نوعا من الإتفاق، ويرى بأن الاتفاق خمسة أقسام من بين أقسامه اتفاق ينشئ التزاما ينفذ في المستقبل وذلك هو العقد.⁴

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص.95.

² محمد سعيد جعفرور، نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتكوين الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية الجزائر، 2001، المجلد 28، ع3، ص.9، عبد الرزاق أحمد السنهاوي، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص.80.

³ جاء في نص م165 من قانون الموجبات والعقود اللبناني ما يلي: "الاتفاق هو التثام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات الزامية سمي عقدا".

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص.83.

وهناك من الفقهاء من يستبعد التفرقة بين الاتفاق والعقد في القوانين الحديثة،¹ كما هو الشأن بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية إذ أنهم لم يروا تمييزاً ما بين العقد والاتفاق، ويعرفون العقد على أنه ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الطرف الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه،² أما في الفقه المدني الفرنسي المعاصر استناداً لتعديل 2016 فإنه تم استبدال جميع الألفاظ الدالة على الاتفاقات واستبدالها بالعقود، بناءً على ترادف الألفاظ حول معنى واحد وبالتالي أصبح لا وجود للتفرقة بينهما فالعقد هو ذلك الاتفاق استناداً لنص م 1101.³

وبالتالي فالعقد هو تطابق الإيجاب والقبول وهو المظهر المادي المعروف أما توافق الإرادتين فهو المظهر الباطني وهي الإرادة الكامنة في نفس صاحبها ما لم يتم الإفصاح بها للعالم الخارجي بأمر ظاهر من كلام أو إشارة أو فعل، وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي "بالصيغة" وهي وعاء الإرادة وقد اعتبر البعض من الفقهاء بأن العقد ما يصدر عن إرادتين هذا من حيث المعنى الخاص للعقد، فيما اعتبر البعض الآخر أنه يمكن أن يصدر عن إرادة منفردة على أساس أن العقد في حقيقته ينشأ عن عقدين، أحدهما عقد بالإرادة المنفردة من جانب الموجب والعقد الثاني ممن صدر منه القبول، وهذا هو العقد بمعناه العام غير أن الغالب يأخذ بتعريف العقد بمعناه الخاص فما مدى صحة ذلك؟⁴

2- العقد نظام قانوني:

يرى نقاد مبدأ سلطان الإرادة بأن العقد ما هو إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في سبيل ذلك وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان، كما هو الشأن بالنسبة لروابط الأسرة حيث لا ينظمها عقد الزواج، وإنما هذا العقد يضع الزوجين في مركز قانوني ينظمه المشرع بنفسه طبقاً لصالح الأسرة والمجتمع ولا دخل لإرادة الزوجين في ذلك.⁵

¹ من ذلك نجد القانون السويسري، البرازيلي، القانون الألماني عرف العقد على أنه كل اتفاق يكون الغرض منه إحداث أثر قانوني دون أن يقتصر ذلك على إنشاء التزام فقط، وكذا المشروع الفرنسي الإيطالي "حيث عرف هذا الأخير العقد بأنه اتفاق شخصين أو أكثر على إنشاء أو تعديل أو إنهاء رابطة قانونية".

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص. 82-83.

³ Art 1101 : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autre à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

⁴ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص. 41-44.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص. 103-104.

غير أنه إذا أردنا أن نعرف العقد فإننا نقول بأنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني ويستوي في هذا الأثر أن يكون إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه"¹ وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب م54 من ق.م، بأن العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.

وفقا للفقهاء غيستين Ghestin "العقد هو اتفاق إرادتين يتم التعبير عنهما بهدف إحداث آثار قانونية"² أما إذا أردنا تعريف الزواج فإننا نجد الفقيه الفرنسي بلانيول يعرفه بأنه: "عقد بواسطته يؤسس الرجل والمرأة فيما بينهما إتحادا يتولاه القانون ولا يستطيعان أن يفصلاه بإرادتهما المطلقة"³، إذ أنه جمع بين اعتبار الزواج عقد من جهة وأنه مؤسسة من جهة ثانية ليس لهما مطلق الإرادة في إنهاؤه، فيما يعرفه الفقيه كربونييه Carbonnier بأنه: "العقد الذي بواسطته يتعهد رجل وامرأة اختاراً كل منهما الآخر بالعيش معا حتى الموت"⁴، حيث اعتبر هو الآخر الزواج بأنه عقد إلا أنه يلاحظ من خلال تعريفه أنه يدعو للطلاق الجسماني.

غير أنه ومن خلال نص م1101 والتي تعرف العقد على أساس أنه اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر بهدف إنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إلغائه، وقد تم استبدال مصطلح الاتفاقات بالعقود من خلال التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 بموجب م1103، أو إن صح التعبير تم التحفظ على مصطلح "عقد" الذي حل محل "الإتفاقية"، أصبحت "تنزل العقود المبرمة على الوجه القانوني منزلة القانون بالنسبة للذين أنشأوها" والتي كان منصوص عليها بموجب م1134 من ق.م.ف لسنة 1804 "تقوم الاتفاقات المبرمة على الوجه الشرعي مقام القانون بالنسبة للذين أبرموها"⁵.

نستخلص مما سبق أن العقد هو ذلك الاتفاق النهائي الذي يسبقه عدة اتفاقات، وبالتالي فإن هناك تمييز فيما يخص الاتفاق عن العقد، بحيث يرى الأستاذ السنهوري بأن الزواج ليس عقد وإنما هو اتفاق بين

¹ محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي، المرجع السابق، ص.24.

² « Le contract est un accord de volontés, que sont exprimée en vue de produire des effets de droit », M. Ghestin, droit civil, les obligations, les contracts, L.G.D.J, n°05, 1980 p.03.

³ Amandine Stehlin, op, cit, p.04,

⁴ Amandine Stehlin, op, cit, p.05.

⁵ محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد من 1100 إلى 1231 - 7 من ق.م.ف، د.ط منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018، ص.28-29.

الزوجين، ويرى بأنه لا يمكن بأي حال أن تكون جميع الاتفاقات عقوداً خصوصاً ما خرج منها عن نطاق المعاملات المالية.¹

فعقد الزواج نظام قانوني يرمي لإنشاء جماعة تتمثل في الأسرة تهدف لغاية مشتركة ومستقلة من المصالح الخاصة بالأفراد، والزواج بمجرد نشوئه يرتب نظاماً قانونياً يتمثل في الأسرة وبالتالي فإن إرادة الزوجين لا تنشئ عقداً بالقدر الذي تحقق به الإنضمام لنظام قانوني، إذ أن هذا الأخير يختلف تماماً عن إبرام عقد بالرغم من أن إرادة الطرفين تلعب دوراً مهماً في الحالتين غير أن ذلك الدور يختلف، فالشخص الذي ينظم إلى مؤسسة لا بد له أن يقبل بقواعدها وشروطها كما هي أما العقد كإتفاق فإن دور الإرادة فيه تكمن حتى في ترتيب الآثار.²

3- العقد الذاتي والإتفاق المنظم:

أول من نادى بالتمييز بين العقد الذاتي *Contrat subjectif* وبين الإتفاق الإتحادي *Union* أو الإتفاق الجامع *Acte collectif* ويجذب تسميتهما معا بالإتفاق المنظم هو الأستاذ ديجيه *Duguitt* وهو لا يعترف بصفة العقد إلا للعقد الذاتي، وإن كان يرجع في تكوين الإتفاق الجامع لتوافق إرادتين أو أكثر كما يرى في هذا الصدد الأستاذ ملاحظة في غاية الأهمية، هو أن الإتفاق الجامع يولد مركزاً قانونياً منظماً وثابتاً هو أقرب للقانون منه للعقد، ولا وجود فيه للدائن والمدين بل لهما غاية متحدة وغرض مشترك مثل الشركة متى اتفق الشركاء فيما بينهم على وجود هذا المركز القانوني المنظم والثابت لتحقيق غرض مشترك، هو الغرض الذي يسعون إليه من خلال دخولهم في هذا الإشتراك ولا تناقض بين مصالح الشركاء، ومثل ذلك عقد الزواج بحيث يجمع بين الزوجين رابطة قانونية مستقرة هي مركزهم القانوني الثابت ولا وجود لتناقض بين مصالحهم.

ويفرق ديجيه في هذا الصدد بين الشركة والجمعيات الأخرى وبين ما يسميه بالإتفاق الجامع، كما يفرق بين الزواج وإتفاق العمل فالأول إتفاق جامع أما الثاني فهو إتفاق إتحادي، وتكمن أهمية التمييز بين العقد الذاتي والإتفاق المنظم في نظره هو أن النوع الأول فقط هو الذي ينطبق عليه قواعد العقد المعروفة، أما الإتفاق المنظم جامعاً كان أو إتحاداً فتطبق عليه قواعد تتفق مع طبيعته وتبعاً لمقتضيات الظروف الطارئة.³

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.129.

² موحى أسدي اعر، المرجع السابق، ص.88-89.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، ص.126-128.

رابعاً: تطور نظرية العقد وتراجع مبدأ سلطان الإرادة:

قلنا فيما سبق أن الرؤية التعاقدية للزواج انتقدت على أساس أنها تفرض على الزوجين تبادل تعهدات والتفاوض بشأن شروط والتزامات لاحقة أو الإعفاء منها بحسب الاتفاق مما يجعل العلاقات الخارجة عن أطر الزواج مباحة، غير أنه لم يبق لهذا الانتقاد معنى بعد ما شهدته العقد من تطور إذ أصبح من خلالها مبدأ سلطان الإرادة أكثر تقييداً، وبالتالي لم يعد هناك مكان للحديث عن التعارض في مجال الأسرة بين فكرة الزواج عقد أم أنه نظام قانوني وإنما أصبح من الضروري الربط بينهما وتكوين إتفاق جامع.

فرغم الانتقادات الموجهة للنظريتين ومع ذلك تعتبر كلا منهما غير كافية إذا ما تم أخذ كلاهما على حدا، نظراً للتكامل الذي تحققانه في حالة الجمع بينهما، حيث سعى بعض الفقه إلى التوفيق بين الرؤية التعاقدية للزواج وبين الرؤية المؤسساتية له وبالتالي وصف الزواج بأنه ذو طبيعة مزدوجة،¹ فالزواج هو من جهة عقد يخضع لما تتطلبه سائر العقود المدنية من أركان وشروط وما يترتب من آثار بوصفه تصرفاً قانونياً، وهو من جهة ثانية ينشأ نظاماً قانونياً يسمى بالأسرة إذ أنه لا بد أن يكون هناك تعاقداً سابقاً للانضمام لنظام الأسرة.

وبالتالي فإن فكرة النظام القانوني تكمل تلك النظرية ومع ذلك فإن هذا لا يعني أن النظرية العقدية غير كافية لتكييف الزواج،² فالزواج في نظر هيجل يبدأ بالرؤية التعاقدية لينتهي بتكوين إتحاد زواجي بحيث يرى بأن الزواج والأسرة هما أهم مؤسسة في المجتمع بوصفهما غاية جوهرية فيه،³ وهذا النظام يعتبر شرعياً إذ تسيره سلطة دينية وتحدد آثاره، وهو ما يفسر الزواج الشرعي باعتباره نظاماً إلهياً وفي الوقت نفسه باعتباره عقداً رضائياً، ومن ثم فإن الزواج يبقى رابطة عقدية تتميز عن باقي الروابط بحكم أنها تخضع من حيث التكوين لشروط خاصة مستقاة من الشريعة الإسلامية وأوجبها قانون الأسرة، وهو الأمر الذي يدفعنا إلى مراعاة خصوصيات أحكام هذا العقد وآثاره عند محاولة إسقاط القواعد العامة لنظرية العقد في القانون المدني عليها.⁴

¹ تشوار جلال، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، 2011، ع12، ص.7.

² محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.64.

³ إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص.9-10.

⁴ فاخات عبد العزيز، المرجع السابق، ص.167.

الفرع الثاني: الزواج مؤسسة خاضعة لنظام قانوني

ظهرت الرؤية المؤسساتية كبديل عن الرؤية التعاقدية بعدما أثبتت هذه الأخيرة نجاحاتها رغم الانتقادات الموجهة إليها، حيث ينظر إلى الزواج وفق هذه الرؤية على أنه نظام قانوني بالنظر إلى الغاية من إنشائه، وهو تكوين نظام يتمثل في الأسرة يشبه إلى حد كبير إنشاء جمعية أو مؤسسة أو شركة، يرى أنصار هذا الاتجاه أن إرادة الزوجين لا تنشأ عقداً بالقدر الذي تحقق فيه انضمامهم إلى نظام قانوني والانضمام إلى نظام معين يختلف اختلافاً جوهرياً عن إبرام العقد، كما أنه في النظام القانوني تقتصر إرادة الزوجين في قبول الانضمام إلى نظام الزواج دون أن يكون لهم دخل في تعديل آثاره أو تحديدها، ودون مناقشة القيود المفروضة عليهم وهو ما نجده بالنسبة للزواج أما في العقد فإن الإرادة تكون لها دوراً أكبر وخاصة في تحديد آثاره،¹ إذ أن الولوج إلى هذه المؤسسة يفرض على الطرفين القبول بقانونها الأساسي من غير الاتفاق على ما يخالف شروطها،² فإلى أي مدى يعد ذلك صحيحاً إذا ما أردنا التحدث عن الإشتراك المالي بين الزوجين؟

أولاً: الالتزامات المالية بين الزوجين³

تحدد الالتزامات الزوجية وفق الرؤية المؤسساتية استناداً لغاية تلك المؤسسة وبالتالي لا يمكن الاتفاق على تعديل الالتزامات الزوجية ولا الإعفاء منها بإرادتهما، دون القدرة على التفاوض بشأن هذه الالتزامات التي تفرضها طبيعة المؤسسة فالمؤسسات كنظام قانوني يخضع فيها الزواج لسلطان الدولة ونظامها العام غير صائبة تماماً، وإنما هي مؤسسة مبنية على الاتفاق بين أطرافها بالدرجة الأولى فإذا تم النظر إلى الزواج من زاوية التراضي المتبادل بين الزوجين فإنه يعتبر في القوانين الوضعية الغربية أهم مؤسسة.

1- النفقة الزوجية والإشتراك المالي بين الزوجين

النفقة هي كل ما ينفقه الإنسان على نفسه وزوجته وأولاده وأهله من طعام وكسوة وسكنى، وأصل الإنفاق واجب على الزوج وهو ما نصت عليه م74 من ق.أ، فالنفقة ليست هبة ولا تبرعاً من الزوج لزوجته

¹ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 62-63.

² بالنسبة للقانون الكنسي فإن الزواج هو عبارة عن مؤسسة قانونية لها ذمة مالية ولها ممثل ونائب قانوني يعبر عن إرادتها يتمثل في الزوج، بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص. 89-90.

³ هي إلتزامات مصدرها القانون: النفقة على الزوجة والنفقة على الأقارب، المهر،... إلخ هي إلتزامات في الشريعة الإسلامية مصدرها القانون ويطلق عليها مصطلح النظام المالي للزوجين.

وليست أيضا سدا لحاجتها إن كانت محتاجة بل هي واجبة لها على الزوج من حين العقد،¹ يرى الحنفية أن النفقة تعد عوض عن ملك النكاح غير أن النفقة غير المنصوص عليها في العقد لا تكون عوضا،² فيما يرى المالكية بأن الإنفاق يكون بتمكين المرأة نفسها للرجل،³ تجب النفقة مقابل التمتع بالزوجة فالقاضي يجب عليه عند الحكم بالنفقة أن يراعي حالة الزوجين المادية وتحقق ظروف التمتع بالمرأة،⁴ جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأن: "حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما"،⁵ أما الشافعية فإن لديهم في ذلك رأي قديم بأن الإنفاق يتم بمجرد العقد ولا يتوقف على التمكين فيما يعتبر الإنفاق بالتمكين هو الموقف الحديث للشافعية.⁶ جاء في المادة 194 من مدونة الأسرة المغربية ما نصه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء بها أو دعوته لذلك بعدما يكون قد عقد عليها"، وبالتالي تجب النفقة في التشريع المغربي بمجرد العقد للزوجة الحق في النفقة بالدخول بها أو دعوته للدخول بينها، والمقصود بالدخول هنا هو الخلوة الصحيحة وليس الوطء فقط. غير أنه ما يهمننا في هذه الدراسة هو إلزام الزوج بالإنفاق واشتراك الزوجة في ذلك، إذ أنه كأصل عام تجب النفقة للزوجة على زوجها غير أنه يكون للمرأة الموسرة خيار المشاركة في الإنفاق على الأسرة من عدمه فيما تلتزم بالإنفاق مدة إعسار الزوج، وهو ما نصت عليه م52 من مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد المذكور سابقا، فالأصل في النفقة الزوجية أن يلتزم الزوج بالإنفاق باعتباره صاحب القوامة ومدبر البيت والأسرة وصاحب المال، حيث يكون الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته حتى وإن كانت ميسورة ماديا أو أنها

¹ بوخاتم أسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2006-2007، ص.9.

² الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، كتاب الطلاق، ط2، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص.604.

³ النفقة واجبة بإجماع جمهور الفقهاء والإختلاف يكمن في كيفية وجوبها بالعقد أو الدخول، فلدى مالك لا تجب النفقة حتى يدخل الزوج بزوجه أو يدعوها إليه "أي تجب النفقة بالدخول"، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق ص.103، الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.125. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، د.س، ص.508. وهو نفس رأي الحنابلة كذلك في مقابل التمكين: منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأفتاء، ج4، المرجع السابق، ص.401-412.

⁴ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.508.

⁵ قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/02/10، الملف رقم 39394، م.ق، ع1، 1989، ص.111.

⁶ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.558. مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص.170-176.

قبلت بأن تشارك زوجها في الإنفاق، فإنه لا يمكن أن يسقط الإلزام عن الزوج بالإنفاق عليها حتى وإن تم الاتفاق بينهم طبقاً لنص م 37 ق.أ أو قد ورد شرط في عقد الزواج أو عقد لاحق طبقاً لنص م 19 ق.أ، وهو ما أكدته قرارات المحكمة العليا حيث جاء في إحداها ما نصه: "من المقرر شرعاً أن النفقة حق ثابت من حقوق الزوجة يتعين على القاضي الحكم بها..."¹، غير أن المشرع التونسي قد خرج عن هذا الأصل فألزم الزوجة بالمساهمة في الإنفاق إن كانت ذات مال، غير أن هذه المساهمة لم تفقدها حقها في طلب التطبيق لإعسار الزوج من الإنفاق، وبالتالي فإن الأصل في التشريع التونسي هو إلزام الزوج بالإنفاق إستثناءً يجب على الزوجة المساهمة في ذلك بصيغة الوجوب.

2- مشاركة الزوجة العاملة في الإنفاق:

إن انتشار ظاهرة عمل المرأة ودخول الزوجة الحياة العملية ومساهمتها فعلياً في الإنفاق مع الرجل، ويظهر ذلك من خلال مساهمتها في راتبها إن كانت عاملة أو تملك أرباح تجارية إن كانت تزاوّل عملاً تجارياً كما قد لا تكون المرأة عاملة ولا تملك مداخيل ثابتة إلا أنها اكتسبت المال عن طريق الميراث أو وصية أو هبة ... فقد يفوق مكسبها أحياناً ما يكسب الرجل، كما قد لا يكون لها مال إلا أنها تساهم بدورها في إثراء ثروة الأسرة وإثراء الذمة المالية للزوج من خلال حسن تدبيرها وإدارتها لشؤون البيت وتوفير المدخرات، كما قد تتنازل في بعض الأحيان عن حقوقها المتمثلة في النفقة المفروضة على الزوج،² كل هذه المظاهر من شأنها أن تطرح عدة تساؤلات هل يمكن لهذه الحالات أن تكون سبباً في إلزام الزوجة بالإنفاق؟

إن خروج الزوجة للعمل لا يسقط عنها نفقتها الواجبة على الزوج والمقررة لها شرعاً وفق الضوابط الشرعية ولا تسقط عنها النفقة إلا بنشوزها فإن كان هذا الخروج نشوزاً منها فإنها لا تستحق النفقة،³ كما أنه لا يوجد في الشريعة الإسلامية ما يمنع المرأة من العمل إن وجدت أسباب تدعو لذلك، وبعد أن حثت الشريعة الإسلامية على عمل المرأة وأجازته فقررت مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في العمل كحق وواجب، فهل يمكن بذلك إشراك الزوجة في الإنفاق؟

¹ قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 10/02/1971، ن.ق، ع2، 1972، ص 66، أشار إليه: جمال سايس، المرجع السابق ص 109 وبلحاج العربي، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 404.

² سمية صالح، النظام القانوني للإشتراك المالي بين الزوجين، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع التونسي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، 2024، المجلد 16، ع02، ص 83.

³ قرار رقم 144، 2/ 16، مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته 16، بدبي الإمارات العربية المتحدة، بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة.

وهو ما يعني مشاركة الزوجة العاملة والموسرة في الإنفاق وبالتالي إعادة النظر في إلزام الزوج وحده بالإنفاق على الأسرة ومساهمة الزوجة العاملة في ذلك، فإنه كأصل عام لا يجب على الزوجة شرعا المشاركة في الإنفاق ولا يجوز إلزامها بذلك إستثناءا يمكنها أن تتطوع لذلك بصفة شخصية، أو أن يتم الإتفاق الرضائي والتفاهم بين الزوجين على ذلك وإذا أسهمت الزوجة فعليا بمالها أو عملها كان لها حق التملك بنسب ما أسهمت به.

وقد طالب البعض بضرورة إلزام الزوجة بالمساهمة في الإنفاق العائلي وخاصة إن كانت تمارس عملا مأجورا أو مهنة خاصة، غير أنه في الواقع فإن هذه المطالب مبالغ فيها كما أنها تخالف أحكام الشريعة الإسلامية التي جعلت الإنفاق واجبا على الزوج وحده، والأكثر من ذلك أنه لا يجوز أن يشترط على زوجته مثل هذه الشروط في عقد الزواج.

الأصل في التشريع الفرنسي هو إشتراك الزوجة في الإنفاق مادام يأخذ بنظام الإشتراك في الأموال المكتسبة كنظام مالي للزوجين وبالتالي لا تقوم مشكلة مسؤولية الزوجين في الإنفاق، أما في التشريعات التي تأخذ بنظام فصل الأموال فالأصل إلزام الزوج بالإنفاق استنادا لأحكام الشريعة الإسلامية، غير أن الإسلام قد أجاز للمرأة أن تساعد زوجها في الإنفاق من مالها الخاص عن طيب نفس وخاطر منها، وإن وجدت ظروف لذلك كمرض الزوج أو إعساره أو إفلاسه أو إتفاقيهما على ذلك.¹

كما أن جميع المذاهب الفقهية على اختلاف آرائهم لم يلزموا الزوجة بالإشتراك في الإنفاق ولم يجبرها على ذلك حتى وإن كانت موسرة أو عاملة، باستثناء ابن حزم الظاهري الذي يرى بأن الزوجة الموسرة ملزمة بالإنفاق في حالة إعسار زوجها، ونتيجة لذلك فقد أخذت جميع التشريعات العربية بنظام انفصال الأموال بين الزوجين وكأصل عام يلزم الزوج وحده بالإنفاق، حتى في حالة إعساره أو أن الزوجة كانت موسرة الحال باستثناء التشريع التونسي الذي ألزم الزوجة بالمساهمة في الإنفاق إن كان لها مال.²

فهل يندرج هذا الإتفاق ضمن نظام الإشتراك المالي الحديث؟ وهل يمكن اعتبار نظام الإشتراك في الأموال المكتسبة خاضع لنص م37 من ق.أ، أم أنه يمكن إدراجه ضمن نظام الإشتراط في عقد الزواج إنطلاقا من مبدأ خيار الشرط الذي تقره الشريعة الإسلامية وبالتالي إخضاعه لنص م19 من ق.أ؟

¹ خليفة علي الكعبي، نظام الإشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الفقهي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2010، ص.262.

² رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية ط2، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص.99.

إن إشتراط المرأة للعمل في عقد الزواج طبقا لنص م19 من ق.أ، أو قد يشترط هو من زوجته ترك العمل لمصلحة الأسرة والأولاد، ومع ذلك لا يجوز شرعا ربط الإذن للمرأة بالعمل بمشاركتها في الإنفاق أو إعطائه جزء من راتبها أو كسبها بصفة إلزامية، كما أنه لا يمكن للزوج أن يجبر زوجته على العمل خارج البيت إلا برضاها، هناك ما يسمى بالمشاركة في عقد الزواج وفيها يبدي الزوجان رغبتهما في هذه المشاركة المالية، التي يعقدانها أمام الموثق قبل إبرام الزواج يبينان فيها النظام المالي الذي اختاراه وقد يتم الزواج دون مشاركة، فإذا لم يختار الزوجان في مشاركة الزواج النظام المالي الذي يحكمهما فإنه في التشريع الفرنسي يتم تطبيق نظام المساهمة المقتصرة للمكتسبات، إذ أن المشرع الفرنسي أعطى الخيار للزوجين بين نظام انفصال الذمة المالية ونظام وحدة الذمم، غير أنه اعتبر الأصل هو نظام الإشتراك على خلاف المشرع التونسي الذي يقضي بأنه إذا سكت الزوجان أو لم يتفقا على النظام المالي يتم الإلتجاء آليا لتطبيق نظام الفصل في الأموال باعتباره المبدأ والأصل.¹

3- حرية المرأة في التصرف بمالها الخاص دون إذن زوجها

للمرأة الراشدة ذمة مالية مستقلة بحيث تكون سيدة أموالها حرة في التصرف فيه، عند جمهور الفقهاء خلافا للمالكية الذين قيدوا تصرف المرأة في مالها بإذن زوجها إلا إذا تعلق الأمر بعقود التبرعات، على أن تكون في حدود الثلث فإن زادت عن ذلك يجب أن تصدر بإذن الزوج، كون هذا التصرف يمس بحقه خصوصا إذا كانت نيتها الإضرار بالزوج وإلا كان هذا التصرف باطلا، إلا أنه إذا كانت أقل من الثلث أو في حدوده فهو جائز حتى وإن كانت تقصد الإضرار، بينما ذمة المرأة المتزوجة قد وقع بشأنها خلاف لدى كثير من الفقهاء إذ يقول مصطفى السباعي بأن: "شخصية المرأة لا تمحى بدخولها في الحياة الزوجية كما أنه لا يمكن أن تغطي عليها شخصية الزوج، فإن المرأة في جميع الأحوال لا تزال تنسب لعائلتها وتحمل اسم أبيها، فهي بالتالي مستقلة كل الإستقلال بالنسبة لشؤونها المالية الخاصة ولا سلطان للزوج عليها".²

المشرع الجزائري من خلال نص م37 من ق.أ فيما يخص إستقلالية الذمة المالية لكلا من الزوجين، إلا أن ما يلاحظ هو فيما تم الإستغناء عنه من قبل المشرع حسب إلغائه لنص م38 من ق.أ رقم 84-11 عبارة "حرية المرأة في التصرف بمالها"، وكأن المشرع الجزائري يريد القول بأنه إذا ما تم الإتفاق بين الزوجين على أن تكون الأموال مشتركة فليس للمرأة في هذه الحالة الحرية في التصرف في مالها، كما أن مدونة الأسرة المغربية هي

¹ كريمة محروق، أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع دراسة مقارنة، ط1، منشورات ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر 2019، ص.40-41.

² مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط9، ج1، دار الرواق، دمشق، 2001، ص.28.

الأخرى نصت من خلال مادتها 49 على أن لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر،¹ غير أن كل مشروع يختلف عن الثاني في مسألة الدقة فقد أضافت أنه يجوز في إطار تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية الإتفاق على استثمار هذه الأموال وتوزيعها بينهم، وقد خالف بموجب ذلك المذهب الفقهي المعتمد في المملكة المغربية ونحى إلى تطبيق رأي الشافعية والحنفية في المسألة.²

يعتبر المشرع الإماراتي في هذا الصدد المرأة الراشدة حرة في التصرف بأموالها، وأنه لا يجوز للزوج أن يتصرف في أموالها دون رضاها لأن ذلك يعتبر من قبيل التصرف في مال الغير، فلكل منهما ذمة مستقلة عن الآخر أما إذا شارك أحدهما سواء الزوج أو الزوجة في تنمية مال الأسرة أو بناء المسكن، وحصل طلاق أو وفاة فإنه يمكن لأحد الزوجين الرجوع على الآخر بما له عنده من نصيب، وكان هذا وفقاً لما جاءت به نص م 26 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات، وكان هو التشريع الوحيد الذي نص صراحة على الآثار ولو أنه كان ينقصه بعض التفاصيل.

ثانياً: تنظيم العلاقة المالية بين الزوجين

إهتمت التشريعات القديمة بصفة عامة بتنظيم العلاقات المالية بين الزوجين لما لها من دور مهم في تكوين وحسن سير مستقبل الأسرة، بينما كانت الشريعة الإسلامية تعتمد نظام انفصال الأموال بين الزوجين كما أن جميع قوانين الدول العربية كانت تأخذ به،³ نعالج في هذا الصدد علاقة كل من الزوجين بأمواله وأموال الزوج الآخر وعلاقتهما معاً بالأموال المشتركة، (طبيعة النظام المالي للزوجين) ومن ناحية أخرى علاقة كل من الزوجين بالديون المترتبة بذمته والديون المترتبة بذمة الآخر وعلاقتهما بالديون المستحقة عليهما معاً. وأخيراً فكرة الإنفاق الزوجي من ناحية إلزام أحد الزوجين بالإنفاق لوحده أو إلزام أحدهما بالإنفاق ومساهمة الآخر بذلك أو إلزامهما معاً بناءً على إتفاقهما المشترك (آثار نظام الإشتراك المالي بين الزوجين)

¹ جاء فيها مانصه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الإتفاق على استثمارها وتوزيعها، يضمن هذا الإتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج ... إذا لم يكن هناك اتفاق يتم الرجوع للقواعد العامة للإثبات".

² أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج 5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص 492.

³ حيث جاء في الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية (رقم 66 لسنة 1956) أنه: لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة، وهو ما كانت تنص عليه م 38 من القانون رقم 84-11، المتضمن ق.أ، لسنة 1984، أن: للزوجة الحق في التصرف في مالها، وم 35 من مدونة الأسرة المغربية (رقم 343-1/57 لسنة 1957) هي الأخرى نصت على أن للمرأة حريتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة الزوج.

وبالتالي بيان حقوق وواجبات كل من الزوجين من حيث ملكية الأموال وإدارتها والإنفاق بها، وكذا الديون التي تتم قبل الزواج وأثناء قيامه وبعد انحلاله.

أ- طبيعة النظام المالي للزوجين

النظام المالي للزوجين هناك من يعتبره عقدا وهناك من يعتبره كأثر من آثار الزواج وهناك من يدرجه ضمن الحقوق العينية، تجدر الإشارة إلى أنه في الفقه الإسلامي يوجد النظام المالي للزوجين ولا وجود لنظام الإشتراك المالي بين الزوجين.¹

وقد كان من بين الاقتراحات لتصحيح توجه الباحثين أن أضاف الأستاذ الباحث خليفة علي الكعبي عبارة "الإشتراك" لمصطلح "النظام المالي"، كون هذا الأخير ينصرف لمعنى النظام المالي المعروف والمستمد من الفقه الإسلامي، والذي يضم كل من المهر والنفقة والمتعة في ظل النظام الخاص بعقد الزواج وآثاره، وبالتالي يجب العمل على فصل عقد الشركة عن عقد الزواج حتى يتحقق عدم التعارض هذا،² وأن جميع الأنظمة المالية التي ظهرت في الدولة الغربية تندرج ضمن مسمى واحد ألا وهو "نظام الإشتراك المالي بين الزوجين"، وهو ما اتجه إليه كذلك الأستاذ حسن بغدادى والذي تناول ضمن بحثه "نظام الأموال بين الزوجين" ما يقارب سبعة أنظمة مختلفة.³

غير أنه لا يمكن أن نحصر النظام المالي على الإشتراك فقط، فقد رأينا أنه يضم كذلك المساهمة فالكلمتين طبعاً تحتلفان فالمساهمة تكون دفعة واحدة، أي أن الزوج أو الزوجة يساهمان بما لديهما من أملاك أو أنهما يتفقان كما رأينا على أن تقتصر المساهمة على بعض الممتلكات، بينما الإشتراك يكون على مراحل طول مدة الشراكة وكأنها شركة، كما أن المشرع الفرنسي نجده قد ترك الحرية للزوجين في اختيار أي الأنظمة المالية التي يودون من خلالها تنظيم أموالهم، فإن لم يتم الإتفاق فإنه يلزمهم قانوناً بنظام الإشتراك المقتصر على المكتسبات.

كما أن جميع هذه الأنظمة تقوم على مبدئين: إستقلالية كل من الزوجين بأمواله الخاصة وممتلكاته الشخصية، وأموال مكتسبة خلال قيام العلاقة الزوجية وإتباع نظام معين وهي الأموال المشتركة، كما ترك لهم

¹ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 20.

² خليفة علي الكعبي، المرجع نفسه، ص. 76.

³ النظم المعتمدة في فرنسا أربعة: نظام إشتراك الأموال، نظام عدم الإشتراك في الأموال، نظام البائنة أو الدوطة، نظام فصل الأموال، وفي سويسرا ثلاث أنظمة: نظام إتحاد الأموال، نظام الإشتراك في الأموال، نظام فصل الأموال، حسن بغدادى، نظام الأموال بين الزوجين وصلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي والحق العيني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية جامعة الإسكندرية، مصر، 1957، ع12، ص. 103-104.

المجال في تعديل النظام المالي وفق إجراءات خاصة بمرور مدة زمنية حددت بثلاثة أشهر وفق ما جاء في الفصل 1397 من ق.م.ف المعدل،¹ فيما إتفقت غالبية التشريعات على أنه يتم الإحتكام لقواعد القانون المدني وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة وكذا مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، في إعطاء الزوجين الحرية الكاملة في اختيار النظام المالي الذي يريانه مناسباً لتنظيم علاقتهما المالية.²

ب- آثار الاشتراك المالي بين الزوجين:

لنفترض أنه حصل هناك طلاق أو وفاة فكيف يكون مصير هذه الشركة؟ إذ أن الإشكال ليس في تأسيس شركة مهما كان نوعها مادام أن هناك إتفاق بين الزوجين، الإشكال يثار إذا ما تم حل تلك الشركة أو حصل طلاق أو وفاة، فكيف يتم اقتسام الأموال؟ وما هي نتيجة الأخذ بهذا النظام خصوصاً في حالة ما إذا ثار نزاع بين الزوجين أو حدثت وفاة، إذ أن الأمر في هذه الحالة يتعلق بالميراث أو الوصية إذ أنهما لا يدخلان ضمن هذا النظام في كل من القوانين التي تأخذ به سواء العربية منها أو العربية؟

1- المشكلة التي تثار في حالة وفاة أحد الزوجين أو إنهاء العلاقة الزوجية

في ظل نظام الإشتراك في الأموال للزوجين أن يتفقا على تدبير شؤونهما المالية في بداية حياتهما الزوجية ويحددان نصيب كل واحد منهما من هذه الأموال عند نهايتها بالوفاة أو الطلاق.

هناك من أبدى تحفظه على هذا النظام ومن ذلك الأستاذ نوح علي القضاة، كونه يتداخل مع القواعد الشرعية الثابتة كالنفقة والمهر، والمتعة والميراث، إذ يقول: "أما اقتسام الأموال مناصفة أو بنسب يتم تقديرها من طرف الزوجين عند الطلاق أو الوفاة فإن هذا يعد خروجاً عن أحكام الشريعة الإسلامية"،³ إذ يعتبر الميراث من الثوابت الشرعية التي لا يجوز المساس بها، وأن "اشترك الذمة" إنما هي محاولة تعديل العلاقة المالية بين الزوجين لتصبح ذمة مشتركة أو قريبة من الإتحاد بين ذمتين إنما هو محاولة لتطويع التشريع الإسلامي وطمسه بالتشريع الغربي،⁴ فما مصير تلك الأموال التي تملكها الزوجة من بعد وفاتها في ظل نظام انفصال الأموال، وكذا في ظل نظام الإشتراك فهل يستفيد الزوج من تركتها؟

¹ كريمة محروق، المرجع السابق، ص. 67.

² كريمة محروق، المرجع نفسه، ص. 43.

³ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 170.

⁴ خليفة علي الكعبي، المرجع نفسه، ص. 261.

بالنسبة للشريعة الإسلامية كان موقفها واضح في ذلك إذ أن كلا من الزوجين يرث الآخر وفق نصاب محددة شرعا دونما النظر إلى من ساهم أكثر في الإنفاق على الأسرة، وبالتالي يمكن القول أن نظام انفصال الأموال في هذه الحالة هو نظام ذات مرونة وسلاسة في التطبيق بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية، من خلال مبدأ شرعية اقتسام ما تم اكتسابه أثناء الحياة الزوجية بين الزوجين ليس في حالة الطلاق فقط وإنما حتى في حالة الوفاة، بحيث تأخذ أرملة المتوفى عنها قيمة عملها من مجموع التركة كدين في ذمته، كما تأخذ نصيبها من الميراث يرى الإمام مالك في هذا الصدد أن المرأة إن كانت تعمل في البيت، كأن تغزل أو تنسج فإنها تعد شريكة للزوج فيما استفاد من خدماتها إنصافا بينهما أي بنسب النصف وهو ما يعرف بحق الكد والسعاية.¹

فالزوجية بعقد نكاح صحيح هي من أقوى العلاقات الاجتماعية فقد جعل الله للزوج على زوجته حق مفروض، وورث الزوجة من زوجها وذلك لوجود صلة الزوجية كونها شريكة له في حياته بيسرها وعسرها، وربما قد تكون هي من ساهمت في تكوين الثروة التي تركها الزوج، فهما في هذه الحالة كالشريكين المتعاونين على مصالح الأسرة والأولاد، فمن العدل أن يكون لها نصيب يعينها على الحاجة والفقر في حالة غياب الزوج أو وفاته، فالزوجة ترث الفرض المقدّر لها في الكتاب بالإضافة إلى ما ساهمت به باعتبارها شريكة لا زوجة.

كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي فليس للزوج في ظل نظام الإشتراك صفة الوارث الشرعي، إذ أنه يمكن له أن يحرم من التركة إذا ما تصرفت الزوجة بمالها عن طريق الهبة أو الوصية، كما أنه يكون لكل واحد من الزوجين قيمة نصف الأموال المشتركة بالتحلل عقد الزواج، وبناءً على ذلك نجد المشرع الفرنسي يستثني من المكتسبات التي لا تدخل ضمن الأموال المشتركة المنقولات أو العقارات المتحصل عليها عن طريق الإرث أو الوصية أو الهبة، وكذا الأموال الشخصية كالملابس وأدوات العمل وكل تعويض عن ضرر سواء كان مادي أو معنوي ...، أما بالنسبة لنظام إتحاد الأموال فإنه بإنتهائه بإختيار الزوجين أو بالطلاق أو الوفاة يتم فرز ملكية كل منهما ثم حساب نتيجة الإتحاد المالي من حيث الخسارة والربح،² وقد لا ينتهي نظام الإشتراك في الأموال بين الزوجين بانتهاء الرابطة الزوجية كما هو الحال بالنسبة للطلاق الجسماني المطبق في بعض الدول الأوروبية على غرار فرنسا وبالتالي يبقى قائما لحين وفاة أحد الزوجين.

¹ الفاخوري إدريس، دور الإرادة في إبرام عقود الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة الجديدة، مجلة القصر، المغرب، 2004 ع9، ص.17.

² خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.92-94.

2- الديون المستقلة والديون المشتركة المستحقة على الزوجين

فيما يتعلق بالديون المستحقة بين الزوجين فإن إعمال نظام انفصال الأموال هو الأكثر ملاءمة، بحيث يكون فيه لكل منهما ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، فكما هو معروف أن دائن الشركة العادية لا يستطيع أن يقضي دينه من أموال الزوج الخاصة، "ليس على إطلاقها إذ أنه يوجد أنواع من الشركات التي يتم فيها ذلك" كما أن الإشكال يثار في حالة الطلاق أو الوفاة فكيف يكون مصير تلك الأموال؟ كما يتساءل أحد الباحثين فيما مصير "الذمة المالية" إذا كان للزوج أربع زوجات هل ستتحدهم الخمس أشخاص وتصبح كلها ذمة واحدة في حال ما طبقنا نظام الإشتراك في الأموال؟ يمكن أن يكون الأمر بهذا التصور خيالي ومثير للدهشة والإستغراب مما سيترتب عنه من نتائج.¹

وفق نظام انفصال الأموال تكون الديون المستحقة على كلا من الزوجين مستقلة تخضع مسألة الديون فيها بشكل عام للقواعد العامة المتعلقة بالملكية وطرق إنقضاء الإلتزام والتنفيذ الجبري، غير أن ذلك لا يعني بأن التشريعات التي تأخذ بنظام الإشتراك في الأموال المكتسبة تفرض بالمقابل أن تكون الديون المستحقة على الزوجين هي الأخرى مشتركة، إذ أننا نجد في هذا الصدد المشرع الفرنسي بالرغم من أنه من دعاة الإشتراك في الأموال غير أنه عندما تعلق الأمر بالديون، فإننا نجد له رأي آخر خارج هذا النطاق وهو استقلالية الديون المستحقة² وقد أقر المشرع الفرنسي بمشروعية الشركة بين الزوجين سنة 1958 غير أنه لم يكن يعتبر الزوجين مسؤولين تضامنيا عن الديون الناتجة عن هذه الشركة مهما كان نوعها، عملاً بمبدأ المساواة بين الزوجين في أن لكليهما الحق في ممارسة التجارة لحسابه الخاص.³

إذ تنقضي هذه الديون المستقلة المستحقة على كل من الزوجين إما بالوفاء بها، وهو الطريق الطبيعي لإنقضاء الإلتزام أو بما يعادل الوفاء أي إما بمقابل أو عن طريق التجديد أو الإنابة أو عن طريق المقاصة، أو من غير الوفاء بها عن طريق الإبراء أو التقادم المسقط وسيتم تفصيل هذه الطرق عند الحديث عن تنفيذ دين النفقة (في الفصل الثالث)، كما ذكرنا بأن مسألة الديون تخضع للتنفيذ الجبري فإذا امتنع الزوج عن الوفاء بديونه المترتبة بذمته طوعاً كان للدائن إجباره على الوفاء به عن طريق الإستعانة بالسلطة العامة، ونجد من بين الطرق كذلك في انقضاء الدين هو "إتحاد الذمة" فقد تجتمع في الشخص الواحد صفتي الدائن والمدين.

¹ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 262.

² رعد مقداد الحمداي، المرجع السابق، ص. 138.

³ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 66.

وقد عالج المشرع الفرنسي من جهة أخرى مسألة الديون المشتركة المستحقة على الزوجين من خلال تنظيمه للملكية المشتركة لكليهما، وقد وضع لذلك فرضيتين: إما أن يصرح الزوجين بأنهما سيخضعان لنظام الإشتراك في الأموال المكتسبة وإما سكوتهما عن ذلك أو اختيارهما لنظام آخر، وهو ما أشارت إليه م1400 وما يليها من ق.م.ف، حيث تنص م1409 منه بأن: "الملكية المشتركة تكون سلبية في حالة وجود: نفقات مستحقة من قبل الزوجين، وديون هذه الأخير تكون إما ناتجة عن ملكية مشتركة أو أنها وجدت لصيانة المنزل وتعليم الأولاد فيكون في هذه الحالة الزوجين مسؤولين تضامنيا عن الوفاء بها باستثناء الأموال الخاصة المذكورة ضمن نص م1404 من ق.م.ف".¹

فجعل هذه الديون المشتركة تقتصر على الديون المترتبة عن الزواج والحياة المشتركة بموافقة الزوجين ويكونان مسؤولين تضامنيا تجاه الدائنين في هذه الحالة، وتسري عليهما نصوص القانون المدني المتعلقة بالتضامن ما بين المدنيين، وبالتالي يكون للدائنين الحق في ملاحقة الزوجين في أموالهما المشتركة بينما تعتبر الديون المستقلة المستحقة على كل من الزوجين كذلك إذا كانت مترتبة في ذمة كل من الزوجين قبل الزواج، أو الديون التي تولدت نتيجة ميراث أو هبة أو أنها ديون نتجت عن عدم موافقة أحد الزوجين تحملها عن الآخر، أو أنها ديون نشأت عن ممارسة أي من الزوجين لمهنة معينة مستقلة، أما إذا كانا يشتركان نفس المهنة فإنها تندرج ضمن الديون المشتركة وهو ما تضمنته نصوص المواد 1410، 1415 و1420 من ق.م.ف.²

والسؤال الذي يبقى مطروحا هل أن هناك وجود للديون المشتركة المستحقة على الزوجين في قانون الأسرة أم أنه هناك وجود لهذه الديون المشتركة غير أن هذا الوجود غير منظم تشريعيا؟

3- النزاع حول متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري

لقد وضع الفقهاء لحل هذا النزاع المتعلق بمتاع البيت ضوابط يتم من خلالها التمييز بين ما هو معتاد للرجال وما هو معتاد للنساء،³ وتحديد ذلك يرجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع أما إذا لم يعرف أيهما خاص بالنساء أو الرجال فإنه يتم مقاسمتها مشاركة، وبناءً على ذلك هناك من جمع بين استقلالية الذمة المالية

¹ الأموال الخاصة وهي الملابس البيضاء ذات الطابع الشخصي لأحد الزوجين، النفقة الشخصية،... إلخ حتى وإن كانت مكتسبة خلال الزواج.

² رعد مقداد الحمداي، المرجع السابق، ص.177.

³ الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.80.

للزوجين وبين الاتفاق على إدارة الأموال المكتسبة، ونظرا لعدم وجود ضمانات كافية فيما يخص مساهمة المرأة في الثروة العائلية فإن هذا ما يجعل الكثير من النساء يتحفظن في المساهمة أو يساهمن ولكن بحرص شديد.¹

فعندما يثور نزاع حول الأشياء ذات الإستعمال المشترك بين الزوجين أو أنه لم يعرف إن كانت مخصصة للرجال أو النساء، لم يتعرض المشرع الجزائري لأحكام المتاع المشترك بين الزوجين في قانون الأسرة وجاء بمادة وحيدة هي م73 تنص على أنه: "إذا وقع نزاع بين الزوجين فيما يخص متاع البيت وليس لأحدهما بينه فالقول للزوجة مع يمينها في المعتاد للنساء، والقول للزوج مع يمينه في المعتاد للرجال، والمشاركات يتقاسمها بينهم مع اليمين وبالتالي فإنه يخضعها لقواعد الإثبات العامة،² وبخاصة قاعدة "البينة لمن ادعى واليمين على من أنكر".³

حيث يجوز للزوجين أن يتفقا على الإشتراك في ملكية متاع البيت وإذا قام نزاع حول ذلك فإنه يقسم بينهما بالتساوي، وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "إذا اختلف الزوجان حول متاع البيت وكان مما يصلح للنساء يقضى للزوجة بما تطلبه مع يمينها".⁴

كما لا يوجد في القانون المدني الجزائري ما ينظم الملكية المشتركة بين الزوجين، وبالتالي فهي الأخرى تخضع للأحكام العامة لقسمة الملكية الشائعة طبقا لنص م722 وما يليها من ق.م،⁵ كما جاء في نص م181 من ق.أ أنه: "يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين 109 و173 من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة"، غير أن هذا التنظيم لا يعني استحداث نوع جديد من الملكية الشائعة فعندما نود التفريق بينه وبين نظام الإشتراك، فإن الأصل في الملكية الشائعة أن تتم إدارة المال الشائع بتراضي جميع الشركاء في الشيوع أو أغلبيتهم على الأقل بينما في نظام الإشتراك يستقل الزوج بالإدارة والإنتفاع، كما أن الملكية الشائعة بين الزوجين تنشأ عن عقد الزواج وتنتهي بانتهائه، بينما تنشأ الملكية الشائعة بطرق اكتساب الملكية وتنتهي بانقضائها، كما تنتهي بقسمة المال المشاع وانفرد كل شريك بالجزء المفرز من المال بما يتناسب مع حصته كما

¹ مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2005-2006، ص.278.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.148-149.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 18/07/1988، ملف رقم 50075، م.ق، ع4، 1990، ص.64.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 27/01/1986، ملف رقم 39775، م.ق، ع1، 1989، ص.108.

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 13/03/2002، ملف رقم 277411، م.ق، ع2، 2004، ص.359، المحكمة العليا غ.أ.ش.م، 21/04/1998، ملف رقم 189245، ع.خ، 2001، ص.242.

قد تتم باتفاق الشركاء، وإذا تعسرت القسمة بطريقة ودية يتم ذلك أمام القضاء إذ أنه لا يجوز إجبار شخص على البقاء في الشيوع إلا بنص القانون أو الإتفاق المسبق وهذا ما نصت عليه المادتين 722، 723 من ق.م. فيما حصر المشرع التونسي في هذا الصدد التصرفات التي تندرج ضمن نظام الإشتراك في متاع البيت والتي تحتاج اشتراط موافقة كل من الزوجين، من بينها نجد التصرفات الناقلة للملكية كعقود التبرعات أو البيع وتصرفات غير ناقلة للملكية ككراء العقار المشترك لمدة تفوق 3 سنوات، أو إنشاء حقوق عينية كحق الإنتفاع أو الإستعمال أو السكنى ...، وهو ما جاء في الفصلين 16 و 17 من قانون نظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين.¹

المطلب الثاني: الآثار الناشئة عن اعتبار الزواج مؤسسة

يعرف في هذا الصدد الفقيه بورتاليس Portalis الزواج بقوله: "هو الشركة التي تجمع بين الرجل والمرأة لاستمرار بقاء النسل وليساعد كل منهما الآخر بالمعونة المتبادلة لحمل أعباء الحياة وليتقاسما أقدارهما المشتركة".² ومن الآثار الإيجابية التي تنتج عن اعتبار الزواج مؤسسة هو اتحاد الذمة المالية للزوجين أو ما يطلق عليه بالإشتراك المالي بين الزوجين، هذه الشركة الإتفاقية بين الزوجين يطلق عليها نظام المساهمة في المكتسبات،³ كما أن من إيجابيات هذه الرؤية أنها تدعو الزوجين للاتفاق بشأن الآثار المالية للزواج، وبالتالي تسيير أموالهم المشتركة هذا من جهة وأما من جهة ثانية فهو الآخر لم يسلم من السلبات، ومن بين سلبات الرؤية المؤسساتية أنها لا تعترف بالتعدد حتى وإن كان الزوجين على سبيل المثال عقيمين فلا يسمح له الزواج من ثانية، وذلك للمحافظة على الإتحاد الجسدي والتي تعني وحدة حياتين وعقلين وجسدين مثل المؤسسة.⁴

¹ سمية صالح، المرجع السابق، ص. 89.

² Edwige Rude- Antoine, mariage libre, mariage forcé, la nature humaine, presses, Univ- de FR, 2011.

³ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 15.

⁴ من المستحسن أنه لا يزيد عن واحدة إذا حصل بها العفاف لأن الاقتصار على واحدة راحة وسكينة، أما التعدد فهو رخصة وفي التعدد لغير ضرورة أو حاجة متاعب كثيرة ومضار ومشاكل معقدة وهموم متلاحقة، كما يجب فيها أن يكون الزوج ذو جاه ومال لتحقيق العدل المطلوب شرعا منه في الأمور المادية المأمور بها، محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 109. كما أن ميول القلب ليس بوسعه الإنصاف فيه ولو حرص على ذلك، وهو الآخر مأذون به شرعا ويدخل في العدل الواجب بين الزوجين لقوله تعالى: "وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا رَحِيمًا"، سورة النساء، الآية 129.

كما تتجلى سلبية هذه الفكرة في أنها تروج للزواج المثالي فبالاعتراف بالزواج كمؤسسة مدنية ما يعني تبادل الأدوار، وإلغاء فكرة الزواج واستبدالها بمفهوم الاتحادات المدنية أو الشراكات الأسرية والتي تتيح الزواج خارج إطاره، وهذه الفكرة هي ما حملت الآراء الشاذة إلى الاعتراف بالزواج من نفس الجنس والحرية في الزواج. فإن هذا التكيف هو الآخر أصبح محل نظر نتيجة ما تولد عنه من أفكار غريبة تمس بالثوابت الشرعية في البلدان الإسلامية، ومن بينها كما ذكرنا مسألة التعدد والحرية في عقد الزواج مع من يشاء.

وهذه الأفكار العلمانية التي تعترف بالحرية الجنسية وإنشاء اتفاقات مدنية وشراكات أسرية تضاهي مؤسسة الزواج، غايتها الاعتراف القانوني بعدها بالزواج المثالي كونه يندرج ضمن الحرية الفردية، وهنا يكمن تأثير قواعد القانون المدني على إنشاء الروابط الزوجية، ومن جهة أخرى تسعى الإيديولوجية الفردية الليبرالية لتجريد الزواج من طابعه المؤسسي، بحيث ترفض إخضاع مؤسسة الزواج لقانون الدولة وهو سعي منها لفصل الدين عن الدولة.¹

الفرع الأول: تقييم نظام انفصال الأموال بين الزوجين والقبول بنظام الإشتراك في الأموال المكتسبة

يرى كل من الأستاذ الطيب اللومي والأستاذ عبد الله علي حسين في نهاية بحثهما، أن نظام الإشتراك المالي هو نظام ذو طبيعة خاصة، كما اتبعهم في ذلك الأستاذ خليفة علي الكعبي بحيث توصل الباحث من خلال بحثه إلى عدم قبول نظام الإشتراك بشروطه وأركانه، وأفكاره الداعية إلى تحرير المرأة وتحقيق المساواة المزعومة ومخالفته للقواعد الفقهية، وإذا ما تم قبوله فإنه نظام خاص بالتشريعات الغربية ليس له أساس في الفقه الإسلامي. أما من ناحية الشريعة الإسلامية فإنه يمكن قبوله في حالة واحدة فقط إذا ما كان هذا النظام في صورة شركة مضاربة أو شركة عنان أو عن طريق الوكالة أو في صورة إجارة، ماعدا ذلك فإن هذا النظام لا نجد له تأصيلاً في الشريعة الإسلامية.²

غير أن هذا ليس حل وإنما يجب البحث عن هذه الطبيعة الخاصة وتأصيلها الشرعي والقانوني حتى يتسنى لنا إما الأخذ بهذا النظام أو التغاضي عنه، بحيث لا يمكن إلصاق مصطلح النظام الخاص وتركه مبهم ونترك علامة إستفهام لا يعرف أي حكم ينظمه أو يطبق عليه، إذ أنه يجب البحث فيما يتمثل مصطلح نظام خاص الذي تم اقتراحه من قبل بعض الباحثين، كما أن رفض العمل بهذا النظام نتيجة لا نحبذ الوصول إليها إذ أننا لا ننكر ما له من إيجابيات، وإغفال ما له من ميزات ومزايا إذا أخذنا بالجانب الإيجابي منه من بينها أنه

¹ إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص. 17 وما يليها.

² خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 153-159.

يسعى لحماية الممتلكات في حالة لم توجد ثقة بين الزوجين وحصل نزاع خصوصا المرأة باعتبارها الطرف الضعيف دائما بالعلاقة وتجد نفسها مرمية في الشارع بعد إنهاء العلاقة الزوجية.

إلا أنه ليس بالأمر الهين أن يتم تبني نظام الإشتراك وتنظيمه إذ أننا كما يقال لسنا بحاجة لنظام خاص وإنما نحن بحاجة لنظام تشريعي خاص يخضع له النظام المالي بين الزوجين، وأمام جهل الأزواج بهذا النظام وغياب الوعي القانوني يجب العمل على إرشادها لذلك، ولتحقيق ذلك فإن هناك من أخذ بنظام الإشتراك المالي بين الزوجين في صورة مبدأ شرعي ألا وهو نظام الكد والسعاية وهو ما انفرد به القانون المغربي، وأشار إليه بموجب نص م49 من مدونة الأسرة وأنه إذا لم يكن هناك اتفاق حول توزيع الأموال الزوجية المكتسبة يتم الرجوع للقواعد العامة للإثبات، وبالتالي سيتم في الأخير دراسة طبيعة نظام الإشتراك المالي وعلاقته بمبدأ الكد والسعاية.

أولاً: الأصل إستقلالية الذمة المالية

"نظام انفصال الأموال بين الزوجين، والذمة المالية وعلاقتها بالنظام المالي، إقرار مبدأ الذمة المالية بين الزوجين، الحقوق ذات القيمة المالية..." كل ذلك يدخل ضمن الذمة المالية للشخص كالحق في النفقة، حق الإرث، حق التعويض عن الضرر المادي والمعنوي،... إلخ¹ وبالتالي فإن مكونات الذمة المالية تكمن في:

- الأموال المنقولة والعقارات التي تم اكتسابها قبل إبرام عقد الزواج
- الديون المستحقة للزوجين اتجاه الغير والديون الموجهة لفائدة الغير
- ما قد يؤول عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو عن طريق التعويض الشخصي
- الصداق والهدايا التي يقدمها الزوج أثناء الخطبة وعند إبرام العقد
- ما تحضره الزوجة لبيت الزوجية من أثاث وأمتعة ومجوهرات ومواد أخرى.²

¹ يجب التفرقة في هذا الصدد بين الحقوق المالية والحقوق الشخصية، إذ أن الفقه الإسلامي ينظر للذمة كمظهر للشخصية القانونية وبالتالي فهي من الحقوق الشخصية، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، المرجع السابق ص.223.

² بوخاتم أسية، نظام أموال الزوجين بين الانفصال والتداخل دراسة في ضوء قوانين الأسرة المغربية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية جامعة الجلفة، 2015، المجلد8، ع1، ص.319.

فالدّمة المالية لا تتعدد ولا تتجزأ بينما النظام المالي ونظام الدّوطة¹ المعمول به في فرنسا تتعدد فيه ذمة المرأة المالية لتصبح لها أكثر من ذمة مالية، لأن هذه الأموال التي تقدم للزوج وكأنها صارت أموال مشتركة وبالتالي تصبح بهذا المعنى تتعارض مع مبدأ إستقلالية الذمة المالية،² وتتجلى غاية الإعتراف القانوني للمرأة بذمتها المالية في ضرورة الحفاظ على التوازن المالي للأسرة، مادام أن الظروف الإقتصادية الحالية قد عرفت تطورا كبيرا وكان ذلك نتيجة انخراط المرأة في سوق الشغل وولوجها العمل المأجور، فكان لا بد من إعادة النظر في الإلتزامات والحقوق الموجهة لكل طرف في العلاقة،³ غير أن الإستقلال النظري للذمم المالية بين الزوجين يبقى نظريا إلى حد كبير، وبالتالي فإنه يصطدم مع الحياة الواقعية لوجود فرق شاسع بين النظري والتطبيقي، وما تمليه النصوص القانونية يظل حبرا على ورق إذا لم يتم التجسيد الفعلي لهذه النصوص.

ثانيا: التنظيم التشريعي للملكية المشتركة بين الزوجين

اقتصر المشرع الجزائري على استخدام لفظ "الأموال المشتركة" من خلال نص م37 وكما نعلم أن هذا لفظ "المال" عام يدخل تحت طياته كل من المنقول والعقار، إذا اتفق الزوجان على المساهمة في أموالهما واستثمارها بعقد أوجب ذلك العقد على كل من الزوجين حقوقا وواجبات يلزم بها اتجاه الزوج الآخر.⁴

بينما نجد التشريع التونسي قد بادر وبصفة استثنائية عن بقية الدول العربية لإصدار قانون مستقل سنة 1998 يتضمن 26 فصلا،⁵ ينظم من خلاله إشتراك الزوجين ويعتبره نظام إختياري ومقتصر على العقارات

¹ الدّوطة أو البائنة: كما عرفته بعض الشرائع في مصر وبابل وروما، وتعني مجموعة الأموال المملوكة للزوجة سواء كانت عقارا أو منقولا ويثبت للزوج حق الإنتفاع بها، ... وبالتالي فإنه مال تقدمه الزوجة للزوج على أن يستعمله للإنتفاع على شؤون الأسرة خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.74.

² رعد مقداد الحمداي، المرجع السابق، ص.19.

³ بوخاتم أسية، نظام أموال الزوجين بين الانفصال والتداخل، المرجع السابق، ص.320.

⁴ قد وضع المشرع الفرنسي مجموعة من القواعد التي تضبط نظام المساهمة في المكتسبات بموجب نصوص المواد 1422-1425، بأن استثنى بعض الأموال الخاصة التي لا يجوز إدراجها ضمن هذا النظام أو أنه لا يمكن للزوجين التصرف فيها دون إذن الزوج الآخر بحيث لا يمكنهم القيام بالهبة مثلا، ولا يجوز أن تتجاوز الوصية حصته في الأموال المشتركة، كما لا يجوز نقل ملكية عقار مشترك بينهما، أو بيع مؤسسة تجارية عائدة للملكية المشتركة، أو التنازل عن استثمار متعلق بالملكية المشتركة، أو التصرف في الأثاث المادي أو أثاث المنزل كل ذلك ما لم تصدر موافقة صريحة وموثقة من قبل أحد الزوجين، خليفة علي الكعبي المرجع السابق، ص.89.

⁵ القانون المتعلق بنظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين، ع91، لسنة 1998، المؤرخ في 9 نوفمبر 1998، المعدل بموجب الرائد الرسمي المؤرخ في 27 نوفمبر 1998، ع94، لسنة 1998.

فقط كما أنه يخضع لعملية الشهر خلال مهلة 10 أيام، ولعل ذلك راجع لإلزام كلا من الزوجين بدفع الضرائب الناتجة عن ذلك العقار،¹ بخلاف ما جاء به المشرع الفرنسي الذي يفرض على الزوجين نظام الإشتراك المقتصر على المكتسبات،² في حالة ما إذا لم يتفقا على نوع النظام الذي يحكم علاقتها المالية أي أنه استثنى من هذه الأموال المملوكة لهم قبل الزواج، أي أن اختيار الزوجين يكمن إما في المساهمة بالمكتسبات أو الإقتصار على بعضها أو النظام الشامل على الأملاك أو نظام إتحاد الأموال،³ كما أن نظام الإشتراك لديه لم يقتصر على العقار فحسب كما فعل المشرع التونسي، وإنما يشتمل على كل مال سواء كان عقارا أو منقولاً مثليا أو قيميا.⁴

وبالتالي تشترك الزوجة مع زوجها ملكية السكن العائلي سواء عن طريق كسب الملكية المعروفة في القانون المدني أو لأسباب خاصة في قانون الأسرة المتعلقة بالحضانة مثلاً،⁵ ولعل ما تتفق عليه جميع الدول التي تأخذ بنظام الإشتراك بأنها أكدت على أن الأملاك التي تندرج ضمن هذا النظام تكون قد اكتسبت خلال الحياة الزوجية أو بعد إبرام عقد الإشتراك، وأن جميع الأموال التي اكتسبها الزوجان وكانت مملوكة لهما قبل الزواج تبقى خارجة عن مجموع النظام المالي، وكل ما حصل عليه الزوجان من أموال عن طريق الميراث أو الهبة أو الوصية يعد من الأموال الخاصة مع اختلاف في طبيعة تلك الأملاك، فالمشرع التونسي أكد على أن العقارات هي وحدها ما يندرج ضمن نظام الإشتراك واستثنى من ذلك المهر باعتباره من الأملاك الخاصة بالزوجة، فيما اعتبر المشرع

¹ بخلاف المشرع الجزائري الذي أغفل تنظيم الديون المشتركة المستحقة من الزوجين تجاه المصاريف والبنوك ومصالح الضرائب وغيرها مما يتعين عليه تنظيمها سدا للفراغ التشريعي، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 337.

² نظام الإشتراك المقتصر على المكتسبات: هو نظام يقوم على التضامن بين الزوجين بالرغم من أنه نظام قانوني يفرضه القانون الفرنسي في حالة عدم اتفاق الأزواج على نظام مالي معين أي أنه يتم من خلاله تقييد إرادتي الطرفين، وقد نظمته المشرع الفرنسي لأهميته بنحو 91 مادة أي من الفصل 1400 إلى الفصل 1491، وهو يعني أن الأموال المملوكة للزوج أو الزوجة تبقى مستقلة قبل الزواج وبمجرد إبرام عقد الزواج تصبح جميع الأموال المكتسبة بعدها أموالاً مشتركة، خليفة علي الكعبي، المرجع السابق ص. 92.

³ النظام الشامل على الأملاك أو نظام إتحاد الأموال: يقوم على فكرة إستقلالية كل من الزوجين بماله ومن ثم دمج تلك الأموال والتي يقوم الزوج بإدارتها والانتفاع بها بمجرد إختيار هذا النظام وسريانه.

⁴ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 70-75.

⁵ كريمة محروق، المرجع السابق، ص. 82.

الفرنسي أن جميع الأملاك الخاصة بالزوجة الحاضرة والمستقبلية سواء كانت منقولة أو عقارية تصبح مشتركة بينهما إذا ما رضيت بنظام المساهمة بالمكتسبات.¹

إن نظام الإشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين هو نظام كان سائدا في بعض الدول الأوروبية من بينها إنجلترا وفرنسا،² أما الفقه الإسلامي فلم يعرف مسألة الإشتراك بين الزوجين في الأموال كظاهرة أو نظام مستقل أو كمصطلح خاص من المصطلحات الشرعية، وإنما كان هذا النظام بين الأزواج من باب البر والتعاون والتكافل الاجتماعي، إذ أن فكرة النظام المالي للزوجين من ناحية تقنيته كصورة عقد إشتراكي كانت بموجب التشريع المدني الفرنسي لسنة 1804، إلا أنه من خلال بعض المعقبين على هذا القانون أنه لا يزال يمنع المرأة بموجب نظام الأموال المشتركة من تصرفات كثيرة إلا بإذن زوجها.³

وفي الأخير نقول أنه بالنظر إلى ما يقدمه نظام الإشتراك من محاسن يعيب البعض نظام فصل الأموال لما له من مساوئ، لأنه لا يحقق الحماية الكافية للمرأة وذمتها المالية خصوصا إذا كانت ذات مال مهما كان مصدره.

الفرع الثاني: التكيف الشرعي والقانوني لنظام الإشتراك المالي

حكمة الله تعالى أن ضرب لنا الأمثال في رسله وخير مثال على نظام الإشتراك في الأموال لرسول الله ﷺ مع سيدتنا خديجة رضي الله عنها لما سلمته ماله للمتاجرة به، وهي أول صورة عرفها الفقه الإسلامي غير أنها لم تأتي بالمعنى التام للإشتراك الذي تشهده القوانين المعاصرة، وإنما جاءت على شكل مضاربة وهي عقد شركة والتي تعني أن هناك شخصين في العلاقة التعاقدية شخص يساهم بماله والثاني يساهم بجهده على أن يكون الربح بينهما بحسب الاتفاق، أما بالنسبة للخسارة فإنها ترجع لصاحب المال هو الذي يتأثر بها دون العامل وبالتالي لا وجود للتضامن هنا لتحمل الخسائر بل يكون كل شخص تعدى على المال أو قصر أو أهمل ضامنا بنفسه، ومثل هذه المعاملة جائزة باتفاق الفقهاء وتقوم على خمسة أركان: العاقدان، رأس المال، العمل، والربح

¹ نظام المساهمة بالمكتسبات: هو يشبه إلى حد ما نظام انفصال الأموال غير أنه يختلف عن هذا الأخير في أنه يتم من خلاله اقتسام الزوجين للأموال التي اكتسبها خلال الحياة الزوجية عند انتهائها مناصفة، كما أنه في حالة وجود الديون فإن الزوجين يعتبرين مسؤولين تضامنيا في تسديدها، بالرغم من أن بعض الباحثين كما يقول خليفة علي الكعبي يستعملون مصطلح نظام المساهمة في المكتسبات للدلالة على نظام الإشتراك في الأموال المكتسبة، خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 88.

² رعد مقداد الحمداي، المرجع السابق، ص. 13-14.

³ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 52.

ويشترط فيها أن تكون بالمال وأن يكون معلوما لا مجهولا معينا لا ديناً،¹ والتي يطلق عليها غالبية الفقهاء مصطلحي "الكد والسعاية" فقد لا تقتصر المشاركة بالمال وإنما تتعداه للمشاركة البدنية بمجهود عملي، يمكن الوصول إلى فكرة مفادها أن نظام الإشتراك من جهة الرجل هو مضاربة أما من جهة المرأة فهو الكد والسعاية. إن البحث في التكييف القانوني لنظام الإشتراك المالي يكمن في اعتباره عقداً أم شركة، أم أنهما مشتركين فالعقد كما هو متعارف عليه هو سبب نشوء الشركة وأن الزواج يعتبر مؤسسة قانونية تنشأ بموجب عقد، فهل أن نظام الإشتراك المالي نشأ عقداً وظل عقداً يترتب عليه آثار العقد أم أنه نشأ عقداً ومن ثم أصبح شركة وبالتالي تطبق عليه أحكام الشركة؟ وبعد تكييفه الشرعي والقانوني يجب البحث عن تأصيله كعقد أو شركة للوصول إلى مدى نجاعة الأخذ بهذا النظام، وفق آراء المؤيدين والمعارضين في المسألة لأننا لا يمكن أن نرفض هذا النظام المستحدث، كما أننا من ناحية أخرى لا يمكن أن نقبل ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وإنما قبول ما يوافقها وما يخدم المصالح المالية للزوجين، وأخيراً هل يمكن دعوة المشرع الجزائري لتبني هذا النظام وعلى أي أساس يمكن تطبيقه؟

أولاً: إعتبار نظام الإشتراك عقد مالي مستقل قائم بذاته

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري قد ترك الحرية للزوجين في أن يتم الاتفاق بينهما على الأموال المشتركة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق وأضاف عبارة "خلال الحياة الزوجية"، بينما نجد مدونة الأسرة المغربية أكدت بموجب م49 منها على أن يكون عقد الإشتراك المالي ضمن وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، والحقيقة أن توجه المشرع المغربي كان أكثر توفيقاً إذ أن اختيار نظام يحكم العلاقة المالية بين الأزواج ضمن عقد الزواج ذاته، هذا من شأنه أن يؤثر في صحة الزواج أو بطلانه إذا كان هذا الشرط المقترن بالعقد منافي لمقاصد الشرع مثلاً.

كما تتجلى أهمية العقد المالي في دوره الوقائي في توخي النزاعات المالية المستقبلية بين الزوجين عن طريق التنظيم المسبق للعلاقات المالية داخل الأسرة، وبالتالي الحد قدر الإمكان من النزاعات المثارة حول دخل المرأة العاملة بأجر،² يقول حسن بغداددي في هذا الصدد: أن مسألة النظام المالي بين الزوجين هي مسألة مبنية على

¹ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.53.

² كريمة محروق، المرجع السابق، ص.62-63.

شروط وأركان توجب البطلان المطلق لا شكليات رسمية أمام ضابط الحالة المدنية وحسب،¹ وبالتالي فهو نظام تعاقدى لدى المشرع المغربي في حين لم يحدد المشرع الجزائري طبيعة هذا العقد ولم يضع له أية شروط.

وكذلك المشرع التونسي الذي جعل عقد الإشتراك المالي خارج عن إطار عقد الزواج كما أنه حدد المدة حتى في حالة أراد الزوجين تغيير النظام الذي يحكم أموالهم المشتركة، من خلال الفصل 21 الذي جاء فيه أنه: "في حالة اتفاق الزوجين على تغيير نظام أملاكهما فإن هذا التغيير يكون بعد مرور عامين على الأقل من تاريخ إقامة نظام الإشتراك المالي"، نقلا عن القانون المدني الفرنسي المنصوص عليها بموجب م 1397.²

يعرف الأستاذ سيد عبد الله حسين نظام الإشتراك بأنه عقد ينظم أملاك الزوجين أثناء قيام العلاقة الزوجية ويحدد مقدار إشتراك كل منهما في الإنفاق على شؤون الأسرة،³ وعرفه الأستاذ حسن بغدادى بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تضبط المصالح المالية للزوجين خلال فترة الزواج، وهو نفس المفهوم الذي جاء به القانون المدني الفرنسي غير أن هذا الأخير لم يقتصر على فترة الزواج وإنما يمكن أن يشمل فترة قيام العلاقة الزوجية وحتى بعد إنتهائها، وقد إتفق مجموعة من الباحثين على أنه "مجموعة قواعد قانونية"، كما عرفه كذلك القانون الفرنسي في موضع آخر بأنه "نظام مالي يختاره الزوجان لتنظيم مصالحهما المالية".

وما يلاحظ من ذلك أن القانون الفرنسي وضع فرضيتين إما أن يتم الإتفاق بين الزوجين على تكوين نظام مالي، أو أنه يتم إجبارهم على إتباعه وبالتالي يصبح مثل "مجموع القواعد القانونية الملزمة بالنسبة لهم". وعلى خلاف المشرع الفرنسي الذي يعتبرها ملزمة بالنسبة للزوجين في حالة عدم الإتفاق، فإن المشرع التونسي أبقاها على أنها نظام إختياري يختار بموجبها الزوجين، إما الأخذ به برضاها أو عدم الأخذ به أو الأخذ بنظام انفصال الأموال وسواء عند إبرام عقد الزواج أو بموجب عقد لاحق آخر.⁴

وما يؤكد بأن نظام الإشتراك عقد هو الخصائص التي يمنحها له بعض الدول التي تنتهج من بين هذه الخصائص:

¹ حسن بغدادى، المرجع السابق، ص. 127.

² سمية صالحى، المرجع السابق، ص. 86.

³ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامى، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس، ج3، ط1، دار إحياء الكتب العربية، مصر، 1984، ص. 288.

⁴ حسن البغدادي، المرجع السابق، ص. 102-103.

- هو عقد شكلي حيث يشترط أن يكون في محرر رسمي صادر عن الجهة القضائية المختصة والرسمية والشكلية في هذه الحالة تعد ركنا من أركان ذلك العقد، فإذا لم تفرغ في شكل رسمي كانت باطلة بطلانا مطلقا وهو عبارة عن وثيقة تتضمن: الاسم، محل الإقامة، تاريخ العقد ونوع النظام المختار هل هو نظام انفصال الأموال أو نظام المساهمة في المكتسبات، أو نظام الإشتراك في الأملاك أو نظام الإشتراك المقتصر على المكتسبات.
- عقد من العقود غير المسماة أي أنه لم يفرد لنا التشريع تنظيميا خاصا به، وإنما ترك ذلك للإرادة الحرة لطرفي التعاقد بخلاف عقد الشركة الذي يعد عقدا من العقود المسماة.
- عقد محدد المدة إذ أنه من العقود المؤقتة وفق ميعاد يتفق عليه طرفي التعاقد، يتضمن تاريخ بدايته ونهايته فقد يبدأ مثلا من يوم إبرام عقد الزواج أو قد يكون لاحقا عنه.

ثانيا: اعتبار نظام الإشتراك شركة قائمة بذاتها

كان النظام المالي للزوجين يقوم على أساس اندماج الذمم المالية للزوجين وتكوين شركة أموال يساهم فيها كل منهما ويتم الإتفاق على هذه الشركة وكيفية إدارتها قبل الزواج،¹ عرف المشرع الجزائري الشركة من خلال نص م 416 من ق.م.بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة ... بهدف اقتسام ما ينتج من ربح وتحمل ما ينجر من خسائر"، كما عرفها الأستاذ السنهوري بأنها: "عقد يتم بمقتضاه إلزام شخصين أو عدة أشخاص، بأن يساهم كل منهم بتقديم حصة أو مبلغ مالي لاقتسام ما قد ينشأ عنهما من ربح وخسارة وأركانها كأي عقد الرضا والمحل والسبب".²

حيث تعد الشركة عقدا إذ تكون لها أركان العقد الأساسية من رضا ومحل وسبب، حيث ينصرف الرضا لإرادة الشريك في الدخول للشركة وأن ينصب ذلك الرضا على شروط العقد جميعها، فإذا انعدم الرضا في أحد الشركاء أو أنه لم يتم الإتفاق حول موضوع الشركة تكون حينئذ باطلة، ولصحة الرضا يجب أن يكون الشريك أهلا لإبرام التصرفات القانونية أما المحل فإنه يتمثل في رأسمال الشركة مقسما إلى حصص بين الشركاء، ويشترط فيه أن يكون موجودا ومعينا أو قابلا للتعين أو ممكنا وأن يكون مشروعاً، وأخيرا السبب وهو الباعث الدافع للتعاقد هذه بالنسبة للأركان الموضوعية العامة، إضافة لذلك يجب أن تتوفر أركان موضوعية خاصة والمتمثلة في تعدد الشركاء ونية الإشتراك والمساهمة بالحصص واقتسام الأرباح وتحمل الخسائر، وأخيرا الكتابة والتي تعد في

¹ رعد مقداد الحمداي، المرجع السابق، ص. 19.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، المرجع السابق، ص. 217.

هذه الحالة شرطا لصحة انعقاد عقد الشركة، إضافة للإشهاد والإعلان وأهم ما يميز الشركة عن ملكية الأسرة هو اكتساب الشركة للشخصية المعنوية في حين تبقى ملكية الأسرة ملكية شائعة.¹

بينما عرفها ق.إ.ع المغربي بأنها: "عقد يضع بمقتضاها شخصان أو أكثر أموالهم وأعمالهم أو كلاهما، لتصبح مشتركة بينهم يمكن أن تنشأ أرباحا يتم اقتسامها فيما بعد فيما بينهم".²

ما يلاحظ من خلال التعريفات المذكورة أو غيرها تصب في نتيجة واحدة لتأسيس أي شركة بين شخصان هي تحقيق الربح وتحمل الخسائر، بخلاف المشرع المغربي الذي أشار فقط إلى الأرباح واستبعد الخسائر بالرغم من أن هذه الأخيرة من المسائل المهمة في أي شركة يتم من خلالها توفير الحماية للغير، كذلك إذا رجعنا لما نص عليه المشرع المغربي بشأن نظام الإشتراك أنه يتم في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، فهل يعتبر هذا دليلا على أنه يعتبرها بمثابة شركة، وهو ما يفهم من خلال فصول القانون المتعلق بنظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين، على أنه متى تم الاتفاق على نظام الإشتراك في الأملاك بعد عقد الزواج، فإنه يجب أن يصب هذا الاتفاق ضمن وثيقة رسمية بمثابة عقد آخر حتى يصح العمل به، وهو ما يمكن أن يطلق عليه عقد شركة لما يترتب عليه من أحكام تشبه لحد كبير إنشاء شركة بينهما،³ هذا خلافا للمشرع الجزائري الذي أدرجه ضمن عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، فهل هذا يدل على أن المشرع الجزائري قد فتح المجال أمام الزوجين إما لإشترط هذا النظام ضمن عقد الزواج وبالتالي تخضع للأحكام المطبقة على عقد الزواج، أو إنشاء شركة مستقلة بينهما تخضع لنظام الشركات المنصوص عليه في القانون المدني؟ وهل يصح قياس نظام الإشتراك المالي على الشركة العادية بمفهومها المدني؟ أم يتم إخضاعها لأحكام القانون التجاري وبالتالي تطبيق الأحكام العامة للعقود التجارية الخاضعة لنصوص المواد 30 لغاية م77 من القانون التجاري، بما أنه لا وجود لأحكام خاصة بالزوجين فقط؟⁴ فهل تخضع للعقود المدنية أو التجارية؟

نتناول القياس هنا كمصدر من مصادر الأحكام الشرعية بعد الكتاب والسنة والإجماع للوصول لأصل الحكم، ولتحقق القياس يجب توافر أركانه: الأصل والفرع، العلة والحكم فإذا تم تطبيق القياس بين الشركة ونظام

¹ بسام مجيد سليمان العباجي، ملكية الأسرة دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد، عمان، الأردن، 2009، ص.93.

² الفصل 982 من ق.إ.ع المغربي، منشورات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2004، ص.214.

³ القانون التونسي المتعلق بنظام الإشتراك المالي، ع91، لسنة 1998 المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

⁴ هذا توجه ذهب إليه الأستاذ مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص.309.

الإشتراك المالي فإن الأصل هو الشركة، والفرع هو نظام الإشتراك المالي والعلة هي تحقيق الربح أما الحكم فإن حكم الشركة جائز مباح، نلاحظ أن الفرع هنا لم يرد نص بشأنه لا في الكتاب ولا السنة، فهو لفظ دخيل ومستحدث ظهر في الدول الغربية بمصطلح نظام الإشتراك المالي بين الزوجين، وانتشر في بعض الدول العربية كما أسلفنا، كما نلاحظ أن علة هذا النظام غير علة الشركة بحيث تعد علة نظام الإشتراك في تنمية المال من أجل الإنفاق على الأسرة، في حين تتمثل علة الشركة في الحصول على الأرباح إذا فالعلة تختلف كل الاختلاف كما أن الشركة تحتاج لموطن وعنوان وجنسية حيث تكتسب الشخصية الاعتبارية ويمكن لأي شخص أن يصبح شريكا في تلك الشركة، كما أنه يبقى لكل شريك ذمة مالية خاصة به مستقلة عن ذمة الشركة وهذا بخلاف نظام الإشتراك في الأموال،¹ إذ يرى الأستاذ الطيب اللومي أن نظام الإشتراك لا يقاس بالجمعيات لاختلاف الغاية والتكوين وبالتالي ليس لنظام الإشتراك في هذه الحالة الشخصية المعنوية.²

بينما هناك من يذهب إلى أبعد من ذلك ويطلق إسم شركة الأموال الزوجية على نظام الإشتراك بين الزوجين ومن ذلك نجد الأستاذ سيد عبد الله علي حسين،³ والذي يطلق عليها الشركة الزوجية القانونية التي يتم من خلالها للزوجين اقتسام أملاكهما إلى ثلاثة أقسام: قسم عام مشترك، قسم خاص بالزوج، وقسم خاص بالزوجة، وفي مقارنته للشركة الزوجية عن الشركة العادية المعترف بها شرعا وقانونا، يقول بأن الشركة العادية غايتها تحقيق أرباح مالية بخلاف الشركة الزوجية التي تكون غايتها ضيقة تقتصر في جمع الأموال وإنفاقها في الشؤون الأسرية، كما أن إدارة الشركة العادية تكون بإتفاق أطرافها على عكس الشركة الزوجية،⁴ التي يكون فيها الزوج كأصل عام هو القائم عليها لما يملكه من قوامه،⁵ ويمكن أن يقال عقد شركة وهي لدى الفقهاء جائزة،⁶ غير

¹ حسن بغدادى، المرجع السابق، ص. 178-179.

² خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 159.

³ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ص. 301.

⁴ الشركة الأسرية أو الملكية غير المقسمة على نحو ما كان يسميها الرومان، وتعد إحدى نظم القانون الروماني العتيق وشركة العقد الرضائي جميعها شركات تستهدف تحقيق الربح وتترتب على قيام الشركة الأسرية أو كما سماها "ملكية الأسرة"، بسام مجيد سليمان العبايجي، المرجع السابق، ص. 29-30.

⁵ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ص. 301.

⁶ المضاربة وشركة العنان ... ونحوها عقود وردت في كتب الفقه وقد غلب وقوع التعامل بها في ذلك الزمن، وسجلت تلك الكتب آراءهم واجتهاداتهم غير أنها لم تكن ترد على سبيل الحصر، بل أنها كانت تفتح المجال للقياس عليها بحسب النوازل المعاصرة، محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص. 547.

أنها تتخذ مسميات أخرى منها: المضاربة والمفاوضة،¹ شركة العنان،² شركة الوجوه،³ وأخيراً شركة الأبدان،⁴ ولم يبق لنا بعد هذا التحليل من هذه الشركات إلا شركة العنان والمضاربة، بالرغم من أن جميعها تعتبر عقوداً مسماة في الشريعة الإسلامية والأمر الذي يدور حوله نظام الإشتراك المالي هو اقتسام الأرباح بين الزوجين مناصفة أما الخسائر والديون فإنها ترجع إلى أحدهما حسب مسؤوليته، وبالتالي الرجوع إلى كل من ذمتها المالية المستقلة أي أن الشركات المدنية تتطابق وهذا المفهوم.

كما أن هناك من يعتبر أن قياس نظام الإشتراك المالي بالمضاربة لا يصح، إذ أن المضاربة تكون في جميع الأحوال بمبلغ من النقود، أي أنها لا تجوز بالعروض أو العقارات أو المنقولات لجهالة الربح وقت القسمة وهو رأي المالكية إلا إذا كان للزوجين أو أحدهما تجارة يديرونها فيما بينهم،⁵ غير أنه يجب التفرقة في هذا الصدد بين عقد المضاربة والذي يتم من خلال التجارة برأس مال مشترك، وبين المضاربة والتي تكون تجارة بمال طرف واحد والطرف الثاني يقع عليه المجهود البدني وهو بالضبط ما حصل مع الرسول ﷺ وسيدتنا خديجة.

فيما تعتبر شركة العنان أقرب صورة شرعية لنظام الإشتراك المالي بين الزوجين بإتفاق جمهور الفقهاء وبخاصة الفقه المالكي،⁶ حيث قال وهبة الزحيلي في هذا الصدد أنه يبارك هذا النشاط لإنشاء شركة بين الزوجين لا

¹ المضاربة والمفاوضة: من كلمة تفويض وهو أن يفوض شخص إلى شخص آخر القيام بتصرف معين، هي باطلة في رأي الشافعية لوجود الغرر.

² شركة العنان: مشتق من كلمة عنّ وهو أن يعرض شخص على شخص آخر، إتفق فقهاء المالكية والشافعية والحنفية على صحتها، ويعتبر المالكية أن شركة العنان هي ضمن شركات الأموال بحيث تقوم على ثلاثة أركان: محل الشركة، موضوعها طبيعة العمل، إقتسام الأرباح.

³ شركة الوجوه: وتسمى شركة المفاليس وسميت بالوجوه لأن رأس المال فيها يقوم على وجوه الأشخاص بين الناس، أي ما يتميز به الشخص من عرض وجاه أمام الناس يجعلهم يتعاملون معها بكل نية، على أن تكون الخسارة والربح مناصفة بين الشركاء بالرغم من أنها شركة فاسدة أو باطلة لدى الشافعية لما فيها من جهالة الربح عند القسمة، إلا أنها تعتبر جائزة لدى أبي حنيفة وتسمى لديهم بشركة الذمم بحيث لا يشترط فيها لاصفة ولا مال.

⁴ وشركة الأبدان: وهي الشركة التي يشترك فيها الأشخاص بالأعمال التي تتطلب جهد بدني كالخياطة، أو الصناعة فتسمى شركة الصنائع ويكون رأس مالها صنعتها، وشركة التقبل والتي تقبل الأعمال الممارسة هذه الشركة جائزة لدى الحنفية والمالكية وقام الشافعية بمنعها، أما الشوكاني فيرى بأنه لا لزوم لهذه المصطلحات إذ لا وجود إلا لشركة واحدة في الفقه الإسلامي هي الشركة الشرعية، وهذه الأخيرة تقوم على مجرد التراضي والعلم بمقدار الحصص والأرباح والخسائر، الصادق عبد الرحمان الغرياني ج3 المرجع السابق، ص. 613-620.

⁵ سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ص. 435.

⁶ الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص. 604.

تختلف عن أي شركة أخرى، ويتم من خلالها قسمة الأرباح والخسائر وفق القاعدة الشرعية "الربح على ما شرطاً والخسارة على قدر المالكين"، وهي بالمفهوم المدني عقد مشاركة يتم من خلاله تشارك المال بين الزوجين ويكون العقد واضحاً بينهما ويحدد فيه مبلغ الشركة ونسب الربح مع ضبط الشروط التي إذا خالفها الزوج أو تعدى على المال أو أهمل أو قصر يكون ضامناً بنفسه.¹

ويقترح الأستاذ الدكتور علي محيي الدين القرة داغي في الأخير بديلاً لنظام الإشتراك هو إنشاء شركة رسمية مسجلة لدى الدولة سواء كانت شركة عائلية أو شركة مقفلة،² فيما يرى الأستاذ محمد الروكي بأن الإشتراك المالي بين الزوجين هو ذلك الإتفاق الذي يتم بين الزوجين بدءاً من قيام العلاقة الزوجية، يتم بمقتضاه تشاركهما في تأسيس ثروة مالية للأسرة وتنمية مكتسباتهما، غير أنه يجب أن يكون عقد الشركة هذا موثق بصفة مستقلة عن عقد الزواج، فلكل من العقدين أركانه وشروطه وآثاره وتسري عليها حينئذ أحكام الشركة بمفهومها المدني المتعارف عليه، ويعتبر الزوجين أجنيين عن بعضهما لما يتطلبه قانون تأسيس الشركة، فإن ما يترتب على العلاقات المالية من بيع وشراء وشركة وشفعة ورهن... إلخ، تطبق عليها الأحكام الشرعية التي تحكم العلاقات المالية بين غير الأزواج فالشركة لها أحكام والمضاربة لها أحكام.

وبالتالي فإنه بمقتضى عقد الشركة هذا ليس لهما أن يباشرا بمفردهما بعض تصرفات التبرع كالهبة والوصية وغيرها من التصرفات التي من شأنها أن تفقر الذمة المالية للشركة إلا برضائهما، وفي حالة وفاة أحد الزوجين كان للزوج الآخر نصيب من الشركة إضافة لحقه في الميراث بمقتضى عقد الشركة لا بمقتضى عقد الزواج، أما إذا انتهى عقد الشركة بالطلاق فإنه في هذه الحالة يكون لكل منهما نصيبه من الشركة كما تم الإتفاق المسبق بينهما، وإذا لم يتفقا تكون الشركة بينهما مناصفة أو استناداً لما بذل كل منهما من جهد وعمل وما قدمه من مال، ويطبق على ذلك أحكام الشركة لا أحكام الزواج، وتأخذ المرأة نصيبها من الشركة بصفتها شريكة لا بصفتها مطلقة.³ أما أن تستحق ذلك بمجرد كونها مطلقة ويتم قسمة الأموال مناصفة، فهذا لا أساس له في الشرع وهو من قبيل الإثراء بلا سبب أو أكل أموال الناس بالباطل، وللمطلقة حينئذ إلا ما منحها الشرع من نفقة ومتعة

¹ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 271.

² علي محيي الدين القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود ومصادره ومراجعته في الشريعة والقانون دراسة مقارنة، ج 1، د. ط، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، د. س، ص. 12.

³ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 269.

وهو ما يحيلنا لنقطة أخرى هي مسألة الكد والسعاية، إذ أنه وفق ما خلصنا إليه هو نظام لا يمكن الإتكاء عليه وقسمة الأموال مناصفة بين الزوجين لاصطدامه بمبدأ الإثراء بلا سبب.

ثالثا: تداخل مبدأ الإثراء بلا سبب أو الفعل النافع والكسب دون حق مع نظام الكد والسعاية

من خلال العنوان يتبين لنا أن مصطلح الإثراء بلا سبب قد يتخذ معاني كثيرة، فقد يكون فعلا نافعا يؤدي إلى إثراء أحد الزوجين أو كليهما وإفقار الطرف الآخر، وبناءً على ذلك يمكنه رفع دعوى الإثراء بلا سبب، وقد يكسبه حقا وهو لا يقتصر فيما إذا استعمل شخص مالاً دون إذن صاحبه لزمه أداء منافعه، وقد تمت الإشارة إلى هذا المبدأ نظرا للتداخل الذي يحدثه مع بعض الأنظمة كنظام "الكد والسعاية" وكذا "نظام الإشتراك المالي بين الزوجين"، وهو ما يمكن انتقاده بالنسبة لما أخذ به المشرع المغربي وهو نظام الإشتراك في الأموال بمفهوم الكد والسعاية فما هي علاقة هاذين النظامين؟

تعتبر العلاقة بين نظام الكد والسعاية ونظام الإشتراك المالي علاقة تقارب بحيث تأخذ صورة المساهمة في تنمية المال المشترك بين الزوجين، إذا تحقق شرط من شروط الإثراء بلا سبب حماية للجهد المبذول من طرف الزوجة،¹ أما حق الكد والسعاية هو مبدأ شرعي يتم من خلاله اقتسام ما تم اكتسابه أثناء قيام العلاقة الزوجية ليس في حالة الطلاق فحسب، وإنما كذلك في حالة وفاة الزوج حيث تأخذ المرأة حق كدها وسعيها من مجموع التركة، وبالتالي فإن هذا النظام يحقق للمرأة وأولادها الحماية من التشرّد والضياع ويكفل لهم العيش الكريم، من خلال إنصافها ومنحها كامل حقها المالي الذي ساهمت به في بناء الثروة الأسرية، مع الحفاظ على نصيبها الشرعي من الإرث.²

يعرف الأستاذ المكي الحسين نظام الكد والسعاية بأنه: "حق ينشأ للزوجة ذات ثروة تكتسبها خلال العلاقة الزوجية، تحصل من خلالها على جزء من تلك الثروة مقابل ما بذلته من جهود مادية أو معنوية إلى جانب زوجها، أو أنها تشقى وتتعب وتغزل وتنسج ومن ثم يقوم الزوج ببيع كل ما تعبت لأجله، دون أن تنال قيمة ما بذلته من جهد وبالتالي فإنه في مسألة سعاية الزوجة وكدها وهذا من حقها".³

¹ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 116.

² الجمعية المغربية للتربية ورعاية الأسرة، الحقوق والالتزامات المالية للمرأة داخل الأسرة في ظل المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية د.ط، منشورات الدنعة، الرباط، 2003، ص. 12.

³ المكي الحسين، نظام الكد والسعاية، دار السلام، الرباط، 2002، ص 12، مأخوذ من مرجع: خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 105 - 108.

لكن يثور الإشكال في التداخل بين الإثراء بلا سبب وونظام الإشتراك المالي عند إنتهاء العلاقة الزوجية حيث يتم اقتسام الأموال بين الزوجين مناصفة، عندما لا يكون هناك مشاركة أساساً أو إن لم يكن هناك مساواة وتكافؤ في القيمة التي يساهم بها كلا من الزوجين، على سبيل المثال لو افترضنا أن الزوجة تقوم بعمل البيت والزوج يكد ويتعب خارج البيت ويستثمر في ماله، فكيف يعقل أن يتم مناصفة أموال الزوج دون أن يكون هنالك عقد بينهما يقضي بذلك، ودون أن يكون هناك مشاركة فعلية من الزوجة في تنمية تلك الأموال؟

نفس الشيء ينطبق على الزوج فإذا كانت الزوجة هي التي تكد وتتعب ومن ثم يتم اقتسام الأموال المكتسبة مناصفة، وكأن المسألة مسألة ميراث فهذا كذلك لا ينصف المرأة ولا يقدم لها حقها الكامل، وهذا هو التداخل الذي خلصنا له بين الإثراء بلا سبب ونظام الكد والسعاية، فهو نظام فقهي حقيقة يجسد مدى التعاون والتكافل بين الزوجين غير أنه غالباً ما يتجسد بصورة عكسية، بأن يثري ذمة الزوج غير المقدر لما تبذله المرأة من جهد في بناء الأسرة على حساب الزوجة، ومن المفترض أن يكون الرجل هو المسؤول عن الكد والسعي في سبيل الإنفاق على المرأة.¹

المبحث الثالث: تقييد مبدأ سلطان الإرادة أثناء مرحلة انعقاد الرابطة الزوجية

لقد عني الإسلام بعقد الزواج باعتباره من أجل العقود مجموعة من الضوابط والشروط التي وضعت حداً لإرادة المتعاقدين في إبرام عقد الزواج خشية الوقوع في العلاقات غير الشرعية، شريطة أن لا تخالف إرادة المتعاقدين أحكام هذا النظام الشرعي المخصوص، غير أنه أخضعها من جهة أخرى للنظام المدني الذي يحكم نظرية العقد بقواعد عامه، حيث لا يكفي في عقد الزواج توافق إرادتي العاقدين وإنما يجب أن تقيّد تلك الإرادة بمجموعة من الشروط بعضها موضوعية والأخرى إجرائية، كما يمكن للطرفين تضمين ما يريانه ضرورياً من شروط حيث يقوم مبدأ الرضائية على أن الإرادة هي المصدر الوحيد لقيام العقد، ولكن يبقى التساؤل فيما إذا كان للإرادة السلطان المطلق في إنشاء العقود أم أن هناك شروطاً تقيدها؟

تفريعاً عن مبدأ سلطان الإرادة يقوم كل من مبدأ الحرية التعاقدية والعقد شريعة المتعاقدين وبناءً على هذه القواعد فإن لكلاً من المتعاقدين أن يشترطاً ما يريانه ضرورياً لتمام العقد، كما أن هناك جملة من القواعد والمبادئ التي لا علاقة لإرادة الطرفين فيها ويجب مراعاتها وعدم الإتفاق على ما يخالفها ومن بينها:

¹ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص. 164.

- عنصر التأيد: إذ أن الزواج يفترض أن يكون على وجه الدوام، ما لم تنتهي الرابطة الزوجية بوفاة أو طلاق حتى لا يكون زواج متعة، وهناك من العقود المدنية ما يقوم على عنصر التأيد ومن ذلك العقود غير محددة المدة.¹

- الإشهاد: خصوصاً لدى فقهاء المالكية² والحنفية³ بحيث يعتبران الزواج الذي يتم دون إشهاد هو زواج باطل يشبه زواج السر يفسخ قبل الدخول وبعده، بخلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص على ذلك صراحة وكان موقفه غير ثابت في المسألة. (المطلب الأول)

وما يؤكد كذلك بأن الزواج عقد هو أنه يخضع في تكوينه لمجلس العقد، وبما أننا توصلنا من خلال المبحث الأول إلى أن الخطبة لا تعد زواجا غير أنه قد تقتزن الخطبة بقراءة الفاتحة في مجلس العقد، وبالتالي في هذه الحالة تعد زواجا بحيث تعد قراءة الفاتحة بمثابة الزواج الديني في الشريعة الإسلامية، وهو زواج عرفي لحين الإشهاد عنه وفي القانون حين تثبته، غير أنه هل يقصد بمجلس العقد هنا مجلس عقد الزواج أم مجلس الخطبة وما الفرق بينهما؟ وما هي آثار التفرقة بينهما؟ كما أنه من الخطأ القول بأن لفظ الخاطب يطلق على الشخص الذي عقد على المرأة عقدا صحيحا ولم تزف إليه بعد، وهو ما يطرح تساؤل آخر كذلك يتمثل في التفرقة بين المخطوبة والمعقود عليها؟ (المطلب الثاني) هذا ما نأمل الإجابة عنه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: الشروط العامة في العقود المدنية والشروط الخاصة بعقد الزواج

بما أننا تناولنا ركن الرضا ضمن مبدأ الرضائية في عقد الزواج فإنه في هذا المبحث سيتم التطرق مباشرة لشروط عقد الزواج، ويتم فيه معالجة خصوصاً شروط الصحة وشروط الانعقاد في الفقه الإسلامي مع بيان التضارب الذي جاء في المذاهب الفقهية،⁴ إذ أن هناك من يعتبر الرضا من ضمن شروط الإنعقاد وهو ما قد يفتح المجال أمام إعادة النظر في هذه المسألة، بحيث يتم بطلان العقد في حالتين: الحالة الأولى بسبب وجود خلل جوهري في أركان العقد، والحالة الثانية إذا فقد بعض شرائط انعقاده.

¹ دليلة فركوس، وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة إنعقاد الزواج، د.ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص.40.

² الغرياني الصادق عبد الرحمان، الإشهاد على النكاح، ج2، المرجع السابق، ص.573.

³ الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ص.249.

⁴ للنكاح شروط عددها بعض المذاهب أركاناً، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.17. لدى الحنفية: للرضا أربعة أركان أخرى (العاقدان، الصيغة، المحل) أما الأهلية والموانع الشرعية فهي شروط للإنعقاد، أما شروط الزواج لدى الحنابلة خمسة، منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج4، المرجع السابق، ص.39. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.223.

مع أنه يجب التنبيه لنقطة مهمة هي أنه نجد في القانون المدني تحت عنوان شروط العقد ضمن القسم الثاني وتتضمن الرضا، المحل والسبب في المواد من م59 إلى م98، فيما جاءت في قانون الأسرة معنونة بأركان الزواج بالرغم من أنها تتضمن ركنا وحيد ألا هو ركن الرضا ضمن نص م9، وشروط الزواج ضمن نص م9 مكرر ويخضع التعاقد في الزواج للقواعد والشروط العامة في العقود من أهلية التعاقد وقابلية المحل وغيرها من الشرائط. وهو ما يدعونا للتساؤل عن الإشكالات التي تثيرها التفرقة بين الركن والشرط في هذا الصدد؟

الفرع الأول: الإشكالات التي تثيرها التفرقة بين الركن والشرط

وفيه يتم التفرقة بين الركن والشرط من حيث الأحكام ويمكن الإشارة إلى أن الركن هو الجانب الأقوى للشيء وقوامه الذي يتوقف عليه وجوده، بكونه جزء داخل في ماهيته وليس في حقيقته فركن الشيء هو ما يقوم به ذلك الشيء، ويتحقق به وجوده وإذا تخلف الركن كان العقد باطلا بحيث إذا انتفى لم يكن له وجود،¹ أما الشرط فهو ما يتوقف عليه الشيء ولا يكون جزءا من حقيقته على عكس الركن، والشروط في عقد الزواج متعددة ومتنوعة فمنها ما هو من شروط الإنعقاد ومنها ما هو من شروط الصحة ومنها ما هو من شروط النفاذ ومنها ما هو من شروط اللزوم، وقد يكون ما يشترطه الإنسان في عقده والتزامه على نفسه أو غيره وهي من الشروط القانونية أو من الشروط التي يملئها المتعاقدان، كما أنه لا يوجد الشيء إلا إذا تحقق الشرط غير أنه لا يدخل في ماهية ذلك الشيء وإذا تخلف الشرط كان العقد قابلا للإبطال.²

وما يميز الركن عن الشرط كذلك أنه بتخلف الركن يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا كأن لم يكن فالشرط هو ما كان خارجا عن الماهية، والركن ما كان داخلا في ماهية الشيء أو كان جزءا منه يتوقف ويقوم عليه والماهية سميت كذلك لأنه يسأل عن الشيء "بما هو"،³ فيما يعرف الشرط في القانون المدني بأنه: "إلزام الشيء وإلزامه في البيع ونحوه"، ويعرف كذلك بأنه ما يشترطه المتعاقد في عقوده والتزامه تجاه نفسه أو غيره أو ترتيب وقوع أمر على أمر آخر.⁴

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.127.

² رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع نفسه، ص.137.

³ أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2015، ص.29.

⁴ المنجد الأبجدي، ط5، معاجم دار المشرق، بيروت، لبنان، 1987، ص.591.

أولاً: الشرط والركن وفق مبادئ الشريعة الإسلامية

- فيه يتم دراسة "الصيغة، الأهلية، الصداق، الشاهدين، الدخول" باعتبارها أركان عقد الزواج في الشريعة الإسلامية:
- أركان الزواج لدى الشافعية خمسة: الصيغة والزوجة والزوج والشاهدان والولي وقد جمعهم ابن الهيثمي الشافعي في أربعة بحيث اعتبر الزوجين ركناً واحداً.¹
 - أركان الزواج لدى المالكية أربعة: الولي والصداق والمحل والصيغة، ولم يعتبروا الشهادة ركناً وإنما شرط للصحة وهناك من المالكية من اعتبر الصداق شرطاً ومنهم من استبدل لفظ المحل بالزوج والزوجة.²
 - أركان الزواج لدى الحنابلة ثلاثة: الزوجان الخاليان من الموانع والإيجاب والقبول.³
 - أركان الزواج لدى الحنفية اثنان: الإيجاب والقبول وهي ما يصطلح عليه بالصيغة، وهنا يتبادر للذهن الفرق بين الصيغة والإيجاب والقبول والرضا؟ حيث يرى الحنفية بأن الإيجاب والقبول أو الصيغة هو الركن الوحيد لعقد الزواج وتكون بألفاظ مخصوصة أو بوسائل أخرى من كتابة أو إشارة ... إلخ، والصيغة تعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة وهي تتكون من الإيجاب والقبول وتعد المظهر الخارجي للتأكد من الرضا، وفي رأيهم الإيجاب هو ما يصدر أولاً سواء من الرجل أو المرأة والقبول هو ما يصدر ثانياً،⁴ بينما يرى جمهور الفقهاء بأن الإيجاب يصدر ممن يكون منه التملك وهو الولي في عقد الزواج، والقبول هو ما يصدر ممن يصير له الملك وليس العبرة لديهم بصور الإيجاب أو القبول والرأي الراجح هو للحنفية لانسجامه مع الواقع.⁵

¹ للزواج ركنين لدى بعض الشافعية الزوج والزوجة والباقي شروط في الركن، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص. 194. ولدى البعض الآخر من الشافعية للنكاح خمسة أركان: الصيغة، الزوجة، الزوج، الولي والشاهدان، مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص. 51.

² الغرياني الصادق عبد الرحمان، المرجع السابق، عقد النكاح، ج2، ص. 513.

³ لدى الحنابلة 3 أركان الزوجان الخاليان من الموانع، الإيجاب والقبول، منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج4، المرجع السابق، ص. 35.

⁴ لدى الحنفية 2 الإيجاب والقبول (الصيغة) ويصطلح عليهم شروط الإنعقاد لدى الحنفية تضم الأهلية للصيغة الإيجاب والقبول محمد أمين الشهيد ابن عابدين، المرجع السابق، ص. 69. وهو الراجح: عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 16، والمعمول به في القانون المدني الجزائري.

⁵ الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام، المرجع السابق، ص. 172.

- فيما يرى جمهور الفقهاء بأن أركان العقد ثلاثة (العاقدان، الصيغة، والمعقود عليه أو المحل)، بينما يرى الحنفية بأن للعقد ركن وحيد هو الصيغة والتي تعني الإيجاب والقبول، ما يلاحظ من هذين الاختلافين أنهما ظاهرين فقط إذ أنه لا يمكن تصور الإيجاب والقبول دون عاقلين أو معقود عليه.¹

كما أن أركان العقد التي قد يصطلح عليها شروطا للإنعقاد لدى الحنفية هي: الأهلية، الصيغة (الإيجاب والقبول) والمحل، فالشرط القانوني في اصطلاح القانون الوضعي هو الشرط الذي يكون بنص قانوني كشرط الأهلية مثلاً، والذي نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 78 من ق.م.جاء فيها أن: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"، وبالتالي فقد اعتبر الأهلية شرطاً للإنعقاد بحكم القانون عملاً بما جاء به الفقه الحنفي² وهو ما يحيلنا لمعرفة الشرط والركن في القانون المدني.

ثانياً: الشرط والركن وفق مبادئ القانون المدني

نتناول فيه كل من "الرضا، المحل، السبب، الأهلية" حيث يعتبر ركن الرضا في النظرية العامة للعقد ركناً جوهرياً لا يقوم العقد دونه إلى جانب الأهلية والمحل والسبب، والشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية، ويترتب على انعدام أحد هذه الأركان إنعدام العقد، كما أن كل ركن من هذه الأركان تتطلب توافر عدة شروط ومن بين شروط صحة الرضا يجب أن يصدر ممن له الأهلية، وأن يأتي خالياً من العيوب وهي الغلط بأنواعه والتدليس والإكراه والغبن والاستغلال كل بشروطه القانونية، وإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة ناقص الأهلية أو لمصلحة المتعاقد الذي شاب رضاه عيب من العيوب المذكورة.³

1- الأهلية:

يجب التنبيه إلى أن الأهلية شرط في الرضا وليس ركن مستقل عنه وكما يقال "الرضا مناط التمييز" كما أنها شرط من شروط صحة التراضي، أما المحل والسبب ركنان في الإلتزام وليس في العقد، وبالتالي فإن للعقد ركن وحيد وهو الرضا في العقود الرضائية بالإضافة للشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية، كما سبق وأن ذكرنا فإن الشكلية والتسليم من الأركان في مثل هذه العقود، غير أنه حتى يكتمل الرضا ويرتب الإلتزام يجب

¹ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 109 وما يليها.

² بوراق فتيحة، الإشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص العميق، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص. 21.

³ الفاخوري إدريس، تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الإلتزامات والعقود ومدونة الأسرة، مجلة الحقوق المغرب، 2014، ع 16-17، ص. 51.

أن يتوفر على شروطه المتمثلة في مشروعية المحل والسبب وإكتمال الأهلية، كما يجب أن يكون صحيحا وذلك بأن لا يطرأ عليه أي عيب من عيوب الرضا من إكراه وتدليس وغلط إلى غير ذلك.

فقد يتداخل مصطلح الرضا بعدة معاني من بينها: الإرادة، الاختيار، النية، القصد، التراضي،¹ باستثناء الحنفية الذين فرقوا بين الاختيار والرضا فإن الأول ينشأ العقد فيما يتعدى الثاني من إنشاء العقد لترتيب آثاره واتخذوها أساسا في تصنيف العقود، فاعتبروا الاختيار لازما للإنعقاد فيما لا يعتبر الرضا لازما في التصرفات غير المالية كالزواج والطلاق، كما ترتب عن تصنيف العقود والتصرفات أن فرقوا بين ما تقبل الفسخ وهي المعاملات المالية، وفيها يكون الاختيار شرطا للإنعقاد والرضا شرطا للصحة لدى الحنفية، وما لا تقبل الفسخ كالزواج والطلاق والرجعة والإيلاء... إلخ.²

فرق بعض القانونيين بين الرضا والتراضي فالأول اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني أي تعبير عن إرادة الشخص نحو إحداث ذلك الأثر على أساس من القصد والإدراك بنتائج التصرف وآثاره، أما الثاني فهو توافق الإرادتين لإنشاء أثر قانوني يتمثل في العقد، ومظهر هذا التوافق إنما هو صيغة العقد أي الإيجاب والقبول والتراضي إنما يتحقق معناه بتوافر أكثر من رضا، وبالتالي فإن التراضي هو إنشاء العقد والرضا هو قصد الأثر المترتب على ذلك العقد،³ كما قد يرد التراضي بمعنى الإيجاب والقبول وقد يرد بمعنى توافق الإرادتين وتطابقهما حيث يعد توافق الإرادتين شرطا من شروط التراضي.

2- المحل والسبب:

يعتبر بعض الفقه أن المحل والسبب ركنين في الالتزام وليس في العقد ومنهم من يعتبر بأن المحل ركن في الالتزام والسبب ركن في العقد بحيث يجب أن تتجه الإرادة في العقد إلى غاية مشروعة، ولعل هذا الخلاف يرجع أساسا للمسلك القانوني في النظريات الثلاث: نظرية الالتزام، نظرية التصرف، ونظرية العقد غير أن هذا الاختلاف لا يجب أن يؤدي لعدم التفرقة بينهما أو حتى دمجهما مع بعض.⁴

¹ التراضي لدى الحنابلة شرط رابع من شروط الزواج، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.241.

² ركن الرضا لدى الحنفية وشروط الركن أربعة الإنعقاد والزوج والنفاد، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.325.

³ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص.26-28.

⁴ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع نفسه، ص.86.

إذ أنه يشترط في محل عقد الزواج مثلاً أي المرأة التي يراد الزواج بها أن تكون غير محرمة لأي سبب من أسباب التحريم المؤقتة أو المؤبدة، وأن تكون أنثى أي يلزم التعاقد في الزواج بين الرجل والمرأة، وأن يكون عالماً بمواصفاتها، ونظراً لصعوبة الفصل بين فكرة المحل والسبب تم إلغاء مفهوم السبب كركن في انعقاد العقد، وذلك نظراً للانتقادات التي وجهت لتحديد مفهوم السبب، وأكثر النظريات التي تثار حولها خلاف لدى الفقه الفرنسي ويعود أصل الخلاف للقانون الروماني الذي تميز بتقديسه للشكلية، دونما البحث في السبب الباعث الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، وبالتالي فقد ظهر في الفقه الفرنسي الحديث مصطلح "مضمون العقد".¹

3- نظرية مضمون العقد Contenu contractuel:

وفيه يتم دراسة الفكرة التي جاء بها القانون الفرنسي لسنة 2016 حيث تم إلغاء فكري محل العقد وسببه واستبدالهما بفكرة مضمون العقد، حسب نص م 1128 والتي جاء فيها ما نصه: "يكون ضروريا لصحة العقد: رضا الأطراف المتعاقدة وأهليتهم التعاقدية وكذا مضمون العقد المشروع والمؤكد"،² غايتها تعادل الأداءات وتكريس إعادة التوازن للعلاقات التعاقدية، ويقع باطلا العقد الذي يكون مضمونه غير مشروع أو غير محدد أو مخالف للنظام العام والآداب، كأن يكون غاية عقد الزواج في التحليل أي "زواج المحلل"، وبالتالي ما مدى تناسب هذه النظرية مع عقد الزواج؟

إذا نظرنا للجانب الإيجابي من النظرية فإنه يبقى للطرفين إمكانية تحديد مضمون العقد وتضمينه بما يرونه من الشروط، فقد يحدد المتعاقدين باختیارهم مضمون العقد وهذا الأساس الذي قامت عليه نظرية العقود غير المسماة، فالمتعاقدون في هذه الحالة ليسوا مقيدین بحصر القانون لعدد معين من العقود، فقد يتم إنشاء عقود تخرج عن نطاق العقود المسماة التي قررها التشريع في موضوعها والتزاماتها، ثم يقوم الفقهاء فيما بعد بتسميتها وتنظيمها في إطار العقود المسماة ويقرر لها أحكام خاصة بها، وليس في الشريعة الإسلامية ما يدل على حصر أي نوع من أنواع العقود وتقييد الناس بها، فكل موضوع لم يمنعه الشرع بالنص الصريح ولا تقتضي القواعد والأصول الشرعية منعه، يجوز أن يتم التعاقد بشأنها ويكونون ملتزمين بعقودهم وحينئذ يخضع التعاقد فيه للقواعد والشرائط العامة في العقود من أهلية ومحل وغيرها من الشروط الأخرى.³

¹ بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح، المرجع السابق، ص. 436 وما يليها.

² محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المرجع السابق، ص. 50.

³ فاخات عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 86.

ثالثا: الشرط والركن في قانون الأسرة الجزائري من خلال نص م 9 وم 9 مكرر

ما هو موقف المشرع الجزائري من أركان الإنعقاد وشروط الصحة هل أخذ بما جاء به الفقه الإسلامي أم أنه نحى للأخذ بقواعد القانون المدني؟

لقد أصبح الرضا الركن الوحيد لإبرام عقد الزواج بناءً على نص م 9 من ق.أ. عملا برأي الحنفية، بعدما كان في القانون القديم كل من الرضا والولي والشاهدين والصدّق أركان عقد الزواج، كما جاءت العديد من قرارات المحكمة العليا حينها تؤكد بأنه: "من المقرر شرعا أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا بأركان مبيّنة بوضوح". وقد استدل القرار بقول ابن زيد القيرواني في رسالته "لا نكاح إلا بولي وصدّق وشاهدي عدل وأيضا لا يزوج البنت أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول"¹، يفهم من ذلك أن الرضا كان ولا يزال ركنا للعقد لا يقوم بدونه عملا بأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون المدني، كما أن للزواج شروطه الخاصة التي بها يصح وينفذ ويلزم وهو ما سيتم تفصيله من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الزواج²

أولا: شروط الصحة والانعقاد

1- شروط الصحة:

الصحة عكس الفساد فإن تخلف أي شرط من شروط الصحة يترتب فساد العقد وهو مصطلح قد ظهر لدى الأحناف، والعقد الصحيح هو كل عقد ترتب عنه آثاره الشرعية حتى وإن تعذر تسجيله، وكما قلنا فإن هذه الشروط يتم الإستناد عليها لمعرفة ما يترتب العقد من آثار، ويجب التنبيه في هذه النقطة أن العقد يكون منعقدا من الناحية الشرعية لاشتماله على شروط الإنعقاد، وبالتالي إذا تخلف شرط من شروط الصحة ذلك لا يعني أن العقد غير منعقد وإنما يترتب عن ذلك الفسخ وهو ما يصطلح عليه بالطلاق قبل الدخول.

وتتمثل شروط الصحة حينها في انعدام الموانع الشرعية المؤقتة وصيغة التأييد³، لم ينص عليها المشرع الجزائري بخلاف قانون الأحوال الشخصية السوداني الذي نص في مادته 11 بأن: "الزواج عقد بين رجل وامرأة على نية التأييد"، وكذا المشرع المغربي في مادته 4 وهو ما جعل زواج المتعة محرما⁴، وأخيرا شرط الشهادة والذي

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/09/24، ملف رقم 34438، م.ق، ع1، 1990، ص.64.

² تنص م 11 من ق.م.أ. أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

³ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.114-115.

⁴ دليّة فركوس وجمال عياشي، المرجع السابق، ص.41.

يعد من أهم شروط الصحة وهو ما يميز الزواج الشرعي عن الزيجات غير الشرعية، وبخاصة زواج السر تهدف لإعلان الزواج وإخراجه من دائرة السرية هذا بالنسبة لجمهور الفقهاء، فيما ذهب المالكية إلى أن الإشهاد ليس شرطا للصحة إنما هو شرط للإعلان يتحقق عند الدخول.¹

وشروط الصحة الخاصة بعقد الزواج هي الشروط الواجب توافرها حتى يكون العقد صحيحا شرعا وتترتب عليه آثاره الشرعية فإذا تخلف شرط من هذه الشروط كان العقد فاسدا، ويكون العقد غير صحيح شرعا وفق الرأي الراجح لجمهور الفقهاء مثل زواج المتعة والزواج المؤقت، وهذه الشروط هي:

- أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما فيه شبهة
 - أن تكون الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول مؤبدة غير مؤقتة.²
- والشروط التي أقام الفقه والقانون صحة التصرف فلا يمكن الحديث عن عقد الزواج ذو وجود قانوني ومرتب لآثاره بمجرد وجود الصيغة مجردة عن الولاية مثلا، ولا عن الصداق وانتفاء موانع الزواج فالولي لدى جمهور الفقهاء لازم توفره مطلقا وإلا اعتبر الزواج باطل قبل الدخول وبعده، بخلاف ما ذهب إليه الأحناف في أنه غير لازم.

2- شروط الإنعقاد:

وهي الإيجاب والقبول، المتعاقدين، والأهلية حيث لا يكفي لانعقاد العقد مجرد إرتباط الإيجاب بالقبول وإنما يجب توافر بعض الشروط في العاقدين أو محل العقد، فشروط الإنعقاد هي الشروط التي يلزم توافرها في أركان العقد بحيث لو تخلف شرط منها كان العقد باطلا وهذه الشروط منها ما يتعلق بالعاقدين، ومنها ما يتعلق بالمعقود عليه ومنها ما يتعلق بالصيغة، فالشروط المتعلقة بالعاقدين هي: أهلية الزواج، والشروط المتعلقة بالمعقود عليه هي: الموانع الشرعية للزواج، والشروط المتعلقة بالصيغة هي: مجلس عقد الزواج، أي تطابق الإيجاب والقبول والصداق، وأخيرا أشخاص مجلس عقد الزواج: الولي والشاهدان، كأن يكون كل من المتعاقدين أهلا للتعاقد ويشترط فيهما العلم، أما بالنسبة لمحل العقد المعقود عليه فيجب أن يكون مشروعاً ففي عقد الزواج مثلا موضوعه المرأة،³ إذا فشروط الإنعقاد هي تلك الشروط التي يجب توافرها في أركان العقد بحيث إذا تخلف شرط منها يكون العقد باطلا لعدم صحة ركنه، فما مدى إخضاع عقد الزواج لمثل هذه الشروط؟

¹ الغرياني الصادق عبد الرحمان، المرجع السابق، الإشهاد على النكاح، ج2، ص572.

² رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.146.

³ عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1998، ص.76.

في عقد الزواج تتمثل شروط الإنعقاد فيما يتعلق بالعاقدين وتكمن في توافر الأهلية والمعقود عليها وتتمثل في انعدام الموانع الشرعية المؤبدة، وأخيرا الصيغة وتكمن في الإيجاب والقبول والذي يجب صدوره في مجلس العقد،¹ فالصيغة وهي الرضا وتعني تطابق الإيجاب والقبول في مجلس العقد.

جاء لفظ الرضا والصيغة في قانون الأسرة مترادفان بحيث نص المشرع من خلال م9 بأن "الزواج ينعقد برضا الطرفين"، وقد جاء بعدها في نص م10 لبيان كيف يكون ذلك الرضا بأن يتم بإيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر في مجلس العقد والإيجاب والقبول هما عنصري الصيغة، وأضاف بموجب نفس المادة بأن الصيغة تكون بأي لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ومن العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة وهو يقصد اللغة العربية، أو عرفا وهي الألفاظ الدارجة لدى الناس وما جرى به العرف بينهم بلفظي التزويج والنكاح، ومن بين الطرق الدالة على ذلك ذكر الكتابة ومن ثم الإشارة وعادة ما تكون في التصرفات القولية، وتتجسد من خلالها نية المتعاقدان الحقيقية في إبرام عقد الزواج أو قبوله وبالتالي فإن الصيغة هي ما يتحقق بها وجود العقد، وما يدل عليها هو اللفظ أو الإشارة أو الكتابة أو الفعل... إلخ، من وسائل التعبير عن الإيجاب والقبول اللفظية وغير اللفظية أو أي موقف يدل على الرضا، وبالتالي فإن اللفظ هنا لا يعني المصطلح في حد ذاته وإنما ما يعنيه المتعاقدان من معنى شرعي وقانوني يفهم من خلاله مقصودهما.

ثانيا: شروط النفاذ واللزوم

1- شروط النفاذ:

وهي الشروط التي تجعل العقد نافذا عكسه العقد الموقوف، أي هو العقد الذي لا يتوقف على إجازة أحد ومعنى ذلك أن يصدر العقد من ذوي أهلية وصفة في مباشرة ذلك العقد، وهو كل عقد يترتب آثاره الشرعية ونفاذه حال انعقاده صحيحا وعدم توقفه على إجازة أحد بعد انعقاده صحيحا، وبالتالي إذا توافرت هذه الشروط التي سيتم ذكرها كان العقد نافذا، وإذا لم تتوفر هذه الشروط كان العقد غير نافذ موقوفا على إجازة من له الحق في الإجازة بحسب الأحوال وهي: الأهلية والصفة كإذن الولي في زواج البنت القاصرة، فالأهلية تعد في هذه الحالة شرطا للنفاذ إذ أنه يجب في العاقدين أن يكونا كاملا الأهلية، فإذا كان أحدهما ناقص الأهلية لصغر في سنه أو طرأ عليه عارض من عوارض الأهلية كان العقد موقوفا على إجازة الولي غير نافذ في هذه الحالة، وإذا وجب في العقد شرط الولي كزواج الصغيرة مثلا فإن العقد في هذه الحالة موقوف على إجازة هذا الولي.²

¹ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.109.

² رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.167.

2- شروط اللزوم:

العقد اللازم هو العقد الذي لا يمكن فسخه إما لتخلف شرط من شروط لزومه من ولاية في الزواج وشرط عدم الخيار، وكذا شرط التأييد لزم فسخه، ومن هذه الشروط تزويج فاقد الأهلية كالمجنون أو المعتوه أو الصبي غير المميز، وكما هو الحال كذلك في ما يخص تزويج المرأة الراشدة العاقلة نفسها من كفاء وبمهر المثل لزم العقد، أما إذا زوجت نفسها لشخص غير كفاء أو بمهر أقل من مثيلتها كان العقد غير لازم وأصبح متوقف على إجازة الولي، كما له الحق في طلب فسخه لدى الأحناف وهو الرأي المعمول به في القانون المصري دون القانون الجزائري، الذي لا نجد لرأيه أساس غير الشيعة الجعفرية الذين يعتبرون رضا المرأة الراشدة العاقلة وحده كافي للزوم زواجها حتى وإن كان من غير كفاء أو بأقل من مهر المثل، وأخيراً من بين شروط اللزوم التي توجب فسخ العقد نجد العيوب التي تطرأ على الزوج والتي تستحيل معها المعاشرة الزوجية، ما يؤدي للإضرار بالزوجة وهذه الخاصية قد منحت للزوجة كون أن الزوج بيده حق إيقاع الطلاق.¹

وشروط اللزوم لدى فقهاء الشريعة الإسلامية هي خلو العقد من الخيارات المعروفة "خيار الشرط، خيار الرؤية وخيار العيب"،² وخيارات المجلس وهي "خيار الرجوع عن الإيجاب بالنسبة للموجب، خيار القبول بالنسبة لمن وجه إليه الإيجاب، وخيار المجلس لكلا من المتعاقدين"، وشروط اللزوم هي الشروط التي إذا توافرت استمر العقد ولا يجوز لأحد الزوجين ولا لغيرهما حق فسخه، أما إذا تخلف أحد هذه الشروط فإنه يجوز فسخ العقد على النحو التالي:

- إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة الرشيدة نفسها من كفاء وبمهر المثل كان العقد لازماً لدى الأحناف، أما إذا زوجت نفسها لغير كفاء أو بأقل من مهر المثل، فإن العقد يكون غير لازم ويجوز للولي أن يرفع الأمر إلى القاضي ويطلب فسخ العقد.
- كما يثبت للولي حق الفسخ إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة الراشدة نفسها من شخص كفاء ولكن بأقل من مهر المثل ورفض الزوج إكماله.³

¹ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 134 - 137.

² عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص. 284 - 291.

³ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 169.

الفرع الثالث: الشروط الإجرائية في عقد الزواج

هي شروط لا تأثر في انعقاد الزواج ولا في صحته ولا تمنع نفاذه ولا لزومه، وإنما هي شروط نص عليها القانون ومن بينها توثيق العقد لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق، فتوثيق عقد الزواج أو تحريره في محرر مكتوب ليس ركنا من أركانه ولا شرطا لصحته ولا لنفاذه ولا للزومه، وإنما هو وسيلة رسمية وضعها المشرع لإثبات عقد الزواج فيما بعد، إذا ما ثار نزاع وتم إنكاره أمام القضاء فتوثيق عقد الزواج يكون للإثبات وليس للإنعقاد.

ومن بين الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج والتي يتم بموجبها تقييد مبدأ سلطان الإرادة نجد الإجراءات الإدارية والتنظيمية التي تسبق العقد، والشروط التي يلزمها القانون في العقد ذاته بغرض تسجيله أو إشهاره لإثبات وجود العقد وترتيب آثاره في مواجهة الغير، وهو ما جاء في نصوص المواد 18، 22 من ق.أ، كما أن الهدف الأساسي من تضمين هذه الإجراءات هو ضبط الوضعية الإدارية للزوجين، والتحقق من هويتهما الكاملة وسلامتهما الجسدية حفاظا على صحتهما وسلامتهما، والتأكد من وضعية الزوجة بخصوص العدة ووضعية الزوج بخصوص التعدد بالإضافة للتأكد من أوضاع أخرى كتلك التي تتطلب الإذن بالزواج أو الإدلاء بشهادة الكفاءة.¹

أولا: إشكالية تثبيت عقد الزواج العرفي

الزواج العرفي هو زواج شرعي صحيح مكتمل الأركان والشروط وقد ورد بمعنى الفاتحة المتعارف عليها لدى الأوساط الجزائرية، ضمن نص م06 من ق.أ. جاء فيها أن: "اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا، متى توافر ركن الرضا والشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من نفس القانون"، وما تضمنته قرارات المحكمة العليا على أنه: "يثبت الزواج العرفي متى تبين أن أركان الزواج متوفرة فيه طبقا لأحكام م9 من ق.أ،² وفي قرار آخر جاء فيه: "متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاة بتصحيح هذا الزواج، وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافقا للشرع والقانون".³

غير أن إشكالية تثبيت الزواج العرفي تثار في حالة كان مطلقا وغير محصور بمدة زمنية محددة، إذ أنه جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه: "يثبت عقد الزواج بعد عشرين سنة من انعقاده بعد وفاة الزوج بناءً على شهادة الشهود، ولتوافره على جميع أركان عقد الزواج الصحيح وقرائن تسجيل الولدين باسم أبيهما أثناء

¹ بوراق فتيحة، المرجع السابق، ص.81.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1999/04/20، الملف رقم 221329، م.ق، ع.خ، 2001، ص.60.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/12/25، الملف رقم 58224، م.ق، ع4، 1991، ص.110.

حياته دون أن يكون قد اعترض على ذلك"،¹ كما أن التساهل في تثبيت الزواج العرفي من زوجة ثانية هو الآخر قد أثار عدة إشكالات، وساهم في انتشار الزواج العرفي بشكل غير مسبوق لغاية التعدد وللتهرب من موافقة الزوجة الأولى، حيث استقر الاجتهاد القضائي لغرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا على جواز إثبات الزواج الثاني حتى ولو كان عرفيا وبجميع طرق الإثبات، وأن الإقرار القضائي من وسائل الإثبات وحجة قاطعة على المقر عملا بأحكام م342 من ق.م.²

فيما طالب البعض ومن بينهم الأستاذ مامون عبد الكريم بضرورة توقيف العمل بتثبيت الزواج العرفي لما أصبح يشكل مركز التحايل ويسوي بين علاقات مشروعة وأخرى غير مشروعة،³ فيما دعى الأستاذ بوجاني عبد الكريم⁴ إلى ضرورة تسجيل عقود الزواج فور انعقادها بعد خمسة أيام على الأكثر من يوم البناء بالمرأة تحت طائلة عقوبات مدنية وجنائية، وهو ما كانت تنص عليه م03 من القانون رقم 57-777.⁵

أما من جهتنا فإننا ندعوا ليس لإلغاء الزواج العرفي جملة وإنما الدعوة إلى تنظيمه أولا من خلال ضبطه بمدة زمنية محددة، لا يمكن اللجوء بعدها إلى الجهات المختصة من أجل تثبيت زواج عرفي لاحق، ومن ثم العمل على إلغائه وهذه الحلول لا يبتدعها المشرع الجزائري، وإنما هناك قوانين تجرم الزواج العرفي مثلما هو معمول به في بعض الدول العربية المقارنة،⁶ كما صدرت عن الفقهاء المعاصرين فتاوى بتحريمه ومنعه وكما لا يخفى علينا أن

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/04/23، الملف رقم 71732، م.ق، ع2، 1993، ص.51.

² المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2014/01/16، الملف رقم 0881943، م.ق، ع1، 2014، ص.332.

³ مامون عبد الكريم، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، 2004، ع1، ص.29.

⁴ بوجاني عبد الكريم وغربي صورية، تعارض نصوص قانون الأسرة مع أحكام الشريعة من حيث الآثار المترتبة على إثبات الزواج العرفي، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي آفلو، 2020، المجلد2، ع1، ص.237.

⁵ Art.3 : « Lorsque le mariage n'est pas contracté devant le cadi, il doit faire l'objet en vue de son inscription sur les registres de l'état civil, d'une déclaration au maire de la commune dans délai maximum de cinq jours francs à compter de la célébration de l'union ... », Loi n° 57- 777 du 11/07/1957, relative du mariage contracté en Algérie suivant les règles du droit musulman, journal officiel de la republique Française, fait à Paris, le 11/07/1957, P.6922.

⁶ الدول العربية المقارنة التي تجرم الزواج العرفي: القانون الأردني في نص المادة 17 منه: "إذا تم الزواج دون وثيقة رسمية يعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات بغرامة لكل واحد منهم لا تزيد عن 100 دينار". القانون العراقي في نص المادة 5/10: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن 6 أشهر ولا تزيد عن سنة أو بغرامة لا تقل عن 300 دينار ولا تزيد عن 1000 دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة، وتتضاعف العقوبة للحبس مدة لا تقل عن 3 سنوات ولا تزيد عن 5 سنوات إذا عقد خارج المحكمة زواجا مع قيام الزوجية"، أما القانون التونسي وعلى خلاف بقية الدول الإسلامية يعتبر عقد الزواج العرفي باطل، حيث جاء في الفصل الرابع من مجلة الأحكام الشخصية التونسية أنه: "لا يثبت الزواج إلا بحجة

الزواج في حد ذاته قد يأخذ الأحكام الخمسة فقد يكون حراما أو واجبا أو مكروها أو مستحبا أو مندوبا، فما الذي يمنع من تطبيق هذا الحكم على الزواج العربي.¹

ثانيا: مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط

هي شروط إرادية من وضع العاقدان ووفق إرادتهما وتسمى بالشروط الجعلية في الشريعة الإسلامية، وأن الإشتراط في العقود جائز شرعا وقانونا مادام أنه يحقق المنفعة لكلا الطرفين، ولا يضر بمصالحهم تطبيقا للمبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين"، لكن هل تعد هذه الإرادة مطلقة أم مقيدة؟

لقد منحت الشريعة الإسلامية لكلا الزوجين حق اشتراط الشروط في عقد الزواج مادامت لا تتعارض مع كتاب الله وسنة نبيه، أو أن تحل حراما أو تحرم حلالا كأن يشترط تأييد الزواج فهذا لا يجوز، فللزوج أن يشترط ما يشاء من الشروط وللزوجة أيضا الحق في أن تحتاط لنفسها وتشترط ما تراه من الشروط تحفظ لها حقها وتدفع عنها ظلم بعض الأزواج، ولم تكتف الشريعة الإسلامية بذلك بل أولت الشروط بين الزوجين مكانة تتناسب وقيمة العلاقة الزوجية ذاتها وذلك عن طريق الأمر بالوفاء بها بصفة إلزامية أكثر من أي شرط،² وإن فاتهما شرط في عقد الزواج فإن المشرع قد منحهما فرصة أخرى للإشتراط في عقد لاحق طبقا لنص م 19 من ق.أ، لكن ماذا يقصد المشرع الجزائري بعبارة "في عقد الزواج أو عقد لاحق" المنصوص عليها في كلا من المادتين 19 و 37 من ق.أ، هل بذلك يعد المشرع قد وسع من دائرة الشروط في عقد الزواج حتى اشتملت على المشاركات المالية؟ بناءً على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" يمكن للطرفين أن يشترطا في عقد الزواج من الشروط التي يراها ضرورة لتمام العلاقة الزوجية واستقرارها، وذكر المشرع الجزائري من بين هذه الشروط شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة باعتبارها شرطين ضروريين لتأثيرهما على الحياة الأسرية، ويكون بذلك المشرع قد حسم مسألة هذين الشرطين تشريعا ورفع الحرج على القاضين والمتقاضين، إلا أن هناك تعارض بين صياغة نص م 19 وم 8 من ق.أ، وتفاديا للوقوع في مثل هذا التعارض اقترح البعض على المشرع النص على شرط عدم التعدد الوارد ضمن نص م 19 كقيد من القيود الواردة ضمن م 08، كما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي حيث نص هذا

= رسمية يضبطها قانون خاص"، كريمة محروق، واقع الزواج العربي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، 2013، ع 39، ص. 155.

¹ راجع مقالنا: استشهاد بن خدة، الإشكالات المتعلقة بتثبيت عقد الزواج قراءة في نص م 2/33 من ق.أ، وقائع أعمال الملتقى الوطني حول الإشكالات القانونية والقضائية لأحكام قانون الأسرة وسبل حلها، مذكور سابقا، ص. 220-221.

² علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2005، ص. 4.

الأخير ضمن نص م40 من المدونة على أنه: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها"، ويصبح الأصل في التعدد المنع كما فعل كل من المشرع المغربي والتونسي إلا إذا توافرت شروطه، وليس العكس كما فعل المشرع الجزائري بأن اعتبر الأصل في التعدد الإباحة ومن ثم قيده بشروط: (وجود المبرر الشرعي للتعدد، توفر شروط ونية العدل، القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة، إخبار الزوجة السابقة واللاحقة، وأخيرا طلب الترخيص بالزواج من القضاء، وتخضع هذه الشروط للسلطة التقديرية للقاضي)، فيما يرى البعض الآخر بأنه لا مجال للمقارنة بين شرط الزوجة على زوجها بأن لا يتزوج عليها ومبدأ تعدد الزوجات، إذ أن تنازل الزوج عن حقه في التعدد لا يبطل المبدأ من أصله بل يبقى التعدد أصله مباح،¹ وإنما دور الشروط يكمن في تأكيد الحقوق وليس إنشائها.²

المطلب الثاني: النظرية العامة لمجلس العقد بالنسبة لعقد الزواج

تعد نظرية مجلس العقد إسلامية بامتياز وامتدت جذورها للقوانين الوضعية الحديثة ومنها العربية، غير أن القوانين هنا قد فرقت بين ما إذا كان الإيجاب مقترنا بميعاد للقبول هذا من جهة، ومن جهة ثانية ما إذا كان العقد المبرم بين حاضرين أو غائبين للقول بأننا أمام مجلس العقد، إذ أن الإيجاب والقبول يتطابقان في مجلس العقد الواحد مادام كان المتعاقدين حاضرين، غير أنه قد يكون أحد المتعاقدين غائبين عن مجلس العقد وفي هذه الحالة يجب أن يصدر قبوله بمجرد أن يصل إلى علمه الإيجاب حتى يتحقق التطابق، وهو ما ذهب إليه المشرع المصري بأن مجلس العقد يتحقق في حالة ما إذا كان الإيجاب موجها لحاضر وغير مقترن بميعاد، بمفهوم المخالفة إذا كان العقد بين غائبين وكان مقترنا بميعاد أو أنه كان بين حاضرين ومقترن بميعاد فإنه في هذه الحالة لا وجود للحديث عن مجلس العقد.

أما المشرع السوري فكانت نظريته أوسع في هذا الصدد بحيث يرى بأن مجلس العقد يتحقق إذا كان الإيجاب موجها لحاضر وكان غير مقترن بميعاد للقبول، كما لا يمنع تحققه إذا كان الإيجاب موجها لغائب، وذلك بناءً على ما يسمى بإعلان القبول وهو ما ورد أيضا في قانون الموجبات والعقود اللبناني،³ حيث تشترط الشريعة

¹ تعدد الزوجات مباح في أصله لدى الشافعية، مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص.31.

² بوراق فتيحة، المرجع السابق، ص.34-35.

³ تضارب تعريف مجلس العقد بين الفقهاء سواء في الفقه الإسلامي أو الفقه القانوني، حول ما إذا كان يعني وحدة مكانية أم أنه وحدة زمانية أم أنه وحدة معنوية والحقيقة، إذ أن مجلس العقد يجمع بين جميع هذه الأمور الثلاث حتى يكتمل، وهو ما يسمى بأركان مجلس العقد وهما الركن المادي ويضم الوحدة المكانية والركن المعنوي الذي يضم الوحدة الزمانية، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.64-68.

الإسلامية لتمام العقد اتحاد المجلس حقيقة ويراد به إتحاد الزمان، بالرغم من أن بعض الفقهاء يرون بأن إتحاد المجلس يراد به المكان، ويكون فيه التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد أو حكما أو بطريق المراسلة، ويكون فيه التعاقد بين غائبين وهذه الأخيرة تتم بنظرية إعلان القبول.¹

الفرع الأول: الإرادة التعاقدية في عقد الزواج

الأصل في القانون المدني أنه إذا كانت الإرادة الباطنة والظاهرة متماثلتين فإنه يؤخذ بأحدهما، وإنما المشكلة تثار إذا اختلفت الإرادة الظاهرة والباطنة أو عدم تطابق الرضا والتعبير فبأي الإرادتين نأخذ؟ أما القاعدة في الشريعة الإسلامية أن "العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني" أي العبرة بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين أي الإرادة الكامنة أو الباطنة وليس الإرادة بمظهرها المادي، بحيث لم يشترط الفقهاء لفظا معينا أو عبارة بذاتها ينعقد بها العقد، أي أن كل لفظ أو عبارة تؤدي المعنى الذي قصده المتعاقدان ينعقد العقد باستثناء عقد الزواج،² إذ أنهم في بعض الحالات يحددون عن هذه القاعدة ويقفون عند الألفاظ والمعاني الظاهرة فلا يعتدون حينها بالإرادة الكامنة، وبالتالي فإن هناك أفعال تصدر من المتعاقدين يجب تفسيرها تفسيراً دقيقاً والوقوف عند ألفاظها ومعانيها وهذا لا يعني تمسكهم باللفظ وإنما تغليبهم للإرادة الظاهرة، بالرغم من أنه في بعض الحالات يجب الأخذ بالقصد والغرض وهي التعبير عن الإرادة الباطنة كما هو الحال بالنسبة لمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل، حتى يتم معرفة نية المتعاقدين من إبرام العقد فقد تكون الإرادة الظاهرة غير هذه النية.³

أخذ بنظرية الإرادة الباطنة كل من القانون الفرنسي والقانون الإيطالي، والمشروع الفرنسي الإيطالي وهي الإرادة الكامنة في نفس الشخص وهي نظرة شخصية، وما التعبير المادي إلا دليل على وجودها فإن اتفق التعبير مع الإرادة الحقيقية للعاقدين أخذ به، وإلا فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني وهو مبدأ إسلامي وما تبناه المشرع الجزائري من خلال نص م 54 من ق.م، فيما يأخذ بالإرادة الظاهرة كل من القانون الألماني، القانون السويسري، النمساوي، البرازيلي، والمشروع البولوني، والمشروع التشيكوسلوفاكي، وهي نظرة مادية مادام أن العقد

¹ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص. 88.

² محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 55.

³ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص. 240.

ينشأ روابط إجتماعية فإن الإرادة التي يعتد بها يجب أن تكون ذات مظهر مادي وإجتماعي، أي يجمع بين النظريتين إذ يريان أن الإرادة الظاهرة تكمل الإرادة الباطنة.¹

فيما كان هناك نظرية ألمانية لا تعتد بالإرادة الباطنة مطلقا ولا تجعل لها سلطانا، بل تنظر إلى الإرادة الظاهرة بأنها هي الشيء المحسوس وحده ووجوده هو حقيقة إجتماعية،² وكلا من النظريتين الظاهرة والباطنة تكمل بعضهما، إذ أن أنصار الإرادة الباطنة لا يهتمون الإرادة الظاهرة وإنما يعتبرونها كدليل عن تلك الإرادة ونفس الشأن بالنسبة لأنصار النظرية الظاهرة، غير أنهم يذهبون لأبعد من ذلك إذ يعتبرون بأن المظهر الخارجي ليس دليلا فحسب وإنما هو العنصر المنتج للآثار القانونية.

أولا: مجلس الخطبة ومجلس الفاتحة

الفاتحة في المفهوم الجزائري هي عبارة عن مجلس يتم من خلالها إبرام عقد الزواج شفاهة على الوجه الشرعي، أي ما تفرضه الشريعة الإسلامية من توفر رضا المتعاقدين وبحضور أولياء الزوجين والشهود ويتم من خلاله تحديد قيمة الصداق أو دفعه أو الإتفاق على تعجيله أو تأجيله كما تجتمع فيه العلانية والإشهار، أما الخطبة فإنها لا تتعدى مجرد الإعلان عن الرغبة في الزواج والإتفاق على إبرامه لاحقا، لكن قد يحدث أن تجتمع الخطبة والفاتحة مع توافر جميع الشروط الشرعية المذكورة في مجلس واحد متحدثين زمانا ومكانا، فهل يعد هذا مجلس خطبة أم مجلس عقد وهل يعد بالتالي زواجا؟

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري في مادته السادسة نجد عبارة "اقتران الخطبة بالفاتحة لا يعد زواجا" ليأتي في الفقرة الموالية وينص على الإستثناء، "غير أنه إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد وتوافرت الشروط المنصوص عليها في م9 مكرر وهي: (الأهلية، الولي، الصداق الشاهدين وانعدام الموانع الشرعية)، بالإضافة لقيام ركن الرضا فإنه يعتبر في هذه الحالة زواجا"، فهل أن الخطبة والفاتحة يخضعان لنفس الأحكام؟

ما يمكن استخلاصه من فحوى نص م06 بأن الخطبة والفاتحة إن كانتا قد وقعتا منفردتين أو مقترنتين في مجلس الخطبة فلا يعتبران زواجا أما إذا وقعتا في مجلس العقد تعتبران زواجا إضافة لتوافر الشروط المذكورة، غير أن هذا الزواج يظل شرعيا فقط ولا يمكن الإحتجاج بالعقد الشفهي إلا إذا تم تسجيله أمام الجهات القضائية المختصة.³

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص.83-84.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج1، المرجع نفسه، ص.103.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.16-17.

وبالتالي فإن من أهم شروط تكوين مجلس العقد نجد حضور المتعاقدين أو أحدهما ويكون ذلك الحضور إما حقيقيا أو حكما،¹ ويسمى هؤلاء الحضور بأشخاص مجلس العقد مع منح لكلا الطرفين إمكانية الرجوع وهو ما يسمى بخيار الرجوع ، وهو المبدأ لدى القائلين بخيار المجلس يعني أن لكل من المتعاقدين حق الرجوع بالإرادة المنفردة عن العقد مادام المجلس قائما، وهذه الفكرة تطبق في العقود غير الفورية، إذ أن مجلس العقد شرع للحد من فكرة الفورية مما يعني تراخي القبول عن الإيجاب وهو ما يسمى باقتران الإيجاب بميعاد للقبول. فكرة فورية المجلس المقصودة ليست الفكرة المعروفة التي ذهب إليها الشافعية وإنما هي فكرة وجدت كبديل لمجلس العقد، وتقتضي بأن التصرفات ذات الوحدة المكانية والزمانية تكون قاصرة على بعض التصرفات التي يكفي في إنشائها الإيجاب فقط أو التصرفات بالإرادة المنفردة التي لا تحتاج لإيجاب وقبول معا.

وبالتالي نستبعد عقد الزواج من هذه التصرفات بحيث من خلال استقراء نص م06 من ق.أ نجد المشرع الجزائري قد اعتبر عقد الزواج من العقود التي تتطلب لانعقادها وجود مجلس العقد، وهي المرحلة الوسط التي يتم من خلالها التفرقة بين الإيجاب والقبول والعقد النهائي من خلال قاعدة: "يمكن للموعد له قبول الوعد بالتعاقد في مجلس العقد النهائي أو رفضه والرجوع عن وعده"، أما المشرع المصري لا يأخذ بفكرة خيار المجلس بينما نجده قد أخذ بنظرية مجلس العقد من باب القاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين".²

فالمبدأ العام "متى اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكما ولم يعين زمن للقبول فإنه يجب على من وجه إليه الإيجاب أن يصدر قبوله فورا، بمجرد أن يصل إلى علمه الإيجاب حتى يرتب أثره وينعقد العقد" غير أن ذلك يؤدي لإلغاء خيار الرجوع، فقد إشتط الشافعية الفورية في القبول وقت انعقاد المجلس غير أنه لما كانت الفورية قد تضيع على القابل فرصة التدبر والتأمل، فقد قالوا "بخيار المجلس" مادام المجلس قائما "ولم تعد الفورية في القبول لازمة"، أما جمهور الفقهاء فلم يشترطوا الفورية في القبول وبالتالي فإن الفقهاء الذين قبلوا بخيار المجلس وهم الشافعية والمالكية أخذوا بقاعدة فورية القبول،³ وهو ما تبنته بعض القوانين الغربية الحديثة والقانون المغربي.

¹ الأصل العام أن يكون مجلس العقد حقيقيا ويتمثل ذلك في الحضور الشخصي للعاقدين، واستثناء قد يكون مجلس العقد حكما وفيه يكون أحد المتعاقدين غير موجود، وهي فكرة جاء بها الفقه الإسلامي استنادا لنظرية الإعلان بالقبول، ويقابله في الفقه المعاصر نظرية العلم بالقبول لانعقاد العقد بين غائبين، ويعتبر التعاقد عبر وسائل الاتصالات الحديثة أحد صور التعاقد بين الغائبين كما سنرى.

² جابر عبد الهادي سام الشافعي، المرجع السابق، ص. 77-78.

³ اتفق المذاهب الأربعة على ضرورة اتحاد مجلس العقد فيما اشترط الشافعية والمالكية الفورية، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق ص. 27.

فيما نجد المشرع الجزائري والمصري كما قلنا لا يأخذون بهذه القاعدة، وإنما يعتبرون أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فوراً وهو ما نصت عليه م64 من ق.م.¹ والتي يقابلها في القانون المصري م94 وكذلك الحال بالنسبة للتعاقد باستخدام الوسائل الإلكترونية، وهو رأي المذهب الحنفي حتى يفسح المجال للموجب للعدول عن إيجابه في الفترة بين الإيجاب والقبول للتدبر في ذلك أكثر، وهو ما يتوافق مع عقد الزواج باعتباره عقد مهم وأكثر العقود حاجة للتدبر، فالعدول في هذه الفترة أحسن من الطلاق بعد انعقاد العقد، غير أنه في بعض الحالات قد يكتنف رفض التعاقد أو رفض الإيجاب ظروف وملازمات، تجعل من صدر الإيجاب لصالحه ملزماً بالقبول وإلا كان مسؤولاً مسؤولية تقصيرية عن الأضرار الناشئة عن رفضه.²

فهل تسري هذه الأحكام بالنسبة لعقد الزواج؟ وفيما تكمن التفرقة بمناسبة ذلك بين مجلس الخطبة ومجلس العقد؟ ومن خلال الرجوع لقواعد القانون المدني في التعبير عن الإرادة الصريحة والضمنية أو عن طريق التعريض فما مدى تأثير ذلك في اعتبار الخطبة المقترنة بالفاتحة عقداً؟ وهل أن التراجع عن الخطبة يعد في هذه الحالة فسخاً أم طلاقاً قبل الدخول؟ وخصوصاً أنها مرحلة سابقة على التعاقد وأن المسؤولية القائمة حينئذ ليست على أساس العقد؟

تعد فترة مجلس العقد من أهم الفترات التي يمر بها العقد قبل أن يصبح نهائياً وتعد المرحلة السابقة على التعاقد النموذج التطبيقي لها، بالنسبة لعقد الزواج فهو من بين العقود التي يشترط فيها القبول في مجلس الإيجاب. فمجلس العقد عبارة عن المدة الزمنية التي تفصل الإيجاب عن القبول، بينما عبر عليه الأستاذ مصطفى الزرقا بأنه التفاوض على العقد فإذا انفض المجلس قبل صدور القبول فإنه يلغى الإيجاب وبالتالي فهو لا يراد به المكان.³ على عكس خيار الرجوع في الخطبة إذ قلنا بأنه يعد مكنة فإنه في مجلس العقد لا يعد حقاً ولا مكنة، وإنما يعد شرطاً إذا تحقق سقط الإيجاب وإن لم يتحقق ظل الإيجاب قائماً، وهو قانوناً ذلك الشرط الذي يندرج ضمن أوصاف الالتزام بخلاف الشريعة الإسلامية التي تعتبره حقاً مفروضاً بقوة الشرع، إذا استعمل الموجب خيار الرجوع

¹ تنص م64 من ق.م على أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي وسيلة، غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد".

² عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص.148.

³ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.73.

عن الإيجاب فالأصل أنه لا مسؤولية غير أنه إذا اقترن الرجوع بخطأ سبب ضرراً للموجه إليه الإيجاب فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية.

ففي مرحلة المفاوضات يقتصر التعويض فيها عما لحق المضرور من خسارة ففي خيار المجلس يتم بمقتضاه لكل من المتعاقدين الحرية في فسخ العقد أو إتمامه، فإذا اختار أحد المتعاقدين فسخ العقد بناءً على خيار المجلس فإنه لا مسؤولية، أما إذا صاحب الفسخ خطأ سبب ضرراً في هذه الحالة تقوم المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية، أما بعد مرحلة المفاوضات فإن التعويض يشمل كذلك ما فات المضرور من كسب وتصبح بالتالي مسؤولية عقدية، يتم التراجع عنه مثلما يتم التراجع عن مجلس العقد النهائي كما أن خيار القبول لا يعد حقاً ولا رخصة وإنما يعد مكنة وهي منزلة وسط بين الحق والرخصة،¹ ولا تعد مسؤولية عقدية لأن الخطأ الذي يترتب عن استعمال هذا الخيار بالفسخ لم يكن خطأ نشأ عن عدم تنفيذ أي التزام من الإلتزامات المترتبة عن العقد وإنما عن خطأ نشأ عن استعمال حق أجازه الشارع للمتعاقد وهو خيار المجلس.²

الأصل هو العلم بالقبول لانعقاد العقد لأن الأصل أن يكون مجلس العقد حقيقي، استثناءً يتم الإكتفاء بإعلان القبول وهو الحال بالنسبة لمجلس العقد، ونظرية إعلان القبول وهي تتجلى في مجلس العقد الحكمي وبخاصة التعاقد بين غائبين، وبما أن نظرية العلم بالقبول قد ورد عليها مجموعة من الإنتقادات وكذلك الحال بالنسبة لنظرية إعلان القبول إذ أنها هي الأخرى لم تسلم من النقد، وبالتالي لا يمكن الأخذ بالنظريتين على حدا وإنما يجب الجمع بينهما، ويبقى الأصل هو العلم بالقبول لانعقاد العقد وخلاف الأصل هو إعلان القبول، لأن الأصل هو التعاقد في مجلس العقد الحقيقي وهو ما يؤخذ فيه بنظرية العلم بالقبول، والإستثناء أن يتم التعاقد في مجلس العقد الحكمي وفيه يؤخذ بنظرية إعلان القبول، ويفترق التعاقد بين حاضرين عن التعاقد بين غائبين حول المدة الزمنية التي تفصل صدور القبول وعلم الموجب به، وفي حالة التعاقد بين حاضرين ولم يعين زمن للقبول يبقى الإيجاب قائماً مادام المجلس كذلك.³

1- التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد:

التعاقد يعني صدور إيجاب من طرف يعقبه قبول من الطرف الآخر ويمر بعدة مراحل بدءاً بالمفاوضات التي يعرض فيها أحد الطرفين التعاقد مع الطرف الآخر، لحين نشأة العقد النهائي والتطابق التام بين الإيجاب

¹ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 71-74.

² رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 99.

³ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 73.

والقبول، فقد يصدر الإيجاب ولا يعقبه القبول مباشرة وقد ينصب الإيجاب عن مجرد الوعد بالتعاقد، وقد يصدر القبول وقت صدور الإيجاب وهو ما يسمى بمجلس العقد، غير أنه يمكن أن يتعذر صدور القبول في الوقت الذي تلقى فيه المتعاقد الإيجاب كأن يكون أحد العاقدين عديم الأهلية أو ناقصها، أو أنه توفي قبل صدور القبول أو أنه أعلن عسره أو إفلاسه كما يمكن أن يكون تخلف القبول بسبب في هلاك الشيء المتعاقد عليه.¹

يجب التفرقة في هذا الصدد بين توافق الإيجاب والقبول وتطابقهما، فتوافق الإيجاب والقبول يعبر عنه الفقه بتوافق الإرادين وهو ما نصت عليه م66 من ق.م "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً"، وفي هذه الحالة يجب أن يكون الإيجاب بات وكامل حتى يكون محلاً للتعاقد، كما يجب أن يكون قبول من وجه إليه الإيجاب باتاً بالموافقة على إنشاء العقد، ويجب أن يصدر ذلك القبول مادام الإيجاب قائماً وإذا صدر في مجلس العقد فيجب أن يصدر قبل انقضائه، وفي حالة صدور القبول بعد سقوط الإيجاب فإن ذلك القبول يصبح إيجاباً جديداً بإمكان الطرف الآخر القبول به أو رفضه ومن ثم يأتي تطابق الإيجاب والقبول.

هذا الأخير الذي يجب أن يكون باتاً بالنسبة لجميع المسائل التي تناولها الإيجاب، أما إذا اقتصر الإيجاب على المسائل الجوهرية دون المسائل الثانوية فإنه يكفي أن يتوافق الإيجاب والقبول على تلك المسائل التي اشتملها الإيجاب وهو ما نصت عليه م65 من ق.م المذكورة سابقاً، بينما لا ينطبق هذا النص القانوني إذا ما اشترط الطرفان صراحة أو ضمناً أن العقد لا يتم إلا إذا اتفقا على جميع المسائل.²

2- التعاقد بين غائبين أو بالمراسلة:

إذا جمع المتعاقدان مجلس عقد واحد نكون بصدد التعاقد بين حاضرين حتى وإن كان أحد الحاضرين نائباً عن الأصيل الذي يكون غائباً عن المجلس، ويستثنى من ذلك بعض العقود الخاصة التي يستلزم القانون فيها الحضور الشخصي للمتعاقدين ورضائهما الكامل في مجلس واحد وقت التعاقد، كما هو الشأن بالنسبة لعقد الزواج والعقد المنظم للمراكز المالية بين الزوجين وهو ما يقضي به القانون الفرنسي.³

أما التعاقد الذي لا يجمع فيه المتعاقدان مجلس واحد نكون بصدد التعاقد بين غائبين، بحيث يكون هناك مدة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب وبالتالي في هذه الحالة يجب تحديد مدة للإنعقاد، فالتعاقد بين

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص.272-275.

² عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص.122-123.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص.288-289.

غائبين جائز في الفقه الإسلامي بل وقد أحاطه بجملة من القواعد الفقهية من بينها قاعدة "الكتاب كالخطاب".¹ ومعنى ذلك أنه إذا كان بإمكان الحاضرين أن يبرموا العقد شافهة فإنه يمكن بالمقابل للغائبين أن يبرموا كتابة فهو على درجة واحدة، غير أنه اشترط الفقهاء في هذا الخصوص أن تكون الكتابة مستبينة بخط واضح.²

يكمن التجسيد الفعلي للتعاقد بين غائبين في التعاقد بالمراسلة ذلك أنه لما كان يمكن التعاقد بين غائبين فكان لابد من وجود وسيلة لتحقيق ذلك الغرض، ويجب التفرقة في هذا الصدد بين وقت صدور الإيجاب والعلم به ووقت صدور القبول وتسمى نظرية إعلان القبول على أن يكون ذلك الإعلان نهائياً لا رجوع فيه، والعلم به يسمى بنظرية العلم بالقبول ويقصد به ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على الوجه الشرعي، وهو لحظة علم الموجب بالقبول وفقاً للرأي الراجح في الفقه الإسلامي ويتجلى ذلك في مجلس العقد الحقيقي، والتي تعني أن الإرادة لا تنتج آثارها إلا إذا علم من وجه إليه القبول.³

وبعد ذلك يتم تطبيق جميع ما تقدم من قواعد التعاقد بين حاضرين فيكون تمام العقد عندما تتوافق الإرادتين، ومثاله التعاقد بالتليفون غير أن هذا الأخير يثير إشكالية مكان الإنعقاد لا زمانه فبالنسبة للزمان تطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين، لأن كلا من المتعاقدين يسمع كلام الآخر ويفهمه أما بالنسبة للمكان فلا يمكن أن تطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين لأن كلا من المتعاقدين يكون في مكان يختلف عن الآخر،⁴ إذا افترضنا أن أحد المتعاقدين يتواجد مثلاً في الجزائر بينما يتواجد المتعاقد الآخر في فرنسا، فإذا أخذنا بنظرية إعلان القبول في هذه الحالة فإن العقد يعتبر قد تم في فرنسا، وإذا أخذنا بنظرية العلم بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم في الجزائر، وهو ما نصت عليه م 61 من ق.م بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره من الوقت الذي وصل القبول لعلم من وجه منه الإيجاب، ويعتبر العلم بالإيجاب أو القبول قرينة قانونية تقبل إثبات العكس، غير أن فقهاء القانون يميزون في هذا الصدد بين نوعين من التعبير عن الإرادة:

¹ م 69 من مجلة الأحكام العدلية، المرجع المذكور سابقاً.

² أحمد عبيد جاسم، التأصيل الفقهي للقانون المدني، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2013 ص. 47.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 294-297.

⁴ أحمد عبيد جاسم، المرجع السابق، ص. 49.

- تعبير واجب التسليم Receptice وهو الذي لا يتحقق أثره إلا إذا تم تسلم العلم سواء كان إيجاباً أو قبولاً، ويعني ذلك بخلاف خيار المجلس أنه لا يتم الرجوع عنه (أي القبول) إذا ما وصل إلى علم الطرف الآخر (الموجب) والعكس.

- تعبير غير واجب التسليم Non receptice وهو ما يتحقق أثره بمجرد التعبير عنه ويتحقق خصوصاً في التصرفات بالإرادة المنفردة وهو ما يسمى بنظرية العلم في التعاقد بين غائبين، وفيه يعتبر وصول التعبير قرينة بسيطة على العلم تقبل إثبات العكس.¹

ثانياً: التعبير عن الإرادة في مجلس عقد الزواج

يعرف الأستاذ مصطفى العوجي الإرادة بأنها تعبير عن تفكير يتكون لدى الشخص ومن ثم يتجسد من خلال التصرف المادي ويعلن عنه للغير،² من خلال هذا التعريف يتبين لنا مراحل الإرادة المتمثلة في التفكير وهو الباعث أو النية، التصرف المادي وهو العزم وهو الاستقرار على رأي معين حاسم يفضي إلى التنفيذ دون تردد أو تراجع، والإختيار وهذه المرحلة ترتبط بالعلم والإدراك وفي الأخير الإعلان وهو التنفيذ، ومن هذه المراحل يظهر لنا كل من الإرادة الباطنة والتي تمر هي الأخرى بثلاث مراحل قبل التعبير عنها (الباعث، التروي والعزم) وبانتهاء هذه المراحل الثلاث تنتقل بعد ذلك للعالم الخارجي ويكون في صورة ما يسمى بالإرادة الظاهرة، وهذه الأخيرة هي التي تتضمن التنفيذ وتتخذ مراحل وطرق ووسائل للتعبير عنها، ويكون ذلك إما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة وحتى السكوت كما يعبر عنها بوسائل الاتصالات الحديثة،³ وبالتالي فإن الإرادة هي عمل نفسي لا يعتد بها القانون إلا إذا تم الإفصاح عنها من خلال وسائل التعبير المذكورة.

ولما كانت الإرادة أمر نفسي وداخلي فقد استخدم الفقه الإسلامي والقانون مصطلح "التعبير عن الإرادة" للدلالة عن الإيجاب والقبول، وهذا الأخير الذي أطلق عليه الفقهاء "بصيغة العقد" وهذا من كثرة اهتمامهم بالمظهر الخارجي، وقد يأتي مصطلح التعبير عن الإرادة للدلالة على التراضي ومن ثم إتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني، أي إخراج الإرادة النفسية والإعلان عنها من خلال التعبير عنها للمظهر الخارجي، سواء كان تعبيراً عن إيجاب أو قبول ويأتي ذلك التعبير عن الإرادة بمظهرها الخارجي إما صراحة أو ضمناً.

¹ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص. 140.

² مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط 1، مؤسسة بحسون، دار المنال، بيروت، لبنان، 1996، ص. 197.

³ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 30-31.

بالرغم من أن الأصل فيه أن يكون صريحا عن طريق الكلام أو الكتابة أو الإشارة من خلال الألفاظ الدالة عليه، وإستثناءً أن يكون ضمنيا بإتخاذ فعل يدل عليه ويمكن القول بأن التعبير الصريح مباشر والتعبير الضمني غير مباشر، كما أن هناك بعض الحالات التي يجب أن يكون فيها التعبير عن الإرادة صريحا، كنوع من التروي في بعض العقود وإلا لن يعتد به ولا يكفي أن يكون ضمنيا، وقد سبق القول بأن الإرادة الضمنية لا يمكن أن تكون سكوتا وهو ما سيتم تفصيله من خلال النقاط الموالية.¹

أ- النزعة الذاتية والنزعة الموضوعية:

يأخذ الفقه الإسلامي بالنزعة الموضوعية وليس النزعة الذاتية وهو ما ساد في الفقه الغربي الحديث ومعنى ذلك أنه يعتد بالإرادة الظاهرة، ذلك أن توافق الإرادتين يجب أن تتخذ مظهرها خارجيا يتمثل في بعض الألفاظ المخصوصة، ويظهر ذلك جليا من خلال عقد الزواج وإنهائه عن طريق الطلاق.² فالنزعة الذاتية أو التصور الذاتي أو الشخصي للعقد يمكن تعريفه بأنه اتفاق يرتب إلتزامات، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص م 54 من ق.م، والتي جاءت مطابقة لنص م 1101 من ق.م.ف وتعني اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني، إن الأخذ بهذه النزعة ينتج عنه في المقابل الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة، وبالتالي إذا اختلف التعبير عن الإرادة فإنه يتم استبعاد الإرادة الظاهرة، كون العقد يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحقيقية لأطرافه.³

أما النزعة الموضوعية أو التصور الموضوعي للعقد هو التصور الذي نادت به الشريعة الإسلامية، بحيث يعرف العقد حينها بأنه: "إرتباط الإيجاب بالقبول ليرتب آثارا بالنسبة للمعقود عليه وهو ما نصت عليه م 103 من مجلة الأحكام العدلية، وبالتالي واستنادا إلى النزعة الموضوعية فإن في الشريعة الإسلامية يعتد بالإرادة الظاهرة ومن ذلك يترتب إشكال في تحديد أي الإرادتين يعتد بها الإرادة الظاهرة أم الإرادة الباطنة في عقد الزواج؟

ب- نظرية العقد بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة

إن الإرادة تبدأ في نفس المتعاقدين إرادة باطنة أو كامنة قبل أن تظهر للعالم الخارجي بمظهر الإرادة الظاهرة فإذا تطابقت الإرادة الباطنة والظاهرة وُجد العقد، غير أنه إذا اختلفت الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة فبأي

¹ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص.111.

² عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني، المرجع السابق، ص.68.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة، د.ط دار الهدى، الجزائر، 2007، ص.88.

من الإرادتين نعتد؟ يجب أن نبين في هذا الصدد ما ذهب إليه فقهاء المالكية من خلال اهتمامهم بصناعة الألفاظ في جميع التصرفات القانونية (أي الصيغة)، وجعلوا (صيغة العقد اللفظية) تختلف بين الماضي والمضارع فالأولى تكون عباراتها واضحة لا تدع مجالا للشك من غير احتمال معنى آخر،¹ وهو ما يعرف بالإرادة الظاهرة أما الثاني فهي صيغة احتمالية وجب الرجوع فيها إلى نية المتعاقدين الحقيقية دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ وهو ما يعرف بالإرادة الباطنة أو الكامنة، وهو ما يفسر عبارة البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين متى كانت عبارات العقد غير واضحة التي أخذ بها الفقه المالكي وهو ما أخذ به المشرع الجزائري،² وأمام تعارض هاتين النظريتين فأى الإرادتين يعتد به في تكوين عقد الزواج، نبحت في الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة كطريقتين للتعبير عن الإرادة وما موقف المشرع الجزائري من رأي المالكية في كلا من هاتين النظريتين؟

1- نظرية الإرادة الباطنة:

وهو ما يكنه الشخص في نفسه وتبقى حبيسة النفس ما لم يعبر عنها بالقول أو الفعل، وهو ما يفسر اتفاق الفقهاء حول عدم صحة التصرفات الصادرة من الصبي غير المميز والمجنون والنائم وعدم ترتيبها لأي أثر وذلك لصدور القول ممن لا إرادة لهم، فالإرادة هي أساس العقد ومناط التمييز وبالتالي إذا وجدت الإرادة الظاهرة في هذه الحالات وانعدمت الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فإنه لا ينشأ العقد ولا يترتب آثاره، بينما إذا وجدت الإرادة الباطنة وحدها فإن العقد في هذه الحالة ينشأ ويترتب آثاره، إذ أنها تقوم أساسا على مبدأ سلطان الإرادة بحيث تكون هي الإرادة الحقيقية للمتعاقدين التي يتم الرجوع إليها في حالة عدم وضوح عبارات العقد.

وهو ما تبناه المشرع الجزائري في القانون المدني من خلال نص م111 أخذا من المشرع الفرنسي بحيث يرى هذا الأخير من خلال نص م1156 من ق.م.ف،³ بأنه يجب البحث في العقود عن نية المتعاقدين المشتركة لا الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وحين مخالفة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة فإن الأصل هو عدم البحث في إرادة المتعاقدين متى كانت عبارات العقد واضحة لا مجال للتأويل فيها، أما في حالة عدم وضوح دلالات وألفاظ العقد في هذه الحالة يجب البحث في إرادة المتعاقدين الحقيقية، فيما يعتبر القانون المصري الإرادة الباطنة

¹ الغرياني الصادق عبد الرحمان، المرجع السابق، ج2، ص.514.

² بن خدة حمزة، مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد جامعة تلمسان، 2016، المجلد1، ع1، ص.219-221.

³ Art 1156 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

هي الأصل فيما يأخذ بالإرادة الظاهرة في حالات إستثنائية، وقد سار على نهجه كل من القانونين السوري واللبناني.¹

فأساس العقد كقاعدة عامه هي الإرادة المشتركة بين طرفيه وفي حالة عدم الإتفاق يتدخل القانون ويعمل على تفسير الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة،² "فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"³ وهذه النظرية في الحقيقة هي نتاج مبدأ سلطان الإرادة مادامت إرادة المتعاقدين هي التي ترتب الإلتزام، أما المظهر الخارجي للتعبير عنها ما هو إلا دليل عليها.

فيما تعد الإرادة الباطنة هي النية التي كانت أساس العقد وتتكون من عنصرين: الاختيار والرضا وهو الأمر الباطني الذي يجسده الإيجاب والقبول، والاختيار هو القصد أي العبارة المنشئة للعقد بحيث أن الاختلاف بين الإرادة الباطنة والظاهرة يكمن في الاختلاف بين القصد والتعبير، فإنهم قد يعولون على العبارة دون المقصد إذ أن هذا الأخير يبقى أمر باطن ليس له وجود حقيقي، حيث يرى فقهاء الحنفية بأن الإختيار يكفي وحده لانعقاد العقد بحيث يعتبرونه شرطاً للإنعقاد، أما الرضا فهو غير لازم للإنعقاد وإنما هو شرط للصحة، فإن لم يوجد الرضا في بعض العقود تنعقد وتلزم آثارها ومن ذلك الزواج، الطلاق والعقاق.

أما جمهور الفقهاء من شافعية ومالكية وحنابلة فإن الإختيار والرضا عندهم متلازمان، وهما بمعنى القصد وبالتالي فإنه لا ينعقد العقد عندهم من غير تحقق الرضا وأن الاختيار يتحقق مع الهزل⁴ والإكراه والنسيان والخطأ،⁵ وبالتالي هناك ثلاثة أفعال في الشريعة الإسلامية "جدّهن جدّ وهزلن جدّ، الزواج، الطلاق، والعقاق".⁶

¹ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص. 89.

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 43.

³ محمد الزرقا، المرجع السابق، ص. 14-15.

⁴ الهزل: هو ما يراد بالشيء في غير موضعه أو ما لم يصلح له اللفظ استعارة، فهو كلام العايب الذي لا يقصد من كلامه ترتيب آثار وأحكام شرعية، وقد اختلف الفقهاء حول عبارات الهزل والتصرفات التي تتأثر به، حيث ذهب كل من الحنابلة والمالكية إلى أن الهزل مبطل للعقود والتصرفات، وبالتالي لا تترتب على العبارة أي أثر باستثناء العقود التي تحتل النقض والفسخ ولا تترأخي أحكامها، وبالتالي تنفذ صحيحة ومن ذلك (الزواج، الطلاق، الرجعة، اليمين والنذر)، فيما يعتبر جمهور الحنفية أن عقود الهزل فاسدة وهم أيضاً يستثنون العقود الخمس المذكورة ومن ذلك ينقلب عقد الهازل صحيحاً، فيما ذهب الشافعية على صحة عقود الهازل مطلقاً، عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص. 244.

⁵ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع نفسه، ص. 238.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 182.

ونتيجة لذلك تكون العبارة في عقود الهازل غير معبرة عن الإرادة الباطنة أو الحقيقية رغم وجود الصيغة ومن ثم لا تنشأ أي أثر ولا ترتب أي التزام، ويدخل في حكمها عقد السكران والمخطئ والناسي ... إلخ.¹

2- نظرية الإرادة الظاهرة:

الإرادة الظاهرة هي المظهر الخارجي للموس والعنصر المادي المحسوس، يكون تارة تعبيراً صريحاً ويكون تارة أخرى تعبيراً ضمناً وهي الصيغة التي يتم التعبير بها عن الإرادة الباطنة كما قد يتخذ هذا التعبير مظهرها سلبياً يعبر عنه بالسكوت، وهو ما يعني أنه بمجرد تطابق الإيجاب والقبول ينشأ العقد يرى أنصار هذه النظرية بأنه يجب أن يعتد بالإرادة الظاهرة لما تنتج من آثار قانونية، فهي الإرادة بمظهرها الاجتماعي من خلال الإفصاح عنها بحيث يطلق الفقه على هذه النظرية بنظرية الإفصاح عن الإرادة *déclaration de volonté*² ولا يعتد إلا بالإرادة الواضحة من حيث اللفظ بالنسبة لعقد الزواج فالإرادة الباطنة ليس لها أي أثر قانوني.

على عكس الإرادة الباطنة التي تعد نتاجاً لمبدأ سلطان الإرادة فإن الإرادة الظاهرة في الواقع ما هي إلا انتقاص من هذا المبدأ، تدعى بنظرية الإفصاح عن الإرادة إذ أن العبرة فيها بالإفصاح عنها بحيث يعتبرها القانون ظاهرة إجتماعية وليست ظاهرة نفسية حتى يأخذ بالإرادة الباطنة، وقد يكون مظهر التعبير عنها صريحاً أو ضمناً بل قد يكون مجرد السكوت في بعض الحالات، فالمهم أن لا تبقى هذه الإرادة حبسية النفس وإنما يجب إبرازها للعالم الخارجي.³

نخلص إلى أنه لا تقوم الإرادة الظاهرة بمنزلة عن الإرادة الباطنة ذلك أنه حتى وإن وجدت الإرادة الظاهرة لدى الصبي غير المميز أو المجنون أو من يقوم مقامهما، فلا أثر لتصرفاتهم ما دامت الإرادة الباطنة منعدمة ولذلك سميت بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين.⁴

ج- مجلس العقد الحقيقي والحكمي:

مجلس العقد يتم من خلاله تلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما تطابقاً تاماً في الساعة ومكان واحد حقيقياً أو حكماً، والمجلس الحقيقي هو المجلس الذي يكون فيه المتعاقدان حاضرين وهو الأصل، يبدأ بصور إيجاب بات من أحد الطرفين يقابله قبول من الطرف الآخر، أما مجلس العقد الحكمي فهو المجلس الذي يكون

¹ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص. 245.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 169-180.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع نفسه، ص. 170-172.

⁴ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 49.

فيه أحد الطرفين غائبا وهو يبدأ من لحظة قراءة الرسول للإيجاب كتابة ويقابله قبول من الطرف الآخر، وبالتالي فقد اصطلح عليه الفقهاء تسمية التعاقد بين غائبين سواء كان شفاهة أو كتابة.

يكون لكلا الطرفين من خلال مجلس العقد عدة خيارات من بينها: خيار الرجوع إما رجوع الموجب عن إيجابه أو خيار القبول لمن وجه إليه الإيجاب وخيار المجلس لكل منهما عند القائلين به "أي خيار المجلس" بشرط أن يكون المجلس قائما، وقد رأينا بأن نظرية خيار مجلس العقد قد جاءت في مقابل "نظرية فورية القبول" وهو أن يكون للطرف الذي وجه إليه الإيجاب المدة الكافية للقبول به.

أما خيار الرجوع فهو أحد الآثار المترتبة عن مجلس العقد قد يكون رجوعا عن إيجاب قبل صدور القبول حتى وإن كان إيجابا باتا وحتى وإن وصل لعلم من وجه إليه، أي نظرية العلم بالقبول وهي النظرية التي تقوم في حالة انعقاد العقد بين غائبين (وهو رأي نادى به الفقهاء المعاصرين)، أما الشريعة الإسلامية فإنها تأخذ "بنظرية إعلان القبول" وليس "نظرية العلم بالقبول"، باستثناء المذهب المالكي الذي يرى بأنه يجب اقتران الإيجاب بميعاد للقبول.¹

ثالثا: طرق التعبير عن الإرادة في عقد الزواج:

اللفظ هو عماد التعبير عن الإرادة والأقوال هي الأصل في العقود غير أنه قد تقوم مقامها وسائل أخرى مهما كانت هذه الوسيلة في التعبير عن الإرادة المهم أنها تفيد نفس المعنى،² (باللفظ أو الكتابة أو الإشارة وحتى السكوت كما يعبر عنها بوسائل الاتصالات الحديثة)، جاء في نص م 10 من ق.أ بأن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج يكون كأصل عام بناءً على لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، استثناءا يمكن أن يكون من العاجز بكل معنى يفيد النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة ويفهم من نص المادة "وعرفا" تعني بلفظي النكاح والتزويج.

1- اللفظ للتعبير عن الإرادة:

يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو ما يستصاغ بالصيغة اللفظية أي أنها التعبير عن إرادة المتعاقدين الباطنة إذ لا بد للإيجاب والقبول من وسيلة للتعبير عنه وإخراجه للعالم الظاهري، والأصل أن تكون هذه الوسيلة باللفظ وإن عجز عن اللفظ تكون بالكتابة وإلا فقد تكون بالإشارة أو السكوت، وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية بأن العقد ينقذ كأصل عام بصيغة الماضي حتى يكون قطعي الدلالة على معناه، ذلك أن صيغة

¹ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 68-69.

² عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص. 96.

الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية، أما إذا كان بصيغة المضارع فهو وعد وليس عقد إلا إذا وجدت قرائن تقضي بخلاف ذلك.¹

فالتعبير عن الإرادة باللفظ هو الأصل في الإفصاح عما في النفس من معاني فاللفظ هو أقوى وأوضح وسيلة للتعبير عما يكنه الشخص في نفسه، وباعتبار عقد الزواج ذات أهمية خاصة فيجب أن ينعقد بأوضح وسيلة وهي اللفظ لدرأ الشبهة ولتحقق في الشاهدين شرط سماع المتعاقدين، بخلاف سائر العقود المدنية الأخرى التي لا يشترط فيها أن يتم التعبير عن الإيجاب والقبول باللفظ حتى وإن كان قادراً على ذلك يمكن أن يلجأ للكتابة كبديل للتعبير عن الإرادة، ويفهم من ذلك أنه لم يشترط أحد من الفقهاء لفظاً معيناً ولا عبارة بذاتها لانعقاد العقد، بل إن أي لفظ أو عبارة تؤدي المعنى الحقيقي للمتعاقدين فينعقد العقد بها باستثناء عقد الزواج كما قلنا،² فاللفظ هو الأصل في التعبير عن الإيجاب والقبول في الزواج ولا يصح بغيره إذا كان لديه القدرة على الإفصاح والنطق لإشتراط سماع الشهود قول العاقدين.³

أما الصيغة اللفظية أو العبارة اللفظية هي الأصل في العقود وقد رأينا بأنها يجب أن تكون بصيغة الماضي كونه أدل الألفاظ على الوجود، وتكون بلفظي التزويج والنكاح وباللغة العربية وماعدا ذلك من الألفاظ اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بها.⁴

فيما اختلف بعض الفقهاء حول ما إذا جاء اللفظ بمعنى الهبة أو التملك لثلاث آراء، حيث أجاز المالكية عقد النكاح بلفظ الهبة إذا تم ذكر المهر معها أما إذا لم يتم ذكر المهر فإن النكاح لا ينعقد حتى وإن

¹ عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني، المرجع السابق، ص. 80.

² محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 55.

³ محمد خضر قادر، المرجع نفسه، ص. 134.

⁴ اتفق جمهور الفقهاء على أن الزواج يكون بلفظ النكاح والتزويج واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة والتمليك، حيث اتفق الثلاثة مذاهب على أن النكاح لا يصح بألفاظ العقود المفيدة لتمليك العين كالبيع والبراء حيث فرقوا بين النكاح والبيع، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 26، 47.

قصد ذلك، وذهب فقهاء الحنفية¹ والمالكية² إلى أن الإيجاب في الزواج قد يصح بألفاظ التملك أو الهبة أو الجعل بشرط أن تكون هناك قرينة تدل على معنى النكاح فإذا لم يوجد ما يدل على ذلك فلا ينعقد العقد،³ أما فقهاء الشافعية⁴ والحنابلة⁵ لم يميزوا ذلك على اعتبار أن ألفاظ الهبة أو التملك أو الجعل هي ألفاظ تفيد الكناية وليست ألفاظ صريحة فالزواج عندهم لا ينعقد إلا بلفظي التزويج والنكاح، فيما يرى فقهاء الحنفية بجواز عقد النكاح بألفاظ الهبة والتملك مطلقاً لورودها في الكتاب والسنة،⁶ وذهب الظاهرية لجواز الإيجاب والقبول في عقد الزواج بلفظ التملك إضافة للفظي التزويج والنكاح، وماعدا ذلك من الألفاظ إتفق الفقهاء على عدم إنعقاد الزواج بها.⁷

2- الكتابة للتعبير عن الإرادة:

تعد الكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة وهي استثناء عن التعبير باللفظ لمن كان عاجزاً عن ذلك كالأخرس إذا كان يحسن الكتابة، كما تتجلى الكتابة في التعبير عن الإرادة بين غائبين ويتم ذلك بإرسال مكتوب لحاضرين في مجلس عقد الزواج بحضور الشاهدين ويكون مفهوماً لقيم به الزواج، ومن شروط الكتابة أن تكون مرسومة واضحة ومستبينة، إذ يعتد بالكتابة في الفقه الإسلامي فقط إذا كانت عبارتها واضحة يسهل قراءتها ويفهم معناها، استثناء بالنسبة لعقد الزواج لا ينعقد بالكتابة ابتداءً وإنما يتم ببعض الألفاظ المخصوصة إلا إذا كان

¹ فيما أجازوه أبو حنيفة، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص. 13. محمد أمين الشهيد ابن عابدين المرجع السابق، ص. 78، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص. 317. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، المرجع السابق، ص. 484-487. شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص. 59، الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ص. 180.

² لدى المالكية يكون النكاح بلفظ الماضي لأن صيغة المضارع تدل على مجرد الوعد بالنكاح، لا يكون بلفظ مخصوص لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، كما يكون بلفظ الهبة قرينة على الصداق وألحق البعض منهم لفظ يفيد البقاء مدى الحياة وهو التملك، الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج 1، المرجع السابق، ص. 515.

³ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 56.

⁴ وقال الشافعي لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص. 190. مصطفى الحن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص. 51.

⁵ والحنابلة لا يزوج إلا بلفظي التزويج والنكاح، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ص. 247.

⁶ دليلة فركوس وجمال عياشي، المرجع السابق، ص. 74-75.

⁷ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 127.

أحد العاقدین عاجزا عن النطق ففي هذه الحالة يمكن أن تقوم الكتابة مقام الصيغة،¹ وكان ذلك حرصا من الشريعة الإسلامية على التعبير عن الإرادة باللفظ في عقد الزواج فإنه لم يسمح بالكتابة إلا في حدود ضيقة في شطر الإيجاب دون القبول الذي يبقى خاضعا للقواعد العامة التي تقضي بلفظية الإيجاب والقبول.

يرى جمهور الفقهاء بأن العقود تنشأ بين حاضرين بالكتابة حتى وإن كان المتعاقدین قادرين على النطق وإنشاء العقد باللفظ أم كانا عاجزين عن ذلك، ويشترط في هذه الكتابة أن تكون واضحة مستبينة ومفهومة ومرسومة ويستثنى من ذلك عقد النكاح، إذ أنه لا ينعقد بالكتابة بين حاضرين ما لم يكن إحداها عاجزا عن النطق، فاللفظ في الزواج لدى جمهور الفقهاء شرط لصحة انعقاد العقد.²

بحيث يصح أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة عند الحنفية في التعاقد بين غائبين استنادا لقاعدة "الكتاب بمنزلة الخطاب"،³ أي أنه يجوز الإيجاب والقبول بالكتابة في الزواج ويعني أن النكاح ينعقد بالكتاب كما ينعقد بالخطاب، فيما ذهب كل من الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أنه لا ينعقد الزواج بالكتابة في حالة التعاقد بين غائبين وكذلك الحال بالنسبة للتعاقد بين حاضرين لورود الإحتمال فيه.⁴

نخلص إلى أن "الكتابة بين غائبين كالنطق بين حاضرين" هذا ما جسده قاعدة "الكتاب كالخطاب"⁵ ويكون وصول الإيجاب إلى مجلس القبول عن طريق الكتابة إنما نقل للإيجاب ماديا إلى مجلس القبول، فإذا حصل القبول في المجلس فقد تم الإتصال بين الإيجاب والقبول حكما، وبالتالي ينعقد العقد من الوقت الذي وصل فيه الكتاب وقراءته وفهمه ويكون ذلك في العقود التي يتوقف انعقادها على علم الطرف الآخر ورضاه.⁶

3- الإشارة للتعبير عن الإرادة:

الإشارة هي حركات تصدر من الشخص الغير قادر على النطق سواء برأسه أو بيده، ولا يلجأ إليها إلا للضرورة فإذا كان المتعاقد قادرا على النطق فلا يمكن بأي حال أن يقبل عقده بالإشارة، كما أن بعد التلفظ والنطق تأتي الكتابة حسب ترتيب وسائل التعبير عن الإرادة، فإذا كان هذا الشخص غير قادر على النطق ويحسن الكتابة فإن هذه الأخيرة هي الأوضح دلالة على المراد بشرط أن تكون واضحة، أما إذا كان غير قادر

¹ عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني، المرجع السابق، ص. 74.

² جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 105.

³ محمد أمين الشهيد ابن عابدين، المرجع السابق، ص. 73، شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص. 16.

⁴ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 136.

⁵ م 69 من مجلة الأحكام العدلية، القاعدة 68، أحمد محمد الزرقا، المرجع السابق، ص. 349.

⁶ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص. 98.

على الكتابة فإنه يؤخذ بإشارته على أن تكون هي الأخرى مفهومة ومعهودة اعتاد الناس على فهمها من غير خلاف بين الفقهاء في هذه المسألة الأخيرة هذا من جهة،¹ أما من جهة ثانية فإنها تأخذ نفس الحكم بالنسبة للكتابة فإذا كان بإمكان المتعاقدين النطق ولا وجود لما يمنع ذلك فإن العقد في هذه الحالة لا ينعقد بالإشارة كأصل لدى جمهور الفقهاء من شافعية² وحنابلة³ وخالفهم في ذلك فقهاء المالكية،⁴ غير أنهم استثنوا من ذلك عقد الزواج نظراً لمنزلته ولا يمكن أن ينعقد بالإشارة مطلقاً حتى وإن وجدت ضرورة لذلك وهم لا يرون فيها أية ضرورة مع وجود الكتابة إذ تحل محلها، لكن لو افترضنا أن هذا الشخص أخرس ولا يحسن الكتابة فلا حرج من أن يعبر عن إرادته بالإشارة شريطة أن تكون مفهومة.⁵

وبالتالي إذا كان العاجز عن التلفظ عاجزاً عن الكتابة أيضاً لزم اللجوء للإشارة في هذه الحالة، بالرغم من أن الإشارة كالتلفظ يجب أن تكون في مجلس العقد على عكس الكتابة التي يمكن أن لا تكون في مجلس العقد، فالإشارة في حالة العجز عن النطق كأخرس ولا يعرف الكتابة فيمكن أن ينعقد بالإشارة على أن تكون مفهومة تؤدي معنى الزواج، أما إذا كان يحسن الكتابة فإنه لدى الحنفية لا يصح عقده بالإشارة، ففي الزواج كما قلنا يجب أن يفهم الشاهدين كلام العاقدين فهو أمر في غاية الأهمية.⁶

4- السكوت للتعبير عن الإرادة:

القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن السكوت لا يمكن أن يكون تعبيراً عن الإرادة "لا ينسب لساكت قول"⁷ ولئن دلّ السكوت على شيء فالأولى أن يدل على الرفض وليس القبول، فإنه لا يمكن أن يكون

¹ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص.100.

² لدى الشافعية إشارة الأخرس المفهومة فينعقد بها النكاح لأنها بمنزلة اللفظ الصريح، مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشرجي، المرجع السابق، ص.53.

³ لدى الحنابلة إذا فهمت إشارة الأخرس صح النكاح بها، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي المرجع السابق، ج4، ص.248.

⁴ يجوز ذلك لدى المالكية على أن تكون مفهومة، الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج1، المرجع السابق، ص.516.

⁵ عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني، المرجع السابق، ص.74-75.

⁶ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.135.

⁷ الشيخ زين الدين بن ابراهيم بن محمد ابن نجيم، الأشباه والنظائر، القاعدة 12، لا ينسب لساكت قول، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999، ص.129.

للعدم وجود إذ أن هذا فيه نوع من الإجحاف فقد لا يصبح للمتعاقد حرية في إبداء رأيه، وبالتالي إبرام العقد بغير رضاه الكامل فالأصل أن السكوت لا يعبر على الرضا واستثناءا "السكوت في معرض الحاجة بيان".¹

أ- لا يكون السكوت إيجاباً مطلقاً:

إذ أنه لا محل للحديث عن السكوت للتعبير عن الإيجاب وإنما يمكن أن يكون قبولا بخاصة في التعاقد بالمراسلة هناك مثل رائج يقول أن السكوت علامة الرضا، ولدى الفرنسيين « Qui ne dit mot consent » أي من لم يقل شيئا فقد رضي، فقد يحدث أن يعرض شخص التعاقد فيقابل به الشخص الآخر بالسكوت فإن هذا في بعض الحالات دليل على الرضا،² وقد يتخذ السكوت موقفا سلبيا محضا وهو مظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة لا يمكن توقعه في الإيجاب وكثيرا ما يحدث في القبول ويجوز استخلاصه من الظروف الملائمة، وقد اعتبر السكوت في بعض المسائل قرينة تقوم مقام اللفظ، كما يعتبر سكوت البكر عند الزواج قبولا أما الرفض وعدم الموافقة فيكون دائما باللفظ، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فإننا لا نجده قد نص على السكوت ضمن نص م 11 بالرغم من أهميته.

ب- السكوت في التعبير عن القبول:

القاعدة العامة أن السكوت كالعدم "ولا ينسب لساكت قول" والسكوت إذا صاحبه ظروف ملائمة يمكن اعتباره قبولا، وهو ما يسمى بالسكوت الملائس « Circonstance de silence » وهو يختلف عن الإرادة الضمنية بحيث أن هذه الأخيرة قد تكون إيجابا أو قبولا، فيما يرد السكوت دائما قبولا، ويستحيل أن يكون إيجابا والسكوت كما قلنا هو موقف سلبي محض فيما تعتبر الإرادة الضمنية أنها تستخلص من موقف إيجابي يدل عليها،³ في الفقه الإسلامي يعتد بالسكوت الملائس باستثناء المذهب الشافعي الذي لا يعتد عموما بالسكوت في التعبير عن الإرادة باعتباره احتمالي وظني، فقد يحتمل عدة معاني من بينها عدم الإنتباه أو الشroud أو عدم الإكتراث أو الإستهتار أو الإستهزاء أو الإستغراب وقد تعني الموافقة ... إلخ، فيما يعتد فقهاء الحنفية بالسكوت الملائس ويعتبرونه كالنطق "فالسكوت بعد العقد رضا"،⁴ خصوصا إذا تحققت 37 حالة من الحالات التي ذكرها

¹ الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، المرجع السابق، م 67، من القواعد الفقهية، ص. 337.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 157.

³ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص. 110-113.

⁴ الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ص. 259.

ابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر، ومن بين هذه الحالات نجد حالة سكوت الصغيرة البكر في ولاية التزويج.¹ واستدلوا بما روي عن نافع بن جبير عن ابن عباس قال، قال رسول الله ﷺ: "الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صممتها".²

5- التعاقد بوسائل الاتصالات الحديثة:

من المفترض أن التعاقد الذي يكون بين شخصين غير موجودين في مجلس عقد واحد يكون بوسيلة يتم من خلالها إيصال إرادة أحد الطرفين للطرف الآخر شفاهة أو كتابة، على أن يكون ذلك بحضور الشاهدين ويشترط سماع كلام المتعاقدين وإلا فإن العقد لا ينعقد، غير أن تبليغ الإيجاب والقبول يشترط أن يكون شفاهة كما يجب أن يكون التبليغ والإيجاب في وقت ومكان واحد،³ بحكم أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان فإنها قد استوعبت جميع ما يطرأ في العالم الحديث من تكنولوجيات، فقد استثنى مجمع الفقه الإسلامي في السعودية عقد الزواج من العقود التي لا يمكن إبرامها بواسطة وسائل الاتصالات الحديثة للزوم شرط الإشهاد فيها لدى جمهور الفقهاء،⁴ وقد تكون وسيلة الاتصال سمعية أو بصرية أو أن تجمع بين السمعى البصري، وهو ما يجعلنا نتساءل هل أن التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة يأخذ صورة التعاقد بين حاضرين، ويخضع لأحكام مجلس التعاقد الحقيقي أو أنه يأخذ صورة التعاقد بين غائبين ويخضع لأحكام مجلس التعاقد الحكمي؟

أ- التعاقد بوسائل الاتصال السمعية بين المجلس الحقيقي والحكمي

لم يكن في الشريعة الإسلامية أحكام خاصة بهذا التعاقد وإنما قد ظهرت آراء من فقهاء الشريعة والقانون المعاصرين والتي جاءت متوافقة لحد كبير، بحيث يعتبر البعض بأن التعاقد بواسطة وسائل الاتصال السمعية هو صورة من صور التعاقد بين حاضرين كونه يمكن سماع كلام المتعاقدين في وقت واحد، وبالتالي فإنه بذلك يخضع لأحكام مجلس العقد الحقيقي وليس الحكمي، وقد انتقد هذا الرأي كونه ينظر لاتحاد الزمان دون المكان، ما أخذ البعض لاعتبار التعاقد بوسائل الاتصال السمعية يعد في جانبه الزماني تعاقدًا بين حاضرين، فيما يعد في جانبه المكاني تعاقد بين غائبين وبالتالي فهو مجلس مختلط.

¹ الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، المرجع السابق، ص. 129-131.

² سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الثيب، رقم 2098، ص. 222. وما جاء في سنن الترميذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إستثمار البكر والثيب، 17، رقم 1108، ص. 232. حديث متفق على صحته، رواه مسلم، في صحيحه، ج 2 ص. 1037.

³ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 205.

⁴ قرار رقم 137-6/03/52، أشار إليه: محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 74 وكذا ص. 140.

جاء في القانون العراقي بأن التعاقد بالتليفون أو بأي طريقة مماثلة يعتبر كأنه تم بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان،¹ وهو الآخر قد انتقد كونه يقوم في هذه الحالة على مجلسين في حين أنه من المفترض أن يخضع لمجلس واحد، قائم على ركنين ركن مادي يتمثل في مكان العقد وركن معنوي يتمثل في زمانه، وهذا المجلس إما أنه يخضع لأحكام المجلس الحقيقي أو لأحكام المجلس الحكمي، والقول بغير ذلك يؤدي لتجزئة أحكام مجلس العقد والخلط بين الحكمين، وخصوصاً إذا كان العقد الذي بصدد إبرامه هو عقد الزواج الذي يتميز بالحساسية والخصوصية.²

ب- التعاقد بوسائل الاتصال البصرية بين المجلس الحقيقي والحكمي

يتجسد من خلال التعاقد بين غائبين حتى وإن كان مجلس التعاقد حقيقي وهو ما يشبه التعاقد عن طريق الكتابة وتطبق عليه نفس أحكامها، إذ أن وفق هذه الوسائل لا يتم نقل الصوت فحسب وإنما يتم نقل الصورة والحركة والكتابة معاً، كما أنه يتم التواصل بها مع عدة أشخاص كأنهم حاضرين في مجلس حقيقي واحد. ومع ذلك فقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي عدم صحة هذا التعاقد، كونه قد يتعرض فيه أحد الطرفين للكذب أو التدليس، كما أن وسائل الاتصالات كلها في الوقت الراهن تنقل خدماتها بالصوت والصورة، وبشكل آني وتفاعلي في التواصل مع أكثر من شخص في آن واحد وكأنهم في مجلس حقيقي.

ومع كل ذلك فإن التعاقد عبر وسائل الاتصال يفتقر للحضور المادي للمتعاقدين في مجلس عقد واحد متحد من حيث المكان والزمان، بل قد يغيب العنصر البشري تماماً وتتراسل الأجهزة الإلكترونية فيما بينها تلقائياً،³ دون تدخل بشري كما هو الحال بالنسبة للذكاء الاصطناعي، وبالتالي فعندما أقر المجمع الفقهي الإسلامي عدم صحة التعاقد بوسائل الاتصالات وبخاصة عقد الزواج، إنما يدل ذلك على عظمة شأنه دون غيره من العقود المدنية الأخرى.

الفرع الثاني: أشخاص مجلس العقد بالنسبة لعقد الزواج

الأصل في العقود أن يكون المتعاقدان هم من يمثلون أشخاص مجلس العقد أو من ينوب عنهم قانوناً أو قضاءً، غير أنه في بعض الأحيان نجد أشخاص آخرين كالشهود والجهة المختصة بتسجيل عقود الزواج، ويقصد بالمتعاقدين هنا الزوج والزوجة المستقبليين حيث يصدر الإيجاب والقبول منهما، وهو ما أطلق عليه فقهاء الشريعة

¹ القانون رقم 40 لسنة 1951، الصادر بتاريخ 1951/08/09، المتضمن القانون المدني العراقي.

² جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 216-227.

³ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 143.

الإسلامية لفظ "الصيغة" وهما بحسب الأصل طرفا التعاقد اللذان يصدر عنهما صيغة العقد، ويتم التعبير عنها بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، ويترتب عن ذلك آثار قانونية ترجع إليهما وهما وحدهما من يمثلان مجلس العقد ويتم العقد باسمهما ولحسابهما وترجع آثاره إليهما، بالرغم من أن هناك خلاف بين الفقهاء في مباشرة المرأة الراشدة العاقلة زواجها بنفسها، وبالتالي يعتبر وليها في هذه الحالة من الغير كشخص من أشخاص مجلس عقد الزواج.

جرت العادة لدى البعض على إطلاق لفظ الموجب على الزوج والقابل على الزوجة، ونظرية إعلان القبول يترتب عنها أن الموجب لا يمكن له أن يرجع عن إيجابه بعد صدور القبول، وقد اختلف الفقهاء بين الإيجاب والقبول ومن ثم بين الموجب والقابل، إذ يرى الحنفية في هذا الصدد بأن الإيجاب هو ما يصدر من المتعاقد الأول فيما يصدر القبول من المتعاقد الثاني،¹ أما جمهور الفقهاء مع اختلاف في رأي للمالكية فيرون بأن الإيجاب يصدر ممن له حق التملك، والقبول يصدر ممن يصير له الملك غير أن هذا الرأي منتقد كون القبول في هذه الحالة قد يصدر ممن له حق التملك وبالتالي تم ترجيح رأي الحنفية في هذه المسألة.²

أولاً: النظرية العامة للأهلية في القانون المدني ونظرية الأهلية في عقد الزواج

الأهلية مطلوبة في كل خطوة يخطوها الإنسان في أفعاله وتصرفاته، وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات والقيام بالتصرفات القانونية، وبالتالي فهي نوعان: أهلية الوجوب وأهلية الأداء، يتم من خلال هذه النقطة تحديد الإطار العام للأهلية، بما فيها الأهلية في الزواج وسن الرشد المدني، وكذا أهلية التقاضي، فقد تعرض المشرع الجزائري لأهلية عامه وهي أهلية التصرفات القانونية في القانون المدني، والأهلية الخاصة وهي أهلية الزواج في قانون الأسرة.

1- أهلية الوجوب الكاملة والقاصرة والمعدومة:

تكون الأهلية كاملة وهو الأمر الغالب بأن تكون للشخص صلاحية في اكتساب جميع الحقوق المقررة له شرعاً وقانوناً، إما أن تكون قاصرة فإنها تقتصر على بعض الحقوق دون البعض الآخر مثل ما هو الحال بالنسبة لميراث القاتل، ومثاله أيضاً في القانون الفرنسي عدم صلاحية القاصر الذي لم يصل للسن المحدد قانوناً للزواج

¹ الإيجاب يصدر من المتعاقد الأول والقبول يصدر من المتعاقد الثاني (المرجع)، أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج4، المرجع السابق، ص.478. الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، المرجع السابق ص.175.

² جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.81.

أي أنه لا يصلح أن يكون في "مركز الزوج"، وتكون أهلية الوجوب معدومة وبالتالي انعدام الشخصية القانونية كأن يولد الجنين ميتاً.¹

2- أهلية الأداء:

هي الأخرى تتخذ ثلاث حالات إما أن تكون كاملة أو قاصرة أو معدومة، والأصل أن تكون الأهلية كاملة ما لم ينص القانون على عكس ذلك، ومن بين العوامل التي تؤثر فيها هو عامل تغير السن القانوني ونقص ذلك أن يطرأ عليها عارض من عوارض الأهلية المعدمة أو المنقصة وهي: الجنون والعتة والسفه وذو الغفلة، حتى وإن كان الشخص بالغاً لسن الرشد القانوني ما يؤدي للحكم بالحجر عليه.

أهلية الأداء الكاملة أو المطلقة فهي أهلية ترخص للشخص القيام بجميع التصرفات القانونية سواء الأعمال التي تثري ذمته المالية أو تفقرها، أما أهلية الأداء القاصرة أو المقيدة فهي تقتصر على بعض التصرفات والأعمال القانونية وتقيّد الشخص بناءً على ما يفقر ذمته المالية أو يعدمها، وأخيراً أهلية الأداء المعدومة قد تثبت للشخص أهلية الوجوب أما فيما يخص أهلية الأداء فتكون معدومة حينها ومثالها أهلية الصبي غير المميز،² وما يهما في هذه الدراسة هي أهلية الأداء فهل أن الأهلية في هذه الحالة شرط للصحة أم شرط للإنعقاد؟ وما هي أهم الاختلافات بين الأهلية في قانون الأسرة والأهلية في القانون المدني؟

ذكرت م9 مكرر من ق.أ شروط الزواج والمتمثلة في: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدان، وانتفاء الموانع الشرعية، وكما نعلم أن تخلف الأهلية يعتبر عيب من عيوب الرضا أي أن الأهلية تعتبر من جهة شرط لانعقاد العقد ومن جهة أخرى شرط لصحة "الرضا"، حيث أن الرضا في الأصل عند الحنفية يقتضي وجود أربعة أركان أخرى: العاقدان أي الزوج والولي أو الزوج والزوجة الراشدة العاقلة، الصيغة، المحل، أما الأهلية، والخلو من الموانع الشرعية فهي شروط لانعقاد.

المشرع الجزائري قد تدارك الوضع وحقق الإنسجام بين قانون الأسرة والقانون المدني حين قدر سن الرشد المدني ب 19 سنة كاملة بالنسبة للزوج والزوجة، كما أنه تأثر بنص م16 من إتفاقية سيداو في تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة من حيث السن القانوني للزواج.

كما تعتبر الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية في القانون المصري، وعلى أحكام قانون الأسرة في القانون الجزائري وهي من النظام العام لا يجوز تعديلها ولا الإتفاق على مخالفتها وكل اتفاق يكون باطلاً بطلانا

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص.316.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع نفسه، ص.318-319.

مطلقاً،¹ حيث أحال المشرع الجزائري إلى قانون الأسرة من خلال نص م44 ق.م، والتي جاء فيها: "يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون" دون تحديد المقصود بمصطلح "قانون" الوارد ضمن نص هذه المادة، وكذا الإحالة الواردة في نص م79 ق.م: "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"، ولعله تأكيد على ما ورد في نص م44 مع اختلاف في المصطلحات والغاية، إذ أنه من خلال العودة لنصوص المواد واستقرائها يفهم من الإحالة الأولى أعمال الحالة الشخصية لفائدي الأهلية وناقصيها، أما الإحالة الثانية فتعني المعاملات المالية التي يخضع لها القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية وناقصيها، فيما أخذ المشرع الجزائري وفق نص م42 ق.م سن التمييز من نظيره التونسي بمفهوم الفصلين 9 و10 من مجلة العقود والالتزامات، وهو 13 سنة بخلاف القوانين المقارنة الأخرى التي أخذت برأي المالكية واعتبرت سن التمييز هو 7 سنوات ومن ذلك نجد المشرع الفرنسي.

ثانياً: نظرية النيابة الشرعية في عقد الزواج مقارنة بالقانون المدني

الأصل في القانون المدني أن الشخص يتعاقد بالأصالة عن نفسه متى كان بالغاً وليس به أي مانع أو عارض من موانع أو عوارض الأهلية، ولكن في بعض الأحيان قد يباشر التعاقد نيابة عنه شخص آخر يقال له النائب، وهو الشخص الذي يقوم بعمل شرعي أو قانوني باسم ولحساب الأصيل في حدود السلطة المخولة إليه فالنيابة في التعاقد في القانون المدني هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرفات القانونية باسم الأصيل ولحسابه، بحيث تنصرف آثاره القانونية للأصيل كأنه هو من باشر التصرف، من خلال هذا التعريف يستخلص شروط النيابة وهي:

- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل
- تعاقد النائب باسم الأصيل ولحسابه
- عدم تجاوز النائب حدود النيابة²

وهو بهذا المعنى يعد أحد أشخاص مجلس عقد الزواج لأن إرادته في هذه الحالة تحل محل إرادة الأصيل في التعبير عن الإرادة فقط، غير أنه يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه وبالتالي تنصرف آثار ذلك العقد للأصيل باعتباره طرفاً في التعاقد حيث يتصرف النائب بإرادته هو لا بإرادة الأصيل، وما يثبت ذلك أنه إذا كان النائب

¹ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص.161.

² جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.83-84.

عديم الأهلية فإن العقد لا ينعقد وإذا كان النائب كامل الأهلية فإن العقد يعد صحيحاً، وفي الحالتين كذلك حتى وإن كان الأصيل كامل الأهلية أو ناقصها أو عديم الأهلية، كما لا يعتبر النائب من الغير كونه يتصرف بإرادته لا بإرادة الأصيل بحيث تحل إرادته محل إرادة الأصيل النائب بصفة عامه وقد يكون ولياً أو وصياً أو قيماً وقد يكون وكيلاً.

مع الأخذ بعين الاعتبار رأي الحنفية في تزويج الصغير والصغيرة بحيث تعتبر النيابة في هذه الحالة محصورة على الولي دون الوصي والقيم،¹ أما ما يلفت الإنتباه حول قانون الأسرة الجزائري أنه أضاف عبارة "أو أي شخص آخر تختاره" إلا أن هذا الشخص ليس طرفاً في التعاقد، لأن طرفاً التعاقد هما اللذان يتم التعاقد لحسابهما وترجع آثار العقد إليهما، وهناك من يقسم النيابة الشرعية في عقد الزواج إلى ثلاث صور: الولاية والوكالة والفضالة، ويستوي في ذلك أن يكون العاقد أصيلاً أو ولياً أو وصياً أو وكيلاً أو أنه كان مجرد فضولي.

1- الولاية في عقد الزواج:

الولاية هي سلطة الشخص تخوله التصرف في شؤون نفسه (وهي الولاية القاصرة) أو شؤون غيره (وهي الولاية المتعدية)، ويتم إنتقال الولاية من الأب للأُم وهو ما نص عليه قانون الأسرة وما تم إلغاؤه في ما يخص م135 من القانون المدني، تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم ينص على قاعدة قانونية بديلة بالرغم من أن الولاية في باب الزواج تختلف عنها في باب النيابة الشرعية إلى ولاية الاختيار وولاية الإيجابار.

إتفق الفقهاء على أن للرجل العاقل البالغ تزويج نفسه واختلفوا بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المرأة العاقلة البالغة لا تملك ولاية تزويج نفسها ولا غيرها،² باستثناء الحنفية الذين منحوا للمرأة البالغة العاقلة حق توليها عقد زواجها بنفسها أو غيرها على أن يكون الزوج كفء وأن لا يقل مهرها عن المثل فإذا لم يوجد هاذين الشرطين فإن للولي حق الاعتراض على هذا الزوج بأن يطلب فسخ عقد الزواج،³ فكأنما زواجها متوقف على إجازة الولي حيث تم قياس مباشرة المرأة عقد زواجها بنفسها على حقها في التصرف بمالها.⁴

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.109.

² الولي في النكاح هو الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا يصح دونه لدى جمهور الفقهاء، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق ص.46، محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص.676-677.

³ لدى الحنفية ينعقد نكاح المرأة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بكر كانت أو ثيباً، أبي محمد محمود بن أحمد العيني، المرجع السابق، ص.583.

⁴ حضور الأب بشهادة رجل واحد سواهما فقد جاز النكاح لدى الحنفية، أبي محمد محمود بن أحمد العيني، المرجع نفسه ص.502.

بالنسبة للمشرع الجزائري فبالرغم من أنه لم يلغي دور الولي جملة بالنسبة لزواج المرأة الراشدة العاقلة البالغة وإنما ترك له المجال في حضور زواج موليته، ولم يكتفي بذلك بل خولها حق اختيار الولي بسلطتها الحرة المطلقة وهو ما تضمنته م 11 من ق.أ، وهو ما يعني أن المشرع قد منح المرأة الراشدة الأهلية الكاملة عن طريق توليها إبرام عقد زواجها بنفسها.¹

هذا بالنسبة للولاية القاصرة أما الولاية المتعدية فهي نوعان: ولاية إجبار وولاية اختيار ونقصد في هذه الحالة الولاية على النفس ومن بينها نجد ولاية التزويج، أما الولاية المتعدية على المال فإن لها أحكام أخرى فقد فرق الفقهاء في هذا الصدد بين الصغيرة البكر والثيب، فبالنسبة للأحناف فإن ولاية الإجبار تثبت للصغيرة ومن يقوم مقامها كالجنان والمعتوه على أن تكون ثيب دون البكر،² على خلاف المالكية الذين تثبت عندهم ولاية الإجبار للصغيرة ومن يقوم مقامها على أن تكون بكرا ولا تثبت للثيب وهو الرأي الراجح،³ أما بالنسبة لجمهور الفقهاء فإنها تثبت للبكر البالغة دون الثيب، والفرق بين البكر والثيب أن البكر هي من لم يسبق لها الزواج أما الثيب فقد سبق لها الزواج.

أما ولاية الإختيار فهي إعطاء المرأة الحق في اختيار بمن تتزوج وفق رضاها الكامل وهي مستحبة لدى الأحناف للمرأة العاقلة البالغة سواء كانت بكرا أو ثيب، لذلك سميت بولاية الإستحباب أو الندب أما بالنسبة للصغيرة فليس لديهم إلا ولاية الإجبار،⁴ وفيما يخص الشافعية⁵ والمالكية⁶ فإن عندهم المرأة البالغة الثيب فقط

¹ دليلة فركوس وجمال عياشي، المرجع السابق، ص. 37.

² ليس للولي إجبار البكر البالغة على الزواج وليس له سلطة الإجبار على الثيب البالغة، أبي محمد محمود بن أحمد العنيني، المرجع السابق، ص. 584. الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ص. 248. الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص. 338.

³ الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، المرجع السابق، ص. 102.

⁴ البالغة تستأذن دون الصغيرة، شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص. 215.

⁵ يجب تزويج المرأة بالغة كانت أو صغيرة ثيبا كانت أو بكرا من ولي يلي عقد زواجها، إذ أن ولاية الإجبار ثابتة لدى الشافعية ولكن إذا قلنا أن ولاية الإجبار مطلقة فهذا غير مستحسن، وإنما المستحب أن يستأذنها في تزويجها أما ولاية الإختيار المطلقة تكون للمرأة الثيب، مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص. 57، 62، 63. أبي الحسين يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج 9، المرجع السابق، ص. 181. فالأب يزوج الصغيرة بغير إذنها ويستحب استئذانها والكبيرة الثيب ليس له تزويجها إلا بإذنها، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق ص. 200-201. الإمام محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، ج 6، ط 1، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 2001، ص. 49. أبي الحسين يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج 9، المرجع السابق، ص. 152.

⁶ محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص. 16.

من تستأذن بحيث لها ولاية الاختيار أما إن كانت بكراً فإنها لا تستأذن، أما الحنابلة¹ فإنهم يرون أن المرأة إذا كانت بالغة عاقلة سواء كانت بكراً أو ثيب تستأذن أما الصغيرة فإنها لا تستأذن،² ووفق تعديل قانون الأسرة فقد تخلى المشرع الجزائري عن ولاية الإجمار مطلقاً، وبين ولاية الإجمار وولاية الاختيار ذهب الفقه الحديث إلى اقتراح ولاية جديدة تسمى "ولاية الشراكة في الرأي"، وهي أن الولي يشرك المولى عليه ذكر أو أنثى في اختيار الشريك الأنسب.³

2- الوكالة في عقد الزواج:

تم إلغاؤها بموجب تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 بحيث كانت مدرجة ضمن نص م20، لكن هذا لا يمنعنا من التساؤل هل أنه كان يخضعها لعقد الوكالة في القواعد العامة الواردة في القانون المدني م571 وما يليها، بالنسبة للوكالة العامة والخاصة وشروط الوكالة أم أنه كان يخضعها لنص م222 من ق.أ بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية؟

لقد استغنى المشرع الجزائري عن الوكالة في عقد الزواج كونه قد أقر للمرأة البالغة الراشدة بتزويج نفسها عملاً برأي الحنفية في تزويج المرأة نفسها، لأن لها حق التصرف في مالها الخاص وبالتالي لها حق تزويج نفسها واختيار الأزواج،⁴ غير أنه أخذ برأي جمهور الفقهاء في التخلي عن الوكالة بحيث لا يصح للمرأة توكيل غير وليها، إلا أن رأيهم كان كذلك لأنهم لا يعترفون للمرأة بتزويج نفسها حتى وإن كانت بالغة راشدة،⁵ بينما الأصل في الفقه الإسلامي أن من ملك حق التصرف في بعض التصرفات القابلة للإثابة فله أن يتولاه بنفسه وله أن يوكل به الغير، ومن لا يملك التصرف بنفسه فليس له أن يوكل غيره وبالتالي فإن أي عقد جاز للشخص أن ينشأه بنفسه له أن يوكل به غيره، ومادام أن للمرأة الراشدة البالغة حق تزويج نفسها فلها أن توكل غيرها.

¹ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.242.

² منصور بن يوسف بن إدريس الباهوتي، كشف القناع عن متن الأفتاع، ج4، المرجع السابق، ص.42-46. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.243. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، ج5، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1998، ص.87-88.

³ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.186-191.

⁴ أبي محمد محمود بن أحمد العيني، المرجع السابق، ص.577. الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ص.247.

⁵ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.32.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن إجازة الأصيل للعقد تكون منذ صدوره ويرتب آثاره من وقت إنشائه¹ هذا بالنسبة للعقود التي لا تقبل التعليق، كعقود المعاوضات أما العقود التي تقبل التعليق كعقد الزواج مثلا فلا يسري العقد إلا من وقت الإجازة لأن سريان العقد معلق على حدوث تلك الإجازة.²

ثالثا: الغير كشخص في مجلس عقد الزواج

يقصد بالغير كشخص من أشخاص مجلس عقد الزواج ما ليس من المتعاقدين سواء أكان المتعاقدين هما طرفا التعاقد أو نائبيهما أو من يقوم مقامهما بالولاية أو الوكالة، ويكون لهذا الغير أثر في مجلس العقد ففي بعض الأحيان قد يتطلب التعاقد حضور المتعاقدين أمام الموثق، وأحيانا أخرى يتطلب التعاقد شهودا وفي هذه الحالة يكون الشهود أشخاصا من أشخاص مجلس العقد إلى جانب المتعاقدين، ولكن ياعتبارهم من أشخاص مجلس العقد قد يكون وجوبيا كالشهادة في عقد الزواج لدى البعض، خلافا لقلة من الفقهاء لأن الشهادة وفقا لما هو مرجح تعد شرطاً من شروط صحة عقد الزواج، فإذا لم يحضر الشهود مجلس العقد فلا ينعقد العقد شرعا ويؤدي إلى فساد له لدى الأحناف،³ وهو ما نصت عليه م18 من ق.أ على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون"، ومن خلال استقراءنا لنص المادة نجد المشرع ذكر عبارة "موظف مؤهل قانونا" ولم يتم تحديد من هو، وبرجعنا لقانون الحالة المدنية ضمن نص م71 وما يليها نجده قد ذكر ضابط الحالة المدنية أو القاضي أو الموثق على أنه هو الموظف المؤهل قانونا. فقد تتطلب بعض العقود أشخاص غير المتعاقدين أو نائبيهما لما لهم الأثر على مجلس العقد وبعد وجودهم في مجلس العقد وجوبيا، ومن بينهم نجد الشاهدين وكتاب العدل (ضابط الحالة المدنية أو الموثق)، عادة يتم من خلال مجلس العقد تثبيته ومن الضروري وجود الشاهدين في هذه المرحلة ليس لأنهما شرط في العقد على رأي الحنفية، وإنما هما كشرط إجرائي في توثيق ذلك العقد إما رسميا أو عرفيا، وخلافا لرأي الحنفية فإن هذا الشرط لا يعد شرطاً للصحة وتخلفه لا يترتب فساد العقد، وإنما يعد وسيلة للإثبات في حالة ثار نزاع مستقبلا أو تم إنكاره أمام القضاء، ويترتب عن تخلف الشاهدين في هذه الحالة عدم سماع دعوى الزوجية.

¹ لدى الشافعية الوكالة في النكاح جائزة، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.42. مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشرجي، المرجع السابق، ص.65. أما لدى الحنابلة فيجوز التوكيل في التزويج مطلقا، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.235.

² جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.87، 264.

³ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.114-115.

كما أنه في بعض الحالات يلجأ الأطراف لتثبيت الزواج العرفي بعد مدة زمنية، وفي هذه الحالة يعتبر الزواج ثابتاً من يوم التوثيق ولا يكون بأثر رجعي لمجلس انعقاد العقد دون تحريره من طرف الموظف المكلف قانوناً بتسجيل عقود الزواج، ويشترط فيه أن يكون على دراية تامة بالانعقاد وإجراءاته، ليكتب ما قصده المتعاقدان ويعد كاتب العدل (قد يكون الموثق أو القاضي أو ضابط الحالة المدنية) شخصاً من أشخاص مجلس عقد الزواج سواء كانت جهة رسمية أو عرفية، وقد يكون شخصاً من أشخاص مجلس العقد إذا اتفق طرفي العقد على ذلك أو اشترط ذلك صراحة أو إذا كانت أعراف المعاملة تقتضي ذلك.¹

غير أن حضور الكاتب مجلس العقد حتى وإن كان هناك نص يلزمه بذلك أو كان هناك شرط أو اتفاق من الطرفين أو كان هناك عرف يقضي بذلك، كل ذلك لا يعد لازماً لانعقاد العقد وللأطراف بعد انعقاد العقد اللجوء لضابط الحالة المدنية أو الموثق لتسجيل عقد زواجهم، لأن الكتابة في هذه الحالة ليست شرطاً لانعقاد ولا شرطاً للصحة وإنما هي وسيلة للإثبات، كما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أن: "عدم قيام الموثق بتسجيل عقد الزواج المبرم أمامه بدفتر الحالة المدنية بالبلدية لا يؤثر على صحة الزواج".²

1- الولي كشاهد في عقد الزواج

عندما أصبح يشترط في الولي الحضور فقط لسماع الإيجاب والقبول من الزوجين كغيره دون إعتراض منه ولا موافقة وبعدها كان حضوره محل إجبار فقد أصبح محل اختيار، فما هو الدور الذي أصبح مناط للولي في عقد الزواج إذا كان العقد يتم بإيجاب وقبول من طرف الزوجين المستقبليين فهل أصبح من بين الشاهدين؟ كانت تنص م64 من ق.إ.م القديم على أنه يجوز في قانون الأسرة أن يكون الشهود من الأقارب،³ وهو ما جاء في قرارات المحكمة العليا آنذاك: "يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، ولا يشترط أن يكون الولي محصوراً في الأب فقط"،⁴ وفي قرار آخر جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة التي هي الزواج، الطلاق، الوفاة"،⁵ إلا أنه أصبح من خلال نص م153 من ق.إ.م.إ. الجديد أنه: "لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم، كما لا

¹ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 93-95.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2007/06/13، ملف رقم 396339، م.ق، ع1، 2008، ص. 251.

³ كما ذكرت م34 من قانون حقوق العائلة العثماني لسنة 1917 أنه: "يجوز أن يكون الشاهدين من أصول أو فروع الخاطب أو المخطوبة".

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2007/02/14، ملف رقم 381880، م.ق، ع2، 2007، ص. 483.

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/03/17، ملف رقم 179557، م.ق، ع2، 1998، ص. 79.

يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه ولو كان مطلقاً، لا يجوز أيضاً قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم، غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق"، بالرغم من أن نص المادة جاءت عامة بخلاف ما كانت تنص عليه م64 إلا أنها لم تشر صراحة لشهادة الولي، وبالرجوع لقرارات المحكمة العليا بعد التعديل جاء فيها بأنه لا تجوز شهادة الولي في الزواج صراحة، حيث جاء فيه ما نصه: "لا يجوز أن يكون الولي أحد شاهدي عقد الزواج" دون أن يكون هناك نص قانوني يتم الرجوع إليه.¹

2- شهود العيان وشهود السماع:

الشهود هم الحضور الذين يكونون في مجلس العقد يطلعون عليه ويعاينانه، وفي عقد الزواج يشترط في الشاهدين سماع أقوال المتعاقدين وفهم مقصودهم حتى يقوم العقد صحيحاً، باستثناء الشافعية الذين لم يشترطوا الشهادة في مجلس العقد فقد تكون أثناء العقد والإشهاد يكون بعد العقد في مجلس آخر،² ومهما يكن فإنه يشترط في الإثبات بالشهادة أن يكونا هذين الشاهدين قد حضرا مجلس العقد وعاینوه ويستوي في ذلك أن يكون مجلس العقد حقيقي أو حكمي، كما يجب على الشهود سماع كلام المتعاقدان وفهم مقصوده وهذا الشرط يجب أن يراعى بالنسبة لعقد الزواج.

ففي قرار للمحكمة العليا جاء فيه أنه يمكن إثبات الزواج بشهادة الشهود الذين حضروا قراءة الفاتحة أو حضور زفاف الطرفين، أو شهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ولم يستقر على موقف واحد، فقد جاء في قرارات أخرى للمحكمة العليا أن الشهادة المعتد بها في إثبات الزواج العربي هي شهادة العيان أي شهادة من حضر وعاین مجلس العقد وتم إعمال رأي جمهور الفقهاء في أن الأصل في الشهادة أن تكون عن مشاهدة وعيان، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه: "من المقرر شرعاً أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين".³

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2011/12/10، ملف رقم 600991، م.ق، ع2، 2011، ص.274.

² جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.90. مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق ص.68.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم 53272، م.ق، ع3، 1990، ص.82.

كما جاء في قرارات أخرى بأن تثبيت الزواج يكون بشهادة السماع، ففي قرار جاء فيه أن: "الأصل في شهادة الشهود الإحاطة والتيقن ولا يكون الإعتماد على شهادة السماع بخصوص إثبات الزواج العرفي، إلا إذا كان ما يشهد به الشاهد تسامعا أو أمرا متواترا سمعه من جماعة ثقة"¹، وفي قرار آخر إثبات الزواج بالشهرة والسماع، جاء فيه ما نصه: "يمكن قضاء إثبات الزواج بالشهرة والسماع، وتحوز الشهادة على الزواج عن طريق السماع المتواتر حتى ولو لم يحضر الشاهد مجلس العقد"²، كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا إثبات الزواج بالشهرة والعلانية ما نصه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة ومراعاة شروطه وأركانه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة عجزت عن إثبات زواجها رغم محاولات الشهود الذين شهدوا لها بالزواج، وأدينوا معها في جريمة التزوير فإن قضاة الموضوع برفضهم لدعوى الطاعنة الرامية إلى إثبات زواجها بالمتوفى طبقوا صحيح القانون"³.

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2015/02/12، ملف رقم 0851807، م.ق، ع1، 2015، ص.235.

² المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2012/07/12، الملف رقم 693621، م.ق، ع2، 2012، ص.269.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش 1990/04/30، الملف رقم 75344، م.ق، ع4، 1992، ص.65.

الفصل الثاني:
خصوصية مبدأ سلطان
الإرادة في
انحلال الرابطة الزوجية

الأصل في الزواج التأييد مادام أنه انعقد صحيحا وتبقى الزوجية قائمة إلى حين وفاة أحد الزوجين أو كلاهما غير أنه قد تثور نزاعات بين الزوجين ما يؤدي بأحدهما أو باتفاقهما على إنهاء عقد الزواج،¹ ويصبح الطلاق ضرورة حتمية دفعا للمفسدة يتم اللجوء إليه بعد فشل كل الجهود في حل الخلافات بالطرق السلمية وبعد استنفاد جميع طرق الإصلاح الممكنة، وإلا كان جريمة بحق الزوجين والأولاد وبحق المجتمع والإنسانية.²

في الشرائع الإسلامية فإن الطلاق مباح في جميع الحالات بالرغم من أنه مكروه ووصف "بأبغض الحلال" في حين لم يكن الطلاق مباحا في الشرائع اليهودية، مهما كانت عيوب الزوج وحتى وإن ثبت عليه الزنا ثبوتا قطعيا ولدى المحاكم الكنسية إلا ما تعلق منه بالخيانة الزوجية، فيما ذهبت المحاكم الكاثوليكية لمنع الطلاق حتى وإن توافرت الخيانة الزوجية، ويرجع ذلك لاعترافها بالفرقة الجسدية أو الانفصال الجسماني حسب تعبيرهم مع بقاء الزوجية قائمة،³ فيما كان ينظر اليونانيون إلى المرأة على أنها سلعة تباع وتشترى إذ أنه كان للزوج أن يطلق زوجته وأن يزوجهها لم شاء حال حياته أو أن يوصي بها بعد موته، أما إذا كانت الزوجة عقيما فإنه يردها لوالدها ويستعيد ما دفعه لها، كما أنه كان يقتصر حق المرأة في طلب التطلاق لأسباب تنحصر في إسراف الزوج ومجونه وهجر زوجته إذا ألحق بها أضرارا بليغة، أما لدى الرومانيون فكانوا ينظرون للطلاق على أنه حق مطلق للزوج يستعمله كيفما شاء دون اعتبار لرضا الزوجة، خصوصا إذا ما اقترفت خطأ جسيما والتي أسمتها الشريعة الإسلامية بالفاحشة المبينة.

ومن ثم ظهر الطلاق بالتراضي بين الزوجين من غير مبررات لذلك ما دام قد تم الإتفاق بينهم إلى أن تم تقييد إرادة الزوجين في الطلاق، بناءً على أسباب كزنا أحد الزوجين أو اعتداء أحد الزوجين على الآخر والجنون والعقم والعجز الجنسي، وبالتالي أصبح الطلاق يقتصر على هته الأسباب حتى وإن كان بإتفاق الطرفين.⁴

¹ الإنهاء La résiliation يراد به إنهاء العقد بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة، ودون اتفاق مسبق في أغلب الأحيان، ودون اللجوء لاستصدار حكم قضائي، وهو ليس له أثر رجعي Effet rétroactif ولا يرد في أغلب الأحيان إلا على عقود محددة المدة التي يكون فيها الزمن عنصرا جوهريا وأساسيا، كما يختلف الإنهاء عن الفسخ في حالات عديدة. عمتوت عمر موسوعة المصطلحات القانونية وقواعد الشريعة الإسلامية، د.ط، در هومة، الجزائر، 2012، ص.64.

² منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره، ط1، دار الثقافة، الأردن، عمان، 2008، ص.31-32.

³ باديس ذباي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص.5.

⁴ أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1، دار المسيرة، عمان الأردن، 2009، ص.20.

المبحث الأول: مدى دور الإرادة في إحداث الطلاق

كلمة الطلاق قد تستوعب جميع صور الفرقة ولكن يبقى المعنى الإصطلاحي لها يتمحور حول الفرقة التي يوقعها الزوج بإرادته المنفردة ابتداءً، حيث يعتبر الطلاق من الحقوق الإرادية التي يمتلكها الزوج، إذ أنه بمجرد تعبيره عن إرادته يحدث الأثر القانوني المتمثل في انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج، أي وقوع الطلاق غير أن هذا الحق ليس على إطلاقه بحيث يقيد ببعض القيود الشرعية والشكلية، وبالرغم من أن الطلاق تصرف إرادي قانوني الذي قد يصدر عن إرادة الزوجين المشتركة أو المنفردة، فإنه يخضع من الناحية القانونية للمبادئ العامة للقانون المدني التي تحكم التصرفات الإنفرادية، من قبيل عدم التعسف في إيقاعه وإلزامية صدوره عن إرادة سليمة خالية من أية عيوب، وهو من بين التصرفات التي تحتاج لإدراك كامل وقصد لما يترتب عليه من آثار تفقر الذمة المالية للشخص، فالطلاق تصرف يحتاج إلى إدراك وإرادة كاملة وعقل وافر لأنها من التصرفات الضارة ضرراً محضاً،¹ وتطبق على الإرادة المنفردة التي تنشأ التزاماً حينها جميع الأحكام الخاصة بالعقد، ومن ذلك: الأهلية، عيوب الإرادة، المحل، السبب، التفسير، والعلم بالإرادة، عدا ما يتعلق منها بتوافق الإرادتين كخيار المجلس والإتفاق على المسائل الجوهرية والإتفاق الابتدائي، إلى غير ذلك من المسائل المشتركة وهو ما سيتم بيانه من خلال هذا المبحث.²

المطلب الأول: الرضائية والشكلية في إنهاء الرابطة الزوجية

قلنا فيما سبق بأن مبدأ سلطان الإرادة يعني حرية الإرادة في إنشاء مركز قانوني أو تعديله بحسب الإتفاق، وكما أنها تؤدي ترتيب الأثر القانوني فإنها تؤدي كذلك لانقضاء المركز القانوني الناشئ عنها، بصرف النظر عن الوسيلة التي تم التعبير بها عن المضمون كأصل عام، سواء كان ذلك كتابة عرفية أو رسمية أو أمام الشهود أو بالطرق الشفهية،³ إذ أن اتفاق الزوجين حول الطلاق يشمل حتى آثاره على خلاف عقد الزواج الذي تكون فيه إرادة الطرفين أكثر تقييداً فيما يخص الآثار.

وبالتالي فإن الطلاق حق يخضع التصرف فيه لمبدأ سلطان الإرادة المطلق، فالطلاق في الشريعة الإسلامية حق خالص للزوج يستعمله كيف ما شاء وهذا تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة كأصل عام، غير أن الأصل قد ترد

¹ موحى أسدي اعر، المرجع السابق، ص. 222.

² أحمد عبید جاسم، المرجع السابق، ص. 162.

³ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، د.ط، دار النشر أنسيكلوبيديا، بن عكنون، الجزائر 2003 ص. 23-24.

عليه بعض الاستثناءات حيث يجب التمييز في هذا الصدد بين مبدأ سلطان الإرادة والشككية وهل أن الحكم بالطلاق يكون للإثبات فقط، وهل أن مجرد التعبير عن الإرادة في الطلاق يترتب الأثر القانوني أم أنه يجب أن يكون هناك وسيلة أخرى لترتيب ذلك الأثر؟

هناك من يرى بأن الطلاق يعد من التصرفات الحرة وهناك من يراه من التصرفات الشككية، والذين يقولون بأن الطلاق من التصرفات الحرة فالأصل فيه الإباحة، ومن يرون بأن الطلاق من التصرفات الشككية فالأصل فيه الحظر، وعند التمييز بين مبدأ سلطان الإرادة والشككية وبين المساس أو الإنقاص من الحق في الطلاق، فإننا نقول بأن الشككية لا تهدف للإنقاص من الحق بل تهدف للتنبيه لخطورة التصرف الذين هم مقدمون عليه فهي بالتالي تهدف لحماية صاحب الحق، في حين أن مبدأ سلطان الإرادة يجعل الإرادة حرة تتصرف في الحق كيفما شاءت، أما المساس بالحق وإنقاصه فهو يعني سلب الحق تماما أو بصفة جزئية.¹

الفرع الأول: مبدأ الرضائية في إنهاء الرابطة الزوجية

ينقسم الطلاق من ناحية الإرادة إلى قسمين إما أن يكون من خلال الإرادة المشتركة للزوجين أو أن يكون بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين على أن تخالف الإرادة الأخرى، فإما أن يقع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والزوجة غير راغبة في ذلك أو العكس، كما أن الطلاق في الشريعة الإسلامية هو تصرف يصدر غالبا عن الإرادة المنفردة للزوج، وبالتالي فهو تصرف انفرادي وقد يكون بإتفاق كل من الزوجين بالنسبة للطلاق بالتراضي.²

أولا: الطبيعة القانونية للطلاق عقد أم تصرف بالإرادة المنفردة

مما لا شك فيه أن للإرادة دورا أساسيا في تكوين العقود إذ أن تراضي المتعاقدين يعتبر ركنا جوهريا لقيام أي علاقة عقدية صحيحة كونها عقود تخضع بالأساس لإرادة الأطراف، ووفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ليس لأي من المتعاقدين أن يتحلل عن إلتزاماته بإرادته المنفردة، ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله بالزيادة أو النقصان إلا برضا الطرف الآخر أو وفقا لما ينص عليه القانون، وعلى هذا الأساس سيتم الحديث عن إرادة المتعاقدين ودورها في إنهاء العلاقة العقدية بالإرادة المنفردة وتعديلها كإستثناء.

وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإنه لا يمكن تعديل ومراجعة العقد بصفة إنفرادية، من طرف أحد المتعاقدين فكل ما أنشأه التراضي لا يمكن فكه أو فسخه إلا بالتراضي، فالأصل أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين

¹ عمر زودة، المرجع السابق، ص. 27.

² أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص. 14.

من الإتفاق على نقض العقد أو تعديله، فكما يملكان إنشاء علاقتهما العقدية وتحديد نطاقها يمكنهما أيضا الخروج عنها أو تعديلهما فمن يملك الإنشاء يملك الإلغاء والتعديل.

إذا فالأصل العام في القانون المدني أن العقد هو تصرف بإرادتين إيجاب من طرف يقابله قبول من الطرف الآخر، كما أنه ينشأ حقوقا والتزامات من جهة الطرفين ومن ذلك عقد الزواج، وهو العقد بمعناه الخاص وفي بعض الحالات قد لا يحتاج العقد لإيجاب وقبول كاستثناء وهو المعنى العام للعقد، فقد يتكون بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام ومن ذلك نجد مثلا الطلاق والرجعة، الجعالة والإبراء... إلخ.¹

يرى الأستاذ محمد كمال الدين إمام في هذا الصدد بأن الطلاق هو تصرف إنفرادي لا يتوقف وقوعه على قبول من الزوجة وليس عقدا يحتاج لرضا وقبول إذ أن الطلاق يقع سواء وافقت عليه المرأة أو رفضته،² هذا فيما يخص قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام، أما فيما يخص إنشاء العقد وتكوينه كأن يتعاقد الشخص مع نفسه فهو محل خلاف بين الفقهاء وهو ما تم الإشارة إليه فيما سبق، كما أن حقوق الزواج يجب أن تنتقل إلى الشخص الأصيل وليس إلى العاقد.³

1- التصرف أحادي الجانب أو التصرف بالإرادة المنفردة:

الإرادة المنفردة *La volonté unilatérale* هي العمل القانوني الصادر من جانب واحد والمنتج للآثار القانونية فقد تكسب حقا عينيا، أو تثبت حقا شخصيا، أو أنها تكون سببا لسقوط حق، وقد تنهي رابطة تعاقدية، فهل يمكن للإرادة المنفردة أن تنشئ التزاما شخصيا؟

هناك نظريتان في هذا الخصوص: النظرية الفرنسية ترى بأن الإلتزام ينشأ إما من العقد أو من توافق الإرادتين، أما الإرادة المنفردة فلا تنشئ التزاما وإنما تثبته فقط دعى لهذه النظرية الفقيه الفرنسي بلانيول، أما النظرية الثانية وهي النظرية الألمانية فإنها تعتبر الإرادة المنفردة تنشئ الإلتزام، مؤسس هذه النظرية هو الفقيه سيجل Siegel بحيث يعتبر الشخص الذي يتعاقد بإرادته المنفردة إنما يلتزم بهذه الإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة أخرى، وهناك بعض من الفقهاء الألمان الذين يعتدون بالإرادة الظاهرة هم من اتبعوا النظرية الفرنسية كذلك بالنسبة للتصرف بالإرادة المنفردة،⁴ وسواء كان التصرف صادرا من شخصين أو أكثر أو كان

¹ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 50-51.

² محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 216.

³ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 210.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 183-185.

صادرا من شخص واحد، إذ يرى البعض بأنه يمكن أن نسمي التصرف الذي يصدر بالإرادة المنفردة وحدها عقدا يقوم على الإيجاب والقبول، إذ أن العقد المكون من إرادتين متوافقتين متقابلتين هو في الحقيقة عقد مؤلف من عقدين، أحدهما صادر من جهة الموجب والثاني صادر من جهة التقابل وهذا هو العقد بمفهومه العام لدى فقهاء القانون.¹

وكمبدأ عام يمنع فك الرابطة التعاقدية بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، كما أن القاضي مقيد في استعمال ذلك نظرا لتماسك الرابطة التعاقدية إذ أن العقد نشأ عن إرادة أطرافه والأولى أن يتم إنهاؤه بإرادتهما معا، كما أن الإرادة المنفردة تصرف شرعي ينشئ حقا على صاحبه من غير توقف على رضا الطرف الآخر فالطلاق مثلا لا يتوقف على رضا الزوجة ولكنه يثبت لها حقا في الذمة هو نفقة العدة،² كما أن الخلع بمنظور المشرع الجزائري هو عقد أحادي يتم من جانب الزوجة عملا بالمذهب المالكي طبقا لنص م54 من ق.أ.

2- إنهاء العقد بالإرادة المنفردة:

تعتبر هذه الحالة إستثناء عن المبدأ الذي يقر نقض العلاقة العقدية أو تعديلها إلا بالإرادة الجماعية للمتعاقدين وهو ما يسمى بالتقابل، غير أنه وإستثناء هناك حالات معينة يجيزها القانون صراحة مثل ما هو الشأن في بعض العقود، مثال ذلك ما نص عليه القانون في إنتهاء الشركة بإنسحاب أحد الشركاء، وعليه فإن للإرادة الفردية دورا في إنهاء العلاقة العقدية ونقضها، ولا شك أن القانون الوطني والمقارن يجيز في بعض الحالات وبصفة إستثنائية الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد بإنهاء أو تعديل العلاقة العقدية بشرط إتفاق طرفيها، وخروجا أيضا عن هذا المبدأ يمكن لأحد المتعاقدين إنهاء ومراجعة الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، وذلك إما بموجب بند منصوص عليه في العقد المبرم بينهما أو بترخيص صريح من القانون.³

أ- بموجب بند في العقد:

إن فك الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين متوقف على النص عليه أثناء العقد، بمعنى أن رضا الطرف المتعاقد معه شرط ضروري ليتمكن الطرف الآخر من الحصول على سلطة الإلغاء بالإرادة المنفردة، وبالنسبة لهذا الإستثناء هناك عقود قابلة للإلغاء حتى بالتراضي الجماعي، وهناك عقود قابلة للإلغاء بالإرادة المنفردة وبخاصة في العقود المستمرة ذات المدة غير المحددة، والتي يكون فيها أحد أطراف العلاقة العقدية ضحية تصرف أو سلوك

¹ عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق، ص.44.

² خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.41.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص.184.

خطير منافي لمصلحة الطرف المتعاقد معه، ومثاله في قانون الأسرة كأن تشترط الزوجة في عقد الزواج أن تكون العصمة بيدها عن طريق التملك أو التخيير أو التوكيل كما سنرى.

ب- برخصة القانون:

قد يتكفل التشريع الوطني والمقارن في بعض الحالات بإعطاء أحد المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة كما هو الوضع في بعض العقود، وبخاصة تلك غير محددة المدة أي أن القانون يسمح لأحد المتعاقدين بإنهاء بعض العقود بموجب نصوص خاصة، ومرد ذلك هو وجود مبدأ عام يقضي بإمكانية التملص من العقود المؤبدة غير محددة المدة ومثاله عقد الزواج، ولكن بشرط عدم التعسف في استعمال هذا الحق أي وجود سبب جدي ومقبول لإنهاء الرابطة العقدية، وكذلك ضرورة إعلام الطرف المتعاقد معه مسبقا بنية إنهاء هذه الرابطة العقدية، هذا بالنسبة للعقد غير محددة المدة أما نظيرتها المحددة المدة فإن خاصية أو حق الإنهاء بالإرادة المنفردة فهو أمر إستثنائي.

3- أركان وشروط الطلاق

الطلاق وباعتباره عقدا فإنه يجب أن يتوفر على مجموعة من الأركان والشروط العامة للعقد، وشروط الطلاق لدى المالكية أربع: أهل ومحل ومقصد مع اللفظ أو ما يقوم مقامه من فعل أو إشارة.¹ ومثلما ما رأينا بالنسبة للزواج فإن الطلاق هو الآخر قد اختلف بين من عبر على الشروط بالأركان بالرغم من أن هناك اختلاف بين المفهومين، بينما لم ينص المشرع الجزائري إطلاقا ضمن نصوص قانونية على شروط الطلاق وأركانه مما يدعونا للرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية والقواعد العامة للقانون المدني.

أ- أهلية من يقع منه الطلاق:

وهو الزوج في الأصل أو نائبه أو وكيله أو قد يقع من القاضي وفي بعض الأحيان يقع من الزوجة بتفويض من زوجها، أو متوقف على إجازة الولي في حالة زواج الصغير، كون الطلاق من التصرفات الضارة ضررا محضا بحسب الأصل لما يترتب عنه من إلتزامات مالية، فالطلاق لا يقع من عديم التمييز مثل الصبي غير المميز أو

¹ الغرياني الصادق عبد الرحمان، أركان الطلاق وشروطه، ج2، المرجع السابق، ص.670. كما أن أركان الطلاق أربعة لدى جمهور الفقهاء، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.249. ركن الطلاق اللفظ لدى الحنفية وشرائط الركن: الأهلية الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.210-213. لدى الشافعية أركان الطلاق أهل ولفظ ومقصد، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.379.

عديم الأهلية كالمجنون، إذ أنه يجب أن يكون الزوج أهلاً للطلاق ولا يكون كذلك إلا إذا كان مكلفاً، ونفس الشأن بالنسبة للأهلية في القانون المدني إذ تعتبر بالنسبة للطلاق الركن الأول الذي يقوم عليه.¹

ب- اللفظ في الطلاق:

أو صيغة الطلاق أي أن يكون الطلاق بلفظ مخصوص يجب أن يصدر الطلاق عن إرادة ظاهرة، وليس مجرد التفكير عن طريق التلفظ والنطق به، أو ما يقوم مقام اللفظ كالكتابة أو الإشارة المفهومين، وكذلك عند من يوقع الطلاق الضمني أو بالكناية.²

ج- القصد، النية والعزم على الطلاق:

ويكون ذلك في حال اختلاف النية عن إيقاع الطلاق كأن يطلق الرجل سهواً أو لم يدرك ما يقول، كالمعتوه أو المجنون وبالتالي لا يقع الطلاق لانعدام القصد أي الإرادة الباطنة، وإن كان له زوجات فأراد أن يطلق إحداهن فأخطأ وطلق الثانية فلا يقع الطلاق لعدم وجود القصد كذلك، "فالعبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، فالشارع الحكيم قد ألغى الألفاظ في بعض الأحيان التي لم يقصدها صاحبها أي أنه نطق بها بغير قصد فالأصل في الطلاق الصريح أن يناط حكمه بلفظه لا بمعناه، لكن قد يحدث أن يقع الطلاق بلفظ غير صريح فيتعلق بالمعنى لا باللفظ، والقصد هنا هو الإختيار والعمد من الزوج المطلق.³

د- المحل:

يتمثل في الزوجية القائمة أي أن تكون الزوجة موجودة ومملوكة للزوج وتحت عصمته، لأن وقوع الطلاق أثر من آثار الزوجية، وبالتالي تكون المرأة محلاً للطلاق إذا كانت زوجة "أي لا طلاق إلا بنكاح"، لم ينص المشرع الجزائري على ذلك بينما جاء في م45 من مدونة الأسرة المغربية أن: "محل الطلاق المرأة في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي، ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو كان معلقاً".

4- أوصاف الطلاق

الطلاق شرع لحاجة قد تدعو تلك الحاجة إلى أن يكون الطلاق منجزاً أو أن يكون معلقاً، وهذا الآخر يرجو به الزوج إصلاحاً فيعلق طلاقه على شيء يكره وقوعه فيلزمه، فإذا حصل الشيء المعلق عليه الطلاق وقع

¹ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.70.

² شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص.187. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.144.

³ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.121.

حينها، والتعليق قد يكون لفظي وهو الطلاق المعلق تعليقا حقيقيا، باستخدام أدوات الشرط (إن، إذا... إلخ) كأن يقول (إن خرجتي من البيت دون إذني فأنت طالق، إن كلمتي فلان فأنت طالق، إن دخلتي بيت فلان فأنت طالق... إلخ)، وقد يكون التعليق على شرط معنوي وهو ما يسمى بالحلف بالطلاق أو اليمين، وهو ما يفهم من سياق الحديث أثناء إيقاعه.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الحلف يوقع الطلاق فيما ذهب بعض الشافعية والحنفية والظاهرية إلى القول بغير ذلك،¹ كأن يقول الزوج "علي الطلاق إن فعلت كذا غدا أو زرت بيت فلان"، فإنه لا يقع الطلاق في هذه الحالة مادام أنه لا يقصده، بل هو قد استعمل عبارات التهديد والتخويف والحمل على فعل شيء أو تركه، وهو ما نصت عليه م² من قانون الأحوال الشخصية المصري المذكورة أدناه.

أ- الطلاق المنجز:

الأصل في الطلاق أن يكون منجزا وهو الطلاق المعجل أي الذي يقع في الحال وخلافه المؤجل سواء المضاف لأجل أو المتوقف على شرط، دون قيد فهو طلاق مطلق كما يسمى أيضا طلاقا مرسلا كأن يقول أنت طالق أو طلقتك ونحو ذلك، بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري لم ينص صراحة على هذا التقسيم أي طلاق معلق وطلاق مضاف، بينما قد تدارك المشرع المصري ذلك من خلال م² ونص على أن "الطلاق غير المنجز لا يقع إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه"،² على عكس عقد الزواج الذي لا بد له أن يكون في جميع الأحوال منجزا ولا يقبل أن يكون بغير ذلك.

¹ لدى جمهور الفقهاء يقع الطلاق، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 327. محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص. 732. لدى المالكية: الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص. 80. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي المرجع السابق، ص. 368. بخلاف بعض الشافعية والحنفية والظاهرية لا يقع، الحنفية: ابن عابدين، المرجع السابق، ص. 465. كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 35. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني المرجع السابق، ص. 430. الشافعية: بخلاف الحلف، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص. 670. مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربحي، المرجع السابق، ص. 139. ولدى الحنابلة: منصور بن يوسف بن إدريس الباهوتي، كشف القناع عن متن الأنفان، ج4، المرجع السابق، ص. 279.

² مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2010، ص. 172-173.

ب- الطلاق المضاف إلى أجل:

أي أنه يقع في المستقبل كأن يقول الرجل لزوجته أنت طالق غدا أو بعد شهر هذا النوع من الطلاق لا يقع عند الملكية، إذ أنه يجب أن يقضى بالطلاق في الحال منجزا وحتى وإن كان في زمن ماضي، ويشترط فيه أن يكون الزوج أهلا له والزوجة محلا له،¹ أما كل من الحنفية والشافعية والحنابلة² فيرون بأن الصيغة المضافة إلى المستقبل يقع بها الطلاق، وهو رأي يقضي بأن الطلاق يقع عند حلول الأجل الذي أضيف إليه، ويرى الظاهرية بأن الطلاق لا يكون إلا منجزا فمن علقه على شرط أو أضافه لأجل فهو باطل، والرأي الراجح هو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء في أن الطلاق المضاف لأجل جائز، لكن هل الطلاق المضاف لزمن ماض يقع بأثر رجعي؟ إذ أنه يرى جمهور الفقهاء في هذه الحالة بأنه يقع الطلاق المضاف في الحال إذا كانت الزوجة محلا وقت إنشائه، أما الحنابلة والشافعية فقد ذهبوا إلى أن الطلاق المضاف لا يقع مطلقا خصوصا إذا كانت الزوجية غير قائمة أو لم تكن المرأة محلا للطلاق في ذلك الوقت.³

ج- الطلاق المعلق على شرط:

هو ما علقه الزوج على فعل شيء أو تركه سواء على زوجته أو لنفسه أو لغيرهما، ويقع هذا الطلاق إذا كان الشرط محتمل الوقوع وهو الغالب كأن يقول "إذا فعلت كذا فأنت طالق"، وينظر في ذلك إلى القصد فقد يقصد الزوج بذلك الشرط الطلاق أو التخويف، وقد يكون إلى الغير كأن يقول "إن فعلت كذا فإمرأتي طالق" وقد يكون لنفسه كأن يقول "إن لم أسافر فزوجتي طالق"، ويحصل الطلاق في جميع هذه الحالات بتحقيق الشرط المعلق عليه، على أن يكون هذا الأخير جائزا وأن يكون باستطاعة الشخص فعله، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.⁴

¹ لدى الملكية يجب أن يكون الطلاق منجزا، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص. 399.

² الحنفية والشافعية والحنابلة يقع الطلاق المضاف (وهو الرأي الراجح)، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 316. محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص. 734. الحنفية: ابن عابدين، المرجع السابق، ص. 481. كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج 4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 24. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق ص. 411. الشافعية: الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص. 469. لدى الحنابلة: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 4، ص. 501.

³ مبروك المصري، المرجع السابق، ص. 162-164.

⁴ جائز باتفاق جمهور الفقهاء الطلاق المعلق على شرط لدى الحنفية كأن يقول أنت طالق طلاقا مشروطا فيه عدم الرجعة أي طلاقا بائنا، ابن عابدين، المرجع السابق، ص. 503. لدى الشافعية يكون الشرط باطلا ويقع الطلاق، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص. 516. أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج 10، المرجع السابق

ثانياً: إنتفاء عنصر الإرادة في الطلاق

عندما نقول الإرادة فإن جميع التصرفات التي ينشؤها عديمي الأهلية أو فاقدوها تعد باطلة ولا تنتج أي أثر، فعمدة الأقوال العقل وهو الذي تدور حوله الأحكام المتعلقة بالصحة والبطلان، تنص م2/07 ق.أ بأن كل من الزوجين يكتسبان الأهلية المدنية لممارسة كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ومن بينها الطلاق، نعالج في هذه النقطة موضوع انتفاء عنصر الإرادة كأن يكون عديم الأهلية "كالصبي أو المجنون أو المعتوه أو السفهه"، أو مسلوب الإرادة "كالملكه أو السكران أو الغضبان أو المدهوش"، أو من في حكمهم وفيها تنتفي إرادة المطلق بحسب الأحوال.

أ- إندام الأهلية في الطلاق:

1- طلاق الغافل والناسي والساهي والمخطئ والجاهل بمعنى لفظ الطلاق:

الناسي هو من يفعل الشيء وهو غير متذكر غير أنه إذا ذكر به فإنه يتذكر، والساهي هو من يفعل الشيء وهو غير متذكر ولكنه إذا ذكر به فلا يتذكر لغية ذلك الشيء عن باله، كأن يعلق الرجل طلاقه على الدخول لبيت شخص ما ومن ثم يدخل ذلك البيت وهو متناسياً أو ساهياً، والمخطئ هو من يسبق لسانه فينطق بكلمة لم يقصدها في هذه الحالة يرى الحنفية¹ بوقوع الطلاق لأنه ليس فاقد لعقله، أما إدعاء الخطأ وسبق اللسان فهو أمر باطني لا يعلمه غيره خصوصاً إذا وصل الأمر بيد القضاء، أما إن كان ديانة ويعلم الرجل يقينا في نفسه بأنه أخطأ فإن الطلاق في هذه الحالة يعد غير واقع، أما الشافعية فيرون بأن طلاق المخطئ لا يقع إذ أن مدعي الخطأ لا يصدق في الظاهر أمام القضاء إلا بقرينة، والمخطئ كأن ينوي أن يقول زوجتي مسافرة فيقول مخطئاً زوجتي طالق وهو لا يقصدها، وأخيراً الجاهل وهو من يتلفظ بالطلاق ولا يعرف معناه،² يحق وقوع الطلاق بناءً على هذه الحالات باستثناء فقهاء الحنفية الذين يرون بوقوعه قضاءً أما ديانة فلا يقع.³

=ص.135. مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص.128. أما لدى الحنابلة فيصح تعليق الطلاق بشرط، منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأنواع، ج4، المرجع السابق، ص.249. موقف الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.471.

¹ الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.190.
² رأي الشافعية وهو الراجح لدى أهل العلم حيث يرون بأن طلاق المخطئ والناسي لا يقع، محمد نعيم محمد هاني ساعي المرجع السابق، ص.727.

³ أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص.75. ومحمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص.282.

2- طلاق المدهوش والغضبان:

المدهوش هو المختار الذي ذهب عقله نتيجة الحياء أو الخوف أو الغضب، وبالتالي فهو يدخل في حكم الغضبان وهذا الأخير يقوم بتصرفات دون مسوغ، يصل لدرجة يغلب فيها الخلل والاضطراب في القول أو العمل بحيث لا يدري ما يصدر منه كونه مسلوب الإرادة، يفقد بموجبها القدرة على التمييز في الحكم على الأشياء فينغلق عليه باب القصد والإرادة وبالتالي لا يقع طلاقه،¹ وطلاق الغضبان هو طلاق الإغلاق وسمي كذلك لأنه يغلق العقل بحيث لا يعقل معه المطلق ما يقول ولا ما يفعل وهو في حكم المجنون بحيث لا يقع طلاقه، لقول رسول الله ﷺ: "لا طلاق في إغلاق" والإغلاق هو الغضب الشديد الذي يغلق قلب الرجل وعقله،² أما إذا كان يعقل ما يقول ويفعل في هذه الحالة فيقع به الطلاق.³

3- طلاق السكران:

السكران هو الشخص الذي أصابه خلل في توازن عقله حيث يفقد وعيه ولا يكون مسؤولاً عن تصرفاته القولية والفعالية، واختلط جده بهزله وكان من الأشخاص الذين تم الإختلاف بشأن صحة طلاقهم، حيث يرى جمهور الفقهاء من شافعية وحنفية ومالكية بصحة طلاقه، كونه قد تعمد بإرادته الوقوع في السكر إلا إذا كان مضطراً أو كارهاً أو جاهلاً،⁴ والسكر هو غيبة العقل ومنه الغيبوبة والراجح أن هذا الطلاق لا يقع لأن العقل

¹ محمد سمارة، المرجع السابق، ص. 280.

² رواه أحمد وأبو داود، أخرجه أبو داود، كتاب الطلاق، باب الطلاق على غلط، الحديث رقم 2193، سنن أبو داود 446/2، وابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، الحديث رقم 2046. سنن ابن ماجه، 514/2 أخرجه أحمد، 6/276.

³ يقع لدى جمهور الفقهاء: محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص. 729. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص. 195.

⁴ الراجح لدى جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنفية أنه لا يقع لغيباب العقل فهو كالمجنون إذا لم يقصد السكر أما إذا تعمد السكر فإنه يقع، محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص. 725. الحنفية: ابن عابدين، المرجع السابق، ص. 444. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 26. الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص. 641. أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج10، المرجع السابق، ص. 69. لدى المالكية: محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص. 156. الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق ص. 78. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص. 365.

هو مناط التكليف وهو في حكم المجنون، إذ أن فاقد الإرادة بحكم المكره وغائب العقل بحكم المجنون، أما فقهاء الحنابلة فيرون بعدم وقوع طلاق السكران لعدم توافر القصد والوعي والإرادة الصريحة لديه.¹

4- طلاق المجنون والصغير:

لا يقع طلاق المجنون والصغير حتى وإن كان مميزا عاقلا لدى جمهور الفقهاء،² لأن أهم شرط من شروط التكليف هو العقل باستثناء الحنابلة الذين يرون بوقوع الطلاق من الصغير إن كان يعقل معنى الطلاق ويعلم آثاره،³ فيما فرق المالكية في هذه المسألة بين الزائل عقله وبين المختلط، فإذا كان زائلا تماما فلا يقع به الطلاق وإن كان له بقية من التمييز كانت عباراته صحيحة والطلاق واقع،⁴ وطلاق المجنون بالنسبة للقانون الجزائري يرجعنا للمادة 85 من ق.أ حيث جاء فيها ما نصه: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"، عموما واتفاقا لا يصح طلاق المجنون والمعتوه لإنعدام الأهلية وفقدان الإرادة وغياب العقل الذي هو أداة التفكير ومناطق التكليف، غير أن الجنون حسب قراءة نص المادة نوعان: جنون مُطْبِق وهو الدائم الذي لا يفيق صاحبه أبدا لا طلاق له، والجنون المتقطع وهو الذي يفيق صاحبه أحيانا يلزمه طلاقه حال إفاقته.⁵

¹ الحنابلة السكران لا يقع مطلقا لعدم توافر الإرادة والقصد أما السكران لغير عذر لدون حاجة يقع طلاقه، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.433.

² لدى جمهور الفقهاء لا يقع، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.251. لدى الشافعية لا يصح الطلاق من غير المكلف كالصبي والمجنون والمغمى عليه والنائم، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.368. أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج10، المرجع السابق، ص.68. الحنفية: يقع الطلاق ممن غاب عقله وممن زال عقله كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج3، المرجع السابق، ص.472. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.28. الحنفية طلاق الصبي والمجنون والنائم لا يقع كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج3، المرجع السابق، ص.468. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.24.

³ باستثناء الحنابلة هناك من يرى بأنه يقع من الصغير إذا كان يعلم معنى الطلاق، منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأفتاء، ج4، المرجع السابق، ص.207. وهناك من يعتبره لا يقع الطلاق من الصغير حتى يحتلم وكذلك المجنون والنائم وكل زائل عقله، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.432-433. كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص.192.

⁴ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.395.

⁵ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.74. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص.115.

5- طلاق الهازل:

الهزل ضد الجد وهو لدى جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية ومالكية يقع به الطلاق لأنهم يرون بأن الهازل هو من يتلفظ بالطلاق، وبالرغم من أنه لا يقصده إلا أنه يتخذه لهوا ولعبا وبالتالي فإنه يقع،¹ إذ روي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: "ثلاثة جدهن جد وهزلن جد، الطلاق والنكاح والرجعة"،² وروي عنه أيضا أن رسول الله ﷺ قال: "ثلاث لا يجوز اللعب فيهن، الطلاق والنكاح والعتق"،³ أما من سبقه لسانه للفظ الطلاق من غير قصد فلا شيء عليه وذهب الحنابلة لغير ذلك.⁴

6- طلاق الكذاب:

كأن يقول الرجل في مجلس أنه طلق امرأته وهو لم يفعل ولم يقصد بالإخبار إنشاء الطلاق أو أن يحلف كاذبا، وبالتالي لا يترتب عنه الطلاق ديانة غير أنه يقع قضاء في هذه الحالة وهذا لدى مذهب مالك والجمهور وهو الراجح، لأن الإقرار لا يقوم مقام الإنشاء كما أنه إذا أقر بالطلاق كاذبا وقام دليل أو قرينة على كذب المقر بالطلاق في إقراره كان الإقرار باطلا، أما الحنابلة فيرون أنه يقع ديانة وقضاء لأن لفظ الطلاق صريح يقع به الطلاق من غير نية.⁵

¹ لدى جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية ومالكية يقع، محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص. 729. لدى الحنفية طلاق الغافل والساهي ابن عابدين، المرجع السابق، ص. 449. كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج. 4، كتاب الطلاق المرجع السابق، ص. 4. لدى الشافعية يقع الطلاق من السفه والمريض ولو كان هازلا، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني المرجع السابق، ص. 368. مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص. 126. الحنفية طلاق السكران والهازل يقع لأنه مختار في كلامه غير راض بحكمه كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج. 3، المرجع السابق، ص. 470. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج. 5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 26.

² أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب الطلاق على الهزل، رقم 1888، والترمذي، الجامع، أبواب الطلاق واللعان، رقم 1140. وابن ماجه، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح هازلا، رقم 2035. وصححه الحاكم في المستدرک، رقم 2732.

³ الطبري، المعجم الكبير، ج. 8، د. ط، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 847-971م، ص. 304.

⁴ بخلاف الحنابلة الذين يرون أنه لا يقع، يقول ابن القيم الحنبلي في رسالة طلاق الغضبان: أن له ثلاثة أقسام من يغيب عقله ويعلم قصده، من لا يعلم قوله ولا يعمل قصده والثالث من توسط المرتبتين حيث يصبح كالمجنون، ابن عابدين، المرجع السابق ص. 452. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص. 182.

⁵ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 122.

7- طلاق المكره:

المكره هو الشخص الذي سلبت إرادته وبالتالي لا إرادة له ولا اختيار وهو غير مسؤول عن تصرفاته. يختلف الفقهاء حول وقوع طلاق المكره، إذ يرى جمهور الفقهاء في هذه الحالة بأن طلاق المكره لا يقع لأن الإكراه يعد من عيوب الرضا التي تفسد الإرادة، أما فقهاء الحنفية فيرون بأن طلاق المكره يقع لأن الإكراه في هذه الحالة يفسد الرضا وليس الإختيار أو التلفظ به، فإذا نطق المكره بالطلاق فهو يقصده ولكنه غير راض به،¹ وقد يكون المكره هو من أجبر على الطلاق تحت التهديد بخطر جسيم يصيب جسمه أو ماله، لدى المالكية لا يجوز طلاق المكره لأنه غير راض بطلاق زوجته، ولا نية له ولا رغبة ولا إرادة له في إيقاع الطلاق وإنما أرغم على ذلك فهو بحكم المجنون،² فالإكراه هو حمل الغير على أمر لا يريده وينقسم لإكراه ملجئ، ويقصد به أنه لم يترك للغير أي فرصة أو قدرة على الإختيار والإكراه غير الملجئ.³

8- طلاق المعتوه والسفيه:

يقول ابن عابدين في تعريفه للمعتوه هو الشخص قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، والعته آفة تحدث خللا في العقل فيصير المصاب به قليل الفهم مختلط الكلام، وبالرغم من أنه قد ذهب عقله كالمجنون إلا أن ذلك التأثير يؤدي لنقصان أهليته وليس انعدامها، وبالتالي فهو في حكم المميز لا هو يرقى للعقل الراشد ولا للمجنون وغير المميز، وبالتالي يرى الفقهاء بعدم وقوع طلاق المعتوه لاختلال العقل عنده فهو يسري عليه ما يسري على المجنون،⁴ أما السفه فهو خفة في العقل تؤدي بالشخص لتبديد ماله وفيما يتعلق بالطلاق فإن جمهور الفقهاء، يرون بأن هذا النوع من الطلاق يقع لأنه يخرج عن نطاق المعاملات المالية، إذ أن الحجر عليه يكون في ماله فقط وأما الزواج والطلاق فيخرجان من دائرة الأموال، فالسفيه في هذه الحالة كما يملك الزواج بنفسه فهو مكلف ليملك الطلاق.⁵

¹ ابن عابدين، المرجع السابق، كتاب الطلاق، ج4، ص.128-129.

² العربي بختي، المرجع السابق، ص.113.

³ مبروك المصري، المرجع السابق، ص.186.

⁴ ابن عابدين، المرجع السابق، كتاب الحجر، ج9، ص.200.

⁵ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.212.

9- طلاق النائم والمغمى عليه:

لا يقع طلاق النائم لانعدام أهليته وغلبة النوم على عقله وانعدام القصد لديه، لقول رسول الله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل"،¹ أما المغمى عليه فيرى المالكية بأنه هو من ذهب عقله وتعتبر تصرفاته جميعها باطلة لفقده القدرة على التمييز فهو ليس بحكم النائم.²

10- طلاق المريض مرض الموت:

المريض مرض الموت هو من أصيب بعارض يؤثر في تصرفاته ويعتبر المرض كذلك إن كان يغلب عليه الهلاك، فقد يتصرف المريض مرض الموت في ماله بقصد الإضرار بزوجه ليمنعها من الميراث، وبالتالي في هذه الحالة إذا طلقها فإنه يكون قد أضر بها، إذ أنه يندرج ضمن الطلاق التعسفي ليحرم الرجل زوجته من الميراث في مرض يغلب فيه الهلاك، أما إذا أوقع الزوج الطلاق وكان رجعيًا فهو في هذه الحالة لا يؤثر في ميراث الزوجة فإذا كان الطلاق رجعيًا فإن الزوجة ترثه في العدة لبقاء الزوجية قائمة، أما إذا كان الطلاق بائنًا وتوفي المطلق خلال مرحلة العدة فهناك اختلاف: إذ يرى المالكية في هذه الحالة أن للزوجة الحق في الميراث لأنها تعد غير طالق، وإن كان الطلاق برضاها فإنها لا ترث حتى وإن توفي وهي لازالت في العدة لعدم وجود الإضرار،³ وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا على أن: "المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعًا وقانونًا بخلاف الميراث الذي يعد حقًا ثابتًا شرعًا إذا ما تم الطلاق في مرض الموت، لأنه لا وجود لأي ترابط بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد العدة لمدة طويلة، لأن طلاقها في هذه الحالة تعد نية حرمانها من الميراث فيه مفترضة عملاً بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود".⁴

وفي الأخير نقول بأن المشرع الجزائري لم ينص على الحالات التي يكون فيها موقع الطلاق في حكم (الهازل، أو المجنون، أو الغضبان، أو المكره... إلخ)، وإنما اكتفى من خلال م48 ق.أ بالنص على أن "الطلاق يتم بإرادة الزوج"، فلفظ الإرادة يكفي عن التفصيل فيما إذا وقع الطلاق من الصبي أو المجنون والمكره، إذ أن هؤلاء الأشخاص تنعدم لديهم الإرادة لكن يبقى الإشكال قائمًا بالنسبة للآثار،⁵ بينما نجد التشريع المصري قد

¹ رواه الترميذي في سننه، جامع الترميذي، كتاب الحدود، الحديث 1423، ص.299.

² العربي بختي، المرجع السابق، ص.113.

³ الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص.86.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/03/17، ملف رقم 179696، م.ق، ع.خ، 2001، ص.98.

⁵ العربي بختي، المرجع السابق، ص.116-117.

نص في مادته 88 من قانون الأحوال الشخصية بأن: "طلاق السكران والمدهوش والمكره والمعتوه والمغمى عليه والنائم لا يقع"، وعرف في هذا الصدد المدهوش على أنه ذلك الشخص الذي فقد تمييزه بسبب الغضب وأصبح لا يدري ما يقول.

ب - التوكيل والتفويض في الطلاق:

الأصل أنه إذا أناب الغير على الزوج في الطلاق فهي وكالة، وإذا أنابت الزوجة زوجها في الطلاق فهو تفويض، غير أنه قد ترد الحالتين من الغير وفي كليهما يبقى حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة لا تقيده وكالة ولا يمنعه تفويض، فالزوج يملك طلاق زوجته ويمكنه أن يجعل هذا التمليك بيد الزوجة عن طريق التفويض أو بيد الغير عن طريق التوكيل، فالطلاق المملك هو مبادرة إرادية من طرف الزوجة تجعل العصمة بيدها وهي مبادرة من الزوجة بإرادتها المنفردة في إيقاع الطلاق، ومادامت المرأة شريكة الرجل في الحياة الزوجية فإنه قد يكون في تمكينها إيقاع الطلاق عن طريق التفويض فيه مصلحة لهما، وهو يحملها مسؤولية العلاقة ويدفع المسؤولية عن نفسه وما يعقب فراقهما من آثار مالية كان يفترض أن يتحملها الزوج،¹ والنيابة في الطلاق تكون إما:

- بتوكيل الغير طلاق الزوجة عن طريق النيابة.
- أو بالتفويض : وهو إما أن يكون للغير أو للزوجة.
- أو بالإتفاق في العقد مسبقا على أن تكون العصمة بيد الزوجة في إيقاع الطلاق.

1- التوكيل أو الوكالة في الطلاق:

وهو أن يقيم الزوج غيره مقام نفسه في إيقاع الطلاق كقوله للغير طلق امرأتي، يرى فقهاء المالكية بجواز الوكالة في كل ما يملك الإنسان حق مباشرته بنفسه، وكل ما يمكن أن يدخل في النيابة كعقود البيع والشراء وكذا عقود الزواج والطلاق والرجعة، وأما الأعمال التي لا تقبل النيابة وإن كان للإنسان حق مباشرتها فلا تجوز فيها الوكالة كالإيلاء والظهار واللعان.²

وكما هو الحال بالنسبة لطلاق الحكّمين فإما أن يكون برضا الزوج ويعتبران في هذه الحالة بمثابة الوكيلين عن الزوجان وهو رأي الحنابلة،³ وقد يكون طلاق الحكّمين دون رضا الزوج وهو رأي آخر للحنابلة والمالكية حيث لا يعتبر في هذه الحالة الحكّمين وكيلين على الزوجين، ولهما أن يجمعوا أو يفرقا بينهما استدلالا لقوله

¹ موحى أسدي اعر، المرجع السابق، ص. 228.

² الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص. 9.

³ يعتبر الحنابلة الحكّمين وكيلين على الزوجين، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرععي، المرجع السابق، ص. 172.

تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا".¹

الأصل في القانون المدني أن الوكالة عقد مدني طبقا لنص م574 حيث نجد الوكالة جائزة في جميع التصرفات القانونية بما في ذلك الصلح،² غير أنه في قانون الأسرة لا يجوز لأي من الزوجين أن يوكل غيره أو محاميه لمباشرة دعوى الطلاق نيابة عنه لغاية صدور الحكم النهائي، وتدخل في ذلك جميع الإجراءات بما فيها محاولة الصلح، وهو ما جاء في جميع قرارات المحكمة العليا أنه: "لا يجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح"³ وجاء في قرارات أخرى بأنه: "يجب حضور الزوج شخصيا أثناء محاولة الصلح وإبداء طلباته تحت طائلة رفض دعواه"،⁴ ونفس الشيء بالنسبة للزوجة حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه: "يعد مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات القضاء بالخلع بالرغم من عدم حضور الزوجة جلسة الصلح واكتفائها بإبانة محاميها"،⁵ وبالتالي فإن موقف القضاء الجزائري هو انعدام الوكالة في الطلاق إذ أن جلسة الصلح إجراء ضروري للحكم به.

بالرغم من أنه لا وجود لنص قانوني صريح في ق.أ يقضي بذلك، غير أنه يفهم من نص م49 من ق.أ بأنه لا يقبل حكم الطلاق دون إجراء محاولات الصلح، وبالتالي فإنه من المفترض أن يتم حضور الطرفين جلسة الصلح لإبداء رأيه وأن عدم حضور الطرف المدعي دليل على رجوعه في الطلاق.

هناك من يدعوا في هذا الصدد إلى أنه لا يصح أن يوكل إلى أحد غير الزوجين أمر الطلاق ويبقى الجواز يشمل الزوجة فقط في حال تفويضها مؤقتا في المجلس،⁶ وبالتالي يكون الوكلاء في الطلاق بمثابة شهود عن تلفظ الزوج بالطلاق، أما بالنسبة للمحجور عليه فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "يصبح الزوج المحكوم عليه بالحجر استنادا لنص م42 من ق.م غير أهل لإيقاع الطلاق، ولا يمكن للمقدم القيام بذلك نيابة عنه لأنه

¹ سورة النساء، الآية 35.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2013 ص.161 وما يليها.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2008/01/16، ملف رقم 417622، م.ق، ع1، 2009، ص.302.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2009/01/14، ملف رقم 474956، م.ق، ع2، 2009، ص.271. المحكمة العليا غ.ش.أ.م، 2013/05/09، ملف رقم 0798882، م.ق، ع1، 2013، ص.286. المحكمة العليا، غ.ش.أ.م 2021/07/07، ملف رقم 1477236، م.ق، ع2، 2021، ص.84.

⁵ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2014/07/10، ملف رقم 0950026، م.ق، ع2، 2014، ص.278.

⁶ محمد بلتاجي، دراسات في أحكام الأسرة، ص.507. أشار إليه: مبروك المصري، المرجع السابق، ص.209.

حق شخصي، أما إذا رأى المقدم أن في الطلاق مصلحة وضرورة جاز له رفع دعوى أمام قضاء شؤون الأسرة طالبا إنهاء الرابطة الزوجية، على أن يثبت ذلك وللقاضي السلطة التقديرية في إنشاء الطلاق بناءً على المصلحة والضرورة وليس إرادة المحجور عليه كونها مغيبة".¹

2- التفويض بالطلاق:

يعني تفويض الغير أي أن يجعل الرجل أمر امرأته بيد رجل آخر كالوكالة فإن هو طلقها ثلاث فتعد واحدة بائة لا رجعة فيها، أو أن يضع الزوج حق إيقاع الطلاق للزوجة بتطبيق نفسها متى شاءت، فهو طلاق رجعي فإن خير الرجل امرأته واختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بما أي رجعية، ويرى جمهور الفقهاء الأربعة بجوازه والتفويض يعتبر فيما معنى الطلاق المعلق والتعليق يكون بمجرد الإيجاب، وبالتالي يتم بمجرد إيجاب من الزوج المفوض ويكون تفويض الزوجة طلاق نفسها بأحد الأمور الثلاثة: التملك، التخيير، التوكيل.²

3- التملك:

للزوج أن يملك المرأة أمر نفسها مطلقا فلها أن تمارس ذلك الحق مثلها مثل الرجل فهو قد وضع بذلك العصمة بيدها تمارسها كيفما شاءت سواء بطلقة واحدة أو أكثر، ويكون التملك بألفاظ دالة عليه كأن يقول لها ملكتك أمرك، أو طلاقك بيدك، أو أنت طالق إن شئت، والتملك يجب أن تتوافق فيه الإرادتين أي تطابق الإيجاب والقبول على أن يكون القبول في مجلس الإيجاب.

فيما اختلفت المذاهب الفقهية حول تملك الزوجة حق نفسها في إيقاع الطلاق، إذ يرى المذهب المالكي بأنه لا يمكن للزوجة في عقد الزواج أو عقد لاحق أن تشترط بأن يكون الطلاق بيدها إذ يعتبر هذا الشرط منافي ومناقض لعقد الزواج، ويستثنى من إشتراط التملك في العقد اشتراطها حق التصرف في مالها الخاص فقط، وهذا ما لا يطبق بالنسبة للتملك والتخيير في الطلاق،³ فيما يرى الحنفية بأنه يمكن للزوج أن ينقل حق توقيع الطلاق ليد زوجته كتملك، وفي نفس الوقت لم يفرق بين التوكيل والتفويض والتخيير إذ أن جميعها يعد تمليكا وسواء

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2017/04/05، ملف رقم 1195456، م.ق، ع1، 2017، ص.171.

² عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.328-333. محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص.730.

³ محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.139. الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق ص.6-7. الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص.59. الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص.271.

اشتراط ذلك في عقد الزواج أو عقد لاحق ولا يحق للزوج التراجع عنه،¹ ويرى الشافعية بأن التملك والتخير لا ينعقد بإيجاب من الزوج وحده وإنما يحتاج لقبول من الزوجة، وبالتالي للزوج أن يرجع عن إيجابه قبل صدور قبول من الزوجة،² أما الحنابلة فيعتبرون اشتراط المرأة تملك حق نفسها في الطلاق صحيحا ويقع متى تحقق الشرط الإتفاقي وأخل الزوج به، على أن يكون الإشتراط من الزوجة نفسها فهو صحيح على أن تشتطره المرأة فإذا تم من غيرها فهو باطل كأن يكون من أهلها فهو من الشروط الباطلة.³

وعلى خلاف المشرع الجزائري فقد أقر المشرع المغربي للزوجة حق نفسها إيقاع الطلاق عن طريق التملك بناءً على نص م 89 من مدونة الأسرة المغربية بقولها: "إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق كان لها أن تستعمله عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة، وذلك عملاً بأحكام المواد 79 و 80 من المدونة...".⁴

4- التخير:

للزوج أن يخير زوجته بين الفراق أو البقاء فإن اختارت الفراق وقع ثلاثاً، وإن فوض لها الطلاق تخيراً كأن يقول لها اختاري لنفسك،⁵ فالتفويض يشترك في ألفاظ واحدة: أمرك بيدك فهو تملك، إختاري فهو تخيير... الخ، يقول المالكية في هذا الخصوص "التفويض بالتمليك والتخير من قبيل التملك فهو لازم لارجوع فيه"،⁶ أما فيما يخص الرجوع عن التفويض قبل إيجاب الزوجة: فقد ذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز الرجوع عن تفويض الزوجة بالطلاق مطلقاً لأنه قد ملكها إياه، والقاعدة "من ملك غيره شيئاً لا يملك إبطاله" وفي رأي آخر أنه يجوز

¹ شمس الدين السرخسي، ج 6، المرجع السابق، ص 197. إذا قال أمرك بيدك وذكر الوقت فهو تخيير وإن لم يذكره فهو تملك ابن عابدين، المرجع السابق، ص 551-571. الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق ص 593-595.

² الشافعية له تفويض طلاقها إليها وهو تملك يشترط لوقوعه تطليقها على الفور، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني المرجع السابق، ص 377. التخير والتمليك فسخ وليس طلاق لدى الشافعية، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق ص 652-653. والتخير كناية في الطلاق لدى الشافعية أما لدى مالك فهو صريح، أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج 9، المرجع السابق، ص 144. مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق ص 131.

³ منصور بن يوسف بن إدريس الباهوتي، كشف القناع عن متن الأقناع، ج 4، المرجع السابق، ص 225. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج 4، ص 447. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص 155، 263.

⁴ موحى أسدي اعمار، المرجع السابق، ص 225-227.

⁵ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص 110-111.

⁶ الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، المرجع السابق، ج 2، كتاب التخير والتمليك، ص 271.

الرجوع في التفويض، أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أن للزوج الرجوع في التفويض قبل إيجاب الزوجة بأي لفظ كان سواء بالتوكيل أو التملك أو التخيير، ووافقهم الحنابلة في ذلك بينما وافقهم المالكية بشرط أن يكون التفويض للزوجة عن طريق التوكيل وليس التملك.¹

أما المشرع الجزائري فقد ذكر بمفهوم نص م48 من ق.أ بأن "الطلاق قد يتم بتراضي الزوجين"، ويفترض ذلك في حالات التفويض إذ أن الزوج متى فوض امرأته بالطلاق فهذا يعني أنه قد رضي به، فإن رضيت هي الأخرى به فقد أوقعته وهو رأي جمهور الفقهاء في المسألة، أما الطلاق على المال أو الخلع يكون في حق الزوجة في الطلاق، فيما نص المشرع المغربي في م44 صراحة وأكثر تفصيلا على أن: "الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له بذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي".²

الفرع الثاني: مبدأ الشككية في إنهاء الرابطة الزوجية

الأصل حرية الطلاق فالطلاق من الحقوق الإرادية التي لا يشترط فيها شكل قانوني معين وحيث أنه لا يخضع لأي قيد كان، غير أن لكل قاعدة استثناء إذ أن التصرف في هذا الحق ليس مطلقا وبالتالي فرض قيود على حرية الزوج في الطلاق، حيث يرى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية أن الطلاق يخضع لقيد لصحة وقوعه: هو أنه يجب أن يقع في زمن معين، وأنه يجب أن يقع أمام الشاهدين، وهو رأي جمهور الفقهاء.³ فالشككية في الطلاق: قد تكون بالكتابة الرسمية أو العرفية وهي المعروفة، أو قد تكون زمنا يجب أن يتم به العمل القانوني ومن ذلك الطلاق السني، وقد لا يكون العمل القانوني صحيحا إلا إذا تم أمام الشهود وهو ما يصطلح عليه بالإشهاد على الطلاق، ووفقا لذلك فإن الطلاق يكون من التصرفات الشككية التي لا تقع إلا باستيفاء شكل معين والمقرر له شرعا من خلال وقوعه في زمن معين أو أمام الشاهدين.

وبالتالي فإن من صور الشككية في الطلاق أن يشترط المشرع أن يقع العمل القانوني في زمن معين، حيث يرى بعض الفقه بأنه يجب لصحة وقوع الطلاق أن يكون حال طهر الزوجة وهو ما يسمى بالطلاق السني وخلافه الطلاق البدعي،⁴ وبالتالي أصبحت إرادة الزوج غير قادرة على ترتيب الأثر القانوني إلا بتحقيق ذلك

¹ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.378. أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج10، المرجع السابق، ص.83.

² مبروك المصري، المرجع السابق، ص.207.

³ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.265. محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص.723.

⁴ لدى الشافعية الطلاق البدعي محرم ولكنه واقعه ويلزم وقوعه، وسبب تحريمه ما يحدثه من إضرار بالزوجة إذ أنه يطول من أجل عدتها، مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص.120.

الشرط، وقد يقيد الطلاق بالبينة أو الإشهاد عليه: إذ يرى جانب من الفقه الآخر بأنه لصحة وقوع الطلاق يجب أن يكون أمام الشاهدين فالطلاق من التصرفات الشكلية التي يشترط فيها الإشهاد.¹ وهو ما يتضح من خلال قرارات المحكمة العليا المتعلقة بسماع دعوى إثبات الطلاق جاء فيها ما نصه: "لا يثبت الطلاق العرفي إلا بشهادة شهود حضروا المجلس الذي تم فيه الطلاق بألفاظ لا تقبل التأويل"،² فهل أن الإشهاد على الطلاق حينئذ يعد شرطاً للصحة أم وسيلة للإثبات؟ أو بصيغة أخرى هل يعد الحكم الصادر من القاضي بالطلاق شرطاً لصحة وقوعه وليس مجرد وسيلة للإثبات، إذا ما تم تلفظ الزوج بالطلاق خارج دائرة القضاء؟

أولاً: الإشهاد على الطلاق للحكم بصحته

لقد اتجه جمهور الفقهاء إلى أن للرجل الحق في ممارسة الطلاق كيفما شاء ووقتاً يشاء دون أن يخضع لقيود أو لشرط،³ وبالتالي فإنهم على خلاف الحنفية يرون بأن الإشهاد على الطلاق ليس شرطاً في وقوعه، بالرغم من أنهم يعتبرون تصرف الزوج صحيح ويقع قضاءً إلا أنه آثم ديانة وهو ما تم انتقاده،⁴ فكيف يعقل أن نقول بأن الزوج آثم بالرغم من أن الإثم لا يترتب إلا عن عمل غير مشروع، فهل ذلك راجع لقولهم بأن الطلاق الأصل فيه الحظر، وما موقف المشرع الجزائري من ذلك؟⁵

يظهر موقف المشرع الجزائري من ذلك من خلال استقراءنا لنص م52 من ق.أ التي جاء فيها ما نصه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق..."، يتبين أنه يرجح الرأي القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجة بدليل أنه فرض التعويض عن الطلاق التعسفي،⁶ كما أن القضاء الجزائري يؤكد بأن الطلاق يجب أن يقع أمام الشاهدين في مجلس الطلاق، أي أنهم يجب أن يكونوا قد سمعوا صيغة الطلاق حتى يتم إثباته، وإذا

¹ لدى الحنابلة الطلاق البدعي منهى عنه، منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج4، المرجع السابق، ص.211.

² المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2022/03/02، ملف رقم 1482026، م.ق، ع1، 2022، ص.47.

³ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.248.

⁴ هو رفع قيد النكاح بألفاظ مخصوصة لدى الحنفية، أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق، المرجع السابق ص.3. ابن عابدين، المرجع السابق، ص.425. لدى الشافعية: مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشرجي، المرجع السابق ص.113.

⁵ عمر زودة، المرجع السابق، ص.26.

⁶ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.59.

كان الطلاق من التصرفات الشكلية فإن الإشهاد هو الذي يشكل قيداً شكلياً له، بحيث لا يقع إلا باستيفاء الشكل المقرر شرعاً وقانوناً كأن يقع في زمن معين أو أمام الشاهدين، غير أن ذلك لا يعني عدم الرضائية تماماً حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: "يستوجب نقض القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة على شهادة الشهود دون تحديد الزمان والمكان الذي تم فيه الطلاق، كما لم تذكر أسماء من حضروا مجلس الطلاق لتأكيد صحته".¹

كما يظهر موقف المشرع الجزائري من الشكلية في الطلاق من خلال نص م49 من ق.أ. إذ يرى بأنه من التصرفات الشكلية وهو ما أشار إليه بعبارة "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."، إذ أن إرادة الزوج لا يترتب عنها الأثر القانوني إلا إذا كانت وفق الشكل المقرر قانوناً، فالمشرع بذلك قد أخذ بالشكلية في الطلاق إذ أنه لا يعترف بالطلاق الذي يقع خارج دائرة القضاء، ودليل ذلك أنه استعمل عبارة "لا يثبت" ولم يستعمل عبارة "لا ينشأ" أو "لا ينعقد" أو "لا يقع"، وبذلك فإن المشرع ينفي وقوع أي طلاق لم تسبقه محاولات الصلح وإنما يجب على الزوج أن يبدي إرادته بالطلاق أمام القاضي، وبالتالي فإن إرادته تكون مقيدة ويعد دور القاضي في هذه الحالة بمثابة إشهاد، غير أنه بعد الإنتهاء من مرحلة الصلح يصبح للزوج الإرادة الحرة في الطلاق دون ذكر الأسباب لذلك، ويقتصر دور القاضي حينها في تلقي الإرادة وتوثيقها حتى أن الزوجة لا يمكنها الاعتراض عن ذلك، وإنما تصبح خاضعة لذلك الأثر القانوني المترتب عن استعمال الزوج لحقه الإرادي.

وبالتالي فقد أخذ المشرع الجزائري بالإشهاد على الطلاق كشرط لصحة وقوعه، ولم يخرج عما قرره المذاهب الفقهية في هذا الشأن، من أن الطلاق الذي يقع بغير حضور شاهدين عدلين فهو باطل ولا أثر له غير أنه يجب التمييز في هذا الصدد بين اكتساب الحق والتصرف فيه إذ أن الزوج يكتسب الحق في الطلاق بإرادته بموجب عقد زواج صحيح بناءً على العصمة التي بيده، إذ أن الحق في الطلاق هو الأثر الذي يرتبه الشارع على عقد زواج صحيح، بينما التصرف في ذلك الحق هو الذي يكون مقيداً بأن يقع أمام الجهة القضائية، فإذا عبر الزوج عن إرادته في الطلاق وفقاً للشكل المقرر قانوناً، فإنه يترتب على ذلك استنفاده لحقه المقرر له شرعاً ويؤدي لانقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج.²

كما أخذ المشرع المغربي بالإشهاد على الطلاق عملاً برأي الشافعية في المسألة، حيث يرون بأن الإشهاد يعد شرطاً لصحة الطلاق من خلال نصوص المواد 79 و80 من مدونة الأسرة، فالطلاق حسب مستجدات

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، دون تاريخ، ملف رقم 38105، م.ق، ع1، 1989، ص.98.

² عمر زودة، المرجع السابق، ص.31-33.

المدونة يعتبر تصرفاً شكلياً والتلفظ به أو بالكتابة لا يكفي لتوقيعه، ولا يعتد به حتى وإن تلفظ به الزوج مئة مرة وهو ما أشارت إليه م79 من المدونة، بقولها: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى العدلين".

ثانياً: تثبيت الطلاق بحكم قضائي

في هذه النقطة نعالج الشكليات كوسيلة للإثبات وذلك عن طريق التوثيق، حيث لا يعد توثيق الطلاق إشهاداً بل هو إجراء شكلي ليس له الأثر الموضوعي على حق الزوج في إيقاع الطلاق، كما أنه ليس له الأثر على واقعة الطلاق بحد ذاتها إذ أن هذا الأخير يقع من يوم تلفظ الزوج به وهو رأي جمهور الفقهاء.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري عندما استعمل من خلال نص م49 من ق.أ كلمة "يثبت" وليس "يقع" فإن حكم القاضي في هذه الحالة يكمن في إصدار حكم بالطلاق ليس لإيقاعه، وإنما الغاية منه هو الإثبات وكما نعلم بأن الطلاق الذي يقع أمام القاضي يعد طلاقاً بائناً، فهل معنى ذلك أن المشرع الجزائري لا يعترف إلا بالطلاق الذي يقع أمام القاضي، وهل أن ممارسة الزوج لحقه في الطلاق طبقاً للشكل المقرر قانوناً يعد طلاقاً رجعياً أم طلاقاً بائناً؟

الرأي المستقر عليه شرعاً هو أن الطلاق الذي يوقعه الزوج بناءً على إرادته المنفردة يقع دائماً رجعياً ما لم يكن مكماً للثلاث، وبالرغم من أن الزوج أصبح لا يمكنه التصرف في حقه إلا بعد استيفاء الشكل المقرر له قانوناً وهذا الشكل هو الكتابة الرسمية، فإن طبيعة الطلاق الذي يملكه الزوج لا يتغير ويظل طلاقاً رجعياً كأصل عام ما لم يكن مكماً للثلاث كما قلنا حتى وإن مارسه وفق الشكل القانوني، فيما يكون الطلاق بناءً على طلب من الزوجة في جميع الأحوال بائناً.

نص المشرع الأردني في م101 من قانون الأحوال الشخصية أن القانون يشترط على المطلق أن يسجل طلاقه أمام القاضي، فإذا لم يطلق أمامه وأوقع الطلاق خارج المحكمة وجب عليه أن يثبت هذا الطلاق أمام المحكمة في أجل 15 يوماً من تاريخ النطق به، وإلا تعرض للعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات.¹

المطلب الثاني: مجلس الإيجاب والقبول في الطلاق

قلنا فيما سبق بأنه تطبق على الطلاق كتصرف بالإرادة المنفردة التي تنشأ الإلتزام جميع الأحكام الخاصة بالعقد من أهلية وعيوب الإرادة والحل والسبب والتفسير والعلم بالإرادة، عدا ما تعلق منها بتوافق الإرادتين من

¹ محمد سمارة، المرجع السابق، ص.304.

خيار المجلس والإتفاق على المسائل الجوهرية والإتفاق الإبتدائي إلى غير ذلك من المسائل المشتركة، وعندما نتحدث عن خيار المجلس أو اتحاد المجلس فإننا نقصد الطلاق بالتراضي، بحيث يصدر إيجاب من الزوج وقبول من الزوجة أو العكس غير أنه يلزم الفورية في مجلس الإيجاب والعلم بالطلاق، بينما الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فهو تصرف إنفرادي لا يتوقف وقوعه على قبول من الزوجة وليس عقدا يحتاج لرضا وقبول، إذ أن الطلاق يقع سواء وافقت عليه المرأة أو رفضته، كما أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة لا يتوقف على رضا الزوج.

الفرع الأول: الإرادة الظاهرة والباطنة في حالات اللفظ مع النية في الطلاق

أولاً: إذا اجتمعت الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة في الطلاق فبأي الإرادتين نأخذ؟

الأصل في النية أن توافق اللفظ الصريح وبالنسبة للطلاق فإن "صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية"، فإذا انفرد بأحدهما دون الآخر كأن تنفرد النية عن اللفظ فإن الطلاق يقع بذلك ديانة، حيث يرى المالكية بأن الطلاق في هذه الحالة لا يلزم بالنية حتى يتلفظ به أما إذا انفرد اللفظ دون النية فإن الطلاق لا يقع، وبالتالي فإن الطلاق إن كان بلفظ ونية لزم أما إذا انفرد بأحدهما فلا يقع مطلقاً، أما إذا عارض اللفظ نية صاحبه قدم حينئذ القصد على اللفظ أما إذا لم ينطق بالطلاق ولم تتجه الإرادة إليه فلا يكون معتبراً لعدم توافر أركانه.¹

لا نجد في قانون الأسرة الجزائري مادة نصت على اللفظ في الطلاق وكان على المشرع الإشارة لذلك من خلال نصوصه فكما نشأ الزواج بألفاظ مخصوصة فإنه بما ينتهي كذلك، فيما نجد المشرع المصري قد نص من خلال م04 على أنه: "الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بنية"،² وهو رأي كل من المالكية والشافعية في هذه المسألة.³

1- العلم بحصول اللفظ وفهم معناه:

يجب العلم باللفظ لضمان حصوله قطعاً أو ظناً وسواء كان صريحاً أو ضمنياً، إذ أن النية وحدها دون التعبير الخارجي عنها لا يقع بها الطلاق لا ديانة ولا قضاءً غير أنه يمكن أن تكون شرطاً في وقوع الطلاق، فإذا

¹ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 116-117.

² المرسوم رقم 25 لسنة 1929، المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

³ الغرياني الصادق عبد الرحمان، ألفاظ الطلاق، ج2، المرجع السابق، ص. 681. أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، ج3، المرجع السابق، ص. 145.

نوى الرجل التلفظ بالطلاق ثم لم يتلفظ به فإنه لا يقع باتفاق جمهور الفقهاء، لأن اللفظ لا يتحقق بالنية وإنما بالتعبير عنه بطرق محددة.¹

2- الطلاق الصوري والمخالعة الصورية:

الطلاق الصوري هو الطلاق الذي يوقعه بعض الأزواج على الورق فقط فيما يواصلان العيش مع بعضهما تحت سقف واحد، وقد ينبجان أطفالاً وهما على هذه الحالة ويكون ذلك تحقيقاً لمصالحهم الشخصية، كالزواج بمرأة ثانية إذا لم تقبل بذلك الزوجة الأولى، أو في دولة لا تجيز التعدد، أو تحصيل بعض المصالح الشخصية التي تتنافى مع النصوص القانونية كالظفر بمنحة أو سكن، وبالتالي يقع الطلاق في هذه الحالة ديانة وقضاءً ولا عبرة للصورية في ذلك.

كما أن هناك الصورية في المخالعة:² وهي خلاف الطلاق الجسماني: أو كما يسمى بالإنفصال الجسماني في القوانين الغربية، مع أن الطلاق العاطفي أو الصوري أكثر خطورة من الطلاق الفعلي لا من ناحية النمو النفسي للأطفال وكذا من ناحية الصحة النفسية للأزواج، حيث تصبح بموجبه مؤسسة الزواج إطار قانوني خال من أي معنى، وهو علاقة مدمرة ما لم يتم توفير الشروط الموضوعية ومنح الخيار للأطراف من اتخاذ قرار الانفصال وتحقيق الطلاق الشرعي والفعلي.

قد تكون هذه العلاقة قائمة كما قلنا بناءً على الصورية وتحايل الطرفين على القانون، كما قد تكون لها أسباب دينية أو ثقافية أو اجتماعية أو حتى اقتصادية، فيما تكون هناك في المقابل عوامل خارجية تؤدي للإستقرار الصوري، تتمثل في صون الأطفال من الشتات وضغط الأهل والمجتمع، كما قد يساهم في ذلك الوضع المادي لأحد الطرفين لكن ذلك يؤثر بشكل عكسي، إذ أن الأطفال اللذين يسعون لصونهم قد يؤدي الطلاق العاطفي لتدميرهم أكثر وهو ما يؤثر عكساً على الأسرة والمجتمع ككل.³

¹ تم اتفاق جمهور الفقهاء مع بعض التفصيل، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 286.

² أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 122.

³ الطلاق العاطفي أو النفسي: وخلافه التوافق الزوجي أي حين يسعى كل من الطرفين لإشباع حاجيات الطرف الآخر، يتخذ الطلاق العاطفي في علم النفس مسميات عديدة: (التصدع الخفي، التباعد النفسي، الطلاق الصامت، أو الطلاق غير الرسمي). ويتم في حالة غياب الحميمية بين الزوجين وفقدان المودة والرحمة والسكينة والألفة وبرود المشاعر والعواطف، هذا من الناحية البيولوجية أما من الناحية الاجتماعية فهو يتحقق بغياب التواصل الزوجي ولغة الحوار، مما يجعل كل طرف مستقل بذاته بالرغم من أنهما يتواجدان تحت سقف واحد مما يؤدي لاختلال التوازن في العلاقة الزوجية، فرحات بن ناصر، واقع ظاهرة الطلاق في

ثانيا: الطلاق الثلاث في مجلس واحد

لا يقصد في هذا الصدد بالتتابع في الطلاق أو التعدد في الألفاظ المؤدية إليه، فالأصل أن الزوج يملك على زوجته ثلاث طلاقات متفرقات في ثلاث مجالس وأن الطلاقات المجتمعات في مجلس واحد إنما هما طلقة واحدة، حيث جاء رجل طلق زوجته ثلاثا في مجلس واحد لرسول الله ﷺ يسأله فقال عليه الصلاة والسلام: "فإنما تلك واحدة فارجعها إن شئت"،¹ فالطلاق الثلاث لا يكون في مجلس واحد وإنما يقع واحدة ثم يراجع زوجته ثم يطلقها ثم يراجع فيطلق فالحرمة،² فيما اختلف الفقهاء حول الطلاق الثلاث إن كان مكتملا للثلاث أو مقترضا بالثلاث لفظا أو إشارة أو مكررا ثلاث مرات في مجلس واحد أو مجالس متعددة يقع طلقة واحدة.³ بينما خالفهم فقهاء الحنفية في ذلك حيث اعتبروا الطلاق الثلاث طلاقا بدعيا وهو لا يقع مطلقا.⁴

أما المجلس في التفويض فقد إتفق جمهور الفقهاء على أن التفويض إذا كان مقيدا بزمن فإنه يتحدد بذلك الزمن مهما كانت وسيلة التعبير عنه ولا يتحدد بالمجلس،⁵ أما إذا كان مطلقا دون زمن فقد ذهب كل من الحنفية والشافعية،⁶ والراجح من قول مالك بأن الإجابة يجب أن تتم على الفور في مجلس الإيجاب، إن كانت المرأة حاضرة أو في مجلس العلم إن كانت المرأة غائبة، أما الحنابلة فقالوا بأنها لا تملك خيار المجلس في هذا الشأن.⁷

= المجتمع الجزائري من منظور نفسي إجتماعي، وقائع أعمال الملتقى الوطني حول الإشكالات القانونية والقضائية لأحكام قانون الأسرة وسبل حلها، مذكور سابقا، ص. 200-203.

¹ رواه أحمد بن حنبل بإسناده عن ابن عباس، المسند، الحديث رقم 2387، تحقيق الشيخ شعيب الأرنؤوط، ج4، ط2 مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1950. ص. 215.

² مبروك المصري، المرجع السابق، ص. 221.

³ محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص. 724.

⁴ كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج3، المرجع السابق، ص. 449. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 7.

⁵ جمهور الفقهاء بخلاف الحنفية الذين يعتبرون الطلاق مصدر يحتل الثلاث، ابن عابدين، المرجع السابق، ص. 506.

⁶ مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص. 128.

⁷ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص. 221.

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة في الطلاق

يعرف الحنفية الطلاق بأنه: "رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص"¹، فيما عرفه جمهور الفقهاء بأنه: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"، دون الإشارة فيما إذا وقع في الحال أو المآل.² ومن خلال ذلك يمكن تعريف الطلاق بأنه: إنهاء الرابطة الزوجية في الحال "أي الطلاق البائن" أو المآل "أي الطلاق الرجعي"، بكل لفظ مخصوص مشتق من مادة الطلاق أو فيما معناه صراحة أو بالدلالة، وسواء كان منطوقاً أو مكتوباً أو بالإشارة، كما أن للرجعة نفس أحكام الطلاق إذ أنها هي الأخرى لا تصح إلا منجزة بالقول أو الفعل، أو ما يقوم مقامهما من كتابة أو إشارة من العاجز عن النطق، كالأخرس باللفظ الصريح الدال عليها كأن يقول الزوج راجعت زوجتي أو أمسكتها عندي أو رددتها لبيتها، وسواء نوى بها ذلك أو لم ينو. أما إذا كان اللفظ كناية عن الرجعة فإن جمهور الفقهاء من مالكية³ وحنفية⁴ وشافعية⁵ يرون بأن لفظ المراجعة مع النية تصح، أما لدى الحنابلة والظاهرية فإن المراجعة بالكناية لا تصح ولو نوى ذلك، والرجعة نوعان: رجعة من طلاق رجعي ورجعة من طلاق بائن بينونة صغرى وقت العدة.⁶

أولاً: الطلاق الصريح والضمي

1- الطلاق الصريح:

وهو اللفظ الدال على معنى الطلاق لغة أو عرفاً دونما النظر للنية، وقد ذكر الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم معاني للطلاق من بينها الفراق والسراح، يفرق في هذه المسألة المالكية بين الطلاق الصريح والكناية في الحكم، فالصريح يتعلق بلفظه أي لا ينظر فيه لنية المطلق "فالتلفظ بصريح الطلاق لا يحتاج إلى نية"، فيما يرى البعض الآخر من الفقهاء اشتراط النية حتى في حالة التلفظ الصريح بالطلاق.

¹ ابن عابدين، المرجع السابق، ص. 425.

² عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، غزة، 2004، ص. 17.

³ محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص. 117. الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص. 232. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص. 398.

⁴ ابن عابدين، المرجع السابق، ص. 426. الطلاق يقع في الحال: أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج 5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 105. الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج 4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 387.

⁵ رأي الشافعية وهو الراجح أن الطلاق الرجعي لا يرفع عقدة النكاح وإنما ينقص عدد الطلقات، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 249.

⁶ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 321.

2- الطلاق الضمني أو بالكناية:

وهو ما يحتمل فيه الطلاق، يقسم المالكية الطلاق بالكناية لاعتبارها ظاهرة أو خفية، فإن كانت ظاهرة أي لم تأتي بلفظ الطلاق وإنما جاءت بما معناه كأن يقول أنت حرام، أو لا نكاح بيني وبينك، أو لا عصمة لي عليك... إلخ، إذ أنها ألفاظ توقع الطلاق بالتالي يعد طلاقاً ما لم توجد قرينة تثبت عكس ذلك، أما إذا كانت خفية أي أنها تتوقف على نية من صدرت منه، وهي ألفاظ متفق عليها عرفاً بأنها تستعمل لغير إيقاع الطلاق كأن يقول الزوج لزوجته اذهبي إلى أهلك، أو اخرجي من بيتي، أو أن يقول أنت حرة أو ليس لي امرأة، وفي هذه الحالة يتم الرجوع لنية الزوج فإن نوى بها طلاقاً وقع لدى المالكية، أما عند جمهور الفقهاء فهي ليست كذلك حتى وإن نوى بها طلاقاً إذ أنها لا تدل أبداً على معنى للطلاق.¹

يرى كل من الحنفية² والحنابلة³ بأن الطلاق يقع بالكناية مادام أنه قد نوى ذلك أو وجدت قرينة تثبت ذلك، أما المالكية⁴ والشافعية⁵ يرون بأن الطلاق لا يقع بالكناية، إلا إذا كانت هناك نية في إيقاع الطلاق ولا

¹ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 35-36.

² كأصل عام لدى جمهور الفقهاء الطلاق لا يقع بالأفعال، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 257. فالطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية لدى الحنفية، ابن عابدين، المرجع السابق، ص. 461. كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 8. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 33. الكناية يقع بها الطلاق بلا نية دلالة على الحال ابن عابدين، المرجع السابق، ص. 526-530. كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 3. الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج4، كتاب الطلاق المرجع السابق، ص. 230.

³ لدى الحنابلة الطلاق الصريح إذا أتى به وقع نواه أو لم ينوه، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الكافي، المرجع السابق، ج4، ص. 440. أما طالق الكناية لا يقع بغير لفظ مطلقاً، منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي كشاف القناع عن متن الأقناع، ج4، المرجع السابق، ص. 216، 224. إذ أنه لا يقع الطلاق بمجرد النية، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص. 439.

⁴ المالكية: لا يقع طلاق الكناية إلا إذا نوى ذلك، الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص. 45. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص. 379.

⁵ الشافعية: يحتاج لنية حتى يقع، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص. 373، 430. أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج10، المرجع السابق، ص. 88، 93. مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص. 118.

يأخذ بالقرائن في هذه الحالة، أما الظاهرية فيرون بأن الطلاق بالكناية لا يقع مطلقاً، حتى وإن نوى ذلك وحتى وإن وجدت قرائن تدل عليه وإنما الطلاق عندهم يكون بصريح اللفظ فقط.¹

ثانياً: طرق التعبير عن الإرادة في الطلاق

1- التعبير عن الإرادة في الطلاق باللفظ:

الطلاق من الإطلاق وعكسه الإمساك وقد ذكر في كتاب الله بعدة معان: (الطلاق، التسريح، الفراق... الخ)، ويكون الطلاق بكل لفظ خاص يفيد ذلك صراحة أو كتابة أو بالإشارة، والأصل في اللفظ أنه وضع لمعنى معين عام، وقد يخصص بالعرف فاللفظ العام للطلاق: هو كل لفظ يصلح في إيقاع الطلاق ولا يقع الطلاق إلا بلفظ أو ما يقوم مقامه كالكتابة أو الإشارة.

أما العرف القولي: قد يصبح فيه اللفظ صالحاً لإيقاع الطلاق بتخصيص العرف، إذ أنه مع مرور الأعوام والأزمان يغلب إطلاق لفظ واستعماله في معنى قد تم التعارف عليه حتى يغدوا هو المعنى المعتمد، أو ما يسمى "بالحقيقة العرفية" حتى وإن كان غير متوافق مع المعنى اللغوي فهو الراجح في حالة التعارض، كما أن العرف يأتي بعد النية في تخصيص اللفظ أو تعميمه فيحتكم إلى العرف عند غياب النية والألفاظ، والتصرفات التي تصدر من الناس ليست مقصودة لذاتها بل باعتبارها وسيلة للتعبير عن تلك المقاصد والنية، وإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم.²

يقول ابن القيم: "إن القصد روح العقد ومصححه أو مبطله، فاعتبار المقصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها"³ والأصل تصديق المطلق في نيته فإذا تم لفظ الطلاق ولم يكن ينوي الرجل ذلك فإنه لا يقع الطلاق إلا إذا وجدت قرينة تدل عليه، والإستثناء أن الطلاق تصرف قولي إذ أنه يقع بمجرد التلفظ به باللفظ الصريح أو ما يقوم مقامه دون حاجة لنية، أما إذا كان اللفظ من الكنايات فإنه يجب أن يقع مصحوباً بنية، وليس للمطلق الرجوع عن طلاقه لأي سبب كان حتى وإن كان هازلاً إلا إذا أصابه عارض في أهليته.⁴

¹ مبروك المصري، المرجع السابق، ص. 117.

² أحمد ذيب، المرجع السابق، ص 135 - 137.

³ ابن القيم، أعلام الموقعين، ج 3، ص. 78. أشار إليه: أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 136.

⁴ محمد سمارة، المرجع السابق، ص. 303.

2- التعبير عن الإرادة في الطلاق بالكتابة:

الأصل أن الكتابة من الكنايات في الطلاق ولو كان الرجل صريحا في إيقاعه فإذا حصل بغير نية كأن يقصد به التأديب فإن الطلاق لا يقع، يقول ابن القيم: "من عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده والألفاظ لم تقصد لدوائها وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان أخذ بمقتضاه سواء كان إشارة أو كتابة أو بالإيماء... الخ"¹، وبالتالي فإن الطلاق بالكتابة يقع متى نوى ذلك الزوج وكان حاضرا غير قادر على النطق أو أن يكون غائبا.

قاعدة "الكتاب كالخطاب" في الطلاق: فالأصل في الطلاق أن لا يقع إلا بلفظه لكن لكل قاعدة إستثناء فإذا ارتبطت الكتابة مع النية وقع الطلاق من غير التلفظ بها فتنزل الكتابة حينها منزلة اللفظ، وشروط إعمال هذه القاعدة أن تكون الكتابة مستبينة وواضحة وظاهرة وأن تكون مرسومة أي كتابة معتادة ومعروفة، وأخيرا أن يكون الكاتب غائبا وليس حاضر مجلس الطلاق إلا إذا كان عاجزا عن التلفظ.

يرى جمهور الفقهاء بأن الطلاق يقع بالكتابة إذا كانت مستبينة وتعني أن تكتب على شيء ظاهر وليس خفي لا يمكن كتابتها مثلا على ماء أو الهواء، فيما يرون بأن الطلاق يقع بالكتابة أو النطق بغض النظر عن قدرته أو عجزه عن النطق، غير أنهم اشترطوا لذلك أن تكون الكتابة مستبينة، في حين ذهب البعض الآخر إلى عدم وقوع الطلاق بالكتابة مطلقا.²

3- التعبير عن الإرادة في الطلاق بالإشارة:

قاعدة "الإشارة المفهومة كالعبارة في الطلاق": إذ أن التعبير عن الطلاق يكون بوسيلة بديلة عن اللفظ يقع بها بشرط أن تلازمها النية ويتساوى في ذلك الأخرس والسليم،³ فقد يكون الطلاق بالإشارة للقادر على الكلام وفي هذه الحالة يرى المالكية بأن إشارة القادر على الكلام معتبرة ويصح الطلاق بها ولكن ينقصها النية فهي كالكنائية،⁴ والإشارة في الطلاق تقوم مقام العبارة إذا كانت مفهومة ومعهودة وهي بالتالي تنزل منزلة الكلام

¹ ابن القيم، أعلام الموقعين، ج1، ص.218. أشار إليه: أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.127.

² الطلاق بالكتابة لدى الحنفية أن تكون مرسومة مستبينة، ابن عابدين، المرجع السابق، ص.455. الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب لدى الحنفية، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.240.

³ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.131.

⁴ لدى المالكية إشارة القادر على الكلام معتبرة ويصح بها الطلاق "الإشارة تكون مقبولة"، فالإشارة المفهومة لدى مالك والدالة على الطلاق تقوم مقام اللفظ من الأخرس ومن السليم، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.259.

وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بخلاف الحنفية،¹ ويقول في ذلك العيني: "الإشارة التي يفهم منها أمر من الأمور كالنطق باللسان"،² وهي أن تكون الإشارة من الأخرس معهودة ومفهومة الدلالة وذهب المالكية إلى أن الإشارة تكون مقبولة حتى من غير الأخرس، فيما يرى كل من الحنفية والشافعية بأن الإشارة تقوم مقام اللفظ إذا كان الأخرس لا يجيد الكتابة مطلقاً، كون أن الكتابة أولى من الإشارة وهو الرأي الراجح في هذه الحالة.³

لا نجد في قانون الأسرة الجزائري نص صريح يتضمن الطرق التي يتم من خلالها التعبير عن الإرادة في إيقاع الطلاق، ومع ذلك فقد ورد قرار للمحكمة العليا أشار إلى أنه: "لا يمكن إضفاء وصف التراضي على الحكم بالطلاق الذي يكون أحد طرفيه مصاباً بعاهة الصم والبكم، ولم يعين له كمساعد قضائي يسمح بالتأكد من إرادته أثناء محاولة الصلح"،⁴ وهو ما نصت عليه م80 من ق.م بقولها: "إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، أي اشتركت فيه عاهتين وتعدر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته..."، وبالتالي ولرفع الغموض والتعقيم عن النصوص القانونية كان لا بد من التفصيل في كيفية إيقاع الطلاق، وحذا لو يكون ذلك أمام المراكز الإسلامية المختصة بذلك.⁵

فيما كان التشريع المغربي أكثر وضوحاً وتفصيلاً بحيث صرح بموجب م74 من مدونة الأسرة على أنه: "يقع التعبير عن الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابة، ويقع عن العاجز عنهما بإشارته الدالة على قصده"، كما جاء في قانون الأحوال الشخصية بأن الطلاق لا يقع بالكتابة إلا للعاجز عن التلفظ بها، كما أنه لا يقع بالإشارة إلا من العاجز عن التلفظ والكتابة، وهو بالتالي إتجاه يعتد بالدلالة الأقوى بدلاً من تقسيم الإشارة إلى مفهومة وغير مفهومة.⁶

¹ يرى جمهور الفقهاء: الإشارة لا تقوم مقام اللفظ، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 257. بخلاف الحنفية "الإشارة تنزل منزلة الكلام" يقع طلاق الأخرس بالإشارة، كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج3، المرجع السابق، ص. 474. شمس الدين السرخسي، ج6، المرجع السابق، ص. 143.

² العيني، عمدة القاري، ج20، ص. 285. أشار إليه: أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 134.

³ الحنفية والشافعية: الإشارة تقوم مقام اللفظ إذا كان لا يجيد الكتابة وهو الراجح "الكتابة أولى من الإشارة"، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص. 375. الكتابة كالعبرة في الطلاق، أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج10، المرجع السابق، ص. 105.

⁴ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2020/01/08، ملف رقم 1412750، م.ق، ع1، 2020، ص. 74.

⁵ مبروك المصري، المرجع السابق، ص. 120.

⁶ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 123.

وبالتالي يجب على المشرع الجزائري العمل على إعادة صياغة نص م48 على النحو التالي: "الطلاق هو إنهاء عقد الزواج بكل لفظ يفيد معنى الطلاق لغة أو عرفاً، يتم إما بالإرادة المنفردة للزوج أو بتوافق الإرادتين أو بالإرادة المنفردة للزوجة مع مراعاة ما ورد في المادتين 53 و54 من نفس القانون".

4- التعبير عن الإرادة في الطلاق بوسائل الإتصالات الحديثة:

الطلاق بالوسائل الإلكترونية يأخذ حكم الطلاق بالكتابة إذ أنه يقع إذا كان مرتبطاً مع النية لأنه من الكنايات، جاء في قرار المجمع الفقهي بجدة بأنه يجوز إجراء عقود الزواج وفسخها بوسائل الإتصالات الحديثة وهو بمثابة تعاقد بين غائبين في مجلس واحد، وفي هذه الحالة يفسخ العقد وقت وصول لفظ الطلاق لعلم الزوجة وإذا كان فسخ العقد بين طرفين في وقت واحد لكن في مكانين مختلفين، فإن الفسخ يعتبر قد تم بين حاضرين وصورته الطلاق العربي إذ يعد هذا الأخير من الكنايات وهو بخلاف الزواج فقد تمت إجازته.¹

وبالرغم من أن مالك قد عُرف بالاحتياط إلا أنه هو الآخر يميزه، أخذاً بالقاعدة التي قال بها الإمام القرافي: "الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الحلال ما لا يحتاط في الخروج من الحلال إلى الحرمة"،² فالحلال أو الإباحة المقصود بها "النكاح" فالأصل في النساء التحريم حتى يعقد عليهن، والحرمة هي "الطلاق" لأن التحريم يعتمد المفسد فيتعين الإحتياط له، فلا يقدم على محل فيه مفسدة إلا لسبب جدي يدل على زوال تلك المفسدة أو يعارضها، أما الطلاق فهو خروج من الحلال إلى الحرمة فيكفي فيه أدنى سبب وبجميع الألفاظ حتى الكنايات أما النكاح لم يجز بأي لفظ بل بما فيه قرب من معنى النكاح لأنه خروج من الحرمة إلى الحلال.³

المبحث الثاني : إرادة الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية

بما أن الرابطة الزوجية يتم إنشاؤها بإتفاق إرادة الزوجين فإنه من المفترض أن يتم فكها بنفس هاتين الإرادتين كقاعدة عامة، غير أن الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية قد وضعتا العصمة بيد الزوج لانفراده في إيقاع الطلاق واعتبرت ذلك هو الأصل، وبالتالي فإن مبدأ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يعد الأصل العام لحل الرابطة الزوجية، إذ أن التعبير عن الحقيقة الشرعية للطلاق يكون تكريساً للقاعدة الشرعية "العصمة بيد الزوج في إيقاع الطلاق".

¹ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.130.

² مصطفى بوزغيب، نظرية الإحتياط الفقهي عند الإمام مالك، المجلد1، جامع الكتب الإسلامية، المملكة المغربية، 2019 ص.86.

³ الإمام القرافي، الفروق، ج1، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2003، ص.254.

ومع ذلك يمكن القول بأن هناك ترابط بين هاتين الحالتين كون الطلاق بالتراضي إنما يكون نتيجة عن إيقاع الزوج للطلاق، ومن ثم توافقه الزوجة على هذا القرار لما يحققه من مصلحة لكليهما وحفاظا على العلاقات العائلية، ويكون ذلك بطريقة ودية قبل اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم في الموضوع، وهو لا يثير إشكالات كثيرة إذ أنه نادرا ما نقول بأن الطلاق بالإرادة المنفردة يقابله رفض من طرف الزوجة، غير أن الإشكال يكمن في آثار ذلك الطلاق ومدى الإعتراف به من الناحية القانونية والقضائية؟ (المطلب الأول)

كما أن إشكالية آثار الطلاق تكمن كذلك من خلال إنهاء الزواج من طرف الزوج أو الزوجة (عن طريق الطلاق، أو التطلق، أو الخلع... إلخ) أهو طلاق أم فسخ، حتى يتم احتساب عدد الطلاقات واحتساب العدة، إذ أن المالكية يفرقون بين ما إذا كانت الفرقة من زواج صحيح وكان سببها لا يستوجب حرمة مؤبدة فهي طلاق، وأما إن كانت فرقة ناتجة عن زواج فاسد فإنه يعد فسخا،¹

وبالتالي فإن الفرقة التي تعد طلاقا لدى المالكية هي الفرقة بسبب الخلع أو العيب في أحدهما أو إعسار الزوج لعدم الإنفاق والتفريق للضرر أو بسبب الإيلاء أو عدم الكفاءة، أما الفرقة التي تعد فسخا فهي الفرقة بسبب اللعان أو بسبب فساد الزواج أو بسبب ردّة أحد الزوجين، وفيه يتم بيان ما إذا كان التطلق هو الآخر طلاق أم فسخ، والخلع أهو طلاق أم فسخ،² وتفريق القاضي طلاق أم فسخ بناءً على الحالات التي يكون فيها التفريق طلاقا، والحالات التي يكون فيها التفريق فسخا، أما الحنفية فيرون بأن أي فرقة تتم من طرف الزوج فهي طلاق وأي فرقة تتم من طرف الزوجة فهي فسخ.³ (المطلب الثاني)

المطلب الأول: إنهاء الرابطة الزوجية بتوافق الإرادتين

إذا كان إبرام عقد الزواج من حيث الأصل متوقف على إرادة طرفيه وقبولهما لهذا العقد وما يترتب عليه من آثار، فإن من الأرجح إنحائه بتوافق نفس هاتين الإرادتين فالعقد وليد إرادتين فلا تحله إرادة واحدة،⁴ سواء بطلب من أحدهما وموافقة من الآخر أو بناءً على إرادتهما المشتركة أي بطلب مشترك لدى المحكمة في عريضة واحدة، وفق مبدأ التوافق الإرادي لوضع حد نهائي للرابطة الزوجية، تطبيقا عاما للالتزام بالشروط التعاقدية

¹ الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، المرجع السابق، ج2، ص.119.

² أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، ج3، المرجع السابق، ص.138.

³ كل فرقة من المرأة فهي فسخ لدى الحنفية، ابن عابدين، المرجع السابق، ص.548. وكل فرقة من الرجل فهي طلاق، ابن عابدين المرجع نفسه، ص.550.

⁴ الفاخوري إدريس، دور الإرادة في إبرام عقود الزواج، المرجع السابق، ص.23.

وتطبيقا للقاعدة العامة في القانون المدني التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، بحيث لا يمكن البحث في التزامات الأطراف وتعديلها "فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين"، فكنتيجة حتمية لإبرام عقد الزواج تترتب لدينا حقوق والتزامات تقع على عاتق الزوجين، فإذا أخلت الزوجة بالتزاماتها يمكن للزوج أن يطلقها أما إذا أخل الزوج بالتزاماته يمكن للزوجة طلب التطلاق إذا وجدت أسبابه، نصت م6 من ق.أ لسنة 1959¹ على أن الزواج لا ينحل إلا بقرار قضائي عدا حالة الوفاة، ويجب أن يصدر قرار انحلال الزواج بناءً على طلب يقدمه أحد الزوجين للقاضي المختص.²

فإذا كان عقد الزواج من العقود الرضائية التي تتم بتطابق إرادة الزوجين حتى يقوم العقد صحيحا ولا يمكن أن يتم بإرادة واحدة دون إرادة أخرى، فهل أن إنشاؤه يجب أن يتم بتوافق هاتين الإرادتين أم أنه يمكن إنشاؤه فقط بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين؟ يتم من خلال هذا المطلب كذلك التطرق للخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية بتراضي الطرفين، فيما تكمن هذه الرضائية هل في إيقاع الطلاق والموافقة عليه أم أن الإرادة المشتركة تقتصر في الإتفاق حول بدل الخلع فقط؟

الفرع الأول: الطلاق بالتراضي أو الإتفاقي

بما أن الزواج عقد إرادي يتم إنشاؤه وفق توافق الإيجاب والقبول والرضا التام بما يترتب عليه من آثار، فإن المشرع سمح للزوجين أن يتفقا على إنهاءه بالطريقة التي يريانها مناسبة، على أن تكون شرعية ووفق ما يمليه القانون وبالتالي تقييد إرادة الزوجين في إيقاع هذا الطلاق الإتفاقي.

لقد تم استحداث الطلاق الرضائي من الناحية القانونية إذ لا نجد له أساس في الشريعة الإسلامية، والذي تكون إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث أثر قانوني متمثل في الطلاق، يتم من خلاله الإتفاق بين الزوجين على الطلاق وما يترتب عنه من آثار مالية وغير مالية وما يقابلها من تنازلات متبادلة بين الزوجين، وأن دور القاضي في هذه الحالة كاشف للطلاق وليس منشئ له في حكم يعد إشهاداً على الطلاق، ويقتصر على تدوين

¹ Ordonnance n° 59- 274, du 04/02/1959, n°35, relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, journal officiel de la republique Française, n°20, 11/02/1959 Légifrance, p.1860.

² الأمر الفرنسي رقم 59- 274، المؤرخ في 04/02/1959، ج.ر. الصادرة في 11/02/1959، المتضمن أحكام الزواج والطلاق في الجزائر.

العناصر التي تم الإتفاق بشأنها بين الزوجين إذ يصبح مثل الموثق بحيث يوثق فقط لإرادة الطرفين، نفس الشيء بالنسبة لغاية الصلح التي تنتج ما يسمى بالطلاق عن تراضي كلا الطرفين.¹

حيث جاء في إحدى الإجتهاادات القضائية للمحكمة العليا ما نصه: "من المقرر قانوناً أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك من خلال تنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه ... وذلك طبقاً لنصوص المواد 459-462 من ق.م."،² يتبين من خلال هذا الإجتهاد القضائي بأن الطلاق بالتراضي هو عقد صلح ينهي نزاعاً قائماً بين طرفين طبقاً لنص م459 من ق.م.

بالرغم من أن هذه الأخيرة تضمنت معنى الصلح الذي يسبق اللجوء للجهة القضائية وتنتهي نزاعاً هو في الأصل لم يطرح بعد أمام القاضي، إذ أن فحوى المادة قد يصلح في حالة تنازل كل من الطرفين عن حقوقه على وجه التبادل، ولكن ليس معنى ذلك أن هناك نزاع قد تم فضه لأنه موجود فعلاً ومطروح للنظر فيه أمام القضاء.³ بينما لتحقيق ذلك لابد من تفعيل آلية إنهاء الطلاق خارج دائرة القضاء بطريقة ودية، إذ أن صورة الطلاق بالتراضي هذه إنما هي كما قلنا آلية قانونية مستحدثة، للحصول على النتائج المرجوة في وقت قياسي ودون إحداث مشاكل أو نزاعات أخرى.

حيث جاء في إجتهاد مناقض مبني على أساس م48 من ق.أ ويستبعد القانون المدني فيما يخص مسألة الصلح المنصوص عليها بموجب م459، إذ أنه أخرج الطلاق بالتراضي كصورة حديثة من دائرة التعامل المدني، ونص على أنه "من المقرر قانوناً أن الطلاق بالتراضي هو مجرد إسهاد من المحكمة، يعبر فيه عن رغبة الطرفين في الطلاق وليس عقد صلح ينهي نزاعاً قائماً"،⁴ جاء هذا القرار ترسيخاً لمبدأ الرضائية في إحداث الأثر القانوني، وبالتالي يعتبر دور القاضي في هذه الحالة كاشف للطلاق وليس منشئاً له يقتصر على توثيق إرادة الطرفين فقط.⁵

خلاصة القول أن المشرع الجزائري قد منح من خلال الطلاق الرضائي للزوجين الحرية في إنهاء الرابطة الزوجية بطريقة ودية، لكن حبذا لو كانت خارج دائرة القضاء وموافقة الزوجة على الانفصال وودية إحداث

¹ باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص.29.

² الإجتهاد القضائي، غ.أ.ش، 19/04/1994، ملف رقم 103637، م.ق، ع.خ، 2001، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص.94.

³ باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.31.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 23/05/2000، ملف رقم 243943، ع.خ، 2001، ص.112.

⁵ باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.32.

الأمر، إذ أن العائق يكمن في أن العصمة الزوجية تظل بيد الزوج وإرادته وحدها كافية في إحداث الأثر القانوني دون الرجوع لموافقة الزوجة من عدمها، وبالتالي فإن استحداث مثل هذه الصورة كان من أجل تحقيق المساواة بين الجنسين فقط فيما تبقى مغيبة من الناحية التشريعية.¹

كما جاء في مدونة الأسرة المغربية تحت عنوان الطلاق بالإتفاق ضمن نص م114 بقولها: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى معه أحكام المدونة ولا تضر بمصالح الأطفال"، وكذا المشرع التونسي في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ويكون بذلك المشرع الجزائري وعلى غرار المشرعين التونسي والمغربي قد أجازوا للزوجين في حالة الإتفاق على إنهاء الرابطة الزوجية أن يلجأوا للقضاء بموجب عريضة مشتركة.²

الفرع الثاني: مدى الإعراف بالطلاق خارج دائرة القضاء أي الطلاق بطريقة ودية

يجب أن نكون في هذا الصدد على دراية بالإجراءات المتبعة عموما في المحاكم الجزائرية في إيقاع الطلاق إذ أن للطلاق بالتراضي إجراءات خاصة، تتمثل في رفع دعوى أمام المحكمة بعريضة مشتركة مكتوبة وموقعة تودع لدى أمانة ضبط المحكمة من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعد استيفاء الدعوى للشروط المنصوص عنها قانونا ينظر القاضي في العريضة ويحدد موعدا للإستماع للزوجين على انفراد، ومن ثم مجتمعين والتأكد من رضائهما محاولا الصلح بينهما إن كان ذلك ممكنا، دون أن يتجاوز 3 أشهر ابتداء من رفع الدعوى وإذا تعذر الصلح بين الزوجين، حددت المحكمة موعدا لجلسة الإستماع وبعدها جلسة النطق بالحكم.³

وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه: "للطلاق بالتراضي أحكام خاصة يجب مراعاتها من طرف القاضي، حيث يجب عليه التأكد من قبول العريضة المشتركة ولا بد كذلك من الإستماع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إن كان ذلك ممكنا".⁴

جاء في قرار مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا في المحور 7 مدى الإعتداد بالطلاق المدني جاء فيه: "أن اللجوء إلى القضاء الوضعي لاستصدار حكم بالطلاق من الجهة القانونية لا يكفي في انحلال عقدة النكاح خارج ديار

¹ باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.28.

² عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص جامعة تلمسان، 2017-2018، ص.05.

³ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.143.

⁴ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2011/12/08، ملف رقم 676898، م.ق، ع1، 2012، ص.321.

الإسلام، فإذا طلق الرجل زوجته شرعا فلا حرج من توثيقه أمام المحاكم الوضعية، وأما إذا تنازع الزوجان حول الطلاق فإن المراكز الإسلامية تقوم مقام القضاء الشرعي بعد استيفاء الإجراءات القانونية اللازمة، وأن اللجوء للقضاء الوضعي لإنهاء الزواج من الناحية القانونية لا يترتب عليه إنهاء الزواج من الناحية الشرعية، فإذا حصلت المرأة على الطلاق المدني فإنها تتجه به للمراكز الإسلامية لإتمام الأمر من الناحية الشرعية¹

إذ أنه من المفترض من وجهة نظرهم أن يسبق الطلاق الشرعي الطلاق المدني،¹ غير أنه من الأجدر أن تكون وظيفة المراكز الإسلامية هي النظر في الطلاق من الناحية الشرعية، على يد مؤهلين في هذه القضايا ومن ثم يتم اللجوء للقضاء الوضعي لاستصدار حكم نهائي بالطلاق وليس العكس.

وفي الجانب الآخر هناك من دعى لتوثيق الطلاق حال وقوعه أمام الموثق للتمكن من احتساب العدة وفق أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم إنتظار صدور حكم في الموضوع لمجرد الإثبات، وهو ما يضع إشكالا آخر بالنسبة للطلاق الرجعي فإنه بمجرد صدور الحكم بالطلاق فإنه من الصعوبة الرجوع عن الطلاق في هذه الحالة، كما أن سحب الحق من الزوج في إيقاع الطلاق وإسناده لجهة قضائية هو الآخر يترتب بعض الإشكالات.²

فبمجرد تلفظ الزوج بالطلاق فإنه يقع شرعا ويبتدأ حساب العدة فكيف يعقل أن يتم الطلاق ويتم إنتظار صدور الحكم حتى يتم احتساب العدة، وقد تطول الإجراءات القضائية وكما أن إجراء الصلح قانونا يكون في مدة 3 أشهر، وبالتالي يجب البحث عن حل وسط فيما يخص هذه المسألة والدعوة لإنشاء مراكز الطلاق، فإنه من الأجدر أن يتم الطلاق أمام هذه المراكز ومن ثم يتم توثيقه أمام القضاء باستصدار حكم بذلك، وتكون الولاية للمراكز الإسلامية في الطلاق والتطليق غير أن الفكرة تكون قبل اللجوء للقضاء الوضعي وليس بعده، حيث يقول في هذا الصدد الأستاذ الطاهر حداد أنه: "لا علاج لدرء هذه الحالة إلا لأن نؤسس لمحاكم الطلاق"³، وإذا لم يتم تلفظ الزوج بالطلاق أمام مراكز الطلاق فهو دليل ضمني على أنه لم يكن له نية سابقة في إيقاع الطلاق.

¹ من توصيات المؤتمر الثاني لجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، المنعقد بكونينهاجن، الدنمارك مع الرابطة الإسلامية، الدورة الثانية في الفترة الممتدة من 22 - 25 جوان 2004، ص.75.

² أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.70 - 71.

³ الطاهر بن علي بن بلقاسم الحداد، امرأتنا في الشريعة والمجتمع، د.ط، دار الكتاب المصري، القاهرة، 2011، ص.39.

ولعل هذه المراكز كذلك قد تساهم في رفع الإشكال الذي تم الإشارة إليه فيما يخص آثار الطلاق من رجعة وعدة والطلاق الثلاث وفق نصوص المواد 49، 50، 51 من ق.أ، بأن يتم النطق بالطلاق أمامها من الناحية الشرعية ومن ثم تحتسب العدة وللزوج الحق في مراجعة زوجته إن كان طلاقا رجعيا مادامت العدة قائمة وربط جميع الإجراءات التي تجرى داخل هذه المراكز من صلح وغيرها بالعدة الشرعية ومتزامنة معها، ومن ثم اللجوء للقضاء لاستصدار حكم من القاضي، أما إذا صرح الزوج بأنه طلاق بائن فلا يمكنه إرجاع زوجته إلا بعقد ومهر جديدين ولعل هذه المبادرة تحد نوعا ما من نسب الطلاق.

كما أن الطلاق وإن كان ظاهرة قانونية فإنه قبل ذلك ظاهرة اجتماعية ونفسية بالدرجة الأولى، وأن علمي الاجتماع والنفس لهما دور جوهري في فهم ظاهرة تفكك الرابطة الزوجية، لا يمكن عزله عن الواقع الاجتماعي والحالة النفسية لكلا الزوجين، وبالتالي فإن هذا الحل يكمن في إنشاء محاكم الطلاق تختص بالنظر في قضايا الطلاق قبل رفعها للقضاء، مهمتها سماع الزوج بتلفظه للطلاق والإشهاد عليه وقيام أشخاص متخصصين شرعيين وقانونيين واجتماعيين ونفسانيين، لمتابعة الإجراءات ابتداء من ممارسة الصلح أو التحكيم بين الزوجين وتدوين جميع الإجراءات والمعلومات وسماع الأقوال، فإذا تم الإصلاح يفض النزاع بطريقة ودية ويتم مراجعة الزوجين أثناء مدة العدة، وإذا لم يتم المصالحة حينئذ تحال القضية إلى قضاء الأسرة وفيه يقتصر دور القاضي في النظر فيها لإصدار الحكم بالطلاق، وتحديد توابعه من نفقة ومتعة وتعويض والإتفاق حول الحضانة والمسكن الزوجية وغيرها من الإجراءات الأخرى.

وبذلك يتم رفع الضغط على القاضي من جهة الذي أصبح لا يسعى لإجراء الصلح لكثرة قضايا الطلاق المعروضة عليه ومن جهة ثانية التقليل من نسب الطلاق، وتنحصر وظيفة القاضي في هذه الحالة على إصدار حكم يقضي بحل الرابطة الزوجية كما يفصل في طلب نفقة الزوجة أو نفقة الأولاد، كما يحدد من يؤول إليه الحق في الحضانة وحق الزيارة وحق الزوجة في السكن أو بدل الإيجار، كما أنه يفصل حول النزاع المتعلق بمتاع بيت الزوجية ويقوم بتقدير قيمة التعويض إن وجد.

الفرع الثالث: الخلع الرضائي أو الإتفاقي أو المخالعة الرضائية

مبدأ الرضائية في الخلع ويعني بأن الخلع عقد رضائي بين الزوجين وليس حقا أصيلا للزوجة، يتم من خلال رضا الزوج في المخالعة ووجوب إتفاق الزوجين عليها، أي أن ضرورة وجود التراضي في الخلع لوجود الإتفاق بين الزوجين والإيجاب والقبول الصادر بينهما، ففي حال رضي الزوجين نكون بصدد عقد خلع ولا يصح الخلع بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين بل لابد من تطابق هاتين الإرادتين، فإن كان الإيجاب صادرا من

الزوجة فلا بد من قبول الزوج، وإن كان الإيجاب صادرا من الزوج فلا بد من قبول الزوجة ولا يمكن إجبار أحدهما على ذلك.

وكما يكون الخلع الرضائي بتراضٍ من الزوجين قد يكون بحكم من القاضي، إذ أن الأصل أن يكون في هذه الحالة بتراضي بين الزوجين فإن لم يتراضيا عليه فللقاضي أن يلزم الزوج به، ويبقى التساؤل المطروح هل أن الخلع الرضائي ينحصر حول الاتفاق فيما يخص العوض؟ بمعنى هل أن الاتفاق بين الزوجين يكون في هذه الحالة محصورا حول بدل الخلع، أم أن الخلع في حد ذاته يعتبر وليد اتفاق بين الطرفين على إنهاء الرابطة الزوجية؟

بالنسبة للتشريع الجزائري فقد ظهر الخلع الرضائي قضاءً مستنديا في ذلك لنص م222 من ق.أ: "كل ما لم يرد النص عليه يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية"، ما فتح الباب أمام القضاء في عديد قرارات المحكمة العليا، والتي جاءت في مجملها تقضي بالخلع عن تراض بين الرجل والمرأة بإيجاب من طرف يقابله قبول من الطرف الآخر، واتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى المحكمة العليا سابقا "بأن الخلع لا يتم إلا برضا الطرفين واتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل ذلك وهذا متوقف على إيجاب وقبول صادر من كليهما".¹

وحتى بصدر القانون رقم 84-11 ظل الأمر على حاله ولم تزل مسألة الخلع سوى مادة واحدة م54 حيث تحدثت عن إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مال تقدمه لزوجها دون أن يبين إن كان بناءً على رضا الزوج أو لا، وأشارت ذات المادة إلى أن الاتفاق بين الزوجين يكمن في تحديد قيمة العوض، وأنه في حالة عدم اتفاقهما عليه يحكم القاضي بما لا يجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

وبالتالي لم يحسم المشرع الجزائري الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج وتحديد طبيعة الخلع، فيما إذا كان حقا خالصا للمرأة أم أنه عقد رضائي، ففي قرار للمحكمة العليا جاء فيه أنه: "من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقد رضائي ولا يجوز للقاضي حينئذ أن يقضي به من تلقاء نفسه، وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية، ما أدى بالقضاء للرجوع لنص م222 والتي تحيله لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية"،² وبالتالي اشتراط اتفاق الزوجين على مبدأ المخالعة بحيث جاء في

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1980/02/25، ملف رقم 21305، ن.ق، ع1، 1980، ص.79. أشار إليه: جمال سايس الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص.131.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/06/11، ملف رقم 33652، م.ق، ع3، 1989، ص.38.

إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "من المقرر فقها وقضاءً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لأحكام الخلع وخطأً في تطبيق القانون".¹ ومن القرارات التي تثبت رضائية الخلع بين الزوجين نجد قرار المحكمة العليا الذي قضى بأنه: "من المقرر فقها وقضاءً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الفقه، وما ثبت في قضية الحال بأن الزوجة لم يكن لها سبب للمخالعة كما أنه لا وجود لقبول الطرف الآخر بها".²

فأمام سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع وفق قانون 84-11 فيما إذا كان حق مطلق أو عقد رضائي، ما أدى بالقضاء للرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وتبني الرأي القائل بضرورة اشتراط اتفاق الزوجين على مبدأ المخالعة، كما أن سكوت المشرع عن تحديد طبيعة الخلع ما إذا كان بموافقة الزوج أو لا أدى لتناقض في قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه "عندما يتفق الزوجين على المخالعة ويختلفان في قيمة بدل الخلع، فإن السلطة التقديرية للقاضي تكون مطلقة في تحديد قيمته بما لا يجاوز قيمة صداق المثل وكذا الأضرار التي تعرضت لها الزوجة من جراء ذلك".³

فالمبدأ الذي تبناه المشرع الجزائري آنذاك المتمثل في أن الخلع عقد رضائي بين الزوجين وليس حقاً أصيلاً للزوجة كان له حججه وأصوله الفقهية، فهناك من يرى بأن الخلع هو طلاق يقع عن تراض من الرجل والمرأة ويتم في الغالب بتنازل المرأة عن جميع حقوقها ويسمى في هذه الحالة بالمخالعة،⁴ والمخالعة بالتراضي قال بها جمهور الفقهاء إذ أنه إذا كان الخلع بتراضي الزوجين فلا حاجة لحكم القاضي حتى يقع الطلاق، فيما عرف المذهب المالكي نوعين من الخلع: النوع الأول خلع رضائي يتم بإيجاب من أحد الطرفين يقابله قبول من الطرف الآخر قبل انقضاء المجلس وفيه يتفق الطرفان على مقابل الخلع، والخلع الثاني هو ما يصدر عن الحكّمين إذا طال الشقاق بين الزوجين والتي تكون مهمتهم إما الإصلاح أو التفريق، دون حاجة لا لقبول الزوج ولا لرضا الزوجة وقد يكون بعوض أو بغير عوض، وهو طلاق الحكّمين للشقاق المستمر بين الزوجين كأحد صور الخلع الرضائي

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 73885، م.ق، ع2، 1993، ص.55.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1988/11/21، ملف رقم 51728، م.ق، ع3، 1990، ص.72.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1985/04/22، ملف رقم 36709، م.ق، ع1، 1985، ص.92.

⁴ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص.35.

فيما أكدت م56 من ق.أ أن مهمة الحكمين تكون للتوفيق بين الزوجين وليس للتفريق بينهما، وبالتالي لا مجال لإعمال طلاق الحكمين للشقاق المستمر بين الزوجين كأحد صور الخلع الرضائي في القانون الجزائري.

نخلص إلى أنه في القانون القديم المشرع الجزائري لم ينص صراحة إن كانت هناك موافقة من الزوج على الخلع أو لا، وإنما ذكر فقط أنه إذا اختلف الزوجان على تحديد بدل الخلع يحكم القاضي بما لا يجاوز صدق المثل، وأن التحول نحو القول بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها كان بعد صدور قرار للمحكمة العليا لسنة 1992 يقضي بأنه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه، فإن لم يتم الإتفاق بينهما يحكم القاضي بما لا يجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم، دون الإتفاف إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح باب الإبتزاز والتعسف من طرف الزوج والممنوعين شرعاً".¹

وهو المبدأ الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال تعديل 2005 إذ أن رضا الطرفين في الخلع ينحصر في قيمة بدل الخلع فقط، وأمام الانتقادات الموجهة للرأي الأول كان لزاماً تبني مبدأ ثاني وبعد جدال وأخذ ورد من قبل القضاء، حسم المشرع الجزائري المسألة من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 بالنص صراحة في م54 منه على حق الزوجة في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج على مال تدفعه له.

وقد حمل تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 في طياته 224 مادة فيما لم ينل موضوع الخلع منها سوى مادة واحدة، وتبقى وجود مادة واحدة فقط تعالج مسألة الخلع في القانون الجزائري غير كافية كون هذه الصورة لها من الحساسية ما يجعلها مهمة للغاية، فالأمر متعلق بحق الزوجة الإرادي والمنفرد في إيقاع الطلاق مقابل مال تدفعه، فالخلع في القانون القديم كان عبارة عن طلاق بالتراضي أما في القانون الجديد أصبح طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة، بحيث تغيرت صيغة المادة وأصبحت تتضمن عبارة "دون موافقة الزوج"، فالقانون القديم قد ضيق على الزوجة وجعلها رهينة موافقة الزوج في الخلع، فكانت تنص م54 بموجب القانون رقم 84-11 على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه، فإن لم يتفقا حكم القاضي بما لا يجاوز قيمة صدق المثل وقت صدور الحكم"، وأصبحت تنص بموجب الأمر رقم 05-02 على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...".

كما كانت قرارات المحاكم متناقضة قبل صدور تعديل م54 بموجب الأمر رقم 05-02 حيث كان البعض يرى بأن الخلع إتفاقي ولا يتم إلا بموافقة الزوج، ويرى البعض الآخر بأن الخلع لا يشترط فيه موافقة الزوج

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1992/07/21، ملف رقم 83603، م.ق، ع.خ، 2001، ص.134.

وكان أول قرار قد حسم مسألة عدم موافقة الزوج يقضي بأن: "للزوجة أن تخالع نفسها دون اشتراط رضا الزوج بذلك، وعند الإختلاف حول مبلغ الخلع يحكم القاضي بما لا يجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".¹ وفي سياق الحديث عن الخلع على أنه حق للزوجة وحدها ولا يشترط فيه موافقة الزوج، جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء وليس عقدا رضائيا".²

فيما حسم المشرع والقضاء الجزائريين الجدل القائم حول تكييف الخلع من خلال إقرار حق الزوجة في مخالعة نفسها دون موافقة الزوج على مال تدفعه في حدود قيمة المهر، ففي قرار للمحكمة العليا بعد التعديل جاء ليؤكد بأن: "الخلع ليس عقدا رضائيا لأن الزوجة لها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج وأن موافقة الزوج غير ضرورية..."³ وأن العوض الذي تدفعه الزوجة في مقابل الخلع لا يصبح بموجبه طلاقا بالتراضي، حيث جاء في قرار حديث للمحكمة العليا أن: "تكييف المحكمة موافقة الزوج على دعوى الخلع بأنها طلاق بالتراضي يعد خطأ في تطبيق القانون لاختلاف الأساس القانوني لكل منهما".⁴

يرى البعض بأن الخلع عقد رضائي بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء الرابطة الزوجية بعوض يتم بإيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر، فقد يكون الموجب الزوج كأن يقول: "خالعتك بقيمة كذا فتقول الزوجة قبلت"، أو أن تكون الزوجة هي الموجبة كأن تقول: "أخالعك بقيمة كذا فيقول الزوج قبلت"، والفرقة في هذه الحالة تعد طلاقا وليس فسخا وهو من عقود المعاوضة وبالتالي لا دخل للقاضي فيه،⁵ ويكمن هذا النوع من الطلاق في رضا الزوجة به إذا صدر من الزوج ورضا الزوج إذا صدر من الزوجة وإذا عارض الزوج إيجاب الزوجة يقع الخلع باطلا، وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أن: "عدم قبول الزوج للعوض الذي قدمته الزوجة يجعل الخلع غير صحيح"،⁶ أما في قرار آخر مناقض جاء فيه أن: "قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا وذلك منعا للإبتزاز ودفعاً للإستغلال بين الزوجين".⁷

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1994/04/19، ملف رقم 103793، ن.ق، ع51، 1997، ص.96.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1996/07/30، ملف رقم 141262، م.ق، ع1، 1998، ص.120.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/07/13، ملف رقم 336380، ن.ق، ع61، 2006، ص.328.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2020/03/04، ملف رقم 1408964، م.ق، ع1، 2020، ص.70.

⁵ حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.192.

⁶ المجلس الأعلى، غ.أ.ش.م، 1968/03/03، النشرة السنوية لوزارة العدل، 1969/02/19، الجزائر، 1969، ص.266.

⁷ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2000/11/21، ملف رقم 252994، م.ق، ع1، 2001، ص.293.

أما إذا كان الخلع عن تراض بين الزوجين وكان قد قبض المال مباشر فلا ضرورة لحكم القاضي لإيقاع الطلاق وإنما يعتبر حكمه للإثبات، وأما إذا كان الخلع عن تراض وإتفق الطرفين بموجبه على إسقاط بعض الحقوق، فإنه يلزم حكم القاضي في هذه الحالة لإيقاع الطلاق وكذلك إذا اشتد الشقاق بين الزوجين،¹ وهو ما نص عليه المشرع المصري من خلال م20 من قانون الأحوال الشخصية،² وبالتالي فإن للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع وإن لم يتراضيا أقامت الزوجة دعواها بطلبه على أن تتنازل عن حقوقها الشرعية والمالية، ورد الصداق ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الأطفال ويقع الخلع في جميع الأحوال طلاقاً بائناً، فقد تبنى المشرع المصري نوعي الخلع بإتفاق الطرفين وبحكم القاضي، وقد كان أكثر تفصيلاً في بيان طبيعة الخلع وكيفية إجراءاته وما يترتب عنه.³

كما جاء في م114 من مدونة الأسرة المغربية وهي تخص الطلاق الإتفاقي بأنه يمكن للزوجين أن يتفقا على إنهاء العلاقة الزوجية ويتمثل دور المحكمة في الإشهاد، فيما لا يعترف المشرع المغربي بالخلع دون موافقة الزوج وفي ذلك مخالفة للمذهب المالكي، الذي يرى بأن الخلع يصح أن يكون بحكم الحكّمين ودون اشتراط موافقة الزوج إذا طلبته الزوجة، وهو ما وضحته م120 من المدونة فيما بعد: "فإذا أصرت الزوجة على طلب الخلع ولم يستجب لها الزوج يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق"، وبالتالي نكون هنا بصدد تطبيق بحكم القاضي للشقاق مع الحكم بالتعويض لصالح الطرف المتضرر، وليس الخلع الذي تطلبه الزوجة وليس خلع الحكّمين في حالة الشقاق، وكل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن باستثناء الطلاق للإيلاء والتطليق لعدم الإنفاق، وكل طلاق أوقعه الزوج فهو كأصل عام طلاق رجعي إلا الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول وكذا الطلاق والخلع الإتفاقيين، وهو ما فصلت فيه مدونة الأسرة المغربية من خلال نصوص المواد 122، 123.

أما بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية ففي جميع الأحوال يكون الطلاق بناءً على حكم القاضي سواء كان من الزوج أو الزوجة، بحيث يتم تقييد حق الزوج في الطلاق الممنوح له شرعاً من خلال العصمة الزوجية كما أنه لا وجود للخلع في التشريع التونسي، حيث جاء في الفصل 31 ما نصه: "يحكم بالطلاق بناءً على

¹ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص.82.

² نصت م20 من القانون المصري: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه فإنه يكون بطلب من الزوجة مقابل عوض تدفعه أو تتنازل عن بعض حقوقها المالية والشرعية ورد الصداق، وبحكم القاضي حينئذ بفسخ العقد بعد إجراء مساعي الصلح"، القانون المصري رقم1 لسنة 2000، المنظم لأوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ج.ر.ع4 مكرر، الصادرة بتاريخ 2000/01/29، ص.14.

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.271.

طلب من أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر أو بتراضي الزوجين أو بناءً على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به".¹

فيما إعتبر المشرع والقضاء السوريون هو الآخر الخلع عقد رضائي حيث نص في م181 من قانون الأحوال الشخصية بأن: "الخلع عقد بين الزوجين يتفقان فيه على إنهاء الزواج ببدل تدفعه الزوجة..."، وهو ما جاء في قرار لمحكمة النقض السورية بأن المخالعة لما كانت عقداً ثنائياً لا يتم إلى بإيجاب وقبول، فإنه يشترط في إنشائها ما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكلا من الزوجين،² فالخلع إما أن يكون قد وضع بيد القاضي إذا طلبته الزوجة وأنه في هذه الحالة يعتبر حكم القاضي منشئاً للطلاق، وقد يكون حكم القاضي كاشفاً له أي مجرد إشهاد إذا اتفق الزوجان على ذلك.

ويكون الخلع بيد الزوج لدى المشرع الأردني حيث نص من خلال م102 من قانون الأحوال الشخصية بأنه: "طلاق الزوج زوجته نظير عوض ترضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المباشرة أو ما في معناها، الخلع والطلاق على مال يقع بهما الطلاق بائناً"، وبالتالي فقد اعتبر طلاق الخلع ما يقع من الزوج وحده. خلاصة القول أن الخلع كأصل عام يجب أن يتم بتوافق الزوجين عليه وفي حالة عدم إتفاقهما على ذلك يمكن للزوجة طلبه مثلما هو الحال بالنسبة لما نص عليه القانون المصري،³ وهو ما يجب أن يكون عليه التشريع الجزائري بأن يكون الأصل هو الخلع الرضائي فيما يكون الإستثناء في حالة عدم الإتفاق، اللجوء للخلع بالإرادة المنفردة للزوجة ودون موافقة الزوج.

المطلب الثاني: إنهاء الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين

الأصل أن تكون الإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق محولة للزوج وحده وهي حق إرادي أصيل له دون الزوجة، ودون الرجوع لرضاها أي أن إرادتها تنعدم أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني، غير أنه هناك سبيل آخر لفك الرابطة الزوجية عن طريق حكم القاضي حينما ترغب الزوجة في طلب التطلق، وبما أن الزواج بيد الرجل هو من يبادر به فإن الأولى أن يكون إنهاؤه بيده لما أنفق عليه من المال من صداق ونفقة، وما يترتب عن الطلاق هو الآخر من نفقة تقع على عاتقه فإنه بذلك يفكر ألف مرة قبل النطق بالطلاق.

¹ الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية لسنة 1956 المذكور سابقاً، المنقحة بموجب القانون رقم 07، لسنة 1981، المؤرخ في 18/02/1981، ص.10.

² الغرفة الشرعية للقضاء السوري، أساس رقم 493، قرار 491، الصادر بتاريخ 07/02/1970.

³ لحسين بن شيخ آث ملوياً، المرجع السابق، ص.274.

غير أن الواقع العملي في المحاكم يشير إلى أن الزوجة تكون أكثر حفاظاً على الرابطة الزوجية مستقرة وتفكر في مصلحة الأولاد، وبالتالي يكون حق الزوج الرامي لفك الرابطة الزوجية في كثير من الأحيان ينطوي على التعسف دون وجود تبرير قانوني أو شرعي، أو أنه يدفعها من خلال تصرفاته لأن تطلب الخلع لكي لا يتحمل النفقة في هذه الحالة، وباعتبار الطلاق صعب الإثبات فكيف يمكن معرفة ما إذا كانت الفرقة الصادرة من الزوج بناءً على ممارسة حقه المطلق وبالتالي تعد طلاقاً، أم أنه دفع الزوجة لطلب التطليق أو الخلع قهراً منه عن المسؤولية وبالتالي يعد فسخاً؟

الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

إن الشريعة الإسلامية الغراء قد أعطت للرجل حق الطلاق وحل العصمة وملكته إياه لأن الرجل من شأنه أن يزن الأمور ويقدر العواقب ولا يتأثر بالعواطف، فلو أن الشرع جعل أمر الطلاق بيد المرأة لطلقت نفسها لأسباب، كما أن للطلاق آثاراً وتبعات مالية يتحملها الزوج مما يضطره للتروي في إيقاعه والإقدام عليه إلا لوجود أسباب جديدة، ولكنها لم تجعله حقا مطلقا يستعمله كيفما شاء ومتى شاء بل أحاطته بالقيود والضوابط فالطلاق حق للرجل، ولكنه كسائر الحقوق المدنية الأخرى مقيد بما شرع من أجله فإذا أساء استعمال ذلك الحق كان للقاضي الحكم للمطلقة بالتعويض وهو ما جاء في نص م52 من ق.أ.

أولاً: فرقة الزوج فسخ أم طلاق

رأينا سابقاً بأن الأصل في الطلاق أن يكون من الزوج بناءً على قاعدة "العصمة بيد الزوج"، فكل فرقة من الزوج فهي طلاق وكل فرقة من القاضي فهي فسخ وهو رأي للحنفية،¹ أما لدى المالكية فإن ضابط الفرقة هو السبب الموجب لها فإن كان السبب راجع لإرادة الزوجين فهو طلاق وإن كان من غير إرادة الزوجين فهو فسخ،² غير أن اللعان والإيلاء والردة يحكم بهم القاضي للفرقة بين الزوجين لما فيهم من الإضرار، وقد تم انتقاد التمسك بقاعدة العصمة بيد الزوج في دراسة تقييد إرادة الزوج بحكم القاضي، ولقد رأينا بأنه يجوز للرجل طلب التفريق من القاضي إضافة للتفريق بسبب اللعان وخيار البلوغ،³ ما يؤدي لمنح الرجل المزيد من الخيارات في طلب التفريق القضائي بعدما كان يتمحور حول اللعان وخيار البلوغ، وما عدا ذلك فإنه يعد تعسفاً ووضع

¹ الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.240.

² أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.190.

³ فسخ الزواج بسبب خيار البلوغ لدى الحنفية، أبي محمد محمود بن أحمد العيني، المرجع السابق، ص.604. الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ص.273.

التفريق بيد القضاء متى توافرت أسبابه، وقد اختلف الفقهاء حول هذه المسألة بين الفرق التي تحتاج لقضاء والفرق التي لا تحتاج لقضاء.¹

من المتعارف عليه أن إنهاء عقد الزواج بسبب اللعان يعتبر فسخا وليس طلاقا إذ أنه يكون بأمر من القاضي للزوج إذا امتنع عنه، حيث يرى جمهور الفقهاء بأن الفرقة بسبب اللعان فسخ وليس طلاق وهي فرقة مؤبدة إستنادا لقاعدة "المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا"، في حين خالف الحنفية جمهور الفقهاء واعتبروا فرقة اللعان طلاق بائن وحرمة مؤبدة إذا ثبت لا يتوقف على حكم القاضي.²

فيما لا نجد المشرع الجزائري قد نص على الفرقة باللعان إلا ما تعلق منه بإثبات النسب في م41 ق.أ والتوارث ضمن نص م138 ق.أ، إذ أن التحريم بسبب اللعان لا يتوقف على الزوجة التي لاعنها زوجها وحدها وإنما يمتد إلى أبنائها وبناتها المنفيين باللعان، فيما نص التشريع التونسي في م76 على أنه: إذا أثبت القاضي نفي الأبوة فإنه يحكم بالفراق الأبدي بين الزوجين كإجراءين متكاملين لزوال الثقة بينهما وذلك عملا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء،³ بينما يعتبر الطلاق باللعان كطلاق بائنا بينونة كبرى لدى غالبية الفقه، ويمكن أن يضاف إليه التفريق بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام والتفريق للحرمة المؤبدة،⁴ استنادا لعبارة "يحرم العود إلى طول الأبد"

¹ عدنان علي النجار، المرجع السابق، ص.11.

² الفرقة بسبب اللعان فسخ وليس طلاق لدى جمهور الفقهاء، محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص.761. بخلاف الحنفية فإن فرقة اللعان طلاق بائن، كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق ص.248. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.363. الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج5، المرجع السابق، ص.25. وكذا لدى الحنابلة: منصور بن يوسف بن إدريس الباهوتي، كشف القناع عن متن الأفتاء، ج4، المرجع السابق، ص.341. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي المرجع السابق، ج4، ص.577. أما لدى الشافعية فإن الفرقة بسبب اللعان طلاق بائن، الإمام محمد بن إدريس الشافعي المرجع السابق، ص.320. مصطفى الخن ومصطفى البغا علي الشرجبي، المرجع السابق، ص.144. "المتلاعنين لا يجتمعان أبدا"، أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج10، المرجع السابق، ص.408، 470. لدى المالكية وبعض الشافعية يعتبرها فسخا، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.229. الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.52. وللعان صورتان: الصورة الأولى قذف الزوج امرأته بالزنا والصورة الثانية هي نفي النسب الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع نفسه، ص.59-60. الإمام سحنون ابن سعيد المرجع السابق، ص.352. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.457.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.349.

⁴ هشام حسني مهدي، الخلع بين القضاء والفقه وفقا للقانون 1 لسنة 2000، ط2، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر 2002، ص.52-63.

وفي الوقت الذي نجد فيه المشرع المغربي قد نص على التحريم المؤبد بين المتلاعنين، في الفصل 25 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة فإنه قد سكت على ذلك من خلال مدونة الأسرة المعدلة.¹

وكما رأينا سابقا بأن كل فرقة من القاضي تكون بائمة باستثناء الطلاق للإيلاء والنفقة فهو طلاق رجعي لدى الشافعية فيما يرى الحنفية أنه طلاق بائن إذا تبين فيه الإضرار بالزوجة لما يفترض فيه قصد الإضرار،² غير أنه قلنا فيما سبق كذلك بأن فرقة الزوج تعد طلاقا بينما فرقة القاضي تعد فسخا والفسوخ بوائن، فالأرجح أن تكون الفرقة بسبب الإيلاء طلاقا رجعيا يمكن للزوج مراجعة زوجته في العدة وتحسب له طلقة واحدة.³

وأخيرا الفرقة بسبب الردة تعد فسخا في الحال سواء قبل الدخول أو بعده لدى جمهور الفقهاء، أما عند الشافعية والحنابلة فيكون فسخا في الحال قبل الدخول أما بعد الدخول فإنه يحال إلى ما بعد انقضاء العدة، فإن رجع إلى الإسلام قبل انقضاء العدة بقيت العصمة بيده وإن لم يرجع انفسخ الزواج دون طلاق وتبين منه.⁴

¹ محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، ط3، دار الآفاق العربية، الدار البيضاء، المغرب 2015، ص.299.

² الطلاق بسبب الإيلاء طلاق رجعي لدى الشافعية ويختلف عن الحلف، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.449. الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.667. أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج10، المرجع السابق، ص.175. مصطفى الحن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص.138. وطلاق بائن لدى الحنفية لأن فيه إضرار بالزوجة، كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق ص.168. ولدى الحنابلة يشترط في الإيلاء الحلف: منصور بن يوسف بن إدريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأفتاح ج4، المرجع السابق، ص.306. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4 ص.529-530. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص.311. وهو الرأي الراجح لدى جمهور الفقهاء، محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص.747. أما لدى المالكية يقع الإيلاء إذا قصد به الإضرار محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.187. وبالتالي فرقة الإيلاء طلاق رجعي، الصادق عبد الرحمان الغرياني ج3، المرجع السابق، ص.35. الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص.336. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي المرجع السابق، ص.426.

³ نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص.484.

⁴ لدى جمهور الفقهاء الفسخ يكون في الحال سواء قبل الدخول وبعده، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.198. محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص.689. أما لدى الشافعية والحنابلة فإن الفسخ في الحال قبل الدخول أما بعده فإنه يحال لانقضاء العدة، وإن راجعها في العدة فهي في عصمته وإن لم يراجعها انفسخ الزواج دون طلاق، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.310. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4 ص.323. فرقة اللعان فسخ وليست طلاق، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص.351.

ثانيا: إيقاع الزوج للطلاق حق أم رخصة إعمالا لنظرية الحق في القانون المدني

إن القواعد الموضوعية العامة تنسم في أغلبها بالثبات والإستقرار وأن قاعدة العصمة بيد الزوج مثلا لم تتغير منذ أن وضعت من قبل الشارع الإسلامي ولا أحد يختلف حول هذه القاعدة، وإنما الاختلاف يقع حول طريقة ممارسة الزوج لهذا الحق هل هو مطلق أم مقيد وهي إشكالات طرحت منذ عقود ولا زالت إلى يومنا هذا. فالحقوق في الشريعة الإسلامية هي منح وهبات من الله سبحانه وتعالى مصدرها الحكم الشرعي كما أنها وسيلة لجلب المصالح ودرأ المفاسد وليست غاية في حد ذاتها، لذلك فقد اتفقت المذاهب الأربعة على أن الحقوق المخولة للأفراد ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بالغاية التي أنشئت لأجلها من دون تجاوز وعبث بها¹ "فيما شرع الطلاق في الإسلام لضرورة، وبالتالي فهو رخصة تقدر بقدرها وليس حقا يستعمله الرجل كيفما يشاء"²، فهل الحق في الطلاق هو من أحد الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج وحده؟ كما جاء ذلك في إحدى قرارات المحكمة العليا بأن: "الطلاق من الحقوق الشخصية للصيقة بشخص الزوج...".³

1- الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج وحده:

الحق الإرادي يكون بمجرد تعبير صاحبه عن إرادته فيحدث أثر قانوني أو إنهاء لمركز قانوني ناشئ، فالزوج حين يستعمل حقه في إنهاء مركز قانوني ناشئ عن عقد الزواج، إنما يستعمل حقا محدد وخصوصا به وباستعماله لهذا الحق ينشأ أثر قانوني ألا وهو الطلاق، في حين إذا ترتب عن إنهاء المركز القانوني الناشئ عن الزواج أثر لم يكن مصدره إرادة الزوج فهو يعتبر حينئذ فسخا، وهو التوجه الذي ذهب إليه الفقه الحنفي وتمت الإشارة إليه فيما سبق، فإذا قرر الزوج إيقاع الطلاق فلا يمكن التحكم في إرادته ومنعه من الطلاق لأن العصمة بيده يحلها متى شاء حتى وإن تبين للقاضي تعسف الزوج في ذلك الطلاق.⁴

فيما أخضع المشرع الجزائي استعمال الحق الإرادي للزوج في الطلاق للشكل القانوني المنصوص عليه بموجب م49 من ق.أ، حيث أنه لم يبين هل أن ذلك الشرط يعد للإثبات أم أنه شرط للإنعقاد، وقد توصلنا فيما سبق إلى أن حكم القاضي في هذه الحالة يعد شرطا للإنعقاد وليس للإثبات فقط، أي أنه منشئ للطلاق

¹ موحى أسدي اعر، المرجع السابق، ص.200.

² الطاهر بن علي بن بلقاسم الحداد، المرجع السابق، ص.78.

³ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2013/04/11، ملف رقم 0740083، م.ق، ع2، 2013، ص.280.

⁴ عمر زودة، المرجع السابق، ص.17.

وليس كاشفا له وهو ما عبرت عليه كلمة "لا يثبت"، إذ أنه لا يعتد بالطلاق الذي يوقعه الزوج خارج دائرة القضاء في التشريع الجزائري.

2- طبيعة الحق في الطلاق:

طبيعة الحق في الطلاق فقها وقانونا: هل هو حق إرادي؟ الحق نوعان حق يقابله التزام وحق إرادي لا يقابله التزام مقرر لصاحبه فبمجرد التعبير عن إرادته فإنه يحدث ذلك الأثر القانوني، وبالتالي يمكن تعريف الحق الإرادي بأنه سلطة الشخص في إحداث أثر قانوني بمحض إرادته، ويشمل هذا الأثر القانوني إما إنشاء حق جديد أو مركز قانوني جديد أو تعديله أو إنجائه بحسب الأحوال وفي المقابل فإنه لا يقع عليه أي التزام.¹ بناءً على هذا التعريف هل أن حق الزوج في إيقاع الطلاق شبيه بالحق القانوني المستمد من القانون المدني من حيث النتائج والآثار؟

بالرجوع لنظرية الحق في القانون المدني فإن تعريف الحق جاء على أنه "سلطة الإستثمار بالشيء لإحداث أثر قانوني"، بحيث لما يتم الإعتراف للشخص بحق ما فالأصل أن يمارسه بطلاقة دون قيد أو شرط ولا يلام على استعماله، ولا يحمل مسؤولية ذلك انطلاقاً من كونه يمارس حقه الطبيعي الذي خوله القانون دون مساءلة، فإذا ما كنا أمام نظرية الحق المعروفة قانوناً فلا يمكن أن نحمل الزوج مسؤولية استعماله لحقه الأصيل في إيقاع الطلاق.² إختلف الفقهاء الأربعة حول طبيعة الحق في الطلاق فيما إذا كان هذا الحق لا يخضع في استعماله لأي قيد وهو رأي جمهور الفقهاء، حيث يرون بأن الإشهاد ليس شرطاً لوقوعه فيما يرى الظاهرية والجعفرية بأن الإشهاد على الطلاق هو شرط لصحته ووقوعه.³

جاء في نص م52 من ق.أ بأنه يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها إذا أساء الزوج استعمال حقه في الطلاق، ويكون التعويض لجميع المطلقات سواء المطلقة طلاقاً رجعيّاً أو بائناً أو ثلاثاً، وسواء كانت مطلقة قبل الدخول أو بعده، نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يبين الحالات التي يعتبر الزوج من خلالها متعسفاً في الطلاق وإنما ترك ذلك موكلاً للقاضي، وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية فإن الطلاق حق خالص للزوج يستعمله كيف ما شاء، وهذا تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة كأصل عام غير أن الأصل قد ترد عليه بعض الإستثناءات كما قيدته الشريعة الإسلامية بمجموعة من الضوابط من بينها الزمن، فالطلاق لا يكون على

¹ عمر زودة، المرجع نفسه، ص.22.

² باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.25-26.

³ عمر زودة، المرجع السابق، ص.22.

المرأة الحائض ولا في طهر مسها فيه ولا في نفاس ولا تطلق المرأة الحامل حتى يستبان حملها، وقد حدد بعدد معين وهو أن لا يتجاوز الثلاث طلاقات بعدها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره،¹ ويكون الزوج هنا مقيدا بزمن محدد في إيقاع الطلاق وهو ما يعرف بالطلاق السني، وهو أن يطلق الزوج زوجته في حيض أو طهر لم يمسه فيها ودائما ما يكون رجعيًا، وما خالف الطلاق السني فهو طلاق بدعي غير جائز شرعًا، وأغفل التطرق له قانونًا. فيما يرى جانب آخر من الفقه بأن الطلاق حق للزوج يستعمله كيفما شاء دون شرط أو قيد، كما أنه يجب أن لا يقتزن بزمن معين أو يضاف لأجل أو يقيد بشهادة الشهود، وهناك من يرى بأن الزوج يكون مسؤولًا عن فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، حتى ولو كان طلبه ينطوي على مبررات شرعية وأخلاقية فالتصور المطلق للحق أو الحرية في ممارسة الحق في الطلاق، لا تعني الإطلاعية والعشوائية في استخدامه دونما اعتبار لمصلحة الغير فعادة ما يكون طلبه الرامي لفك الرابطة الزوجية ينطوي على كثير من التعسف ويجانبه التبرير الشرعي والقانوني.² جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "من المقرر قانونًا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة دون ذكر أسباب ذلك استنادًا لنص م48 ق.أ، ومتى تبين من قضية الحال بأن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير قد طبقوا صحيح القانون"،³ كما أن الطلاق بالإرادة المنفردة غير متوقف على موافقة الزوجة أو رضاها وأن موافقتها في جلسة الصلح لا يعني أنه أصبح طلاقًا بالتراضي.⁴

الفرع الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة

إن الشارع الحكيم حينما جعل الطلاق بيد الزوج لم يهمل حق المرأة فقد أعطاها ابتداءً حق قبولها بالزوج وحق الإيجاب وحق النظر وحق السؤال وحق الإشتراط الجائز وحق الفسخ للضرر، وحق الخلع وحق طلب التفريق من القاضي كل ذلك دفعًا للضرر المتوقع من الأزواج،⁵ أما منح المرأة الحق المطلق في إيقاع الطلاق من زوجها متى شاءت ودون عوض ودون حدوث ضرر فهو ضرب من الجاهلية، كما أن هناك من يعتبر أن منح الزوجة الحق الأصيل في الخلع يعد تناقض صارخ مع مبدأ العصمة التي جعلته الشريعة الإسلامية بيد الزوج.

¹ مبروك المصري، المرجع السابق، ص.221.

² باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.18.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1999/06/15، ملف رقم 223019، م.ق، ع.خ، 2001، ص.104.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2013/07/11، ملف رقم 0900166، م.ق، ع1، 2014، ص.314.

⁵ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.85.

فالطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة هو طلب منها دون النظر لرضا الزوج أو إرادته، ويعد طلاقاً بائنة تدفع من خلالها الزوجة بدل الخلع الذي يكون بمثابة صداقها كاملاً بعد الدخول، أو أن تنازل عن بعض حقوقها ويمكن أن يكون مقابل الخلع تنازل المختلعة عن حقها في السكنى ولا حق لها في النفقة أثناء العدة، وقد يكون الخلع مقابل إسداء خدمة للزوج، كأن يكون المقابل هو إرضاع أطفالها دون أجره الرضاع، وعلى أن لا تتجاوز الحولين وإن ماتت فإن حق الرضاع أو النفقة يكون من مالها الخاص، كما يمكن أن يكون الخلع مقابل تنازل الأم عن حضانة الأطفال على أن لا يكون في ذلك إضرار بمصلحة الأطفال تطبيقاً لنص م 64 من ق.أ، أما إذا طالبت بالخلع قبل الدخول فلها أن تسترد جميع تكاليف الزواج ويقوم القاضي بفسخ العقد، كما يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة في حالات أخرى:

- في حالة التفويض أو التخيير أو التملك الممنوحة لها من طرف الزوج.
- إذا اشترطت في عقد الزواج أن تكون العصمة بيدها وقبل الزوج بذلك.
- الإخلال بشرط من الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو عقد لاحق يحولها طلب فسخ العقد، على أن يكون الزوج قد وافق عليه مسبقاً وأن لا يكون شرطاً فاسداً يتعارض مع الزواج.
- الطلاق لعدم الإنفاق على الزوجة أو للضرر أو لغيبه الزوج لمدة طويلة.
- إعطاء الزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية مقابلاً لحق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة
- حق المرأة الإرادي والمنفرد في إيقاع الطلاق مقابل مال تدفعه.¹

أولاً: الخلع القضائي

يتم في هذه الحالة الخلع بطلب من الزوجة وبحكم القاضي لدى الحنفية وهو رأي قد انفرد به،² فإذا كانت المرأة تبغض زوجها أو تكرهه لخلق أو خلق أو دين أو كبر أو ضعف ونحوها، وخشيت أن لا تقيم حدود الله جاز لها أن تطلب الخلع بعوض تفتدي به نفسها منه، فقد ذكر الخلع في كتاب الله بلفظ الفدية أي مقابل مال كما قد رسم الإسلام معالم وحدود الخلع قبل أن يوضع في قالب قانوني، فإذا بغضت المرأة زوجها ونفرت منه هل يكون الخلع في هذه الحالة بالتراضي بين الزوجين أم أنه يجوز أن تكون بالإرادة المنفردة للزوجة؟ وهل أن صدور الإرادة من الزوجة مطلقة يقع بها الطلاق مباشرة، أم أنها تحتاج لحكم القاضي وبالتالي تعتبر بمثابة فسخ

¹ الحسين بن شيخ آث ملوياً، المرجع السابق، ص. 167-169.

² الخلع يكون بطلب من الزوجة وبحكم القاضي هو رأي انفرد به الحنفية، فيما يرى بقية الفقهاء أن الخلع يكون رضائي، كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج 4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 190.

لعقد الزواج؟ وهل أن إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع يحتاج لألفاظ مخصوصة، وماذا لو اقترن الخلع بأحد عيوب الإرادة هل يكون باطلا شأنه في ذلك شأن باقي التبرعات؟

توصلنا فيما سبق إلى أنه من المفترض أن يتم الإتفاق بين الزوجين على الخلع وفي حالة عدم تراضي الزوجين عليه يحق للزوجة طلب الخلع دون موافقة الزوج، وبالتالي فإن الخلع بحكم القاضي بناءً على طلب من الزوجة يكون نتيجة عدم تراضي الزوجين على الخلع، وبخلاف الخلع الإتفاقي ففي الخلع القضائي لسنا أمام عقد بين طرفين، فهل أن المشرع الجزائري وضع طلاق الخلع بيد القاضي بدلا من جعله بيد الزوج وحده أو بيد الحكّمين؟ فقد يكون الخلع بيد الحكّمين للشقاق بين الزوجين، وقد يكون سبب كراهة المرأة لزوجها الشقاق أو عدم الوثام كما قد يكون النشوز بسبب كراهة أحد الزوجين للآخر، وإن ما يفرق الخلع عن التطليق أن الأول يكون مقابل بدل تدفعه المرأة لزوجها لطلب الطلاق، فهل يكون الطلاق للشقاق حينئذ تطليقا أم خلعا؟

1- الخلع طلاق أم فسخ

الخلع القضائي هو ما يوقعه القاضي بناءً على طلب من الزوجة المدعية ودون اشتراط موافقة الزوج بعد إجراء عدة محاولات صلح وعلى هذا الأساس هناك من يعتبره فسخا وهناك من يرى بأنه يقع طلاقا بائنا، وهناك من يعتبره طلاقا إذا تم الدخول بالمرأة وعليها رد الصداق كاملا، وفسخا إذا تم طلب الطلاق قبل الدخول وعليها في هذه الحالة رد الصداق المدفوع وكذا نفقات الزواج،¹ وهناك من يعتبر الخلع كأصل عام طلاقا رجعيًا وهناك من لا يعتبر الخلع طلاقا رجعيًا إلا إذا كان بغير عوض، ويعد الخلع فسخا لدى بعض الشافعية والحنابلة ولا يحتسب طالقا، فيما اعتبره البعض الآخر من الشافعية والحنفية طلاقا بائنا يحتسب به عدد الطلقات، ويكون طلاقا رجعيًا لدى المالكية.

كما يرى بعض الفقهاء أن الخلع إذا كان متوقف على رضا الزوج فهو طلاق بائن وإذا كان بحكم القاضي كان فسخا،² وهو ما نص عليه القانون اليمني رقم 27 لسنة 1998 في مادته 54 بما أسماه "بالفسخ

¹ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص. 148.

² الخلع لدى جمهور الفقهاء كناية يقع بها الطلاق بائنا بالنية، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 374. وبالتالي فالخلع طلاق لدى الجمهور ويقع طلقة واحدة بائنة لا رجعة فيها، محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص. 718. فيما يعتبره بعض الشافعية والحنابلة فسخ ولا تحتسب به عدد الطلقات، أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج 10، المرجع السابق، ص. 16. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق ج 4، ص. 410. وللحنابلة قول آخر أن الطلقة في الخلع تقع بائنة وتنقص عدد الطلقات، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق ص. 176-181. بعض الشافعية والحنفية يعتبرونه طلاق بائن يحتسب به عدد الطلقات

للكراهية" بطلب من الزوجة والسلطة تبقى للقاضي في إيقاع الطلاق بعد استنفاد جميع طرق الصلح، وفي هذه الحالة يلزم القاضي الزوج بالطلاق مقابل رد الزوجة للصدّاق، فيما يرى جمهور الفقهاء بأن الخلع إذا كان بلفظ الطلاق أو بنيته وقع طلاقاً بائناً، كما أن الخلع لو كان فسخاً فإنه لا يجوز إلا بصدّاق فإن جاز بغير ذلك خرج من دائرة الفسخ لدائرة الطلاق، كما أن الفرقة مادام أنها حدثت بعد النكاح فهي طلاق ويقال الخلع فسخ لأنه لا يحتسب به عدد الطلقات.¹

ومادام أن العصمة بيده الزوج في إيقاع الطلاق وهو يتحمل تبعاته من نفقة وغيرها، وبالمقابل للزوجة طريق الخلع الذي منحه لها الإسلام وتتحمّل تبعاته من بدل الخلع دون رضا الزوج، وإذا تم الخلع بين الزوج وشخص أجنبي يدفع بدل الخلع، أما وقوع الخلع ممن كان عديم الأهلية كالصغيرة والمريضة وبين الولي والزوج يجوز للمريضة مرض الموت أن تخالع نفسها، غير أن بدل الخلع يكون في حدود الثلث لدى الأحناف إذ أنه يصبح بمثابة وصية دون الوقوف على إجازة أحد.²

وإذا نوى الزوج بالطلاق خلعا وانصرف البذل إلى مهرها وتوقف على قبولها، وإن نوى به طلاقاً كان الطلاق بائناً دون الوقوف على قبول الزوجة وإن لم ينوي شيئاً فلا يقع به شيء،³ وفي حالة لم يذكر بدل الخلع فإنه يتم الرجوع لنية الزوج فإن نوى به خلعا وقع كذلك، وإن نوى به طلاقاً عد طلاقاً بائناً دون النظر لقبول الزوجة وإن لم ينوي شيئاً فلا يقع به شيء، ومادام أن الخلع طلاق بائن فإنه ينقص ما يملكه الزوج من طلقات. وبالتالي فإن الخلع يقع في جميع الأحوال طلاقاً بائناً لا يقبل أي طعن فيما عدا جوانبه المادية، ومع ذلك فإنه تحتسب العدة ولا تحتسب طلاقاً مكملًا في الطلاق الثلاث،⁴ أما عند الحنابلة والظاهرية فهو في جميع

= كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.188. شمس الدين السرخسي، ج6، المرجع السابق، ص.171. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.293. ولدى الشافعية في قول الفرقة بلفظ الخلع طلاق وفي قول آخر فسخ لا ينقص عدد الطلقات، فالأول كناية وهو الأصح لأن الفسوخ كناية والثاني صريح، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.354-355. الخلع طلاق فلا يقع إلا بما يقع به الطلاق الإمام محمد بن إدريس الشافعي المرجع السابق، ص.502-504. مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص.121. وأخيراً لدى المالكية يعد طلاقاً رجعيًا، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.129. الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص.241.

¹ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.191.

² هشام حسني مهدي، المرجع السابق، ص.25-27.

³ باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.59.

⁴ هشام حسني مهدي، المرجع السابق، ص.14.

الأحوال طلاق رجعي يقع بإرادة الزوج إلا إذا كان قد طلقها ثلاثاً أو أنه قد استنفذ جميع الطلقات فينقلب بائناً،¹ ومادام أن الخلع طلاق بائن فلا يمكن للزوج مراجعة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين، وبطلان البذل في الطلاق على مال يجعله طلاقاً رجعياً وإذا بطل في الخلع فسد فلا يقع به شيء وقيل يقع طلاقاً رجعياً.

فقد يكون الخلع لدى البعض طلاقاً بعوض وهو عقد معلق على دفع المال المسمى من طرف الزوجة وقبوله من طرف الزوج، وهو عقد كسائر العقود بحيث يتوفر ركنه وهو الإيجاب والقبول بألفاظ مخصوصة في مجلس واحد، في حين يعد ركن الطلاق دون عوض هو لفظ الطلاق الصريح أو عن طريق الكناية لدى الحنفية والحنابلة وبعض المالكية، أما لدى البعض الآخر من المالكية والشافعية فإنه لا يقع بألفاظ مخصوصة، أما المالكية فإنهم لا يشترطون في الخلع أن يكون بعوض، وإنما يكفي أن يكون بلفظ مخصوص يفيد معنى المخالعة على خلاف الحنفية التي يرون عكس هذا الرأي تماماً.²

ويمكن أن يكون العوض كل ما يجوز التعامل به سواء كان مالا منقولاً أو عقاراً أو خدمة المهم أن تكون قيمة ذلك المال معلوماً، كما يمكن أن يكون في حدود الصداق أو أن يجاوزه إلى كل ما تملك الزوجة بحسب الأحوال، غير أنه غالباً ما يكون العوض مبلغ من المال وهو الصداق الذي قدمه الزوج لزوجته أثناء إبرام عقد الزواج كما يتمثل في مهر المثل أو المهر كاملاً،³ حيث إذا لم يتفق الزوجان على مقابل الخلع يحكم القاضي بما لا يجاوز صداق المثل، وهو ما جاء في نص م54 من ق.أ "للمطلقة نصف المهر قبل الدخول"، وما أكدته م16 من ق.أ "تستحق الزوجة نصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول"، وفي الشريعة الإسلامية إذا طلبت الزوجة الفرقة من زوجها دونما إساءة منه لزم عليها رد الصداق كاملاً، أي أن المبلغ الذي يدفع في مقابل الخلع إنما هو الصداق الذي دفعه الزوج دون زيادة ولا نقصان.

¹ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص.41.

² الحنفية والحنابلة دون عوض الحنفية دون عوض ودون لفظ مخصوص، شمس الدين السرخسي، ج6، المرجع السابق، ص.173. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.291. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.405. المالكية والشافعية بألفاظ مخصوصة باللفظ مخصوص بدون عوض، المالكية: شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.347. والخلع لدى الشافعية فرقة بعوض بلفظ الطلاق أو الخلع، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.347. إذ أن من لا يلحقها الطلاق بعوض لا يلحقها بغير عوض، أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج10، المرجع السابق، ص.37. الخلع جائز ولا يقع إلا بعوض مالي، مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص.122. فالخلع باطل والعوض مردود عليها، محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص.718.

³ الحسين بن شيخ آث ملوياً، المرجع السابق، ص.126.

وهنا يكمن الفرق بين الخلع والطلاق على مال كأن تطلب الزوجة من زوجها أن يطلقها بمقابل مالي فهل أن الزوجة تفقد بذلك النفقة؟ فالخلع لدى جمهور الفقهاء يعد طلاقاً إذ أنه يترتب عليه نفس الآثار من عدة ونفقة وغيرها،¹ أما الطلاق على مال دائماً يقع فسخاً فيما يمكن أن يقع الخلع فسخاً أو طلاقاً، ويرى كل من الحنفية والمالكية والشافعية بأنه ليس هناك فرق بين الخلع والطلاق على مال، فكلاهما يقعان بائنين ويجب فيهما البذل وهما بذلك معاوضة.

وفيما يخص الخلع والطلاق على مال يرى الأستاذ بلحاج العربي بأن الخلع يكتف على أنه طلاق على مال لأن طلاقها في هذه الحالة معلق على شرط قبول المال،² وإذا كان الطلاق على مال بغير لفظ الخلع فالخلع عند الحنفية يجب أن يكون بكل لفظ يفيد معنى الخلع أما لدى المالكية فلا يشترط ذلك، فيما يرى الشافعية بأنه لا فرق بين الخلع والطلاق على مال فهما اسمان لشيء واحد، ومادام أن المناط واحد وهو أن تفتدي الزوجة نفسها مقابل مال تدفعه للزوج.³

يلاحظ من الوهلة الأولى بالنسبة للقانون الجزائري أنه اعتبر الخلع طلاقاً وليس فسخاً بحيث نص على هذا الأخير ضمن الفصل الثالث من قانون الأسرة المعنون "بالنكاح الباطل والفساد" بموجب نصوص المواد 32 لغاية م35، ويتحقق في حالة وجود عيب شاب العقد أدى إلى اختلال ركنه واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، أما الخلع فقد نص عليه ضمن الفصل الخاص بالطلاق بموجب نص م54 ق.أ، واعتبره صورة من صور فك الرابطة الزوجية وهو يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتريها أي عارض أو عيب، وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها والذي جاء فيه: "لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح".⁴

¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.345.

² خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناءً على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، د.ط دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص.199-201.

³ الحنفية والمالكية والشافعية ليس هناك فرق كلاهما طلاق بائن، الطلاق على مال يجب العوض فيما الخلع لا يجب العوض شمس الدين السرخسي، ج6، المرجع السابق، ص.190. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق، المرجع السابق ص.295. الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.241. أما المالكية والشافعية لا يشترط لفظ الخلع بعوض أو بغير عوض والشافعية، لا فرق بين الخلع والطلاق على مال كلاهما بعوض الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.652.

⁴ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1969/02/05، م.ق. ع1، ص.148، ن.ق، 1969، ص.264. أشار إليه: بلحاج العربي قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.198.

وفيما يخص الخلع طلاقاً أم فسخ يرى المشرع الجزائري بأن الخلع طلاق وهو ما تم استنتاجه من خلال ترتيب النصوص القانونية، حيث أنه كما قلنا ذكر الفسخ ضمن نصوص المواد 32-35 ق.أ، أما الطلاق فقد ورد في الباب الثاني تحت عنوان "انحلال الزواج" وذلك في المواد من 47 وما يليها من ق.أ، فقد ذكر المشرع الجزائري الطلاق بالإرادة المنفردة ضمن نص م48 منفصلاً عن حالات التطليق والخلع، وبالتالي يعد إقراراً منه على أنهما ليسا طلاقاً بالإرادة المنفردة للزوجة وبالتالي ليسا حقاً أصيلاً لها، غير أنه كان عليه إستبدال عبارة "عملاً بما جاء في المادتين 53 و54" التي جاءت ضمن نص م48 بعبارة "في حدود ما ورد في المادتين".

2- الخلع يمين أم معاوضة

يرى جمهور الفقهاء من شافعية وحنابلة بأن الخلع يمين سواء وقع من جانب الزوج أو الزوجة، كما أن دفع بدل الخلع يعد طلاقاً معلقاً والتعليق في اصطلاح الفقهاء يعد يمينا،¹ فيما يرى الحنفية بأن الخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة، لأنه يتم مقابل مال من جانب للجانب الآخر غير أنها ليست معاوضة محضة، بل هي من قبيل التبرعات لأن العوض فيها لا يعد مالا شرعاً أي أنه شبيه بالتبرع إذ أنها تدفع المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية، كما أنه بتراضي الزوجين على الخلع هما لا ينشأن حقاً لهما وإنما هذا الحق مقرر شرعاً، ولو كان الخلع معاوضة من جانب الزوج لصح رجوعه قبل قبولها،² فالخلع إذا يمين من جانب الزوج لأنه لا رجوع في اليمين ومعاوضة من جانب الزوجة، ولا يتم إلا بإيجاب وقبول من الجانبين إيجاب من الزوجة بعرض العوض على الزوج ويقابله قبول منه في إيقاع الطلاق، لأن استحقاق البدل متوقف على قبول الزوجة كما يجوز للزوج أن يعلق الخلع على شرط أو يضيفه لأجل.³

غير أنه لا يجوز بالنسبة للزوجة أن يكون الخلع معلق ومضافاً لأجل لأنه يعتبر من جهتها معاوضة بينما يصح شرط الخيار للمرأة في الخلع لدى الأحناف، ولا يصح عند غيرهم إذ أن شرط الخيار يقع باطلاً، غير أن هذه المعاوضة ليست كباقي المعاوضات أي أنها ليست معاوضة خالصة، إذ أن هذه الأخيرة يكون فيها البدل إما مالا أو شيء آخر يقوم مقام المال أما بدل الخلع يعد خالصاً لنفسها فهو ليس مالا ولا ما يقوم مقام المال.⁴

¹ لدى الشافعية أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج10، المرجع السابق، ص.60. لدى الحنابلة: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.410. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص.178.

² منال محمود المشني، المرجع السابق، ص.62.

³ هشام حسني مهدي، المرجع السابق، ص.31-32.

⁴ باديس ديايي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.68.

كان المشرع الجزائري يأخذ برأي الحنفية ويعتبر الخلع يمين من جهة الزوج ومعاوضة من جهة الزوجة بالنسبة للقانون رقم 84-11، حيث يرى الأستاذ بلحاج العربي من خلال تفسيره لنص م54 من ق.أ بأنه: إذا اتفق الزوجان على أن يدفع المال مقابل الطلاق وتم ذلك بإيجاب وقبول متبادلين سمي ذلك مخالعة، والتكييف القانوني لمثل هذا التصرف هو "طلاق على مال" يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة،¹ فيما عرف الأستاذ عبد العزيز سعد الخلع بأنه: "عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف بحيث يصدر بإيجاب من أحد الزوجين يقابله قبول من طرف الزوجة إذ أنه شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مال يتفقان على مقداره، وإذا لم يتم إتفاقهما يحكم القاضي بما لا يجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".²

فيما أصبح المشرع الجزائري يأخذ برأي الظاهرية بأن الخلع ليس بعقد بين الزوجين وإنما هو حق أصيل تنفرد به الزوجة، يحق لها اللجوء إليه متى شاءت ومتى تبين لها استحالة مواصلة العشرة الزوجية، وبالتالي فإنها لا تحتاج لمجلس عقد ولا لإيجاب من الزوج، ويخول من خلال نص م54 من ق.أ المعدلة للمرأة حق مطالبتها بمخالعة نفسها من زوجها دون اشتراط قبوله طلبها الرامي إلى الخلع ودون تدخل القاضي.³

وبالتالي فإن الخلع في هذه الحالة يكون للمرأة مقابل ما بيد الرجل من طلاق، فيما كانت أغلب التعاريف التي قيلت في الخلع تؤكد على رضائية الخلع أي أنه لا يقع إلا إذا رضي به كلا من الطرفين، أما الفكرة السائدة في الفقه الإسلامي أن الخلع هو ذلك الباب الذي تسلكه الزوجة للحصول على حريتها في إنهاء الرابطة الزوجية متى أحست بالنفور النفسي من زوجها، غير أن ذلك يجب أن يتوقف على رضا الزوج وإن عارض إيجاب الزوجة وقع الخلع باطلا، وهو ما أدى بالمشرع الجزائري لتبني تكييف مختلف للخلع يكمن في أحقية الزوجة في مخالعة نفسها من زوجها دون الرجوع لموافقة.

أما التطبيق يكون بأسباب قد ذكرتها نص م53 من ق.أ غير أنه إذا تعذر إثبات تلك الأسباب يمكن للمرأة أن تلجأ للخلع، وبالتالي تنفادى دعوى الشقاق والنزاع وطول أمد الإجراءات وما ينتج عنها من إعلان للخصوصية وفضح لأسرار البيوت وحضور الشهود كما قد تكسب الدعوى أو لا تكسبها،⁴ غير أنه في بعض

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 263-264.

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص. 248.

³ دليلة فركوس وجمال عياشي، المرجع السابق، ص. 38.

⁴ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص. 47.

الحالات قد تستصعب عليها حتى الطريق الثانية لعدم توفرها على بدل الخلع،¹ غير أنه هناك من يرى بأن الخلع دون سبب لا يجوز استنادا لظاهر الآية القرآنية، لقوله تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا".² وبالتالي في هذه الحالة يتم اللجوء للخلع بالتراضي وبعد الصلح والتحكيم إذا لم يقبل الزوج بالخلع ألزمه القاضي بذلك لتحقيق الشقاق في هذه الحالة،³ وإذا خلعت المرأة نفسها مقابل مال دفعته ومن ثم تبين أن الزوج قد طلقها قبل ذلك طلاقا بائنا يمكنها حينئذ أن تراجع بدل الخلع ويحكم القاضي بالطلاق،⁴ وإذا رفعت الزوجة طلب الخلع للقاضي مقابل بدل تدفعه وظهرت إحدى الحالات التي يقع بها التطليق، كأن يثبت إضرار الزوج بها أو قد دفعها لطلب الخلع فإنه يحكم لها بذلك ويبطل الخلع، ويتم رد البذل إليها كي لا يجتمع ضرر الفراق وقيمة التعويض، لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبِينَةٍ"،⁵ إذ أن من حق الزوجة مخالعة نفسها مادام أنها لم تعد تطيق معاشرته زوجها دون أن تملك أي مبرر شرعي للفراق، ودون أن تدفع له تعويضا مقابل ذلك إن كانت هي قد تضررت منه وأثبتت ذلك.

توصلنا فيما سبق إلى أن الخلع بالتراضي يبدأ بين الزوجين وبعد إجراء عدة محاولات صلح، وفي حالة عدم التراضي يمكن للمرأة أن ترفع طلب للقاضي بأن يخالعها من زوجها، مقابل بدل تدفعه ويكون بمقدار الصداق الذي دفع لها بالإضافة إلى تنازلها عن بعض حقوقها المالية المقدرة لها شرعا وقانونا، دون الحقوق الأخرى من حضانة ونفقة الأولاد، وبالتالي يسقط حقها في النفقة والسكن إذا هي أبرأت الزوج من ذلك.

¹ هذا الرأي لم يأخذ به لا التشريع ولا القضاء الجزائري حيث جاء في قرار للمحكمة العليا يؤكد بأن الخلع يجب أن يكون مقابل عوض بقوله: "تحديد مبلغ الخلع يعد عنصرا أساسيا في طلاق الخلع، يحدده القاضي وجوبا في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه". المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2001/10/17، ملف رقم 275497، م.ق، ع 2، 2004، ص.353. وفي قرار آخر: "استجابة المحكمة لدعوى الخلع دون عرض مقابل الخلع مخالف للقانون". المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2021/03/03 ملف رقم 1449378، م.ق، ع 1، 2021، ص.66.

² سورة النساء، الآية 35.

³ هشام حسني مهدي، المرجع السابق، ص.22-23.

⁴ هشام حسني مهدي، المرجع نفسه، ص.34.

⁵ سورة النساء، الآية 19.

فالخلع هو الفرقة بين الزوجين بلفظ الخلع وفيما معناه كالفداء أو الإفتداء مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها،¹ وتدفع الزوجة الفدية مقابل ما بذله الزوج من مهر ونفقة وغيرها من المصاريف الأخرى، أما إذا كانت قيمة الخلع بصدّاق المثل وقت صدور الحكم فإن كان قد دفع لها أقل من ذلك وقت العقد وفق جمهور الفقهاء فإنه يجوز أن يأخذ الزوج منها أكثر مما أعطاه، لشمول الآية التي استدلوها بها "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"²، فيما يرى البعض الآخر من الفقهاء أنه لا يجوز أن يأخذ الزوج من زوجته الزيادة واستدلوها في ذلك بالحديث الذي روي عن النبي ﷺ "ردى إليه حديثه" وهي كان قد صدّقها إياها دون زيادة أو نقصان فمن رأى بأن عموم الكتاب يخص بأحادي الحديث قال بعدم جواز الزيادة، ومن يرى بأن عموم الكتاب لا يخص بأحادي الحديث قال بجواز الزيادة.³

خلاصة القول بأن الفقه يعتبر الطلاق يمينا سواء وقع من جهة الزوج أو الزوجة، فيما اعتبر الحنفية الخلع يمينا إذا وقع من جهة الزوج إذ أن الطلاق المعلق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء، أما بالنسبة للزوجة فإنه يعتبر معاوضة مادام أنها قبلت بدفع العوض، غير أن هذه المعاوضة تختلف عن تلك المذكورة في القانون المدني، لأن ما يقابل بدل المرأة لا يكون مالا أو شيء يقوم مقام المال وإنما يكون حق خالص لنفسها.⁴

3- الخلع حق أم رخصة

رأينا سابقا أن الحق هو سلطة الإستتار بالشيء وعندما نقر لشخص بحق إنما نتصور استعماله لذلك الحق بصفة مطلقة دون قيد أو شرط وفي أي وقت يشاء، أما الرخصة فهي القيام بتصرف ما بشرط إجازته كونه عمل يتوقف قيامه على موافقة من يرخصه ويمجّزه، يرى الظاهرية بأن الخلع ليس بعقد بين الزوجين بل هو حق خالص للزوجة تلجأ إليه المرأة متى تبين لها استحالة مواصلة العشرة الزوجية، إذ أنها بذلك لا تحتاج لمجلس عقد ولا لقبول من الزوج.⁵

فيما لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة تكييف الخلع من خلال استقراءنا للنصوص القانونية، وإنما ترك ذلك للفقه والقضاء فقد اكتفى المشرع الجزائري بنص واحد فيما يتعلق بموضوع الخلع، وقد رأينا بأن الخلع يعد

¹ هشام حسني مهدي، المرجع السابق، ص. 13-14.

² سورة البقرة، الآية. 229.

³ هشام حسني مهدي، المرجع السابق، ص. 21-22.

⁴ باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص. 64.

⁵ باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع نفسه، ص. 65.

بينما من طرف الزوج لارتباطه بالطلاق ومعاوضة من جهة الزوجة لارتباطها ببطل الخلع، بينما جاء توجه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة رقم 84-11 لرأي الحنفية في أن الخلع عقد، إذ أنه يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة، وأنه يشترط فيه موافقة الزوج بحيث يكون هناك إيجاب وقبول في مجلس العقد.

بينما الغموض كان السيد في م54 بموجب القانون رقم 84-11 كونها لم تحسم المسألة فيما يخص الخلع أهو حق مطلق للمرأة تستعمله كيفما تشاء ووقتاً تشاء، أم أنه يخضع لقبول ورضا الزوج فالأمر لم يكن مستتباً في القانون الجزائري قبل التعديل، كما أنه كان محل خلاف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، ما انعكس سلباً على القرارات القضائية من خلال التضارب الحاصل بين مصطلحي الحق والرخصة، ففي قرار للمحكمة العليا لسنة 1999 جاء فيه أن: "الخلع رخصة تستعملها الزوجة لتفدي نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه دون موافقة الزوج"،¹ فهو من جهة قد اعتبر الخلع رخصة ومن جهة ثانية لم يشترط موافقة الزوج وكأنه حق مطلق للمرأة، والملاحظ من خلال هذا القرار أنه لم يفرق بين الحق والرخصة إذ أنه في الوقت الذي أقر للزوجة بمخالعة زوجها دون الرجوع لموافقتها فقد أعطاهما الحق المطلق في ذلك، وبالتالي فإنه ليس مجرد رخصة ذلك أن الحق كما رأينا هو سلطة الاستئثار بالشيء، وعندما نقر لشخص ما حقاً فإنه يتصور أن يستعمله بكل طلاقة دون قيد أو شرط وفي أي وقت، أما الرخصة فهي القيام بتصرف شرط أن يكون هناك إجازة.²

فيما تغير رأي المشرع بموجب تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 بحيث تأثر برأي الظاهرية، وارتقى المشرع الجزائري بالخلع لحق أصيل للزوجة يتم دون موافقة الزوج يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج دون الرجوع لرضاه، وبالتالي أصبح الخلع حق مطلق للزوجة تستعمله كيفما شاءت دون العودة لإجازة الزوج، بحيث نص بصريح العبارة ضمن م54 بأنه: "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، فيما كان القضاء الجزائري حتى وقت متأخر يعتبر الخلع قد شرع لمصلحة الزوجة في صورة رخصة، لتمكينها من طلب الطلاق من زوج أصبحت تبغضه ولم تعد تتحمل عشرته، بينما لم يتم منحها إياه في صورة حق مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، بالرغم من أن نص المادة يوهم بذلك عندما أضاف عبارة "دون موافقة الزوج"،³ إلى غاية صدور قرار سنة 2012 جاء في فحواه أن: "الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج".⁴

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 16/03/1999، ملف رقم 216239، م.ق، ع.خ، 2001، ص.138.

² باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.79.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.129.

⁴ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 15/09/2011، ملف رقم 656259، م.ق، ع.1، 2012، ص.318.

وفي الأخير نقول بأن المشرع الجزائري قد اعتبر الخلع ضمن نص م54 من ق.أ.معدلة حقا أصيلا للزوجة وذلك دون موافقة الزوج، نراها مبادرة حسنة من المشرع عكس المشرع المغربي الذي اعتبر الخلع في مدونة الأسرة رخصة للزوجة بحيث تكون إرادة الزوجة مقيدة بإجازة الزوج، فهو لا يعترف إلا بالخلع الرضائي وهو ما نصت عليه م115 بقولها: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع..."، وبخلاف كل من المشرعين الجزائري والمغربي فإن المشرع التونسي لم ينص على الخلع إطلاقا.¹

ثانيا: التطبيق القضائي

يعد التطبيق الصورة الثانية من صور الطلاق التي ابتدعها الاجتهاد والفقهاء القضائيين تتمثل في الطلاق عن طريق القاضي الذي يقوم برفع الغبن عن المرأة، وهذه الصورة لا تكون بإرادة الزوجة المنفردة وإنما تكون للقاضي، إذ أنه لم يرد التطبيق بهذا المصطلح كما لم يذكر بشأنه نص صريح في الشريعة الإسلامية وإنما جاء بمصطلح تفريق القاضي، جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، وأن التطبيق هو حق للمرأة المتضررة ترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية".²

أ- هل أن التطبيق بذلك يعتبر صورة تقترب لدرجة الحق الأصيل بدلا عن الرخصة والجواز؟

يعتبر التطبيق بمثابة رخصة للزوجة إذ أن الطلاق في هذه الحالة لا يعد صادرا عن إرادتها المنفردة وإنما يكون ذلك عن طريق القضاء، وأن التطبيق من طرف الزوجة يجب أن يكون مؤسس كما يجب عليها أن تثبت الضرر الذي أدى بها لطلب التطبيق، وأن كل حكم بخلاف ذلك يعد تصرّحا من القضاء على أن للزوجة أحقية في طلب الطلاق مثلها مثل الرجل تماما، بالرغم من أن هناك محاولات لمنح المرأة ذلك الحق لتحقيق المساواة بينها وبين الرجل، فقد عمل المشرع الجزائري من خلال تعديله لنص م53 على تسهيل مهمة الزوجة في تأسيس طلبها وأعطاها فرصا أخرى إضافية تجعل من رخصتها الجوازية أن ترتقي لمرتبة الحق الأصيل الذي يقابل إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق، وبإضافة حالات أخرى للتطبيق أصبحت هذه الصورة تقترب لدرجة الحق الأصيل بدلا من الرخصة والجواز، حيث أصبحت صورة التطبيق تقترب إلى حد كبير من مجرد طلب مشروط إلى حق

¹ عماري نور الدين، المرجع السابق، ص.10.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/12/03، ملف رقم 35026، م.ق، ع4، 1989، ص.86.

أصيل، ويبقى التطلق مسألة لا تتعلق بالحق الأصيل مثلها مثل الزوج وإنما يجب على الزوجة أن تؤسس طلبها وأن تثبت الضرر الذي تعرضت له من جراء ذلك والحكم لها بالإضافة لذلك بتعويض عادل.¹

كما أن المشرع الجزائري بتوسعه في حالات التطلق قد تدارك الوضع بتصحيح نص م4/53 من ق.أ من خلال استبدال كلمة "عقوبة" بكلمة "جريمة" مثلاً، فإنه بذلك قد تخلص عن تحديد نوع العقوبة ومقدارها للحكم للزوجة بالتطلق، ما أعطى للزوجة فرصاً أكثر تجعل من رخصتها الجوازية أن ترتقي شيئاً فشيئاً لمرتبة الحق الأصيل الذي يكون في مقابل إرادة الزوج المنفردة في إيقاع الطلاق.

كما أن الملاحظ من خلال تعديل م53 من ق.أ أنه قد فصل حالات كانت موجودة أصلاً من قبل وارتقى بها لفقرة مستقلة، ومن ذلك نجد فقرة الضرر المعتبر شرعاً التي كانت تضم حالة مخالفة م8 المتعلقة بتعدد الزوجات، وحالة مخالفة م37 والمتعلقة حسب مفهوم المادة بمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج وأخيراً الشقاق المستمر بين الزوجين، مع الإبقاء على فقرة "كل ضرر معتبر شرعاً" وفي ذلك توسيع لحظوظ المرأة في طلب التطلق لكل ضرر أصابها، وبالتالي ارتقى بصورة التطلق من مجرد رخصة إلى مرتبة الحق الأصيل وهو نتاج الاجتهاد القضائي في هذه المسألة.

والحقيقة أن صورة التطلق استحدثت لإيجاد رخصة وبالتالي فهي لا تعطي الحق للزوجة في فك زوجيتها بالإرادة المنفردة، وإنما يكون ذلك عن طريق القاضي وبالحالات التي نص عليها القانون عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية،² وبالتالي فإن التطلق يعتبر في هذه الحالة مكنة منحها المشرع للزوجة تلجأ من خلالها للقضاء بطلب الفرقة استناداً لأسباب محددة قانوناً، وأن للقاضي السلطة التقديرية في عدم قبول طلبها إن لم يكن مؤسساً على تلك الأسباب، ومادام أن السلطة ظلت بيد القاضي في الحكم بالتطلق فهل تعد هذه الفرقة حينئذ فسخاً أم طلاقاً؟

حيث رأينا فيما سبق بأن التفريق إذا كان متوقفاً على حكم القاضي فهو فسخ، فيما يرى المالكية بأن التفريق بين الزوجين للغيبه هو طلاق لأنها فرقة من نكاح صحيح،³ وأن كل طلاق يوقعه القاضي هو طلاق

¹ باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.54.

² باديس دياي، المرجع نفسه، ص.57.

³ الطلاق للضرر لدى المالكية طلاق بائن باستثناء التطلق لعدم الإنفاق طلاق رجعي، الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3 المرجع السابق، ص.15. وهو نفس الشيء بالنسبة للحنفية تطليقة بئنة، أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق المرجع السابق، ص.377. والشافعية: الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.473.

بائن باستثناء التطبيق لعدم الإنفاق وهناك من يرى بأنها طلاق رجعي، أما الحنايلة فيرون بأن التفريق بسبب غيبة الزوج هو فسخ لأنها فرقة لم تصدر من الزوج لنقول بأنها طلاق، ولا من الزوجة بتفويض من زوجها وهو الرأي الراجح.¹

ب- مدى إشتراك حالات التطبيق في معنى إحداث الضرر

كثيرا ما نجد هذه الحالات المذكورة تحت عنوان "التفريق للإضرار بالزوجة" فإذا تضررت من زوجها ضررا بالغا وأثبتت ذلك أمام القضاء يبيح لها الطلاق من زوجها بموجب حكم قضائي، وأن كل فرقة سواء طلاق يوقعه الزوج أو الخلع أو تطليق القاضي لا بد أن يحقق المصلحة ويدفع الضرر ما أمكن، ولكن كيف يمكن تحديد نوع الضرر الذي يوجب الحكم بالتطليق ما دام أن مناط التفريق هو الضرر في جميع الأحوال؟

لم يحدد المشرع الجزائري معنى الضرر المقصود وترك السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في تحديد نوع ذلك الضرر الذي تعرضت له الزوجة من طرف زوجها والذي أدى بها لطلب التطليق، فيما نجد المشرع المغربي قد تدارك الوضع من خلال تعديل مدونة الأسرة من خلال تحديد نوع الضرر الذي تتعرض له الزوجة، ويستحيل معه الإستمرار في الحياة الزوجية والذي يكون سببا في طلبها للتطليق، حيث جاء في نص م2/99 من المدونة بأنه: "كل سلوك أو تصرف مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة سواء كان ماديا كالضرب أو معنويا كالسب والشتم والخيانة"، فإذا تضررت الزوجة من زوجها بأحد هذه الأضرار البليغة وأثبتت ذلك أمام القضاء يبيح لها الطلاق من زوجها بموجب حكم قضائي، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد حصروا حالات الطلاق بطلب من الزوجة في أربع حالات دون الإشارة لمعنى الضرر:

التطليق لعدم الإنفاق، التطليق للضرر، التطليق لغيبة الزوج، التطليق لحبس الزوج، أما المشرع الجزائري قبل التعديل فإنه قد ذكر 7 حالات لطلب التطليق فيما تم بموجب التعديل من إضافة ثلاث حالات ليصيروا عشر ومن بين هذه الحالات نجد: مخالفة الأحكام الواردة في م8، مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أي مخالفة أحكام م37، الشقاق المستمر بين الزوجين وستعرض لها في هذه النقطة حالة بحالة، ونبين في كل حالة وجود الضرر وما يعد فسخا وما يعد طلاقا.

إن هذه الحالات تجعل إثبات الضرر أسهل على القاضي بحيث يشترط في بعض الأحيان تكرار الضرر مثل ما هو الحال بالنسبة للتطليق للشقاق المستمر، وفي بعض الأحيان يرجع لعدم اتصال الزوجين بعد حدوث

¹ المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغيباب والفقدان، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د.ط، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص.63.

الضرر مثلما هو الحال بالنسبة للهجر في المضجع، والغيبة والفقدان ما يؤدي لتفاقمه على أن تثبت الزوجة الضرر الحاصل بها.

1- التطليق لعدم الإنفاق:

يعتبر التطليق لعدم الإنفاق مسألة إجتهادية لم يرد بشأنها نص قطعي وبالتالي فهي رخصة منحت للمرأة للتعبير عن إرادتها المنفردة وفق الضوابط الشرعية والقانونية، وهي تندرج ضمن الحرية الشخصية إذ أنه لا يجوز أن نلزم المرأة على تحمل الضرر الواقع بها من جراء عدم الإنفاق، سواء كان ذلك نتيجة عجز الزوج عن ذلك بعد ثبوت إعساره أو أنه قصد الإضرار بالزوجة، وبالتالي تترتب عليه المسؤولية المدنية وتقع مسؤولية الإثبات في هذه الحالة على الزوجة.¹

ولا شك أن إمساك المرأة دون الإنفاق عليها فيه إضرار بها، وقد جاءت معظم قرارات المحكمة العليا تصب في خانة الضرر المعتبر شرعا تسهلا عليهم عناء التسبب، واعتمادا على المصطلح العام في لفظه ومدلوله رغم أنها تؤسس قراراتها على عدم الإنفاق وبالتالي غياب الدقة في التأسيس، من بين هذه القرارات نجد ما نصه: "من المقرر قانونا بأن يجوز تطليق الزوجة عند تضررها، ومتى تبين من قضية الحال بأن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج لها وطردها وإهمالها وأولادها وعدم الإنفاق عليهم، ما جعلها محقة في طلب التطليق ومطالبتها بالتعويض لثبوت الضرر"،² وفي قرار آخر جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين من قضية الحال بأن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت الضرر قد طبقوا صحيح القانون".³

فالزوجة مخيرة بين أن تبقى مع زوجها الحاضر المعسر أو أن تطلب التطليق، وحيث أن الزوجة المعسر زوجها لابد وأن يلحقها ضرر من جراء ذلك، وأن النفقة جاءت في مقابل الإستمتاع فإن هي نشرت فلا نفقة لها وإن هو امتنع عن النفقة طلبت التطليق، وإن ادعى العجز بأنه معسر جاز أن يؤجل إلى حين أن يصبح موسرا، لكن يجب أن نفرق في هذا الصدد بين نقص النفقة والتي يمكن حينها للمرأة أن تشارك زوجها الإنفاق إن كان لديها مال، كما أنه يمكن فيما بعد أن يثبت رفع العسر عن الإنفاق، وبين انعدامها إما لعجزه على الإنفاق أو تهربه عن أدائه، إذ أن إمتناع الرجل عن أداء ما عليه من نفقة قد يعود لأكثر من سبب فقد يكون

¹ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 299.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/07/21، ملف رقم 192665، م.ق، ع.خ، 2001، ص. 116.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1999/05/18، ملف رقم 222134، م.ق، ع.خ، 2001، ص. 126.

فعلا معسرا بها، وقد يكون ممتنعا عنها رغم يسره، أو يكون قد أخفى ماله وامتنع عن أدائها، إذ أن المشرع المغربي في هذا الخصوص قد تدارك الوضع وفرق بين ما إذا كان عدم الإنفاق من الزوج، راجع لامتناعه عن ذلك أم أنه راجع لعجزه وهو ما جاء في نص م102 من مدونة الأسرة المغربية.¹

- فإذا أعسر الزوج عن النفقة يوما واحدا فإن ذلك غير كاف للحكم للزوجة بالتطليق، إذ أن القاضي يمهله مدة شهر أو شهرين بحسب الأحوال، فإذا أن ينفق أو يطلق أو يقوم القاضي بسماع دعوى الزوجة ويحكم بالتطليق.

- أما في حالة إمتناع الزوج عن النفقة مع القدرة على ذلك فإن الزوجة مخيرة، إما أن تأخذ من ماله ما يكفيها وأولادها أو أن يحكم القاضي عليه بالنفقة إذا استحال عليها، وإلا أمره بالطلاق أو طلق بناءً على رغبة من الزوجة.

وهذا النوع من الطلاق الذي يوقعه القاضي يعد طلاقا رجعيًا استثناء عن القاعدة "كل طلاق يوقعه القاضي فهو بائن"، وبالتالي يحق للزوج مراجعة زوجته أثناء العدة إن هو أثبت رفع الإعسار وقدرته على الإنفاق إذ أن الضرورة التي خولت للمرأة طلب التفريق هي في المقابل خولت الزوج حق المراجعة،² ولأنه إذا تم منعه من المراجعة فهو إجحاف في حقه، إذ أن سبب التفريق كان نتيجة عجزه عن الإنفاق فهل يعقل أن يرجع زوجته بمهر وإنفاق جديدين، فيما ذهب الشافعية والحنابلة في هذه المسألة إلى أن الفرقة فسخ وليست طلاقا، وهم من يعتبرون الطلاق هو ما يوقعه الزوج أما ما يقع من الزوجة فهو فسخ كما سبق وقلنا.

وهناك من يرى بأن كل ما يوقعه القاضي فهو فسخ بينما تعد الفرقة لعدم الإنفاق لدى المالكية طلاق بائنا إن كانت قبل الدخول أما إن كانت بعد الدخول فهي طلاق رجعي،³ وهي لدى الشافعية والحنابلة فسخ لا رجعة فيه كما أنه في الطلاق الرجعي للمطلقة الحق في نفقة العدة،⁴ وقد وافق المشرع الجزائري رأي جمهور

¹ نصت م102 على أنه: "للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه، وفق للحالات والأحكام التالية: 1- إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ويستجيب لطلب التطليق؛ 2- في حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي؛ 3- تطلق المحكمة الزوجة حالا، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز".

² أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 143-144.

³ المالكية يفرقون قبل الدخول بائن بعد الدخول رجعي، الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص. 16.

⁴ محمد سمارة، المرجع السابق، ص. 340-342. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج8، ط3، دار الفكر، دمشق، 2012، ص. 484 وما يليها.

الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة¹ في جواز التفريق بسبب إعسار الزوج عن النفقة، ولا طلاق إلا بعد الإمتناع عن النفقة بعد صدور الحكم بوجوبها، غير أنه يأخذ على هذه العبارة كون أن النفقة توجب للمرأة بالدخول بها أو دعوتها إليه حق الإستمتاع بها ولا يشترط صدور حكم لذلك.²

جاء في الفقرة الأولى من م53 من ق.أ بأنه: يجوز للزوجة طلب التطليق في حالة إعسار الزوج عن الإنفاق بعد الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة ما جاء في نصوص المواد 78، 79 و80 من نفس القانون، وقد حافظ المشرع الجزائري على نفس الصياغة التي جاء بها القانون رقم 84-11. من خلال هذه المادة نلاحظ أن هناك شرطين للحكم للمرأة بالتطليق من زوجها لعدم الإنفاق وهما:

- أن يكون الزوج ملزماً بالإنفاق على زوجته بحكم قضائي واجب التنفيذ وامتنع عن تنفيذه عمداً.
- أن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج أو رضيت به صراحة بعده، بناءً على قاعدة "أعلمها ثم خيرها"، فإذا كانت عالمة بإعساره أو أنه كان موسراً ومن ثم أعسر قبل إبرام عقد الزواج ورضيت بذلك، فإنها لا تملك في هاتين الحالتين الحق في طلب التطليق لعدم الإنفاق، أما إذا كانت قد وقعت في عيب من عيوب الإرادة بأن غررها الزوج بأنه موسر ومن ثم تبين إعساره فلها أن تطلب فسخ العقد بناءً على ذلك.

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد مقدار النفقة التي أعسر بها الزوج بحد أدنى كما أنه لم يبين المدة التي ترفع من خلالها الزوجة دعوى التطليق لعدم الإنفاق، وهل هي نفس المدة المنصوص عليها في م331 من ق.ع والمقدرة بشهرين،³ كما أنه لم يبين ما إذا كان هذا الطلاق بائناً أو رجعياً بخلاف التشريعات العربية المقارنة والتي اعتبرت الفرقة لإعسار الزوج بالإنفاق طلاقاً رجعياً، لإمكانية مراجعة الزوجة أثناء العدة متى أثبت رفع إعساره.

¹ اتفق جمهور الفقهاء على حق الزوجة في طلب التفريق لعجز الزوج عن الإنفاق مع بعض التفصيل، عبد الرحمن الجزيري المرجع السابق، ص.508.

² مبروك المصري، المرجع السابق، ص.296-297.

³ جاء في م331 من ق.ع ما نصه: "يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50 ألف إلى 300 ألف د.ج كل من امتنع عمداً ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءً لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده يلزمه بدفع النفقة إليهم..."، الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن ق.ع، ج.ر، ع 49، 11/06/1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 20-06 المؤرخ في 28/04/2020 ج.ر، ع25، الصادرة بتاريخ 29/04/2020.

وتشمل النفقة حسب نص م78 ق.أ الضروريات من مأكل ومشرب وكسوة وعلاج والسكنى أو بدل الإيجار، يرى المالكية والشافعية والحنابلة بأنه يجوز التفريق بسبب إعسار الزوج على الإنفاق مطلقاً،¹ أما الحنفية والظاهرية فإنهم يرون بعدم جواز التفريق للإعسار،² ويعتبر الزوج معسراً إن هو لم يوف لها ما يدفع به الجوع والعري وعجزه عن العلاج أو أجره الطبيب، ولم يوفر لها سكناً منفرداً أو مع أهله أو بدل الإيجار على حسب وسعه ومع مراعاة ما تم الإتفاق عليه مسبقاً في عقد الزواج، جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأن "الزوجة رفعت دعوى عدم الإنفاق كون الزوج لم يستطع توفير مسكن منفرد لها بعيداً عن أهله، وبالتالي اعتبر القرار السكن من مشتملات النفقة غير أنه تم رفض طلبها لأنها لم تشترطه في عقد الزواج، كما أنها كانت تعلم بأن زوجها معسر لا يستطيع أن يوفر لها سكناً منفرداً، وأمام غياب ما يلزم الزوج بذلك فقد طبقوا أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً صحيحاً وألزموها بالرجوع".³

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج:

وتشمل العيوب المنفرة والعيوب الجنسية أي العيوب التي تمنع الإستمتاع المقصود بالزواج أو تنفر منه ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التفريق بسبب العيوب على خلاف الظاهرية،⁴ حيث إن الطلاق بسبب العيوب عند المالكية⁵ والحنفية⁶ طلاق بائن دفعاً للضرر عنها، لأنه لو كان طلاقاً رجعياً فإنه يمكن للزوج مراجعتها من غير رضاها، إلا ما كان مختلف فيه لدى المالكية ولم يكن فاسداً فهو طلاق، أما الحنفية فيعتبرون أي فرقة تقع من الزوج أو بتوكيل منه فهي طلاق وإلا كانت غير ذلك.⁷

¹ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.311. الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.16.

² وهو الرأي الراجح لدى جمهور الفقهاء، محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص.791.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1987/02/23، ملف رقم 44994، م.ق، ع3، 1990، ص.58.

⁴ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.161.

⁵ محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.97. الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص.142. الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.24.

⁶ الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.595-598.

⁷ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.356.

أما عند الشافعية¹ والحنابلة² فهو إن صح التعبير فسخ للعقد وليس طلاق، لأن الطلاق يكون بيد الزوج وحده أما العقد فإنه يفسخ إذا طرأ عليه عيب يحول دون تحقيق الغاية منه، ويعتبر كأن لم يكن إن كانا عالين بالعيب قبل العقد أو رضيا به صراحة بعده فالنكاح يفسخ بجميع العيوب كسائر العقود المدنية الأخرى.³

كما أن التفريق للعيب قانونا يعد رخصة تقع متى توافرت شروطها المقررة وتم الإختلاف فيما إذا كانت هذه الفرقة طلاق أم فسخ، إذ أن عقد الزواج يفسخ لوجود عيب فيه فهو منصوص عليه ضمن الرضا بالزواج إذ أن أي عيب يصيب الشخص فهو يخل الرضا أو يعدمه، كما ذكر المشرع الجزائري التفريق بسبب العيب ضمن حالات التطليق المنصوص عليها بموجب م53 من ق.أ، ومنح للزوجة طلب التفريق بسبب العيوب دون الزوج لأنه هو يمتلك حق الطلاق.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى أن التطليق يمكن أن يكون نتيجة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ضمن نص م2/53، دون ذكر تلك العيوب على سبيل الحصر فقد أخرجها المشرع من دائرة الحصر بشرط أن تكون عيوب تسبب الضرر لأحد الطرفين، ولا يمكن حصر جميع العيوب وإنما جاءت على سبيل المثال نتيجة لتطور العلم، فالمرض الذي كان عيبا في القديم أصبح سهل معالجته في الوقت الحالي ويبقى سبب التفريق للعيوب هو عدم العلم بها أو أن أحد الطرفين قد تعرض للتدليس أو الغش، وهو ما يندرج ضمن سوء النية وليس سببه العيب بحد ذاته لأنه في جميع الأحوال أصبح من السهل معالجته وتوحيه.

بخلاف المشرع المصري الذي حدد أنواعا من هذه العيوب استنادا لأحكام الشريعة الإسلامية على غرار المشرع اللبناني،⁴ كما أن المشرع الجزائري قد استعمل صيغة الجمع بشأن سبب التطليق الوارد في الفقرة 2 من م53 من ق.أ، والحقيقة أن ذلك غير صائب إذ أنه إذا رجعنا لتفسير النص القانوني وفق مدرسة الشرح على

¹ أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج9، المرجع السابق، ص.203، 290. وهي العيوب التي يثبت بها فسخ النكاح، مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص.107.

² منصور بن يوسف بن إدريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأفتاح، ج4، المرجع السابق، ص.94. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.295. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص.163.

³ مبروك المصري، المرجع السابق، ص.340.

⁴ باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.42.

المتن فإننا نقول بأن العيب الواحد إذا غير كاف لتبرير التطليق وقد يكون الطلاق في هذه الحالة تعسفياً،¹ جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "من المستقر عليه قانوناً وقضاً أن عقد الزواج يعتبر صحيحاً متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة والشاهدين وصدّاق وأبرم أمام الموثق أو موظف مؤهل قانوناً، ومتى لم يتطرق القانون في ذلك لصحة الزوجين كركن أو شرط في العقد، فإنه لا يعد مرض أحدهما عيباً في إبرام عقد الزواج وبالتالي لا يمكن فسخ العقد على أساسه".²

التساؤل الذي يبقى مطروحاً إذا حدث العيب بعد الزواج فهل للزوجين حق الخيار؟ ذهب كل من الشافعية والحنابلة إلى أنه يثبت للزوجين الحق في الخيار إذا حدث العيب بعد العقد، فيما ذهب المالكية وبعض الشافعية والحنابلة إلى أن حدوث العيب بعد العقد يخول للمرأة الحق في الخيار دون الرجل وسوف نرى فيما بعد العيوب التي توجب الحق في الفسخ، وهي فسخ العقد لعيوب الإرادة (التدليس والإكراه) وهذه العيوب غير معتبرة في الكفاءة إلا إذا تم الاتفاق على اشتراط السلامة، وهي بالتالي ترد ضمن الإشتراط في عقد الزواج، فلو ظن أحد الزوجين أن العيب غير جسيم ثم تبين أنه كذلك أو أنه رضي به قبل العقد، ومن ثم زاد بعد العقد فلا خيار له في ذلك وهذا قياساً على الرضا في عيوب البيع، فإن رضي بها فإنه يكون عالماً بها وبالتالي ليس له الخيار إلا إذا وجد عيب لم يكن عالماً به، حيث يجب أن يوصف العيب وصفاً دقيقاً لإمكانية الخيار والفسخ، فالقاعدة هي الفورية والتي تعني بأن خيار العيب ثابت على الفور، فمتى اختار الفسخ مع العلم والإمكان بطل خياره ولزم العقد، وبالتالي عدم صحة القياس على خيار البيع وهو قول الشافعية والحنابلة، وهناك من يرى بأن خيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا، فهو طلاق وليس بطلان إذا كان قد تم إشتراط السلامة من أي عيب، فإن وجود ذلك العيب فيما بعد يؤدي لفسخ الزواج لتحقيق الشرط.

أما إذا ظهر عيب في أحد الزوجين يحول دون تحقيق الغاية من الزواج بشرط عدم العلم به قبل الزواج أو الرضا به بعده، جاز للقاضي الحكم بتطليق الزوجين وضابط العيب الموجب للفسخ حينئذ هو كل ما يسبب ضرراً لأحد الزوجين، نلاحظ بأن جميع قرارات المحكمة العليا اتفقت على أن حالات التطليق تصب في نقطة واحدة هي الضرر المعتبر شرعاً، وأسسوا قراراتهم على هذا الأساس حتى فيما يتعلق بالعيوب التي تحول دون تحقيق

¹ تشوار جيلالي، بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة، مجلة المعيار، جامعة قسنطينة، 2004، ع9 ص.203.

² المحكمة العليا، غ.ش.أ، 1993/02/23، ملف رقم 88856، م.ق، ع2، 1996، ص.69.

الغاية من الزواج وهو النسل، وبالتالي طلب التطلاق لعقم الزوج نجد في قرار للمحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً، ومتى تبين من قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين من دون أن تثمر بإنجاب أطفال، مما أدى بالزوجة لطلب التطلاق لتضررها من عدم الإنجاب، وأن قضاة الموضوع بقضائهم تطلاق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج قد طبقوا صحيح القانون".¹

وبما أن للرجل العصمة في إيقاع الطلاق هل يحق له طلب فسخ الزواج بناءً على العيب، أم أن هذا الحق يقتصر على الزوجة فقط؟

يرى جمهور الفقهاء أنه كما يثبت للمرأة حق الخيار للعيب فإن الزوج أيضاً له حق الخيار لما قد يلحقه من ضرر، وبالتالي فقد اتفق الأئمة الثلاث من مالكية وشافعية وحنابلة بأن التفريق للعيب يكون للزوج والزوجة على سواء، على خلاف الحنفية الذين يرون بأن التفريق للعيب يقتصر على المرأة دون الرجل.²

نص المشرع الجزائري على العيوب التي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج ضمن نصوص المواد 53 الخاصة بحالات التطلاق، وم32 من ق.أ "إذا اشتمل الزواج على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات الزواج"، ومن المستحسن إطلاق العيوب ولا يمكن حصرها بأي حال، كعدم استقرار الحياة الزوجية نتيجة مرض أحد الزوجين بيلة يصعب أو يطول أو حتى يستحيل شفاؤها، فإذا اشترط أحد الزوجين السلامة في عقد الزواج أو في عقد لاحق عد الشرط صحيحاً ولازم فإن وجد العيب بعد ذلك كان العقد باطلاً لتحقيق الشرط.

كما جرى القضاء في الجزائر على منح مهلة للزوج للعلاج وإزالة العيب المقدرة بسنة كاملة من تاريخ رفع دعوى التطلاق من طرف الزوجة، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "من المقرر في الفقه الإسلامي وما جرى عليه القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، فإن لم تتحسن حالته قضى للزوجة بالتطلاق وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للشريعة الإسلامية، وأن الثابت في قضية الحال أن الزوجة قد مكثت مدة طويلة دون استطاعة زوجها أن يباشرها جسدياً"، فيما لم ينص المشرع الجزائري على هذه المهلة ضمن النصوص القانونية،³ ومن بين هذه العيوب نذكر ما هو متعارف منها:

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1999/02/16، ملف رقم 213571، م.ق، ع.خ، 2001، ص.119.

² العربي بختي، المرجع السابق، ص.105.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34784، م.ق، ع3، 1989، ص.73.

- عدم القدرة على الإنجاب: فإذا أثبتت الفحوصات الطبية التي أجراها الطرفين قبل الدخول في الزواج أن فرص الإنجاب عند أحد الزوجين ضعيفة وقد تم علمهما بذلك، فإن الأولى التراجع عن إبرام عقد الزواج لأن الإنجاب أحد مقاصده، فالإنجاب وتكوين أسرة من بين الشروط التي دعى إليها المشرع الجزائري من خلال نص م 04 من ق.أ حيث أن أهداف الزواج حسب المادة تتمثل في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وهو عيب يوجب الخيار للزوج والزوجة وإذا رضا به صراحة فليس لأحد بعدها المطالبة بفسخ عقد الزواج على أساسه، أما إذا ظهر العيب بعد العقد أو كان أحد الزوجين غير عالم به فللزوجة طلب التطليق على أساسه.¹

في إحدى قرارات المحكمة العليا جاء يقضي بأن أهداف الزواج طبقا لنص م 04 من ق.أ هي تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون والإحسان فإن عدم تحقق أهداف الزواج تخول الزوجة طلب التطليق،² وهو نفس ما ورد في قرار آخر إذ تم طلب التطليق استنادا لعقم الزوج، جاء فيه ما نصه: "من المقرر قانونا وقضاء بأنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا لوجود عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، كتكوين أسرة وتربية الأولاد قد تم تأسيس القرار بناءً على عدم إمكانية إنجاب أولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج وأن بقضائهم هذا قد راعوا الأسباب الشرعية الكافية".³

- فقدان العذرية: والتي يجب اشتراطها في عقد الزواج وهنا تظهر الفائدة العملية من الفحص الطبي قبل الزواج، حيث أن الطلاق لفقدان عذرية الزوجة لا يعد مبررا كافيا للزوج في إحداثه كونه يصعب إثباته كما أنه يمس بشرف وكرامة المرأة، كما أن عذرية المرأة لا تندرج ضمن خيانة المرض الذي يشكل خطرا يتعارض مع الزواج غير أنه إذا اشتراطه الزوج صراحة في العقد فإنه يمكن أن يطلب الطلاق على أساسه،⁴ جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه: "من المقرر شرعا أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل

¹ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 184.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2001/07/18، ملف رقم 269594، م.ق، ع 1، 2003، ص. 349.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1992/12/22، ملف رقم 87301، م.ق، ع 2، 1995، ص. 92. حمزاوي أحمد، التعليق على قرار تأسيس دعوى الطلاق على عدم الإنجاب، قرار صادر بتاريخ 1989/03/13، الملف رقم 52850، م.ق، ع 2، 1995، ص. 38.

⁴ باديس ديايي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 22.

البناء بها إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج، ومن المقرر أيضا أنه لا يقضى بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا".¹

- العيوب الجنسية: فقد قسم الفقهاء العيوب غير المحققة الهدف من الزواج وبخاصة العيوب الجنسية إلى ثلاث أقسام: عيوب خاصة بالرجال وهي العنة والجب والخصاء، عيوب خاصة بالنساء وهي الرق والقرن وعيوب مشتركة بين الرجال والنساء وهي الخيون والجدام والبرص.²

وكغيره من حالات التطليق بسبب العيوب فإن المحكمة العليا فضلت إقامة سبب التطليق على أساس الضرر المعتبر شرعا بالرغم من تضرر الزوجة من عدم الإنجاب، حيث جاء في إحدى قراراتها بأنه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين من قضية الحال بأن المعاشرة الزوجية كانت طويلة ولم تفضي لإنجاب الأولاد ما أدى لتضرر الزوجة من عدم الإنجاب، وعليه فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج قد طبقوا صحيح القانون".³

ففي الوقت الذي أشارت فيه القاعدة القانونية إلى الضرر المعتبر شرعا، فقد سلك القضاء الطريق السهل في التسبب، إذ أنه كان من الأجدر أن يؤسس قراره على العيب الذي يحول دون تحقيق هدف الزواج،⁴ وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه لا يقضى للزوجة بالطلاق إلا إذا ثبت الضرر وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وأمام عجز الزوجة عن إثبات عجز زوجها عن ممارسة الحياة الزوجية فإنهم بقضائهم بتطليق الزوجة استنادا لنفورها من زوجها وامتناعها العودة إليه فإن بقضائهم هاذا قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية"،⁵ فللمرأة جواز التفريق للعيب أما الرجل فله حق الطلاق كما أن الرجل يمكن أن يتخلص من ضرر عدم الإنجاب بأن يتزوج بامرأة ثانية.

3- المهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

المهجر في المضجع شرع كوسيلة من الوسائل التأديبية التي يمارسها الزوج ضد زوجته في حالة نشوزها غير أنه إذا زاد عن المدة المقررة شرعا وقانونا فإنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق على أساسه، هناك من يرى بأن هذه

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/06/25، ملف رقم 33715، م.ق، ع4، 1989، ص.99.

² باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.40.

³ المحكمة العليا، 1999/02/16، ملف رقم 213571، المذكور سابقا، ص.119.

⁴ باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.43.

⁵ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/05/14، ملف رقم 33275، م.ق، ع2، 1990، ص.75.

الحالة يكون الزوج مع زوجته في مسكن واحد إلا أنه لا يعاشرها، وليس أن يكون بعيدا عنها كأن يكون مفقودا أو غائبا، وقد يتجسد الهجر في المضجع في كل من الإيلاء والظهار كما هو الحال في الشريعة الإسلامية:

- التفريق بترك الوطء: أي الإيلاء وهو يمين أو الحلف أو القسم كأن يحلف الزوج عن ترك الوطء والإتصال بزوجه مدة معينة لا يقربها ويعتبر ذلك بمثابة هجر، وقد حددت هذه المدة في كتاب الله بأربعة أشهر فأكثر سواء بالقول أو بالفعل،¹ لقوله تعالى: "لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن دِيسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِن أَلَّ اللَّهُ غُفُورٌ رَّحِيمٌ"²، وهناك من يرى بأن مدة أربعة أشهر هي عبارة عن عدة من طلاق رجعي وبعد مضي هذه المدة وأصر الزوج على الطلاق فإنه يقع بائنا بعدها، فيما يرى الأحناف بأنها تطليقة بائنة تعدد بعده الزوجة أربعة أشهر أخرى،³ أما الرأي الراجح فهو يعتبر الإيلاء طلاقا رجعيا وهو رأي كل من المالكية والشافعية والحنابلة،⁴ كما اعتبر قضاء المحكمة العليا كذلك الهجر في المضجع في حالة تعدد الزوجات دليل على انعدام نية العدل وبالتالي يبرر للزوجة المطلقة طلب التطليق على أساسه.⁵

- أما الظهار: فيقصد به تشبيه الرجل لزوجته بشيء محرم حتى يعلقها به فلا هي متزوجة ولا هي مطلقة⁶ وقد جاء النهي على الظهار في قوله تعالى: "الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن دِيسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهُتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ"⁷.

وترك الوطء دون عذر أكثر من أربعة أشهر يعد إضرارا بالمرأة ومعتبر شرعا ويحق للمرأة طلب التطليق بناءً على ذلك، ويقصد بالوطء هنا "أي الهجر في الفراش" وليس المبيت "ومهلة الأربعة أشهر أخذت مما روي

¹ هشام حسني مهدي، المرجع السابق، ص. 65.

² سورة البقرة، الآية 226.

³ الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج 4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 368.

⁴ المالكية والشافعية والحنابلة لا يقع رجعيا، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 407. لدى الشافعية: أبي الحسين يحيى

بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي البمني، ج 10، المرجع السابق، ص. 274، 318.

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 11/02/2009، الملف رقم 480240، م.ق، ع 1، 2009، ص. 279.

⁶ مبزوك المصري، المرجع السابق، ص. 325 وما يليها.

⁷ سورة المجادلة، الآية 02.

عن عمر رضي الله عنه أنه سأل أم المؤمنين إبنته حفصة عن مقدار ما تصبر المرأة عن فراق زوجها، فأخبرته أنها تصبر شهرين ويشند عليها ذلك بعد الشهر الثالث وتفقد صبرها في الرابع".¹

جاء في الفقرة الثالثة من نص م53 من ق.أ أنه يجوز للمرأة طلب التطلاق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، وهذه الفقرة قد تم الإبقاء عليها كما هي وفق التعديل الأخير لسنة 2005، الهجر في المضجع لأكثر من أربع أشهر هو الآخر أقامها القضاء على أساس الضرر المعتبر شرعاً، بناءً على طلب الزوجة للضرر الواقع بها من جراء عدم تحصينها على أن تثبت ذلك الضرر، ففي قرار للمحكمة العليا جاء فيه ما نصه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً، ولما تبين من قضية الحال بأن الزوج قد امتنع عن الدخول بزوجته بعد مدة طويلة من عقد الزواج ما أدى لتضررها، وأن القضاة قد قضاوا للزوجة بالتطلاق وإلغاء عقد الزواج والقضاء لها بالإضافة لذلك بتعويض جراء تعسف الزوج وثبوت الضرر فإن بقضائهم هذا قد طبقوا صحيح القانون"،² غير أن هذا القرار كسابقه تعمد عدم ذكر الأساس بوضوح واكتفى القضاء تسهيلاً لنفسه بعبارة "كل ضرر معتبر شرعاً" لصعوبة إثبات الهجر في المضجع، كما أنه من شروط القضاء بالهجر في المضجع هو أن يكون معها في البيت الزوجية، ومادام هنا لم يتم إجراءات الزواج فإنها لم تنتقل إليه بعد كما أنه يجب أن يكون الهجر عمدياً ومقصوداً.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

كانت تنص م4/53 من ق.أ على أنه: "... الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، وهي الحالة الرابعة من حالات التطلاق الأكثر صعوبة في التفسير والتي جاءت بمصطلحات عامة وغير دقيقة تتمثل في:

- أن يصدر حكماً يدين الزوج بعقوبة شائنة
- أن ينطوي الحكم على عقوبة لأكثر من سنة
- أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة
- أن تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية

¹ رواه سعيد بن منصور، السنن، الأعظمي، ج 2، ص174. عبد السلام بن محسن آل عيسى، دراسة نقدية في المرويات الواردة في شخصية عمر بن الخطاب وسياسته الإدارية رضي الله عنه، ط1، ج1، الجامعة الإسلامية، السعودية، 2002.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1999/03/16، ملف رقم 217179، م.ق، ع.خ، 2001، ص122.

إذ أنه ليس كل مسجون أو معتقل تتحقق فيه الأوصاف المذكورة في م4/53 ق.أ وهي: أن تكون العقوبة شائنة، وأن يكون فيها مساس بشرف الأسرة وأن تكون مقيدة لحرية الزوج، وأخيرا أن تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، ونشير في هذا الصدد بأنه يقصد العقوبة وليس الجريمة، ولعل العقوبة التي تجسد هذه الأوصاف هي عقوبة الإعدام أو السجن المؤبد مدى الحياة، غير أنه وفق تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 تدارك الوضع واستبدل كلمة "عقوبة" بكلمة "جريمة" على أن صياغة الفقرة أصبحت على النحو التالي: "... الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، وما يلاحظ كذلك في نص المادة أنه حذف المدة التي يجب فيها الحكم على الزوج لأكثر من سنة، وأن يكون الحكم نهائي حائز قوة الشيء المقضي به ومستوفي كافة طرق الطعن العادية وغير العادية، كما لا يهم ما نوع العقوبة التي حكم على الزوج بها، وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا: "يحق للزوجة طلب التطلاق بسبب الحكم على الزوج من أجل جريمة ماسة بشرف الأسرة".¹

فيما لم ينص المشرع الجزائري على الزوجة إذا ما ارتكبت جريمة مخلة بشرف الأسرة كأن ترتكب جريمة الزنا ولم يكن للزوج مبرر، لذلك فهي تندرج ضمن اللعان الذي لم ينص عليه المشرع هو الآخر، وهو معروف في حالة اتهام الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها إليه ولم يكن له بينة على دعواه، ولم تصدقه الزوجة وطلبت إقامة اليمين وأمره القاضي بملاعنتها ولذلك يعرف الفقهاء اللعان بأنه شهادات تجرى بين الزوجين.²

5- الغيبة بعد مرور سنة دون عذر أو نفقة:

الغيبة في قانون الأسرة هي انتقال الزوج طواعية لبلد غير الذي تقيم فيه زوجته إقامة طويلة تتضرر بها الزوجة، ولا يشترط أن تكون إقامته في غير دولة وإنما يكفي أن لا يكون في نفس موطن إقامة الزوجة، ويشترط في الغيبة كذلك أن تعرف حياته وأخباره وإلا كنا في حكم المفقود، انقسم الفقهاء في التفريق للغيبة بين مانع مطلق ومجيز بضوابط، فإذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة تخشى بها الفتنة والوقوع في الفاحشة وقد تضررت ضررا شديدا جاز لها طلب التطلاق، وهو ما ذهب إليه كل من المالكية والحنابلة وحدّ الغيبة لدى مالك سنة حتى وإن ترك لها ما تنفق به.³

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2014/07/10، الملف رقم 0952658، م.ق، ع2، 2014، ص.282.

² أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون نفقة الزوجة، نفقة الصغير، نفقة الأقارب، د.ط، دار الكتب القانونية، مطبعة أطلس، القاهرة، 1995، ص.78.

³ الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.19.

ويكون الطلاق الذي يوقعه القاضي حينئذ بائنا لأن كل طلاق يوقعه القاضي لدى المالكية هو بائن باستثناء التطلق لعدم الإنفاق، أما الحابلة فيرون أنه فسخ لأن الطلاق عندهم هو ما يوقعه الزوج فقط، كما أنه يمكن للزوج مراجعة زوجته في حال عودته سالما مادامت في العدة، أما إذا انتهت العدة فله أن يستردها بعقد ومهر جديدين فهو بالتالي طلاق بائن،¹ أخذ المشرع الجزائري في هذا الصدد برأي المالكية في تحديد مدة الغياب حيث جاء في نص م5/53: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق ... لغيبة الزوج بعد مرور سنة من الغياب دون عذر ولا نفقة"، وهي الأخرى قد حافظ المشرع الجزائري على صياغتها رغم التعديل.

فيما نص على أحكام المفقود والغائب ضمن نصوص المواد 109 لغاية م115 من ق.أ، أما أحكام المفقود والغائب بالنسبة للقانون المدني فإنه يحيلنا نص م31 من ق.م، لتطبيق التشريع العائلي على أحكام المفقود والغائب، كما نص المشرع الجزائري بموجب م110 على أنه: يمكن للزوجة طلب التطلق بسبب غيبة الزوج المعروف موطنه أو محل إقامته،² فالغيبة نوعان: معلوم الإقامة ومجهول الإقامة، والمفقود هو من لا يعرف حياته من وفاته سواء كان معلول الإقامة أو مجهولها.

بينما نجد في قانون الأحوال الشخصية العماني حكمين متناقضين في تعريف الغائب، حيث نصت م190 منه أن الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته، وأن المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته بالرغم من أنه من لا يعرف موطنه أو محل إقامته فهو في حكم من لا يعرف حياته من وفاته، ويكمن الفرق بينهما بالتالي في الجهل بالحياة من عدمه وليس الجهل بالمكان، ويمكن أن يكون كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود.

حيث كان المشرع العماني أكثر وضوحا في هذه المسألة وأكثر تفصيلا في النص عليها من خلال المواد 110 و111 من قانون الأحوال الشخصية العماني، حيث جاء في م110 ما نصه: "للزوجة طلب التطلق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه، أو محل إقامته، ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد انذاره إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه، أو طلاقها على أن يمهل لأجل لا يقل عن أربعة أشهر ولا يتجاوز سنة"، كما نصت م111 على أنه: "الزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا محل إقامته طلب التطلق للضرر، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب أو الفقدان".

¹ مبروك المصري، المرجع السابق، ص.357.

² المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، المرجع السابق، ص.12-15.

وبالتالي فإن المشرع العماني قد جمع بين المفقود والغائب في هذه الحالة من أحكام، غير أن التفريق بسبب فقدان الزوج هو نادر الوقوع إذ أن للمفقود أحكام خاصة تختلف عن تلك المتعلقة بالغائب، كأن يحكم على الشخص الغائب بالوفاة بعد مرور أربع سنوات من تاريخ غيابه ويصبح في حكم المفقود، وتعتبر مدة سنة هي شرط للحكم بالتفريق وليست شرطاً لدعوى.

أما المفقود هو من غاب غيبة منقطعة خفيت فيها أخباره وجهلت فيها حياته أو مماته فلا هو حي فترجو الزوجة عودته فتصبر ولا هو ميت فتعتد المرأة، وتنقضي بذلك العلاقة الزوجية وتنحل بوفاته وتنقضي الزوجية بانقضاء العدة وليس لها أن تختار البقاء على الزوجية بعد الحكم بوفاته، على خلاف الظاهرية الذين لا يعترفون بما يسمى بالوفاة الحكمي لما فيه إهدار للحقوق، فإذا ظهرت حياته بعد الحكم بوفاته ولم تكن قد تزوجت بغيره ودخل بها يمكن أن تعود الزوجية الأولى،¹ أما لدى البعض فإنها تعتد بينونة وفاة لا بينونة طلاق أو فسخ، فيما لم يبين المشرع الجزائري ما إذا كانت الفرقة بسبب الغيبة فسخاً أم طلاقاً، غير أنه بالرجوع لترتيب المواد القانونية نجد أنه قد نص على الفسخ في المواد 32 وما يليها، بينما التفريق القضائي أدرجه ضمن الطلاق في م53 وهو يعد فسخاً وليس طلاقاً حسب هذا التحليل.

في الفقه الإسلامي يتم التفرقة بين ما إذا كان الفقدان في أرض الإسلام من غير قتال، مفقود في أرض الشرك، مفقود في الحرب بين المسلمين والكفار، ومفقود بسبب الوباء، يقول في ذلك مالك: "المفقود إذا جهلت حياته أو موته في أرض الإسلام يضرب لزوجته أجل أربع سنوات من يوم رفع الدعوى فإذا انتهى التحقيق والتحري عن وفاته يحكم بوفاته وتعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشر أو حياته فيحكم لها بالتطليق".²

أما في التشريع الجزائري فيفرق بين حالة يغلب فيها السلامة وحالة يغلب فيها الهلاك كالحروب وهو نفس الشيء بالنسبة لما جاء في الفقه الإسلامي مع اختلاف فقط في المصطلحات، جاء في نص م113 من ق.أ ما نصه: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة بعد مضي الأربع السنوات"، واستدلوا في الحكم بوفاة المفقود بمضي أربع سنوات بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "أيما امرأة فقدت

¹ المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، المرجع نفسه، ص. 86 وما يليها.

² أحمد ابن محمد ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج4، ص. 306.

زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشر ثم تحل"، أي هي عدة المتوفى عنها زوجها وهو رأي المالكية في المسألة.¹

غير أن هذا التوجه انتقد بأن الحكم على المفقود بالوفاة في مدة قصيرة فيه تفويت لمنافع كثيرة وإلحاق الضرر بالطرفين، فإذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته تعود إليه زوجته ما لم تتزوج ووقع الدخول بها لدى المالكية،² فيما يرى الحنابلة أنه يخير بين أن يرجع إلى زوجته أو أن يأخذ الصداق ويطلقها، أما الشافعية فيرون بأن زوجة المفقود تبقى في عصمته حتى وإن تزوجت ودخل بها الثاني وحملت منه لأنهم يعتبرونها زوجته مدى الحياة، وبالتالي عليها أن تعتد عدة وفاة فإن تزوجت قبل انتهاء عدة الأربع أشهر وعشر التي تلي الأربع سنوات من الفقد والتحري، والحكم بوفاة الزوج الأول فهو زواج فاسد لأنها تعد في عصمة الأول حتى وإن هي ولدت من الزوج الثاني.³

جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانونا أن الشخص الغائب يعتبر مفقودا من اليوم الذي يقضى له بذلك، ومن ثم يمكن إصدار حكم يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث والتحري، ولما تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا بالفقدان والموت في آن واحد فإن ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة".⁴ لقد خص المشرع الجزائري التفريق بالغيبه فقط دون الفقدان غير أنه تثار إشكالية التفريق بينهم فقد يكون الفقدان غيبه ويرجع الزوج لأنه لا يجوز فسخ نكاح المفقود أبدا، فإن جهلت حياة الشخص فهو مفقود وإن علمت حياته فهو غائب، ومن ثم فإن الغيبه تزول بحضور الغائب أو موته موتا حقيقيا، أما الفقد فيزول إما بحضور المفقود أو موته موتا حكما، فيما يرى الحنفية والشافعية والإباضية بأن المفقود في حال ظاهره السلامة يعد حيا قضاءً، ولا تحل زوجيته كما أنه لا يقضى بموته إلا بعد التعمير الغالب أي بموت أقرانه.⁵

نص المشرع المصري في م 21 بأنه: "يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ الفقد"،⁶ مفرقا بين حالتي الهلاك والسلامة ومعتبرا بدء الأربع سنوات من تاريخ الفقد وليس من تاريخ رفع الدعوى وبعد البحث والتحري عليه، غير أن طلب المرأة للتفريق يكون رفعا للضرر عنها بسبب بعده وليس

¹ قال مالك أنه: يضرب لامرأته أربع سنين، محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص. 99.

² الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج 3، المرجع السابق، ص. 23.

³ الشافعية يرون أن زوجة المفقود تظل في عصمته بموت أقرانه، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص. 608.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/05/02، ملف رقم 118621، م.ق، ع 2، 1995، ص. 101.

⁵ المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، المرجع السابق، ص. 90.

⁶ القانون رقم 25 لسنة 1929، 1929/03/10، المذكور سابقا.

طلب الحكم عليه بالموت حتى يؤجل الأمر لأربع سنوات،¹ كما أن زوجة المفقود إن تضررت من فقد أن خشيت على نفسها الوقوع في الفاحشة، فلها أن تطلب التفريق القضائي بعد مضي سنة من تاريخ فقد لأن المفقود في هذه الحالة في حكم الغائب، فيكون لها ما لزوجة الغائب من تفريق لكن لا حظ لها في ميراث المفقود إن حكم بوفاته بعد وقوع الفرقة.²

يرى المالكية في هذا الشأن أن زوجة المفقود لا تعتد عدة الوفاة ولا تتزوج حتى يصدر حكم من القاضي بوفاة زوجها بعد البحث والتحري،³ باستثناء الحنفية والشافعية الذين لا يفرقون بين غيبة ظاهرها السلامة كأن يخرج للتجارة أو الدراسة أو السياحة في أجواء عادية وآمنة ومن ثم لا يعود وقد انقطعت أخباره، وبين غيبة ظاهرها الهلاك كأن يفقد في الحرب أو أثناء وقوع كوارث طبيعية فيضان أو زلزال أو اثر سقوط طائرة أو غرق سفينة .. الخ،⁴ فمصطلح الغائب عندهم يرادف المفقود الذي فقد في حال يغلب عليها السلامة، ويقاس على زوجة الأسير وزوجة المحبوس في هذه الحالة، إذ يقول في هذا الصدد الأستاذ الزحيلي بأن جمهور الفقهاء لم يجيزوا التفريق لحبس الزوج أو أسرته أو اعتقاله، لعدم وجود دليل شرعي لذلك وهم من يرون أن التفريق في هذه الحالة يجب أن يكون بعذر، بخلاف المالكية الذين يرون بأن التفريق يكون بعذر أو بغير عذر.⁵

بعد معرفة الفرق بين المفقود والغائب نتقل للحديث عن التفريق بسبب غيبة الزوج دون عذر أو نفقة وهو ما يثير تساؤلات أخرى عديدة: ماذا لو كانت غيبة الزوج بعذر، وماذا لو ترك لها مالا لتنفق على نفسها مدة غيابه ولكن الزوجة قد تضررت بغيته لحرمانها من تلبية رغباتها الجسدية والنفسية مما يجعلها تخاف من الوقوع في الفاحشة، غير أنه يجب أن يكون الضرر واقعا وليس متوقعا فهي إن خشيت الوقوع في الفاحشة فهذا ضرر متوقع.

يرى المالكية والحنابلة في هذا الصدد بأنه يجوز التفريق لغيبة الزوج لمدة طويلة أدت لتضرر الزوجة حتى وإن ترك لها مالا لتنفق على نفسها، فترفع طلبها للقضاء للنظر فيه على أن يخطر الزوج بذلك ويخيره بين الرجوع للزوجة أو نقلها إليه أو أن يطلقها، ويمنحه مهلة لذلك لا تفوق السنة من تاريخ غيابه رفعا لضرر الغيبة، كما

¹ المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، المرجع السابق، ص. 122.

² المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، المرجع نفسه، ص. 111.

³ يرى المالكية بأن زوجة المفقود تترى أربع سنوات وبعدها تعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشر وإن شاءت تزوجت، الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج 3، المرجع السابق، ص. 92.

⁴ المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، المرجع السابق، ص. 92.

⁵ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ط 4، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2006، ص. 535.

يضيف المالكية للغيبة مع الإنفاق أنه يجوز التفريق بين الزوجين إن كانت الغيبة دون عذر مقبول شرعا ولمدة ستة أشهر أو أزيد، وفي رأي آخر للمالكية يوسع من دائرة التفريق لغيبة الزوج سواء كانت بعذر أو بغير عذر لتضررها في الحالتين، وفي هذه الحالة الأخيرة قد وسعوا كذلك في مدة الغيبة لحد السنة أي يقيدون التفريق بشدة الضرر لأن ضرر ترك الوطاء أشد من ضرر عدم الإنفاق، خصوصا إن كانت صغيرة في السن أو كانت دون أطفال أو كانت عاملة فقد يكون تأثير غيابه عليها أكبر، وتعتبر مدة سنة شرطا لترفع الزوجة دعواها هذا من جهة ومن جهة ثانية يضرب للزوج أجل في اختيار أحد الأمور الثلاث: "إما أن يرجع أو ينقلها إليه أو يطلقها"، فإنتظار المرأة مدى الحياة لزوجها المفقود فيه إضرار لها يستوجب إزالته وهذا الزوال لا يتحقق إلا بالتفريق.¹

أما الحنفية والشافعية فإنهم يرون بعدم جواز التفريق لغيبة الزوج سواء أطالت غيبته أو قصرت، وسواء كانت الغيبة بعذر أو بغير عذر مادام أنه ينفق عليها، لأن الموت مشكوك فيه وأن "اليقين لا يزول بالشك".² لقد كان موقف المشرع الجزائري والقضاء واضحا فيما يخص مدة التفريق للغيبة عملا بأحكام الشريعة الإسلامية، حيث نص بصريح العبارة بأن التطليق يكون في حالات وذكر من بينها الغيبة بعد مرور سنة دون عذر ولا نفقة، بينما تعد مسألة تحديد المدة مسألة اجتهادية حيث يرى الحنابلة بأنها ستة أشهر فيما يرى المالكية بأنها سنة، جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه: "يعد غياب الزوج عن جلسة الطلاق رغم تبليغه عن طريق التعليق قرينة على غيابه عن المسكن الزوجية لمدة تفوق السنة وبالتالي يترتب على ذلك التطليق".³

وفي الأخير لنا أن نتساءل هل أن اعتبار المحبوس أو المعتقل غائب غيبة بعذر يمنع عن المرأة طلب التطليق؟ هو ما أجاب عليه الحنابلة ووافقهم في ذلك المالكية خصوصا إذا ترك لها ما يكفيها من النفقة،⁴ حيث يجوز لزوجة المحبوس أو الأسير طلب التفريق بينها وبين زوجها بعد مضي سنة من تاريخ حبسه، جاء في م109 من قانون الأحوال الشخصية السوري بأنه: "إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم عليه بالحبس لمدة تتجاوز ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن طلب التفريق القضائي ولو ترك لها مالا لتنفق على نفسها"، ويعتبر هذا الطلاق رجعيا إذ أنه إذا رجع الزوج أو أطلق سراح المسجون والمرأة في العدة يحق له مراجعتها.

¹ المالكية والحنابلة يريان بأن التفريق يكون بعذر أو بغير عذر، لأن الغيبة أشد ضررا من عدم الإنفاق حتى وإن كان ينفق عليها. الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.22.

² بخلاف الحنفية والشافعية الذين يرون بأنه مادام الزوج ينفق عليها فلا تفريق، وحتى يقع لدى الشافعية يشترط أن يكون بلا عذر، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.383.

³ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2020/02/05، ملف رقم 1371857، م.ق، ع1، 2020، ص.63.

⁴ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.146.

وفي القانون المصري أجاز التفريق في حالة غياب الزوج دون عذر فقط أما غيابه بعذر وإن طال لا يكون للمرأة الحق في المطالبة بالتفريق للغيبة، ويكون هذا الشرط هو الآخر بطلب من الزوجة دفعا للضرر عنها¹ وهو ماجاء كذلك في نص م125 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، على النحو التالي: "الزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم قطعي بعقوبة مقيدة للحرية مدة 3 سنوات أو أكثر أن تطلب من القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته فسخ عقد زواجهما ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

6- الضرر المخول للمطالبة بالتطليق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في م8 ق.أ:

كانت تنص م6/53 من ق.أ قبل التعديل على أن: "كل ضرر معتبر شرعا لاسيما ... إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 من نفس القانون"، كان ولا يزال المشرع الجزائري يميز الزواج بأكثر من زوجة كأصل عام غير أنه قيده بشروط، وإن من شروط التعدد المذكورة في نص م8 من ق.أ نجد شرط العدل بين الزوجات فيما يملك الزوج من القسم في المبيت والنفقة، كما يندرج ضمن عدم توفير شروط العدل عدم القدرة على الإنفاق، وهو ما يؤدي للإضرار بالزوجة سواء دون قصد أو أن يتزوج الثانية إضرارا بالزوجة الأولى. وبالرغم من أن المشرع قد أخرج حالة مخالفة م08 من دائرة الضرر المعتبر شرعا لفقرة مستقلة بموجب تعديل 2005، إلا أن قرارات المحكمة العليا لا تزال مصرة على إقامة سبب التطليق على الضرر المعتبر شرعا وهو ما نجده في قرار صادر في 2006 جاء فيه: "عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة 06 من المادة 53 من ق.أ، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق"،² قد ألغى تحريم تعدد الزوجات بأكثر من أربعة وهو ما كان ينص عليه في القانون القديم، غير أنه تم إدراجه ضمن نص م08 المعدلة بالأمر رقم 02-05 من ق.أ ولو بطريقة ضمنية وهو ما أدى إلى غيابه من مادة التحريم.

7- ارتكاب فاحشة مبينة:

هي ارتكاب جريمة أخلاقية تسيئ بسمعة الإنسان وتختلف عن الجريمة الماسة بشرف الأسرة، حيث أن مصطلح الفاحشة المبينة تتمثل في الزنا، قال الله تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا"³. غير أنه يمكن أن تكون جريمة الزنا مثبتة شرعا بينما يتعذر إثباتها قانونا لصعوبة ذلك، فكما نعلم أنه لا بد لها من شروط يمكن أن تكون تعجيزية لحد كبير كإثبات حالة التلبس مثلا، وهذه الحالة قد انفرد بها المشرع الجزائري

¹ المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، المرجع السابق، ص.76.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2006/07/12، الملف رقم 35997، م.ق، ع02، 2006، ص.441.

³ سورة الإسراء، الآية 32.

دون غيره من القوانين العربية الأخرى، مع أن هذه الفقرة جاءت مبهمة فيما يقصد بالفاحشة حتى يتسنى للزوجة إثباتها، وهناك من فسر الفاحشة المذكورة في الفقرة 7 من نص م 53 من ق.أ على أنها العلاقات الجنسية التي ترتكب بين المحارم بمفهوم نص م 337 مكرر من ق.ع، وأنها ذكرت على سبيل الحصر في هذه المادة، غير أنه من جهتنا نقترح مصطلح "الخيانة الزوجية" بدل الفاحشة المبينة لإمكانية إثباتها ولوضوح المعنى.

8- التطبيق للشقاق المستمر:

الشقاق هو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للإلتهام وتصبح معه العشرة الزوجية لا تطاق،¹ والشقاق المستمر بين الزوجين صورة استحدثها المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 وجعل منه سببا لطلب التطلق، فيما كان القضاء قد استند لأحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم مسألة الشقاق بين الزوجين، ويظهر ذلك من خلال ما أقره على النحو التالي: "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة قد تضررت من جراء اسفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن هذا السبب كفي لتطبيق الزوجة"²

كان هذا الشرط يندرج ضمن الضرر المعتبر شرعا فقد تضرر الزوجة من الحياة الزوجية التي أصبحت لا تطاق للعيش مع الزوج لتضررها منه، والضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل كالشتم والضرب المبرح وإرتكاب فعل محرم وعدم العدل بين الزوجات، وكذلك إذا تفاقم الشقاق وهو النزاع الشديد بسبب طعن في الكرامة وعدم الوفاء بالشروط،³ وقد يثبت الشقاق المستمر من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية، ولا يكفي الخلاف في جلسة الصلح لثبوت الشقاق المستمر والإعتماد عليه في التطلق.⁴

بحيث كان يحصر الضرر المعتبر شرعا في حالتين: مخالفة م 8 وم 37 فيما قد أطلق لفظ الضرر المعتبر شرعا بموجب التعديل كما أخرجت هاتين الحالتين من عموم اللفظ ليصبحا بصفة مستقلة، وبالتالي أصبح غير مقيد وللقاضي السلطة التقديرية المطلقة في القضاء به، خصوصا فيما يتعلق بالطلاق للشقاق والذي كانت القرارات القضائية تقضي بالضرر المعتبر شرعا هروبا من اثبات الشقاق، وتقليصا لأمد طول النزاع المثار بين

¹ باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.50.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1996/09/24، ملف رقم 139353، م.ق، ع2، 1997، ص.96.

³ خليل عمرو، المرجع السابق، ص.101.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2011/07/14، ملف رقم 624622، م.ق، ع2، 2012، ص.227.

الزوجين، فهل يفهم من نص م56 من ق.أ أن الشقاق المستمر بين الزوجين يكون بصدر عدة أحكام في الموضوع أي أنه قد تم رفع دعاوى بنفس الموضوع؟ أم أنه يتم من خلال مباشرة إجراءات الخلع بلفظ يشتد الشقاق وخافا أن لا يقيما حدود الله؟ كما ورد في الآية الكريمة "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا".¹

أ- التضرر من مدة الخصام مع الزوج:

قد يكون الضرر ناتج عن طول الخصام كما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطليق إذا استفحل الخصام بين الزوجين وطالت مدته باعتباره ضررا شرعا، ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، فإن قضاة الموضوع لما قضوا للزوجة بالتطليق على هذا الأساس فإنهم قد طبقوا صحيح القانون"،² ودور الحكمين يكمن إما في الجمع أو الفرقة فيما أن يجمعا بين الزوجين ويصالحانهم أو يفرقان بينهما ويحققان الطلاق، ويتحقق الجمع بين الزوجين في حالة الشقاق:

- إذا كان سببه مطالبة الزوجة زوجها بأمر غير سائغ شرعا

- إذا كان سبب الشقاق تحريض من أهلها.

أما التفريق بين الزوجين في حالة الشقاق يتحقق إذا أساء الزوج لزوجته وظلمها، فإذا تبين ظلم الرجل لزوجته ودفعها لطلب الخلع مثلا، فهل يندرج ذلك ضمن الطلاق التعسفي وكيف يكون أحكامه في هذه الحالة؟ يرى المالكية أنه يمكن للحكمين أن يفرقا إن رأيا كرها أو يصلحا بين الزوجين إن رأيا إصلاحا وإن رأيا أخذ الفداء من الزوجة على الطلاق، وبالتالي يتم المخالعة حينها بين الزوجين من طرف الحكمين وهو الرأي الراجح،³ أما الحنفية والشافعية فإنهما يريان بأن الحكمين لا يجوز لهما أن يفرقا بين الزوجين ولا أن يخالعهما إلا بتوكيل متى رضا الزوجين بذلك،⁴ ولا أن يخالعا المرأة من زوجها إلا بتوكيل من الزوجين غير أن الصعوبة تكمن

¹ سورة النساء، الآية.35.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 15/06/1999، ملف رقم 224655، م.ق، ع.خ، 2001، ص.129.

³ الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص.266. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.346.

⁴ يرى الحنفية والشافعية أنه لا يجوز التفريق، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.349. الشافعية: الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.494.

في كيفية إثبات استمرار الشقاق،¹ فهل يعني ذلك رفع عدة قضايا أمام القضاء أو طول مدة الخصام، فهل أن خاصية الحكمين واردة في التطبيق للشقاق وحده؟

ب- في حالة الشقاق المستمر أو في حالة النفور المتبادل:

على الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين، يلاحظ من خلال نص م56 ق.أ أن المشرع الجزائري إستعمل عبارة "للتوفيق بين الزوجين"، وبالتالي فإنه أخذ برأي الحنفية والشافعية في أن مهمة الحكمين تقتصر في التوفيق والإصلاح وليس في التفريق وهو الرأي الراجح وموقف المشرع في المسألة، غير أن رأي المالكية كان أكثر توسعاً بحيث أخذ إما بالتوفيق بين الزوجين أو التفريق بينهما.²

9- الطلاق بسبب الإخلال بأحد الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو عقد لاحق:

وهو خيار طلب التطبيق أو طلب فسخ العقد لعدم الوفاء بالشرط، وبالتالي هل هو فسخ أم طلاق؟ يجب التفرقة بين ما إذا رفعت الزوجة دعوى تطبيق فإن الفرقة في هذه الحالة تعد طلاقاً، وبين ما إذا رفعت دعوى فسخ العقد وبالتالي لا تحتسب في عدد الطلقات باعتباره فسخاً.

كان هذا العنصر يندرج ضمن الضرر المعتبر شرعاً الواردة في فحوى نص م53 من ق.أ، وقد استحدث هذا الشرط بموجب الأمر رقم 02-05 ومصدرها الأساسي نص م19، بالرغم من أن هذه المادة قد ذكرت شرطين فقط متمثلين في شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، غير أنه لم يورد المشرع على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال فقط، إذ أن القاعدة العامة تكمن في أنه يمكن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد لاحق جميع الشروط التي يريانها ضرورية، وإذا لم يتم إدراج شرط استناداً لنص المادة فإنه لا يمكن لأي من الطرفين طلب فك الرابطة الزوجية فيما بعد بناءً على مخالفة الشروط، وبالتالي فإن للزوجين الحرية في اشتراط الشروط ما لم تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ولتعلقه بالنظام العام، والجديد الذي جاءت به م19 أنه يتم إدراج الشروط في عقد رسمي لاحق وقد أكد المشرع بمناسبة ذلك أن يكون العقد رسمياً وليس عرفياً.

وأحقية طلب التطبيق على أساس مخالفة الشروط المتفق عليها يمكن أن تكون بعد إبرام عقد الزواج على عكس القبول بعيوب الطرف الآخر إذ أنه يمكن أن يكون في عقد لاحق لعقد الزواج، غير أن م53 لم تذكر صراحة عبارة "أو في عقد رسمي لاحق"، وهو ما يحقق عدم الإنسجام بين نص م19 وم53 من ق.أ. ويثير إشكال فيما إذا كان يجب تطبيق مبدأ حرفية النص، وبالتالي غض النظر عن الشروط الواردة في عقد لاحق

¹ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.189.

² مبروك المصري، المرجع السابق، ص.263.

عن عقد الزواج، أم أنه يعد سهوا من المشرع الجزائري ويمكن أن نعطي فرصة للزوجة لطلب التطليق في هذه الحالة.¹

ما يلاحظ من خلال نص المادة أنها ذكرت شرطين يمكن أن يكونان في غاية الأهمية "شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة" غير أنه قد تم ذكرهم كما قلنا على سبيل المثال فقط وليس الحصر، فقد يكون هناك شروط أخرى كاشتراط الزوج للعذرية مثلا أو إشتراط الزوجة لسكن منفرد، ... الخ.

- إشتراط العذرية في عقد الزواج: هو ملزم قضاءً ويتم من خلاله نفي المسؤولية، وأن البناء أو الدخول بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية، حتى وإن كانت الزوجة قد رفضت إجراء الفحص الطبي قبل الزواج لإثبات عذريتها إذ أن ذلك يعد من المسائل الخاصة والحساسة.²

- إشتراط الزوجة الحق في السكن المنفرد: هل أن للمرأة الحق في طلب التطليق بسبب عجز الزوج عن توفير سكن فقط إن كانت قد اشترطت ذلك في عقد الزواج أو عقد لاحق، أم أنه يمكن لها ذلك حتى وإن لم تشترطه كونه يندرج ضمن مشتملات النفقة؟

للزوجة أن تشترط في عقد الزواج سكنا منفردا وفي هذه الحالة يفسخ النكاح لعدم تحقق الشرط، جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه: "من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز تطليق المرأة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضرا شرعا، ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد وهو من حقها، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون"،³ فقد تضرر الزوجة في هذه الحالة بالسكن مع أهل الزوج ويكون من حقها طلب توفير سكن منفرد، وإذا عجز الزوج عن ذلك يمكن القضاء لها بالتطليق إذا طلبته حتى وإن لم تكن قد اشترطته في عقد الزواج، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا على أنه: "للزوجة الحق في مطالبة زوجها بسكن منفرد ومستقل عن أهله، ولو لم تكن قد اشترطته حين إبرام عقد الزواج".⁴

¹ باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 56-57.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2000/05/23، ملف رقم 243417، م.ق، ع.خ، 2001، ص. 109.

³ المحكمة العليا، 1999/06/15، ملف رقم 224655، ص. 129، المذكور سابقا.

⁴ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1985/11/04، ملف رقم 38331، م.ق، ع.1، 1989، ص. 101.

10- التطبيق للضرر: "كل ضرر معتبر شرعا"

يحق للمرأة طلب التطليق لأي ضرر مهما كان نوعه سواء أكان الضرر معنوي كأن تتعرض الزوجة للمضايقات والقسوة والإهانة والسب من زوجها بأي وسيلة كانت واتهامها بعرضها أو شرفها، أو ضررا ماديا كاستعمال العنف ضدها بضررها أو هجرها بلا سبب شرعي أو زيادة العمل المرهق عليها بقصد إيذاها، والضرر الذي يهدد حياتها بالخطر كأن يحاول قتلها أو تهديدها بالسلاح ما يؤثر على سلامة وأمن واستقرار وطمأنينة الزوجة خلال حياتها الزوجية،¹ جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه: "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي".²

وبالرغم من أن الضرر المعتبر شرعا كان يشمل حالتي التعدد والإشتراط فقط في القانون القديم بمفهوم نص م53 من ق.أ، إذ أنه من الملاحظ أن جل قرارات المحكمة العليا تؤسس التطليق على أنه يثبت بالضرر المعتبر شرعا بالرغم من توافر أسباب أخرى تمت الإشارة إليها من خلال نص م53، بينما وفق تعديل م53 بموجب الأمر رقم 05-02 فإنه قد فصل حالة التعدد ومخالفة شروط الزواج، وفق فقرتين مستقلتين عن حالة الضرر المعتبر شرعا ما أعطى القضاة التطبيق الواسع لهذه الحالة أكثر بكثير مما كانت عليه.

وبالتالي فإن الإجتهد القضائي حظي بعناية المشرع الجزائري وارتقى لمرتبة القاعدة القانونية ويستشف ذلك من خلال تخصيص فقرة مستقلة تضمنت حالة الضرر المعتبر شرعا، ففي قرار للمحكمة العليا جاء فيه أنه: "متى تبين في قضية الحال أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة قد تضررت ماديا ومعنويا خلال هذه المدة مما يثبت تضررها شرعا طبقا لنص م53 من ق.أ، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليقها وفسخ عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج قد طبقوا صحيح القانون"،³ والتطليق للضرر هو طلاق بائن إعمالا لقاعدة "كل طلاق يوقعه القاضي يقع بائنا".

- كما يلاحظ من نص المادة أنه وسع من دائرة الضرر المعتبر شرعا: كمصطلح عام في لفظه ومدلوله لإيقاع الطلاق، كما أنها تعتبر الملاذ الذي يلتجئ له القضاة وهو ما يستشف من خلال أغلب القرارات القضائية ففي

¹ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص.131.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2001/01/23، الملف رقم 258555، م.ق، ع2، 2002، ص.417.

³ المحكمة العليا، 1999/03/16، ملف رقم 217179، المذكور سابقا، ص.122.

كثير من الأحيان يعتمد القاضي عدم ذكر الأساس بوضوح ويكتفى كسابقه باعتبار الأساس هو الضرر المعتبر شرعا تسهيلا عن نفسه وتركية الحكم من الإنتقاد.¹

وبالرغم من أن القانون قبل التعديل كان يحصر الضرر المعتبر شرعا في حالات معينة كما رأينا:

- في حالة إقدام الزوج على الزواج من ثانية دون علم الزوجة الأولى أي مخالفة أحكام م8 مكرر
- في حالة عدم الإنفاق عليها
- في حالة عدم توافر شرط العدل في الزواج من ثانية

كما أن قرارات المحكمة العليا تتفق في أن حالات الطلاق جميعها تجتمع حول عنصر الضرر المعتبر شرعا، ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى يقضي بأنه: "من المبادئ المستقر عليها في الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية، ولا تعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها مبررا لتطليقها"، إذ أن المحكمة لها أن تقضي بالطلاق لإساءة الزوج وأن هذا القرار لم يتعرض لنوع معين من الإساءة وإنما تركه بصورة مطلقة ما يعني أن كافة أنواع الإساءة تصلح لأن تكون سببا للتفريق.² كما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه: "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة بناءً على تضررها وأنه إذا تعسف الزوج في الطلاق قضي للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق للضرر الواقع عليها من جراء ضرب الزوج لها وطردها وإهمالها وأولادها وعدم الإنفاق عليهم، مما جعل طلبها مؤسسا قانونا والقضاء لها بالتعويض إضافة لذلك لثبوت الضرر، وأن قضية الموضوع لما قضوا بتطليقها وتعويضها قد طبقوا صحيح القانون".³

وفي قرار آخر جاء فيه أنه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومتى تبين من قضية الحال بأن الزوجة تضررت من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت الضرر قد طبقوا صحيح القانون"،⁴ كما جاء في قرار آخر بأنه: "من المقرر شرعا أنه لا يسوغ القضاء بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها، إلا إذا ثبت الإضرار بها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للشريعة الإسلامية، ولما تبين من قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق في

¹ باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.42.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1985/02/25، ملف رقم 35891، م.ق، ع1، 1989، ص.80.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/07/21، ملف رقم 192665، ص.116، المذكور سابقا.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1999/05/18، ملف رقم 222134، ص.123، المذكور سابقا.

هذه الحالة بناءً على عجز الزوج الجنسي عن القيام بمهامه الزوجية، وأن القضاء بتطليق الزوجة اعتماداً على نفورها من زوجها وامتناعها من العودة إليه، فإنه بقضائهم هذا قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية وعرضوا قرارهم للنقض¹.

غير أن عبارة "معتبر شرعاً" تبقى مبهمة ولا ندري ما هو المفهوم الذي قصده المشرع الجزائري منها وما يلاحظ من خلال القضاء أنه حتى عندما طلبت الزوجة التطليق قبل الدخول، فإنه تم القضاء لها بذلك طبقاً للضرر المعتبر شرعاً حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استناداً لوجود الضرر المعتبر شرعاً، ولما تبين من قضية الحال بأن الزواج كان كاملاً الأركان وتأخر الدخول عن الزوجة لمدة 5 سنوات، فإن ذلك يعتبر تعسفاً في حقها ويبرر التعويض لما لحقها من ضرر جراء ذلك"².

وفي نهاية هذا المبحث وبعد التحليل المعمق لنصوص القانون، نقول بأنه مادام أن أغلب الحالات تشترك في إيقاع الضرر بالزوجة ما يؤدي بها لطلب التطليق فحبذا لو يعاد صياغة نص م53 من ق.أ على النحو التالي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر لاسيما في الحالات التالية:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة ما ورد في م37 من حالة الاتفاق على الإشتراك في الإنفاق؛
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ما لم تكن عالمة بها وقت العقد أو تم اشتراطها صراحة بعده؛
- 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 دون عذر ولا نفقة؛
- 6- ثبوت ارتكاب الخيانة الزوجية؛
- 7- الشقاق المستمر بين الزوجين مع مراعاة ما ورد في م56 من هذا القانون؛
- 8- مخالفة الشروط المتفق عليها بموجب م19 أعلاه.

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 14/05/1984، ملف رقم 33275، ص.75، المذكور سابقاً.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 23/04/1996، ملف رقم 135435، م.ق، ع1، 1998، ص.129.

المبحث الثالث : تقييد إرادة الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية

بما أننا قلنا بأن الشريعة الإسلامية قد وضعت الطلاق بيد الرجل يوقعه كلما كره زوجته باعتباره المنفق والممتع وهو من يدفع المهر، وفي المقابل قد جعلت للمرأة الخلع وهو أن تفتدي بما لها كلما كرهت زوجها في خلق أو خلق ويكون ذلك البدل بمثابة تعويض له، أما إذا ثبت بأن الخلع كان نتيجة ظلم الزوج فإنه يفقد حقه في بدل الخلع، وبما أن وضع العصمة بيد الزوج للطلاق كان سببها الأول هو الإنفاق، فإن هذه القاعدة أصبحت دون جدوى إذ أننا نجد في الحياة المعاصرة المرأة أصبحت أكثر إنفاقاً من الرجل هذه حقيقة، وبالتالي أصبح الطلاق حق للمرأة تمارسه بصفة متساوية مع الرجل وبنفس الإجراءات كذلك، حيث أصبح حق الزوجة في الحصول على طلاق الخلع دون موافقة الزوج إنما هو في مقابل العصمة الممنوح للرجل، فما مدى سعي التشريعات القانونية في هذا الإطار لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في إحداث الطلاق؟

وفي سياق المساواة بين الرجل والمرأة في الطلاق سعت بعض القوانين لتحقيق المساواة بين الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية، من خلال تقييد مبدأ سلطان الإرادة في انحلال الرابطة الزوجية بين تقييد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق وبين منح الزوجة السلطان الأكبر في ممارسة ذلك الطلاق، فيما ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في حق إيقاع الطلاق والمطالبة بالتعويض حال حصول الضرر.

ومادام أن الطلاق من بين أكثر المسائل الصعبة في الإثبات على اعتبار أن أي طريقة من طرق الإثبات تظل دون جدوى إلا إذا كان هناك إقرار من أحد الزوجين، ومن ثم تترتب عليها المسؤولية لكلا الزوجين في الطلاق بالإرادة المنفردة لما فيه من ضرر تجاه الطرف الآخر، وهو ما يشكل تعسفاً من الطرفين "طلاق تعسفي" من جانب الزوج "وخلع تعسفي" من جانب الزوجة، فالتعسف في استعمال الحق من طرف الزوج يمكن أن يقع كذلك من جهة الزوجة، إذ أن ممارسة الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطبيق يجب أن يستند إلى سبب شرعي وإلا كان تعسفاً وإساءة في استعمال ذلك الحق، فما مدى تقييد إرادة الزوجين في إحداث الطلاق من خلال منح سلطة إيقاعه من طرف القاضي من جهة، وتقييده بمبدأ التعسف في استعمال الحق من جهة ثانية؟

المطلب الأول: تقييد إرادة الزوجين بحكم القاضي

إن من سمات العقود التأقيت ويصح لأطرافها الاتفاق على فسخها كما يجوز لواحد منهما في بعض الأحوال أن ينهي العقد بإرادته المنفردة، أما الزواج فمن جوهره أنه يدوم ولا يكفي لإنهائه في النظم القانونية

الوضعية مجرد تراضي الزوجين، وبالأولى لا يصح ذلك لطرف واحد وإنما يجب في ذلك أن تتدخل السلطة القضائية وأن تتوفر أسباب معينة كما هو الشأن بالنسبة للقوانين الغربية والقانون التونسي كما سنرى.¹

والتمييز القضائي بين الزوجين هو ما يوقعه القاضي من فرقة بين الزوجين، حيث يجوز للقاضي التمييز بينهما لأسباب عديدة وعموماً يكون الطلاق بأمر القاضي بناءً على طلب من الزوجة أو يكون بناءً على طلب من كليهما، بينما لا يكون التمييز القضائي إلا للمرأة عملاً بما ذهب إليه الإمام أبي حنيفة حيث أنه لا يجوز للرجل طلب التمييز باستثناء اللعان وخيار البلوغ، ما يؤدي لمنح الرجل المزيد من الخيارات في طلب التمييز القضائي بعدما كان يتمحور حول اللعان وخيار البلوغ، وما عدا ذلك فإنه يعد تعسفاً ووضع التمييز بيد القضاء متى توافرت أسبابه، وقد اختلف الفقهاء حول هذه المسألة بين الفرق التي تحتاج لقضاء والتفريق الذي يحتاج لحكم القاضي في الشريعة الإسلامية يقتصر على الحالات التالية:

- حالات التطليق بطلب من الزوجة باستثناء التمييز لعدم الإنفاق
 - التمييز بسبب الإيلاء، الظهار واللعان وردة أحد الزوجين
 - التمييز في حالة طلب الولي ذلك لعدم كفاءة الزوج أو عدم دفع مهر المثل.³
- والسؤال الذي يبقى مطروحاً هل يملك كل من الزوجين الحق في إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج بناءً على إرادته المنفردة، أي هل يترتب بمجرد التعبير عن الإرادة في إحداث الأثر القانوني، أم أن هذا الإنقضاء يخضع لقيود معينة كأن يقيد بزمان معين أو أن يكون أمام الشاهدين (الإشهاد) أم أنه يجب أن يتم أمام القضاء؟
- جاء في م49 من ق.أ.أ. أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي على أن لا تتجاوز مدة ثلاث أشهر"، يفهم من نص هذه المادة بأن المشرع الجزائري جعل كل أنواع الطلاق بيد القاضي كما أن جلسة الصلح هي إجراء جوهري سواء كان الطلاق بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة،⁴ كما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانوناً أن الطلاق بالتراضي هو مجرد إشهاد من المحكمة على رغبة الزوجين في الطلاق، ولا يمكن أن يوصف هذا الحكم بالإبتدائي أو النهائي ولا يمكن الطعن فيه إلا

¹ فاخات عبد العزيز، المرجع السابق، ص.154.

² عدنان علي النجار، المرجع السابق، ص.11.

³ محمد سمارة، المرجع السابق، ص.270.

⁴ خليل عمرو، المرجع السابق، ص.213.

بالتزوير"،¹ فإذا أمكننا رفع الضرر عن المرأة دون أن نلحق أضرارا بالرجل فإن ذلك لا يتحقق إلا بجعل التفريق القضائي فسخا، بينما يرى البعض الآخر بأن التفريق بحكم القاضي يعتبر طلاقا بائنا ومن ذلك نجد الحنفية والمالكية باستثناء التفريق للإعسار بالنفقة الذي يعتبرونه طلاقا رجعيا، كما قد سبق وأن قلنا بأن التفريق بحكم القاضي يعتبر فسخا وليس طلاقا وهو الرأي الراجح للشافعية والحنابلة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.²

الفرع الأول: تقييد إرادة الزوجين بحكم القاضي في حالة النشوز

يمكن أن يكون النشوز إما من الزوج أو الزوجة أو منهما معا فيصير شقاقا، كأن يكون بكثرة الشجار من أحد الزوجين تجاه الآخر حول أمور تافهة وقد يكون نتيجة ترك البيت الزوجية أو التخلي عمدا عن الواجبات الزوجية، وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بحالة النشوز كما له أن يحكم إضافة لذلك بالتعويض إذا تبين له بأن هذا النشوز قد سبب ضررا ماديا أو معنويا لأحد الزوجين، حيث جاء في م55 من ق.أ ما نصه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر"، يفهم من نص هذه المادة بأن النشوز إما أن يكون من طرف الزوجة ويكون الزوج هو الطرف المتضرر ويحكم له بالتعويض وهو رأي المالكية، أو يكون من طرف الزوج وتكون الزوجة في هذه الحالة هي الطرف المتضرر ويحكم لها بالتعويض بخلاف كل من الحنفية والشافعية.³

أما إذا ثبت النشوز من طرف الزوج حكم القاضي بالطلاق دون محاولة الصلح إذ أن الطلاق الذي يوقع من الزوج وكانت الزوجة ناشزا لا يحتاج إلى صلح، أما النشوز من طرف الزوجة فهو يحتاج لصلح فالزوج في هذه الحالة يريد الإصلاح وإرجاع الزوجة إلى البيت الزوجية وليس الطلاق، وبالتالي نلاحظ تناقض في صياغة نصوص المواد 49 وم55 من ق.أ، إذ أن الطلاق عندما يقع من الزوج فهو لا يحتاج لصلح أما في حالة النشوز

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2000/05/23، ملف رقم 243943، المذكور سابقا، ص.112.

² تفريق القاضي فسخ باستثناء التفريق لإعسار الزوج بالنفقة فهو طلاق رجعي، الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.20.

³ لدى الحنفية إن كان النشوز من الزوج في الخلع فلا عوض، كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.193. أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.296. لدى الشافعية فيما يخص نشوز الزوج وكذا الزوجة، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.492. أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، المرجع السابق، ج9، ص.528. مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشريحي، المرجع السابق ص.103-105.

فإنه يجب الإصلاح بين الزوجين وإذا فشلت جميع محاولات الصلح يحكم حينها القاضي بالطلاق،¹ وفي م55 من ق.أ يحكم القاضي بالطلاق في حالة نشوز أحد الزوجين، والحكم بالتعويض للطرف المتضرر ولم ينص على الصلح في هذه الحالة.

أولاً: حالة نشوز الزوجة

الزوجة الناشز هي الزوجة التي تخرج عن طاعة زوجها دون حق شرعي، وكذلك يشمل النشوز الإمتناع دون حق أو لغير سبب شرعي عن الانتقال لبيت الزوجية بعد أن أعد لها مسكناً شرعياً لائقاً، كما يشمل خروجها من البيت الزوجية دون حق،² وقد تكون الزوجة غليظة في تصرفاتها اتجاه زوجها وأهله وغيرهم وتاركة لواجباتها كزوجة مفرطة في حقوق زوجها، منحرفة في أخلاقها غير مطيعة ولا تستجيب للنصح والإرشاد ولم تفد معها جدوى التأديب التي أمر الله بها في قوله تعالى: "وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً".³

جاء في الآية الكريمة كيف يتعامل الرجل مع زوجته الناشز أولاً بالنصح والموعظة والهجر في المضجع على أن لا تتجاوز المدة 4 أشهر لأن ذلك يؤدي للإضرار بها ويمكنها من رفع دعوى الطلاق، والحل الأخير الذي جاءت به الآية هو الضرب على أن لا يكون مبرحاً يسبب أضراراً للزوجة يمكنها من رفع دعوى التعويض استناداً لنص م124 من ق.م، أما النشوز المعمول به من الناحية العملية فهو ذلك الذي لا يثبت إلا بوجود مسكن شرعي رفضت الزوجة الانتقال إليه، في حالة امتناع الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية بعد الحكم النهائي لها بالرجوع يعتبر نشوزاً وبالتالي تفقد حقوقها الزوجية من نفقة وغيرها، ويجب أن يكون الزوج قد رفع دعوى بالرجوع ورفضت الزوجة ذلك.

جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "من المقرر شرعاً أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجعها محل الزوجية، وامتناعها عن تنفيذ الحكم مما يجعلها ناشزاً عن طاعة زوجها"،⁴ وفي قرار آخر "لا يعتد بامتناع الزوجة عن الرجوع لمسكن الزوجية أثناء جلسة الصلح إلا إذا صدر حكم يقضي بذلك، وتم تنفيذه وحرر محضر إمتناع عن الرجوع لتأخذ حكم الناشز وتحرم من

¹ مبروك المصري المرجع السابق، ص. 258-259.

² خليل عمرو، المرجع السابق، ص. 20.

³ سورة النساء، الآية. 34.

⁴ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 33762، م.ق، ع4، 1989، ص. 119.

التعويض"،¹ حيث تنص م61 من ق.أ. على أن: "الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لا تخرج من السكن العائلي مادامت في عدتها إلا في حال ارتكابها لفاحشة مبينة"، وبالتالي إذا لم تستجب الزوجة لدعوى الرجوع فإنه يستوجب فك الرابطة الزوجية بظلم من الزوجة والحكم عليها بتعويض الأضرار التي لحقت الزوج من هذا الطلاق.

وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه: "متى كان من المقرر قانوناً أن يقضى بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين طبقاً لنص م55 من ق.أ، فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقاً للقانون ومن ثم فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة في قضية الحال تلجأ لطلب التطليق بعد نشوزها، فإن ذلك يعد سبباً كافياً لإعتبار الزوج متضرراً من هذا الطلاق"،² يجب أن نشير في هذه الحالة إلى أنه إذا ثبت نشوز الزوجة وحكم القاضي بالطلاق فإن الزوجة تفقد توابع الطلاق من نفقة ومتعة مدة نشوزها دون المساس بالحقوق الخاصة بالأولاد... الخ،³ أما في حال خروج المرأة من المنزل للعمل وقد كانت قد اشترطته في عقد الزواج ورضي به الزوج فإنها لا تفقد حقها في النفقة حينئذ، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب م19 من ق.أ. وبالتالي فإن نشوز المرأة لا يقتصر على خروجها من البيت أو امتناعها عن الرجوع بعد صدور حكم نهائي في هذا الشأن كما هو معمول به في القانون والقضاء، وإنما يمكن أن يتعداه لعدم قيامها بواجباتها كزوجة أو عدم طاعة زوجها أو امتناعها عن معاشرته رغم تواجدها في البيت، فإن جميع هذه الحالات تعد نشوزاً من الناحية الشرعية، وقد بادر القضاء الجزائري في محاولة منه لإيجاد حالات للنشوز ليست مبنية على مجرد تصريحات وادعاءات وإنما مرجعها الدليل الكتابي.

فالنشوز يثبت إذا استصدر الزوج حكماً بإلزام الزوجة بالرجوع إلى البيت الزوجية بموجب حكم نهائي، ثم رفضت الزوجة صراحة الإمتثال للحكم، ويحرر محضر الإمتناع عن الرجوع حتى يتكون هناك دليل على نشوزها ورغم كل ما تم ذكره من شروط لإثبات نشوز الزوجة، ومع ذلك فإن الإجتهد القضائي في الجزائر قد نفي نشوز الزوجة وجعله في حكم الإستثناء بدلاً من القاعدة حتى وإن توافر ذلك الدليل الكتابي،⁴ وهو ما جاء في إحدى

¹ المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2019/09/04، ملف رقم 1307506، م.ق، ع2، 2019، ص.98.

² المحكمة العليا، غ.ش.أ.ش، 1993/04/27، ملف رقم 90947، م.ق، ع2، 1994، ص.66.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.325.

⁴ باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.23-24.

قرارات المحكمة العليا: "أن امتناع الزوجة عن الرجوع للبيت الزوجية بعد إهانتها من طرف الزوج لا يعد نشوزاً وإنما هو دليل معاكس على الإضرار بها".¹

نخلص إلى أن عزوف الزوجة القيام بواجباتها أو عدم طاعة زوجها أو امتناعها عن معاشرته أو خروجها من بيت الزوجية من غير إذنه هي كلها حالات تعد من الناحية الشرعية نشوزاً، غير أنه قد يثبت من الناحية القضائية أن امتناع الزوجة عن الرجوع للبيت الزوجية إنما كان نتيجة تعرضها للإساءة من طرف الزوج فإنه في هذه الحالة لا يعد نشوزاً، لذلك يجب أن يثبت النشوز في القانون والقضاء الجزائيين بحكم قضائي نهائي صادر عن إلزام الزوجة بالرجوع للبيت الزوجية ورفضها صراحة الإمتثال لذلك الحكم، ويحرر بمناسبة ذلك محضر الإمتناع ويكون ذلك بعد إجراء عدة محاولات للصلح حيث يعد نشوز الزوجة استثناءً وليس قاعدة عامة.

ثانياً: حالة نشوز الزوج

نشوز الزوج هو التجافي عن زوجته ظلماً فكما يكون النشوز من الزوجة فقد يكون النشوز كذلك من الزوج، لقول الله تعالى: "وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ..."²، يفهم من الآية الكريمة بأن الزوجة إن خشيت نشوز زوجها وإعراضه عنها لأي سبب كان حتى وإن كان لمرض فلا بأس أن يتصالحا، بالرغم من أن الزوجة في هذا الصلح تتنازل عن بعض حقوقها إرضاءً لزوجها، جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأن: "للمرأة طلب الطلاق في حالة نشوز زوجها وتركه للبيت الزوجية والتخلي عن واجبات الزوجية كتوفير مسكن شرعي أو أنه تماطل في إرجاع زوجته للبيت الزوجية"³ ويمكن لها بالمقابل لذلك أن تطلب التعويض، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، وأن القضاء بما يخالف هذا

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/05/19، ملف رقم 189324، م.ق، ع.خ، 2001، ص.147.

² سورة النساء، الآية.128.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش.م، 1988/09/26، ملف رقم 50519، م.ق، ع.خ، 1992، ص.48. المجلس الأعلى، غ.أ.ش.م، 1987/01/26، ملف رقم 44457، م.ق، ع.خ، 1991، ص.88. المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/04/21، الملف رقم 189226، م.ق، ع.خ، 2001، ص.142.

المبدأ يعد خرقاً للقانون"،¹ وجاء في قرار آخر بأنه: "يعتبر الزوج ناشزاً في حالة رفضه تسديد النفقة ويتحمل مسؤولية الطلاق"، ويعد السكن وبدل الإيجار من مشتملات النفقة.²

فإذا رفع الزوج دعوى النشوز على زوجته وهي قد رفعت دعوى خلع، فإنه حسب القضاء الجزائري يجب على الزوج رفع دعوى الرجوع ليثبت نشوزها حتى لا يتحمل مسؤولية الطلاق على أن لا تسبقه الزوجة بدعوى الخلع، وهو نفس الموقف الذي اتجه إليه القانون الأردني حيث يجب على الزوجة تقديم اعتراض في المدة المقرر لها وما يفيد أنها رفعت دعوى خلع، وتقضي المحكمة حينئذ بوقف دعوى النشوز لحين الفصل في دعوى الخلع، لأن قضايا الخلع والشقاق والتطليق توقف دعوى النشوز.³

ثالثاً: في حال الشقاق المستمر بين الزوجين

قد تتبدل الغايات الزوجية نتيجة وقوع الخلافات وعدم التوافق بين الزوجين فيزول المقصود الحقيقي من الزواج من مودة ورحمة وسكينة، إلى الشقاق المستمر بين الزوجين مما يؤدي لحالة من النفور المتبادل والتشاجر والبغضاء، وهو ما نصت عليه م56 من ق.أ على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين حكم من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، استناداً لنصوص المواد 49، 55، 56 من ق.أ وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون"،⁴ وبالرجوع لنصوص المواد القانونية:

- يعتبر الحكمين في دعوى التطليق للشقاق قاعدة شرعية خصها المشرع الجزائري في حالة تفاقم الخصام بين الزوجين ما لم يثبت الضرر وذلك تطبيقاً لنص م56 من ق.أ.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/11/17، ملف رقم 210451، م.ق، ع.خ، 2001، ص.252.

² المحكمة العليا، غ.م، 2007/03/14، ملف رقم 383189. المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2010/04/15، ملف رقم 554808، م.ق، ع.1، 2010، ص.241.

³ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص.178.

⁴ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 57812، م.ق، ع.3، 1991، ص.71.

- أنه يختار القاضي حكمين للتوفيق والإصلاح بين الزوجين وإن لم ينجح في ذلك يحكم القاضي بالطلاق لكن على أي أساس يكون ذلك الطلاق؟ هل يقصد المشرع الجزائري من الشقاق المستمر استفحال البغضاء بين الزوجين حيث أصبحت العلاقة معه لا تطاق، أو أنه يعني به صدور أكثر من حكم يقضي بالطلاق كأن يطلق الزوج زوجته ثم يعيدها لعصمته ومن ثم يرجع ويطلقها وهكذا؟

ما يمكن استخلاصه من فحوى المادة أن المشرع لم يبين المقصود بالشقاق المستمر ولا الكيفية التي يثبت بها بغض النظر عن الضرر الناشئ بسببه، كما لم يحدد معيار الضرر بسبب الشقاق الموجب للتطليق، وفي غياب ذلك يبقى أمر تحديده راجع للسلطة التقديرية للقاضي، لذلك فإن الضرر الخفيف لا يعد موجبا للتطليق ولا للتعويض، كما أنه لم يبين طرق إثبات الضرر الناشئ بسبب الشقاق معتمدا في ذلك على حرية الإثبات المدني كأن يكون هناك أحكام قضائية سابقة بين الزوجين تثبت الشقاق المستمر، أو شهادة الشهود أو شهادة طبية تثبت الضرر.

الفرع الثاني: تقييد إرادة الزوج بحكم القاضي

الأصل أن الزوج هو الذي يطلق وليس القاضي ولكن هذا لا يمنع من أن نقول أنه ليس حق مطلق للزوج، إذ أنه يمكن تقييد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق من خلال نقل سلطة الزوج في الطلاق للقاضي نظرا لتعسف بعض الأزواج في ممارسة حقهم وإلحاق الضرر بزواجهم، كما أن جميع الأدلة الشرعية الخاصة بالطلاق تدل على أنه يقع من الزوج في حال التلفظ به ويبتدأ باحتساب العدة من وقت صدوره، غير أنه في محاولة لدعاة المساواة سلب هذا الحق من الرجل ووضعه بيد القضاء، أو الإعتراف على الأقل بالطلاق الذي يقع أمام القاضي فقط دون النظر للطلاق الشفهي الذي يوقعه الزوج، إذ أن أي طلاق عرفي يقع شفها ضمن قواعد الفقه الإسلامي لا يعتد به قانونا ولا يحتج به تجاه الآخرين، ويكون بذلك إقرار الطلاق القضائي الوسيلة الوحيدة لفسخ عقد الزواج تعريزا لمؤسسة الأسرة، وتتمثل هذه الدعوة في تقييد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق، بحيث يجب بموجبها عدم ترك الطلاق لحرية الزوج بصفة مطلقة بل يجب تقييده وإسناده للقضاء وتحت رقابته.¹

أما بخصوص مسألة عدم الإعتراف إلا بالطلاق الواقع أمام القاضي، فهذا الأخير يسلب الزوج حقه في إيقاع الطلاق يصطدم بعدم الإعتراف به إذا ما وقع خارج المحكمة، هو ما يجعلنا نتساءل عن ما مدى تقييد إرادة الزوج للطلاق بحكم القاضي؟ وللإجابة عن ذلك يجب أن نبين طبيعة الحكم الذي يصدره القاضي بشأن

¹ عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص. 102 وما يليها.

الطلاق أهو حكم منشئ له أم أنه كاشف لطلاق الزوج فقط، ومتى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا للوصول لنتيجة مفادها الطلاق بحكم القاضي بدلا من الإرادة المنفردة للزوج.

أولا: الحكم المنشئ والحكم الكاشف للطلاق

الحكم المنشئ للطلاق يكون إما موقعا مباشرة من القاضي بعد رفع دعوى الطلاق من الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بالتطليق أو الخلع، أما الحكم الكاشف للطلاق فإنه لا يكون موقعا من طرف القاضي وإنما يكون من الزوج أو الزوجة ويكون عمل القاضي في هذه الحالة هو توثيق الطلاق فقط.

1- الحكم المنشئ للطلاق:

إن التناقض والغموض جاء يكتنف نصوص الطلاق في قانون الأسرة الجزائري حيث أنها تثير عدة تساؤلات،¹ هل أن المشرع من خلال نص م49 من ق.أ يعتبر الطلاق لا وجود له إلا إذا أصدر القاضي حكما بذلك بحيث يعتبر حكم القاضي في هذه الحالة منشئا للطلاق؟ أم أن كلمة "يثبت" تحيلنا إلى التفكير بأن الطلاق قد وقع بالفعل وما يبقى على القاضي إلا الكشف عنه وأن حكمه يعد وسيلة لإثبات ذلك الطلاق؟ أم أنه يقصد بذلك تسجيل الطلاق الموقع من طرف الزوج فقط بالرغم من أنه لم يحصر ذلك وجاءت كلمة "طلاق" عامة وقد سبقتها م48 التي تنص على أن حل عقد الزواج يكون بالطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة سواء ما تعلق منه بالخلع أو التطليق؟

يرى البعض بأن الغموض الذي جاء في نص م49 من ق.أ كان متعمدا من المشرع وأن الغاية من إبقاء الصيغة على ما هي عليه، لمنح القضاء السلطة في إثبات واقعة الطلاق اللفظي من أجل أن تصدر أحكام الطلاق بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية وأعراف المجتمع الجزائري.²

فيما يرى الأستاذ بلحاج العربي في ذلك بأن حكم الطلاق يكون منشئا فقط في حالة الخلع أو التطليق ومثاله الحكم الصادر في حالة الزوج الغائب عن زوجته دون عذر ولا نفقة لأكثر من سنة، أو للهجر في المضجع

¹ بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996 ص.191.

² عماد حميدة، وموسى مرمون، إشكالية تقنين إرادة الزوج في الطلاق بين الأصالة والحداثة، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية جامعة قسنطينة1، 2020، المجلد31، ع2، ص.329.

لمدة تزيد عن أربعة أشهر، أما الطلاق الذي يكون نتيجة تلفظ الزوج به قبل عرضه على المحكمة أو نتيجة إتفاق الطرفين عليه، فحكم القاضي في هذه الحالة يكون طلاقاً قد نشأ وبالتالي نقول بأنه حكم كاشف.¹

2- الحكم الكاشف للطلاق:

من خلال استقراء نص م49 من ق.أ يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يفرق بين ما إذا كان حكم القاضي منشأً أو كاشفاً للطلاق، وإنما يفهم من صياغة المادة بأن جميع الأحكام التي يصدرها القاضي كاشفة للطلاق إذ أنه حصر غاية الحكم في الإثبات فقط دون توقيعه، كونه قد وقع فعليا من لحظة التلفظ به من طرف الزوج خارج القضاء، بينما يقترح الأستاذ تشوار جيلالي في هذا الصدد أن يستعمل المشرع كلمة "لا يقع" بدلا من "لا يثبت"، كما يجب عليه أن يبين الحالات الإستثنائية التي يمكن للقاضي فيها سماع دعوى إثبات الطلاق.²

يجب التفرقة في هذا الصدد بين إيقاع الطلاق ووقوعه فإيقاع الطلاق يكون من طرف الزوج أما وقوعه فهو حكم الشرع يترتب بعد الإيقاع مباشرة، إذ أنه في بعض الحالات يمكن أن يكون إيقاع الطلاق من طرف الزوج غير مقبول شرعا ولا قانونا، ومع ذلك يقع الطلاق ويرتب حكمه الشرعي ومثاله الطلاق البدعي.³

وواضح من نص م49 أن المشرع الجزائري يسعى لتقييد حق الزوج في الطلاق، بينما أخذ المشرعين التونسي والمغربي بمبدأ تقييد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق صراحة والإقرار بالمساواة بين الجنسين في فك الرابطة الزوجية، حيث نص المشرع التونسي بصريح العبارة من خلال الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية المذكورة سابقا أنه لا وجود لأي فرق بين الزوجين، إذ أن لكل منهما إن شاء المطالبة بالطلاق بمقتضى إرادته المنفردة دون ذكر الأسباب، غير أن لفظ "المطالبة" هي الأخرى التي ذكرت في التشريع التونسي هي غير لفظ "الإنشاء".

ثانيا: الطلاق الرجعي، والطلاق البائن بينونة صغرى وكبرى

الأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج أن يكون رجعيا إلا الطلاق البائن بلفظ الخلع أو بلفظ الطلاق البائن والمكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول، نص المشرع الجزائري من خلال نص م50 ق.أ على أنه تتم المراجعة خلال مدة الصلح وليس مدة العدة، وقد يحكم القاضي بالطلاق قبل نهاية مدة العدة الشرعية وهو ما يثير إشكالية حول تفسير نصوص المواد 49 و50 من ق.أ، كما أن الطلاق قد يكون بائنا وبالتالي لا يمكنه إرجاعها في العدة إلا بعد انقضاء عدتها، ويعتبر الطلاق قد تم من يوم التلفظ به من طرف الزوج ما يجعلها

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.361.

² جيلالي تشوار، بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.196.

³ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.178.

أجنبية عنه، وأنه لا يشترط بقاؤها في البيت الزوجية مدة الصلح القضائي، وبالتالي فإننا نلاحظ من خلال نصوص قانون الأسرة بأن المشرع لم ينص مطلقاً على الطلاق الرجعي، بالرغم من أنه هو الأصل في كل أنواع الطلاق الصادر من الزوج.¹

كما لا يعتبر الطلاق بالتراضي طلاقاً رجعياً حسب ما أقر به القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا حيث جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن الرجوع في حالة الطلاق بالتراضي لا يصح إلا بعقد جديد، وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، وأن قضاة المجلس لما قضوا بالرجوع رغم أن الطلاق كان بالتراضي فقد خالفوا أحكام المادتين 48 و 50 من ق.أ."² أما معنى الرجعة فهي لغة المرة الواحدة في الرجوع ويعتبر القضاء الجزائري في هذا الصدد الطلاق الذي يقع من الزوج دائماً يكون رجعياً، وأن حكم القاضي لا يغير من رجعيته عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه: "من المتفق عليه فقها وقضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي وأن القضاء به لا يغير من رجعيته، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع قبل الدخول أو وقع بناءً على عوض تدفعه الزوجة وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءً على طلب الزوجة دفعاً للضرر عنها".³

بينما جاء في م05 من قانون الأحوال الشخصية المصري ما نصه: "كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما كان بائناً بنص القانون".⁴

1- الطلاق الرجعي: Divorce révocable

الرجعة في الشريعة الإسلامية باب من أبواب الإصلاح بين الزوجين اللذين قد تصل بهما الخلافات إلى حد إيقاع الطلاق والعزم على الفراق، يتدخل الشرع حينها في إعطاء الزوج فرصة لإعادة النظر فيما أقدم عليه فالزوج يحق له رد زوجته إن رأى في ذلك مصلحة، وإن لم يجد فيها مصلحة تركها دون مراجعة حتى تنتهي عدتها وتبين منه، لقوله تعالى: "وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ"⁵ فهو الطلاق الذي يملك فيه الزوج حق مراجعة

¹ خليل عمرو، المرجع السابق، ص. 47.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 18/07/1988، ملف رقم 49857، م.ق، ع3، 1992، ص. 50.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 10/02/1986، ملف رقم 39463، م.ق، ع1، 1989، ص. 115.

⁴ القانون رقم 25 لسنة 1929، المذكور سابقاً.

⁵ سورة البقرة، الآية. 228.

مطلقاته إلى عصمته مادامت في العدة دون حاجة لعقد ومهر جديدين متى رضيت بذلك، وهو ما نصت عليه م50 من ق.أ غير أن هناك إشكال في تفسير هذه المادة، إذ أن للزوج مراجعة زوجته أثناء محاولة الصلح وقبل انقضاء العدة مادامت في عصمته، ويستحب للزوج أن يعلم زوجته بأنه راجعها حتى لا تتزوج رجلا غيره بعد انقضاء عدتها ظنا منها أنها بانث منه،¹ وهو قول للظاهرية والحنابلة إذ أنه واجب عند البعض ومنسوب لدى البعض الآخر.²

وهو ما أكدته القضاء الجزائري في إحدى قرارات المحكمة العليا على أنه: "من المقرر شرعا وما قضى به المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضا أن الرجعة لا تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدة وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، وما هو ثابت في قضية الحال أن الزوج المطلق ندم وتراجع عن طلاقه بعد انتهاء العدة، فإن هذا لا يشفع له شرعا في عدم احتساب الطلقات التي تلفظ بها حيث أنه يحتسب له طلاقه بائنة"،³ وفي الطلاق الرجعي للمرأة حقوق لا يمكن للزوج إسقاطها من ذلك الحق في النفقة وحق السكنى وهو ما جاءت به نص م61 من ق.أ، وللمرأة الحق في الميراث إذا توفي عنها زوجها أثناء العدة وهو ما نصت عليه م132 من ق.أ.

ويكون هذا الطلاق بعد عقد ودخول حقيقيين ولا يكون ثلاثا كما أنه لا يكون رجعيا الطلاق الموقع عن طريق القضاء، في حقيقتها القانونية هي إستئناف الزوج حياته الزوجية مع مطلقاته قبل نهاية عدتها بالقول أو الفعل،⁴ أما لدى فقهاء الشريعة الإسلامية لدى فقه المالكية هي رد المرأة في النكاح من طلاق غير بائن في مدة العدة على وجه مخصوص، وهي لدى فقهاء الحنفية استدامة الحياة الزوجية القائمة بالقول أو الفعل أثناء

¹ حكم صادر عن محكمة سيق، 13/11/1988، غير منشور. وفي حكم آخر صادر عن محكمة عين الترك، بتاريخ 20/03/1990، رقم 20-90، غير منشور. أشار إليهما بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق ص.324.

² محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.224.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 17/12/1984، ملف رقم 35322، م.ق، ع4، 1989، ص.91.

⁴ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، د.ط، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986 ص.321-322.

العدة أما عند الشافعية،¹ فهي إعادة أحكام الزواج أثناء العدة بعد الطلاق سواء رضيت بذلك أو لم ترضى على أن تظل في بيتها وإلا اعتبرت ناشزا.²

جاء في م58 من ق.أ ما نصه: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، ويقصد المشرع في هذا الصدد بعبارة "تاريخ التصريح بالطلاق" هو تصريح الزوج بإيقاعه للطلاق بإرادته المنفردة طبقاً لنص م48 ق.أ ليتم احتساب عدة الطلاق الرجعي، إذ يرى البعض بأن ذلك دليل على أن المشرع قد أقر بالطلاق الرجعي فلو أنه قصد تصريح القاضي لإستعمل عبارة "من تاريخ صدور الحكم"، وما أكدته نص م50 أي أن المشرع قد أقر للزوج بوجود حق لمراجعة زوجته أثناء محاولة الصلح،³ وهو ما أكدته قضاء المحكمة العليا حيث جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج لعقد جديد ومن راجعها بعد صدور الطلاق يحتاج لعقد جديد".⁴

2- الطلاق البائن: Divorce irrévocable

هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج حق مراجعة زوجته في مدة العدة، وهو نوعان: طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى .

أ- الطلاق البائن بينونة صغرى:

وهو الطلاق الذي ينهي العلاقة الزوجية وتنقطع بمجرد وقوعه وتصبح الزوجة أجنبية عنه لا تبقى في البيت الزوجية ولا يحل له الخلوة بها، ولكن يمكن للزوج مراجعة زوجته بعقد ومهر جديدين مع ضرورة رضا الزوجة وكأنه يتزوجها لأول مرة في العدة أو بعدها بعقد زواج تتوافر فيه جميع أركانه وشروطه، إذ أنه يشترط أن يضمن من جديد رضاها بالزواج غير أنه إن حدث ومات أحدهما فلا ميراث حتى وإن كانت الوفاة في العدة لعدم قيام الزوجية، ويكون الطلاق بائناً في حالات: الطلاق قبل الدخول الحقيقي لانعدام العدة أما الطلاق الثلاث قبل الدخول فهو طلاق بائن بينونة كبرى لدى جمهور الفقهاء، كل طلاق يوقعه القاضي بناءً على طلب من الزوجة

¹ الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.457.

² محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.264.

³ بوخاتم أسية، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص.257.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/02/20، ملف رقم 73630، م.ق، ع3، 1993، ص.60.

باستثناء التطلق لعدم الإنفاق، وكذلك إذا طلقت المرأة طلاقاً رجعية واحدة وانتهت عدتها ولم يراجعها الزوج كما أن الخلع يعد طلاقاً بائناً لدى بعض الفقهاء، والفسوخ كلها بوائن وأخيراً الكنايات كلهن بوائن.¹

ب- الطلاق البائن بينونة كبرى أو الطلاق الثلاث **Divorce trois fois successives**:

الطلاق البائن بينونة كبرى هو الطلاق الذي ينهي الزوجية بحيث لا يملك الرجل حق مراجعة مطلقة إلى عصمته إلا بعد انقضاء عدتها منه وتكون قد تزوجت برجل آخر ودخل بها ومن ثم طلقها أو مات عنها من غير المحلل، حتى وإن كانت نية الزوج الثاني ونية الزوجة قد انصرفتا للتحليل وإنما يشترط أن يدخل بها خلوة صحيحة لأن النية المجردة لا تؤثر في صحة العقود والتصرفات، كما أنه يجب أن لا يجبر على طلاقها ولا يكون الطلاق البائن بينونة كبرى إلا في حالة واحدة هي الطلاق الثلاث.²

إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً واحدة ثم راجعها بقيت له طلقتان فإن هو طلقها للمرة الثانية ثم راجعها لم يتبق له إلا طلاق واحدة، فإن طلقها بعد الرجعة الثانية فقد استكمل الثلاث طلاقات وتبين منه بينونة كبرى وهو ما يفسر قول الله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ"³، أما الطلاق الثلاث في كلمة واحدة هل يقع طلاقاً بائناً بينونة كبرى أو صغرى أو طلاقاً رجعياً؟

نص المشرع الجزائري من خلال م 51 من ق.أ على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية"، ويعد بذلك قد خالف جمهور الفقهاء في قولهم بأن الطلاق الثلاث في مجلس واحد يقع ثلاثاً وأخذ برأي بعض المالكية في المسألة، واعتبر الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلا طلاقاً واحدة فمن طلق زوجته ثلاث مرات فإنه قد استنفذ جميع الطلاقات وبانت منه بينونة كبرى، وتحرم عليه تحريماً مؤقتاً لقوله تعالى: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"⁴، وقد اختلف الفقهاء حول الطلاق الثلاث إن كان مكملًا للثلاث أو مقترناً بالثلاث لفظاً أو إشارة أو مكرراً ثلاث مرات في مجلس واحد أو مجالس متعددة.⁵

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 327 وما يليها.

² أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 32-34.

³ سورة البقرة، الآية. 229.

⁴ سورة البقرة، الآية. 230.

⁵ العربي بختي، المرجع السابق، ص. 98.

ويكمن الاختلاف بين الفقهاء في الطلاق الثلاث حول عدد الطلقات إلى مذهبين:¹

المذهب الأول: للحنفية والمالكية يرى بأن الطلاق ثلاثا في لفظ واحد هو طلاق بدعي محرم أي أنه خارج عن السنة النبوية الشريفة، واستدلوا في ذلك بقول الله تعالى: "الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ"، أي أن يكون الطلاق المباح في دفعتين مرة بعد مرة يمكن للزوج من خلالهما مراجعة زوجته أما الطلقة الثالثة فلا يملك بعدها حق إرجاعها وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.²

المذهب الثاني: للشافعية والحنابلة يرى بأنه إذا جمع الرجل ثلاث طلقات في لفظ واحد فإن هذا لا يحرم ولا يكره وإنما يكون متروكا للاختيار ولا وجود لنص يخالف ذلك، وبالتالي الجمع بين الطلقات الثلاث مباح ولا يكون بدعة.³

أشار المشرع الجزائري إلى الطلاق الثلاث ضمن مادة التحريم م 03/30 وم 51 من ق.أ التي نصت على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، ويقصد من خلال هذه المادة أن الطلاق البائن بينونة كبرى هو الطلاق ثلاث مرات متتاليات، أما الطلقة الواحدة التي يتلفظ فيها بثلاث طلقات فلا يعد طلاقا بائنا بينونة كبرى، ويمكن في هذه الحالة للزوج مراجعة زوجته ولو لم تتزوج من غيره، إذ أن الطلاق ثلاثا بلفظ واحد أو بألفاظ ثلاثة في مجلس واحد لا يقع إلا طلقة واحدة رجعية، ولا تأثير لعدد اللفظ فيها لما فيه من حفظ للأسرة من الضياع وإعطاء فرصة للزوج بالتريث والتروي فلا يقدم على الطلاق إلا لضرورة، وللزوجة لتعلم خطورة الأمر فلا تفتعل الأسباب للخلاف والنزاع ولأن إيقاع الطلاق ثلاثا تفويت للتدارك عند الندم وفيه معنى معارضة الشارع.⁴

ومن ذلك لا نتصور في التشريع الجزائري الطلاق الثلاث إلا في حالة واحدة وهي حالة صدور ثلاث أحكام قضائية تم النطق فيها بالطلاق في مرات متتالية وهو ما أخذت به باقي القوانين العربية المقارنة،⁵ على

¹ جهاد محمود عيسى الأشقر، الطلاق الثلاث بلفظ واحد في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر 2018 المقالة 15، المجلد 20، ع5، ص.3747-3748.

² محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.123.

³ لدى الشافعية والحنابلة مباح بحسب قصده فإذا نواه واحدة يقع واحدة وإن نواه ثلاثا وقع ثلاثا، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.390. الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.633. أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج10، المرجع السابق، ص.109.

⁴ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.306-307.

⁵ مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 في م 03/39 منها، والقانون السوري في م 36 و120، والقانون العراقي في م 13.

خلاف التشريع التونسي الذي يرى عكس ذلك تماما، إذ يعتبر زواج الرجل من مطلقة ثلاثا محرما تحريما مؤبدا وفق نص م19 من المجلة التونسية للأحوال الشخصية.

ثالثا: الطلاق بحكم القاضي بدلا من الإرادة المنفردة للزوج

ما يجعل العصمة بيد الزوج في إيقاع الطلاق هو تمتعه بالتروي والإتزان في إتخاذ القرارات وعدم الإنفعال والتأثر مقارنة بالمرأة التي تسوقها العواطف والاندفاع، غير أنه في بعض الحالات تكون المرأة أكثر تحملا وحرصا على مصلحة الأسرة والأولاد وخوفا منها على التشتت العائلي خصوصا إذا كانت تملك أولادا، فهي أحن إليهم كذلك ما يجعل العصمة بيد الزوج في إيقاع الطلاق هو تحمله للتبعات المالية المترتبة عن الزواج، إذ يكون حريصا على العلاقة التي أنفق في سبيلها المال من مهر ونفقة ومصاريف العرس وغيرها.

غير أن الحياة المعاصرة جعلت المرأة تتمتع أكثر بالاستقلالية المالية وتقف جنبا لجنب الرجل في الإنفاق ما يجعلنا نعيد النظر في هذا الحق الممنوح للزوج، ومادام أن الأمر مرتبط بالنفقة والمهر فإن ما نشهده اليوم من مشاركة المرأة في الإنفاق مع زوجها من مالها الخاص في إطار الإشتراك بين الزوجين في الأموال، كما أن المهر الذي يدفع للمرأة يكون في غالب الأحيان من أجل تجهيز العروس وقد توافقت الزوجة من باب إعانة زوجها على أن تعطيه الذهب الذي دفع لها ضمن المهر، فهل يبقى للزوج في هذه الحالة من سبب يبقي العصمة بيده للطلاق؟

ينتقد الإمام الإبراهيمي مبالغة بعض الفقهاء في التمسك بقاعدة "العصمة بيد الزوج" إذ أنه في بعض الأحيان يسند هذا الحق للشخص الخطأ¹، ما أدى ببعض الدول الإسلامية لوضع حق إيقاع الطلاق بيد القاضي فلا طلاق إلا في المحكمة وتحت سلطة القاضي، ولا يخفى ما فيه سلب لإرادة الزوج في ممارسة الطلاق وخروجا عن أحكام الشريعة الإسلامية بكل مذهبها، كما أنه بذلك يتعذر على القاضي أن يثبت الحالات النفسية الواقعة بين الزوجين وبالتالي فإن الدعوة إلى تقييد الطلاق بيد القضاء تعد دعوة باطلة²، بينما يقوم القاضي مقام الزوج فقط في الطلاق إذا كانت الفرقة بسبب اللعان أو بسبب فساد الزواج أو بسبب ردة أحد الزوجين فقط. ومن خلال استقراءنا لمواد الطلاق في قانون الأسرة نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم ينص على الطلاق بلفظي الرجعي والبائن، وإنما عبر عن ذلك بما يدل عليه من خلال استخدامه لمصطلح الطلاق بحكم القاضي.

¹ أحمد طالب الإبراهيمي، آثار الإمام محمد البشير الإبراهيمي، ج3، ط1، دار الغرب الإسلامي، عيون البصائر، 1997 ص.299.

² أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.91.

وعندما نحاول تفسير نص م49 من ق.أ فإنها تشير لدينا عدة تساؤلات: هل يعد طلاق القاضي منشأ للطلاق أو كاشفا له في هذه الحالة؟ ومعنى ذلك أن الزوج إذا طلق زوجته فلا يعتد بذلك الطلاق حتى يحكم القاضي به، غير أن الإشكال الذي يثور في هذا الصدد فيما إذا كانت قد تجاوزت مدة العدة المقدرة لها شرعا من لحظة تلفظ الزوج بالطلاق خارج دائرة القضاء، بينما يعتبر المشرع الجزائري وفق نص م58 من ق.أ بأن العدة تحتسب من يوم التصريح بالطلاق أمام القاضي.

حيث جاء في مضمون المادة ما نصه: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، وقد قرر بأن مدة إجراء الصلح لا تتجاوز الثلاث أشهر من تاريخ رفع الدعوى وفق نص م49، وأن الزوج لا يمكنه مراجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق وفق نص م50، بينما يمكنه مراجعة زوجته قبل صدور الحكم بالطلاق حتى وإن كانت مدة العدة الممنوحة لها شرعا قد نفذت وبالتالي يكون ذلك مخالفا للشرعية الإسلامية، فهل أن مدة الصلح تعد فترة للعدة؟ ولنا أن نتساءل لماذا مدة ثلاثة أشهر مدة الصلح ما هي الحكمة من الثلاث أشهر؟

فالطلاق الرجعي يرفع النكاح في المال فلا يؤدي لانقضاء المراكز القانونية الناشئة عن عقد الزواج في الحال بل تظل الرابطة الزوجية قائمة لحين انتهاء مدة العدة المقدرة شرعا وبانتهائها يصبح الطلاق بائنا، فيما اعتبر المشرع الجزائري الطلاق بائنا في جميع الأحوال ما يؤدي إلى الإخلال بالأحكام المتعلقة بالعدة والميراث. كما جعل المشرع الجزائري للزوج حق مراجعة زوجته أثناء مدة الصلح وكأنه يحتاط للعدة الشرعية، غير أن ذلك قد يثير إشكالا إذا ما كان الطلاق بائنا الذي لفظه الزوج، فإن احتساب العدة تبدأ من تلفظ الزوج وليس من حكم القاضي فهو مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية ما ينتج عنه ظاهرة ازدواجية العدة، وبالتالي فإن نصوص القانون توهم بأنها تعطي الزوج حق الإنفراد بالطلاق ظاهرا، وهو في الحقيقة لا يقر بذلك إلا أمام القاضي ومن خلال حكمه وهذا مما تدل عليه عبارات القانون.¹

كما نلاحظ كذلك بأنها صورة فقط للطلاق الرجعي إذ أن الرجل إذا طلق زوجته يحاول القاضي التوصل إلى صلح بين الزوجين فلا يحكم بالطلاق، ولا يثبت في هذه الحالة في نظر القانون وإنما يثبت الطلاق في حالة عدم التوصل لصلح بين الزوجين فيحكم القاضي حينها بالطلاق.²

¹ مبروك المصري، المرجع السابق، ص.201.

² منى أحمد أبو زيد، ومحمد عبده، قضايا المرأة، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة 2006، ع1، ص.178.

ومما يفهم كذلك من نص م49 من ق.أ أن المشرع الجزائري قد جعل الطلاق بيد القاضي، كما أنه قد شأها غموض حول اعترافها بالطلاق اللفظي الذي يقع خارج القضاء، تقييدا لحق الزوج في الطلاق وجعله لا يقع إلا أمام القاضي بعد استيفاء كل محاولات الصلح الممكنة طبقا لنص م49 من ق.أ.

وفي الأخير نقول بأنه من خلال تحليل نصوص المواد 49، 50، 51 من ق.أ فإن المشرع "يحرم حلالا ويحلل حراما"، حيث جاء في م49 بأنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز 3 أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى..."، وقد قلنا فيما سبق أن هذه المادة يقصد الطلاق الرجعي إذ أن للزوج حق مراجعة زوجته أثناء محاولة الصلح، غير أنه لم يبين المشرع ما إذا كان الطلاق رجعيا أو بائنا وحتى وإن كان قبل الدخول، وما إن كانت العدة قد انتهت أو لا وإذا حكم القاضي بالطلاق فليس للزوج حق مراجعة زوجته حتى وإن كان طلاقا رجعيا ولم تنتهي مدة العدة التي يحق للزوج فيها مراجعة زوجته، أليس ذلك تحريم حق مثبت شرعا للزوج وقد تتزوج المرأة وهي لاتزال في عصمة الأول شرعا.

وإذا كان الطلاق بائنا وراجع الزوج زوجته قبل صدور الحكم فهو في نظر القانون صحيح، أما في نظر الشرع فإن من طلق زوجته طلاقا بائنا فلا يمكنه مراجعتها إلا بعقد ومهر جديدين حتى وإن كانت مدة العدة لم تنقضي بعد، غير أن الكثير من قضايا الطلاق لا ترفع إلى القاضي إلا بعد مضي مدة طويلة تزيد عن انتهاء العدة، وأن مهلة 3 أشهر لمحاوالت الصلح تبدأ من يوم رفع الدعوى وبالتالي للزوج الوقت الكافي في مراجعة زوجته.¹

وأخيرا نقول بأن الغاية التي نود الوصول إليها في عصرنا الحديث هو السعي لتقليص نسب الطلاق ما أمكن، وبالتالي فإن إطلاق الحق للزوج في إيقاع الطلاق بمجرد كلمة يتلفظ بها لا يحقق هذه الغاية، كما أن جعل الطلاق بيد القضاء هو الآخر لا يحقق هذه الغاية، إذ أنه من خلال تبني التشريع التونسي للتفريق القضائي لاتزال تعاني من إرتفاع حالات الطلاق، إذ أن المشرع التونسي قد جعل الطلاق بيد القضاء بحيث يرى بأن للزوجين الحق المتساوي في الطلاق، والذي لا يتم إلا أمام القضاء لم تكن غايته منح الإرادة المنفردة للزوجة في إيقاع الطلاق، وإنما من خلال سلب الزوج حقه في إيقاع الطلاق الذي كان ممنوحا له من خلال العصمة والإنكار القانوني لهذا الحق، وهو ما تعرض لحملة من الرفض والانتقادات ما أدى للمطالبة بأن يكون الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة بيد القاضي بوضع حد للطلاق الإنفرادي الذي يوقعه الزوج.²

¹ مبروك المصري، المرجع السابق، ص.445.

² موحى أسدي اعمار، المرجع السابق، ص.225.

وتحقيقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة لا يعني أن الزوجة أصبحت تمارس الطلاق المتفق عليه للزوج وإنما هذا الأخير هو من أصبح مقيداً مثله مثل الزوجة في إيقاع الطلاق، بل وأصبح طلب الطلاق وليس إيقاعه وبالتالي فهو بيد القاضي يحكم به، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المغربي حيث جاء في نص م78 من مدونة الأسرة المغربية أن: "الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت رقابة القضاء...".

الفرع الثالث: مدى تقييد إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بحكم القاضي

أولاً: إلغاء دور القاضي في الخلع القضائي

هل أنه عندما أصبح الخلع حق أصيل للمرأة تستعمله كيفما شاءت بالإرادة المنفردة في مقابل عصمة الزوج قد تم إلغاء دور القاضي في الخلع القضائي، وبالتالي أصبحت الزوجة لا تلجأ للقضاء لطلب الخلع ومعنى ذلك أن حكم القاضي أصبح كاشفاً للطلاق وليس منشئاً له؟

لقد توصلنا فيما سبق إلى أن الأصل في الخلع أن يكون متوقف على اتفاق الزوجين لايد للقاضي فيه فكان طلاقاً، لأن الفسخ عادة ما يكون بيد القاضي لا اختيار للزوجين فيه، وبالتالي اعتبار حكم القاضي للإثبات فقط وليس لإيقاع الطلاق سواء كان ذلك الطلاق من الزوج أو من الزوجة على حد سواء، فالخلع في هذه الحالة يكون مثل التطليق حيث أن هذا الأخير يكون فيه حكم القاضي منشئاً.

غير أنه وفق تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 تم إلغاء دور القاضي في الخلع القضائي عندما أصبح حق أصيل للزوجة يقابل حق الزوج في الطلاق تستعمله كيفما شاءت بالإرادة المنفردة، بعدما كان الخلع رخصة ممنوحة للزوجة تستعملها عندما تضيق بها الحياة الزوجية في حدود ضيقة وبإجازة الزوج لها.

فالتوجه الذي يرى بأن الخلع يكون رضائي بين الزوجين فإنه يرى بأن الطلاق الواقع بالخلع يقع وإن لم يأذن به القاضي، أي أنه لا يتوقف على قضاء القاضي مثل أي طلاق والواقع به طلاق بائن، فيما إذا تم اعتباره واقع من طرف الزوج فإنه يقع طلاق رجعيًا وبالتالي هذا لا يتوافق مع طبيعة الخلع، لأن الزوجة إنما قبلت البدل لتملك عصمتها ولتتخلص من زوجها الذي خالعتها، والأكثر من ذلك أن جمهور الفقهاء يرون بأنه طلاق بائن حتى وإن كان بغير عوض وبلا نية،¹ وبالرجوع لنص م49 من ق.أ فإننا نجد المشرع لا يعترف بالخلع الشفهي بالرغم من أنه استعمل عبارة الطلاق، إلا أنه يقصد به جميع حالات فك الرابطة الزوجية بما فيها الخلع، وبالتالي يجب أن يقع الخلع أمام القاضي بعد عدة محاولات صلح.

¹ عماري نور الدين، المرجع السابق، ص.316.

ثانيا: الحكم بالمساواة بين الرجل والمرأة في الطلاق

الأصل في العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة هو المساواة في الحقوق والواجبات كما أن الوضع الحالي تعدى كون الزوجين متماثلين خصوصا من ناحية الإلتزامات داخل البيت وخارجه، كما أن الأصل أن يكون إيقاع الطلاق بيد الرجل وقد يكون للمرأة الحق في إيقاع الطلاق في حالتي التفويض أو إذا ما تم في عقد الزواج اشتراط أن تكون العصمة بيدها، إذ أن حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية هو مكنة قانونية فكما أعطت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الحق للزوج في فك الرابطة الزوجية، فقد منحت للزوجة ذلك الحق من باب المساواة بين الرجل والمرأة في المجال الأسري.¹

فالمساواة بين الرجل والمرأة في فك الرابطة الزوجية يتجسد من خلال نص م48 من ق.أ، حيث ساوى المشرع الجزائري بين الطلاق الصادر بناءً على إرادة الزوج مع الطلاق الصادر بناءً على طلب من الزوجة، سواء كان بموجب نص م53 أو م54 مما أدى به لاعتبار الطلاق مهما كان بائنا، غير أن ذلك أدى به للإخلال بالآثار القانونية خصوصا ما تعلق منها بالثوابت من عدة ورجعة وكذا الميراث.

بينما المشرع المغربي في م89 من مدونة الأسرة مقارنة بنص م44 من مدونة الأحوال الشخصية قد جعل كل من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة عن طريق التملك تحت سلطة القضاء، فيما كان يعتبر القانون الملغى أن التملك يشكل استثناء ولا يخضع لسلطة القضاء، وإنما يمكن للزوجة ممارستها مباشرة في توقيع الطلاق مثلها مثل الزوج في هذه الحالة، إذ عمل المشرع المغربي على تقييد سلطة الزوج في إيقاعه للطلاق وذلك لغاية إخراج الطلاق من طابع التصرف الإنفرادي الذي لا يخضع لأية رقابة.²

واستنادا لقاعدة الغرم بالغنم ومفادها أن الشريعة الإسلامية قد وضعت مغنما للرجل في إيقاع الطلاق ومغرم عليه في دفع المهر والنفقة ويستثنى من ذلك حالة نشوز الزوجة التي تفقد بموجبها هذه الحقوق، وفي المقابل جعلت للمرأة مغنما في المهر والنفقة ومغرم عليها في الطلاق وبالتالي فإن الأمر بالنسبة لهما متكافئ، فإذا رغبت الزوجة في الطلاق دون موافقة زوجها فعلى القاضي أن ينظر في موجبات الإرادة فإن كانت ظلما أو نشوزا من الزوج وتعدر الإصلاح بالطرق الممكنة، فعلى القاضي أن يحكم لها بالطلاق دون المساس بحقوقها من مهر ونفقة وغيرها بل بالإضافة لذلك يقضي لها بالتعويض، أما إن كان الطلاق بمزاجها وكراهة منها لزوجها ودون تقصير

¹ عماري نور الدين، المرجع السابق، ص.07.

² موحى أسدي اعمر، المرجع السابق، ص.229.

منه ودون موافقته، فللقاضي أن يستجيب لطلبها ويخالفها من زوجها كمغنم لها وبالمقابل لذلك من حق الزوج أن يستعيد جزءاً من المهر أو كله بناءً على اتفاقهما أو بحكم القاضي.¹

وبالتالي فإن للمرأة أن تمارس حقها في إيقاع الطلاق بإرادتها المنفردة ودون تدخل القضاء متى اشترطت ذلك صراحة أثناء عقد الزواج، على أن تكون العصمة بيدها في إيقاع الطلاق ووافقها الزوج على ذلك، وبالتالي تتساوى معه في ممارسة ذلك الحق على أن تكون هناك أسباب مقنعة لذلك، ودون وساطة القاضي وإلا اعتبرت متعسفة في استعمال ذلك الحق.

وإذا أردنا أن نقارن واقع الطلاق في الإسلام بالدول الغربية فإن في هذه الأخيرة يكون فقط بالإرادة المنفردة للزوج، ولا يكلف بمقابل ذلك أي مغرم كما أنه لا يكلف بالمهر في عقد الزواج ولا شيء من النفقة فأبي النظامين قد حققا المساواة بين الرجل والمرأة، بالرغم من أن في نظام أمريكا إذا طلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة فإن عليه أن يضع نصف ممتلكاته بيدها، إلا أنه في الواقع العملي لا وجود لذلك لأن معظم حالات الطلاق التي تحدث لا تكون معلنا عنها وغير مسجلة.²

المطلب الثاني: تقييد إرادة الزوجين بمبدأ التعسف في استعمال الحق

الأصل أن يكون الطلاق بيد الزوج يستعمله كيفما شاء ومن غير مساءلة إذ أن الزوج غير ملزم بذكر الأسباب التي دعت له لتوقيع الطلاق، وبالتالي هل أن الطلاق بغير مبرر يعد طلاقاً تعسفياً؟ إذ أنه حتى وإن تم الإضرار بالزوجة معنوياً من خلال ممارسة الزوج لحقه المطلق في الطلاق، ومع ذلك فهو ملزم بأداء التعويض عن ذلك والمتمثل في المتعة فالتعسف يمكن توقعه من الطرفين، وسيتم من خلال هذا المطلب دراسة مدى تقييد إرادة الزوجين في الطلاق بين تقييد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق وبين منح الزوجة السلطان الأكبر في ممارسة ذلك الطلاق دون ذكر الأسباب ودون فرض التعويض، فهل أصبح بذلك حق الزوجة في ممارسة الخلع مطلقاً؟

الفرع الأول: مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق

أولاً: الطلاق التعسفي

إذا وجدت أسباب الطلاق بعد نفاذ جميع وسائل الإصلاح الممكنة فحينئذ يكون الزوج غير ظالم ولا مضر بالمرأة حتى وإن تضررت معنوياً جراء الطلاق وهو لا يعد إساءة لإستعمال الحق، فقد جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق التعسفي يتمحور حول سببين أساسيين: الصورة الأولى تتمثل فيمن يطلق زوجته في مرض

¹ أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص. 13-14.

² أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع نفسه، ص. 15.

الموت ليحرمها من الميراث والتهرب من النفقة الزوجية، والصورة الثانية هو الطلاق البدعي،¹ فيما تكون الإساءة في استعمال الحق منعمة إذا كان الطلاق لسبب غير معقول، وبالتالي فإن الطلاق التعسفي يقوم في حالة: الطلاق في مرض الموت والطلاق البدعي.

1- مدى اعتبار الطلاق البدعي طلاقا تعسفيا:

يقصد بالتعسف في الطلاق بشكل عام مناقضة الشارع في التصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعا بحسب الأصل وأن الطلاق المأذون شرعا هو الطلاق السني، حيث يعد الرجل متعسفا في استعمال حقه في الطلاق في الشريعة الإسلامية إن هو طلق زوجته في حيض أو طهر مسها فيه، وبالتالي يجب أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر وإن شاء أمسك أو طلق قبل أن يمسها والحكمة من ذلك أنه في هذه الحالة لا يتبين إن كانت المطلقة حاملا، كما اعتبر البعض من الفقه من بينهم المالكية بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد هو طلاق بدعي لمخالفته للسنة فيما خالفهم الشافعية في ذلك، لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ"²، وما يلاحظ أن بعض حالات الطلاق غير المشروع لا يعود سببه للتعسف في الطلاق، ومع ذلك يعد كذلك لمجاوزته بعض القيود الشرعية التي اشترطها الإسلام في الطلاق.³

كان ينص المشرع المغربي بموجب مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في مادته 47 على أنه: "إذا وقع الطلاق والمرأة حائض أجب القاضي الزوجة على الرجعة"، عادة ما يكون الطلاق بإرادة الزوج يمارسه وقت ما شاء، غير أنه في بعض الحالات الشرعية يتم تقييده بمدة محددة يكون فيها الزوج آثم ديانة إن هو أوقع ذلك الطلاق، غير أن ذلك لا يمنع من وقوعه قضاءً وهو ما نجده بالنسبة للطلاق البدعي، كما أنه من خلال تعريفات التعسف في استعمال الحق يقال بأنه هو "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل" حيث أن الطلاق إذا ما تم ممارسته خارج حدود الشرع بحيث خالف أحكام الشريعة الإسلامية يعتبر لاغيا ويعد طلاقا بدعيا.⁴

¹ أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص. 59.

² سورة الطلاق، الآية. 1.

³ أيمن مصطفى دباغ، التعسف في الطلاق، حقيقته، معايير، حالاته، الجزاء المترتب عليه، مجلة جامعة الأقصى، 2014، المجلد 18، ع1، ص. 68.

⁴ موحى أسدي اعر، المرجع السابق، ص. 203-207.

2- مدى اعتبار طلاق المريض مرض الموت طلاقا تعسفيا:

يقصد بالمريض مرض الموت هو العاجز عن تحقيق مصالحه ويستمر على هذه الحال لمدة يجب أن لا تتجاوز السنة فإن امتد مرضه لما يجاوز السنة في هذه الحالة تعد تصرفاته جميعها صحيحة، فالأصل أنه إذا طلق الرجل زوجته وهو مريض مرضا مخوفا فمات من مرضه، فإن زوجته ترثه ولو طلقها ثلاثا معاملة له بنقيض قصده ويعتبر طلاقه كأن لم يكن، غير أنه إذا اشتد مرضه وتغير حاله في هذه الحالة الأخيرة يعد فيها التصرف غير صحيح من اليوم الذي تغير حاله لحين الوفاة.¹

نص المشرع الجزائري على تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني فقد جاء في نص م776 أنه: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية" وما يقابلها في ق.إ.ع المغربي المادتين 344 و345، حيث اشتملت هذه المادة تصرفات التبرع دون التصرفات المدنية الأخرى، وعندما نرجع لقانون الأسرة الجزائري نجده قد أغفل الحديث عن تصرفات المريض مرض الموت المتعلقة بالزواج والطلاق بالرغم من أهميتها واكتفى بالنص عن الهبة في مرض الموت. أما الناحية القضائية فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق عدا إذا قصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون"²، وبالإضافة لذلك كان يجب الحكم لها بتعويض عادل.

فإن قياس التعويض عن الطلاق دون سبب على طلاق المريض مرض الموت هو صورة من صور التعسف في الطلاق، حيث أن المريض في مرض الموت إذا طلق زوجته قصد حرمانها من الميراث فإنه يعامل بنقيض قصده وترثه زوجته، وكذلك المطلق لغير سبب يعامل بنقيض قصده ويلزم بالتعويض، أما البعض الآخر فيرى بأن قياس التعويض عن الطلاق بغير مبرر على طلاق المريض مرض الموت، هو قياس مع فارق إذ أن الميراث للزوجة حق ثابت شرعا ولما أراد الزوج حرمانها منه عوقب بنقيض قصده، إذ أن توريتها ليس من باب التعويض وإنما هو حق فلا يقاس ما هو حق أي الميراث بما هو تعويض.³

¹ موحى أسدي اعمر، المرجع نفسه، ص.209.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1998/03/17، ملف رقم 179696، المذكور سابقا.

³ جمال فخري محمد جاسم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص.212، 220.

3- مدى اعتبار الطلاق لسبب غير معقول أو دون مبرر طلاقا تعسفيا:

يعد الطلاق الحل الأخير الذي لا يجوز اللجوء إليه إلا في حالات محددة ومسوغات معقولة، وإذا كان لسبب غير معقول أو غير مبرر يعتبر في نظر القضاء الجزائري طلاقا تعسفيا، وهو ما جاء في عديد القرارات بأن حق الطلاق في الشريعة الإسلامية محول للزوج ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق المطلقة لمؤخر الصداق، ونفقة العدة التي يراعى في تقديرها حالة المطلق المالية، غير أنه إذا كان الطلاق لغير مبرر مشروع وجب على المطلق المتعسف التعويض لما لحق الزوجة المطلقة من أضرار بسبب هذا الطلاق.¹

فيما يرى البعض بأن الزوج غير مجبر على ذكر الأسباب التي دعت له للطلاق فالطلاق غير المبرر لا يعد تعسفا لغياب "قصد الإضرار بالزوجة"، فقد يكون المدعي في الواقع متضررا لكن قد يكون عاجزا عن إثبات الضرر أو لأنه غير راغب في التمسك بالضرر، ويرى البعض الآخر بأن الزوج إذا أصر على فك العصمة الزوجية دون بيان الأسباب وكانت الزوجة حينئذ متمسكة بالبيت الزوجية عد ذلك تعسفا في إيقاعه للطلاق.²

جاء في م52 من ق.أ ما نصه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، من خلال نص المادة لم يذكر المشرع الجزائري عبارة "دون مبرر" ومادام أن الطلاق يجب فيه إجراء عدة محاولات صلح فإنه لا يتصور فيه التعسف، بينما غياب الزوج عن جلسات الصلح يفترض تعسفه في إيقاع الطلاق ما لم يثبت عكس ذلك ودفع الزوج عن نفسه المسؤولية، بأن يثبت أن سبب الطلاق كان من الزوجة أو سبب أجنبي أو قوة قاهرة استنادا للقاعدة العامة في القانون المدني المنصوص عليها بموجب م127.

فيما يعتبر الطلاق محظورا في القانون التونسي ما لم يتم تبريره حتى يتم نزع تلك الصيغة عنه، فإن تم استعماله بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين اعتبر ذلك تعسفا مبطنا لنية الإضرار وهو موقف الفقيه بورمانز حيث يقول هذا الأخير بأن: "الفعل الضار بمعنى الطلاق في هذه الحالة لا يمكن تبريره إلا بإثبات ما ينزع عنه صبغته المحظورة، ويعني ذلك إما أن توافق الضحية وإما إثبات حالة الضرورة"، وبالتالي فقد تخلّى هذا الرأي عن البحث في نية الإضرار وأقام التعويض عن مجرد الطلاق، وخالفه في ذلك الأستاذ كرو حيث يرى بأن الطلاق فعل جائز

¹ محكمة المديّة، 1969/02/12، مجلة المحاماة، ع1، 1974، رقم2، ص.35. المحكمة العليا، 1969/03/27، م.ق. ع1، رقم 24، المحكمة العليا، 1969/02/05، م.ق. وزارة العدل، ع1، رقم 148. الإجتهد القضائي، 1983/03/14، م.ق. 1986، ص.208-210. مجلس قضاء تلمسان، 1967/01/18، م.ق. 1968، رقم4. محكمة الجزائر 1967/04/12، م.ق. 1968، أشار إليهم: بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.235-236.

² موحى أسدي اعمر، المرجع السابق، ص.214.

في الأصل وليس محذور، ولكن من يمارس هذا الحق يكون مجبراً بالتعويض لما ترتب عن ذلك الفعل من ضرر وإن لم يترتب أي ضرر فلا تعويض.¹

فيما نجد المشرع المغربي قد تدارك الوضع من خلال تعديل مدونة الأحوال الشخصية وقد أضيفت م52 مكرر تنص على أنه: "إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق دون مبرر معقول تعين عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار"، وقد كان واضحاً إذ أنه من خلال تفسيرنا لنص هذه المادة فإن الطلاق دون مبرر معقول يترتب لا محال أضراراً معنوية بالزوجة توجب الحكم لها بالمتعة، وإلى جانب ذلك قد تتعرض المرأة لأضرار مادية ما يوجب الحكم لها بالتعويض على أساس التعسف وفق ما ذكر في المادة 84 من المدونة. وبالتالي فإن الزوج ملزم بالتعويض إذا ثبت تعسفه في استعمال الحق في الطلاق أما في حالة الطلاق بغير سبب فإنه يتم تمتع المرأة في جميع الأحوال وتعويضها إذا تبين وجود الضرر الفاحش، أما بالنسبة للقانون الأردني في مادته 134 جاء فيها ما نصه: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً، بشرط أن لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة ويدفع لها هذا التعويض جملة أو قسطاً حسب مقتضى الحال ويراعى في ذلك حالة الزوج يسراً أو عسراً" صحيح أنه من خلال نص المادة تم ذكر عبارة "لغير سبب معقول" غير أنه حكم بالتعويض بدلاً من الحكم بالمتعة، ومع ذلك تم تقدير التعويض بناءً على حالة الزوج المالية وليس جسامة الضرر هو موقف مردود فيه.

كما نص قانون الأحوال الشخصية السوري على ذلك بموجب م117 منه أنه: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول وأن الزوجة أصابها بؤس وفاقة، جاز له أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة التعسف، بتعويض لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثالها إضافة لنفقة العدة"، وبالتالي فقد أضاف المشرع السوري لحالة الزوج درجة التعسف خلافاً للمشرع الأردني، غير أنه ما يلاحظ على القانونين أنه تم ربط التعويض بالنفقة ولم يربطه بالضرر الواقع على المطلقة من جراء حصول الطلاق، إذ أنه كان الأولى وهما يأخذان بنظرية التعسف في استعمال الحق أن يجعل التعويض على حسب الضرر لأنه علته وليس النفقة، فلا يصح بالتالي تحديدها بمقدار نفقة سنة أو ثلاث سنوات.²

¹ بوخاتم أسية، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص. 299 وما يليها.

² جمال فخري محمد جاسم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص. 231.

ثانيا: **المراجعة أو الرجعة Révocation** بقصد الإضرار بالزوجة "التعسف في استعمال حق الرجعة"

كان من رحمة الله أن جعل الرجعة للزوج إن هو تعجل إيقاع الطلاق وبعدها ندم عن ذلك أن يستدرك ما فاتته ويستأنف الحياة الزوجية مادامت المرأة في العدة، غير أنه لا يجوز له أن يتخذ هذه الفرصة لمجرد النيل من الزوجة والإضرار بها دون وجه حق، قال الله تعالى: "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ"¹، فالزوج مكلف بأن يمسك زوجته بالمعروف أو يسرحها ويطلقها بإحسان، لقوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَمِاسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"²، فالأصل في الرجعة الندب أما إذا كانت الرجعة لا يراد بها الإصلاح فهي ليست برجعة شرعية بل بالعكس تكون محرمة في هذه الحالة، كأن يستعمل حق الرجعة لإطالة أمد العدة وذلك بأن يطلق زوجته التي يكون قد دخل بها طلاقا رجعيا، فتعتد حتى إذا قاربت عدتها على الإنتهاء راجعها ثم طلقها مرة ثانية، حتى إذا اعتدت وقاربت عدتها على الإنتهاء راجعها ثم طلقها الثالثة لتستأنف عدة جديدة فتكون قد اعتدت مدة أطول من مدة العدة الواحدة.³

ومن المتفق عليه قضاء أن على الزوجة أن ترفع طلب التطلق قبل أن يرفع الزوج عليها دعوى بالرجوع إذ أن الحكم بتطبيقها لا مبرر له بعدها، وبالتالي فإن تسبیب الطلاق من طرف الزوج لا يعد ذا جدوى كما لا يمكن للقاضي أن يرفض دعوى الزوج لانعدام التسبیب أو قصوره وهو ما يؤدي به للنشوز والإضرار بالزوجة.⁴ غير أنه إذا أثبتت الزوجة مثلا بأن دعوى الرجوع التي رفعها الزوج إنما كانت للإضرار بها، أو إذا ثبت للقاضي أن الزوج لم يراجع زوجته إلا بقصد الإضرار أو لإطالة أمد الدعوى حتى تنقضي العدة أو قصد أن يمنعها من النكاح فرجعت مردودة عليه، إذ أن الرجعة لا تكون إلا بقصد الرغبة وعليه إذا تبين للقاضي أن الزوج إنما أراد برجعتة الإضرار بالزوجة من خلال شهادة عدل أو قرائن قائمة، فإنه يتعين على القاضي إبطال الرجعة واعتبارها كأن لم تكن ويقع الطلاق بائنا.⁵

¹ سورة البقرة، الآية. 231.

² سورة البقرة، الآية. 229.

³ أيمن مصطفى الدباغ، المرجع السابق، ص. 77.

⁴ المجلس الأعلى، 14/03/1983، ملف رقم 29236، ن.ق، ديوان المطبوعات الجامعية، ع1، 1987، ص. 208.

⁵ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 121.

الفرع الثاني: مظاهر تعسف الزوجة في ممارسة الخلع

إذا لم يوجد الخلع في الإسلام لكان من غير العدل أن يمنح للمرأة الحق المطلق في الطلاق بإرادتها المنفردة إذ أن بدل الخلع الذي تدفعه في هذه الحالة يكون بمثابة تعويض لما أسرفه الزوج من تكاليف مادية ونفقات عقد الزواج، فالخلع قد شرع في حالة نفور المرأة من زوجها بحيث لا وجود لضرر من الزوج على زوجته، فإن ثبت الضرر يجب عليه أن يفارقها دون عوض متى طلبت ذلك وإن هي قدمت عوضاً فلا يحل له أخذه، فهل أن ممارسة الزوجة للخلع يكون على إطلاقه فهي بالتالي غير مجبرة على ذكر الأسباب التي دعتها لطلب الخلع؟

أولاً: تعسف الزوجة في ممارسة الخلع

بالرغم من أن الخلع مباح إلا أنه يأخذ حكم الكراهة إذا هي استعملته من غير سبب، وليكون كذلك لا بد للمرأة أن لا تطلب الخلع من غير سبب أو لسبب تافه، ولتجنب تعسف الزوجة في إيقاع الطلاق لما يلحقه من أضرار على الطرف الآخر في العلاقة فقد وضعت تحت سلطة القضاء، غير أنه كما هو معلوم أن لا يشترط على الزوجة أن تقدم أي سبب للخلع كما هو الشأن بالنسبة للتطليق بل يكفي أن تصرح بأنها تكره زوجها ولا تطيق العيش معه، لأن الخلع حق للمرأة تستعمله بالإرادة المنفردة في مقابل حق الزوج في الطلاق، بالرغم من أن الكراهية مسألة قلبية وهو من الأمور الباطنة التي يستحيل إثباتها.

وبالتالي على القاضي أن يتأكد فقط بأن الزوجة مصرة على المخالعة رغم محاولات الصلح، فكما يطلب الزوج الطلاق دون ذكر الأسباب التي دعت له ذلك لكنه في المقابل يتحمل التعويض إذا تعسف في استعمال حقه، فإن من حق الزوجة أن تطالب بالخلع متى كرهت زوجها دون ذكر الأسباب التي دعتها لذلك لكن تعسفها يعد مفترضا إذ أنها تلزم بدفع العوض لزوجها على سبيل التعويض، ولا يمكن بأي حال للقاضي أن يجبر الزوجة على ما لا ترضاه إذ أنه ليس للقاضي البحث في أسباب طلب الخلع، كما أن هناك من يرى بأنه لا يشترط على الزوجة أن تثبت وجود ضرر صادر عن الزوج بل يكفي أن تكون قد نفرت منه،¹ كما أنه لا يمكن للمرأة طلب الفسخ للعيوب بعد الرضا التام بها إذ أن في رضاها ومن ثم نفورها إضرار بالزوج، وأن بدل الخلع يكون بمثابة تعويض عن الضرر الذي تعرض له الزوج في هذه الحالة.

فالقاعدة التي جاء بها تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 من خلال إضافة عبارة "دون موافقة الزوج" وهي نفس الصياغة التي جاء بها القانون الفرنسي: "يجوز للزوجة الانفصال عن زوجها دون موافقته مقابل دفع

¹ حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 147-150.

مبلغ مالي على سبيل الخلع"،¹ وبالتالي فإن للمرأة الحق في الخلع بالإرادة المنفردة دون موافقة الزوج كما للزوج الحق في الطلاق بالإرادة المنفرد، غير أنه بالرجوع لأحكام الخلع والطلاق نجد بأن الزوج ملزم بذكر الأسباب التي دعت له للطلاق وإلا كان طلاقاً تعسفياً إذا كان لسبب غير معقول ومطالبة الزوجة زوجها بالتعويض، في حين أن الزوجة غير ملزمة بذكر الأسباب التي دعتها لطلب دعوى الخلع، كما أن بدل الخلع الذي تدفعه يكون مقنن مسبقاً ولا يرقى لمصاف التعويض إذ أنه قد يكون الضرر الذي تعرض له الزوج أكبر من قيمته.

ما يثير إشكالية في حالة تعسف الزوجة في ممارسة الخلع فطالما أن الطلاق حق للزوج يمارسه بإرادته المنفردة فقد يسيء استعمال حقه بأن يطلق زوجته تعسفياً فيلزم بدفع التعويض عن الضرر اللاحق بها، فإنه من العدل والمساواة أن تلتزم الزوجة بالتعويض إذا ما ثبت إساءتها في استعمال حقها في الخلع، دون سبب جدي إذا أردنا أن نساوي بين الرجل والمرأة في حق إيقاع الطلاق.

يرى أحد الباحثين بأن أغلب حالات الخلع تكون نتيجة إساءة الأزواج لزوجاتهم ما يدفعها للتخلص منه، وبالتالي لا يمكن أن نكافئ الزوج المسيء والأكثر من ذلك ندفع له مالا على إساءته، إذ أن هناك الكثير من الحالات التي تجد فيها الزوجة تتعرض للظلم فبدل أن يدفع لها هو تعويضاً مقابل الإساءة، فهي التي تدفع له مقابل أنه غير كفؤ وتدفع المال مقابل أنه ظلمها وأضر بها وكل ما في الأمر أنها لم تستطع إثبات ذلك، كما أن الكثير من الحالات تتعرض لها النساء المعقود عليها وغير المدخول بها فلماذا نكلفها بدفع بدل الخلع، إضافة لذلك نثقلها بدفع تكاليف الزواج والتعويض مقابل إبراء ذمة الزوج حتى تتمكن من طلب الطلاق.²

وفي الأخير لنا أن نتساءل ألا يوجد فيه نوع من التناقض بالنسبة لتعسف الزوج في إيقاع الطلاق، إذ أنه من المقرر شرعاً أن يدفع للمرأة المتعة وإضافة لذلك تعويض إن هو قد أساء إستعمال الطلاق؟

ثانياً: عدم أحقية الزوج في طلب التعويض بسبب تعسف الزوجة في ممارسة الخلع

بناءً على قاعدة عدم التعويض عن الضرر مرتين فإن المقابل الذي تدفعه الزوجة في سبيل الحصول على حريتها هو بمثابة تعويض للزوج، إذ أننا في هذا الصدد أمام طلاق الخلع والذي يعد حق للزوجة مقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة، وحق الزوجة في التعويض في حالة تعسفه فلا يجوز أن يحصل الزوج على التعويض مرتين عن ضرر واحد،³ وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أن "مقابل الخلع يعتبر بمثابة

¹ أشار إليه: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.190.

² منال محمود المشني، المرجع السابق، ص.180-181.

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.263-264.

تعويض عن التطليق ... وكان الزوج قد طالب بالتعويض، كونه قد تضرر طبقا لنص م55 من ق.أ، التي تتعلق بالتعويض في حال النشوز"¹، فرغم اعتراف المحكمة العليا بأن الخلع أصبح في مقابل عصمة الزوج وجاعلا من الضرر مفترض في جميع حالاته،² فإذا افترضنا أن بدل الخلع يعد بمثابة تعويض ألا يدل ذلك على أن الزوجة إن كانت غير متعسفة في الخلع ولم يتضرر الزوج فإنها غير ملزمة بأداء العوض وهذا مخالف للشرع، وبالتالي فإن بدل الخلع لا يمكن أن نعتبره تعويضا إذ أن استحقاق التعويض يكون كمقابل للضرر المادي أو المعنوي، كما أن بدل الخلع قد يكون متفقا عليه أو محدد قانونا بقيمة صدادق المثل وقت صدور الحكم إذ لا يمكنه أن يغطي الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها الزوج.

وهو ما تداركه المشرع المغربي من خلال نص م120 من المدونة المغربية على أنه: "في حال اتفاق الزوجين على الخلع واختلافهما حول بدله، أن تراعي المحكمة في تقديره: مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة"،³ وتكون السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض تبعا لجسامة الضرر الذي لحق الزوج المخال، فيما ساوى المشرع التونسي بين الزوج والزوجة في التعويض عن الطلاق فكما تتضرر الزوجة فإن الزوج كذلك يتضرر، كما أوجب على الزوج إذا تضررت الزوجة من الطلاق بالتعويض أوجهه على الزوجة إذا رغبت بإنشائه من غير سبب أدى لتضرر الزوج خصوصا إذا تم الطلاق بموجب التفويض.⁴

كما أن هناك دعوة للسعي لتقنين حالات الخلع كي لا تقع الزوجة في حالة إساءة استعمالها لحقها في "الخلع التعسفي"، حسب القاعدة القانونية "طالما ثبت الإخلال وجبت المسؤولية" إذ أن أي شخص يرتكب خطأ يلزم بالتعويض طبقا لنص م124 من ق.م.

فلحذا لو يتم ضبط موضوع الخلع بنصوص أخرى أكثر تفصيلا في كل جوانبه وعدم الإكتفاء بمادة قانونية واحدة، لأن التساهل في ذلك قد يرفع من نسب الخلع في المحاكم الجزائية مما يؤدي لارتفاع حالات الطلاق بالخلع وتعسف الزوجات في ممارسته، بحيث يرى البعض بأنه لا يجوز للزوجة المطالبة بالخلع لغير سبب وقد تم حصر السببين إما أن تكره الزوج وتخاف أن لا تقيم حدود الله وأن لا توفيه حقه، أو أن تخاف أن ييغضها

¹ المحكمة العليا، 2009/06/10، ملف رقم 0900761، غير منشور. أشار إليه: حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.263.

² المحكمة العليا، 2011/09/15، ملف رقم 656259، المذكور سابقا، ص.318.

³ الظهير الشريف رقم 10422، 2004/02/03، المنفذ للقانون رقم 03-07، بمثابة مدونة الأسرة، ج.ر، ع5184 2004/02/05، المذكور سابقا، ص.418.

⁴ جمال فخري محمد جاتم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص.228.

فلا يوفيها حقها، إضافة إلى أنه في وقتنا الحالي أصبحت المرأة تخرج وتعمل وتسافر ولها كامل الحرية في اختيار الزوج المناسب فلا عذر لها فيما بعد أن تنفره لغير سبب جدي.

كما أن حل المشاكل الأسرية لا يكون بهذه الطريقة فالخلع قد أعطى للمرأة حق وسلب منها العديد من الحقوق، أعطاهما حق التخلص من أمور عديدة ولكن لا يمكن فتح باب الخلع على مصرعيه للمرأة للتخلص من زواجها لأي سبب كان، أما الخلع الذي تشهده القوانين الحديثة يختلف تماماً عما أقرته الشريعة الإسلامية الذي يتم ضمن شروط وبموافقة الزوج، فما أحوجنا اليوم إلى إعادة تأطير قانون أسري بالتضييق من حالات الطلاق من الطرفين وليس زيادة قوانين تجيزه وتسعى لتحقيق المساواة المزعومة، وكأننا أمام سباق يستهدف جمع أكبر قدر من قضايا انحلال الرابطة الزوجية.

الفصل الثالث:

الجزاءات المدنية والمالية
الناشئة عن الرابطة الزوجية
وانحلالها

لتكوين العقد صحيحا في القواعد العامة للقانون المدني كما رأينا في أركان العقد وشروطه، أنه يجب توافر أركانه ولهذه الأركان شروط يجب توافرها ليكون الركن صحيحا والركن الأساسي في العقد هو الرضا، وهذا الأخير الذي يجب أن يتعلق بمحل وسبب إضافة لذلك ركن الشكل في العقود الشكلية، والتسليم في العقود العينية وإذا تخلف ركن من أركان تكوين العقد يعتبر منعذما، أما إذا توافرت أركانه وتخلفت شروط أركانه من محل وسبب أو كانا مخالفين للنظام العام والآداب فإن العقد في هذه الحالة يعد باطلا بطلانا مطلقا، أما إذا استوفى العقد أركانه وشروط أركانه ولكن الرضا صدر غير صحيح كأن يصدر من ناقص الأهلية أو طرأ عليه عيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه فإن العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال لعدم صحة ركن الرضا باتفاق الطرفين أو لنص في القانون، إذ أن انعدام الرضا يوجب البطلان المطلق وكذلك الشأن بالنسبة لانعدام المحل والسبب أو عدم مشروعيتهما، أما عيوب الرضا التي تطرأ على العقد من غلط وغش وإكراه فإنها تؤثر في صحة العقد وتجعله قابلا للإبطال، كما يتقرر البطلان لغير ذي أهلية لانعدامها أو نقصها قابلية لإبطال العقد بعد بلوغه سن الرشد.

وعقد الزواج كأبي عقد مدني إضافة للشروط العامة تترتب عليه مجموعة من الحقوق والالتزامات حتى ينشأ صحيحا ويدوم، بعض منها ذكرتها نص م36 من ق.أ المعدلة على سبيل المثال وهي واجبات نابعة من روح الشريعة الإسلامية وأن مخالفة هذه الالتزامات تترتب عليه جزاءات دينية ودينية، كما أن عقد الزواج يتضمن مجموعة من الشروط التي تكون باتفاق بين الزوجين ذكرتها كل من نص م19 و37 من نفس القانون مما يستوجب ضرورة الوفاء بها، وبالتالي فإن تخلفها أو مخالفتها يترتب هو الآخر جزاءات قانونية قد تكون مدنية مصحوبة بجزاء مالي، كما قد ينشأ عقد الزواج صحيحا ومن ثم تقع خلافات بين الزوجين ما يؤدي إلى انحلاله، وانحلال العقد dissolution في القانون المدني: يتم بأربعة طرق: البطلان nullité، الفسخ résolution، الرجوع révocation والإلغاء résiliation.

لم يستعمل المشرع الجزائري في هذا الصدد مصطلح "الطلاق" بموجب الأمر رقم 05-02 وإنما استعمل مصطلح "انحلال الزواج" كونه مصطلح عام يضم الطلاق وكذا الفسخ والبطلان، الناتجين عن الأنكحة الفاسدة والباطلة متجاهلا ذكر هته الصور المختلفة لفك الرابطة الزوجية صراحة، إذ أن تعداد الصور الدالة على فك الرابطة الزوجية قد أثار إشكالات مهمة فيما يخص الآثار المترتبة عنها، إذ أن هناك فرق بين هذه المصطلحات من حيث الآثار المترتبة من منطلق مبادئ الشريعة الإسلامية.

وفي الوقت الذي كانت تنص م48 بموجب القانون رقم 84-11 صراحة بأن "الطلاق حل عقد الزواج" أصبح فيما بعد المعنى مختلف، بموجب الأمر رقم 05-02 في مادته 49 "يحل عقد الزواج بالوفاة أو الطلاق"

حيث استعمل القانون مصطلح "حل" ليشمل جميع طرق انحلال الزواج، سواء كانت بالإرادة المنفردة أو بتوافق الإرادتين أو بحكم القاضي ولم يحصره في الطلاق فقط، كون الطلاق متوقف على الإرادة لذلك فهو واقع لا محالة إذا تم الإصرار عليه سواء كان بالإرادة المنفردة أو تم إسناده للقضاء، ولأن انحلال الرابطة الزوجية لا تتم بالطلاق فقط لما للإرادة السلطان الأكبر في حل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الفسخ والبطلان كذلك.

المبحث الأول: الجزاءات المدنية الناشئة في مرحلة انعقاد الرابطة الزوجية

لقد جعل الدين الإسلامي الحنيف العلاقة بين الرجل والمرأة في إطار الزواج علاقة أبدية، لا يفرقها إلا الموت ولتحقيق استقرار الحياة الزوجية، فقد تم ضبط عقد الزواج بعدة أركان وشروط إلى جانب الأركان والشروط العامة التي يتطلبها أي عقد مدني، وما دام أنه لم يحدث أي طارئ يؤثر في صحة ذلك العقد وتماه، وبالتالي الحكم ببطلانه يقسم الفقه الإسلامي العيوب التي يمكن أن يتعرض لها العقد إلى قسمين: قسم يشمل عيب اختلال التنفيذ وهذا الأخير ينشأ بسبب طارئ بعد تكوين العقد صحيحا لكنه يكون ذو تأثير في الرضا السابق، وقسم آخر يصاحب تكوين العقد وهو يشمل العيوب الثلاث المتمثلة في الإكراه والغلط والتدليس.

المطلب الأول: تمييز الفسخ عن البطلان ومدى إعمال نظرية البطلان لإنهاء عقد الزواج

أمام الحماية التي يكتسبها عقد الزواج والصعوبات التي يطرحها إذا ما تم حل الرابطة الزوجية القائمة طبعاً والمكتملة والتي طرأ عليها ما يعكس صفوها، وبالتالي فإن العقد إما أنه لم يكتمل ويعد باطلاً أو أنه يكتمل ومن ثم يتعرض لطارئ يؤدي لانحلاله بالفسخ أو الطلاق، وهو ما يثير إشكالية الفرق بين الفسخ والبطلان من الناحية الفقهية والقانونية؟ وهو ما سيتم الإجابة عنه من خلال انتقاد وتحليل المواد 32، 33، 34، 35 من ق.أ، إذ أنه من خلال قراءتنا لهذه المواد نلاحظ أن المشرع قد أساء صياغتها حيث استعمل مصطلح البطلان في محل يفترض فيه استعمال مصطلح الفسخ والعكس، كما نشهد غياب نصه على الفسخ بعد تمام العقد والاكتفاء بذكر الطلاق ضمن نص م 47 ق.أ، ما أدى لتضارب التفرقة بين ما هو فسخ وما هو بطلان وحتى ما هو طلاق.

الفرع الأول: الفرق بين الفسخ والبطلان في الفقه الإسلامي

لم ينل هذا الموضوع حقه من الاهتمام لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ذلك أنه نلمح عدم التوافق في استعمال مصطلحات البطلان والفسخ والفساد، حتى إن هذا الاختلاف كان بين أصحاب المذهب الواحد فقد يرى الفقهاء أن الفساد والبطلان يندرجان تحت مسمى عدم الصحة إذ يترتب عليهما أثر واحد وهو العدم، وأن العقد غير مستوفي الأركان والشروط يكون باطلاً وقد يعبر عنه بالفاسد من باب ترادف الألفاظ في معنى واحد

وبالتالي فإن الفعل لدى جمهور الفقهاء¹ إما صحيح أو غير صحيح وهو ما أخذ به المشرع المغربي، وأن العقد غير مستوف لأركانه وشروطه يكون باطلاً.

باستثناء فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين العقد الباطل والعقد الفاسد فيما يخص المعاملات المالية، كما اختلفوا على الأخذ بهذه التفرقة في باب الزواج وإن كان يندرج ذلك عندهم تحت مسمى عدم الصحة، فيكون العقد صحيحاً إذا كان مشروعاً بأصله ووصفه ويرتب جميع آثاره، وباطلاً إذا كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه ولا يترتب أي أثر، وفاسداً إذا كان مشروعاً بأصله دون وصفه وتترتب عليه بعض الآثار حتى إذا أمكن إزالة سبب الفساد انقلب صحيحاً بعدما كان يستحق الفسخ،² وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

وهناك فريق آخر من فقهاء الحنفية من يفرقون بين العقد الباطل والفاسد سواء في المعاملات المالية أو غيرها وكذا في نطاق عقد الزواج،³ وبالتالي فإنهم اقترحوا مفهوماً وسطاً بين الصحة والبطال وهو الفساد،⁴ وهو ما تبناه المشرع التونسي كما سنرى، يرى الأستاذ السنهاوري في هذا الصدد بأن الفسخ هو ذلك الجزاء الذي تم فرضه على العقد الفاسد الذي لم يستوف شروطه، ذلك أن العقد الفاسد وإن كان عقد غير صحيح إلا أنه عقد منعقد في الأصل له وجود شرعي لا وجود مادي وحسب، ولكن يكون لكل من العاقدين الحق في التمسك بفسخه، فالفسخ إذاً دليل على أن العقد له وجود شرعي وقانوني فلولا هذا الوجود لما كان هناك حاجة لهذا الفسخ، وهذا يعني أن العقد الفاسد له وجود شرعي ولكنه مهدد بالزوال عن طريق الفسخ ويجب على المتعاقدين فسخه رداً للفساد.⁵ عموماً البطلان في اللغة يعني الفساد وهو نقيض الصحة واعتبار العقد كأن لم يكن، أما الفسخ هو نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع أثناء العقد أو بعد انعقاده صحيحاً وهذا الخلل يمنع من بقاء العقد واستمراره.⁶

¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 101.

² فتحي الدريني، المناهج الأصولية، ط2، الشركة المتحدة، سوريا، دمشق، 1405هـ - 1985م، ص. 723. نصر فريد محمد واصل، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، ط5، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 1418هـ - 1998م، ص. 22-23. طواهري محمد، الجزاء المدني في بعض مسائل الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعقد، جامعة تلمسان 2014-2015، ص. 41.

³ طواهري محمد، المرجع السابق، ص. 37، 52، 58.

⁴ الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص. 615. الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي المرجع السابق، ص. 347.

⁵ عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص. 710.

⁶ محمد سمارة، المرجع السابق، ص. 269.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة بطلان العقود بصفة عامة، فقد قسم جمهور الفقهاء العقد لصحيح وباطل والباطل هو المعدوم، أما البطلان أو الفساد يكون غير صحيح منذ بداية العقد ولا يتراخى إلى ما بعد انعقاده، على عكس الفسخ الذي يمكن أن يكون بعد انعقاد العقد صحيحا وهذه التفرقة الدقيقة بين المصطلحات الثلاث غير معتبرة لدى الفقهاء، فهم يعبرون على الفسخ بالبطلان أو الفساد ولكن يدركون تماما أن هنالك اختلاف بين هذه المصطلحات، فإن بعض الفقهاء أحيانا يعبرون عن الفسخ بالبطلان كما قد يعبر بالبطلان ويراد به الفسخ، وهذا من باب التشابه في الأثر وهو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.¹

وبالتالي لا نجد في الفقه الإسلامي موقفا واضحا ومحددا ومتفقا عليه من قبل الفقهاء، ويبقى السؤال مطروحا فيما يكمن الفرق بين الفسخ والبطلان في الفقه الإسلامي، وما هي إذا نظرت له للزواج الفاسد والباطل؟

أولا: الزواج الفاسد والباطل في الفقه الإسلامي

أما في نطاق الزواج ومن خلال ما سبق بيانه فإن الزواج الفاسد والباطل لدى جمهور الفقهاء واحد فكلاهما عقد غير صحيح وجوده كعدمه ولا يترتب أي أثر، عدا الحنفية الذين يرون بأن الزواج الفاسد قبل الدخول باطل لا يترتب أي أثر أما إذا اقترن بواقعة الدخول فإنه تترتب عليه بعض الآثار، فهل يظل العقد بهذا المعنى باطلا والآثار العرضية المترتبة عنه يمكن أن نعتبرها آثار عرضية للعقد الباطل؟

اختلف الفقهاء حول صحة الزواج أو فساده فلدى المالكية العقد إما صحيح أو غير صحيح وهو الرأي الراجح الذي أخذ به كل من القانون المغربي والتونسي، باستثناء الفقه الحنفي الذي أوجد مصطلح العقد الفاسد وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري وفق تعديل 2005 إلا أنه ليس على إطلاقه، إذ أن الواقع أن الحنفية لا يرتبون هذه الآثار على مجرد واقعة الدخول كما يعتقد بذلك وإنما يضاف إليها شبهة العقد الفاسد، وهو من حيث الآثار عند بعض المالكية ينقسم لزواج متفق على فساده كالزواج بإحدى المحرمات أو زواج المتعة أو الزواج بالمرأة الخامسة، وزواج مختلف على فساده وهو ما كان فاسدا عند المالكية وصحيحا لدى جمهور الفقهاء كزواج المريض أو المريضة مرضا مخوفا،² كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كان يتبع رأي جمهور الفقهاء قبل التعديل.³

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، المرجع السابق، ص.6864.

² طواهرى محمد، المرجع السابق، ص.53.

³ عدنان علي النجار، المرجع السابق، ص.18.

1- العقد الصحيح والعقد غير الصحيح

يقسم العقد من حيث الوصف إما بالصحة أو البطلان، ففي الشريعة الإسلامية العقد غير الصحيح درجة واحدة وهو العقد الباطل، عدا الفقه الحنفي كما قلنا فهو عندهم على درجتين باطل وفاسد، فإذا لم يتوفر في العقد جميع أركانه فهو باطل ويقال عنه غير مشروع بأصله، أما إذا توافرت أركانه جميعها غير أنه حدث خلل كأن طرأ عيب على أحد أركانه أو أن أحد أركانه لم يستوفي شروطه فهو فاسد ويقال عنه غير مشروع بوصفه.

أ- العقد الصحيح:

ينقسم العقد من حيث الصحة لل لازم وغير لازم ويقصد به العقد الذي يرجع فيه أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة أو كليهما فهو غير لازم للطرف الآخر، وينقسم لدى الحنفية لنافذ وهو ما صدر ممن هو أهل لإبرامه أو من شخص يملك الولاية، فإذا صدر ممن ليس له أهلية أو أنه لا يملك حق الولاية يصبح غير نافذ أو موقوف، وقلنا أن العقد الموقوف يمكن أن يكون نتيجة وجود عيب من عيوب الإرادة،¹ وبالتالي فإن العقد الصحيح ينقسم إلى عقد موقوف وعقد نافذ والعقد النافذ لل لازم وغير لازم.

وهذا التقسيم لا يهمننا في هذه الدراسة وإنما نبقي فقط أمام هذه القاعدة التي تناولتها نص م33 من ق.أ والتي أثارت بعض الإشكالات، وما يهمننا تحديدا هو العقد الصحيح ذلك العقد المستوفي لأركانه وشروطه وينتج جميع آثاره، وإذا تخلف ركن من أركانه أو شرطا من شروط الإنعقاد نكون أمام عقد باطل، أما إذا كان مستوفيا لأركانه وشروط انعقاده ولكنه ينقصه شرط من شروط الصحة فنكون أمام عقد فاسد، وبالتالي فإن العقد الفاسد يعتبر منعقدا وله وجود شرعي كما يترتب على وجوده بعض الآثار، فلا يمكن القول بأنه يعد باطلا إذا لم يكن هناك دخول وينقلب صحيحا إذا أتبعه دخول.

ب- العقد غير الصحيح:

لقد فرق فقهاء الحنفية في العقد غير الصحيح بين الباطل والفاسد فإن كان في ركن من أركانه كان باطلا وإن كان في وصف من أوصافه كان فاسدا، كأن يتخلف عنصر التراضي أو المعقود عليه مثلا إذ يجب خلوه من الإكراه، والفاسد هو في مرتبة وسط ما بين الصحة والبطلان، ذلك أنه يشبه العقد الصحيح من ناحية مشروعية أصله وترتيب آثاره ومن ناحية أخرى يشبه العقد الباطل.²

¹ أحمد عبيد جاسم، المرجع السابق، ص. 120-121.

² محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه، المرجع السابق، ص. 104-108.

يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح "فسخ العقد" كنتيجة يربتها العقد الفاسد إذ أن الفسخ والبطلان لدى الفقهاء ذو مدلول واحد، وهذا الإستعمال غير متوافق مع ما جاء في القواعد العامة للقانون المدني حول مدلول الفسخ، وهو يعني حل رابطة العقد الصحيح وهو كذلك لدى الحنفية إذ أنهم يعتبرون العقد الفاسد عقدا منعقدا أي أن له وجود قانوني.¹

أما العقد غير الصحيح فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه أي أنه وجد خلل في ركن من أركانه أو وصف من أوصافه، وبالنسبة لهذا الأخير فقد تفاوتت آراء الفقهاء من حيث درجة الخلل فقد يكون باطلاً أو فاسداً لدى البعض، فإذا لحق ركن من أركانه كان باطلاً وإذا أصاب وصفاً من أوصافه كان فاسداً، أما بعض الفقهاء فلم يفرقوا بين الباطل والفاسد وإنما أوردوه بلفظ واحد بمعنى الفساد.²

2- عقد الزواج الباطل والفاسد

قلنا فيما سبق بأن العقد الباطل هو ما فقد ركنه أو شرط من شروط انعقاده، وإذا فقد شرطاً من شروط صحته يكون فاسداً وهو رأي الحنفية، وإن أعقبه دخول تترتب عليه بعض الآثار فهو في الأصل باطل فالقول باعتبار العقد منعقداً بعد الدخول ينافي القول ببطلانه لأن الباطل غير منعقد أصلاً، فالأصل أن الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد الصحيح حتى ولو أعقبه دخول الرجل بالمرأة، إذ أن مرد هذا الخلاف يكمن في التفرقة بين شروط الصحة والانعقاد وليس مسألة الدخول،³ وهو في حقيقته ليس عقد باطل وإنما في مركز وسط بين الصحة والبطلان يترتب عنه الفسخ كما أن هناك من يرى أن العقد الفاسد في الشريعة الإسلامية يقابله العقد الباطل بطلاناً نسبياً في ق.م.

إذ أن الأصل في الزواج الاستمرارية بينما النظرية العامة في الفقه الإسلامي أن بطلان الزواج هو بطلان مطلق غير قابل لأي استثناء،⁴ أما الزواج الفاسد فإنه يثبت بعد الدخول بصدّق المثل ويترب عليه آثار الزواج خصوصاً إذا أتبعه دخول، فالاعتداد بالعقد الفاسد بعد الدخول ينافي القول بالبطلان، وقد خص المشرع الجزائري الفصل الثالث للفسخ تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل وذلك من م32 إلى غاية م35 وهو ما سيأتي بيانه.⁵

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص.111.

² عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني، المرجع السابق، ص.81.

³ طواهرى محمد، المرجع السابق، ص.62.

⁴ عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني، المرجع السابق، ص.97.

⁵ باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.68.

ثانيا: نظرية الفساد في الفقه الإسلامي

هي نظرية خاصة بالفقه الحنفي إنفرد بها وحده وبخاصة في عقد الزواج وهي مرحلة وسط بين الصحة والبطلان، وما دعاهم لتبني وصف وسط للعقد أنه في رأيهم عدم الصحة ليست على درجة واحدة من الخطورة، أما باقي المذاهب الفقهية فإن العقد إما صحيح أو باطل وهو رأي الشافعية في المسألة.¹

يظهر موقف المشرع الجزائري بناءً على نص م2/33 من ق.أ: "...إذا تم الزواج دون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه ويثبت بعد الدخول بصدق المثل"، كما جاء في قرارات المحكمة العليا قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 بأن للزواج أربعة أركان الصداق، الصيغة أي رضا الزوجين والشاهدين بالإضافة لخلو الزوجين من الموانع الشرعية وإذا اختل أحد هذه الأركان يعد الزواج باطلا، كما يكون الزواج باطلا إضافة لتخلف أركانه العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة لا تعد زواجا، وأن الإعتراف بذلك الزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد لأبيه وتقرير الحقوق يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.²

وإنما يتم تصحيح الزواج العرفي وتثبيته وهو المبدأ الذي جاء به قرار المحكمة العليا "متى كان الزواج العرفي متوافرا على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق النسب للأب يكونوا بقضائهم قد وافقوا الشرع والقانون"،³ إلا أن اقتران غياب الشاهدين أثناء إبرام الزواج بغياب الولي في حالة وجوبه، أو بعدم تسمية الصداق مثلا فإن غياب الشهود يتحول إلى سبب من أسباب البطلان مع غيره وهو ما كان يأخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل تعديله كما سبق القول،⁴ كما نصت م06 ق.أ "...غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا، متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في م9 مكرر من هذا القانون"، بمفهوم المخالفة أنه إذا فقد شرطا من شروطه فإنه لا يعد زواجا.

فإذا قلنا بأن الزواج الذي تخلف فيه شرط الصداق زواج فاسد يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه ويثبت بعد الدخول بصدق المثل، ويترتب عنه آثار العقد الصحيح من نفقة وإرث ونسب في هذه الحالة تكون المسألة صحيحة تماما، إذ أن الصداق لا يؤثر في عقد الزواج فقد يكون مؤجلا أو معجلا أو مختلف فيه وأن ثبوت صحة

¹ مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشريجي، المرجع السابق، ص.86. الإمام محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق ص.472.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/01/02، ملف رقم 51107، م.ق، ع3، 1992، ص.53. المجلس الأعلى، غ.أ.ش. 1984/10/08، ملف رقم 34137، م.ق، ع4، 1989، ص.79.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 58224، المذكور سابقا.

⁴ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.187.

الزواج دون تحديد الصداق أو تسميته مستند لنص المادة 15 من ق.أ، حيث إستقر إجتهد المحكمة العليا على أن ثبوت الزواج دون تحديد الصداق جائز، والذي جاء فيه ما نصه: "إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج ذلك أنه عند النزاع حول الصداق يقضى للزوجة بما لا يجاوز صداق المثل، ومتى تبين في قضية الحال أن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ماعدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج".¹

وبالرغم من أن الدخول في الزواج الفاسد معصية فإنه عند الأحناف تترتب عنه بعض آثار الزواج الصحيح من وجوب المهر وثبوت النسب ووجوب الإستبراء وثبوت حرمة المصاهرة، أما غير ذلك من آثار الزواج الصحيح فلا تجب في الزواج الفاسد ومنها وجوب النفقة والطاعة والتوارث ولا يقع به الطلاق، يؤخذ على هذا الرأي بأنه متناقض إذ أنه يترتب آثار العقد الصحيح بعد الدخول، إذ يعتبر في هذه الحالة عقدا مشروعا من وجه دون الوجه الآخر ثم أوجبوا الفسخ أو التفريق وهذا هو معنى الفساد بعينه، وكأما الآثار تترتب على واقعة الدخول التي تعد بمثابة تنفيذ لعقد الزواج وليس عن الواقعة المادية للزواج.²

خلاصة القول أن كل من العقد الفاسد والعقد الباطل وإن لحقه خلل إلا أنه يمكن التمييز بينهما بأن ما أصابه الخلل في أمر أساسي أو فقد شرطا من شروط الإنعقاد يكون باطلا، لأن هذا الخلل يعدم معه العقد حقيقة أو حكما مع وجود صورته، وما أصابه الخلل في شرط من شروط صحته يكون فاسدا لأن العقد مع هذا الخلل موجود حقيقة أو حكما ولكنه غير صالح لترتيب آثاره فإن أعقبه دخول ترتب عليه بعض الآثار.

فالزواج الباطل زواج معدوم لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، "لا يحل به الدخول إذ أن هذا الأخير يعد معصية يوجب الحد خصوصا إذا كان الفاعل عالما بالحرمة، لا يثبت فيه مهر ولا نفقة ولا طاعة ولا عدة لا يثبت معه نسب ولا توارث ولا مصاهرة كما لا يقع به الطلاق وهو رأي المالكية"³، كما أن الزواج الباطل لا يمكن تصحيحه ولا يترتب عنه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، وحتى وإن حصل به دخول فهو منعدم شرعا

¹ إجتهد المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/11/17، عن غ أش، الملف رقم 210422، المجلة القضائية العدد الخاص، لسنة 2001، ص 53.

² طواهري محمد، المرجع السابق، ص.76.

³ طواهري محمد، المرجع نفسه، ص.61-62.

وقانوننا،¹ ومثال ذلك النكاح بلا شهود والنكاح بالمحارم كلاهما باطل عند الحنفية، فالأول لخلل في وصفه وهو انتفاء شرط الصحة والثاني لانتفاء المحل وهو خلل في أصل العقد، يقول فخر الإسلام في أصوله أن النكاح بغير شهود باطل في قوله ﷺ "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، فالأصل في العقد الباطل أنه لا يترتب آثار العقد الصحيح من ثبوت النسب ووجوب الإستبراء والمهر لشبهة العقد، إلا أنه قد تثبت آثاره في حالة انعدام الشاهدين لدى الحنفية.²

ويقول الكاساني: "أن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام منها ثبوت النسب ووجوب الإستبراء وهو حكم الدخول في الحقيقة ومنها وجوب المهر"، وعليه فالنكاح الفاسد قبل الدخول باطل لا يترتب عليه أي أثر، أما إذا اقترن بواقعة الدخول فتترتب عليه بعض الآثار التي تم ذكرها،³ وعند الحنفية يعد بمثابة نكاح شبهة الذي يثبت به النسب مثل النكاح بلا شاهدين، فهو زواج مختلف على فساده عند المالكية وعند الحنفية الزواج الباطل هو ما فقد أركانه وشروط انعقاده، أما إذا استوفى أركانه وشروط انعقاده ولكنه فقد شرطاً من شروط الصحة يكون الزواج فاسداً.

نفس الشيء بالنسبة لموانع الزواج المؤبدة كزواج المحارم مثلاً فهي تبطل العقد بطلاناً مطلقاً بالرغم من اعتبارها من شروط الإنعقاد وليست ركناً، وهذا ما يأخذنا للقول بأن بعض الفقه اعتبر شروط الإنعقاد تأخذ أحكام الركن، هؤلاء الفقهاء لا يوجد للعقد عندهم أركان حتى أن الرضا في رأيهم هو الصيغة التي تندرج ضمن شروط الإنعقاد والتي يبطل من خلالها العقد.

الفرع الثاني: الفرق بين الفسخ والبطلان في القواعد العامة للقانون المدني

يختلط مفهوم الفسخ بالبطلان عندما نكون بصدد بطلان نسبي في القانون المدني، ذلك أن هذا الأخير يكون للعقد فيه وجود قانوني كامل منتج لجميع آثاره القانونية التي كانت ستنشأ عليه لو أنه نشأ صحيحاً، وبالتالي فإنه بهذا المفهوم يصطدم بمصطلح الفسخ، أما إذا تقرر بطلانه مطلقاً فإنه ينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع آثاره القانونية التي أنشأها فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، ولوضوح وجلاء الصورة

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص. 380. بلحاج العربي، الوجيز في ق أ، المرجع السابق، ص. 294.

² طواهري محمد، المرجع السابق، ص. 59-60.

³ الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، كتاب النكاح، حكم النكاح الفاسد، ج3، ص. 615.

سيتم التطرق للبطلان النسبي والبطلان المطلق ضمن نظرية البطلان، والفرق بينه وبين نظرية الفسخ في القانون المدني.¹

أولاً: نظرية البطلان في القانون المدني

لقد أفرد المشرع الجزائري لنظرية البطلان مكاناً خاصاً من خلال نصوص المواد من 99 إلى 105 م ق.م.² وفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي دون أن يستعمل مصطلحين بصيغة صريحة بل يفهم ذلك من مضامين النصوص القانونية، وإنما استعمل ما يدل عليهما كل من الحق في الإبطال وقابلية الإبطال، وذلك للتعبير عن البطلان النسبي.

بينما تعتبر نظرية البطلان من المسائل المعقدة بحيث واجه مجموعة من النظريات والانتقادات من حيث التقسيم، إذ أن النظرية التقليدية تجعل للبطلان ثلاث مراتب: *l'absence* والبطلان النسبي *nullité absolue* والبطلان المطلق *nullité relative*، فيما لا يعترف القانون الروماني إلا بنوع واحد ألا وهو البطلان المطلق، وانتقل هذا التمييز لقانون نابليون الذي يلاحظ من خلال نصوصه أنها جاءت متناثرة، وانتقاداً لذلك قال الفقيهان الفرنسيان *Boulanger et Ripert* في هذا الصدد بأن البطلان: "يجب أن يكون الوسيلة التي بها يمكن تحقيق حماية للقاعدة القانونية"³، ومن ثم للقانون المصري غير أنه من خلال إمعان النظر في تطبيقات هذين القانونين للبطلان يستشف أنهم يستعملون البطلان النسبي والمطلق، مع إضافة للبطلان بنوعيه *l'absence* سيما في مسائل الزواج عملاً بالنظرية التقليدية في التقسيم الثلاثي للبطلان.⁴

1- البطلان المطلق:

يلحق هذا الوصف بالعقد إذا تخلف ركن من أركانه (الرضا، المحل، السبب، والشكل في العقود التي تتطلب الشكلية للانعقاد)، أو شرط من شروط أحد أركانه أو وجد نص في القانون يقضي ببطلانه بطلاناً مطلقاً، أو كان

¹ يضيف القانون الفرنسي فرقاً ثالثاً بين الفسخ والبطلان النسبي يكمن في سقوط الدعوى، إذ أنه ينص على أن سقوط الدعوى بالبطلان يكون بمضي 10 سنوات فيما تسقط الدعوى بالفسخ بمضي 30 سنة، وخالفه في ذلك كل من القانون المصري والقانون الجزائري إذ يعتبران أن كلا من دعوى الفسخ والبطلان تسقط بمضي 15 سنة، أما بالنسبة للفسخ من يوم ثبوته أو عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزامه، وأما بالنسبة لدعوى البطلان فتكون من وقت صدور العقد باطلاً، عبد الرزاق أحمد السنهاوي، نظرية العقد، ج2 ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.708.

² الأمر رقم 75-58، المتضمن ق.م، المذكور سابقاً.

³ G. Ripert et J. Boulanger, traité de droit civil, T.2, les obligation, Paris, 1957, p.254.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص.602.

محله أو سببه مخالفين للنظام العام والآداب وبالتالي تقرير البطلان المطلق لعدم المشروعية، وفي هذه الحالات ينعدم ذلك العقد ولا يعود له وجود قانوني وبالتالي يعتبر كأن لم يكن وإن كان له وجود فعلي، ويتقرر إرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

وبما أن العقد الباطل ليس له وجود قانوني وبالتالي لن نكون بحاجة لاستصدار حكم بإبطاله إذ لا ضرورة للحكم بعدم على المعلوم، أما إذا تم التصرف بالعقد فإنه يمكن لمن يود التمسك ببطلانه الدفع بذلك لكن ليس عن طريق رفع دعوى كما قلنا أنه لا يصدر حكم ببطلانه، إنما الحكم الصادر في هذه الحالة لا يبطل العقد الباطل بل إنه يقتصر على الكشف عن بطلانه وهو ما يسمى بالحكم الكاشف.¹

2- البطلان النسبي:

يلحق هذا الوصف بالعقد فيجعله قابلاً للإبطال بحيث يكون فيه العقد في الأصل قائماً منذ البداية مستوفي لشروطه وأركانه، غير أنه يطرأ عليه عيب من عيوب الرضا المتمثلة في نقص الأهلية، الغلط، الإكراه، التدليس، أو الاستغلال، ... الخ، وفيه يظل العقد قائماً منتجا لآثاره القانونية إلى حين طلب صاحب المصلحة إبطاله أو إجازته والتنازل عن طلب الإبطال، ويتقرر البطلان النسبي لحماية لمصلحة أحد طرفي العقد بأن يكون أحد الطرفين عديم الأهلية أو كانت إرادته معيبة بأحد عيوب الإرادة، أو في حالات نص عليها القانون كما هو الشأن بالنسبة لبيع ملك الغير القابلة للإبطال كما نص عليها المشرع الجزائري بموجب م 397 من ق.م، من خلال منحه حق طلب إبطال العقد وفق شروط نظمها القانون.

وبما أن العقد القابل للإبطال يكون له وجود فعلي إلى جانب الوجود قانوني إلى أن يتقرر بطلانه فيزول هذا الوجود، وبالتالي يجب رفع دعوى ببطلانه من صاحب المصلحة ويحصل بمناسبة ذلك على حكم ببطلان العقد والحكم الصادر في هذه الحالة من القاضي يبطل العقد، أي أنه ينشأ ذلك البطلان ولا يقتصر على الكشف عنه وهو ما يسمى بالحكم المنشأ، غير أن تقدير القاضي مقيد في هذه الحالة وذلك بخلاف ما يكون للقاضي السلطة التقديرية الممنوحة له بمناسبة الفسخ، ويمكن أن نقول أن الاختلاف الأساسي بين العقد القابل للإبطال والفسخ يكمن في ذلك أي السلطة التقديرية للقاضي.²

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص. 526 وما يليها.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003، ص. 77.

فالبطلان تنعدم فيه السلطة التقديرية للقاضي ومتى ما تحققت شروطه حكم به، ولكن هذا ليس على إطلاقه فقد لا يتمتع القاضي بتلك السلطة التقديرية في الفسخ، وذلك في حالة تخلف شرط من شروط تكوين العقد، إذا فاعقد الباطل بطلانا نسبيا يمر بمرحلتين: قبل تقرير البطلان وبعد أن يتقرر بطلانه.

في المرحلة الأولى يكون له وجود قانوني كامل ينتج جميع آثاره القانونية التي كانت ستترتب عليه لو أنه نشأ صحيحا، أما في المرحلة الثانية فإنه يكون وجوده القانوني منعدم تماما وتزول جميع آثاره القانونية، ويكون باطلا بأثر رجعي فلا يعود هناك فرق بين البطلان النسبي والبطلان المطلق فكلاهما ينتجا نفس الآثار القانونية، وهذا ما يجسد التقسيم الثنائي للبطلان بين الصحة والبطلان المطلق، وما يجسد كذلك ترتيب البطلان للآثار الجوهرية والعرضية.¹

3- الآثار الجوهرية والعرضية للعقد الباطل:

استثناء عن القاعدة التي تقضي بأن العقد الباطل لا ينتج أثرا ففي بعض الحالات قد ينتج بعض الآثار الجوهرية لا باعتباره واقعة مادية وإنما باعتباره عقدا، لما تتطلبه ضرورة حماية حسن النية وسعيا لاستقرار المعاملات وقد تكون هذه الآثار وقتية كما هو الحال بالنسبة للآثار المترتبة عن الزواج الظني أو الشركة الواقعية، أو دائمة كالأثار المترتبة عن العقد الصوري وتصرفات الوارث الظاهر إلى غير ذلك من العقود الصادرة بحسن نية.²

فيما قد يستحيل إزالة بعض الآثار التي يرتبها العقد الباطل كما يستحيل تجاهلها نظرا لخطورتها وفي الوقت نفسه لا يمكن إلحاقها بالعقد لأنه منعدم الوجود بعد تقرير بطلانه أو إبطاله، ففي هذه الحالة تلتحق هذه الآثار بالعقد الباطل لكن باعتباره عملا ماديا أو واقعة قانونية وليس تصرف قانوني، فتعتبر هذه الآثار عرضية لأن مصدرها القانون وليس إرادة المتعاقدين،³ ونقصد بتلك الآثار العرضية هي الآثار غير المباشرة التي لم يقصدها المتعاقدين ولم يكن ليتوقعها وقت التعاقد، ويجب أن نشير في هذه الحالة إلى نقطتين مهمتين الأولى: إذا كان العقد في شق منه باطل وفي شقه الآخر صحيح وهو ما يسمى بإنقاص العقد، والثانية: إذا توفر في العقد أركان عقد آخر وهو ما يسمى بتحول العقد.

أ- نظرية إنقاص العقد:

تقضي بأنه إذا كان جزء من العقد باطلا أو قابلا للإبطال فالبطلان ينصب على هذا الجزء دون الجزء الآخر الذي يظل صحيحا غير أنه يجب أن لا يكون في هذه الحالة هذا الشرط هو الباعث الدافع للتعاقد، وإلا

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.531.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص.640.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.495-496.

كان العقد كله باطلا ومثاله: أن يهب شخص لطليقته مالا ويشترط عليها أن لا تتزوج وليس لها أولاد من ثم يتبين أن هذه الهبة في الأصل هي متعة عن طلاقها، فيكون الشرط في هذه الحالة باطلا وعقد الهبة صحيحا لأنه لم يكن هو الشرط الباعث للتعاقد، لكن إذا افترضنا أن لها أولادا وكانت نية الزوج في منحها الهبة هي أن لا تتزوج لرعاية أولاده فيكون في هذه الحالة هذا الشرط هو الباعث الدافع لعقد الهبة، وبالتالي فإن عقد الهبة يعد باطلا إذا تزوجت أي إذا تحقق الشرط وهو ما جاء في نص م104 من ق.م.¹ ويعرف الفقه الإسلامي فكرة إنتقاص العقد في حالة البطلان كما يعرفها الفقه الغربي، إذا كان العقد في شق منه باطلا فإن هذا الشق وحده الذي يبطل أما باقي العقد فيظل صحيحا، إلا إذا كان ذلك الشق الباطل لازما لتمام العقد أي أنه هو الدافع الباعث للتعاقد.²

ب- نظرية تحول العقد:

هي نظرية ألمانية معروفة مفادها أنه إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن هذا العقد يتحول لآخر صحيح، غير أنه يشترط في هذه الحالة إما أن يكون العقد كله باطل أو قابلا للإبطال وليس شق منه فقط كما رأينا بالنسبة لنظرية إنتقاص العقد، كما يشترط كذلك أن تتوفر في العقد الذي يتحول إليه جميع أركانه وهو ما نصت عليه م105 من ق.م.³

ثانيا: نظرية الفسخ في القانون المدني

يزول العقد وينقضي بتنفيذ الإلتزامات المترتبة عنه كأصل عام إلا أنه قد ينقضي قبل تنفيذه أو قبل البدء في تنفيذه وهو ما يسمى بالانحلال، أما انقضاء العقد فلا يكون إلا بعد تمام تنفيذه ويختلف الانحلال عن الإبطال في أن الأول يرد على عقد صحيح، أما الثاني فإنه يرد على عقد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن،⁴ وبالتالي فإن العقد ينحل قبل انقضائه وقبل البدء في تنفيذه إما باتفاق الطرفين وهو ما يسمى بالفسخ الإتفاقي أو التفاسخ،⁵ وهو ما ورد في نص م120 من ق.م، أو للأسباب التي يقرها القانون أو بحكم القاضي وهو ما يسمى بالفسخ القضائي، والفسخ بحكم القانون أو الإنفساخ وهو ما ورد ضمن نص م121 من ق.م.

¹ تنص م104 من ق.م على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

² أحمد عبيد جاسم، المرجع السابق، ص.131.

³ علي علي سليمان، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.79-80.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.698.

⁵ التفاسخ أو ما يسمى بالإقالة أو التقايل أو التقابل كلها مصطلحات تدل بأن العقد يفسخ برضا طرفيه بعد انعقاده صحيحا وفي جميع الأحوال يكون الرضا هو شرط في الإقالة.

نستنتج مما سبق أن الانحلال يرد على كل عقد نشأ صحيحاً ويؤدي إلى زواله تماماً وكأنه لم يكن وقد نص المشرع الجزائري على أحكام الانحلال ضمن المواد من 119 إلى 123 من ق.م، والفسخ هو من بين الطرق التي يقرها القانون لحل العقد وهو الجزاء المدني الذي يترتب عليه القانون على عدم التنفيذ، ويقصد به في مفهوم م119 من ق.م حل العقد بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته العقدية، وليس كما يقال بأنه يقوم على نظرية الشرط الفاسخ فقط وهو أن يشترط الطرفان أن عدم وفاء أحدهما بالتزامه مما يوجب الفسخ.

أو الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً بمجرد تنفيذ إلزام محدد، كما يمكن الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، غير أن الفقهاء يعتبرون بأن هذا الشرط يسلب القاضي سلطته التقديرية، فإن الفسخ بهذا المعنى يقع بمجرد تحقق الشرط وهو ما يعني أن عدم تنفيذ الإلتزام يوجب الفسخ بإتفاق الطرفين، يكون فيها الشرط فاسخاً بالنسبة لطرف وشرط واقف بالنسبة للطرف الآخر، غير أنه في هذه الحالة لا يمكن اعتبارها صائبة ذلك أنه قد يفسخ الشرط ويبقى العقد صحيحاً¹ كما ما جاء في كل من نص المادتين 32 و 35 من ق.أ.

في الأخير نقول بأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو اتفاقي وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك والمتعاقد يتوقى ذلك الحكم إذا قام بتنفيذ إلتزاماته، ويجوز للمتعاقد الآخر المطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بتنفيذه والفسخ يكون في العقود الملزمة لجانبين فقط، حيث يكون فيها إلتزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بإلتزام المتعاقد الآخر ولم يتم إحداها بتنفيذ إلتزامه، ولا يكون الفسخ إلا إذا كان التنفيذ ممكناً وبالتالي إعادة الحال إلى أصلها، أي أن الفسخ يكون بأثر رجعي فإذا حكم القاضي بفسخ العقد فإنه ينحل ليس من وقت النطق بالحكم، وإنما من وقت نشوء العقد ويعتبر كأن لم يكن ويرجع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وبالتالي يسقط أثره حتى بالنسبة للماضي، ومنه نستنتج بأن للفسخ والبطالان نفس الأثر وتطبق نفس القواعد المطبقة في نظرية البطلان في ق.م.²

الفرع الثالث: الفرق بين الفسخ والبطالان في قانون الأسرة

المشرع الأسري الجزائري أخذ برأي فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص الفسخ والبطالان، وبالتالي لم يكن موقفه موقفاً بشأن هذا الموضوع ووقع في الخلط ذاته، بين مفهومي الفسخ والبطالان بالرغم من أنه عنوان الفصل الثالث من الكتاب الثاني بما يدل على هذه التفرقة بالنكاح الفاسد والباطل، وهذه الصياغة جاءت نتيجة تأثره بالفقه الإسلامي لكن عبر عنها بما يدل على أنه تأثر بنظرية البطلان وفقاً للقواعد العامة للقانون المدني وهو ما

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.695. علي كحلون، النظرية العامة للإلتزامات ط1 مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص.272.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.709.

يفسر هذا الخلط، كما أنه دمج بين شروط الإنعقاد وشروط الصحة وهو التطبيق غير صحيح لرأي الحنفية والذي نلاحظه من خلال نص م32 وم35 من ق.أ، كذلك قد تم قلب الحكم بالنسبة للشروط الباطلة وفق لما جاء في نص م2/33 من ق.أ، فالمفروض في الشريعة الإسلامية أن الشروط التي تتنافى ومقتضيات العقد هي شروط تقتزن بصيغة العقد فتعدل من آثاره بالزيادة أو النقصان، كالإتفاق على عدم تقديم النفقة أو المهر أو الإتفاق على عدم التوارث بين الزوجين كلها شروط تبطل العقد بطلانا مطلقا.

كما أن الشروط التي تبطل العقد لدى جمهور الفقهاء هي الشروط التي تنافي أصل العقد كتأقيت الزواج أو كزواج المتعة، إلى غير ذلك من الشروط التي تؤثر في صحة العقد فيكون باطلا ولا يترتب عنه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، إلا إذا تم الدخول بالمرأة فإنه يترتب بعض الآثار العرضية كما تم شرح ذلك ولكن هذا ليس نتيجة الدخول كما فعل المشرع الجزائري، وإنما كان لدى فقهاء الحنفية نتيجة تفريقهم بين شروط الصحة والإنعقاد والأصل في العقود اللزوم، وأن شروط اللزوم تعدم العقد وتجعله باطلا بطلانا مطلقا، بينما إذا تخلف شرط من شروط الصحة يترتب عنه البطلان النسبي، وهو ما لا يمكن القول عنه أنه صحيح بالكامل ولا معدوم بصفة مطلقة، ولا مانع من فسخ العقد إن وجدت أسبابه في الشريعة الإسلامية، غير أن الفقهاء اختلفوا حول رأي واحد فيما يخص نظرية الفسخ، وترد أسباب الفسخ في الشريعة الإسلامية في خمس حالات: الإتفاق، الخيار كخيار الرؤية مثلا، عدم اللزوم، إستحالة التنفيذ، وأخيرا الفساد.¹

فيما وفق المشرع التونسي نوعا ما حينما عبر على الفسخ بمعنى البطلان استنادا لرأي جمهور الفقهاء، إلا أنه هو الآخر قد وقع في تناقض بين مصطلحي الفساد والبطلان، بحيث عرف الزواج الفاسد من خلال الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية،² بأنه ذلك الزواج الذي اقترن بشرط يتنافى وجوهر العقد وهو التعريف الذي من المفترض أن يعبر على البطلان وليس على الفساد، كما رتب على الزواج الفاسد البطلان من خلال الفصل 22 من نفس القانون، حيث أورد فيها بأن الزواج الفاسد يبطل وجوبا ولا يترتب عنه أي أثر فيما تترتب بعض الآثار نتيجة الدخول بالمرأة، أي أنه أخذ بالبطلان المطلق لكنه استعمل لفظ الزواج الفاسد بدلا من الزواج الباطل،³ وكان الأصح منه أن يعبر بالبطلان في الموضعين، وأن يستعمل لفظ الزواج الباطل بدلا من إستعماله للفظ الزواج الفاسد، ويكون

¹ طواهري محمد، المرجع السابق، ص.85.

² مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة 1956، المذكورة سابقا، ص.8.

³ ساسي بن حليمة، محاضرات في القانون المدني، قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة المنار، تونس، ص.56 وما يليها.

بذلك قد وفق في الأخذ برأي جمهور الفقهاء، وفي الجهة المقابلة تطبيقه لنظرية الآثار العرضية للعقد الباطل في القانون المدني.

أما القانون المغربي فقد أخذ في التفرقة بين الزواج الفاسد والباطل برأي الحنفية، ولكن ليس على إطلاقها بحيث رتب على كليهما نفس الأحكام ونفس الآثار بعد الدخول بالزوجة،¹ وجمع بينهما في كتاب واحد تحت عنوان "الزواج غير الصحيح وآثاره" وهو رأي المالكية كما رأينا، وهو ما لا نجد بالنسبة للمشرع الجزائري الذي أخذ برأي الحنفية في هذه المسألة.

المطلب الثاني: تأصيل التفرقة بين الفسخ والبطالان وآثارها على تكوين عقد الزواج

رأينا فيما سبق بأنه إذا تخلف شرط من شروط الإنعقاد أو بعضها يجعل العقد باطلا وتخلف شروط الصحة أو بعضها يجعل العقد فاسدا، بينما تخلف شروط النفاذ يجعل العقد موقوفا وأما تخلف شروط الصحة فيجعل العقد جائزا غير لازم أي قابلا للفسخ ممن له حق الخيار، فما هو الشأن بالنسبة لتخلف شروط عقد الزواج في ق.أ، وما هي الجزاءات المدنية الناشئة عن ذلك؟

الفرع الأول: الجزاءات التي يترتبها تخلف الركن والشرط في عقد الزواج

اختلفت آراء الفقهاء حول الجزاءات الناشئة عن تخلف الركن والشرط في المعاملات بحيث يرى الحنفية أن العقد يكون باطلا إذا تخلف ركنه أما إذا تخلف شرط من شروطه يكون فاسدا يجب فسخه ردا للفساد، فيما يرى جمهور الفقهاء بأن العقد يعد باطلا سواء تخلف ركنه أو أحد شروطه، وقد أدى هذا الخلاف إلى تباين نظرتهم حول أركان العقد، بحيث يرى الحنفية أن للعقد ركن واحد يتمثل في الصيغة وهي تطابق الإيجاب بالقبول، أما لدى جمهور الفقهاء فأركان العقد ثلاث: الصيغة، العاقدان، المعقود عليه أو محل العقد، ويعتبر رأي الجمهور هو المشهور والأقرب لتحقيق النزعة الموضوعية في الشريعة الإسلامية،² أما القانون الوضعي لا يميز بين الشرط والركن ولا يعرف القيمة القانونية لذلك ولا الأثر المترتب عن تخلف الركن أو الشرط إذ أن الركن هو الرضا وتخلف الشروط يعدم الرضا.

ولمعرفة الجزاءات التي يترتبها تخلف كل من الركن والشرط في عقد الزواج يجب أولا أن نكون على دراية تامة أن التفرقة تكمن أساسا في مدى اعتبار الزواج فاسدا أو باطلا، استنادا إلى الفصل الثالث المعنون بالنكاح الفاسد والباطل في المواد من 32 إلى م 35 من ق.أ، فالزواج الباطل هو ما فقد أحد أركانه أو شروط انعقاده والزواج الفاسد هو ما استوفى أركانه وشروط انعقاده ولكنه فقد شرطا من شروط صحته، هذا من حيث أحكامه أما بالنسبة

¹ توفيق شندالي، فسخ عقد الزواج، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2011-2012، ص.55.

² عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، المرجع السابق، ص.84-85.

لآثاره فالزواج الباطل معدوم لا يترتب عنه أي أثر، أما الزواج الفاسد قبل الدخول لا يترتب عنه أي أثر فهو بحكم الزواج الباطل أما إذا اقترن بواقعة الدخول فإنه يترتب بعض الآثار، وهو ما يجد أساسه في الفقه الإسلامي وهو التوجه الذي ذهب إليه الفقه الحنفي كما رأينا سابقا فيما يتعلق بالآثار العرضية للعقد الباطل.

أولاً: جزاء تخلف شرط الولي في عقد الزواج

يرى جمهور الفقهاء بأن تخلف الولي ينتج عنه عدم صحة العقد وبالتالي يحكم على العقد بالبطلان إستناداً لقول رسول الله ﷺ "أما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل ثلاث"، فيما يستثني الحنفية زواج المرأة البالغ الراشد نفسها من غير إذن وليها إذ أن هذا الأخير يعد متوقف على إجازة الولي، حيث يرى جمهور الفقهاء بأن الزواج دون ولي باطل استناداً لقول رسول الله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي"، فهل يعد الولي في هذه الحالة من الشهود إذ أن تخلف شرط الشاهدين عن العقد يجعل الزواج فاسداً، ويفسخ قبل الدخول وبعده ولا يترتب أي أثر ذلك أنه يعتبر بحكم زواج السر خصوصاً إذا تبعه تواطؤ على الكتمان وهو زواج باطل، هذا رأي المالكية والشافعية¹ والحنابلة² في المسألة حيث يجعل تخلف شرط الإشهاد في الزواج العقد باطلاً، فيما لا يقع البطلان إذا تخلف الإعلان أثناء إبرام العقد إذ يمكن أن يحصل بعده ولكن يبطل إذا لم يقع الإعلان بالدخول فهو بمثابة زواج السر.³

إن المتأمل في نصوص قانون الأسرة يستشف منها أن المشرع إعتد موقفين متناقضين بحيث من جهة لم يستغن عن الولاية في الزواج كشرط في ركن الرضا، إذ أنه رتب هذا "الشرط" تحت عنوان أركان الرضا بصيغة الجمع وهو ما يترجم تأثره بالقانون المدني، بالرغم من أنه خص م9 المعدلة منه بركن وحيد وهو رضا الزوجين، ومن جهة أخرى لم يترتب بطلان العقد قبل الدخول بالنسبة للزواج الذي تبرمه الراشدة دون وليها، وهذا يستنتج من فحوى م33 المعدلة من ذات القانون التي ترتب البطلان إذا اختل ركن الرضا وحده أو غاب شرط من شروط الرضا، ونص على أنه إذا تخلف شرط الولي في حالة وجوبه هنا نكون أمام زواج فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده، وتترتب عنه آثار الزواج الصحيح من نفقة وإرث ونسب كما يجب فيه الإستبراء.⁴

¹ مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، المرجع السابق، ص.90.

² منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأفتاء، ج4، المرجع السابق، ص.45. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص.92. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.254.

³ محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهد الفقهي، المرجع السابق، ص.258.

⁴ تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، 2011، ع12، ص.49.

ثانيا: جزاء مخالفة السن القانوني للزواج

ذهب البعض من الفقهاء إلى عدم صحة زواج الصغار مطلقا وترتيب البطلان المطلق للعقد الذي يبرمه الصغار سواء بأنفسهم أو بواسطة أوليائهم،¹ ولم يتم تحديد سن الزواج الشرعي كونه يرجع في ذلك لبلوغ الشخص وقدرته على الوطاء، فعن ابن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "تزوجني رسول الله ﷺ لست سنين، وبني بي وأنا بنت تسعة سنين"،² باعتبار أن بلوغ سن الزواج يختلف من شخص لآخر لذلك منح القانون للقاضي حق الترخيص قبل ذلك السن متى تبين له قدرة الطرفين على الزواج، فما هي الآثار القانونية الناشئة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين السن القانوني؟ فالمشرع الجزائري إعتبر تمام الأهلية في الزواج بالسن التي حددها بالنسبة للرجل والمرأة ولم يعتبرها بالبلوغ.³

صحيح أنه تم إلغاء بعض مواد القانون رقم 63-224⁴ إلا أنه تم الإبقاء على نصوص المواد 2، 3 و4 من القانون المذكور لعدم مخالفتها لنص م7 من ق.أ، حيث جاء في مادته 03 أنه يبطل كل زواج لم يحصل فيه دخول جاء مخالفا لنص م1، وبما أن المادة قد حلت محلها م07 من ق.أ وبالتالي يبطل الزواج الذي جاء مخالفا لنص م07 أي مخالفا للسن القانوني للزواج،⁵ عدم مخالفة السن القانوني للزواج الذي حددته م09 من ق.أ ب19 سنة كاملة، إلا إذا رخص القاضي للزوجين قبل ذلك السن لمصلحة أو ضرورة وفق نص م07 من نفس القانون حيث نصت م07 من ق.أ على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...".

¹ حسين مهداوي، المرجع السابق، ص.43.

² رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب انكاح الرجل ولده الصغير، 5133/رقم 37/67، وباب تزويج الأب ابنته من الإمام 39/67/رقم 5134/ص 1309. وباب من بنى بامرأة وهي بنت تسع سنين، 67/59/رقم 5158/ص 1315. وفي رواية مسلم في الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، 1422/1039/71/2، وفي سنن أبي داود كتاب النكاح، باب تزويج الصغار، 2/رقم 2121/ص 239. سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج، 18/رقم 1109/ص 233.

³ محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية جامعة باتنة، 2008-2009، ص.425.

⁴ Loi n° 63- 224 du 29/07/1963, fixant l'âge minimum du mariage, journal officiel de la République Algérienne, n° 44, 02/07/1963, fait à Alger, le 29/06/1963, P.681.

⁵ محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهد الفقهي، المرجع السابق، ص.290.

ونص في مادته 03 أنه إذا تم إبرام عقد الزواج وتبين أنه جاء مخالفا للسن القانوني فإنه يعد باطلا قبل الدخول وقابلا للبطلان بعده إما من أحد الزوجين عند بلوغه أو من النيابة العامة أو ممن له مصلحة في ذلك، نقف بشيء من التحليل لنص المواد 2، 3، 4 من القانون رقم 63-224،¹ إذ أن مخالفة السن القانوني للزواج يترتب جيع الآثار الشرعية قبل الدخول وبعده أي أنه يكون قابلا للإبطال، بينما لم يورد قانون الأسرة أي نص خاص بشأن الجزاء المترتب عن مخالفة السن القانوني للزواج، كما أنه أغفل تحديد الحد الأدنى لسن الزواج المرخص به من طرف القاضي، بخلاف ما ذهب إليه بعض التشريعات العربية ومن ذلك المشرع السوري الذي حدد السن الأدنى للزواج بـ 15 سنة للذكر و 13 سنة للأنثى.²

وبالتالي يجب على المشرع الجزائري النص عليه لما فيه من ضرورة لمعرفة مصير العقد المبرم دون السن القانوني إن كان باطلا أو قابلا للإبطال عندما يبلغ الشخص سن البلوغ أم أنه موقوف على ترخيص من القاضي، كما يجب التفرقة بين سن البلوغ و سن الزواج حيث يعتبر الأول مختلف فيه حسب طبيعة الإنسان وبيئته ومدى قدرته على الوطاء، أما سن الزواج هو ما نص عليه المشرع الجزائري واعتبر الطرفين متساويين حسب تعديله لقانون الأسرة.

ثالثا: جزاء الإخلال بالشروط الإرادية في عقد الزواج

إذا كانت القاعدة هي أن تعليق العقد بشرط باطل يجعله باطلا بطلانا مطلقا فإنه لا مانع على الزوجين من تضمين عقد الزواج نفسه لبعض الشروط التي لا تتنافى مع أحكام العقد ومقاصده الشرعية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص م 19 من ق.أ بأنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية...."، بناءً على ما تقدم يشترط في الشروط المقترنة بعقد الزواج أن تحقق مقاصده وأهدافه التي جاء لأجلها، إذ أن الإشتراط في عقد الزواج يعتبر من أهم القضايا التي عالجها الشرع والقانون وهذا من أجل الحفاظ على الرابطة الزوجية وضممان استقرارها، فقد تشترط المرأة على زوجها في عقد الزواج بعض الشروط التي تضمن مستقبلها.

¹ نشير في هذا الصدد إلى الأمر رقم 66-195، الصادر بتاريخ 1966/06/23، يتضمن تمديد أجل تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور القانون رقم 63-224، ج.ر، ع56، الصادرة بتاريخ 1966/06/01، ص.856.

² وهو ما نصت عليه م 18 من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: إذا ادعى المراهق البلوغ بعد تمام 15 أو المراهقة بعد تمام 13 وطلبا الزواج، يأذن القاضي بذلك إذا تبين له صدق دعواهما ومدى قدرة تحملهما لذلك، المرسوم التشريعي رقم 59، الصادر بتاريخ 1953/9/7.

1- إقتران العقد بشرط ينافيه أو يتنافى ومقتضاه:

الأصل في العقود والشروط الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان كما يعتبر الشرط صحيحاً في نظر قانون الأسرة إذا كان موافقاً لمقتضى عقد الزواج، كأن يشترط الزوج على زوجته وقت عقد الزواج أو في عقد لاحق أن تترك الوظيفة وتتفرغ للأمور الزوجية، ورضاها بذلك من مقتضيات عقد الزواج وهو شرط لازم تتحمل الزوجة آثار الإخلال به، وتكون الشروط باطلة إن هي ناقضت المقصود من العقد كاشتراط أحد الزوجين الإمتناع عن المعاشرة الزوجية أي عدم الوطء أو إشتراط عدم الإنجاب، أو أنه جاء مخالفاً لحكم شرعي كأن يتم إسقاط الصداق فنكون أمام زواج المسيار المحرم شرعاً، أو إشتراط التنازل عن حق مقرر شرعاً كالتعهد عن عدم إيقاع الطلاق أو طلب التطبيق مثلاً.¹

وبالتالي هناك شروط صحيحة وشروط فاسدة وشروط باطلة ذكرتها م35 من ق.أ، فهل أن هذه الشروط الباطلة تبطل معها العقد؟ جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "من المقرر شرعاً أن الشرط الوارد في العقد الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من تحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في العقد وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ولما تبين من قضية الحال بأن القضاة ألزموا الزوج بالعرف على أنه تعهد ببقاء الزوجة في العاصمة يكونوا بقضائهم قد فرضوا عليه قيداً هو مخير فيه".²

إذ أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي ورد بعبارة "لا يقتضيه العقد ولا ينافيه"، كما لو اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو أن لا يخرجها من بلدها فإن مثل هذه الشروط تدخل في باب الكراهة، لما فيها من التحجير ولكنها لا تلزم الزوج بالوفاء بها ولا تؤثر في صحة عقد الزواج، يتضح من خلال نص م32 من ق.أ نصها على بطلان الزواج الذي اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، فيما اعتبرت مدونة الأسرة ضمن نص م47 منها العقد الذي اشتمل على شرط يتنافى ومقتضياته صحيح والشرط باطل وهو رأي المالكية.³

يرى بعض الشراح ضرورة تصحيح نص م32 من خلال حذف عبارة "مقتضيات" ونقلها لنص م35 بحيث تصبح صياغة هذه الأخيرة على النحو التالي: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط

¹ الفاخوري إدريس، دور الإرادة في إبرام عقود الزواج، المرجع السابق، ص.12-14.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1988/06/20، ملف رقم 49575، م.ق، ع2، 1991، ص.54.

³ بوراق فتيحة، المرجع السابق، ص.33.

باطلا والعقد صحيح"، غير أن هذه المواد القانونية لم تميز بين أنواع الشروط وأقسامها فيما إذا كانت صحيحة أو فاسدة، كما لم تنص على وجوب الوفاء بها أي الجزاءات الناشئة عن الإخلال بها.¹

2- نظرية مقتضى العقد:

لقد جعل الشارع الحكيم لكل عقد من العقود الغاية الشرعية المقصودة من إنشائه وحدد الآثار الخاصة به والمترتبة عنه، ومن ثم لا يملك العاقد أن يتخلص منه بشرط يشترطه قبل العقد أو أثناءه ولا يزيد ما يخالفه في عقد لاحق وهذا ما يعرف بمقتضى العقد، ويقصد بهذا الأخير موضوع العقد وما يتطلبه العقد بحكم الشرع،² أي الغاية والمقصد الأصلي الذي شرع العقد لأجله فهو لازم وإن لم يتم ذكره في العقد أو لم يتم اشتراطه، لأن مشروعية العقد تقتضي ذلك بل إنه لازم بمجرد العقد وذكره لا يؤثر كما أن إهماله لا يسقطه.³

غير أنه هناك إختلال بين أركان الإنعقاد وشروط الصحة كما قلنا سابقا فمن جهة نجد أنه يرتب البطلان المطلق إذا تخلف أحد أركان العقد أو إختل، ومن جهة ثانية يعتبر العقد قابلا للإبطال إذا تخلف شرط من شروط الرضا ما يؤدي إلى إختلال ركن الرضا في هذه الحالة وإن إختلال ركن الرضا يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا هذا من جهة، أما من جهة ثانية يجب علينا الوقوف عند نصوص المواد 32، 34 و 35 من ق.أ بشيء من التحليل إذ نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ذكر في م32 عبارة "مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، وفي م35 عبارة "الشرط المنافي للعقد" وعند البحث عن مصطلح الشرط نجده قد ذكر في نص م19 إضافة للشروط التي يتطلبها العقد المشار إليها ضمن نص م9 تحت عنوان أركان الزواج، ودون بيان ما تعلق منها بشروط الصحة أو الإنعقاد أو اللزوم أو النفاذ، وفي م34 "الزواج بإحدى المحرمات" وهو ما تم ذكرهم في م9 مكرر والمواد بداية من م23 بعبارة "الموانع الشرعية" وهذا ما يولد إشكالية في معرفة أسباب البطلان.

الفرع الثاني: إتصال نظرية العيوب بمبدأ سلطان الإرادة وآثارها على عقد الزواج:

حظيت نظرية عيوب الرضا باهتمام الفقهاء الإسلاميين والوضعيين إلا أن الفقهاء المسلمين يرون بأن الفقه الوضعي قد صاغ هذه النظرية بمفهوم عام محدد المعالم، أما الفقه الإسلامي ذو النزعة الموضوعية قد بحث عيوب

¹ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.129.

² منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج4، المرجع السابق، ص.82-85. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص.287.

³ فاختات عبد العزيز، المرجع السابق، ص.91.

الرضا في صورة جزئية متفرقة وردت في مواطن متعددة،¹ وهو الإراد الذي اتخذته المشرع الجزائري وهو النزعة الموضوعية وهذا لا يعني إطلاقاً أن الفقه الإسلامي جاء قاصراً، إنما كان دقيقاً ومنطقياً ولكن يلزم فقط جمع ذلك الشتات وإبراز عظمة تقديسهم لنظرية الإرادة وحمايتها من أي عيب يلحقها.²

أما استناداً للنزعة الذاتية إذا كانت الإرادة الحقيقية مشكوك فيها وهو ما يعبر عنه بعيوب الإرادة أو عيوب الرضا أو عيوب العقد،³ فالإرادة المشوبة بعيب لا يكون لها السلطان الكامل والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو: هل أن اتصال نظرية عيوب الرضا بمبدأ سلطان الإرادة تجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أم قابلاً للإبطال أم تطبق عليه نظرية الفسخ بالنسبة لعقد الزواج؟ وهل أن عيوب الإرادة تؤدي لبطلان العقد بطلاناً نسبياً، أم يعتبر العقد بمناسبتها موقوفاً؟ فبالنسبة للشرعية الإسلامية أخذت بفكرة العقد الموقوف خصوصاً في حالة تحقق عيب الإكراه في التصرفات القولية وهو عدم نفاذ التصرف،⁴ فالإرادة التي يعتد بها في هذا المجال هي الإرادة التي اتجهت إتجاهاً صحيحاً وسبيلاً نحو غايتها، أي الإرادة التي لم تكن مشوبة بعيب من العيوب فالإرادة المكروهة أو التي يشوبها غلط أو المدلس عليها لا تنشئ عقداً صحيحاً ويكون لصاحبها أن يتمسك بالعيب ويبطل العقد.⁵

أولاً: العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال أوجه التعارض بين قانون الأسرة والقانون المدني

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني معين وتتمثل في العقد أو التصرف بالإرادة المنفردة وعندما نتحدث عن الإرادة فإن من أهم شروط صحتها الأهلية وزوالها يعد أحد عيوب هذه الإرادة، بمفهوم المخالفة فإنه يجب لإجراء أي تصرف قانوني توفر الأهلية الكاملة، والأهلية تعني القدرة والمكنة على التمييز ونعني هنا أهلية الأداء أي أن يميز الشخص بين ما يضره وما ينفعه، وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية ومن ثم يمكن له إبرام التصرفات القانونية كلها مادام أنه بالغ الأهلية، وأهلية الأداء قد تتأثر بالسن وقد تتأثر بعوامل أخرى تسمى بعوارض الأهلية فتعدمها أو تنقصها، فإذا طرأت هذه العوامل على الشخص بعد بلوغه سن الرشد

¹ ينبغي التفرقة بين الرضا المنعدم والرضا المغيب فالأول هو مجرد مظهر خارجي لرضا موهوم ولا حقيقة له كأن يصدر عن شخص فاقد التمييز أو من في حكمه كالمجنون، والثاني أن يكون الرضا موجوداً وصادر عن شخص ذي أهلية مميز غير أن تصرفه قد شابته خلل أفسده كأن يكون قد وقع في إكراه أو غلط أو تدليس وغيرها من الأمور التي تجعل الشخص غير حر في قراراته.

² أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضا، د.ط، منشورات زين الحقوقية، 2006، ص.18.

³ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.453، عبد الحميد محمود البعلي، المرجع السابق ص.242.

⁴ أحمد عبيد جاسم، المرجع السابق، ص.85.

⁵ فاختات عبد العزيز، المرجع السابق، ص.72.

القانوني فإنه يتم بموجبها الحكم عليه بالحجر بناءً على طلب من له مصلحة استناداً لنصوص المواد 101 و102 من ق.أ.¹

سيتم من خلال ذلك بحث الفرق بين تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه المحجور عليهم قبل الحكم بالحجر وبعد الحكم بالحجر، الصبي المميز ومن في حكمه كالسفيه وذو الغفلة وغير المميز ومن في حكمه كالمجنون أو المعتوه بين قانون الأسرة والقانون المدني، فقد فرق القانون المدني بين المجنون والمعتوه وبين السفيه عندما اعتبر هذا الأخير في حكم الصبي المميز، فيما لم يذكر ق.أ. ذو الغفلة ضمن نصوصه باعتباره لم يفرق بينه وبين السفيه لاشتراكهما في الحكم عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية، فيما قد ذكره القانون المدني ضمن نص م43 منه بأنهما في حكم ناقصي الأهلية.

وبالتالي جاء مناقضاً لقانون الأسرة حيث يعتبر هذا الأخير المجنون والسفيه والمعتوه في حكم فاقد الأهلية وليس ناقصيها طبقاً لنص م81 منه، أما فيما يتعلق بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي يباشرها الصبي المميز تعتبر موقوفة على إجازة الولي، فبالنسبة لبيع المميز مثلاً فإنه يصح لدى الحنفية وموقوف على إذن الولي لدى المالكية،² فإذا أجازته صار نافذاً بينما لا يصح لدى الشافعية والحنابلة وفي رواية لأحمد بن حنبل يصح تصرف كل من المميز والسفيه.³

أما تصرفات عديمي التمييز تعد باطلة بطلاناً مطلقاً سواء كان العقد نافعا له نفعاً محضاً أو ضاراً به ضرراً محضاً أو دائر بين النفع والضرر طبقاً لنص م82 من ق.أ، فيما تعد تصرفات الصبي المميز صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، باطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً، موقوفة على إجازة الولي أو الوصي إن كانت دائرة بين النفع والضرر، حتى وإن تصرف ذلك الصبي دون إذن وليه فإن نفاذه يبقى موقوفاً على إجازة وليه وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القاضي، ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر المميز التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة، وهذه الأحكام مأخوذة مما سار عليه جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وحنابلة، فيما يرى الشافعية بأن الصبي المميز محجور عليه لا يصح منه أي تصرف حتى ولو أذن له وليه بذلك.⁴

¹ م101 من ق.أ. : "من بلغ سن الرشد وطرأت عليه حالات الجنون أو العته أو السفه يحجر عليه".

² مثلاً طلاق السفيه غير لازم لدى المالكية وإذا أجازته صار نافذاً أي أنه قابل للإبطال، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي المرجع السابق، ص.352.

³ لدى الشافعية والحنابلة لا يصح مطلقاً في رواية لأحمد بن حنبل يصح تصرف الصبي المميز والسفيه، الشافعية، أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج9، المرجع السابق، ص.160.

⁴ حمزة قتال، سمير شيهاني، المرجع السابق، ص.187.

وبالتالي فإن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر في القانون الجزائري هي موقوفة على إجازة الولي في قانون الأسرة م83 وقابلة للإبطال في القانون المدني م101، أما ناقصي الأهلية فإن تصرفات ناقصي الأهلية الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال ومن ناقصي الأهلية هناك المميز وغير المميز، وعديمي الأهلية فإن جميع تصرفات عديمي الأهلية عديمي التمييز تكون باطلة بطلانا مطلقا طبقا لنص م82 ق.أ.

فيما يخص تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه في قانون الأسرة غير نافذه طبقا لنص م85 (عدم نفاذ التصرف) ويقصد بنفاذ التصرف أن يكون مرتبا لجميع آثاره القانونية وخلافه التصرف الموقوف أي أن عدم نفاذ التصرف هو التصرف الموقوف،¹ فيما جاء في الصياغة الفرنسية بأنها باطلة "nuls"، إذا فإن عديمي الأهلية أو عديمي التمييز إذا أصابهم عارض أعدم الإدراك أو التمييز لديهم وهم الصبي غير مميز ومن في حكمه المجنون والمعتوه طبقا للمادة 42 ق.م، وناقصي الأهلية من أصيب بعارض في تديره فأفسده وهم الصبي المميز ومن في حكمه السفيه وذو الغفلة طبقا لنص م43، ويعتبر السفيه ناقص الأهلية في القانون المدني طبقا لنص م43 وأن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة في قانون الأسرة طبقا لنص م83 التي تحيلنا لنص م43 من ق.م، تجدر الإشارة إلى أن السفيه هو من أصابه عارض في تديره وليس عقله، وتعتبر تصرفاته غير نافذة أي موقوفة وهو المصطلح الذي يقابل العقد القابل للإبطال ولعل ذلك راجع لتأثر قانون الأسرة بأحكام الشريعة الإسلامية.

نخلص في الأخير إلى أنه بالرغم من أن هناك فرق بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال، فالعقد الموقوف هو عقد في الأصل صحيح ولكنه غير نافذ ويظل موقوفا حين إجازته فإن لم يجز بطل وإن أجزى نفذ، أما العقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح نافذ حتى يقضى ببطلانه فإن قضى ببطلانه فيعتبر كأن لم يكن، والتصرف الباطل هو كل ما من شأنه أن يفقر ذمة الشخص المالية فلا يرتب أي أثر ولا يصحح بالإجازة ولا يسقط بالتقادم، ومادام أن القانون المدني هو الشريعة العامة للقوانين الخاصة، وأن م79 من ق.م تحيلنا لتطبيق قانون الأسرة فيما يتعلق بقواعد الأهلية، وأنه تلغى جميع الأحكام المخالفة له وأنه صدر قبل قانون الأسرة فإن تصرفات ناقصي الأهلية في التشريع الجزائري تعد تصرفات قابلة للإبطال، وبالتالي على المشرع الجزائري توحيد هذه الأحكام وفق تعديل نص م83 من ق.أ لتصبح منسجمة مع القانون المدني وتقرير قابلية الإبطال عن العقد الموقوف.

¹ محمد سعيد جعفرور، نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، المرجع السابق، ص.44.

ثانياً: عيوب الإرادة "الغلط، التدليس والإكراه" وآثارها على عقد الزواج

تم حصر عيوب الرضا بأربعة في القواعد العامة للقانون المدني من بين هذه العيوب إثبات تتكرر بصورة مستمرة التدليس أو الخداع أو الإستغلال والإكراه، ويسميان بالعيوب العامة أما العيبان المتبقيان معروفان بالعيوب الخاصة وهما الغلط والغبن، فلا يمكن الإدلاء بهما إلا في ظروف وأحوال معينة في حالة وجود أدعاءات متقابلة قد تؤدي لاختلال في المراكز المالية للطرفين، وبما أن التدليس لا يقع إلا حيث يكون الغلط قائماً فإننا سنتطرق لثلاثة عيوب: الغلط، التدليس والإكراه ومدى تأثيرهم على عقد الزواج.

1- نظرية الغلط وآثارها على عقد الزواج

الغلط هو أمر نفسي وكونه كذلك فإنه لم يجد له مكاناً في الفقه الإسلامي وإنما جاءت في مواطن متفرقة ضمن خيار الرؤية وخيار العيب وخيار الوصف وغيرها من الأحكام والتفريعات المتناثرة، وفي حالة تحققه لا يعطي لم وقع ضحية بسببه الخيار في فسخ العقد أي أن العقد يبقى لازماً استناداً للقاعدة الفقهية "لا خيار بسبب تخلف الظن"، ومقتضى هذه القاعدة أن الزوج الذي ظن وجود أوصاف معينة في الطرف الآخر ومن ثم تبين له عكس ظنه فالغلط في هذه الحالة لا يؤثر في صحة العقد ولزومه إذا ما تم اكتشاف وقائع مخالفة لظنه،¹ جاء في قرار للمحكمة العليا بأن الغلط في صفة من الصفات الأساسية للشخص، يمكن أن يشوب الإرادة في مجال عقد الزواج كما هو الحال عند إخفاء الزوج أو سكوته عن العجز الجنسي وقت العقد.²

كذلك فيما يخص الفقه الفرنسي الحديث ومن أنصاره بلانيول وروبير واسمان فإنهم يرون بأنه لا وجود لغلط يعدم الرضا على أي حال، وإنما يقتصر على إفساده فقط فيجعله باطلاً بطلاناً نسبياً أما إذا تعلق الغلط بماهية العقد أو في مادة الشيء والغلط في شخص المتعاقد وسبب الإلتزام، فإنه يندرج ضمن نظرية تكوين العقد وليس نظرية الغلط وبالتالي لا ضرورة لإعتباره باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإنما ما يؤثر على صحة العقد ويجعله باطلاً بطلاناً نسبياً هو ما إذا كان الغلط هو الباعث للتعاقد أم لا، وهذا ما أدى بالفقه الفرنسي لتبني معيار آخر يكمن في "الغلط الدافع" واستناداً إليه لا يصبح هناك مجال لكل هذه التفرقة.

¹ بوخاتم أسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج، دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، مجلة القانون والعلوم السياسية، النعامة، 2017، المجلد 3، ع 2، ص 48-59.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 19/02/1966، م.ق، ع 4، 1968، ص 1220، بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 74.

فيما حيز الفقه الفرنسي القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره على صحة العقد إلى ثلاثة أقسام: غلط لا يؤثر في صحة العقد ولا يفسد الرضا إذا وقع على وصف الشيء لا يرتب البطلان، غير أنه في بعض الحالات يمكن أن يرتب الفسخ إذا لم ينفذ أحد الطرفين إلتزامه استنادا عليه، وغلط في قيمة الشيء محل الإلتزام غير أنه يمكن في هذه الحالة أن ندرجه ضمن الغبن، وغلط في الشخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار، وأخيرا إذا كان هو الباعث الدافع للتعاقد غلط يبطل العقد بطلانا مطلقا إذا وقع في ماهية العقد ذاته أو في محل الإلتزام وهو ما تم ذكره بالنسبة لنظرية مقتضى العقد، وغلط يبطل العقد بطلانا نسبيا يفسد الرضا دون أن يعدمه كأن يقع في مادة الشيء محل الإلتزام ذاتها، أو غلط يقع في الشخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد،¹ وهو ما تمت الإشارة إليه من خلال تحليلنا لنص م35 ق.أ سابقا ضمن الشرط الباعث للتعاقد.

والغلط في الشخص المتعاقد نوعان: النوع الأول غلط في جنس المعقود كأن يظن العاقد بأن المعقود عليه من جنس ثم يتبين أنه من جنس آخر، ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا لعدم صحة محل العقد والنوع الثاني هو غلط في الوصف كأن يظهر المعقود عليه بوصف أراده العاقد، ومن ثم يتبين أنه مخالف للوصف المشروط ولا يكون هذا النوع باطلا لكن للعاقد الخيار بين إتمام العقد أو فسخه،² نفس الشيء بالنسبة للإكراه فإن الغلط نوعان: ما يعدم الإرادة فيجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا كالغلط في ماهية العقد أو الغلط في الشخص، وما يعيب الإرادة أو يفسدها كأن يحصل في إحدى الصفات الجوهرية للشخص من خلق أو خُلُق.³

2- نظرية الإكراه وآثرها على عقد الزواج

الأصل في القانون المدني أن يكون العقد المشمول بالإكراه باطلا لانعدام الرضا من أساسه، وحتى يكون الإكراه كذلك يجب توافر مجموعة من الشروط: إستعمال وسائل إكراه غير مشروعة، تحقق التهديد في نفس المكره أو ماله يدفعه من خلالها لقبول التعاقد وأن يبلغ حدا من الجسامة، وما يسلب الإرادة حريتها واختيارها ليست وسائل الإكراه بحد ذاتها وإنما الخوف أو الرهبة التي تحدثه هذه الوسائل في نفس المتعاقد، فالإكراه هو الضغط الذي يصيب الشخص أو الرهبة التي تقع في نفسه فتدفعه للتعاقد،⁴ وهو نوعان: إكراه مادي يعدم الإرادة، وإكراه معنوي

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج1، ص.346 وما يليها.

² محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.38.

³ تشوار جيلالي، قانون الأسرة المعقم، محاضرات ألفت على طلبية الماستر تخصص القانون الخاص، ج1، الزواج وآثاره، جامعة تلمسان، 2024-2025، ص.25.

⁴ الإكراه هو حمل الشخص على أمر لا يرتضيه وهو نوعان، الإكراه الملجئ: أو التام سمي كذلك لأنه يوجب الإلجاء ومعناه الإضرار كأن يهدد الشخص في جسمه بالقتل أو الضرب الشديد المفضي للقتل أو إتلاف أحد أعضائه أو تهديد في ماله بإتلافه، وحكم

يعيب الإرادة، إذ أنه يجب التمييز في هذا الصدد بين الحالة التي تكون فيها الإرادة غير موجودة وهي التي تبطل العقد بطلاناً مطلقاً، وبين الحالة التي تكون فيها الإرادة موجودة ولكنها معيبة وهي التي تبطل العقد بطلاناً نسبياً.¹ ومن شدة إهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بعيب الإكراه فقد أفردوا له كتاباً سموه "بكتاب الإكراه"، يعالجون فيه شروطه وآثاره بالنسبة للتصرفات والعبادات، على أن التصرفات التي يؤثر فيها الإكراه دائماً ما تكون تصرفات قولية،² كذلك هو الحال بالنسبة لفقهاء القانون المدني الوضعي فيما كان تعريف المشرع العراقي للإكراه عاماً بحيث يشتمل على جميع التصرفات مهما كانت قولية أو فعلية جمعهم عبارة "العمل".³

أما في قانوننا الجزائري فلا نجد أي تعريف مباشر للإكراه وإنما أورده كسبب جوازي من أسباب البطلان ضمن نص م 88 من ق.م، حيث جاء فيها ما نصه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعي أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه"، كما أنه لم يفرق بين ما إذا كان يشمل التصرفات القولية دون الفعلية أم يشمل كلاهما، فيما نجد القانون الأردني قد عرف الإكراه في م 35 منه بأنه: "إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه"، وقد ميز بين نوعين من الإكراه وذلك بحسب جسامته الخطأ الذي يهدد الشخص إلى إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ.

كما ورد عيب الإكراه في ق.أ ضمن صورة صريحة واحدة تتمثل في تعسف الولي في استعمال حق تزويج القاصر التي هي تحت ولايته ضمن نص م 13: "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها"، إذ أن المشرع الجزائري وإعمالاً للفقهاء الإسلاميين فقد اصطلح على الإكراه في قانون الأسرة لفظ "الإجبار"، يرى الحنفية في هذا الصدد بأن الإكراه يفسد الزواج فقط ولا يبطله فيما يرى جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة بأن الإكراه يبطل العقود كأصل عام حتى وإن تعلق الأمر بعقد

= هذا النوع من الإكراه أنه يعدم الرضا ويفسد الإرادة، والإكراه غير الملجئ: أو الناقص هو تهديد بالقيود أو الحبس مدة طويلة أو التهديد بالضرب الذي لا يفضي للقتل وحكمه أنه يعدم الرضا ولا يفسد الإرادة.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص 334.

² أحمد عبيد جاسم، المرجع السابق، ص 80.

³ م 112 من القانون المدني العراقي جاء فيها ما نصه: "الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه".

الزواج،¹ إذ أن الإكراه كما قلنا يعدم الرضا وبالتالي يكون العقد بذاك باطلا، إذ أنه إذا كان الإكراه يعدم الرضا يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا وإذا كان يعيبها يبطله بطلانا نسبيا.

وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه: "يبطل الزواج لانعدام الرضا ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج"،² أما إذا كانت إرادة الزوجة موجودة ولكنها معيبة فإن ذلك يخولها طلب فسخ العقد بعد بلوغها سن الرشد القانوني، وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أن: "القضاء بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون".³ كما قد توجد حالة أخرى ضمنية للإكراه في قانون الأسرة تتمثل في دفع الزوجة لطلب الخلع تحت وطئ التهديد، أو قد تعرضت لضرر دفعها لذلك عجزت عن إثباته لرفع دعوى التطليق، غير أنه لم يعالجها كما فعل المشرع المغربي إذ أن هذا الأخير يعتبر الخلع عقدا رضائيا بين الطرفين، فإنه نص بموجب م117 من المدونة أن: "للزوجة استرجاع ما خالعت به إذا أثبتت أن خلعا كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج لها وينفذ الطلاق في جميع الأحوال"، وبالتالي إذا استعمل الزوج بعض الأساليب لدفع المرأة وإرغامها على قبول الخلع، وقع ذلك الطلاق بائنا ولا تلزم المرأة حينها بدفع مقابل الخلع.⁴

كما أن إدراج عيوب الإرادة في المجال الأسري يؤدي بالبعض من الأزواج للجوء لرفع الدعوى على أساس العيوب في الرضا، للتهرب من الإلتزامات المالية المفروضة عليهم من نفقة وتعويض جراء إنهاء الرابطة الزوجية بطرق أخرى غير الطلاق أو التطليق أو الخلع، حيث نصت م12 من مدونة الأسرة المعدلة أنه: "تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و66 بعده"، حيث نصت م63 منه على أنه: "يمكن للمكروه أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في التعويض"، ونص في م66 على أن: "التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة ... يخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من تعويضات عن الضرر".

¹ كما يفرق الحنايلة بين الأقوال والأفعال في الإكراه، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص.187.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2000/07/18، الملف رقم 249128، م.ق، ع2، 2003، ص.267. المحكمة العليا، غ.أ.ش.م 2008/03/12، الملف رقم 415123، م.ق، ع1، 2008، ص.275.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2001/02/21، الملف رقم 255711، م.ق، ع2، 2002، ص.424.

⁴ التومي خالد، جنوح مدونة الأسرة نحو تطبيق بعض القواعد المدنية عيوب الإرادة نموذجا، مجلة دفاتر قانونية، المغرب، 2015 ع1، ص.241.

ما يحسب للمشرع المغربي أنه نص على عيوب الإرادة في مدونة الأسرة وتفادى الرجوع للقواعد العامة للقانون المدني، لكن ما يلاحظ من خلال نصوص المواد المذكورة أنه لم يحدد الإطار الذي يندرج فيه فسخ الزواج بسبب عيب الإكراه والتدليس وكذا الآثار المترتبة عنه، حيث نص في م64 على أن الزواج الذي يفسخ قبل الدخول لا صادق فيه ويصحح بعد الدخول بصداد المثل، وكذا الزواج الفاسد لعقده قبل الدخول وبعده لا ينتج أي أثر قبل الدخول وتترتب عنه آثار العقد الصحيح بعد الدخول، ما لم يصدر الحكم بفسخه طبقاً لنصوص م60 و61 بينما لم يحدد ما إن تم فسخ عقد الزواج لإكراه أو تدليس وما هي الآثار المترتبة عن ذلك، وعند الرجوع للفقهاء المالكي في المسألة نجده قد رتب على الزواج المختلف على فساد ثبوت الصداق ووجوب الإستبراء والإرث قبل الفسخ وثبوت النسب وحرمة المصاهرة بعده.¹

3- نظرية التدليس وآثرها على عقد الزواج

أو كما اصطلاح عليه الفقه الإسلامي بالتغريب ويعني الخداع وهو على عكس الغلط فإنه ليس بالأمر النفسي الذي يعني إيهام الشخص ليرغبه على التعاقد فهذا المعنى ينطبق على التغريب القولي دون الفعلي،² بينما المعنى الآخر يكمن في قصد تمويه الحقيقة وتضليل الطرف الآخر، إذ أنه يأخذ في جميع الأحوال شكلاً إيجابياً يتمثل في استعمال الحيل والخداع وقد يأخذ شكلاً سلبياً يتمثل في الكتمان، تنص م1/86 من ق.م "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ... من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد"، إذ أنه يرتب عدم صحة العقد ويكون سبباً في بطلانه باستعمال طرق احتيالية لتضليل الشخص المتعاقد وحمله على التعاقد، وفي القانون الفرنسي فإنه يرتب البطلان النسبي إذا بلغ حداً من الجسامة لولاها لما فكر في التعاقد، وبالتالي تستخلص من هذا المفهوم أن التدليس يتحقق إذا توافرت شروطه الثلاث: إستعمال الطرق الإحتيالية، أن تكون قد صدرت من أحد المتعاقدين، أن تكون هي التي حملته على التعاقد، وإستعمال الطرق الإحتيالية يتضمن عنصرين: عنصر مادي يتمثل في الطرق المادية التي تستعمل للتأثير على إرادة المتعاقد، وعنصر معنوي يتمثل في نية التضليل للوصول للغرض غير المشروع.

¹ خالد بنمومن، المرجع السابق، ص.149.

² التغريب الفعلي: هو الظهور بمظهر أحسن من الحقيقة يدفع المغتر للتعاقد تحت تأثير ذلك المظهر، أما التغريب القولي: وهو ما يدل عليه إسمه إذ أنه يتم بالقول ويكون هذا الأخير بالكذب المكون للتدليس، إما من خلال تقديم معلومات كاذبة في عقود يفترض أن تقوم صحتها على معلومات مخصوصة ومؤكدة، وإما أن يتم إستغلال الثقة التي يضعها أحد المتعاقدين في الآخر، أحمد عبيد جاسم المرجع السابق، ص.102-103.

ولتحقق الكتمان التدليسي في بعض الحالات يكفي الكتمان أي العنصر المادي المتمثل في استعمال الطرق الإحتيالية، بالرغم من أن الأصل في الكتمان أنه لا يكون تدليسا إلا إذا صاحبه حالة العمد، حيث تنص م 2/86 من ق.م على أنه: "... ويعتبر التدليس السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة"، جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأن إخفاء العيوب المرضية المعدية أو الخطيرة أو الجنسية وقت التعاقد يعطي للطرف المتضرر حق إبطال العقد، لأن الشخص العادي لا يتحملها اختيارا ما لم يكن عالما بها وقت إبرام العقد طبقا لنصوص المواد 9، 9 مكرر وم 10، 1/33 وأخيرا م 2/53 من ق.أ.¹

ويشترط أن يكون هذا التدليس هو الدافع للتعاقد: ومثلما هو الشأن بالنسبة للغلط يكون في هذه الحالة مفسدا للرضا مرتبا للبطلان عملا بالقواعد العامة للقانون المدني المتمثل في القصد،² وهو ما جاء في حكم للمحكمة الابتدائية المغربية بأن تدليس الزوجة على زوجها بكتمان كونها كانت مصابة بمرض نفسي والذي يتمثل في عدم ميلها لمعاشرة الرجال، حيث قضت المحكمة بفسخ الزواج للتدليس ورفض دعوى التعويض لعدم ثبوت قصد الإضرار وسوء نية الزوجة.³

إذا فإن التدليس في بعض الحالات قد يكون ليس سببا في فسخ العقد وإنما يكون سببا في بطلانه مثلما هو الشأن بالنسبة لكتمان الزوجة عن زوجها على أنها لا تزال في عصمة زوج آخر، أو أنها حامل من شخص آخر فمثل هذه الأمور تؤدي لبطلان العقد وليس فسخه، جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه: "البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي يبطل عقد الزواج"،⁴ ورغم أن القواعد المقررة للقانون المدني تعتبر التدليس عيبا مفسدا للإرادة مما يجعل العقد قابلا للإبطال، وبالتالي فإن عدم تنظيم عيوب الإرادة في قانون الأسرة من شأنه أن يؤدي لتضارب في الأحكام والقرارات القضائية فتارة يترتب الفسخ وتارة أخرى يترتب التطليق.⁵

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34748، المذكور سابقا، ص.73. المحكمة العليا، غ.أ.ش. 1989/03/13، ملف رقم 52850، غير منشور. أشار إليهم: بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، ج1، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014، ص.344.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص.391.

³ حكم المحكمة الابتدائية سطات، 2008/01/03، ع08/29، الملف الشرعي رقم 7/1383، أشار إليه: خالد بنمومن المرجع السابق، ص.162.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2006/10/11، الملف رقم 371562، م.ق، ع2، 2007، ص.457.

⁵ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.116.

فقد نص المشرع الجزائري على التدليس ضمن سياق نصوص قانون الأسرة حيث وردت حالة واحدة للتدليس فقط، يكون الدافع للتعاقد فيها إخفاء الزواج الأول عن الزوجة الجديدة التي ينوي الزواج بها، أما أن يكون قد أخفى أحد الزوجين عيبا فيه كعجزه الجنسي أو مرضه العضال أو المعدي أو كونه مدمن مخدرات، فقد نص عليه المشرع الجزائري ضمن أسباب طلب التطليق للعيوب وليس للتدليس كما فعل المشرع المغربي ضمن م63 المذكورة سابقا، جاء في قرار لمحكمة النقض المغربية ما نصه: "المدلس عليه في عقد الزواج بوقائع أثرت على إرادته أو أفسدتها تحول له فسخ العقد، ولما تبين من قضية الحال أن المخطوبة قد دلست على الخاطب بوقائع كانت الدافع إلى قبوله الزواج منها لما ادعت أنها عازبة وتبين أنها غير ذلك، مما منحه الحق في طلب فسخ عقد الزواج طبقا للمادة 63 من المدونة".¹

الفرع الثالث: إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد وآثارها على عقد الزواج

إذا تم عقد الزواج واكتمل صحيحا من ناحية أركانه وشروط الإنعقاد ومن ثم ظهر بأنه قد نشأ مصحوبا بعيب من عيوب الإرادة، لولاه لما تمت الموافقة على إبرام ذلك العقد وذلك راجع لمرحلة ما قبل التعاقد، فهل يتم من خلال ذلك تطبيق نظرية الخطأ عند تكوين العقد، وبالتالي ترتيب المسؤولية العقدية عن ذلك العقد الباطل؟ أم أنه يتم إبطال العقد وإرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد من دون إثارة أية مسؤولية؟

أولا: قيام المسؤولية العقدية على أساس الخطأ عند تكوين العقد

الأصل أن العقد متى كان صحيحا يجب تنفيذ الإلتزامات التي يرتبها وإلا قامت المسؤولية العقدية نتيجة عدم التنفيذ وهي مسؤولية مصدرها العقد الصحيح وهو ما تم تفصيله، غير أنه قد يكون العقد باطلا لأي سبب من الأسباب المذكورة سابقا، "فقد يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا لإنعدام الرضا أو تخلفه، وقد لا يكون هناك توافق بين الإيجاب والقبول كأن يحدث عدول من أحد المتعاقدين غير أن المتعاقد الآخر لا يعلم به وأتم إجراءات العقد وهو في اعتقاده أن العقد لا يزال قائما، وقد يكون سبب البطلان إنعدام المحل أو السبب والأمثلة كثيرة عن أسباب البطلان سواء المطلق أو النسبي، ودائما ما نقول بأن المتعاقد كان حسن النية ولا يعلم بهذا البطلان، أيضا كمثال آخر عندما تتخلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة، ويتم الأخذ بالإرادة الباطنة بالرغم من أن المتعاقد ما كان ليطمئن أكثر بالإرادة الظاهرة وكانت هي الدافع لتعاqude".

¹ قضاء محكمة النقض المغربية، ع74، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، 2011/04/05، ع149، الملف الشرعي ع2009/1/2/292، ص.165.

فإنه في جميع هذه الحالات العقد لا ينشأ التزاما ومن المفترض أنه لا يترتب مسؤولية مصدرها العقد لأنه غير موجود أصلا، استثناء في بعض الحالات قد يكون سبب البطلان صادرا من أحد المتعاقدين ولكن المتعاقد الآخر يكون حسن النية، ويعتقد بصحة العقد ويطمئن لذلك كما يبنى تعاقدته على هذا الأساس، وبالتالي فإنه بالحكم على ذلك العقد بالبطلان يترتب ضررا غير متوقع يتم من خلالها المطالبة بالتعويض، لكن هل يمكننا القول أن التعويض في هذه الحالة يكون بناء على المسؤولية العقدية؟

في هذه الحالة قامت ما تسمى بنظرية الخطأ عند تكوين العقد وصاحب هذه الفكرة هو الفقيه الألماني إهرنج Ihering وكانت نتيجة إرتيابه بشأن عيب الغلط، ومفادها أنه إذا وقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري وكان هذا سبب لطلب بطلان العقد، ألا يحق في هذه الحالة للمتعاقد الآخر طلب التعويض عما سببه ذلك البطلان من ضرر حتى وإن كان المتسبب به حسن النية، ومادام ذلك البطلان قد مس العقد فتكون المسؤولية في هذه الحالة عقدية مبنية على خطأ عقدي مفروض فالرضا في هذه الحالة لا يقبل إثبات العكس.

والعقد الباطل بناءً على هذه النظرية ينشئ التزاما بالتعويض وطبعا كنظرية جديدة وقتها كان يجب أن يثبت توجهه هذا، وما هي الأسباب التي تحول دون أخذه ببعض النظريات الأخرى إذ أن هناك من يرى بأن المسؤولية في هذه الحالة تقصيرية، كدعوى الغش في القانون الروماني لم يأخذ بما كونها تتطلب وجود تدليس إلى جانب شروط أخرى، وهناك من يرى بأنها مسؤولية مادية وذلك راجع لإستحالة الحل، وبالتالي لم يأخذ بدعوى قانون إكيلييا والتي تتطلب نوعا من الضرر ونتيجة لذلك لم يبق أمامه سوى العقد، غير أن هذا العقد باطل فكيف يمكن أن ينتج أثرا قانونيا؟

وقد رأينا فيما سبق بأن العقد الباطل قد ينتج آثار عرضية بإعتباره واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا، وقد ذكرنا استثناء أنه ينتج آثارا جوهرية بإعتباره عقدا وكان ذلك بناءً على حسن النية، نفس الشيء بالنسبة لهذه الحالة يضيف إهرنج لذلك أن العقد الباطل في ركن من أركانه أو شرطا من شروطه، فإنه لا ينتج أثرا فقط بالنسبة لذلك الركن أو ذاك الشرط وهذا لا يعني أنه لا ينتج آثارا أخرى، وقد أخذ الفقهاء الفرنسيين بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ومن أمثالهم بودري وبارد ويريان، بأن الخطأ التعاقدي كما يقع عند تنفيذ العقد يمكن أن يقع عند تكوينه وأن كل عقد يقترن به إتفاق ضمني يتعهد بموجبه المتعاقدان بضمان تحقيق صحة العقد، فإذا تبين فيما بعد بأنه عقد باطل ترتب عن ذلك مسؤولية تعاقدية توجب التعويض، على أساس أنه أخل بالتزامه التعاقدي المتمثل في الضمان

كما أنهما يأخذان بهذه النظرية في حالة كان هناك غلط إما في الشيء أو الشخص محل التعاقد، شريطة أن لا يكون هذا الغلط مشتركاً بين المتعاقدين.¹

ثانياً: قيام المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ عند تكوين العقد

إن غالبية الفقه الفرنسي لا يأخذون بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، ويرون بأنه إذا كان العقد الباطل فلا يكون الشخص الذي طلب البطلان مسؤولاً إلا إذا أثبت الطرف الآخر تحقق الخطأ طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية كما أخذ بهذه النظرية أيضاً الفقيه الفرنسي ديموج، غير أن توجهه كان فيه نوع من الغموض فهو من جهة ينساق وراء هذه النظرية لكن بتحفظ، إذ أنه من جهة أخرى لا يعتبرها محلاً للمسؤولية العقدية كما أنه لا يعتبرها مسؤولية تقصيرية وإنما يعتبرها مسؤولية من نوع خاص.

حيث تعتبر الأخطاء المرتكبة أثناء مراحل تكوين العقد والتي يمكن أن تبطل العقد هي أخطاء تقصيرية مثل الأخطاء المرتكبة في مرحلة ما قبل العقد كالإكراه أو التدليس الذي يمارس من أحد الطرفين على الآخر، ويكون هو السبب أو الدافع للتأثير على إرادته ودفعه للتعاقد، فلا يكون التعويض في هذه الحالة قائماً على أساس المسؤولية العقدية لأنها تخرج عن نطاق العقد ودون رضا الطرف المتعاقد، وبالتالي تدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية غير أنه تم إنتقاد ذلك سابقاً بأن الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع في الأصل.²

إذ أنه بالرجوع للقواعد العامة للقانون المدني قد تقوم مفاوضات بين شخصين لإبرام العقد فإذا كان أحدهما قد وعد الآخر والتزم بإرادته المنفردة بالبقاء على وعده لمدة معينة، فطالما أن الطرف الآخر لم يعلن رغبته فإن الواعد يلتزم بالبقاء على وعده طيلة المدة المحددة، فإذا أخل بوعده كان للموجه إليه الوعد إذا أصابه ضرر من هذا الإخلال أن يرجع على الواعد بالمسؤولية العقدية لأن الوعد يعتبر مرحلة تمهيدية، وأما إذا لم يكن هناك وعد بل كانت هناك مفاوضات فقط بين الطرفين تمهيداً لإتمام عقد، ثم فشلت بسبب خطأ أحد الطرفين وترتب عن هذا الفشل ضرر للطرف الآخر فبأي مسؤولية يرجع المضرور على المخطئ؟

وضع أهرنج في هذا الصدد نظرية الخطأ عند تكوين العقد مستمد أساسها من القانون الروماني، الذي لم يكن قد وضع قاعدة عامة للمسؤولية التقصيرية بل كان يشترط لقيامها أن يقع الفعل الخاطئ تحت طائلة نص قانوني، ويقول أهرنج إنه إذا تقارب شخصان وقاما بمفاوضات لإبرام عقد فيقتضي هذا قيام عقد ضمني يستلزم

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص.622 وما يليها.

² سعيد سميرة، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة انحلال الزواج أنموذجاً، أطروحة دكتوراه تخصص قانون مدني، جامعة المسيلة، 2022 – 2023، ص.26.

إبرام العقد النهائي أو بعبارة أخرى مقدمة العقد، فإذا أحل أحد الطرفين بهذا العقد الأولي ترتب عليه مسؤولية عقدية، غير أنه اعترض على نظرية إهرنج بأنه إذا كان القانون الروماني قد لجأ في هذا الصدد إلى المسؤولية العقدية فإنما يرجع ذلك إلى أن المسؤولية التقصيرية كانت استثنائية، بحيث كانت لا تقوم إلا بمقتضى نص والأمر ليس كذلك في القوانين الحديثة التي جعلت المسؤولية التقصيرية هي الأصل العام والمسؤولية العقدية هي الاستثناء، ولذلك فإن الرأي السائد هو أن المسؤولية في هذه الحالة تقصيرية مادام العقد لم يبرم بعد بغض النظر إن تم إبطاله.¹

يخلص في هذا الصدد الأستاذ السنهوري إلى أن هذه النظرية غير ضرورية وغير صحيحة، ذلك أن الفقيه إهرنج صاغ نظريته هذه نظرا لوجود فراغ تشريعي في القانون الروماني الذي كان يطبق آنذاك في ألمانيا، ويتمثل في عدم الاعتراف بنظرية الخطأ التقصيري غير أنه لم يصبح لها لزوم بعد أن تم التحرر من قيود القانون الروماني، وأصبح كل خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية مهما كان نوع الخطأ ولا ضرورة في ذلك أن نلجأ للمسؤولية العقدية، كذلك ينتقد ما جاءت به النظرية من أن المسؤولية مصدرها العقد الباطل، وإنما يعتبر أن مصدرها عقد ضمني صحيح يتعهد بموجبه المتعاقد بضمان صحة العقد فإذا لم يلتزم بالضمان كان مسؤولاً.²

في الأخير نقول أنه إذا نظرنا من زاوية حسن النية وأنه كان يعتقد بصحة العقد رغم بطلانه، هل تكون لنظرية الخطأ عند تكوين العقد مكانا ويتم إحيائها من جديد؟ خصوصا وأن القاعدة التي تتضمن المسؤولية التقصيرية وأن أي خطأ يسبب ضررا يوجب التعويض لم تبين إذا ما كان الشخص الذي ارتكب ذلك الخطأ سيء النية أم حسن النية؟

المطلب الثالث: تأصيل التفرقة بين الفسخ والبطلان ومدى تأثيرها على مسألة الطلاق

الفسخ في الشريعة الإسلامية يأخذ عدة معان مقارنة بالقانون الوضعي فقد يكون باطلا بطلانا مطلقا إذا أصاب عقد الزواج خلل في أحد أركانه أو في حالة انعدام الرضا أو عدم مشروعية المحل، وقد يكون باطلا بطلانا نسبيا ومثاله التفريق لعدم كفاءة الزوج أو التفريق لخيار البلوغ، وقد يأخذ الفسخ عند فقهاء الشريعة الإسلامية نفس المعنى عند فقهاء القانون الوضعي وذلك في حالة ما إذا أحل الزوج بإتزاماته، مما يخول الزوجة حق طلب التطليق كذلك إذا نشأ العقد صحيحا لكن اعتراه عارض من العوارض التي تمنع بقاءه كردة أحد الزوجين.³

والفسخ هو إزالة ما يترتب عن العقد من أحكام فقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد كأن يكون العقد غير لازم، أو أنه يكون بسبب عارض أو طارئ على العقد بعد نشوئه تاما صحيحا يمنع بقاءه واستمراره كأن

¹ قبل قيام العقد، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 119.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص. 633 وما يليها.

³ عمر زودة، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص. 18.

يفسخ الزواج بسبب ردّة الزوجة، "يفسخ العقد بسبب الردّة أو خيار البلوغ وقد يكون بسبب خلل طارئ وقع في العقد، ..."، وقد يكون هو نقض عقد الزواج بسبب خلل أصاب العقد أثناء أو بعد انعقاده وهذا الخلل يمنع بقاء العقد واستمراره، ويقع العقد فاسداً أو باطلاً كالعقد بإحدى المحرمات أو المعتدة حيث يفسخ العقد في هذه الحالة لعدم قيام الزوجية،¹ وبالتالي فإن الفسخ هو نقض العقد لخلل رافق نشوءه أو عارض طراً عليه يمنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحاً أما الطلاق فهو إنهاء لعقد زواج صحيح.

يرى الحنفية بأن الفرقة التي تكون من جانب الزوج ولا يمكن أن تكون من قبل المرأة فهي طلاق، والفرقة التي تكون من قبل الزوجة ولا يمكن أن تكون من قبل الزوج فهي فسخ، أما المشرع الجزائري فقد جمع بين الفرقة التي تتم بالإرادة المنفردة للزوج وبين الفرقة التي تتم بطلب من الزوجة تحت مسمى الطلاق وفق نص م48 من ق.أ، في حين أن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت الفرقة التي تتم بإرادة الزوج المنفرد تسمى طلاقاً أما الفرقة، التي لا تتم بإرادة الزوج فقد اختلفوا في تسميتها.²

الفرع الأول: تمييز الفسخ بمفهومه المدني عن الطلاق من الناحية الفقهية والقانونية

يعد الفسخ والطلاق نظامين متشابهين ومختلفين في آن واحد، ولعل ما يؤدي إلى تصادم المفهومين إذا ما أصاب كليهما عقد زواج صحيح مستوفي لأركانه وشروطه وهو ما تمت الإشارة إليه بالنوع الثاني في مقدمة المبحث ويطراً عليه خلل يؤدي إلى عدم صحته أو أنه لم يتم الوفاء بالشروط المقترنة به، وبالتالي لا يمكن بقاءه واستمراره فقد يكون الطارئ بسبب تغير الدين وهو ما يصطلح عليه بالردّة، أو بسبب الخيانة الزوجية وهو ما يصطلح عليه باللعان، وأخيراً بسبب عيب يطرأ على أحد الزوجين يجعل معه استمرار العقد مستحيلاً.³

¹ محمد سمارة، المرجع السابق، ص.269.

² الفسخ قبل الدخول يكون في الحالات التالية: ما نصت عليه م8 مكرر 1 حيث يفسخ الزواج قبل الدخول إذا لم يرخّص بالزواج الثاني، كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ الزواج قبل الدخول وبعده، يفسخ الزواج قبل الدخول إذا تخلف أحد شروطه، أما الحالات التي يكون فيها الطلاق قبل الدخول فهي حالة واحدة تتمثل في فسخ الزواج العرفي، بالرغم من أن الفقه الإسلامي قد احتفظ بالطابع الديني لعقد الزواج غير أن ذلك لا يمنع من تسجيله مدنياً وتوثيقه، وكل زواج مختلف على فساده طلاق وليس فسخ، والنكاح الفاسد قسمين: لدى المالكية متفق على فساده كنكاح من لا تحل له نكاحها من ذوات الأرحام من نسب أو رضاع، أو كنكاح المرأة في عدتها وفي هذه الحالة يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده، ونكاح مختلف على فساده كنكاح الشغار والنكاح المحرم ونكاح المريض مرض الموت، حيث يعتبر الفسخ فيه طلاقاً لدى البعض أما لدى البعض الآخر فهو فسخ، استناداً لقاعدة "لا يفسخ إلا ما قد انعقد صحيحاً" أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.194-195.

³ توفيق شندارلي، المرجع السابق، ص.193.

وفيه يكون الفسخ هو حل رابطة العقد أو حل ارتباط العقد، وبالنسبة للزواج فإنه يكون في الزواج الصحيح كما يكون في الزواج غير الصحيح، عكس البطلان الذي يكون فقط إذا كان العقد غير صحيح، وبالتالي يكون الفسخ إما مقترنا بالعقد أو مناقضا له ومثاله الفسخ بسبب خيار البلوغ أو الفسخ في حالة العقد على رشيدة بغير كفاء أو دون رضاها، وهذا الفسخ الذي ينقض العقد من أساسه وقد يكون الفسخ على العقد بعد صحته ولزومه كردة الزوج أو اتصال أحدهما بفروع الآخر وهو ما لا ينقض العقد من أصله.¹

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد تناول النوع الأول فقط من أسباب الفسخ وهي أسباب تطرأ عند تكوين العقد وهي حالات الزواج الفاسد، أما حالات الفسخ التي تطرأ على العقد بعد تكوينه صحيحة فإنه قد تناولها في مواطن متفرقة ولم ترد بمعنى الفسخ، وإنما نص عليها على النحو التالي: "عدم الوفاء بالشروط المقرنة بالعقد ورد بمعنى البطلان في م32 ق.أ، كما ورد من أسباب طلب التطليق مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد ضمن نص م53 بالرغم من أن المادتين جاءتتا غامضتين، إذ كان على المشرع أن يبين الشروط التي تتنافى ومقتضيات العقد والتي تؤدي إلى فسخ العقد والشروط التي تنافي أصل العقد والتي تؤدي إلى بطلانه، نفس الشيء بالنسبة لزواج المسلمة بغير مسلم فهل هي من موانع الزواج التالي تبطل العقد حسب نص م32 أم أنه يتم إعمال الفسخ والذي يتقرر إذا تخلف شرط من شروطه المذكورة في م9 ومن بين هذه الشروط نجد انعدام الموانع الشرعية للزواج.²

كما أن هذه الحالات يمكن أن تحصل عند تكوين العقد فإذا حدثت الردة بعد تمام العقد وتنفيذه، فكيف سيكون مصير العقد حينها وهو ما أغفل المشرع عن ذكره في هذه الحالة، وأما فيما يخص اللعان فإن المشرع الجزائري لم ينص عنه من باب التفريق بين الزوجين، بينما ورد لفظ اللعان في م138 ق.أ كمانع من موانع الميراث وورد بما يدل عليه في نفي النسب ضمن نص م41 ق.أ "ما لم ينفه بالطرق المشروعة" ويقصد اللعان في هذه الحالة، وعلى العموم فهو يأتي ليدل على الطلاق البائن الذي يوقعه الزوج، وهو في الحقيقة يكون كذلك استنادا لقول الله تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ٦ وَالْخَمِيسَةُ أَنَّ لَعَنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَذِبِينَ".³

¹ المصري مبروك، المرجع السابق، ص.44.

² جاء في قرار للمحكمة العليا أن: "عقد الزواج يعد باطلا بطلانا مطلقا لا يترتب عنه أي أثر حتى وإن تم الدخول بالزوجة لوجود مانع من موانع الزواج"، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2006/10/11، الملف رقم 371562، المذكور سابقا، ص.457.

³ سورة النور، الآية 6-7.

كما نص المشرع الجزائري على العيوب التي تطرأ بعد العقد كسبب لطلب التطليق، العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ولكن على المشرع تدارك ذلك وعدم اقتصره على المرأة فقط، فإن مثل هذه الحالات المذكورة كلها من المفروض أن يتم إدراجها تحت مسمى الفسخ¹، لأن بعض من هذه الحالات لا تقتصر على الزوجة فقد تكون من الزوج كما قد تكون من الزوجة، فهل إذا طلبها الزوج تعد فسخا أم طلاقا؟

في هذه الحالة قد اتفق فقهاء الحنفية على أن كل فرقة جاءت من طرف المرأة تكون فسخا، لأنها لا تمتلك ولاية الطلاق وأن كل فرقة جاءت من الزوج تعد طلاقا، فيما يرى آخرون بأنه يمكن للفرقة التي تصدر من الزوج أن تكون فسخا، وقد يسكت الزوج عن إيقاع الطلاق فيقوم القاضي بالفسخ دفعا للضرر، ولا يعد طلاقا في هذه الحالة فالتفريق الذي يقوم به القاضي يعد فسخا¹ وهو ما يثير إشكالية التفرقة بين الفسخ والطلاق، فقد يكون التفريق بين الزوجين فسخا للعقد كما يمكن أن يكون طلاقا، وأن الفسخ يكون قضائيا في الأصل ويكون ذلك في حالة جنون أحد الزوجين وعدم البلوغ لدى الحنفية وعدم الكفاءة، ونقصان المهر وفي مسائل لها علاقة باختلاف الدين وقد يكون غيره، وبالتالي لا يتوقف على تدخل القاضي وذلك في حالة فساد العقد في أصله كالزواج بغير شهود، وحرمة المصاهرة بين الزوجين، وردة الزوج بحسب الحنفية².

كما يرى الحنفية كذلك بأن التصرفات التي لا تقبل الفسخ هي تصرفات غير مالية كالطلاق والزواج والرجعة والإيلاء والظهار... إلخ، أما التصرفات التي تقبل الفسخ فهي المبادلات المالية حيث يعد فيها الاختيار شرطا للإنعقاد والرضا شرطا للصحة وينعقد العقد فاسدا بتخلف الرضا³.

وفي الأخير نقول بأن المشرع الجزائري اكتفى بذكر طريقتين لحل الرابطة الزوجية بعد قيام العقد صحيحا، ألا وهما: الوفاة والطلاق وذلك ضمن نص م 47 من ق.أ، وكان يجدر به أن يبين الحالات التي يكون فيها التفريق فسخا والحالات التي يكون فيها التفريق طلاقا، في حين أن المشرع المغربي قد تناول في كل من المادتين 141 وم 71 من مدونة الأسرة⁴ طرق حل الرابطة الزوجية في الكتاب الثاني تحت عنوان: انحلال ميثاق الزوجية وآثارها وذكر من بينها الوفاة، الطلاق التطليق، الخلع، الرجعة، الفسخ والبطلان، ولعل هذا التفصيل هو أحسن من الغموض والإبهام.

¹ المصري مبروك، المرجع السابق، ص. 59.

² علي كحلون، المرجع السابق، ص. 423.

³ كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج 3، المرجع السابق، ص. 444.

⁴ مدونة الأسرة المغربية، المذكورة سابقا، ص. 27-40.

كما قد انفرد المشرع التونسي عن المشرع الجزائري والمغربي بالنص في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية بأنه: "يحكم بالطلاق: - بناءً على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر - بناءً على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به ويقتضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين".

نخلص إلى أن الفسخ بمفهومه المدني هو نقض العقد من أساسه أما الطلاق فهو إنهاء العقد، فالطلاق لا يكون إلا في نكاح صحيح "لا طلاق إلا بنكاح"¹، أما الفسخ فهو غالباً يطرأ على العقود الفاسدة أو التي فيها خلل، كما أن هناك فرق بين الفسخ قبل الدخول والطلاق قبل الدخول فالأول لا يثبت للمرأة حقاً في المهر سواء كان مسمى أو غير مسمى، أما الثاني فيثبت للمرأة نصف المهر المسمى أو حقها في المتعة في حال عدم تسمية المهر، وهو ما ذهب إليه المالكية في التفرقة بين الطلاق والفسخ متجهاً إلى السبب فإن كان راجعاً لإرادة الزوجين فهو طلاق²، وإن كان راجع لغير إرادة الزوجين أو أحدهما كان فسخاً إما للقاضي وبسبب خلل في العقد³.

الفرع الثاني: نظريتي الفسخ والبطلان وآثارها على إنهاء عقد الزواج

إذا تخلف ركن الرضا في عقد الزواج أو شرط من شروط هذا الركن كان العقد منعماً، فهل يقصد بذلك أن الشروط المكونة لركن الرضا فهي أركان يقوم عليها الرضا بحد ذاته إذا تخلفت كان الرضا معدوماً وبالتالي، يعد العقد باطلاً ولا يترتب أي أثر من آثار الزواج الصحيح؟ كما يجب التفريق بين الزوجين سواء عن طريق البطلان أو الفسخ، في هذه الحالة البطلان لا يثير البطلان أي إشكالية إذ أنه يخضع لنفس الأحكام العامة في القانون المدني. أما الفسخ فإنه يتداخل مع مفهوم البطلان كما تم التطرق لذلك وتزداد الصعوبة أكثر إذا ما تم إسقاطه على عقد الزواج، فإن الأسباب التي توجب الفسخ مختلفة فبعضها يجعل العقد فاسداً وينشأ معيماً، يرد على عقد غير صحيح منعماً وهذا النوع الأول يقترب من نظرية البطلان، أما البعض الآخر من أسباب الفسخ تلحق العقد الصحيح فيصير غير صحيح يجب فسخه، وهذا النوع الثاني الذي يتعد عن البطلان ويقترب نوعاً ما من نظام الطلاق.

¹ "لا طلاق إلا بنكاح" هو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص. 197. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص. 160. محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص. 728. بخلاف الحنفية، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج 4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 273.

² الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص. 120. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص. 138.

³ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 19-20.

أولاً: نظرية البطلان في القانون المدني وآثارها على إنهاء عقد الزواج

المشرع الجزائري جاء متأثراً بأحكام نظرية البطلان وفقاً للقواعد العامة للقانون المدني، بالرغم من أن المحكمة العليا تحفظت في بعض قراراتها على تطبيق أحكام القانون المدني،¹ إلا أنه لا يأخذ مبدئياً بنظرية البطلان المطلق والبطلان النسبي في مادة الزواج أي أنه لا يمكن التمسك بها من قبل المعنيين وعلى المحكمة أن تبطله وجوباً، كما أنه أغفل التعرض لأهم صورة من صور البطلان الناتجة عن غلط في الشخص أو الإكراه،² واكتفى بالنص على بطلان الزواج إذا إختل ركن الرضا فقط ضمن نص م 1/33 من ق.أ، والزواج بإحدى المحرمات ووجود مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، والزواج دون السن القانوني وهو ما تم ذكره سابقاً.

ثانياً: نظرية الإنعدام في عقد الزواج قاعدة "الباطل شرعاً كالمعدوم":

تقتصر نظرية الإنعدام في عقد الزواج دون العقود الأخرى وهو ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية، بالإضافة لذلك فإن العقد في الشريعة الإسلامية يندرج من حيث تكوينه بمراتب متعددة، أولها الإنعقاد بتوافر شروطه وإلا كان باطلاً وهذا الأخير يعرفه فقهاء الشريعة بأنه ما ليس مشروعاً لا في أصله ولا في وصفه وهو بالتالي باطل بطلاناً مطلقاً، ويلي مرتبة الإنعقاد مرتبة النفاذ وهو الآخر له شرائط إذا لم تتوافر كان العقد موقوفاً وهو أقرب للبطلان بطلاناً نسبياً، ويلي مرتبة النفاذ مرتبة الصحة وهي الأخرى لها شرائط إن لم تتوافر كان العقد فاسداً والعقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله مختلاً في بعض أوصافه، كما قد يكون العقد الفاسد في الشريعة الإسلامية باطلاً بطلاناً مطلقاً وقد يكون باطلاً بطلاناً نسبياً إذ أنه المرتبة الوسط بينهما، ويلي مرتبة الصحة مرتبة اللزوم وهو العقد الذي لا يكون مرتبطاً بخيار التعيين أو خيار الشرط أو خيار العيب أو خيار الرؤية، وبالتالي فإن العقد الصحيح غير اللازم هو أقرب أن يكون عقداً معلقاً على شرط وهو يستثنى من نظرية البطلان، إذا فإن هذه النظرية يندرج ضمنها: الإنعقاد والنفاذ والصحة وهو رأي جمهور الفقهاء مع تفصيل لدى المذاهب.³

وهذا ما يتوافق مع التقسيم الثلاثي للبطلان بالنظرية التقليدية بالرغم من أن هناك انتقادات حول التقسيم الثلاثي للبطلان باعتبار أن البطلان المطلق يستوي مع العقد المنعدم إذ أنه لا وجود لهما قانوناً، ولا يمكن أن يتدرج

¹ المحكمة العليا، 1998/03/13، ملف رقم 179724، المذكور سابقاً، ص. 277. المحكمة العليا، 2000/02/22، ملف رقم 235367، المذكور سابقاً، ص. 275.

² عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11، تشريع الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، 2003، المجلد 40، ع 2، ص. 95.

³ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 373.

المنعدم إلى أشد انعدام من العقد الباطل بطلانا مطلقا، حتى وإن قيل أن العقد الباطل بطلانا مطلقا له وجود فعلي دون أن يكون له وجود قانوني فإن هذا الأمر ينطبق أيضا على العقد المنعدم،¹ غير أنه يجب التحفظ على تطبيق مصطلحات القانون لجانب المصطلحات الشرعية فقواعد كل منهما تختلف عن الآخر إختلافا جوهريا.²

ثالثا: نظرية الآثار الجوهرية والعرضية للعقد الباطل وآثارها على عقد الزواج بعد إنجائه

الزواج علاقة رسمية لا يمكن التلاعب بها وبما أنه يتصف بعنصر التأييد بالتالي فهو من العقود ذات الآثار المستمرة التي لا تنقضي بانقضائه سيما في الأحوال التي ينتج فيها أطفال بحيث تنتج آثار لا يمكن إغفالها، ومن الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل بإعتباره واقعة مادية الزواج غير الصحيح في الشريعة الإسلامية، فهو لا ينتج بعض الآثار الجوهرية كحل المتعة ووجوب النفقة والميراث، فيما ينتج بعض الآثار العرضية الأخرى كوجوب الإستبراء للإتصال الفعلي ووجوب المهر بعد الدخول بمثابة تعويض وثبوت النسب احتياطا، وسقوط الحد ولو مع العلم بالبطلان لمن يعتبرونه شبهة خلافا لرأي المالكية، وهذه الآثار لا تترتب على الزواج بإعتباره عقدا فهو باطل لا ينتج أثرا، ولكنها تترتب عليه بإعتباره واقعة مادية ومن الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل والتي انتهجها القانون الفرنسي كل من ثبوت البتوة الطبيعية ووجوب الإستبراء.³

إكتفى المشرع الجزائري بذكر الآثار العرضية للعقد الباطل خلال مدة تكوين العقد وإنجائه بالفسخ بحيث قد يحدث دخول بالزوجة، وبالتالي فإن هذه الواقعة من شأنها ترتيب آثار قانونية وشرعية رغم عدم صحة العقد لكن عبر عنه بالعقد الفاسد الذي يمكن أن ينقلب صحيحا إذا أمكن دفع سبب الفساد، عن طريق تصحيح العقد غير أنه استعمل لفظ "التثبيت" وهو ما يستشف من خلال نص م2/33 من ق.أ، وهو ما يثير الغموض حول فهم مقصود هذه المادة.⁴

إذ أنه في الغالب من الناحية العملية ومما هو متعارف عليه أنه يتم رفض دعوى الفسخ وبالأخص في حالة وجود أولاد لتلافي الضرر فالحكم بفسخ العقد يعني أن الزواج لم يحدث في الأساس، وفي معظم الدعاوى يرخص القاضي للزوج إيقاع الطلاق كون العصمة بيده كما للزوجة الحق في رفع دعوى الخلع، أما فسخ عقد الزواج فهو

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص.604-606.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع نفسه، ص.614-615.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص.496. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد ج2، المرجع السابق، ص.619.

⁴ توفيق شندالي، المرجع السابق، ص.3.

يعني إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل الزواج وكأن الزواج لم يحدث من الأساس وهذا ما لا يعقل،¹ ولعل ما يؤكد هذا التوجه فيما إذا تم مثلاً العقد بإحدى المحرمات المؤبدة فإن العقد باطل في هذه الحالة، فهل يتصور ذلك إذا ما تم وصف العقد بالفاسد وهو ما يصطلح عليه لدى الفقه الفاسد لعقده.²

تم التطرق فيما سبق إلى الآثار العرضية للعقد الباطل في القانون المدني، وتم ذكر نقطتين بمناسبة ذلك ومن بينها نظرية إنقاص العقد، وقد قلنا بأنه إذا كان الشرط الباطل هو الدافع للتعاقد يكون العقد باطلاً وإذا لم يكن هو الباعث الدافع للتعاقد كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً، وهو ما يمكن فهمه من خلال نص المادتين 32 و35 من ق.أ غير أنه كان على المشرع بيان ذلك، بحيث يذكر في م32 أن الشرط يكون هو الباعث الدافع للتعاقد، وفي م35 أن الشرط لم يكن هو الباعث الدافع للتعاقد.

في الأخير وبعد أن رأينا بأن الزواج الباطل يمكن أن ينتج آثاراً عرضية، فهل يمكن للزواج الباطل أن ينتج آثاراً جوهرية؟ هناك حالة واحدة يتم من خلالها تطبيق نظرية الآثار الجوهرية للعقد الباطل، وهذه الحالة هي الزواج الظني *Mariage putatif*: وهو زواج باطل إعتقد الزوجان أو أحدهما أنه صحيح واطمأن له، إذ أنه يشترط في هذا الزواج حسن نية الزوجين فإن هذا الزواج إلى جانب ترتيبه للآثار العرضية المتمثلة في وجوب الإستبراء والمهر بعد الدخول وسقوط الحد، فإنه يترتب آثاراً جوهرية من بينها حل المتعة ووجوب النفقة والميراث حماية لحسن النية وسعياً لإستقرار العلاقة الزوجية.³

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية

الأصل في الزواج التأييد والإستمرارية ما دام أنه محقق لمقاصده ومصلحه في بناء أسرة قائمة على رباط المودة والرحمة، لقوله تعالى: "وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ

¹ فسخ عقد الزواج أو بطلانه هو إجراء قانوني ظهر في الأنظمة القانونية العلمانية والدينية، لإعلان الزواج باطلاً محل الطلاق الذي يكون عادة بأثر رجعي، مما يعني أن الزواج المبطل يعتبر باطلاً من البداية، كما لو أن العقد لم يكن على الإطلاق أو أنه بطل منذ وقوعه، على الرغم من أن بعض القوانين الغربية تنص على أن الزواج لا يكون باطلاً إلا من تاريخ البطلان، كما هو الحال في م12 من قانون قضايا الزوجية لعام 1973 في إنجلترا وويلز، فيما لا تقر الكنيسة الرومانية الكاثوليكية بالطلاق عدا حالات خاصة إلا أنها لا تقر بالبطلان مطلقاً، راجع: نزيه نعيم شلالا، الطلاق وبطلان الزواج لدى الطوائف المسيحية، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2010، ص.3 وما يليها.

² طواهري محمد، المرجع السابق، ص.53.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص.641.

مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ¹، لكن قد يحتدم الخلاف وتنقلب المودة كرها والرحمة تعاسة ويزداد الشقاق وتتحول الحياة الزوجية من نعمة إلى نقمة، لذلك شرع الطلاق في الإسلام كآخر حل بعدما فشلت جميع طرق الإصلاح وتعسرت معه العشرة الزوجية، إلا أنه لا يمكن اللجوء إلى هذا الحق المأذون به شرعا إلا وفق مسوغات معقولة وضوابط وشروط تكفل عدم إستخدامه إلا للضرورة القصوى والحاجة الملحة إذ وصفه النبي ﷺ بأنه أبغض الحلال،² أما إذا لم يكن هناك داع له فإن باللجوء إليه يكون قد ناقض قصد الشارع وبالتالي تعسف في إستعمال ذلك الحق.

ومما سبق يمكن القول بأن التعسف في الحق يقصد به: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"، غير أن هناك بعض حالات الطلاق التعسفي التي لا يعود سببها للتعسف في الحق، وإنما في مجاوزة القيود الشرعية التي إشتراطها الإسلام في الطلاق وهو ما يتجسد من خلال الطلاق البدعي، والطلاق الثلاث بلفظ واحد وبما أن المشرع الجزائري لا يعترف بمأذنين النوعين من الطلاق، فلا يبقى أمامنا سوى الطلاق في مرض الموت ليحرم زوجته من الميراث، وهو الصورة التي من خلالها يتضح مفهوم الطلاق التعسفي في أنه يتبلور في قصد الإضرار.

المطلب الأول: مدى قيام المسؤولية المدنية عن انحلال الرابطة الزوجية

بعدما خلصنا إلى أن الطلاق والتطليق يشتركان في عنصر الضرر سواء المادي أو المعنوي إذ أن هذا الأخير في جميع الأحوال هو السبب الرئيسي الذي يستند إليه في طلب الطلاق وهو ما يؤدي لإدراج قواعد المسؤولية في مجال فك الرابطة الزوجية، وعندما نقول إنهاء العلاقة الزوجية فنحن بصدد إنهاء عقد فهل تقوم حينئذ عن مجرد الإنهاء ونحكم بالمسؤولية العقدية، خصوصا في حالة الإخلال بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والإخلال بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج؟ لأن الصورة الأقرب لقيام المسؤولية العقدية بالنسبة لانحلال الرابطة الزوجية هي حالة اشتراط الزوجة شروطا معينة في عقد الزواج وقام الزوج بالإخلال بها، أم أن المسؤولية المترتبة عن ضرر الطلاق تكون نتيجة الخطأ التقصيري؟

¹ سورة الروم، الآية 20.

² عن عبد الله ابن عمر روي عن النبي ﷺ أنه قال: أبغض الحلال إلى الله الطلاق"، وفي رواية أخرى "ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق"، يختلف فيه، سنن أبي داود، الإمام الحافظ، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، رقم 2177-2178، المرجع السابق، ص. 255. سنن ابن ماجه، الحديث رقم 2018، باب الطلاق، ط1، درر السلام، الرياض، المملكة العربية السعودية 1999، ص. 289.

يتم التفرقة في هذا الصدد بين الإلتزام بتحقيق نتيجة أو الإلتزام ببذل عناية فإذا نظرنا لحالة الهجر في المضجع مثلاً فهي إلتزام بتحقيق نتيجة فيقع على الدائن إثبات عدم تحقق النتيجة وهي المساكنة، أما الواجبات الأخرى فهي إلتزام ببذل عناية وفيها يجب على الدائن أن يثبت أن المدين لم يقوم ببذل العناية اللازمة للوفاء بالتزامه وفق معيار الرجل العادي، أم أنها تعد صورة من صور تعسف أحد الزوجين في استعمال حقه في إنهاء الرابطة الزوجية؟ إذ أنه في هذه الحالة يكون الخطأ مفترضا طالما لم يثبت أحد الزوجين مبرراً مشروعاً وجدياً لإنهاء الرابطة الزوجية، إضافة لافتراض الضرر المعنوي وأن الإلتزام القانوني دائماً يكون بذل عناية وليس تحقيق نتيجة.

الفرع الأول: عدم قيام المسؤولية مطلقاً لا تعويض عن مجرد الطلاق

نقصد هنا الطلاق بإرادة الزوج المنفردة فهو طلاق شرعي لكن قد تعثره الأحكام الخمسة من وجوب وكراهة وحرمة وإباحة واستحباب، حيث يباح عند الحاجة إليه ويكره في غير الحاجة ويحرم في الحيض والنفاس وواجب في الحلف وطلاق الحكمين لدى البعض إذا اشتد الشقاق ويستحب عند التفريط في الحقوق،¹ وهناك اختلاف في تعويض الضرر عند الطلاق بين من يرى بأن الطلاق الأصل فيه الإباحة وبالتالي عدم التعويض مطلقاً، وبين من يرى بأن الطلاق الأصل فيه الحظر وبالتالي قيام المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ التقصيري، وأخيراً الجمع بين الرأيين وإقامة المسؤولية التقصيرية على أساس التعسف في استعمال الحق وهو الراجح:²

الأصل مشروعية استعمال الإنسان حقه وعدم ترتيب أية مسؤولية على ذلك الإستعمال لأن الأصل فيه الإباحة وبما أن الفعل مباح فلا مسؤولية، استناداً لقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" إلا أن الشريعة الإسلامية قد رتبت جزاءات على من يتعسف في استعمال حقه، وذلك لأنه عندما شرع الله الحق ومنحه للإنسان فإنه مقابل ذلك أحاط استعماله بمجموعة من الضوابط والقيود تبيح له استعمال حقه في حدود الشرع، ومتى تبين خروجه عن نطاق الشرع بحيث لا يؤدي استعمال حقه سوى الإضرار بالطرف الآخر سواء كان الضرر مادي أو معنوي، يكون

¹ محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 528.

² الأصل في الطلاق أن يوصف بالكراهة فكل طلاق مكروه في ذاته رأي المالكية وهو الراجح، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق ص. 264. أما لدى الحنفية: كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج3، المرجع السابق، ص. 447-448. الإباحة للحاجة إلى الخلاص، أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ج5، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص. 5-9. وهو لدى الحنابلة الطلاق لغير حاجة مكروه، منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشف القناع عن متن الأقناع، ج4، المرجع السابق، ص. 205. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، المرجع السابق، ج4، ص. 425.

مناقضا لقصد الشارع والمناقضة في هذه الحالة تعد تعسفا، وفقا لما تقتضيه تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في قضايا شؤون الأسرة.¹

يرى أصحاب الرأي القائل بأنه لا تعويض للمطلقة عن الطلاق التعسفي كون الطلاق حق مباح للزوج يتصرف فيه كيفما شاء ولا يسأل عن سبب طلاقه، حتى وإن كان لسبب غير ظاهر أو غير مبرر أو حتى غير مشروع فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فإنما قد استعمل حقه الشرعي في ذلك، كما أن الزوجة كانت تعلم مسبقا بحق زوجها في الطلاق حال زواجهما فلا يجوز لها بعد ذلك أن تتظلم لمجرد أن الزوج قد استعمل حقه الشرعي، أما إذا سبب طلاقه ضرر للزوجة فإن ذلك راجع ليس لمجرد الطلاق وإنما يجب عليها أن تثبت بأنه قد قصد الإضرار لتكون أمام حالة التعسف في استعمال الحق، كما أنه في الشريعة الإسلامية لا نجد لهم قد عالجوا مسألة الضمان في هذه الحالة سوى الإقرار لها بمؤخر الصداق ونفقة العدة، فالحكم بالتعويض لا يقع على الطلاق مهما كان وبالتالي فليس كل مطلقة تستحق التعويض، وإنما يجب أن يكون هناك تعسف في استعمال الحق وتوافر جميع معايير المعروفة شرعا وقانونا وبخاصة قصد إلحاق الضرر بالزوجة، ويقصد بمعيار قصد الإضرار توجه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين فقط أي لا تتوافر نية أخرى سوى الإضرار.²

فيما يرى أصحاب الرأي القائل بأنه لا تعويض للمطلقة عن الطلاق التعسفي لأن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجة، والكراهة في الطلاق قد تؤدي للتحريم إن تم الإصرار عليه فلا يباح الطلاق حينها إلا لضرورة "والضرورات تقدر بقدرها"، فلا مسؤولية على من يستعمله ولا يمكن أن يوصف ذلك الحق بالتعسف وذلك لخروجه عن نطاق هذه النظرية التي تقوم في حالة كان الحق الأصل فيه أن يكون مشروعاً وبالتالي لا قيام للتعويض عن الطلاق،³ وأن القائلين بأنه لا تعويض عن الطلاق مطلقاً يرجعون ذلك للأسباب التالية:

- أن فرض التعويض على الزوج هو تقييد لحريته وإقرار بسلبه حقه الشرعي في العصمة الممنوحة له شرعا.
- أن البحث في الأسباب التي دعت الزوج لإيقاع الطلاق فيه كشف لأسرار البيوت وعيوب الزوجين، كما أن الزوج يمكن أن يرمي زوجته بإتهامات باطلة لنفي التعسف عنه.
- أنه إذا تم فرض التعويض عن أي طلاق فإنه يصبح لا وجود للطلاق الرجعي، حيث لا تستحق الزوجة المطلقة رجعيًا التعويض عن الطلاق التعسفي مادامت في العدة.

¹ المجلس الأعلى ، غ.أ.ش، 1986/04/07، الملف رقم 41560، م.ق، ع2، 1989، ص.69.

² جمال فخري محمد جاني، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص.163.

³ خالد بنمومن، المرجع السابق، ص.56-57.

يرى الأستاذ تشوار جيلالي بأن "الإرادة الفردية للزوج في حالة فسخ روابط الزواج تعفيه من تقديم العلل التي تمكنه من تأسيس الأسباب القانونية للطلاق"¹، وقال ابن عابدين: "وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر بمعنى أنه محظور إلا إذا وجد عارض يبيحه"²، وقال ابن تيمية: "لولا أن الحاجة داعية للطلاق لكان الدليل يقضي بتحريمه".

أما القائلين بأنه يجب التعويض عن الطلاق يرجعون ذلك للأسباب التالية:

- أن التعويض ليس فيه إرهاب للزوج أو إجبار له على حياة لا يرتضيها كون تقديره يكون بحسب وسعه وهو مؤقت وليس مدى الحياة.

- يمكن أن نقول بأن تعويض الزوجة عن الطلاق يقابل تعويض الزوج في الخلع.

وبعد نقد إباحة الطلاق وحظره تم ترجيح المبدأ القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر والكراهة إلا أنه يباح لحاجة معتبرة شرعا أي أنه يجمع بين الحظر والإباحة، وبالتالي قيام المسؤولية التقصيرية على أساس التعسف في استعمال الحق، يقول ابن عابدين في حاشيته: "وأما الطلاق فالأصل فيه الحظر بمعنى أنه محظور إلا إذا وجد عارض يبيحه والإباحة للحاجة إلى الخلاص، فإذا كان بلا سبب أو لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص فإنه يكون حمقا وسفاهة ومجرد إضرار"، ومع أن الطلاق يباح عند الحاجة إليه لوجود الأسباب الداعية إلى ذلك إلا أنه مبغوض ابتداءً لما فيه من أضرار ومفاسد تفوق المنافع والمصالح المراد تحصيلها عند الفراق،³ والطلاق لدى المشرع الجزائري مباح فقد أخذ بالرأي الراجح بالنظر إلى أنه ضرورة من خلال نص م52 من ق.أ.

الفرع الثاني: قيام المسؤولية العقدية عند إنهاء الرابطة الزوجية

من القواعد العامة في القانون المدني أنه لقيام المسؤولية العقدية يجب توافر الخطأ العقدي من جانب المدين ووجود عقد صحيح واجب التنفيذ ولم يقم المدين بتنفيذه ويكون عدم التنفيذ هذا راجع لخطئه، كما يحدث في حالة استحالة التنفيذ العيني يتم اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض وهو التنفيذ بمقابل، عندما يكون من غير الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المترتبة عن العقد عينا، يكون المدين في هذه الحالة مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للطرف الآخر نتيجة عدم الوفاء بالتزامات المترتبة عن العقد، إذ أن عدم تنفيذ الإلتزامات يترتب الدفع بعدم التنفيذ،⁴ طبقا لما نصت عليه م119 من ق.م: "إن لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار

¹ D. Tchouar, Op. Cit, P.175.

² ابن عابدين، رد المختار، ج3، المرجع السابق، ص.228.

³ جميل فخري محمد جنانم، منعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص.46-47.

⁴ عبد الفتاح تقي، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص.128.

المدين بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك "...، وطالما أننا بصدد الإخلال بالتزام تعاقدى وأن تعويض الأضرار الناتجة عن إنهاء عقد الزواج، إنما هو ناشئ عن إخلال أحد الزوجين بتنفيذ التزاماته المترتبة عن عقد الزواج كأن يخل بمهدف الزواج مثلاً فهل نكون في هذه الحالة أمام مسؤولية عقدية؟

جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه: "يجب نقض القرار إذا خالف أحكام م106 وم107 وم459 من ق.م والقصور في التسبب والتعليل، وذلك إذا خالف القرار نصوص الاتفاق المبرم بين المتعاقدين ونفذ الطرفان بعد التعاقد أحكام الصلح مع العلم أن الشريعة تقرر بالطلاق بمجرد النطق به".¹

كما أنه يمكن أن يفهم من خلال استقراء نص المادتين 51 و52 من مدونة الأسرة المغربية أنه هو الآخر قد أخذ بالمسؤولية العقدية عند إنهاء عقد الزواج عندما يخل أحد الزوجين بالحقوق والواجبات المتبادلة، فإن للطرف المتضرر الحق في مطالبة الطرف الآخر إما بتنفيذ التزامه وهو ما يعرف بالتنفيذ العيني أو المطالبة بالتعويض من خلال مسطرة الشقاق، وهو ما جاء في نصوص المواد من 94 إلى 97 من المدونة فإذا تعذر التنفيذ العيني نلجأ للتنفيذ بمقابل عملاً بقواعد الالتزامات والعقود، إذ أن الالتزامات المترتبة عن العلاقة الزوجية هي التزامات عقدية وهي التزامات ببذل عناية عدا المساكنة التي تعد إلتزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي فإن الإخلال بالالتزامات بشقيها يرتب المسؤولية العقدية،² بينما هناك من يرى بأنه لا مجال للحديث عن الخطأ التعاقدى وقيام المسؤولية العقدية في عقد الزواج، ونشير في هذا الصدد إلى أن الأخطاء التي يرتكبها الزوجين أثناء الحياة الزوجية وتكون سبباً في انحلال عقد الزواج وفك الرابطة الزوجية هي من قبيل الأخطاء العقدية، كما يندرج ضمن ذلك إخلال أحد الزوجين بالحقوق والواجبات المتبادلة فالإخلال بواجب المساكنة ونشوز أحد الزوجين يعد خطأ عقدياً في هذه الحالة.³

كما أنه يشترط لقيام المسؤولية العقدية قيام عقد وبقاؤه وحدوث الإخلال أثناء سريانه صحيحاً، أما إذا طالب المتعاقد فسخ العقد والحكم له بالتعويض بسبب تعذر أو استحالة تنفيذ العقد عندها يتطلب التنفيذ تدخلاً شخصياً من المدين، أو كان الحق محل العقد قد خرج من ملكية المدين فعندما تقضي المحكمة بالفسخ تكون قد أهدرت العقد وأصبح كأن لم يكن فلا يجوز الرجوع إليه باعتباره تصرفاً قانونياً عند القضاء بالتعويض، وإنما يتم ذلك

¹ قرار المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1982/02/08، ملف رقم 26766، م.ق، ع.خ، 1982، ص.266. قرار المجلس الأعلى غ.أ.ش، 1984/12/03، ملف رقم 35026، غير منشور. أشار إليهم: بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.202.

² خالد بنمومن، المرجع السابق، ص.191.

³ سعيد سميرة، المرجع السابق، ص.27.

باعتباره واقعة مادية دالة على تقصير من المدين، وبالتالي القضاء بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية، فتخضع مسؤولية المدين بعد صدور الحكم النهائي بالفسخ لأحكام المسؤولية التقصيرية خاصة ما تعلق منها بالتقادم،¹ بخلاف القضاء المغربي الذي قضى في القرار الصادر عن محكمة الإستئناف بالجديدة بأن: "الأساس القانوني في المطالبة بتعويض ضرر الطلاق للشقاق هو الخطأ التقصيري، الناتج عن الإخلال بالتزامات قانونية مفروضة على الزوجين غايتها المحافظة على دوام إستقرار العلاقة الزوجية...".²

كما يرى الفقه التونسي أن المسؤولية المترتبة عن ضرر الطلاق مسؤولية عقدية إذ أن الضرر في هذه الحالة إنما يكون نتيجة فسخ عقد، استنادا في ذلك لنص م 4/31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية فالخطأ العقدي هو أساس التعويض عن الضرر في الطلاق، كما استند الفقه التونسي خلال تكييفه للمسؤولية المنجزة عن الضرر الحاصل من إنشاء الطلاق على أنها مسؤولية عقدية، بينما التعسف في استعمال الحق الوارد في الباب الثالث من مجلة الإلتزامات والعقود جاء بعنوان "الإلتزامات الناشئة عن الجرح وما ينزل منزلتها"، إذ أنه يمكن أن يكون الخطأ الناتج عن الإخلال بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين ذو طابع إجرامي ومن ذلك العنف والإيذاء بالضرب أو الجرح، الخيانة الزوجية والإهمال العائلي، أو ارتكاب بعض الجرائم كاستهلاك وترويج المخدرات أو المسكرات، فهي كلها جرح أو ما ينزل منزلتها ترتكب من طرف الزوج أو الزوجة وتشكل خطأ تقصيريا يوجب التعويض.

وقد استقرت جل قرارات القضاء التونسي على أن المسؤولية عن تعويض ضرر الطلاق هو الخطأ التقصيري ومن ذلك قرار محكمة التعقيب التونسية حيث جاء فيه: "أن القضاء بغرامة الطلاق المنصوص عليها في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، يجب مراعاة ما يقتضيه الفصل 82 من مجلة الإلتزامات والعقود"، وفي قرار لمحكمة الإستئناف بسوسة والذي جاء فيه: "أنه يجب للقضاء بالتعويض عن ضرر الطلاق توافر قصد الإضرار أو الخطأ التقصيري تطبيقا لأحكام الفصلين 82 و 83 من مجلة الإلتزامات والعقود".³

نخلص لنتيجة مفادها بأن أساس التعويض عن الضرر الناشئ عن الطلاق أو التطبيق هو الخطأ التقصيري وهو ما سار عليه كل من القضاء التونسي والقضاء المغربي.

¹ أنور طلبة، إنحلال العقود، الفسخ التماسخ الإنفساخ استحالة التنفيذ، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر 2004، ص.68.

² قرار محكمة الإستئناف بالجديدة الصادر بتاريخ 2006/12/12. أشار إليه خالد بنمومن، المرجع السابق، ص.192.

³ قرار محكمة التعقيب التونسية الصادر بتاريخ 1973/05/22، رقم 8824، قرار لمحكمة الإستئناف بسوسة الصادر بتاريخ 1990/06/27، راجع محمد تركي، الضرر في الطلاق، ص.143 ومايليها. أشار إليهم: خالد بنمومن، المرجع السابق، ص.190.

الفرع الثالث: التعويض بين ثبوت الزوجية القائمة وإلحاق الضرر بالطرف الآخر أي بين المسؤولية العقدية والتقصيرية:

إن الحديث عن تعويض الزوجة عن الطلاق التعسفي لا يكون إلا إذا كانت الزوجية قائمة فعليا، وتكون الزوجية كذلك إذا ما تحققت بالدخول وليس مجرد العقد فلا تعويض عن طلاق تعسفي إلا بتمام الدخول، وأن التعويض الذي يحكم به قبل الدخول إنما هو من قبيل التعويض عن الضرر المعنوي وليس التعويض عن الطلاق التعسفي،¹ حيث يعتبر الضرر المعنوي مفترضا في هذه الحالة يتحقق بمجرد الحكم بالطلاق على عكس الضرر المادي الذي يجب على الزوجة إثباته، كما أن التعويض في هذه الحالة قد يكون مقابل تفويت فرصة، وهو ما جاء في الإجتهد القضائي للمحكمة العليا على أنه: "من المقرر قانونا أن الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومتى تبين من قضية الحال بأن عدم إتمام إجراءات الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالزوجة فإن القضاء بطلاق الزوجة قبل الدخول والقضاء بتعويضها قد طبقوا صحيح القانون"،² وجاء في قرار آخر أنه: "يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها".³

فيما يبقى السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد لماذا يتم اشتراط الزوجية القائمة فعليا مادام أنه أخرجها القضاء من دائرة نص المادة 124 من ق.م.؟ إذ أن أي ضرر يمكن أن يصيب الشخص من جراء خطأ الشخص الآخر يتم المطالبة على أساسه بالتعويض بناء على المسؤولية التقصيرية، حتى وإن لم يوجد بينهما عقداً أي وجوب المسؤولية عن مجرد إنهاء الرابطة الزوجية، غير أنه لا يمكن تصور الخطأ المفترض في المسؤولية التقصيرية ذلك أنه يكون واجب الإثبات كما أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار جسامه الخطأ في تحديد المسؤولية التقصيرية وفرض التعويض.

جاء في عديد قرارات المجلس الأعلى المغربي أحقية الزوجة غير المدخول بها في طلب التطليق للضرر معللا في ذلك قضاءه بكثرة النزاعات الناشئة بين الطرفين قبل الدخول، مما لا يسمح بوجود علاقة زوجية مبنية على الترابط والتماسك الشرعي، كما يلاحظ على مستوى محاكم الموضوع أن تعويض الزوجة غير متوقف على شرط الدخول بها، فقد قضى قسم قضاء الأسرة ببركان في حكم له بتطليق المدعية طليقة بالضرر، وإلزام المدعى عليه

¹ باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.87.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1999/03/16، ملف رقم 216865، م.ق، ع.خ، 2001، ص.256.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2006/11/15، الملف رقم 372290، م.ق، ع.1، 2007، ص.487.

بدفع تعويض قيمته 5000 درهم إضافة لنصف الصداق المقدّر بـ 6000 درهم،¹ نخلص إلى أن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في التعويض في إطار التطبيق للضرر يستقيم معها، نظراً لأن طبيعة هذا الضرر تتلاءم مع خصوصيات المسؤولية التقصيرية القائمة على الفعل الضار الذي يتسبب فيه الشخص وفق الإضرار بغيره عمداً أو عن طريق الخطأ، ويتمثل هذا الضرر فيما يرتكبه الزوج من أفعال ضارة بزوجه تدفعها لطلب التطبيق سواء كان ذلك الضرر مادي أو معنوي.²

الفرع الرابع: قيام المسؤولية التقصيرية عن انحلال الرابطة الزوجية

عادة ما يكون هذا الإلزام منصبا على مال وتنشأ بمناسبة المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بواجب قانوني مقتضاه عدم الإضرار بالغير فهو يعتبر مصدرا للإلتزام، وتترتب على وقوع عمل ضار يصحح بها الشخص مسؤولاً قبل الشخص الآخر دون أن يكون بينهم علاقة عقدية مسبقة،³ إذ أن المضرور في المسؤولية التقصيرية لا تربطه بالمتسبب في الضرر أي إلتزام تعاقدية، بناءً على ذلك فإن المسؤولية الناتجة عن إنهاء العقد لا يمكن أن تكون إلا تقصيرية لأن العقد قد انقضى، ويعتبر الخطأ حينها مفترضا في المسؤولية القائمة عند انحلال الرابطة الزوجية خطأ مفترضا افتراضا لا يقبل إثبات العكس، إذ أن شرط الإثبات لا يقع على الزوجة بل يكفي أن يقع الطلاق من الزوج دون مبرر شرعي لتقوم في حقه المسؤولية التقصيرية الموجبة للتعويض.

وهو ما تضمنته نصوص المواد 70 و 84 من مدونة الأسرة التي تلزم المحكمة بالبحث عن أسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه،⁴ بينما لا يمكن إفتراض التعسف لدى المشرع الجزائري ما دام أن الطلاق لا بد أن يمر بعدة جلسات للصلح من باب الإجراءات عملا بأحكام م 49 من ق.أ، مما يسمح للقاضي بالإطلاع على الأسباب والمبررات الحقيقية التي دعت الزوج للطلاق، كما يكون الخطأ مفترضا كذلك إذا عجز الزوج عن إثبات سبب الطلاق وبالتالي يعد متعسفا في استعمال حقه.⁵

¹ قرار المجلس الأعلى المغربي، 1986/07/01، دون رقم، ع 970. وفي قرار آخر 1994/05/31، ملف رقم 91/575 ع 674، حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة، المحكمة الابتدائية ببركان 2004/09/09، الملف رقم 282، ع 995، غير منشور أشار إليهم: موحى أسيدي اعمر، المرجع السابق، ص. 291.

² موحى أسيدي اعمر، المرجع نفسه، ص. 289.

³ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص. 52.

⁴ إدريس الفاخوري، تعويض المضرور في العلاقات الأسرية، المرجع السابق، ص. 39.

⁵ خالد بنموين، المرجع السابق، ص. 195 وما يليها.

كما أنه لا يمكن إلزام الزوج أو الزوجة بتقديم مبرر لطلب الطلاق ماعدا حالات التطليق التي تكون فيها الزوجة ملزمة بإثبات الضرر، ومن جانب الزوج نستثني الطلاق التعسفي الذي يكون نتيجة الإخلال بالقيود الشرعية في الشريعة الإسلامية أو يكون قصد الإضرار بالزوجة ومثال ذلك طلاق المريض مرض الموت، فيما عدا ذلك فإن أي طلاق يعد حقا مطلقا يتصرف فيه أي طرف كيفما شاء دون قيد أو شرط، وبالتالي لا يجوز الحكم بالتعسف في استعمال الحق عن مجرد الطلاق أو عن الطلاق غير المبرر، وبالتالي فهو واجب الإثبات فيما يتعلق بالإخلال بالالتزامات الناجمة عن عقد الزواج فيما يعد مفترضا في حالة تعسف أحد الزوجين في استعمال حقه في الطلاق هذا بالنسبة لركن الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية.

أما بالنسبة لركن الضرر فإن هناك من يرى بأن الضرر الموجب للتعويض عند إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق يكون مفترضا لا يلزم الطرف المتضرر بإثباته، ومن ذلك نجد الفقه والقضاء المغربي وما قضت به محكمة النقض في قرار لها بأنه: "متى ثبت بأن الزوج طلب الطلاق عندما رفضت الزوجة أن تمنح له تصريح بالتعدد، وبالتالي كيفت المحكمة ذلك بأنه تعسف من الزوج لوجود عشرة طويلة وإنجاب ستة أطفال ويتحمل بذلك المسؤولية الكاملة في إنهاء الرابطة الزوجية إضافة للتعويض لجبر الضرر اللاحق بالزوجة جراء ذلك"،¹ فهل أن ركن الضرر لقيام المسؤولية التقصيرية عند إنهاء الرابطة الزوجية هو ضرر مفترض خلافا للنظرية العامة في القانون المدني؟

يرى البعض أن الضرر الناجم عن الطلاق يكون مفترضا خلافا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية إذا تضررت الزوجة ضررا ماديا أو معنويا، أما إذا كان المتضرر هو الزوج فإن الضرر لا يكون مفترضا وإنما يجب عليه إثباته باستثناء الضرر المعنوي، ونشير هنا إلى أن طلب التطليق من الزوجة والتعويض عنه بناءً على المسؤولية العقدية يكون بسبب الإخلال بالالتزام لا بسبب وقوع الضرر، فإذا اشترطت مثلا على زوجها عدم التعدد ثم أخل الزوج بذلك الإلتزام اعتبر الضرر مفترضا في حقها بمجرد إخلاله بشروطه.²

المطلب الثاني: أساس المسؤولية التقصيرية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية

فيما يتعلق بالتعويض الناتج عن الفسخ بسبب التدليس والتطليق للضرر والطلاق التعسفي، إذ أنه يحكم بالتعويض في المواد الأسرية المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية في الحالات التالية:

- إذا تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق

¹ محكمة النقض المغربية، 2007/01/17، ملف رقم 2006/1/2/247، ع47، غير منشور. أشار إليه: خالد بنمومن، المرجع نفسه، ص.198.

² سعيد سميرة، المرجع السابق، ص.28-29.

- إذا أثبتت الزوجة قيام الضرر في حالات التطليق للضرر

- في حالة التدليس والإكراه إذا كان هو الباعث لقبول الزواج

قلنا فيما سبق بأن الأصل في الطلاق الحظر ما يجعله يخضع لنظرية الخطأ التقصيري استنادا لنص م124 ق.م، لأن الفعل يكون غير مشروع بحسب الأصل أما الفعل في التعسف في استعمال الحق فهو مباح، كما نصت م94 من ق.إ.ع المغربي بأنه: "لا محل للمسؤولية المدنية إن فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله..."، وكون الطلاق محظور شرعا بحسب الأصل وأن الأصل في التعسف أن يكون الحق المتعسف في استعماله مشروع في الأصل وأنه باستعماله إنما قصد الإضرار بالغير، أما بالنسبة لمن أثبتوا بأن الطلاق حق للزوج فإنه مادام أنه كذلك فإنه مقيد بعدم إساءة استعماله،¹ وبالتالي الاختلاف الذي يثار بهذا الشأن مادام أن انحلال الرابطة الزوجية تقوم على المسؤولية التقصيرية، فعلى أي أساس تكون هذه الأخيرة هل على أساس التعسف في استعمال الحق أم على أساس الخطأ التقصيري؟

الفرع الأول: أساس المسؤولية التقصيرية القائمة عن الطلاق التعسفي

رأينا في الفصل السابق من خلال دراستنا للطلاق التعسفي بأنه لا وجود للطلاق غير المبرر في الشريعة الإسلامية للحكم على الطلاق بالتعسف من غير حالتي الطلاق في مرض الموت ليحرم زوجته من الميراث أو الطلاق البدعي لعدم ثبوت الدخول بالزوجة واستبانة حملها، وبالتالي فإنه في هذين الحالتين يظهر قصد الإضرار بالزوجة جلبا ومن غير ذلك فإن الزوج إنما يستعمل حقه الشرعي والقانوني، وبالتالي ليس كل طلاق تعسفي يوجب التعويض وتم الوصول لنتيجة مفادها أن إيقاع الزوج للطلاق هو حق إرادي من خلال الفصل السابق، وأن التعسف في استعمال ذلك الحق يترتب التعويض وبالتالي تحديد أساس المسؤولية التقصيرية القائمة في الطلاق التعسفي.

ولماذا قلنا بأن المسؤولية قائمة على أساس التعسف في استعمال الحق وتطبق عليها أحكام م124 مكرر من ق.م؟ ولماذا لم نقل بأن المسؤولية القائمة في هذه الحالة تعاقدية مادام أن هناك عقد؟ ولماذا حكمنا على المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة بأنها تعسف في استعمال الحق بالرغم من انتقادنا لها فيما يتعلق بالخطبة؟

لقد رأينا سابقا بأن الخطبة هي مرحلة سابقة على التعاقد وأن الحق الممنوح لأحد الخاطبين في تلك المرحلة هو العدول عن الخطبة وهو حق مشروع في الأصل، بخلاف الطلاق الذي يعد فعل غير مشروع لأن الأصل فيه الحظر كما رأينا وأنه يجب أن يكون مقيدا بمشروعيته أي بما شرع لأجله، عكس العدول عن الخطبة فهو حق مشروع

¹ خالد بنمومن، المرجع السابق، ص.61.

في الأصل مطلقا تحقيقا لمبدأ الحرية في التعاقد، لذلك قلنا بأن المسؤولية في الطلاق التعسفي تقوم على أساس التعسف في استعمال الحق، فيما لا يمكن تفعيل المسؤولية في العدول عن الخطبة على أساس التعسف في استعمال الحق، ظهرت في هذا الشأن آراء مختلفة حول التعويض في حالة إنهاء الرابطة الزوجية إلى ثلاث آراء: البعض يستند لقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان ومعنى ذلك أنه لا يعتبر العمل غير مشروع إذا استعمل الشخص حقه استعمالا يبيحه القانون، فيما يرى البعض الآخر بأنه مادام الزوج قد استعمل حقه الشرعي في الطلاق لا يجب عليه التعويض مطلقا، لأنه إنما استعمل حقا من حقوقه المخولة له شرعا وهم من يعتبرون بأن الأصل في الطلاق الإباحة، وأخيرا هناك في من يرى بأن الأصل في الطلاق الإباحة ومن يرى بأن الأصل في الطلاق الحظر.¹

ومن يرى بأن الأصل في الطلاق الحظر وهو قول بعض من المذاهب الفقهية والأصح حظره إلا الحاجة حيث يقول ابن تيمية في هذا الصدد: "الأصل في الطلاق الحظر وإنما أبيع منه قدر الحاجة"،² وبالتالي ليس هناك تعسف في الطلاق إذا كان الأصل في الطلاق الإباحة، أما إذا طلق الرجل زوجته وكان ذلك بغير مبرر مشروع فإن ذلك يعد تعسفا استنادا إلى أن الأصل في الطلاق الحظر، وأن الطلاق لغير مبرر مشروع يترتب عليه ضرر معنوي الذي يوجب على الزوج تمتيع المطلقة مهما كانت، حيث أن هذا النوع من الضرر تشترك فيه جميع المطلقات جبرا لحاظها، ويمكن أن يدفع عنه ذلك بتقديم المبرر الشرعي والقانوني لطلاقه، وحسنا ما فعل المشرع الجزائري عندما لم ينص على الضرر المعنوي لجانب الضرر المادي في الطلاق مثلما فعل بالنسبة للخطبة، ذلك أن الضرر المعنوي مفترض في الطلاق ويستحق تمتيع المطلقة، وتختلف المتعة عن التعويض من ناحية تقديرها بحسب عسر أو يسر الطرفين وليس بحسب جسامته الضرر، جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر اللاحق بها من طلاق غير مبرر"،³ أي أن الطلاق غير المبرر ليس طلاقا تعسفيا وأن الضرر المترتب عنه إنما هو ضرر معنوي مفترض.

جاء في نصوص المواد 52، 53، 55 ... بأن التعويض يكون في حالة وجود الضرر وبالتالي فإن الطلاق بغير مبرر لا يلزم التعويض إن لم يكن قد سبب ضررا، غير أنه في الحياة العملية يتم الحكم بالتعويض لمجرد الطلاق بغير مبرر واعتبار ذلك طلاقا تعسفيا، ورأينا سابقا بأنه لا يمكن إلزام الزوج على تبرير طلاقه كونه حق أصيل له يستعمله كيفما شاء، مثلما هو الحال بالنسبة للخلع الممنوح للمرأة لا يمكن مساءلتها عن أسباب طلب الخلع غير

¹ عمر زودة، المرجع السابق، ص. 26.

² محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 179.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/01/27، الملف رقم 39731، المذكور سابقا.

أنها بالمقابل ملزمة بدفع بدل الخلع، جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أن إصرار الزوج على الطلاق رغم رفض الزوجة له يجعله متعسفا في استعمال حق العصمة، مما يلزمه بالتعويض عن الأضرار اللاحق بالزوجة من جراء ذلك عملا بأحكام م124 مكرر من ق.أ المتعلقة بمبدأ التعسف في استعمال الحق،¹ وفي هذه الحالة يتأكد التعسف في استعمال الحق بتحقيق عنصر قصد الإضرار، فالأصل أن يكون الزوج متعسفا وعليه أن يثبت خلاف ذلك على عكس ما رأيناه بالنسبة للعدول عن الخطبة التي ينتفي فيها في بعض الأحيان قصد الإضرار ومع ذلك يتم مساءلة المتسبب في الضرر.

هناك من يعتبر أن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق ذو طبيعة خاصة وهو يختلف عن ذلك الحكم المنصوص عليه في القانون المدني وبالتالي لا مسؤولية على الزوج مطلقا عن مجرد الطلاق، مع الإحتفاظ للزوجة بحقوقها في التعويض بدعوى مستقلة تثبت من خلالها الضرر اللاحق بها استنادا إما لنص م124 أو بمفهوم نص م124 مكرر إذا ثبت التعسف في استعمال الحق،² وهو ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء فيه: "أن القضاء بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق".³

فيما يرى البعض الآخر بأن دعوى المسؤولية المدنية المثارة بشأن إنهاء الرابطة الزوجية لا يمكن أن تكون دعوى مستقلة بل يتعين تقديمها بمناسبة دعوى التطليق أو الطلاق، غير أنه لا مانع من إقامة دعوى المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار الطلاق أو التطليق، كدعوى مستقلة بعد انتهاء العلاقة الزوجية في حالة وجود الأضرار مصاحبة للطلاق وليست ناتجة عنه مباشرة إذ أن هذه الدعوى يكون أساسها المسؤولية التقصيرية كما أنه لا وجود لنص قانوني يمنع ذلك،⁴ إلا أن ذلك قد يكون محدد بمدة زمنية معينة بالرجوع للقواعد العامة للقانون المدني.

وحتى نقول بأن هناك مسؤولية عن الطلاق غير المبرر يجب إخراجها من دائرة الحق الأصيل الممنوح للزوج إذ أنه لا يمكن أن نعتبره متعسفا لمجرد أنه لم يقدم تبريرا لاستعماله لحقه، حيث يرى في هذا الصدد الأستاذ باديس دياي بأن نظرية الحق في الطلاق تختلف عن تلك المطبقة في ق.م إذ أنه يجب على الزوج في إطار قانون الأسرة أن يقدم تبريرا شرعيا عن إرادته في الطلاق كون تعسف الزوج يعد مفترضا، وبالتالي فإن مسألة الإثبات في إيجاد التعسف تقع على الطرف المتضرر بينما في الطلاق فإن الزوج عند استعماله لحقه يتصور أنه متعسف.

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/04/07، رقم 41560، المذكور سابقا.

² باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.22-23.

³ المحكمة العليا، 2000/02/22، ملف رقم 235367، المذكور سابقا، ص.275.

⁴ خالد بنمو، المرجع السابق، ص.202.

وبالتالي فإن قاعدة الإثبات تختلف في هذه الحالة ويصبح عبء الإثبات يقع على الزوج وليس على الزوجة،¹ أي أن يبرر طلبه الرامي للطلاق وإلا اعتبر ذلك دليلاً على نيته في إلحاق الضرر بالزوجة، جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأن: "التعويض والنفقة المحكوم بهما تكون ناتجة عن تحمل الزوج مسؤولية الطلاق، وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير"، وهذا القرار قد صدر عندما كان ينظر للتعسف على أنه مستقل عن المسؤولية التقصيرية،² وقد اختلفت التشريعات الوضعية فيما يخص الآثار المترتبة عن الطلاق التعسفي فيمن اعتبره يقوم على أساس التعسف في استعمال الحق، ومن ثم يترتب المسؤولية التقصيرية وأداء التعويض لفائدة المطلقة المتضررة بناءً على ذلك وهو ما جاء في نص المادة 52 من ق.أ.

الفرع الثاني: التعويض في حالة نشوز أحد الزوجين

لقد حددت م36 من ق.أ الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وقد تمت إضافة أربع حالات بموجب التعديل،³ وبخلاف المشرع المغربي فإن المشرع الجزائري لم ينص عن مسألة الإخلال بالواجبات المتبادلة، فيما نصت م52 من المدونة بأنه: "عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المتبادلة يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق..."، وبالتالي فإن المشرع المغربي قد تبنى مبدأ معروفاً في إطار القانون المدني وهو مبدأ الإلزام على تنفيذ العقد، غير أنه لم ينص على مبدأ آخر يتمثل في التعويض عن الضرر في حالة الإخلال بتنفيذ هذا الإلتزام وهو المبدأ المعروف كذلك لدى جميع التشريعات العربية تحت قاعدة "الإلتزام بعمل يتحول عند عدم الوفاء إلى تعويض"، وماعدا ذلك فلا يمكن إعمال قواعد المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بالإلتزامات.⁴

وبالتالي فإن الزوج المتضرر من عدم تنفيذ الطرف الآخر لإلتزاماته المفروضة عليه بمقتضى عقد الزواج، لا يحق له المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به وإنما يمكنه فقط المطالبة بتنفيذ تلك الإلتزامات، وإذا تعذر عليه تنفيذها فيمكن للزوج المتضرر اللجوء لطلب إنهاء الرابطة الزوجية وبالموازاة لذلك مطالبته بالتعويض الذي أصابه من جراء ذلك، فالقاضي يتولى إنزال العقوبة في حالة نشوز الزوج أو أشد من ذلك كالحبس مثلاً أو الغرامة المالية إذا

¹ باديس ذيايي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.26.

² المحكمة العليا، 2000/02/22، ملف رقم 235367، المذكور سابقاً، ص 275.

³ عدلت بالأمر رقم 05-02 المذكور سابقاً، حررت في ظل القانون رقم 84-11 كما يلي: "يجب على الزوجين:

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة - التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم - المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسن والمعروف".

⁴ خالد بنمومن، المرجع السابق، ص.229.

رأى ذلك بعد عدة محاولات صلح قبل الوصول للتفريق بين الزوجين بسبب الضرر، ولعل النشوز من أكثر الأضرار المعنوية التي تؤدي للخصام بين الزوجين.¹

بينما يكمن النشوز عادة في عدم تنفيذ الإلتزامات الواجبة على الزوجين عند قيام العلاقة الزوجية، وإضافة لذلك فإن النشوز قد يكون من الزوج كما قد يكون من الزوجة كما رأينا، كما أن الطلاق للنشوز يندرج تحت الضرر الذي يخول الزوجة متى أثبتت ذلك الحق في طلب التطلق وكذا المطالبة بالتعويض، حيث جاء في م55 ق.أ ما نصه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، حيث قرر القانون الجزائري التعويض للزوجين حال حكم القاضي بالطلاق لنشوز أحد الزوجين عملاً بالمذهب المالكي.²

غير أنه ما يفهم من نص المادتين 53 مكرر وم55 بأن التعسف يكون متعلقاً بالزوج دون الزوجة فيما يعد النشوز مشتتلاً على كليهما، وقد أشرنا إلى أن المشرع قد أغفل حالة تعسف الزوجة في طلاق التفويض والتعسف في استعمال حق الخلع، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون"،³ مادام أن النشوز يتصور من جهة الزوجة أما من جهة الزوج فإنه يتصور التعسف، فيما رفض القضاء المغربي التعويض مادامت الزوجية قائمة في حالة نشوز الزوجة التي حكم عليها بالرجوع للبيت الزوجية وامتنعت عن ذلك، وقد تم تسبب ذلك الحكم بأن الجزاء الوحيد المقرر هو إيقاف نفقة الزوجة الناشز طبقاً لنص الفصل 123 من المدونة.⁴

الفرع الثالث: التعويض في حالة التطلق للضرر

وهو يشمل التعويض عن جميع حالات التطلق المنصوص عليها في م53 من ق.أ كما رأينا سابقاً، فإن كل فرقة سواء كانت طلاقاً من طرف الزوج أو خلعا من الزوجة أو تطلقاً من القاضي فلا بد أن يقتصر فيها على ما يحقق المصلحة ويدراً الضرر ما أمكن، وقد خص المشرع حالة التطلق للضرر ضمن نص م53 مكرر حيث جاء فيها ما نصه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وبالتالي فالسلطة التقديرية تكون مطلقة للقاضي في تحديد التعويض المستحق بسبب الضرر أو التعسف في طلب الطلاق إذا رغب الزوج في إنشائه دون سبب، فإنه يحكم بالتعويض وهو عبارة عن مرتب مالي يدفع من طرف الزوج شهرياً

¹ أحمد محمد المومني واسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص.110.

² الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.20.

³ المحكمة العليا، غ.أ ش، 17/ 11/ 1998، ملف رقم 210451، المذكور سابقاً، ص.252.

⁴ خالد بنمومن، المرجع السابق، ص.234.

ابتداءً من تاريخ النطق بالطلاق من طرف القاضي لغاية انقضاء العدة أي 3 أشهر، ونكون هنا بصدد تعويض عن الضرر المادي ما لم تختار الزوجة التعويض لها عن الضرر المادي دفعة واحدة، حسب ما جاء في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية المذكورة سابقاً.¹

خصوصاً في حالة الضرر الناجم عن ارتكاب ما أسماها المشرع بجرائم مخلة بشرف الأسرة، فقد ورد بأنه لا مانع للطرف المتضرر رفع دعوى تعويض مستقلة أو أن تكون تبعية للمتابعة الجنائية، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه: "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعاً التي تستوجب التطبيق دون اشتراط صدور حكم جزائي"²، وأن إثبات الضرر يكون من طرف الزوجة بناءً على المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بموجب م124 من ق.م لتوافر جميع عناصرها الخطأ الضرر وعلاقة السببية، فالزوجة التي أصيبت بضرر عليها أن تثبت ذلك الضرر أنه كان من فعل الغير، وأما الشهادة الطبية إنما هي قرينة على تأكيد الضرر فهي لا تثبت الخطأ، فقد يكون الضرر مادياً كأن يصيب الجسد كاستعمال العنف أو الضرب أو الإيذاء أو إكراه الزوجة على فعل ما حرم الله، كما قد يكون الضرر معنوي من قبيل السلوك المشين أو المخل بالحياء والأخلاق، وبالتالي يسيء للزوجة في نفسها وشرفها وقد تستفحل الأمراض في بعض الأحيان إلى أمراض عصبية أو خلل عقلي، وتبقى السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في تحديد مدى جسامته الضرر غير العادي الذي يشكل سلوكاً شاذاً المرتكب من طرف الزوج.³

وقد جاء في إحدى قرارات محكمة الإستئناف التونسية أنه: "إذا تسبب أحد الزوجين بتصرفاته في ضرر الآخر عليه حينئذ جبر ذلك الضرر استناداً للقاعدة العامة الوادة في الفصل 82 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي يجب اعتماده للغرم إذا وقع القيام بطلب فك العصمة لأجل الضرر".⁴

وقد جاء في جديد مدونة الأسرة بأنه يمكن للمحكمة أن تقضي بالتعويض في حالة التطبيق للضرر بموجب نص م101، حيث يجوز للزوجة مطالبة المحكمة بأن تمنحها تعويضاً يعادل درجة الضرر الحاصل لها من التطبيق للضرر إلى جانب حقوقها الأخرى وبصفة خاصة حقها في المتعة، حيث نصت المادة صراحة على إمكانية تعويض الزوجة المضرورة من التطبيق للضرر على النحو التالي: "في حالة الحكم بالتطبيق للضرر للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر"، هذا الضرر الذي يمكن إثباته بجميع وسائل الإثبات الممكنة بما فيها

¹ حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.283.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2001/01/23، ملف رقم 258555، م.ق، ع2، 2002، ص.417.

³ عماري نور الدين، المرجع السابق، ص.199-200.

⁴ محكمة الإستئناف التونسية، غ.م، 1964/10/22، الملف رقم 57080، م.ق، 1965، ص.407.

شهادة الشهود، كما أن هذا التعويض بطبيعة الحال لا يدخل ضمن المستحقات الأخرى التي يمكن الحكم بها نتيجة الطلاق أو التطلق، كما أن الضرر مفهومه واسع يشمل كل تصرف خاطئ يصدر من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق يمكن أن يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية طبقاً للمادة 99 من المدونة، كما يعد ضرراً موجبا للتعويض ضرب الزوجة وسكر الزوج المستمر أو تعاطيه للمخدرات وكذا القذف والإهانة وغير ذلك من الأضرار المعنوية،¹ فهل أن جميع الأضرار التي تؤدي لطلب التطلق تشكل وعاءاً للمسؤولية المدنية وتوجب التعويض؟ إذ أنه كما نعلم أن الضرر الذي يوجب التعويض هو الذي يكون ناتجاً عن خطأ صدر من جانب الزوج، خاصة إذا كان ذلك الضرر قد بلغ حداً من الجسامة يوجب بأن الخطأ ذو طبيعة جرمية.

الفرع الرابع: التعويض في حالة التطلق للتدليس

كما هو متعارف عليه في الشريعة الإسلامية أن الضمان أو التعويض يكون في حالات من بينها: الحالة الأولى: التدليس أو التغيرير وهو ما يفسد العقد إذا تسبب عنه غبن فاحش من خلال استعمال أحد المتعاقدين طرقاً احتيالية لتضليل المتعاقد الآخر ليجبره على التعاقد، والمدلس عليه في هذه الحالة يملك الخيار في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض العادل ويثبت الخيار للمتضرر بشرطين:

- أن يكون العيب موجوداً قبل الزواج
 - أن يكون الطرف الآخر لا يعلم بذلك العيب بحيث لو علم به ما أقبل على التعاقد
- الحالة الثانية: الإكراه وهو حمل الغير على ما لا يرضاه أو ما لا يود إختيار مباشرته، فقد يكون في بعض الحالات ملجئاً لعدم الرضا ويفسد الإختيار كما هو الحال في التصرفات الفعلية أو الأعمال المادية، ووجب الضمان في هذه الحالة لوجود ركن التعدي أما في الأعمال القانونية فإنه يفسدها سواء كان ملجئاً أو غير ملجئ.²
- وبالإضافة لحالة التعويض عند فسخ عقد الزواج لوجود الإكراه والتدليس التي تم التطرق لها ضمن عيوب الإرادة، وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة عن التعويض في حالة التدليس إلا أنه يفهم ذلك من خلال نص المادتين 8 مكرر و 53 مكرر من نفس القانون، وتقوم حينئذ المسؤولية التقصيرية وإذا تمت إجازته تنقلب المسؤولية عقدية، وهو ما جاء كذلك ضمن الفقرة الثانية من الفصل 98 من ق.إ.ع المغربي، والتي نجدتها تنص على أنه: "يجب على المحكمة أن تقدر الأضرار بكيفية مختلفة حسبما تكون ناتجة عن خطأ المدين أو عن تدليسه".

¹ الفاخوري إدريس، تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الإلتزامات والعقود ومدونة الأسرة، المرجع السابق ص.47.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص.67.

ورغم الجدل الذي يثور حول أساس التعويض عن عيوب الإرادة باعتباره خطأ يصاحب تكوين العقد كما رأينا من خلال نظرية الخطأ عند تكوين العقد، فإن الراجح يبقى هو إعمال المسؤولية التقصيرية لأن عيب الإكراه والتدليس يدخلان في نطاق العمل غير المشروع الذي يشكل خطأ تقصيريا موجبا للتعويض، إذا ما توافرت باقي شروط المسؤولية التقصيرية من ضرر وعلاقة السببية بين الخطأ التقصيري والضرر.¹

ورد مصطلح "التدليس" في ق.أ. ضمن صورة صريحة تتمثل في التطبيق للتدليس المنصوص عليه من بين أسباب طلب التطبيق أي مخالفة نص م8 من ق.أ، كما ذكر التدليس في مسألة التعدد أي عدم إخبار الزوجة الثانية بحالة الزوجية السابقة وعدم إخبار الزوجة الأولى بالزواج الجديد وعدم رضاها بذلك، ضمن نص م8 مكرر المضافة بالأمر رقم 05-02 حيث يمكن للمتضرر المدلس عليه طلب التعويض، ولكن ذلك لا يرجع للتدليس بحده ذاته وإنما للضرر الذي تعرضت له الزوجة من جراء ذلك التدليس، ويتمثل في كتمان الزوج الراغب في التعدد زواجه السابق قصد الحصول على قبول الزوجة الثانية، وبالتالي قيام المسؤولية التقصيرية استنادا لنص م124 من ق.م.جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه: "لا يكفي لرفض دعوى التطبيق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى وإنما يجب إثبات رضاها بهذا الزواج".²

وفي حالة التطبيق للتدليس بموجب م8 مكرر من ق.أ. "مسألة اشتراط عدم التعدد أو عدم الزواج عليها سواء علمت بالزواج الثاني أو لا، يكون لها بموجبه الحق في طلب التطبيق متى ما خالف شرطها المتفق عليه بينهما بموجب العقد، مع قيام حقها في طلب التعويض لما لحقها من ضرر جراء ذلك متى أثبت وقوعه عليها بكل طرق الإثبات الممكنة، جاء في مجموعة من القرارات أن استعمال الخيل والخداع أو الغش والتضليل أو التمويه أو الإخفاء للوصول لغرض غير مشروع هي من العيوب التي يمكن أن تشوب الرضا في مجال عقد الزواج، فتؤدي إلى فسخه إعمالا لنصوص المواد 4، 8 مكرر وم9 و9 مكرر وكذا م33 وم6/53 وأخيرا م222 من ق.أ، كإخفاء السن الحقيقي أو التصريح الكاذب حول الوضعية الاجتماعية أثناء إبرام عقد الزواج.³

¹ موحى أسدي اعمر، المرجع السابق، ص.296.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/01/19، ملف رقم 334060، م.ق، ع1، 2005، ص.325. المحكمة العليا، غ.أ.ش.م 1995/09/26، ملف رقم 122443، ن.ق، ع55، 1999، ص.171.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1985/12/30، ملف رقم 39065، غير منشور. محكمة قسنطينة، غ.أ.ش، 1981/09/28 ملف رقم 241، ص.81، ن.ق، ع43، ص.115. محكمة المحمدية، معسكر، غ.أ.ش، 1986/05/26، ملف رقم 03 1985، غير منشور. أشار إليهم: بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.343.

المبحث الثالث: المستحقات المالية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية

إقتضت الحكمة الإلهية أن توضع العصمة بيد الزوج لإيقاع الطلاق بإرادته المنفردة كيفما شاء فهو غير ملزم شرعا بذكر الأسباب التي حملته لذلك لما فيه من مساس بجرمة الحياة الزوجية، لكن ونظرا لضعف الوازع الديني قد يحصل الطلاق لأنفه الأسباب دونما مراعاة لحرمة الرابطة الزوجية، فقد لا يقصد الزوج من الطلاق سوى الإضرار بالزوجة وهو كما سبقت تسميته بالطلاق التعسفي، والذي بلا شك يترتب أضرارا مادية والأكثر من ذلك أضرارا معنوية للمطلقة، وبالتالي يجب علينا معرفة ما طبيعة ذلك الإضرار حتى تتمكن من إنصافها وهل يكفي تمتيع المرأة أم يلزم الحكم لها بالإضافة لذلك بتعويض عادل؟ وبالتالي فيما يكمن التمييز بين المتعة كحق شرعي وواجب بقوة القانون وبين التعويض كأثر ناتج عن المسؤولية التقصيرية وهل يمكن للتعويض أن يغننا عن الحكم بالمتعة؟

تعتبر المتعة من المسائل الحساسة التي أثير حولها جدل كبير في مختلف مراحل مناقشة قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 وحتى بعد تعديله بالأمر رقم 05-02 هذا من جهة، ومن جهة ثانية عندما يختلط الأمر بينها وبين التعويض، خصوصا وأن هذا الأخير من بين المواضيع المستجدة التي لم يبحثها الفقهاء القدامى وبحثها الفقهاء المعاصرون، ولعل ذلك راجع إلى النظرة الحديثة للطلاق على أنه يسبب ضررا للمطلقة أما المتعة من الناحية الفقهية فهي من الأحكام الثابتة بنص قرآني ثبوتا لا يدع المجال لمخالفته، أو تضارب الآراء بشأنه فإنه بلغ من الوضوح ما لا يقبل ذلك، إلا أنه من الناحية القانونية والقضائية لم يثبت رأي واحد بشأنها بالرغم من أن مصدرها الشريعة الإسلامية، وبالتالي ترك المجال مفتوحا أمام تطبيق نص م222 من ق.أ مع غياب النص على المتعة وهذا ما أدى لتضارب في الأحكام والقرارات القضائية، كما جاءت المتعة ضمن القرارات القضائية بلفظ النفقة التي يحكم بها للمطلقة إلى جانب نفقة العدة ونفقة الإهمال، وسميت مجموعها بالمستحقات المالية للمطلقة ولتمكين استحقاقها والحصول عليها فقد أوجد المشرع ضمانات قانونية مدنية وإجرائية مستحدثة.

المطلب الأول: التعويض كأثر لانحلال الرابطة الزوجية

لم يتجه الباحثون إلى تحديد معايير خاصة بالتعسف في الطلاق مكتفين بتعداد المعايير العامة للتعسف في الحقوق، وبالتالي الرجوع للقواعد العامة للقانون المدني مجسدة في نص م124 مكرر منه، بينما هناك من يعتبر بأن طبيعة الحق الوارد ذكرها في الطلاق ليس مصدرها القانون المدني،¹ حيث يرى البعض بأن التعويض المقرر على الزوج بمناسبة استعماله لحقه لا يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في م124 من ق.م، وإنما مصدرها العصمة الزوجية

¹ باديس ذياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.82.

المستمدة أساساً من الشريعة الإسلامية وبالتالي فهو ذو طبيعة خاصة،¹ جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه: "إن القضاء بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق".² غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إذا كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم نص م124 مكرر من ق.م، أو كان ناتجاً عن الخطأ التقصيري بمفهوم نص م124 من ق.م، فعلى الطاعنة أن تثبت ذلك الضرر بدعوى مستقلة تطلب التعويض بموجبها كي لا يهدر حقها، وفي ذلك تأكيد على أن الحق الأصيل المخول للزوج في إيقاع الطلاق ذو طبيعة خاصة يختلف عن ذلك المنصوص عليه في القانون المدني،³ كما أن حقوق الزوجة بعد الطلاق كالنفقة والسكنى وحقها في المتعة وفي مؤخر الصداق أو صداق المثل وغيرها من الحقوق تثبت للمرأة بالزواج وتخرج عن إطار التعويض في حالة الضرر،⁴ وبالتالي ماهي الطبيعة القانونية للتعويض وما هي الطبيعة القانونية للمتعة في هذه الحالة؟

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتعويض عن ضرر الطلاق التعسفي وعلاقته بنظام المتعة

المتعة ثابتة بنصوص شرعية صريحة وواضحة الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، أما التعويض عن الطلاق التعسفي فهو أمر إجتهادي قائم على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق والتي وجدت هي الأخرى من مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها الفقهية، فهل المتعة عما يلحق المطلقة من ضرر وجبراً لحاظها في الشريعة الإسلامية ترادف مصطلح التعويض في القوانين الوضعية، إذا كان كذلك ففيما تكمن الطبيعة القانونية للتعويض المدني في الطلاق التعسفي وما علاقتها بالمتعة؟

تعتبر المتعة واجبة لكل مطلقة بمجرد الطلاق فيما يبقى التعويض مغيباً إلى حين طلبه وإثبات الضرر الحاصل بكافة طرق الإثبات حتى وإن كان الطلاق من طرف الزوجة، فالمطلقة ملزمة بإثبات الضرر الذي أصابها وعلى الزوج أن يثبت العكس بأنه لم يكن متعسفاً في إيقاع الطلاق، وقد يكون الخطأ مفترضاً طالما لم يقدم الزوج مبرراً شرعياً وجدياً لطلب الطلاق، ويكون الضرر مفترض في ما يتعلق بالضرر المعنوي إذ أن مجرد وقوع الطلاق يسبب ضرراً معنوياً بالغاً للطرفين، فكما يفترض من جهة المرأة فإنه يفترض كذلك من جهة الرجل إذا ما تعسفت الزوجة في ممارسة الخلع، بناءً على ذلك كيّف البعض من الفقه التعويض المترتب عن الطلاق التعسفي بأنه متعة ومن ذلك نجد

¹ باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.27.

² المحكمة العليا، 2000/02/22، ملف رقم 235367، المذكور سابقاً، ص.275.

³ باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.27.

⁴ مبروك المصري، المرجع السابق، ص.260.

المالكية،¹ ويرى البعض الآخر بأنه ما دام أن الزوج يأخذ بدل الخلع من زوجته فإنه يمكن للزوجة المطالبة بالتعويض عن مجرد الطلاق وقد يكون ذلك على شكل متعة بالنسبة للقوانين التي تأخذ بها.²

يتجلى موقف المشرع الجزائري من خلال ما نصت عليه م52 من ق.أ: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، يقول الأستاذ الدكتور جيلالي تشوار في هذا الصدد أنه: "مما لا شك فيه أن الأخذ بهذا الرأي الخارج عن إطار المذاهب الفقهية يعد مبادرة حسنة إذ يعمل على توسيع الأحكام المستحدثة التي تفرضها المصلحة الاجتماعية والتي لا تتعارض والضوابط والأصول الشرعية"،³ إذ أن مستنداتها قواعد فقهية أخرى تتجلى في القاعدة الأصولية "لا ضرر ولا ضرار"⁴ وما يتفرع عنها من قواعد "الضرر يزال"⁵ "الضرر يدفع بقدر الإمكان"⁶، "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"⁷، "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"⁸.

فالأصل وجوب إزالة الضرر إذا وقع وإن لم يكن إزالة الضرر الواقع ممكناً فيجب تداركه بالتعويض عن الضرر الواقع بسبب إساءة إستعمال الحق، فيعوض المتضرر بالمثل أو بالقيمة إن عجز عن تقدير المثل سواء كان الضرر مادي أو معنوي،⁹ وقد يصعب تقدير الضرر المعنوي بالمال غير أن الشريعة الإسلامية رتبت تعويضاً على ما لا يقدر

¹ بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص.8.

² يرى الحنفية بأن المتعة واجبة قبل الدخول وبعده، أبي محمد محمود بن أحمد العيني، المرجع السابق، ص.662. كما تستحب المتعة لكل مطلقة إلا مطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وسمي لها مهراً، الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، المرجع السابق، ص.323. فيما يرى المالكية بأنها مستحبة في جميع الأحوال، ويرى الظاهرية أنها واجبة لكل مطلقة وهو الراجح بدليل الكتاب والسنة، بينما يرى الشافعية أنه لا متعة للمطلقات إلا واحدة وهي التي تزوجها ولم يفرض لها مهراً ثم طلقها قبل الدخول أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ج9، المرجع السابق، ص.471. مصطفى الخن ومصطفى البغا وعلي الشرجي، المرجع السابق، ص.81.

³ تشوار جيلالي، أحكام الأسرة بين الإجهاد والتقنين، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر، باتنة1، 2001، ع04، ص.220.

⁴ أصل هذه القاعدة ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم، الإمام مالك ابن أنس رضي الله عنه الموطأ 90 - 179، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، الحديث رقم 1493، د.ط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 2007 ص.399.

⁵ م20 من مجلة الأحكام العدلية، ص.31.

⁶ م31 من مجلة الأحكام العدلية، ص.32.

⁷ م26 من مجلة الأحكام العدلية، ص.31، فإن الضرر الذي يراد دفعه أو إزالته إما عام أو خاص.

⁸ م27 من مجلة الأحكام العدلية، ص.31.

⁹ جمبل فخري محمد جاتم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض في الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص.190.

بالمال، كالدية، ومهر المثل، وبدل الخلع، والمتعة... الخ، فإنه لا مانع من تقدير الضرر المعنوي والتعويض عنه إذ أن الطلاق التعسفي في جميع الأحوال يرتب أضرارا معنوية أكبر وأكثر من الأضرار المادية ولا يمكن جبرها مهما كان التعويض،¹ وبالتالي يمكن الإعتماد على نفقة المتعة في حالة تعذر إثبات التعسف فالتعويض هو الحل الأخير الذي يمكن اللجوء إليه في حالة العجز عن إزالة الضرر، إذ أن وقوع الطلاق من الزوج قصد إيذاء زوجته قرينة على وجود التعسف، وبالتالي فقد أوجب الشارع المتعة في هذه الحالة عدا المطلقة قبل الدخول والتي سمي لها صداقا فإنها تستحق نصف المهر.

فيما يقول الأستاذ بن داود عبد القادر بأن: "التعويض عن الطلاق التعسفي ليس أمر استحدثه المشرع الجزائري أو حكما مدنيا مقتبسا من م124 من ق.م الصادر بالأمر رقم 58-75 بل هو موجود في الشريعة الإسلامية أي مرجعها نص م222 من ق.أ"، أما من جهتنا فنقول بأن التعويض عن الطلاق التعسفي أساسه حسب ما جاء به المشرع الجزائري في نص م52 من ق.أ، يقوم على نظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في م124 مكرر من ق.م، إذ أنه هو قصد الإضرار بالزوجة دوغا لتحقيق فائدة لصاحب الحق أو أن الفائدة المرجو الحصول عليها أقل من الضرر اللاحق بالغير، وتجدد الإشارة كذلك إلى أن المشرع الجزائري لا يأخذ بالطلاق البدعي ولا يعترف بالطلاق الثلاث في لفظ واحد حتى نقول أنه قد خرج عن هذه الحالات، وبالتالي لم يتبقى لنا سوى حالة واحدة وهي التي تقوم على نية الإضرار التي تتجسد في الطلاق في مرض الموت قصد حرمان زوجته من الميراث، وقد يكون الإمتناع عن إيقاع الطلاق مع وجود مسوغ مشروع يعد تعسفا، لأن انتفاء السبب المشروع قرينة على وجود الضرر إذا انتفت النية السليمة كذا في نطاق التعسف في استعمال الحق، والذي ينفي عن الفعل الصفة المشروعة ليندرج تحت نطاق عدم المشروعية.²

ومما لا شك فيه أن إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق من طرف الزوج أو الزوجة يؤدي حتما إلى إلحاق الضرر بأحد الطرفين سواء أكان ذلك الضرر مادي أو معنوي، إلا أنه في المقابل لا نجد ما يسمى بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية لعدم اعترافها بهذا النوع من الطلاق، إذ يعد مصطلح التعسف قانوني تمتد جذوره إلى القانون الروماني ومنه إنتقلت إلى القانون الفرنسي القديم إلى باقي الدول الأخرى، بالرغم من أنها كانت السبابة في نظرية التعدي قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" أي من يستعمل حقه مقيد بعدم الإضرار

¹ شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق العلمية جامعة القدس كلية الحقوق، 2009، المجلد 1، ع1، ص.170.

² نزيه نعيم شلالا، دعاوى التعسف في استعمال الحق، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص.8.

بالآخرين، لقوله تعالى: "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا عَآيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا أَنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا أَنزَلَ عَلَيْكُم وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ".¹

فالأصل في الضمان أو التعويض المالي في الشريعة الإسلامية أنه لجبر الضرر وليس للعقوبة، أما التعويض في الفقه المعاصر فقد ذهب بعضهم إلى الإكتفاء بنظام المتعة دون الحكم بالتعويض ومن بينهم الأستاذ أبو زهرة والزحيلي والسرطاوي وغيرهم، وذلك لصعوبة إثبات نية التعسف في الطلاق من عدمه، وأنه لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يجبر الزوج على تقديم الأسباب التي دعتة للطلاق إذ أن إثباته قد يمس بخصوصية الحياة الزوجية، وكما أن الحكم بالتعويض يؤدي إلى إجبار الزوج على الإستمرار في حياة لا يرتضيها وهذا كله لا يحدث في نظام المتعة،² فيما ذهب آخرون أمثال الأستاذ السباعي والصابوني إلى إمكانية الحكم بالتعويض إلى جانب المتعة ذلك أن الطلاق التعسفي يرتب أضرارا توجب التعويض، وأنه كما للزوجة أن تدفع مقابلا للخلع كذلك الزوج يجب أن يدفع مقابلا للطلاق.³ مما سبق يتبين أن المشرع بالرغم من إقراره الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه استنادا إلى م222 من ق.أ فإنه مع ذلك خرج عن أحكامها الثابتة بنص شرعي يقرر تمتيع المطلقات، إذ أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص إطلاقا ولو بطريقة غير مباشرة على المتعة لا في قانون الأسرة رقم 84-11 ولا تعديل القانون بموجب الأمر رقم 05-02، ويبقى اللجوء إلى نص م222 فيما يخص معايير المتعة وكيفية، تقديرها فالقانون الجزائري لسنة 1984 نص في م1/52 منه أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"،⁴ يتبين بأن الطلاق التعسفي بمفهوم هذه المادة هو ما يقع من الزوج دون سبب معقول ودون سوء تصرف من الزوجة ودون طلبها أو رضاها وإنما يقع لمجرد قصد الإضرار بها.⁵

¹ سورة البقرة، الآية. 231.

² أيمن مصطفى الدباغ، المرجع السابق، ص. 88.

³ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ج1، ط2، دار الفكر، 1968 ص. 125.

⁴ القانون رقم 84-11 المتضمن ق.أ، المذكور سابقا، ص. 913.

⁵ شذى مظفر حسين، المرجع السابق، ص. 173.

بالرغم من أن بعض النصوص المقارنة تناولت ذلك ومنها نص م84 من مدونة الأسرة المغربية المذكورة أدناه، حيث أصبحت المتعة حقا للزوجة المنفصلة عن زوجها سواء من طلاق أو تطليق وسواء المدخول بها أو غير المدخول بها، سمي لها صداقا أو لم يسمى لها ومن هنا يكون قد تخلّى على رأي الشافعية وسار على رأي الظاهرية في المسألة¹، فبمناسبة صدور الظهير بمثابة قانون بسنة 1993 جاء في الفقرة 02 من الفصل 52 مكرر منه أنه: "إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق دون مبرر معقول تعين عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار"، كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي قبل سنة 1993 كان يعتبر المتعة في حد ذاتها تعويضا ولا يبالي بما أصاب الزوجة من أضرار.²

نخلص لنتيجة مفادها أن التعويض عن الضرر المعنوي مفترض في الطلاق يكون على أساس المتعة، إذ أن هذه الأخيرة مرتبطة بالضرر المعنوي وليس التعسف على خلاف التعويض المدني في الطلاق الذي يكون مرتبطا بنظرية التعسف في استعمال الحق³، فالمشرع المغربي كان أكثر وضوحا من المشرع الجزائري فيما يخص هذه المسألة حيث نص في م84 من مدونة الأسرة المعدلة أنه: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها: فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه" واعتبر المتعة أثرا من آثار الطلاق على سبيل النفقة وليست تعويضا، كما أوضح كيفية تقديرها ويمكن أن يحكم بها إلى جانب التعويض إذ أنه أبقى على نص م52 من مدونة الأسرة المعدلة، أما بخصوص المشرع التونسي فإنه لم يستعمل مصطلح المتعة واكتفى فقط بذكر التعويض عن الضرر، وجعله حقا لكلا الزوجين وهو ما نص عليه بموجب الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية.

الفرع الثاني: الطبيعة التعويضية للمتعة

أوجبت الشريعة الإسلامية حق المتعة لعامة المطلقات سواء المدخول بها أو غير المدخول بها المسمى لها صداقا أو غير المسمى لها، لقوله تعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ".⁴

¹ بوخاتم أسية، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص.268.

² الظهير رقم 57-190 المؤرخ في 19 أوت 1957 بمثابة قانون مدونة الأحوال الشخصية، ج ر، ع2354 الصادرة بتاريخ 6 ديسمبر 1957.

³ بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص.174.

⁴ سورة البقرة، الآية.236.

للاية الكريمة دلالة على أنه يشترط أن لا تزيد المتعة عن مقدار نصف مهر المثل لأنها تقوم مقامه في حالة عدم تسميته، وتأخذ حكمه أما من استحققت جميع المهر لا تستحق المتعة كالمتوفى عنها زوجها، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة بقولهم: "المتعة تجب بدلا عن مهر المثل فيجب أن تقدر بقيمته ولا يجوز أن تجاوز"، إذ يرى أحد الباحثين المعاصرين أن متعة الطلاق تساعد على درء التعسف قبل وقوعه إذ أنها تمثل التزاما ماليا في ذمة الرجل تدعوه للتروي في إيقاع الطلاق واستنفاذ جميع وسائل الإصلاح الممكنة.

غير أن هذا الطرح انتقد كونه يدخل في نظام المهر،¹ فيما اعتبرها أحد الفقهاء "أنها هدية الفراق التي يقدمها الزوج لمطلقاته للتدليل على أن انفصالهما لا يمثل عقدة في ذاته اتجاهها ولا عداوة لها بل أمر اقتضته التعقيدات التي أحاطت بها، وربما كان هذا النهج الإسلامي حركة في إبقاء الذكريات المتبادلة بعد الفراق بطريقة ودية بالرغم من سلبياته"،² وعرفها الأستاذ الزحيلي بأنها: "الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية وأن المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع".³

وهي عند الأحناف في القول المشهور قسمان: قد يقضي بها القاضي ويلتزم بها الزوج المطلق فهي واجبة أو قد تكون مستحبة وهي المتعة التي تستحقها المطلقة بعد الدخول سواء سمي لها صداقا أو لا وللمطلقة قبل الدخول إذا سمي لها صداقا، كما يرى الجعفرية أن المتعة لا تجب إلا للمطلقة قبل الدخول والتي لم يسمى لها صداقا وعند المالكية هي مستحبة في جميع الأحوال، فيما يرى الظاهرية أن المتعة واجبة لكل مطلقة سواء كان طلاقا قبل الدخول أو بعده وسواء سمي لها صداقا أو لم يسمى،⁴ ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ" ^ط

¹ أيمن مصطفى الدباغ، المرجع السابق، ص. 88.

² لدى المالكية التعويض هو متعة (المتعة ليست واجبة لكل المطلقات لدى جمهور الفقهاء ولدى الظاهرية واجبة ولدى مالك مندوبة وليست واجبة، وقال الحنفية هي واجبة للمطلقة قبل الدخول ولم يسمى لها صداقا ولدى الشافعية هي واجبة لكل مطلقة إلا المطلقة قبل الدخول وسمي لها صداقا)، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص. 183. المتعة عن الضرر المعنوي والتعويض عن الضرر المادي وهو الراجح في رأينا، الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص. 82. الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص. 238.

³ عرفها المالكية بأنها "ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيفا للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها، ويعطيه المطلق على قدر حاله حسب يسره وعسره"، كما عرفها الشافعية على أنها: "مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط" ومن خلال التعريفين يتبين لنا أن المتعة عند المالكية مستحبة فيما أنها واجبة عند الشافعية بشروط، جميل فخري محمد جاسم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص. 64.

⁴ شذى مظفر حسين، المرجع السابق، ص. 178-179.

حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"¹، أما في السنة النبوية وما انفرد به مالك عن ابن شهاب أن الرسول ﷺ قال: "لكل مطلقة متعة"²، وبما أن المتعة قد تكون واجبة أو مستحبة أو مندوبة بمعزل عن وجود التعسف في الطلاق أو انعدامه فإنه من الخطأ الاعتقاد بأنها تعويضا،³ فالقائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر هم أنفسهم من يرون بأن الطلاق في حد ذاته تعسف إلى أن يثبت العكس، إلا أنه قد إنتقد هذا الرأي كون أن الطلاق لا يعد تعسفا والضرر محقق فيه في جميع الأحوال خاصة الضرر المعنوي.

وقد إتفقت قوانين الدول العربية على التعويض عن ضرر الطلاق التعسفي مع الإختلاف فقط في مقداره وكيفية تقديره وتسديده، وفرقت في هذا الإطار بين المطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر وبين المطلقة بعد الدخول في المتعة، فبالنسبة للمطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر يجب لها نصف مهر المثل وهو ما جاء في م38 من القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية ما نصه: "تستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر إن كان مسمى وإلا حكم القاضي بما يساوي نصف مهر مثلها"، أما بالنسبة للمطلقة بعد الدخول تقدر المتعة بحسب حال الزوجين يسرا أو عسرا، حيث جاء في م96 من نفس القانون ما نصه: "تستحق المطلقة المدخول بها المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة".⁴

الفرع الثالث: إمكانية الحكم بالتعويض عن الضرر إلى جانب المتعة

إن اعتبار المتعة بمثابة تعويض عن ضرر الطلاق التعسفي يثير إشكالية التمييز بينهما وهل يمكن الحكم بالتعويض إلى جانب المتعة، أم التعويض يكفي دون متعة أو العكس وما هو موقف العمل القضائي من كل ذلك؟ هذا التساؤل يفتح الباب إما أمام التخلص من التعويض أو أن القول بأن الحكم بالتعويض فقط يؤدي إلى تعطيل النصوص الشرعية التي أمرت بالتمتع.

بالرغم من أن كل من المتعة والتعويض يفرضان على الزوج جبرا لحاظر مطلقاته وإزالة الضرر الواقع بها سواء كان ضرر مادي أو معنوي إلا أنه لا يمكن القول بأن المتعة تغني عن التعويض، ذلك أنهما يختلفان من حيث أن المتعة تجب للمطلقة سواء تضررت من الطلاق أم لا إذ أن عنصر الضرر لا يعد ضابط للحكم بالمتعة، كما لا يشترط

¹ سورة البقرة، الآية 231.

² الإمام مالك، الموطأ، كتاب الطلاق باب ما جاء في متعة الطلاق، الحديث رقم 1243، المرجع السابق، ص.301.

³ أيمن مصطفى الدباغ، المرجع السابق، ص.87.

⁴ جميل فخري محمد جائم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض، المرجع السابق، ص.131، وثيقة الكويت، جامعة الدول العربية القرار رقم 105، د 6، المؤرخ في 17 شعبان 1408، الموافق ل 4 أفريل 1988.

تعسف الزوج في الطلاق في حين أن التعويض لا يحكم به إلا إذا كان هناك تعسف وترتب عنه ضرر،¹ حيث جاء في قرار للمحكمة العليا لسنة 1971 أي قبل صدور القانون رقم 84-11 المتعلق بقانون الأسرة وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية فقد أخذ بالمذهب الذي يعتبر بأن المتعة واجبة، جاء في مبدئه ما نصه: "نفقة المتعة واجبة على المطلق يقضي بها القاضي ولو لم تطلب المطلقة".²

وجاء في قرار للمحكمة العليا لسنة 1986 بأنه: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يقضى به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الإقتضاء تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"، أي أنه استنادا إلى هذا القرار يفهم بأن الشريعة الإسلامية تقر للزوجة عدة نفقات وهي: "نفقة الإهمال ونفقة العدة ونفقة المتعة" وحتى مبلغ على سبيل التعويض ويجب تقدير كل مبلغ على حسب طبيعته.

أي أنه يفرق بين المتعة بإعتبارها نفقة وبين التعويض الذي يكون في حالة الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي،³ وهو نفس الحكم الذي جاءت به م84 من مدونة الأسرة المغربية المذكورة سابقا، وهو ما جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المغربية لسنة 2008 أنه: "يجب التفرقة بين الحق في المتعة والسكنى خلال العدة كمستحقات للزوجة عن الطلاق أو التطليق، وبين حقها في التعويض عن الضرر في حالة التطليق للضرر، لأن كل منهما مستقل عن الآخر والحكم بأحدهما لا يمنع من الحكم بالآخر"⁴ وبالتالي فإن هذا القرار جاء ليؤكد بأن الحق في المتعة من المستحقات المالية للمطلقة يحكم لها مهما كان الطلاق سواء من جهتها أو من طرف الزوج، تختلف عن حقها في التعويض الذي يكون فقط في حالة الضرر.

ومن بين القرارات ما تقضي بالمتعة إلى جانب التعويض وللقاضي السلطة التقديرية المقيدة في تحديد هذه المبالغ، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف

¹ خالد بنموون، المرجع السابق، ص.62.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1971/02/10، المذكور سابقا، ص.66.

³ المحكمة العليا، 07/04/1986، ملف رقم 41560، المذكور سابقا، ص.69.

⁴ محكمة النقض المغربية، 2008/12/03، ملف رقم 557، م.ق، ع14، 2008، ص.269.

هذا المبدأ يعد قصورا في التسبب"،¹ بالتالي فإن المحكمة كانت ملزمة بأن تقضي للمطلقة بالتعويض لجبر الضرر اللاحق بها، فضلا عن حقها في المتعة التي تستحقها بقوة القانون تطبيقا لنص م222 من ق.أ.

ومن بين القرارات أيضا التي تقضي بالتعويض إلى جانب المتعة باعتبارها من توابع العصمة والتي صدرت عقب تعديل قانون الأسرة، نجد قرار المحكمة العليا لسنة 2007 والذي جاء فيه أن: "استفادة المطلقة من تعويضات بموجب حكم الطلاق الأول لا يجرمها من الاستفادة من توابع العصمة في الطلاق الثاني، حيث يقضى للمطلقة بنفقة العدة ومتعة ونفقة الأولاد إلى جانب مبلغ بدل الإيجار وتم تقدير ذلك بناءً لحال الطرفين يسرا وعسرا وبالخصوص حال الزوجة،² كما يراعى في تقدير النفقة استنادا لنصوص المواد 130، 131، وم182 من ق.م الظروف الملازمة وتحديد الخسارة.³

وبالتالي نخلص إلى أنه يراعى في تقدير التعويض حالة الزوج المادية ودرجة تعسفه في إيقاع الطلاق وهو لا يتعارض مع الحقوق الشرعية الأخرى للمطلقة، ويفرض التعويض بمبلغ لا يتجاوز نفقة الزوجة لمدة سنتين،⁴ سواء المطلقة قبل الدخول أو بعده المهم أنه قد أصابها ضرر مادي أو معنوي، خصوصا إذا كان ذلك الطلاق تعسفيا فإنه سيؤدي حتما إلى أضرار مادية ومعنوية أشد بالزوجة والتي لا تشكل معها المتعة سوى جبرا لأقل الأضرار، وهو ما جاء في نص م18 من قانون الأحوال الشخصية المصري،⁵ "ويراعى في تقدير التعويض في الطلاق قبل الدخول

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/06/18، ملف رقم 75029، م.ق، ع2، 1994، ص.65.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2007/04/11، ملف رقم 391655، م.ق، ع1، 2008، ص.249. وفي قرار آخر اعتبر أن المتعة من بين توابع العصمة الواجبة للمطلقة قبل مطلقها، والقضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 57752، م.ق، ع3، 1991، ص.68.

³ المجلس الأعلى، غ.م، 1985/05/08، ملف رقم 39694، م.ق، ع3، 1989، ص.34.

¹ م134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1979 والتي جاء فيها ما نصه: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة، ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات ويراعى في فرضها حال الزوج عسرا ويسرا ويدفع جملة إذا كان الزوج موسرا وأقسا إذا كان معسرا، ولا يؤثر ذلك على حقوقها الأخرى" م155 في التعديل الأخير لسنة 2010، قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36، 2010، ج.ر، ع5061 2010/10/17، ص.24.

² م18 مكرر والتي تنص على أنه: "من حق الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها في الحصول فوق نفقة عدتها على متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل مع مراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية مع جواز سداد هذه المتعة على أقساط"، القانون رقم 100 لسنة 1985 المعدل بالقانون رقم 01 لسنة 2000 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري، فيما نص قانون الأحوال الشخصية السوري في م117 منه على ما يلي: "إذا طلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة دونما سبب معقول ومن غير طلب منها استحققت تعويضا من مطلقها بحسب حاله وبما لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات

المدة التي لم يقيم فيها بإتمام الزواج بالبناء، إذ أن الزوجة حتما تكون قد تضررت ماديا ومعنويا من جراء ذلك طبقا لأحكام م 53 من ق.أ، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون".¹

كذلك استنادا إلى نص م 16 من ق.أ² قضى المبدأ الصادر عن المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه: "تستحق المطلقة نصف الصداق عن الطلاق قبل الدخول ولا يعتبر تعويضا لإختلاف طبيعتهما فالتعويض يستحق لجبر الضرر"³، وبالتالي إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق جاز له إذا طالبت المطلقة بالتعويض أن يحكم لها به، إلى جانب حكمه لها بنصف الصداق بإعتبار أن هذا الأخير ليس تعويضا وكذلك الحال بالنسبة للمتعة، صحيح أنها تكون لجبر الضرر إلا أن تقدير ذلك الضرر لا يكون بناءً على جسامته الخطأ وإنما يتم تقديرها بحسب حال الزوج المادية يسرا أو عسرا، وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "من المقرر فقها وقضاءً أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا ثم حال مستوى المعيشة".⁴

يتبين مما سبق أن القضاء لم يكن يضيف على المتعة صفة التعويض عن الضرر من حيث تقدير المتعة التي كان يراعى فيها يسر الزوج وحال الزوجة دونما النظر لعنصر الضرر الذي قد يلحق الزوجة من جراء الطلاق، وبالتالي فإنه إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي تعسفه في توقيع الطلاق دونما مبرر شرعي أو سبب معقول وأن الزوجة قد أصابها ضرر من جراء ذلك، جاز له أن يقضى لمطلقها بحسب أحواله المادية ودرجة التعسف بتعويض عادل.⁵

الفرع الرابع: قاعدة لا يجوز التعويض عن الضرر الواحد مرتين

يجب أولا أن نعرف موقف القضاء الجزائري فيما إذا اعتبر المتعة تعويضا أم أنه إعتبرها ذو وصف خاص؟ فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: "من المقرر شرعا وقضاءً أن نفقة المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر

= لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يحكم به جملة أو مقسطا بحسب مقتضى الحال"، قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 07 سبتمبر 1953، ص.07.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 1993/03/16، ملف رقم 217179، م.ق، ع.خ، 2001، ص.122.

² تنص م 16 من ق.أ على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2019/12/04، ملف رقم 1333125، م.ق، ع.خ، 2019، ص.94.

⁴ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1987/02/09، ملف رقم 44630، م.ق، ع.خ، 1990، ص.55.

⁵ جاء في قرار للمحكمة العليا أن: "المتعة تعتبر تعويضا وقضى بأن تقدير قيمتها يراعى فيه حالة الطرفين وطبقتهم الاجتماعية من غنى أو فقر وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/04/02، ملف رقم 32779، م.ق، ع.خ، 1989، ص.61.

الناتج عن طلاق غير مبرر، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة¹، يفهم من ذلك أن المتعة لا تتقرر إلا للزوجة المتضررة من طلاق غير مبرر، وأنها تسقط بتحميلها جزءاً من المسؤولية أي اعتبر المتعة تعويضاً قائماً على أساس المسؤولية.

فيما اعتبر قرار آخر للمحكمة العليا أن: "القضاء بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"²، أي أن تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي لا يكون استناداً إلى الضرر وإنما يكون بناءً على حالة الزوجين المادية، ومعنى ذلك أنه يبقى تعويض الضرر القائم على أساس المسؤولية التقصيرية مستنداً لنص م124 من ق.م مستقلاً عن تقدير تعويض الطلاق، فيما استندت بعض الأحكام والقرارات القضائية للقاعدة العامة المعروفة الواردة في القانون المدني في تعويض الضرر وهي: "عدم جواز التعويض عن الضرر مرتين" من بينها نجد قراراً للمحكمة العليا الرافض للجمع بين التعويض الجزائي والتعويض المدني، والقاضي بأنه: "لا يعد التعويض المحكوم به لصالح الزوجة بموجب الحكم الجزائي عن ترك الأسرة والتعويض المحكوم به لصالحها بعد الطلاق تعويضين عن واقعة واحدة، وهي الإهمال ولا يمكن المزج بينهما باعتبار أن الدعوى الجزائية مستقلة عن دعوى الطلاق"³.

فيما ناقضت قرارات أخرى هذا المبدأ بما يتعلق بالتعويض عن الضرر مرتين، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن: "للمطلقة في حالة وجود حكمين ناطقين بالطلاق بين الطرفين في زمنين مختلفين الحق في التعويض عن كل طلاق واقع بإرادة الزوج المنفردة، حيث أنها طلقت مرتين وبمقتضى حكمين قضائيين"⁴، وفي بعض قرارات المحكمة العليا قضت للمطلقة بأنها تستحق المتعة في جميع قضايا فك الرابطة الزوجية مثلما هو الحال بالنسبة لهذا القرار إذ أن الطلاق كان يطلب من الزوجة.

وفي قرارات أخرى تستحق المطلقة المتعة عن الطلاق التعسفي دون حالات التطليق⁵، وفي هذه الحالة الثانية نجد قرار المحكمة العليا لسنة 1988، والذي جاء فيه أنه: "من المقرر شرعاً أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/01/27، ملف رقم 39731، م.ق، ع4، 1993، ص.61.

² المحكمة العليا، 2000/02/22، ملف رقم 235367، المذكور سابقاً، ص.275.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2006/07/12، ملف رقم 356896، م.ق، ع2، 2006، ص.433.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/10/12، ملف رقم 345709، م.ق، ع2، 2005، ص.419.

⁵ الزوجة التي طلبت الطلاق أو أوقعته على نفسها تستحق المتعة عند الحنفية والشافعية في الصحيح، والحنابلة والمالكية في رواية وهو ما أخذت به الدول التي تتبنى المذهب الحنفي، كل من قانون الأحوال الشخصية الأردني بموجب نص م183 منه وكذا قانون الأحوال الشخصية السوداني بموجب م138 إلا ما استثنته الفقرة 2 منها، أما عند المالكية في الصحيح والإباضية فإنها لا تستحق

فراقها وليس للمرأة التي تختار هي فراق زوجها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية"¹ إذ أن حق الزوجة في المتعة يتم لمن فارقها زوجها بإرادته المنفردة، وأنه على العكس من ذلك أن الحق في المتعة لا يتم لمن تختار فراق زوجها، كذلك الحال بالنسبة للتعويض حيث قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه: "إذا كان يحق للزوجة طلب التطليق فلا يجوز لقضاة الموضوع القضاء بتظلم الزوج، والقضاء لطالبة التطليق بالتعويض عن الطلاق التعسفي"² أي أن القضاء بالتعويض يكون فقط في حالة ثبوت تعسف الزوج في الطلاق وأن الظاهر في قضية الحال أن الزوجة هي من طالبت بالتطليق وبالتالي لا يمكن للمحكمة الحكم بما لم يطلب منها.

نلاحظ أن الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا الجزائرية قد تعارضت بين من يعتبر التعويض والمتعة إسمين لشيء واحد، بحيث لا يتم القضاء بمبلغ مالي يسمى متعة وبآخر يسمى تعويضا، إذ جاء في أحد قرارات المحكمة العليا لسنة 1985 ما نصه: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا للشريعة الإسلامية، حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطى لها لتخفيف ألم فراق زوجها لها وهو في حد ذاتها تعويضا، إذ يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة مبلغ مالي باسم المتعة إلى جانب مبلغ آخر كتعويض مأخوذ من إنعدام الأساس القانوني، وذلك أن القضاء بالمتعة والتعويض فيه مخالفة للنصوص الفقهية التي تعتبر المتعة تعويضا، حيث أن القضاء كان يعطي للمتعة وصف التعويض عن الضرر في هذه الحالة."³

نقول في الأخير أنه إذا ما اعتبرنا أن المتعة تعويضا وتأخذ حكمه إلا أن هذا الطرح يمكن أن يكون خاطئاً أساساً ذلك أن المتعة تختلف جذريا عن التعويض بالرغم من أنها كذلك، فيما اعتبر البعض ممن يقول بأن المتعة تعويض أن وجود المتعة يغني عن التعويض ووجود التعويض يغني عن المتعة ولا ضرورة للجمع بينهما، نقول بأن التعويض يكون ناتجا عن الضرر المادي والمعنوي أي قائم على أساس الخطأ التقصيري، في حين أن المتعة تكون ناتجة

= متعة، وكذلك في الاجتهاد القضائي المصري لمحكمة النقض في قرار لها والذي جاء فيه أنه تستحق المطلقة المتعة سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضي، وكذلك الشأن بالنسبة لبعض قرارات محكمة النقض المغربية، خالد بنموون، المرجع السابق، ص. 184.

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1988/11/21، ملف رقم 51614، م.ق، ع4، 1990، ص. 67. المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم 53017، م.ق، ع1، 1991، ص. 56. المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/12/29، ملف رقم 43860، م.ق، ع2، 1993، ص. 41.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/02/23، ملف رقم 92674، م.ق، ع48، 1995، ص. 171.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1985/04/08، ملف رقم 35912، م.ق، ع1، 1989، ص. 89.

دائماً عن الضرر المعنوي والذي يستحيل في كثير من الأحيان إثباته، إذ أن للطلاق أثر على نفسية المطلقة خاصة وإن كان من غير مبرر معقول مما يسبب في جميع الأحوال أضرار معنوية توجب التعويض لأجل كل هذا شرعت المتعة جبراً لخاطر المرأة وتخفيفاً لألم الفراق.

فيما يعتبر التعويض عن الطلاق التعسفي من الإلتزامات القانونية التي تقوم على أساس المسؤولية وفقاً لفكرة إساءة إستعمال الحق،¹ ذلك أن التعويض عن الضرر يبقى متوقفاً على ثبوت أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة السببية بينهما، نقترح في الأخير التمييز بين المتعة والتعويض وفق نصوص قانونية واضحة لا تدع مجالاً للشك وتعمل على حسم هذه الاختلافات القضائية، كما أنها تعمل على تطوير قانون الأسرة من جهة تماشياً مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية، ومن جهة أخرى إتباعاً لأحكام الشريعة الإسلامية في حق تمتيع المطلقات لما له حماية للمرأة من الظروف الحالية وإنصافها من تعسف بعض الأزواج في الطلاق.

وفي الأخير واستناداً لتناقضات الأحكام والقرارات القضائية فيما يخص المتعة والتعويض بين القول بأحدهما شيء واحد والقول بأحدهما يختلفان، فإنه مما سبق بيانه تبين أنهما يختلفان ذلك أن المتعة حق شرعي للمطلقة حسب وسع الزوج وأساس استحقاقها في الكتاب والسنة وإجماع الفقهاء، فيما يبقى الاختلاف بينهم في القول بوجودها من عدمه، أما التعويض فمصدره القانون لا الشرع إذ أنه يقوم على أساس نظرية التعسف في إستعمال الحق المنصوص عليها ضمن م124 مكرر من ق.م، فيما يبقى هذا الطرح هو الآخر في رأينا محل دراسة معمقة،² فهل يندرج التعسف من باب المسؤولية التقصيرية والفعل الضار، أم أنه يندرج ضمن مناقضة صاحب الحق للغاية التي وضع لأجلها ذلك الحق؟ إذ أن الإجابة عن هذه التساؤلات هي التي تؤولنا إما للقول بإمكانية الحكم بالتعويض عن الضرر إلى جانب المتعة، أم أن المتعة عبارة عن تعويض يأخذنا لتطبيق المبدأ القائل بأنه لا يجوز التعويض عن الضرر مرتين، وفي الأخير وتكريساً لضمان حقوق المرأة وحمايتها من تعسف الزوج من ممارسة حقه في الطلاق، لا يكفي اقرار المتعة والتعويض للمطلقة وإنما يجب التجسيد الفعلي لهما.

¹ شذى مظفر حسين، المرجع السابق، ص.180.

² نشير في هذا الصدد إلى أن المشروع التمهيدي لتعديل ق.أ رقم 84-11 جاء في م52 مكرر منه أن "الزوجة المطلقة تستحق تعويضاً زيادة على حقها في المتعة"، ولا ندري ما السبب إلى عدم الأخذ بهذا النص القانوني الذي يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية ويجعل حداً لتعارض الإجتهااد القضائي للمحكمة العليا، ذلك أنه يحسم الخلاف بناءً على نص تشريعي وبما أنه لم يتم ذلك فإنه يبقى هذا التعارض مستمر دون استقرار على رأي ثابت ولعل السبب في ذلك أنه يعوزه الدقة والوضوح، ذلك أنه لم يبين لنا متى تستحق المطلقة تعويضاً ومتى تستحق متعة، بن داود عبد القادر، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2004، ع09، ص.256.

المطلب الثاني: النفقة كأثر لانحلال الرابطة الزوجية

نستبعد في هذا الجزء النفقة الزوجية كونها محل اتفاق بين الزوجين كما رأينا في إطار دراستنا للإشترك المالي بين الزوجين، وبالتالي يجب أن يخضعها المشرع لتنظيم خاص، وأنه قد حكم المشرع للزوجة بالتطبيق في حالة إعسار الزوج للإنفاق بالتطبيق، وتبقى النفقة الزوجية من بين الأمور التي تتم باتفاق الزوجين بشأنها إذا ما تم الإعتماد على نظام الإشترك في الأموال المكتسبة، وبالتالي لا دخل للقاضي في تحديدها وتسييرها إذ أنها تعد من العقود الملزمة للجانبين يطبق بشأنها مبدأ سلطان الإرادة والحرية المطلقة في التعاقد، يبقى على المشرع الجزائري تنظيمها ووضع الأساس القانوني لتلك الشركة بموجب نصوص خاصة مثلما فعل كل من المشرع الفرنسي والتونسي، وحتى لا يختلط الأمر بين النفقتين فإن النفقة التي تدفع حال قيام الرابطة الزوجية وبالتمكين نطلق عليها مصطلح "الإنفاق" أما ما يترتب عن الطلاق فهو "نفقة"، وبالتالي فإننا في هذا الصدد لا نعالج الإنفاق كأثر من آثار عقد الزواج وإنما سيتم معالجة النفقة كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية.

الفرع الأول: المتعة والنفقة:

في حالة الطلاق قبل الدخول أوجبت الشريعة الإسلامية على الزوج دفع نصف الصداق المتفق عليه، كما أوجبت عليه المتعة للزوجة التي تعتبر بمثابة تعويض يقدره القاضي بالنظر للظروف والحالة المالية للزوجين وحسب ما لحق المرأة من ضرر، كما أنه إذا تبين للقاضي أثناء النطق بالخلع أن الزوجة حامل وجب عليه أن يقضي لها بالنفقة والسكنى أو بدل الإيجار حين وضع حملها،¹ فقد تعرض كل من الشرع والقانون لعدة أنواع من النفقات التي يلزم الزوج بأدائها لمطلقته عن طريق القضاء وتكون دينا ممتازا في ذمته والمتمثلة في كل من: نفقة العدة، نفقة المتعة، نفقة الإهمال، المسكن العائلي للحاضنة أو بدل الإيجار، والنفقات التي تستحقها المطلقة في هذه الحالة هناك نفقة العدة التي تستحقها كل مطلقة تكون في فترة إبراء الرحم، والقاضي يتعين عليه الحكم بها سواء طلبتها الزوجة أو لم تطلبها وهو ما سارت عليه المحاكم والمجالس القضائية.

وهناك نفقة المتعة التي أقرتها الشريعة الإسلامية للمطلقة لجبر خاطرها وتعتبر كل من نفقة العدة ونفقة المتعة من توابع العصمة لأنه يتم الحكم بهما بعد فك الرابطة الزوجية، جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن توابع انحلال العصمة واجبة للمطلقة قبل مطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس قد قضى بتأييد الحكم المستأنف مع عدم

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 220.

القضاء للمطلقة بالمتعة والنفقة ورد الأثاث المطلوب في مرحلة الإستئناف، يكون بذلك قد خالف القانون ومتى كان كذلك يستوجب نقض القرار المطعون فيه"،¹ غير أن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك بخلاف المشرع المغربي وأخيرا نفقة الإهمال وهي التي تجب لها في حالة إهمالها قبل رفع دعوى الطلاق.²

أولا: نفقة العدة

تجب نفقة العدة للمطلقة سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا فقد إتفق جمهور الفقهاء حول المعتدة من طلاق رجعي على أنها تظل في البيت الزوجية ولها السكنى والنفقة، فالرجعية كالزوجية في أحكام النفقة مع خلاف الفقهاء حول ما إذا كان الطلاق بائنا،³ حيث يرى الحنابلة والظاهرية أنه لا سكنى ولا نفقة لها حتى وإن كانت حاملا ويرى الحنفية أن لها السكنى والنفقة إلا إذا كانت هي المتسببة في الطلاق،⁴ أما الشافعية فيرون أنه لا نفقة للمطلقة طلاقا بائنا إلا إذا كانت حاملا،⁵ والمرجح من الأقوال لدى المشرع الجزائري هو رأي الحنفية حيث تجب النفقة في جميع الأحوال ما لم يثبت نشوزها أو ارتكابها لفاحشة مبينة، ودين نفقة المعتدة من طلاق أو وفاة ككل الديون لا تسقط ولا يتبرأ الزوج منها إلا إذا تم الإتفاق بين الزوجين على ذلك، إما بأداء أو إبراء مع وجود استثناء يتمثل في عدم سماع دعوى نفقة العدة بعد سنة من تاريخ الطلاق.

وتعتبر نفقة العدة دينا صحيحا من وقت النطق بالطلاق وهي من الديون الممتازة التي تخول الزوجة حق التقدم على باقي الورثة،⁶ نص عليها المشرع الجزائري بموجب م 61 من ق.أ على النحو التالي: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من المسكن الزوجية مادامت في عدتها، إلا إذا ارتكبت فاحشة مبينة ولها الحق في النفقة في عدة طلاقها"، وهو الراجح من الفقه الحنفي وهو ما سار عليه كذلك قضاء المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، وأن

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/30، الملف رقم 57752، المذكور سابقا.

² بوخاتم أسية، الحقوق المالية للمطلقة، المرجع السابق، ص.122.

³ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.485.

⁴ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص.201، كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق ص.364. الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.128.

⁵ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، المرجع السابق، ص.361.

⁶ باديس ذيايي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.47.

القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية¹، وفي قرار آخر جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أن نفقة العدة تمنح لكل زوجة مطلقة في جميع الحالات لأنها مقررة شرعاً".²

كما إتفق الفقهاء على أنه إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعيًا ثم توفي وهي في العدة تتحول عدة الطلاق إلى عدة وفاة إذ أنها تعتبر في حكم المتزوجة مادامت في عدتها، أما إذا كان طلاقاً بائناً فإنها تكمل عدة الطلاق ولا تنتقل لعدة الوفاة لعدم قيام الزوجية وبالتالي فلا توارث في هذه الحالة، أما إن طلقها في مرض الموت ثم توفي عنها في هذه الحالة لها الميراث.³

نصت م152 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بأن: "نفقة العدة كنفقة الزوجية تتخذ نفس الأحكام إذ أنه يحكم بها من تاريخ وجوب العدة إذا لم يكن للمطلقة نفقة زوجية مفروضة، وإذا كان لها نفقة فإنها تمتد لغاية انتهاء العدة على أن لا تزيد المدة عن سنة وللمطلقة المطالبة بها من تاريخ تبليغها وثيقة الطلاق، وإذا تم تبليغها بالطلاق قبل انقضاء العدة بشهر على الأقل ولم تبادر بالمطالبة بها وانقضت العدة فإنه يسقط حقها في النفقة".

ثانياً: نفقة المتعة

المتعة هو المال الذي يدفعه الرجل إلى زوجته لمفارقتها إياها وقد قرر الفقهاء مقداره كصوة كاملة يراعى فيها حال الرجل ومقدرته وما يقضي به العرف،⁴ يعرفها المالكية بأنها: "كل ما يعطيه الرجل لزوجته مقابل الفراق لما حصل لها من ألم جراء ذلك"،⁵ وهناك من يعتبرها مهراً واجباً للمطلقة غير المدخول بها وغير المسمى لها مهراً كعوض،⁶ إذا لم يكن لها صداق مسمى فإنه تجب لها المتعة كما أنها لا تستحق المتعة إن كانت ناشزاً، المطلقة قبل الدخول ولم يسمى لها صداقاً تجب لها متعة لدى جمهور الفقهاء، ومطلقة قبل الدخول وسمي لها صداقاً لا متعة لها

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/10/22، ملف رقم 34327، م.ق، ع3، 1989، ص.69.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/02/14، ملف رقم 40351، غير منشور. أشار إليه: بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاته بقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.281.

³ نور الدين أبو لحية، أحكام الطلاق والفسخ برؤية مقاصدية، المرجع السابق، ص.516.

⁴ تاج عبد الرحمن، أحكام الأحوال الشخصية، دار الكتاب العربي، مصر، 1955، ص.55. أشار إليه: منال محمود المشني المرجع السابق، ص.35.

⁵ الصادق عبد الرحمن الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.121. الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص.48.

⁶ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص.196.

أما المطلقة بعد الدخول سواء سمي لها صداقا أو لم يسمى فلها المتعة، والدليل في قوله تعالى: "وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ زَوْجَ مَكَانَ زَوْجٍ وَعَاطَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتَنَّا وَإِنَّمَا مِثْلُنَا".¹

من المستقر عليه شرعا لدى جمهور الفقهاء بأن الطلاق حق للزوج حتى وإن كان من غير مبرر، وبالتالي فإنه لا وجوب للمتعة المالية للمطلقة بعد الدخول بها إذا كانت قد استحققت المهر كله بالدخول، ويكفيها نفقة العدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضى بها،² وبالتالي فإن نفقة المتعة تكون للمدخول بها والتي لم يسمى لها صداقا حسب المرجح من أقوال الحنفية، جاء في م¹⁸ مكرر من القانون المصري ما نصه: "للزوجة المدخول بها من زواج صحيح إذا ما طلقها زوجها دون رضاها أو دون سبب شرعي، تستحق إضافة لنفقة العدة متعة تقدر بنفقة سنتين على أن يراعى في تقديرها حال المطلق يسرا أو عسرا، وظروف الطلاق ومدة الزوجية ويجوز أن يكون مبلغ المتعة على أقساط"،³ والعبرة في استحقاق المطلقة للمتعة هو الطلاق أيا كان نوعه باعتباره واقعة قانونية منشئة للالتزام الزوج بدفعها وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية.⁴

وعليه فكل مطلقة تستحق نفقة المتعة من مال زوجها ويجب عليه أن يتحمل ذلك، وعلى القاضي أن يحكم بها ويحددها إجمالا مراعى في ذلك حال كل من الزوج والزوجة ومدة الحياة الزوجية، وكذا أسباب الطلاق عند تقديرها وليس على مدى تعسف الزوج في توقيع الطلاق، وهو ما أخذ به المشرع المغربي وأخرج الطلاق غير المبرر من دائرة التعسف، وبالتالي فإن تقدير المتعة يختلف عن تقدير التعويض فالتعويض تقدر بحال الزوجين والتعويض يقدر بحسب جسامته الضرر، فيما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأنه: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الحاصل لها من جراء طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية".⁵

هناك من يعتبر أن مصطلح "نفقة المتعة" ليس من الفقه في شيء كما أنه غير وارد في القانون وإنما نص على أن المطلقة تستحق فوق نفقة عدتها "متعة" تقدر بنفقة سنتين، كما أن المتعة لا تستحق ولا تقدر إلا بعد أن يكون الطلاق بائنا، وهذا يعني أنها لا تعطى لزوجات ولا المطلقات رجعيا كما رأينا وذلك راجع إلى أنها ليست بنفقة.⁶

¹ سورة النساء، الآية 20.

² شمس الدين السرخسي، ج 6، المرجع السابق، ص 61.

³ قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 100 لسنة 1985.

⁴ قرار محكمة النقض المصرية ذكره محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 296.

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/01/27، الملف رقم 39731، المذكور سابقا.

⁶ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 75.

ثالثاً: نفقة الإهمال

تعد نفقة عدة المطلقة واجبة من يوم النطق بالطلاق إلى غاية انقضاء عدتها أما ما تعلق بنفقتها قبل النطق بالطلاق فتسمى نفقة الإهمال، وسميت كذلك لأن الزوج يهمل زوجته في المدة التي تسبق الحكم بالطلاق، ولا يمكن للقاضي الحكم بها من تلقاء نفسه وإنما على الزوجة أن تطالب بها وعليها أن تثبت ذلك، جاء في نص م 80 من ق.أ: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

نلاحظ من خلال استقراء نص المادة بأن استحقاق النفقة يكون من تاريخ رفع الدعوى أمام القضاء كأصل عام، استثناءً يمكن أن يحكم للزوجة بنفقة الإهمال إذا ادعت بأنه لم يكن ينفق عليها وقدمت دليلاً لذلك، إذ أنها ليست مفترضة على أن لا تتجاوز المدة سنة قبل رفع دعوى الطلاق، وتحرم المرأة من نفقة الإهمال إذا كان نشوزها ثابتاً،¹ غير أنه من خلال نص م 37 المعدلة² بموجب الأمر رقم 05-02 قد تخلى المشرع عن ذكره لحالة النشوز واكتفى بالنص عليه ضمن م 55 ق.أ، على أنه يحكم بالطلاق والتعويض في حال نشوز أحد الزوجين دون أن يذكر بأن النفقة تسقط بنشوز الزوجة، وكذا م 61 من ق.أ أن لها النفقة في عدة الطلاق، جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه: "من المقرر قانوناً أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يقضي باستحقاقها بناءً على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".³

رابعاً: الفرق بين استحقاق المتعة والنفقة

1- إستحقاق النفقة للزوجة بعد رفع دعوى الخلع وقبل إقرار الحكم بالطلاق⁴

بناءً على الخلع قد تكون الزوجة قد تنازلت عن جميع حقوقها وما النفقة إلا من ضمن هذه الحقوق الزوجية وبالتالي لا يكون من حقها المطالبة بالنفقة لسقوطها بحكم القانون، فيما يرى ابن حزم عدم جواز الخلع مقابل تنازل المرأة عن نفقة حملها أو رضاع أولادها، وأن كل ذلك باطل كونه غير معلوم كما أنه لم يجب لها بعد فمخالعتها بما

¹ عماري نور الدين، المرجع السابق، ص. 334.

² حررت بموجب القانون رقم 84-11 كما يلي: "يجب على الزوج نحو زوجته: - النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها - العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة".

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 57506، م.ق، ع 3، 1991، ص. 65.

⁴ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص. 177 وما يليها.

لا تملك باطلة، كما أن استحقاق المختلعة للنفقة تجب في عدتها إذ أن نفقة العدة لا تسقط عن المختلعة وتدخل في ذلك كل مشتملاتها من كسوة وعلاج وسكن، وفي المقابل لا يسقط عن الزوج كذلك ما بقي عليه من صداقها.¹ فيما يرى المالكية أن الزوجة المطلقة خلعا لها الحق في السكن فقط مدة عدتها فيما لا نفقة لها إذا كانت غير حامل بينما إذا كانت حاملا فلها النفقة إلى أن تضع حملها، ويظهر موقف المشرع الجزائري من خلال نص م 61 من ق.أ بأن لكل المطلقات الحق في النفقة والسكن أثناء العدة مهما كان نوع الطلاق تطبيقا للفقهاء المالكية.²

2- إستحقاق المتعة للزوجة بعد الحكم لها بالخلع

إستحقاق المتعة كأصل عام تكون بالطلاق الواقع من الزوج ولا يدخل في حكمها التطليق والخلع من القاضي، وقد دلت على ذلك عبارة "إذا طلقها زوجها" المذكورة ضمن نص م 18 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المذكور سابقا، لأن هذه العبارة مقررة للوضع الشرعي من أن الطلاق ملك للزوج وحده دون سواه وأن الضرر المعنوي الذي تتعرض له الزوجة من جراء ذلك الطلاق يوجب تمتيعها، ولا يعتبر عقد الزواج سببا لاستحقاق المتعة وإن كان من بين الآثار المترتبة عنه، وإنما السبب المباشر لاستحقاق المتعة هو وقوع الطلاق على الزوجة دون رضاها ودون سبب منها.

نشير في هذا الصدد إلى أن حكم المحكمة يكون بعد الدخول إذ أنه قبل الدخول يعد فسخا وليس طلاقا وبالتالي تتغير أحكامه، إذ أن المتعة تعد واجبة للمطلقة قبل الدخول ولم يسمى لها صداقا وهو رأي جمهور الفقهاء فيما يرى الشافعية بأن المتعة واجبة مطلقا لكل مطلقة، سواء قبل الدخول أو بعده باستثناء المطلقة قبل الدخول وقد سمي لها صداقا، كما يكون حق المطلقة في المتعة مطلقا سواء كان الطلاق تعسفيا بالمفهوم القانوني بغير مبرر أم كان على الوجه الشرعي، حيث يجب التفرقة في هذا الصدد بين طلب المرأة التطليق للضرر الذي يوجب لها المتعة وبين طلب المرأة الفرقة عن طريق الخلع أو الطلاق على مال فلا تجب لها في هذه الحالة المتعة.³

فالأصل أن لا متعة للمرأة التي اختارت الفراق بخلع أو طلاق ويقول البعض بأن الزوجة برفعها دعوى الخلع فقد أقرت على نفسها النشوز، وأن حقوقها بالمتعة والنفقة إنما هي بمثابة تعويض لجبر خاطرها ولا تسقط إلا بالنشوز

¹ حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 127-128.

² الإمام سحنون ابن سعيد، المرجع السابق، ص. 243.

³ أحمد ذيب، المرجع السابق، ص. 234-235.

وإذا أثبتت بأنها تعرضت لضرر مادي أو معنوي دفعها لطلب الخلع، وبالتالي تستحق التعويض جبراً لها عما أصابها من ضرر.¹

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية للزوج عن عدم تسديد دين نفقة الطلاق

التسديد كأصل عام هو الوفاء بالإلتزام إذ أن تأخر المدين عن تنفيذ ما إلتزم به بموجب العقد أو امتناعه عن تنفيذه يعتبر بمثابة خطأ عقدي يترتب المسؤولية العقدية، ويستوي في ذلك أن يكون الخطأ عمدياً أو بسبب الإهمال ويقع على الدائن إثبات وقوع الخطأ العقدي من المدين سواء بالإمتناع عن تنفيذ الإلتزام الكلي أو الجزئي أو التأخر في التنفيذ،² كما أن الإعذار لا يتصور إلا في الإلتزامات التعاقدية فلا ضرورة للإعذار حيث يكون محل الإلتزام تعويضاً عن فعل ضار أو عمل غير مشروع، ومفاد ذلك أن المدين يكون مخطئاً لذلك تم إعفاء الدائن من طلب الإعذار.³

غير أنه يجب في هذا الصدد معرفة طبيعة الإلتزام بالنفقة الذي يختلف عن الإلتزام بتنفيذ العقد، كما يجب التفرقة في هذا الصدد بين إعسار الزوج أو عدم إعساره أي تعمد عدم دفع النفقة، ففي الحالة الأولى من باب أولى أن يتم اللجوء مباشرة إلى آلية الضمان عن طريق صندوق النفقة، أما في الحالة الثانية فيتم اللجوء لوسائل التنفيذ المدنية من إعذار وحجز ولآلية الإقتطاع التلقائي أو المباشر والغرامة التهديدية واستبعاد المتابعة الجنائية للزوج عن جنحة عدم تسديد النفقة.

- الحالة الأولى: إمتناع المدين عن الدفع ويكون ذلك الإمتناع عمدياً عن تنفيذ الحكم القضائي المشمول بالنفاذ المعجل الذي يقضي دفع النفقة وفق ما نصت عليه م 57 مكرر من ق.أ.
- الحالة الثانية: عجز المدين عن الدفع أو إعساره وهو يعني عدم كفاية مكاسب المدين للوفاء بديونه، إذ أنه يختلف عن مفهوم الإفتقار والإنعدام وكذا المماثلة في المعنى المدني، أو التوقف عن الدفع والإفلاس في المعنى التجاري،⁴ ويكون ذلك وفق عذر شرعي مقبول كأن تكون أموال المدين غير كافية لسداد دينه، ويتحقق العجز عن دفع النفقة لمانع جدي كإصابته بأمراض مزمنة وخطيرة كما يشمل كذلك العجز الجسدي والذهني، إذ أن أصحاب هذه الحالات يتم إعفاؤهم من أداء النفقة حتى إنها في بعض الحالات قد تنتقل إلى الأم إذا كانت موسرة أو عاملة

¹ منال محمود المشني، المرجع السابق، ص. 179.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 311.

³ محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص. 55.

⁴ علي كحلون، المرجع السابق، ص. 856.

إعمالاً لنص م76 من ق.أ.¹ وهو ما استقر عليه قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه أن: "العسر المعتبر قانوناً يجب أن يكون مؤسساً على مبرر شرعي وأنه ليس للزوج الإحتجاج بالعسر الناجم عن سوء السلوك أو الكسل أو الإهمال أو السكر، وأن يسر الزوجة وحده عذر غير كافٍ لنقل واجب النفقة من الأب إلى الأم إذا لم يشفع بمبرر جدي".²

أولاً: طبيعة المسؤولية المدنية عن عدم تسديد دين نفقة الطلاق

لطالما كانت المسؤولية المدنية من خلال القواعد العامة للقانون المدني تنقسم إلى عقدية وتقصيرية: الأولى تنشأ عن الإخلال بالتزام تعاقدى فتغير أثراً للإلتزام ومسؤولية شخصية يعرف الأطراف أحدهما الآخر فإذا لم ينفذ أحد المتعاقدين لإلتزامه، فإنه يترتب عن ذلك إما المطالبة بالتنفيذ العيني إن كان ممكناً أو طلب فسخ العقد إلى جانب مطالبته بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، والثانية تنشأ عن الإخلال بالتزام قانوني وقد تم تنظيم المسؤولية التقصيرية ضمن مصادر الإلتزام في حين نظم المشرع المسؤولية العقدية ضمن آثار الإلتزام، بينما المسؤولية المدنية عن عدم تنفيذ الحكم القضائي الملزم بأداء النفقة التي نحن بصدد دراستها، يعد الإلتزام فيها من جهة قانوني مصدره عقد الزواج سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعدها، أما في حالة الطلاق فإن نفقة المطلقة من (عدة ومتعة وسكن وكذا نفقة الأولاد المحضونين) ترتبط بآثار عقد الزواج من جهة وبنص القانون من جهة ثانية. وبالتالي فإن مصدر هذا الإلتزام ليس اتفاق بين الزوجين ولا فعلاً ضاراً بل مصدره هو نص القانون وأحكام الأسرة، ومع ذلك تنطبق عليه آلية التنفيذ المدني المقررة من خلال القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية، لكن هذه المسؤولية المدنية لا تخضع بالمعنى العام لركائز المسؤولية العقدية أو التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة السببية وإنما هي مسؤولية "إلتزام بتنفيذ حكم قضائي" أكثر منها تعويض عن ضرر، وبالتالي فإن مسؤولية الزوج عن عدم دفع نفقة الطلاق ليست عقدية بحتة لأن الإلتزام بالنفقة ليس وليد الإرادة التعاقدية، كما أنها ليست تقصيرية محضة لأنها لا تقوم على فعل ضار بمفهوم نص م124 من ق.م، وإنما هي امتناع عن تنفيذ التزام قانوني أو قضائي كما يرى المشرع المغربي في نص م191 من مدونة الأسرة المذكورة أدناه.

وبالتالي فهي مسؤولية مدنية خاصة مصدرها القانون إذ أن الدين فيها مصدره القانون وعندما يحكم به يصبح قضائياً ثابت واجب التنفيذ، ومع ذلك فإنها تخضع لنفس إجراءات المسؤولية المدنية العامة في التنفيذ مع خصوصية إمتياز دين النفقة وأولوية تحصيلها، وقد تم في هذا الصدد اقتراح وضع قانون الإجراءات المدنية الخاص بتحصيل

¹ جاء في القرار ما نصه: "لا تنتقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما كان لها دخل"، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2007/03/09 الملف رقم 390381، م.ق، ع2، 2008، ص.295.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2000/12/22، الملف رقم 237148، م.ق، ع1، 2001، ص.284.

النفقة مستقل بذاته ومختلف عن الإجراءات العادية، كما هو معمول في التشريع الفرنسي تخص فكرة الإقطاع المباشر كآلية إدارية جاءت واضحة لخضوعها لقواعد التنفيذ المدني، فإذا امتنع الزوج عن التنفيذ رغم صدور الحكم فالوضع هنا ليس فسخ حق ولا تعويض عن فعل ضار، وإنما هو حالة امتناع عن تنفيذ حكم قضائي والزوج في هذه الحالة لا ينازع في الأصل أي وجود التزام، وإنما هو يقوم بعملية عرقلة التنفيذ من خلال إما امتناعه أو تأخره مما ينتج ضررا عن ذلك.

والإلتزام القضائي يكون فيه حكم القاضي هو مصدر للإلتزام ومنشأ له وفق فكرة التجديد الضروري في المسؤولية المدنية ومفادها حلول إلتزام محل إلتزام آخر كان في الأصل إلتزام عقدي، ومنطوق نظرية الإلتزام القضائي تعني أنه في الحالات التي يقوم فيها القاضي بتعديل العقد بما له من سلطة تقديرية وبمقتضى تفويض صريح من القانون، فإنه يقوم بتجديد التزامات يترتب عنها إنقضاء الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد وإنشاء إلتزامات جديدة تحل محلها مصدرها حكم القاضي ويكون في هذه الحالة حكمه منشأ ومصدرا للإلتزام، وقد لا ينقضي الإلتزام الأول والأثر التجديدي في هذه الحالة يقتصر على إنشاء حالة قانونية جديدة نتيجة الحكم وبسبب فكرة الجزاء وبالتالي فإنه لا يؤثر في جوهر الإلتزام السابق.¹

ثانيا: وسائل وقواعد التنفيذ المدني لدين نفقة المطلقة

دين نفقة المطلقة تخضع لنفس أحكام الديون العادية مع وجود بعض الإمتيازات وغايتها ضمان التحصيل الفعلي للحق في النفقة من خلال الإلجبار المدني، بدلا من اللجوء للإلجبار الجزائي أو الإكراه البدني أي المسؤولية الجنائية، حيث يتم اللجوء للإكراه البدني كآخر حل عندما لا تفيد جميع الوسائل وهو ما يعرف بالسلطة الواقعة على جسد المدين كنتيجة لعدم تنفيذه لإلتزامه، والتنفيذ يعني اقتطاع حق الدائن المترتب في ذمة مدينه والأصل فيه أن يكون عينا بأن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به، وإذا استحال ذلك أو أدى إلى إرهابه أو أنه قد كان هناك اتفاق بين الطرفين على كيفية التنفيذ صراحة أو ضمنا في العقد تحول أثر الإلتزام إلى التنفيذ بمقابل.²

والتنفيذ إما يكون اختياريا أو جبريا ويكون إما عينا أو بمقابل فلكل التزام مدني جانب من المديونية وجانب من المسؤولية، وتحمل المديونية إلى إمكانية الوفاء وتحمل المسؤولية إلى إمكانية الإلجبار على التنفيذ، ومن المفترض أن يتم الوفاء بصورتين: إما من تلقاء نفس المدين وإذا تخلف عن ذلك أو امتنع أجبر قضائيا بواسطة السلطة العامة وهو

¹ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مصدران جديان للإلتزام الحكم والقرار الإداري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.356-376.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، المرجع السابق، ص.754.

ما يسمى بالتنفيذ الجبري، وهذا النوع من التنفيذ ما يتولى القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية تنظيمه، إذا لم يوف المدين إلتزامه طوعاً أمكن غصبه قضاءً لكن لا يمكن اللجوء لذلك إلا بعد المرور بمراحل من بينها إعدار المدين ومن ثم استعمال وسائل الجبر الممكنة، ومن بينها نجد الحجز التحفظي والغرامة التهديدية وتعتبر وسائل ضغط على المدين حتى يوفي بإلتزامه، إذ أنه لا يمكن مباشرة التنفيذ الجبري إلا بعد إنذار المدين في الحالات المنصوص عليها قانوناً ووفق الإجراءات المبينة.¹

بينما لم يخصص المشرع الجزائري إجراءات للنفقة باعتبارها من الديون الممتازة التي تختلف عن الديون العادية الأخرى في لزوم النظر فيها بطريقة استعجالية مثلما فعل كل من المشرع الفرنسي والمغربي، وإنما تم إخضاعها لوسائل التنفيذ العامة التي تأخذ وقتاً طويلاً في التطبيق، وبالتالي فإن المسؤولية عن عدم تسديد دين النفقة يخضع لنفس الإجراءات، من أهلية وإعدار والإثبات والإعفاء والحجز التحفظي والغرامة التهديدية والإختصاص القضائي وغيرها.

- حيث يجب أن يكون هناك التزام محدد وامتناع عن التنفيذ
- كما يجب توافر الضرر اللاحق بالمطلقة في حالة عدم التنفيذ
- تخضع للتعويض المدني الإضافي حيث يمكن الحكم للمطلقة بتعويض عن الأضرار اللاحقة بها فعليا من التأخر في التنفيذ.
- من حيث المصدر يختلف مصدر الإلتزام بعدم تنفيذ دين النفقة إذ أن مصدره لا يكون عقداً ولا فعلاً ضاراً لذلك تعتبر هذه المسؤولية خاصة أو كما تسمى بالمسؤولية التنفيذية.

- دين النفقة يعد ذو طبيعة مستمرة ودورية أي شهرياً أو دورياً ما يجعل لها أولوية في التنفيذ.
- وبالرجوع للقواعد العامة للقانون المدني فإن الإمتناع عن التنفيذ عادة ما يثير فكرة المسؤولية عن عدم تنفيذ عقد "أي الدفع بعدم التنفيذ"، ما يمنح للدائن حق اللجوء إلى وسائل التنفيذ عن طريق الإعدار القضائي، الغرامة التهديدية، والحجز التنفيذي... الخ، أما فيما يتعلق بالنفقة فإنها تطبق نفس الإجراءات لكن مع وجود حماية أكثر يعني ذلك بالإضافة لتلك الوسائل فإنه يمنح للدائن ما للنفقة من إمتياز وضمانات في تحصيل حقه.

1- الإعدار أو الإنذار:

تنص المادة 164 من ق.م.بأنه: "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ إلتزاماته تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً"، يفهم من نص المادة أن هناك أربع شروط للحكم بالتنفيذ عينياً:

¹ علي كحلون، المرجع السابق، ص. 801-805.

- أن يكون التنفيذ العيني ممكناً
 - أن لا يكون التنفيذ العيني فيه إرهاق للمدين
 - أن لا يكون فيه مساس بشخص المدين متى كانت شخصيته محل إعتبار كالطبيب والمحامي
 - أن يطلب الدائن تنفيذ الإلتزام بعد إعدار المدين
- وسنحاول شرح الشرط الأخير لما فيه من أهمية بالنسبة لإجراءات تنفيذ دين نفقة الطلاق:
- إذ أن الإعدار هو حالة قانونية يكون فيها المدين ممتنعاً عن الوفاء بإلتزامه أو مقصراً فيه ويعتبر المدين متمطلاً إن هو تأخر عن الوفاء بإلتزامه لسبب غير مشروع، وبالتالي فإن الحكم بإعدار المدين هو بمثابة وضعه قانوناً في حالة التأخر في التنفيذ، ولكن لا يعتبر كذلك إلا بعد إعداره طبقاً لنص م 180 من ق.م، والتي تنص على أنه: "يكون إعدار المدين بإذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في القانون كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".
- جاء في قرار للمحكمة العليا ما نصه: "من الثابت قانوناً أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد إعدار المدين ولما تبين من قضية الحال، أنه لم يتم توجيه إعدار مسبق كما اشترطته م 180 من ق.م، فإن القضاة بتجاهلهم لذلك قد عرضوا قرارهم للطعن بالنقض"،¹ أو ما يقوم مقام الإنذار وهو صحيفة الدعوى إذ أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر إعداراً، محضر الحجز أو أي وثيقة رسمية تعلن للمدين ويتضح فيها وبجلاء أن الدائن يطلب التنفيذ وقد صح ما يقال: "قد أعذر من أنذر".²

2- الحجز التحفظي على أموال المدين:

الحجز التحفظي يعني وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية تحت سلطة القضاء ومنعه من التصرف فيها ويقع الحجز على مسؤولية الدائن، ومفاد ذلك حرمان المدين أو المنفذ عليه من حق التصرف في الملكية وحتى وإن تصرف يعد تصرفه غير نافذ، وهو ما جاء في نص م 646 من ق.إ.م.إ: "الحجز التحفظي هو وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيها ويقع الحجز على مسؤولية الدائن"، ومن شروط الحجز التحفظي حسب نص المادة: (أن يكون الدين محققاً، حال الأداء، أن تتحقق الخشية من ضياع أو تلف

¹ المحكمة العليا، غ.م، 2000/01/12، الملف رقم 206796، م.ق، ع 1، 2001، ص.110.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.54. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، المرجع السابق ص.831.

حقوق المدين المالية، وأخيرا أن يكون المال قابلا للحجز عليه طبقا لنص م 647 من ق.إ.م.إ.¹ وتشمل هذه الأموال كل من العقارات والمنقولات الأجور والرواتب، بينما هناك أموال لا يمكن الحجز عليها، وأموال المدين القابلة للحجز عليها هي التي جاء ذكرها في نص م 775 من ق.إ.م.إ. وتبقى السلطة التقديرية للقاضي، وباعتبار دين النفقة من الديون الممتازة فإنه يمكن الحجز حتى على الأموال التي قد لا يتم الحجز عليها عادة مثل الأجور وهو ما ورد ضمن نص م 777 من ق.إ.م.إ.²

3- الغرامة التهديدية:

هي وسيلة للضغط على المدين والتغلب على عناده وحمله على الوفاء بدينه كإجراء تهديدي إذا كان قادرا على ذلك ولم يمثل جراء تماطله أو امتناعه عن الدفع وهي وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري، ويبقى الإكراه المالي أحسن من الإكراه البدني في تحصيل دين النفقة وهو ما ورد في نص م 174 وم 175 من ق.م، صورته أن يلزم القاضي المدين بتنفيذ إلتزامه وبمهله لذلك مدة زمنية، وإذا تأخر عن الوفاء عمدا ألزمه بدفع غرامة عن كل يوم أو شهر أو سنة تأخير وذلك متى ما كان التنفيذ ممكنا، والغرامة التهديدية لا تعد تعويضا ولا تقاس بمقياس الضرر ولا يتوقف ذلك عليه إطلاقا وهي إجراء وقفي، حيث نقترح على المشرع الجزائري فرض غرامات إضافية عند كل يوم تأخير في تسديد النفقة تصب لصالح صندوق النفقة.

4- آلية الإقتطاع التلقائي أو المباشر Paiement direct:

النفقة تعد من الديون الممتازة لذلك فهي تخضع لإجراءات تنفيذ خاصة من بينها نجد الإقتطاع المباشر من الرواتب والأجور، مما يمنح الحق في اللجوء للحجز السريع مباشرة دون إجراءات مطولة، ويكون ذلك عن طريق إخطار الطرف الثالث قانونا (صاحب العمل أو البنك)، يطلب منه أن يدفع المستحق مباشرة وليس للمدين ويتم تحميله جزءاً من المسؤولية، كما قد يكون الدفع على أقساط عادة ما تقدر المدة ب 12 شهرا.³

¹ الفرق بين الحجز التحفظي والحجز التنفيذي يكمن في أن الأول يخول للدائن حتى ولو لم يكن له الحق في التنفيذ الجبري، أي إن لم يكن له سند تنفيذي، بينما الثاني يجب أن يكون للدائن فيه السند التنفيذي، عمار بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية، ج2، ط1، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص.83-84.

² م 775 من ق.إ.م.إ.: "لا يجوز الحجز على الأجور والمداحيل والمرتبات إلا بموجب سند تنفيذي وفي حدود النسب المذكورة في م 776". وم 777: "يجوز الحجز على الأجر أو المرتب بقيمة النفقة الغذائية، إذا كان الدين المحجوز من أجله يتعلق بنفقة غذائية للقصر أو الوالدين أو الزوجة أو كل من تجب نفقتهم قانونا ...". القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية، ج.ر، ع21، الصادرة بتاريخ 22/04/2008.

³ Art 213/04, Loi n° 2019- 1446, du 24/12/2019, la procédure de paiement direct.

كما يراعى في حالة كان للمدين عدة حسابات بنكية فإنه يخضع للحماية بأن يكون الحد من دخله محفوظا وغير قابل للإقطاع، كما يمكن أن يتعرض للغرامة التهديدية إذا تبين أنه امتنع عمدا عن عدم التسديد أو قدم معلومات كاذبة عن مصدر دخله أو استعمل طرقا إحتيالية للتهرب عن التنفيذ هذا بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1973،¹ أما فيما يخص المشرع المغربي فقد استحدث نص م 191 من المدونة لسنة 2014، والتي تنص على أنه: "تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه أو اقتطاع النفقة من منبع الربيع أو الأجر الذي يتقاضاه، وتقرر عند الإقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة...". بالرغم من أنه أخذ بآلية الإقطاع المباشر إلا أنه لم يخص النفقة بقانون مستقل مثلما فعل المشرع الفرنسي وإنما بقي يخضعها للقواعد العامة المتعلقة بالتنفيذ في ق.إ.ع والمسطرة المدنية مثلما هو عليه المشرع الجزائري، إلا أن هذا الأخير قد تدارك الوضع مؤخرا حين أوقع تعديلات على صندوق النفقة تخص ضمانات تحصيلها نجده قد طبق بطريق ضمنية آلية الإقطاع التلقائي، لكن ليس مباشرة كما فعل المشرع الفرنسي وإنما بقيت تخضع لقانون الإجراءات المدنية ولا تخص بالذكر النفقة على وجه الخصوص وإنما جاءت بطريقة عامة.

لذلك نقترح على المشرع الجزائري وضع إجراءات خاصة بالنفقة لما لها من إمتياز وأولوية على باقي الدائنين من خلال التعويض التلقائي والتدخل الإستعجالي من الصندوق، في حالة امتناع الزوج عن التنفيذ بدل انتظار دعاوى التنفيذ العادية التي تطول دون تحصيل النفقة، ويكون ذلك من خلال فرض الإقطاع المباشر والتلقائي من الأجور على أساس حكم أولي كآلية تعويض فورية، ومن ثم حق رجوع الصندوق على المدين بالإضافة لفرض غرامات تهديدية عن كل يوم تأخير، وبالتالي تفعيل صندوق النفقة كآلية مدنية بحتة أي الإكراه المالي دون اللجوء للطريق الجنائي والإكراه البدني الذي لا فائدة منه وإلزام الزوج بالدفع، بحيث يعتبر الضامن المدني الذي يمكنه اقتطاع الأموال مباشرة من مصدرها للزوج الممتنع عمدا عن عدم دفع النفقة.²

الفرع الثالث: الضمانات المدنية لتحصيل المستحقات المالية بعد الحكم بالطلاق

الطرف الضعيف في العلاقة وهو الزوجة إذ أنه في حالة عدم الإنفاق عليها مثلا فهي تكمن غايتها في الحصول على النفقات المالية، أفضل من حصولها على إنهاء العقد أو معاقبة الزوج المدين بالحبس ومن ثم يطلق سراحه لتظل المرأة في حالة عوز، وتبقى مصالح الأبناء والزوجة في مهبط الريح وقد تمتد لسنوات فإذا كان الهدف

¹ Loi n° 73- 05 du 02/01/1973, Code des procédures civiles d'exécution, Art : 213/01, 213/06 213/13, Légifrance, Loi n° 2021- 1754, du 23/12/2021, modifié

² Ph. Malaurie et L. Aynès, cours de droit civil, les obligation, in revue internationale de droit comparé, vol. 38, n°3, 1986, P.979- 981.

الذي يرتضيه كل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية هو تنفيذ واستمرارية العلاقة، فمن غير المنطقي إنهاء العلاقة التعاقدية على وجه يضر بمصلحة المتعاقد الضعيف في العقد دون تقوية تلك العلاقة، وإدراج قواعد قانونية تضمن السير الحسن للعلاقة الزوجية واعتماد جزاءات أخرى توفر حماية أكثر، تتمثل هذه الجزاءات في (عدم النفاذ أو انعدام الأثر أو السقوط).¹

ويتمثل الجزاء المترتب عن عدم الوفاء بالإلتزامات الزوجية في الدفع بعدم التنفيذ حيث يجوز للزوجة أن تحبس نفسها عن زوجها، وتستعمل ذلك كوسيلة للضغط عليه حتى ينفذ إلتزامه، وإن لم يفلح الدفع بعدم التنفيذ في إلزام الزوج بالوفاء يكون للزوجة حينها اللجوء لطلب التطليق، ولكي يترتب الدفع بعدم التنفيذ أثره المتمثل في تعطيل نفاذ العقد دون فسخه، مع بقاء العقد قائماً وواجب النفاذ على أن يكون هناك عقد ملزم لجانبيين، وأن يكون الإلتزام المحبوس إلتزاماً يتأخر تنفيذه عن الإلتزام المقابل حتى يستطيع المتعاقد الأول أن يوقف تنفيذ إلتزامه دون أن يتحلل منه، وإنما يستعمل ذلك كوسيلة ضغط ليستوفي حقه في ذمة المتعاقد الآخر، وقد أعطى الفقه الإسلامي للزوجة حق الحبس الذي يعتبر مبدأ ثابتاً خصوصاً فيما يتعلق بتحصيل المستحقات المالية، وخير مثال على ذلك أنه في حالة اشترطت الزوجة تعجيل صداقها والزوج لم ينفذ ذلك الإلتفاق فقد أحاط الفقه الإسلامي للمرأة حفظ حقوقها في المهر وأجاز لها حق حبس نفسها عن زوجها، بأن تمنع الزوج من الدخول بها حتى تستوفي حقها نفس الشيء بالنسبة للنفقة.²

فبدل إنهاء الرابطة الزوجية في حالة عدم الإنفاق والحكم بالتطليق وفرض نفقات جديدة على الزوج هو في الأصل كان عاجزا عن تسديدها، يقول بن شويخ الرشيد بأن: "هذا ما يدعوا للغربة في القانون الجزائري ونحن لا نعني أن الزوجة لا تملك الحق في الطلاق لسبب عدم الإنفاق، وإنما نقصد تقديم النفقة والرعاية المادية على الطلاق لأن هذا الأخير إنما يضرها أكثر هي وأولادها"،³ أما إذا ما تم الحكم بالطلاق فما هي الضمانات القانونية الممكنة التي تلجأ إليها الزوجة في تحصيل مستحقاتها المالية؟

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 523.

² بن عصمان نبيلة، الإشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته، وقائع أعمال الملتقى الوطني حول الإشكالات القانونية والقضائية لأحكام قانون الأسرة وسبل حلها، المركز الجامعي بركة، الجزائر، بتاريخ 2022/12/13، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والإقتصادية، برلين، ألمانيا، ص. 99.

³ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 148.

أولاً: ضمانات تحصيل دين نفقة الطلاق

بانقطاع الزوجية تصبح النفقة ديناً مدنياً من المفترض أنه لا يشكل أساساً للمتابعة الجنائية، وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "ليس بالضرورة أن يكون تاريخ سريان النفقات من يوم رفع الدعوى، ويجوز للقاضي أن يحكم بها بأثر رجعي من تاريخ خروج الزوجة من البيت الزوجية، وأن العلاقة الزوجية قد انقطعت بسبب الطلاق فإن النفقة المحكوم بها لفائدة المطلقة تصبح ديناً يتعين تنفيذ الحكم للحصول عليه ولا تشكل أساساً للمتابعة الجزائية"¹، وبالتالي فإن المطلقة التي تستحق النفقة وتعتبر نفقتها ديناً من تاريخ الحكم بالطلاق البائن، ولذلك نقترح أن يتم استبعاد مسؤولية الزوج الجنائية والإكتفاء بإدراجها ضمن جريمة الإهمال العائلي ومواصلة الإجراءات المدنية في تحصيل دين النفقة.

قلنا فيما سبق بأن الديون المستقلة المستحقة على كل من الزوجين تنقضي إما بالوفاء بها، وهو الطريق الطبيعي لإنقضاء الإلتزام أو بما يعادل الوفاء أي إما بمقابل أو عن طريق التجديد أو الإنابة أو عن طريق المقاصة أو من غير الوفاء بها عن طريق الإبراء أو التقادم المسقط، غير أن دين نفقة الطلاق لا يسقط بالتقادم، ولا يقبل الحجز لدى الغير، لا يقبل الصلح، لا يقبل المقاصة، وهو دين ممتاز، ويكون مشمولاً بالنفاذ المعجل.

1- التقادم المسقط:

يعد التقادم المسقط من أسباب إنقضاء الإلتزام ويقصد به عدم سماع الدعوى بعد مرور مدة محددة قانوناً عن نشأة الحق للمطالبة به، وقد نظمته المشرع الجزائري من خلال المواد 308 لغاية م322 من ق.م، جاء في قرار للمحكمة العليا بأن: "طلب توابع الطلاق يخضع للتقادم المسقط لمدة 15 سنة طبقاً لنص م308 من ق.م"²، وقد قلنا بأن النفقة دين في ذمة الزوج لا تسقط بالتقادم أي لا تسقط بمرور مدة محددة، فيما لم يشر لذلك المشرع الأسري الجزائري باستثناء نفقة الإهمال التي حددت بمدة سنة قبل رفع الدعوى، فإذا تم ترك المطالبة بها لسنوات ثم تطالب بها مرة واحدة فإن ذلك يؤدي لإرهاق الزوج، بخلاف المشرع المغربي الذي نص في م195 من المدونة على أنه: "يتم الحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق ولا تسقط بالتقادم"، وهو نفس الحكم الذي

¹ المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، 1993/11/23، ملف رقم 102548، م.ق، ع2، 1994، ص.282.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2006/05/17، ملف رقم 362531، م.ق، ع2، 2006، ص.455.

ورد في مجلة الأحوال الشخصية التونسية ضمن الفصل 42 منها: "لا تسقط نفقة الزوجة بمضي المدة"، وهذا الحكم أجمع عليه المالكية والشافعية والحنابلة¹ حيث أن النفقة عندهم لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء أو بالوفاة.²

2- حجز ما للمدين لدى الغير:

دين النفقة من الديون التي لا يجوز الحجز عليها لدى الغير بخلاف القاعدة العامة في القانون المدني التي تحكم بأن "جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه" ضمن نصوص المواد 189 وما يليها، فإن ذلك لا ينطبق على النفقات خصوصا إذا تعلق الأمر بنفقة الزوجة أيا كان نوعها، فإذا كانت الزوجة مثلا مدينة بالنفقة ومن جهة أخرى مدينة للغير بمبلغ مالي فلا يمكن لهذا الغير أن يحجز على مال النفقة لدى الزوج، والسبب في ذلك يكمن في أن النفقة قد فرضت للزوجة من أجل الحالة المعيشية، وبالتالي يجب أن تتحصل عليها حتى يتحقق هذا الهدف دونما النظر لظروفها المادية أو ديونها لدى الغير، وهو نفس التوجه الذي ذهب إليه المشرع المغربي،³ وبخلاف الزوج فإن الزوجة يمكن لها حجز المبلغ المالي من الغير إن كان للزوج دين لدى الغير حتى وإن كان غائبا.⁴

3- الصلح:

الصلح تناولته نصوص المواد من 459 لغاية م466 من ق.م، وجاء في م459 منه بأن الصلح: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه" والصلح في النفقة هو الآخر لم يخصه المشرع الجزائري بنصوص خاصة، فيما نجد المشرع المغربي قد نص من خلال الفصل 1102 من ق.إ.ع على أنه: "لا يجوز الصلح على النفقة وإنما يجوز الصلح على طريقة أداء النفقة أو أداء أقساطها المستحقة فعليا".

4- المقاصة القضائية:⁵

تعتبر المقاصة القضائية سبب من أسباب انقضاء الإلتزامات المتقابلة وصورتها أن يكون الشخص دائنا ومدين في نفس الوقت لشخص آخر، جاءت في القواعد العامة للقانون المدني ضمن نصوص المواد من 297 لغاية

¹ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.514. محمد نعيم محمد هاني ساعي، المرجع السابق، ص.793.

² محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.291.

³ محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص.536-537.

⁴ الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.20.

⁵ يتم اللجوء للمقاصة القضائية إذا لم تتوافر شروط المقاصة القانونية، وهي خمسة شروط: أن يكون كل من الدينين متقابلين، أن يكون كل من الدينين متماثلين، أن يكون الدين غير متنازع عليه، أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء، وأخيرا أن يكون كل من الدينين صالحين للمطالبة القضائية وهو ما نصت عليه م297 من ق.م.

م303 كأحد الضمانات الجائزة بين أصحاب الديون، وصورتها في قانون الأسرة أن تكون الزوجة مدينة لزوجها بدين نفقة، ولضمان حصولها على حقها لا بد أن لا يتم قبول تمسك الزوج بالمقاصة بين نفقة الزوجة ودين الزوج إلا فيما زاد عن ما يكفيها أو أنها هي من قبلت بذلك، كما أن دين نفقة الزوجة من الديون الممتازة التي تخولها مزاحمة باقي الدائنين إن كان مال الزوج لا يكفي لسداد جميع ديونه، وهو ما ذهب إليه المذهب الحنفي وما تبنته القوانين العربية،¹ حيث يرى الحنفية بأنه يجب أن يكون دين النفقة مقررا من القاضي أو أنه تم الحكم عليه بعدم تسديد النفقة حتى يتساوى الدينين أي أن يكون صالحا للمطالبة به أمام القضاء.²

لم يشير المشرع الجزائري للمقاصة في حالة الدين بالنفقة وأمام سكوته يرى بعض الباحثين بأنه لا مانع من الأخذ بالمقاصة استنادا لرأي جمهور الفقهاء ومن بينهم المالكية،³ بينما نجد المشرع المغربي قد تدارك الأمر بالنسبة للفصل 365 من ق.إ.ع حيث جاء فيه ما نصه: "لا تقع المقاصة ... إذا كان سبب أحد الدينين نفقة أو غيرها من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها، باعتبارها أهم الضمانات التي قررها المشرع لحماية المرأة وتمكينها من الحصول على حقها"، وما ذهب إليه المشرع التونسي من خلال الفصل 378 من مجلة الالتزامات والعقود حيث جاء فيه ما نصه: "لا تجوز المقاصة ... إذا كان سبب أحد الدينين نفقة".

وبالتالي إذا اتضح أن أحد الدينين المتقابلين هو نفقة لصالح الزوجة أو الأولاد فإنه يمنع إجراء المقاصة تطبيقا للمقتضى المدني، فلا يستطيع الزوج مثلا أن يتمسك في مواجهة زوجته المدينة له بالمقاصة بحجة أنه دائن لها بمبلغ في المقابل ما لم توافق هي على ذلك،⁴ وهو ما نص عليه المشرع المصري من خلال م1 من القانون رقم 25 لسنة 1920 على أنه: "لا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد عن ما يفي بحاجياتها الضرورية"، كما أنه في القواعد العامة للقانون المدني يجب أن يكون الدينين متماثلين فلا يجوز لمن كان دائنا مثلا بالتزام طبيعي ومدينا بالتزام مدني أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين الالتزامين فالمقاصة بين التزام مدني وآخر طبيعي لا تجوز،⁵ بالرغم من أنه يمكن أن يتم مقاصة دين النفقة مع بدل الخلع من الناحية العملية.

¹ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.411.

² بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، الإسكندرية، مصر، 1961، ص.191.

³ الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.412. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق ص.514.

⁴ محمد الكشور، المرجع السابق، ص.539.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الالتزام، المرجع السابق، ص.752.

5- النفقة دين من الديون الممتازة:¹

تعرض المشرع الجزائري لدين نفقة الزوجة بصفة ضمنية واعتبرها من الديون الممتازة التي تخول الزوجة مزاحمة باقي الدائنين، وذلك طبقا لنص م3/993 من ق.م: "يكون للديون التالية إمتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار ... النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة ..."، فيما نص المشرع المصري بصفة صريحة لامتياز دين نفقة الزوجة من خلال نص م1 من القانون رقم 25 لسنة 1920 جاء فيها أنه: "يكون لدين نفقة الزوجة إمتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم في مرتبته على جميع ديون النفقة الأخرى"، كما جاء في نص م77 من القانون رقم1 لسنة 2000 ما نصه: "في حالة التزام بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة ومن ثم نفقة الأولاد ونفقة الوالدين، نفقة الأقارب وتليها الديون الأخرى".

وبالتالي فإن دين نفقة الزوجة مقدم على أي دين آخر بما فيهم نفقة الأولاد والأقارب وذلك لحاجة المرأة لنفقتها وهو الرأي الراجح للحنفية فيما يتساوى مع باقي الديون الأخرى لدى المالكية،² وهو نفس ما نص عليه المشرع التونسي من خلال الفصل 199 من مجلة الالتزامات والعقود وما أكدته الفصل 53 من مجلة الأحوال الشخصية، وتظهر أهمية هذا الإمتياز عندما يتزام دين النفقة مع ديون أخرى مترتبة في ذمة الزوج في حالة تصفية أمواله، وحتى بعد وفاته حيث يمكن للزوجة أن تأخذ حقها كاملا قبل توزيع ما تبقى على الدائنين الآخرين.³ وفي الأخير نقترح على المشرع الجزائري تدارك النقص التشريعي في النص على دين نفقة الزوجة والمطلقة ضمن نصوص قانون الأسرة، وبهذه المناسبة دعى الأستاذ بلحاج العربي لاعتبار نفقة الزوجة من الديون الممتازة التي يجب الإسراع في سدادها قبل أي دين آخر ولو كان مرهونا،⁴ كما دعى الأستاذ مسعودي رشيد بأن يكون دين

¹ الديون الممتازة: هي من بين الحقوق العينية التي تعطي لصاحبها السلطة المباشرة التي يقرها القانون.

² رأي الحنفية وهو الراجح حيث تعد نفقة الزوجة والمطلقة من الديون الممتازة، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج4، كتاب الطلاق، المرجع السابق، ص.108. فيما تتساوى نفقة الزوجة والمطلقة مع باقي الديون النفقة الأخرى كنفقة الأولاد والأصول لدى المالكية، الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج3، المرجع السابق، ص.18. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.520. وهو رأي المشرع الجزائري، ولدى جمهور الفقهاء تصبح النفقة دينا في الذمة، عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.501. كما أنها لدى الشافعية تصبح النفقة دينا، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص.578. وكذلك بالنسبة للحنابلة منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأفتاء، ج4، المرجع السابق، ص.418.

³ محمد الكشور، المرجع السابق، ص.540.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.180.

الزوجة مقدما على باقي الديون الأخرى، لذلك تسعى الزوجة للحصول على إمتياز أو رهن أموال الزوج المدين مما يعطيها حق التتبع وحق الأفضلية على الدائنين المرتهنين حتى تضمن الإمتياز على دين نفقتها.¹

6- النفاذ المعجل:

الأصل في القانون أن الحكم إذا حاز قوة الأمر المقضي به أصبح حجية بين الخصوم فيما قضى به من حقوق ولا يجوز قبول دليل يناقض هذه الحجية، بمعنى أنه لا يجوز لأحد الخصوم أن يلجأ للقضاء من أجل الطعن في الحكم بعد أن حاز قوة الأمر المقضي به أيا كان سبب الطعن، لأن حجية الحكم في هذه الحالة تعلوا على أي اعتبار آخر، غير أن أحكام النفقة لها طبيعة أخرى فهي ذات حجية مؤقتة لأن استحقاق النفقة ودواعيها قد تتغير بعد صدور الحكم ولو كان حائزا قوة الأمر المقضي به، ولذلك قرر الفقهاء أن هذه الأحكام حجيتها مؤقتة كونها مما تقبل التغيير والتعديل كما قد ترد عليها الزيادة والنقصان، حسب تغير الظروف وقد يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها.²

كما أن مبلغ النفقة يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون حيث يجب على قاضي شؤون الأسرة الفصل في دعوى النفقة بشكل إستعجالي لارتباطها بالطعام والشراب والكسوة والسكن، حفاظا على مصلحة الزوجة والأولاد على أن يتبع فيها الإجراءات المستعجلة فيما يتعلق بالمواعيد والسرعة في الفصل، وذلك طبقا لنص م 57 مكرر المضافة بالأمر رقم 05- 02 حيث أجازت للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة فيما يخص التدابير المؤقتة لاسيما ما يتعلق بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن، وما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "قاضي الإستعجال مختص بالحكم للزوجة وللأبناء بالنفقة قبل الفصل في الدعوى من حيث الموضوع"،³ كما جاء في م 323 من ق.إ.م.إ بأن النفقة مشمولة بالنفاذ المعجل أي أنها من المسائل ذات الطابع الإستعجالي.⁴

¹ مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص. 180.

² أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص. 44.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2005/01/19، ملف رقم 333042، م.ق، ع 01، 2005، ص. 321.

⁴ جاء في م 323 من ق.إ.م.إ ما نصه : "... يؤمر بالنفاذ المعجل رغم المعارضة والإستئناف عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناءً على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به أو في مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة ...".

ثالثا: المستجدات المتعلقة بصندوق النفقة

إذا كانت المطلقة تستحق النفقات المذكورة سابقا فإنه يجب الوقوف عند ما تعانيه المرأة الزوجة والمطلقة اليوم من مشكل في تحصيل تلك النفقات بالطرق القانونية التي بقيت دون جدوى، وأنها تجد نفسها مرمية في الشارع بسبب تعسف الأزواج خصوصا إذا لم يكن لها أهل يقبلون عودتها ولم يكن لها دخل مالي كونه لا تعمل،¹ فقد عانت المطلقة في المجتمع الجزائري مشكلة تحصيل النفقة بعد الحكم بها من طرف القاضي، لذلك كان يجب التفكير في آلية جديدة تمكن من ضمان صرف النفقة وتحصيلها من طرف المشرع، على غرار بعض الدول العربية الأخرى وتكمن هذه الآلية في تكفل الدولة بالنفقة في حالة تعذر تحصيلها الكلي أو الجزئي، من طرف الزوج بالطرق القانونية ومن بين الضمانات القانونية لتحصيل دين نفقة الطلاق تم إنشاء ما يسمى بصندوق النفقة والذي أسماه المشرع المغربي بصندوق التكافل العائلي.

لقد أضاف مشروع قانون الأسرة رقم 84-11 أحكاما خاصة تتعلق بهذا الصندوق من خلال نص م 80 مكرر وم 80 مكرر 1 إلا أن الأمر رقم 05-02 لم يتطرق إليهما،² ولعل ذلك راجع إلى أن المشرع خصص لها قانونا خاصا سنة 2015،³ إلا أنه تم إلغاؤه واستبداله بالقانون رقم 24-01،⁴ وتكمن الغاية من ذلك إلى تشديد الضمانات القانونية لتحصيل النفقة بأي وسيلة كانت وتتبع أموال المدين أينما وجدت، سيتم قراءته بنوع من التحليل والمقارنة بداية بتعريفه للمستحقات المالية بأنها: "المبلغ الذي تدفعه الدولة للدائن بالنفقة" ولعل هذه الإضافة قد قلبت الموازين حيث تم إخراجها من صلاحية الضمان الإجتماعي ل يتم إدراجها ضمن خزانة الدولة.

وقد تم إضافة أحكام تخص ما يمكن للمستحقين تحصيله والإجراءات الممكنة ضد الممتنع، مما أدى لتسريع الإجراءات التي أصبحت تستغرق 42 يوما فقط، وبعدها يصبح المستفيد قادرا على تحصيل مستحقاته المالية شهريا لذا وصف هذا القانون بأنه "ذو طابع إستعجالي"، مما أصبح يشبه إلى حد كبير آلية الإقتطاع المباشر التي تمت

¹ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 187.

² جاء في م 80 مكرر ما نصه: "ينشأ طبقا للشروط والكيفيات المحددة في التشريع المعمول به صندوق عمومي لدفع النفقة الغذائية بما فيها أجره السكن التي بقي تحصيلها بطرق التنفيذ القانونية دون جدوى"، كما نصت م 80 مكرر 1 على أنه: "دون الإخلال بالتشريع المعمول به يمكن دفع كل نفقة غذائية بما فيها أجره المسكن المحددة بموجب حكم قضائي نهائي تعذر تحصيلها الكلي أو الجزئي بالطرق القانونية من قبل الصندوق المنشأ بموجب م 80 مكرر من هذا القانون ..."، مسعودي رشيد، المرجع السابق ص. 77.

³ القانون رقم 15-01، 04/01/2015، المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر، ع 1، 07/01/2015، ص. 7-9.

⁴ القانون رقم 24-01، 11/02/2024، المتضمن تدابير خاصة للحصول على النفقة، ج.ر، ع 10، 11/02/2024 ص. 4-6.

الدعوة لتطبيقها في القانون الجزائري، وهي من بين الإنعكاسات الإيجابية لحلول الدولة محل الدائن في استفاء حق المطلقة والأولاد من المدين الممتنع والمتهرب عن الوفاء بدينه، إذ أنها تملك الإمكانات لمعرفة حالة المدين في جميع مؤسساتها بمجرد الدخول لفضاءات الإنترنت واستعمال برامج مخصصة لذلك.

كما أن السكن العائلي وبديل الإيجار بعد فك الرابطة الزوجية تعد من أهم المشاكل التي تعاني منها المطلقة سواء خلال فترة العدة أو بالنسبة للمطلقة الحاضرة، بالنسبة للشريعة الإسلامية فإنها تبقى في المسكن الزوجية مدة عدتها سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا وسواء كانت حاملا أم لا، أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نص في م61 من ق.أ بأن الزوجة المطلقة لا تخرج من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها إلا إذا ارتكبت فاحشة مبينة لأن الزوجية لا تزال قائمة.

وأمام أزمة السكن التي تعاني منها الجزائر اليوم فإنه قد تم من خلالها إلزام الزوج بمنح أجره السكن بدلا من تخصيص مسكن الحاضرة، وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا حيث تم إلغاء القرار الذي قضى بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة والقضاء من جديد بإلزام الزوج بدفع بدل أجره مسكن،¹ وقد تم إدراج بدل الإيجار هو الآخر ضمن المرسوم الجديد المتعلق بتدابير الحصول على النفقة في القانون الجزائري، حيث ألزمت م72 ق.أ الزوج في حالة الطلاق بتوفير مسكن ملائما لممارسة الحضانة وإذا تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وقد تم التعرض للسكن المؤجر في القانون المدني ضمن نص م467 وما يليها، جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما نصه: "لما كانت أحكام م467 من ق.م تحول للقاضي الذي يصرح بالطلاق إعطاء السكن الزوجي للزوج الذي أسندت إليه حضانة الأولاد، قد أخذت في الاعتبار أن السكن المذكور مؤجر باسم أحدهما، أما إذا كان باسم غيرهما فإنه ليس لأحدهما أن يستفيد منه تحت طائلة هذه المادة"،² وهو ما أصبحت عليه كذلك مدونة الأسرة المغربية حيث لم يعد يعتبر سكني المحضون عنصرا من عناصر النفقة، بل أصبحت تكاليف السكن مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرها من التكاليف الأخرى وهو ما جاءت به م168 من المدونة.

وفي الختام نقول أن هناك من يرى بأن الإصلاحات الجديدة التي مست صندوق النفقة من شأنها تشجيع المرأة على طلب الطلاق من زوجها وتشجع الرجل على التهرب من مسؤوليات النفقة، ولذلك وتقليصا من نسب الطلاق ندعوا المشرع من جهة إلى إضافة مادة قانونية تخص معاقبة الممتنع عن تسديد النفقة عمدا إذا ما صرح

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/09/26، ملف رقم 83438، مجلة المعهد الوطني للقضاء، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2000، ص.184.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/12/03، ملف رقم 34397، م.ق، ع4، 1989، ص.104.

بمعلومات كاذبة أو أخفى دون وجه حق ممتلكاته أو مصادر دخله ولا نكتفي بمعاقبة المتهرب من الإلتزامات المالية والمهمل لها، ومن جهة ثانية يجب وضع شروط فيما يخص المطلقة حتى لا تلجأ لطلب الطلاق لأتفه الأسباب كونها أصبحت تضمن نفقتها وأولادها، وبالتالي يتم حصر هذا الطلاق باعتباره بائناً وصادراً عن الإرادة المنفردة للزوج فيما عدا ذلك فلا يكون لطالبة التطليق أو الخلع الحق في النفقة من الصندوق، وبالتالي إعتبار صندوق النفقة مصدر احتياطي استثنائي للحالات القصوى فقط، وإضافة شرط إمكانية اللجوء لصندوق النفقة إذا كانت المرأة المطلقة أو الحاضنة معسرة.¹

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2007/03/09، الملف رقم 390381، المذكور سابقاً، ص.295.

خاتمة

إن حضارات الأمم ورقبها تقاس بتقدم قوانينها وأنظمتها والتي تعتبر بحق شريان الحياة وقوام البنيان، وأن إصلاح منظومة الأسرة مسألة صعبة ومعقدة وشائكة، وتبقى من القضايا الراهنة نظرا لارتباطها بقيم المجتمع الدينية والثقافية، ونظرا لأن منظومة الأسرة خاضعة للتطورات الاجتماعية بشكل دوري فكان لابد أن تكون أحكامها محل متابعة وإصلاح وتوجيه دائمين، وفي وقت أصبح فيه المصطلح علما في حد ذاته وإحكامه يؤثر في سلامة الفكر القانوني أضحت الإشكالات المتعلقة بالصياغة القانونية تثير صعوبات في فهم مقصد المشرع، خصوصا إذا كانت تلك المصطلحات المستعملة متقاربة فنحن أمام أزمة في المصطلحات التي وجد المشرع نفسه قد استوردها من تشريعات متنوعة ومن شرائع مختلفة من حيث الثقافات والتوجهات الفلسفية والدينية، سيما أن المصطلح في القانون يحمل معنى واحد لا يقبل المترادفات.

أ- النتائج المتوصل إليها:

- بالنسبة لما للإرادة من سلطان بداية بمرحلة الخطبة في اختيار شريك الحياة مروراً بحرية التعاقد واختيار مع من يتم التعاقد، تم بيان أن الخطبة "اتفاق تمهيدي" تتم بإيجاب من طرف يقابله قبول من الطرف الآخر من باب المساواة بين الرجل والمرأة، ومع ذلك تعد غير ملزمة يمكن التراجع عنها في أي لحظة كون العدول أمر طبيعي ومشروع وحق ولا وجود لقصد الإضرار والعدول ليس خطأ وليس بفعل غير مشروع، غير أن ذلك الرجوع قد يرتب ضرراً وبالرغم من غياب الإرادة في إحداث ذلك الضرر إلا أنه تقوم "مسؤولية قبل تعاقدية"، قائمة على مدى "الإخلال بمبدأ حسن النية" ما دام أننا في مرحلة تقوم على الجانب الأخلاقي وهو ما تبنته بعض الأنظمة الغربية المقارنة.
- بالنسبة لما للإرادة من سلطان في مرحلة إنعقاد الرابطة الزوجية فقد تبنى المشرع مبدأ الرضائية والرضا هنا هو وسيلة لتحقيق اتفاق في سبيل الارتباط بعقد وتكون الإرادة قد تم إبدائها، وبالتالي فقد تمت التفرقة ما بين العقد والاتفاق في هذا الصدد إذ أن الفقه الحديث أصبح لا يفرق بينهما وأصبحت على درجة واحدة، ومعنى ذلك أن الزواج أصبح بهذا المفهوم اتفاق واصطلاح عليه حينها "الاتفاق الجامع"، أي أنه يجمع بين اعتباره عقداً وبين اعتباره مؤسسة يضم عدة إتفاقات من بينها الاتفاق على إدارة الأموال المشتركة بين الزوجين، غير أنه يجب الفصل بين عقد الزواج ونظام الإشتراك ضمن وثيقة مستقلة إذ أن الإبقاء عليها قد يثير عدة إشكالات من بينها الاعتراف بالإتحادات المدنية والشراكات الأسرية، وبالتالي العلاقات الخارجة عن أطر الزواج وكذا الزواج من نفس الجنس وعدم الاعتراف بالتعدد لمخالفته أحكام المؤسسة.
- بالنسبة لمدى تقييد مبدأ سلطان الإرادة فإن الزواج باعتباره عقداً يخضع لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" كغيره من العقود المدنية يتطلب لقيامه صحيحاً أركان وشروط عامة، قد تم الاختلاف بشأنها وشروط موضوعية

وإجرائية خاصة بعقد الزواج كما أنه يخضع لمجلس العقد كما يمكن للزوجين أن يشترطا ما يريانه ضروريا في عقد الزواج أو عقد لاحق، كما يمكنهما الإتفاق على مضمون العقد دون الإتفاق على آثاره، أمّا باعتباره مؤسسة فإنه يكون مقيدا فيها الطرفين لقانونها الأساسي من غير تعديل أو إضافة.

- بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة في انحلال الرابطة الزوجية فقد يكون الانحلال بتوافق الإرادتين أو بالإرادة المنفردة كما قد يكون طلاقا أو فسخا أو بطلانا، وباعتباره من التصرفات الضارة ضررا محضا لأنه يفقر ذمة الشخص المالية فإنه يتطلب أن تكون الإرادة فيه كاملة وغير معيبة حتى يقع صحيحا، ويتطلب العلم بحصوله في مجلس الطلاق وفق ألفاظ مخصوصة وفهم معناه من طرف الشاهدين المتمثلة في شكلية الإشهاد، وبالتالي عدم الإعتراف بالطلاق الذي يقع خارج دائرة القضاء، وفي هذا الصدد قد تمت التفرقة بين إيقاع الطلاق ووقوعه الذي يتم من الزوج أو بتفويض وتخيير من الزوجة، إذ أن المشرع ينفي وقوع أي طلاق لم تسبقه محاولات صلح حتى وإن تم إيقاعه لفظا، والصلح في هذه الحالة يعد عقدا يخضع تطبيقه لنصوص المواد 459-462 من ق.م.

- الرضائية في الطلاق كأصل تخضع هي الأخرى لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" من خلال تفعيل آلية إنهاء الزواج خارج دائرة القضاء بطريقة ودية، حيث تكون إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني الذي يتجسد من خلال صورة الطلاق بالتراضي، والذي تم استحداثه تحقيقا للمساواة بين الجنسين من الناحية الشرعية قبل اللجوء للطلاق المدني بناءً على عريضة مشتركة ما يعني إخراجه من دائرة التعامل المدني، على عكس إنهاء الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج ورضيت به الزوجة والخلع الذي يصدر من الزوجة ويوافقها الزوج عليه لا يمكن اعتبارهما طلاقا بالتراضي.

- وبالنسبة لتقييد مبدأ سلطان الإرادة في انحلال الرابطة الزوجية وفي إطار المساواة بين الرجل والمرأة في إيقاع الطلاق فقد لجأت بعض الدول المقارنة لتقييد إرادة الزوج بحكم القاضي، من خلال سلب حقه في الطلاق وفي المقابل منح السلطان الأكبر للمرأة في ممارسة ذلك الحق، كما تم تقييد إرادة الزوجين بمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق فكما يمكن توقع الطلاق التعسفي والرجعة قصد الإضرار بالزوجة من جانب الرجل فإنه يمكن أن يكون الخلع تعسفيا من جانب المرأة.

- أما بالنسبة للجزاءات المدنية الناشئة عن الإخلال بشروط العقد وأركانه أو العقد الذي أصابه عيب من عيوب الإرادة، فقد يكون في هذه الحالة منعها أو باطلا أو قابلا للإبطال أو موقوفا، غير أن الخلاف الناشئ بين الركن والشرط أدى للريب حول تقرير مصيره وعدم التفرقة بين الفسخ والبطلان، كما أدى ببعض الفقه الإسلامي لإبتداع مصطلح الفساد حماية لبعض العقود التي قد ترتب آثارا لا يمكن إنكارها، حيث أن العقد في هذه الحالة

يعد من جهة باطل ومن جهة أخرى يعامل على أنه صحيح من ناحية ترتيب آثاره، وقد خلصنا إلى أن هذه الفكرة هي أشبه للتطبيق في القانون المدني بالآثار العرضية للعقد الباطل.

- أما فيما يخص الجزاءات المدنية الناشئة عند انحلال الرابطة الزوجية إما في مرحلة تكوينه مما يؤدي لبطلانه أو بعد نشوئه صحيحا ومن ثم حله بالفسخ أو الطلاق، كلتا المرحلتين معقدة ولعل التحليل الذي تم اتباعه يمكن أن يكون فيه جانب من الصواب من خلال نظرية الخطأ عند تكوين العقد، ففي المرحلة الأولى قد يختلط الأمر بين العقد الباطل والرجوع في مجلس العقد القائم قبل صدور القبول ومجلس الخطبة، أما المرحلة الثانية قد يختلط فيها الأمر بين الفسخ والطلاق، وبالتالي مدى إعمال المسؤولية العقدية والتي تتمثل في الإخلال ببعض شروط العقد أو عدم تنفيذها، وبين المسؤولية التقصيرية القائمة على قصد الإضرار وتحقيق معايير التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في م124 مكرر من ق.م.

- وأخيرا الجزاءات المالية المترتبة عن الرابطة الزوجية وانحلالها والمتمثلة في المتعة والتعويض والنفقة وضمانات تحصيلها، وتم رفع التصادم بين اعتبار المتعة تعويضا عندما يتم الحكم بها مقابل الضرر المعنوي أو باعتبارها نفقة من ناحية تقديرها واستحقاقها، ومتى يمكن الحكم بالتعويض وعلى أي أساس يتم ذلك إذ أن الطلاق لا يكون تعسفيا كما رأينا في جميع الأحوال، وأخيرا كيف يتم تحصيل المستحقات المالية والمستجدات المتعلقة بصندوق النفقة.

ب- الإقتراحات العامة:

- الدعوة لتعديل قانون الأسرة بما ينسجم مع قواعد القانون المدني من جهة وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية من جهة ثانية، إذ أن إدراج بعض قواعد القانون المدني في قانون الأسرة له إيجابياته فيما يتعلق بمواكبة متطلبات العصر ودون المساس بثوابت الشريعة الإسلامية مما يفتح آفاقا لنظريات جديدة.

- نقترح على المشرع الجزائري إما العمل على إيجاد أنظمة خاصة بقانون الأسرة مستقلة عن قواعد القانون المدني أو أنه يتم إيجاد نظام موحد بعد تعديل القواعد العامة للقانون المدني لتحقيق الانسجام بين القانونين، ولذلك كان علينا أن نضبط التناقض الموجود بين قانون الأسرة والقانون المدني والسعي لتحقيق ذلك التوافق الذي نطمح إليه من خلال الاستفادة من النظريات التي يتغنى بها، والتي ترجع بمجملها للفقه الإسلامي وبخاصة المذهب المالكي لما له من تأثير على التشريعات الغربية وهو ما نلمحه من خلال نصوصها القانونية.

- بالنظر لعلاقة التكاملية بين قانون الأسرة والقانون المدني يجب أن يراعى عند إعادة النظر في نصوص القانون المدني إذا ما تم تعديله القواعد الخاصة بأحكام الأسرة، وكذلك الحال بالنسبة لقانون الأسرة فعند تعديله يجب أن

تراعى المبادئ العامة للقانون المدني حتى يتحقق الإنسجام في الصياغة القانونية وبالتالي إنسجام في الأحكام والقرارات القضائية.

- استعمال مصطلحات دقيقة وإن كان ليس من صلاحية القانون إعطاء تعاريف غير أنه لا حرج في علم الصياغة القانونية أن يقدم القانون تعريفا لبعض المصطلحات لإجلاء اللبس والغموض عنها.
- تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد وتفعيل دور مبدأ حسن النية في هذه المرحلة.
- نحو تنظيم تشريعي في قانون الأسرة الجزائري ليعبي الإكراه والتدليس بين ما يعدم الإرادة وما يعيبها وما يؤثر في الرضا، أي بين ما يجعل العقد باطلا وما يؤثر في العقد فيجعله قابلا للإبطال.
- إعادة النظر في قواعد المسؤولية المدنية لتوفير ضمانات قانونية أكثر في حالة تعدي أحد الزوجين على الحقوق المادية والمعنوية للطرف الآخر.
- إقتراح وضع قانون الإجراءات المدنية الخاص بتحصيل النفقات مستقل عن الإجراءات العادية.
- السعي إلى وضع مزيد من الضمانات القانونية لحماية المرأة من خلال إمكانية تحصيلها للمستحقات المالية سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انحلالها والحكم لها بالنفقة والتعويض إلى جانب المتعة.
- نقترح إنشاء مراكز الطلاق المتخصصة تضم قانونيين وشرعيين وكذا أخصائيين نفسيين وإجتماعيين، إذ أننا لا نسعى لتحقيق المساواة ومنح المساحة الكافية للزوجين في ممارسة الطلاق بالقدر الذي يجب أن نسعى وراء تقليص نسبه، لذلك ندعوا المشرع لتحديد شروط وضوابط الطلاق قبل اللجوء للقضاء عن طريق التنظيم.
- الدعوة لوجود قضاة متخصصين ومتمكنين من مبادئ الشريعة الإسلامية في المحاكم الجزائرية، إذ أنه قد ترك المجال مفتوحا للقاضي للبحث عن الراجح من أقوال المذاهب الفقهية، وقد لا تكون له دراية كافية بأحكام الشريعة الإسلامية مما يجعله عاجزا عن الترجيح بين الآراء الفقهية وأن يصيب المصلحة العليا للأسرة.

ج- إقتراحات في صياغة بعض المواد القانونية المرتبطة بموضوع الأطروحة:

- نقترح إعادة صياغة م5 لتصبح على النحو التالي:
- " الخطبة إتفاق تمهيدي بين الخاطب والمخطوبة على إبرام عقد زواج في المستقبل.
- يجوز لأحد الطرفين أو كلاهما التراجع عنه.
- غير أنه إذا تبين للقاضي إضرار أحد الطرفين بالآخر سواء أكان ذلك الضرر مادي أو معنوي جاز الحكم للطرف المتضرر بالتعويض.

على أن يثبت المتضرر سوء نية الطرف الآخر، وللقاضي تقدير قيمة التعويض التي يراها مناسبة لذلك".

- نقترح إضافة عبارة "...ويجب أن لا يمس الاتفاق بين الزوجين النظام العام والآداب" لنص م4 من ق.أ حتى يصبح هناك توافق بين الزواج المدني والزواج الديني.
- نقترح من خلال نص م07 من ق.أ بيان مصير الزواج الذي تم إبرامه ومن ثم ظهرت أحد العوامل أو الأمراض، وإن كان الطرفين على دراية مسبقة بها أو رضيا بها صراحة في عقد الزواج أو بموجب عقد لاحق.
- نقترح إضافة عبارة "يخضع لتنظيم خاص" لنص م37 من ق.أ مع مراعاة الاتفاق بين الزوجين، أي تنظيم مسألة الإشتراك في الأموال بين الزوجين بقانون خاص مستقل عن قانون الأسرة، وعدم الإكتفاء بنص مادة واحدة ومن الأحسن أن يكون نظام الإشتراك في عقد مستقل عن عقد الزواج لاختلاف طبيعتهما القانونية إذ أنه يشبه إلى حد كبير نظام الشركة.
- نقترح إعادة تفعيل نص م38 من ق.أ والتي كانت تنص على "حرية المرأة في التصرف في أموالها"، حيث أن المشرع من خلال تبنيه لنظام الإشتراك بالنسبة للمادة 37 هل يقصد أنه إذا تم الاتفاق بين الزوجين على أن تكون الأموال مشتركة فإنه لا يمكن للمرأة التصرف في مالها الخاص.
- دعى البعض لإقتراح ولاية جديدة تسمى "ولاية الشراكة في الرأي" وهي أن يشترك الولي والمولى عليه في اختيار الكفاء وهو ما يمنحه حق الاعتراض الذي دعى إليه الفقه الحنفي.
- نقترح إعادة تفعيل نص م20 من ق.أ إذ أن المشرع بعد أخذه بحرية المرأة الراشدة في تزويج نفسها كان عليه الإبقاء على الوكالة في الزواج إذ أن من له الحق في تزويج نفسه له الحق في توكيل غيره.
- نقترح ذكر عبارة "الشرط يكون هو الباعث الدافع للتعاقد" لنص م32 من ق.أ حيث يكون العقد باطلا وفي م35 "الشرط لم يكن هو الدافع الباعث للتعاقد" وبالتالي يكون الشرط باطلا والعقد صحيح، لتحقيق الإنسجام ورفع التناقض بين المادتين 32 و35.
- نقترح تعديل نص م33 من ق.أ على النحو التالي: "الزواج الذي تخلف فيه شرط الصداق زواج فاسد يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ويترتب عليه آثار العقد الصحيح من نفقة وإرث ونسب، وإذا تخلف شرط الولي في حالة وجوبه يكون الزواج فاسدا يفسخ قبل الدخول وبعده وتترتب عنه آثار الزواج الصحيح من نفقة وإرث ونسب كما يجب فيه الإستبراء".
- نقترح إعادة تفعيل القانون رقم 63-224 لمعرفة مصير العقد المبرم دون السن القانوني للزواج على أنه قابل للإبطال ويرتب جميع الآثار الشرعية قبل الدخول وبعده، كما أغفل المشرع تحديد السن الأدنى للزواج المرخص به من القاضي.

- نقترح على المشرع توحيد الأحكام من خلال تعديل نص م82 من ق.أ لتصبح منسجمة مع ما جاء في القانون المدني وتقرير قابلية الإبطال عن العقد الموقوف نظرا لتوافقهما، فالعقد الموقوف في الأصل صحيح ولكنه غير نافذ ويظل موقوفا لحين إجازته فإن لم يجز بطل وإن أجاز نفذ، أما العقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح نافذ حتى يقضى ببطلانه فإن قضي ببطلانه فإنه يعتبر كأن لم يكن.
- نقترح إعادة صياغة المادة 47 بإضافة الفسخ إلى كل من الطلاق والوفاة كحل للرابطة الزوجية، مثلما فعل المشرع المغربي من خلال نصوص المواد 141 وم71 من المدونة تحت عنوان انحلال ميثاق الزوجية وآثارها، وذكر من بينها الوفاة، الطلاق، التطليق، الخلع، الرجعة، الفسخ والبطلان ولعل هذا التفصيل أحسن من الغموض والإبهام.
- نقترح إعادة صياغة نص م48 على النحو التالي: "الطلاق هو إنهاء عقد الزواج بكل لفظ يفيد معنى الطلاق لغة أو عرفا، يتم إما بالإرادة المنفردة للزوج أو بتوافق الإرادتين أو بالإرادة المنفردة للزوجة، مع مراعاة ما ورد في المادتين 53 و54 من نفس القانون"، وإضافة مادة قانونية خاصة بالتفويض مثلما فعل المشرع المغربي من خلال نص م44 من المدونة "الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له بذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي"، أو عن طريق التملك من خلال نص م89 من المدونة "إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق لها أن تستعمله عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة عملا بأحكام المواد 79 وم80 من المدونة".
- نقترح إعادة صياغة نص م53 من ق.أ من خلال إضافة بعض العبارات كإضافة عبارة "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر لاسيما في الحالات التالية:"، إضافة عبارة "مع مراعاة ما ورد في م37 من حالة الإنفاق على الإشتراك في الإنفاق" للفقرة1، إضافة عبارة "ما لم تكن عالمة بها وقت العقد أو تم اشتراطها صراحة بعده" للفقرة2، الشقاق المستمر بين الزوجين إضافة عبارة "مع مراعاة ما ورد في م56 من هذا القانون" للفقرة8، وإلغاء بعض الفقرات كإلغاء الفقرة 06 إذ أنه مادام أن المشرع قد أجاز بموجب م8 مكرر المتعلقة بتعدد الزوجات فسخ العقد بسبب التدليس فلا داعي لإعادة ذكره، فيما يتمثل بالتطليق للضرر ضمن نص م53 من ق.أ إذ أن ذلك أدى إلى عدم التفرقة بين الفسخ والطلاق، وإلغاء الفقرة 10 كون عبارة "معتبرة شرعا" جاءت مبهمة ولا ندري المقصود منها حتى إن القضاء في كثير من الأحيان كان يطبقها في غير مواضعها، ويلجأ إليها كلما صعب عليه تسبيب القرار، تعديل بعض الفقرات كتعديل الفقرة7 على النحو التالي "ثبوت ارتكاب الخيانة الزوجية"، وتعديل الفقرة9 على النحو التالي "مخالفة الشروط المتفق عليها بموجب م19".
- نقترح على المشرع وضع نص تشريعي واضح لحسم الخلاف حول المتعة والتعويض مثلما فعل المشرع المغربي بالنسبة لنص م84 من مدونة الأسرة، بحيث يتم الإبقاء على نص م52 من ق.أ كما هو مع العمل على إدراج

المتعة ضمن المستحقات المالية للزوجة إلى جانب مشتملات النفقة الواردة في نص م78 من نفس القانون، لتمكين المرأة حقها من التعويض إلى جانب نفقة المتعة المقدرة لها شرعاً، والعمل على توحيد الأحكام والقرارات القضائية من خلال النص صراحة على المتعة، فيما يبقى كيفية تقديرها تأخذ نفس أحكام النفقة المدرجة ضمن نص م79 من ق.أ "يراعى في تقديرها حال الزوجين وظروف المعاش".

- نقترح ضبط موضوع الخلع بنصوص قانونية أخرى أكثر تفصيلاً وعدم الإكتفاء بمادة قانونية واحدة والسعي لتقنين حالات الخلع كي لا تقع الزوجات في حالة إساءة إستعمال حقها، بناءً للقاعدة القانونية "طالما ثبت الإخلال وجبت المسؤولية" إذ أن أي شخص يرتكب خطأ يلزم بالتعويض عملاً بأحكام م124 من ق.م.

وفي الأخير نقول ليس من باب أننا ننتقد قوانين ولكن من باب أننا نعيش في واقع أليم لا بد له أن يستقيم وما هذه النتائج والإقتراحات إلا وجهة نظر يمكن أن تكون محل انتقاد، ونأمل أن تفتح هذه الدراسة آفاقاً لأبحاث أخرى تتفرع عنها يمكن أن تدعمها ويمكن أن تطرح بدائل معارضة وتفتح الآفاق لدراسات أخرى، وليعلم الناظر فيه أنه جهد مُقل وعمل بشر لا يخلوا من النقص والتقصير والخطأ، فأرجو من قارئه إن وجد زللاً أن يفتح باب الإثراء فليس هناك من شيء كامل كونه عمل بشر يعتريه النقص وما الكمال إلا لله.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم (نسخة إلكترونية برواية ورش)

الأحاديث النبوية:

- 1- ابن ماجه، السنن، ط1، درر السلام، المملكة العربية السعودية، الرياض، 1999.
- 2- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقصد، تحقيق محمد صبحي حسن، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، 1994.
- 3- أبي عيسى محمد بن عيسى ابن الضحاك الترميذي، سنن الترميذي، تحقيق رائد بن صبري ابن أبي علفه، ط2، دار الحضارة الرياض، 2015.
- 4- الإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، 194-206 هـ، دار ابن الكثير، ط1، دمشق، بيروت، 1423 هـ- 2002 م.
- 5- الإمام الحافظ المصنف المتقن أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ج2، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 1988.
- 6- الإمام مالك ابن أنس رضي الله عنه الموطأ 90 - 179 هـ، د.ط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 2007.
- 7- محمد أمين الشهيد ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض المملكة العربية السعودية، 2003.

كتب الفقه الإسلامي:

- 1- أحمد طالب الإبراهيمي، آثار الإمام محمد البشير الإبراهيمي، ج3، ط1، دار الغرب الإسلامي، عيون البصائر، 1997.
- 2- أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مجلة الأحكام العدلية، ط2، دار القلم، سوريا، دمشق، 1989.
- 3- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
- 4- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ج1، ط2، دار الفكر 1968.
- 5- فتحي الدريني، المناهج الأصولية، ط2، الشركة المتحدة، سوريا، دمشق، 1405 هـ- 1985 م.
- 6- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ط4، منشورات جامعة دمشق، 1996-1997.
- 7- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1977.
- 8- محمد نعيم محمد هاني ساعي، موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، ط2، دار السلام، القاهرة، مصر، 2007.
- 9- نصر فريد محمد واصل، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، ط5، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر 1418 هـ- 1998 م.
- 10- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ج9، ط4، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2006.
- 11- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج8، ط3، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2012.

أ- الفقه المالكي:

- 1- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقصد، تحقيق محمد صبحي حسن، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، 1994.
- 2- أبي عبد الله محمد الخرشبي، على المختصر الجليل، باب الدكاة، ج3، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1899.
- 3- الإمام القرافي، الفروق، ج1، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2003.
- 4- الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994.
- 5- الغرياني الصادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج1، ج3، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2010.
- 6- سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس، ج3، ط1، دار إحياء الكتب العربية، مصر، 1984.
- 7- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، د.س.
- 8- مصطفى بوزغيب، نظرية الإحتياط الفقهي عند الإمام مالك، المجلد1، جامع الكتب الإسلامية، المملكة المغربية، 2019.

ب- الفقه الحنفي:

- 1- أبي محمد محمود بن أحمد العيني، البناء في شرح الهداية، ج4، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990.
- 2- الإمام كمال الدين محمد ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
- 3- الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2002.
- 4- الشيخ زين الدين بن ابراهيم بن محمد ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999.
- 5- محمد أمين الشهيد ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض المملكة العربية السعودية، 2003.
- 6- شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، د.ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.س.

ج- الفقه الشافعي:

- 1- أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، ج9، ج10، ط1، دار المنهاج، جدة، السعودية، 2000.
- 2- الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، ج6، ط1، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 2001.
- 3- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 4- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ط3 دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.

5- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، ج3، دار المعرفة، بيروت، لبنان 1697.

6- مصطفى الخن ومصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج2، ط13، دار القلم، دمشق سوريا، 2012.

د- الفقه الحنبلي:

- 1- أحمد بن محمد بن حنبل، المسند، تحقيق الشيخ شعيب الأرنؤوط، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1950.
- 2- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، ج5، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1998.
- 3- منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأفتان، تحقيق محمد أمين الصناوي، ج4، د.ط، عالم الكتب بيروت، لبنان، د.س.
- 4- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المغني والشرح الكبير، على متن القنع، د.ط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.س.
- 5- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، دار هجر السعودية، 1997.

أولاً: المراجع العامة

أ- باللغة العربية

- 1- أحمد عبيد جاسم، التأصيل الفقهي للقانون المدني، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2013.
- 2- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1، دار المسيرة عمان الأردن، 2009.
- 3- الطبري، المعجم الكبير، ج8، د.ط، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 847-971م.
- 4- الطاهر بن علي بن بلقاسم الحداد، امرأتنا في الشريعة والمجتمع، د.ط، دار الكتاب المصري، القاهرة، 2011.
- 5- المنجد، الأبيدي، ط5، معاجم دار المشرق، بيروت، لبنان، 1987.
- 6- باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- 7- باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
- 8- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، الإسكندرية، مصر، 1961.
- 9- بسام مجيد سليمان العبايجي، ملكية الأسرة دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد، عمان، الأردن، 2009.
- 10- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 11- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 12- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، ج1، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014.

- 13- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 14- بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 15- بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الإجتهد وفقا لقرارات المحكمة العليا، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 16- بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة من 1966 لغاية 2010، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012.
- 17- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر 2008.
- 18- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، لبنان، 2000.
- 19- جمال سايس، الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- 20- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.س.
- 21- شمس الدين الوكيل، دروس في القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1966.
- 22- شوقي بناسي، مقدمة في الإلتزامات، د.ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2018.
- 23- صابر أحمد طه، نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام، د.ط، دار نخضة مصر، القاهرة، 2000.
- 24- عبد الرحمان عياد، أساس الإلتزام العقدي النظرية والتطبيقات، د.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1971.
- 25- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام مصادر الإلتزام، ج1، ج5، ج8، د.ط، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، 1964.
- 26- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، ج2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 27- عبد السلام بن محسن آل عيسى، دراسة نقدية في المرويات الواردة في شخصية عمر بن الخطاب وسياسته الإدارية رضي الله عنه، ط1، ج1، الجامعة الإسلامية، السعودية، 2002.
- 28- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996.
- 29- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 30- عبد الفتاح تقية، المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1998.
- 31- عبد المتعال محمد الجبري، الحضارة والتمدن الإسلامي بأقلام فلاسفة النصارى، ط1، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، 1993.
- 32- العربي بختي، احكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- 33- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2003.
- 34- علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، ط2، دار موفم، الجزائر، 2005.

- 35- علي كحلون، النظرية العامة للإلتزامات، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014.
- 36- عمار بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية، ج2، ط1، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
- 37- عمتوت عمر، موسوعة المصطلحات القانونية وقواعد الشريعة الإسلامية، د.ط، در هومة، الجزائر، 2012.
- 38- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، د.ط، دار النشر أنسيكلوبيديا، بن عكنون، الجزائر 2003.
- 39- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، د.ط، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 40- مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 41- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05- 02، د.ط، دار الوعي الجزائر، 2013.
- 42- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996.
- 43- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط2، دار الفكر العربي، مصر، 1971.
- 44- محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، ط3، دار الآفاق العربية، الدار البيضاء، المغرب 2015.
- 45- محمد جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري، ط3، الكتاب الجامعي، القاهرة مصر 1978.
- 46- محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد من 1100 إلى م1231- 7 من ق.م.ف، د.ط منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018.
- 47- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الثقافة، الأردن، 2010.
- 48- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- 49- محمد كمال الدين امام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت لبنان، 1996.
- 50- محمد محدة، الخطبة والزواج، ط2، دار الشهاب، الجزائر، 2000.
- 51- مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط1، مؤسسة بحسون، دار المنال، بيروت، لبنان، 1996.
- 52- نزيه نعيم شلالا، الطلاق وبطلان الزواج لدى الطوائف المسيحية، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2010.
- 53- هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، ج3، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 54- وليد خالد الربيع، الإلتزام في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار النفائس، الأردن، د.س.

ب- باللغة الأجنبية

- 1- Amandine Stehlin, Le mariage : un contrat ou une institution ? Droit, 2017.

- 2- Bendjaballah, La problématique d'une définition du mariage dans le code de la famille Algérien, R.A, n°3, 2001.
- 3- Dj.Tchouar, Réflexion sur les questions épineuses de code Algérien de la famille, OPU 2004.
- 4- Edwige Rude- Antoine, mariage libre, mariage forcé, la nature humaine, presses, Univ- de FR, 2011.
- 5- Ch. Iarroumet Droit Civil. Tome 111. Hconomica. 1990.
- 6- M. Ghestin, droit civil, les obligations, les contracts, L.G.D.J, n°05, 1980.
- 7- G. Ripert et J. Boulanger, traité de droit civil, T.2, les obligation, Paris, 1957.
- 8- Malaurie Philippe, Laureen Aynes, Pierre-yves Gautier, les Contrats Spéciaux, Defrénois Paris, 2003.
- 9- M. Philippe, (Cf), Le devoir de secours et d'assistance entre époux, LGDJ, paris, 1981.
- 10- M. Philippe et L. Aynès, cours de droit civil, les obligation, in revue internationale de droit comparé, vol. 38, n°3, 1986.

ثانيا: المراجع المتخصصة

- 1- أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2015.
- 2- أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضا، د.ط، منشورات زين الحقوقية، 2006.
- 3- أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون نفقة الزوجة، نفقة الصغير، نفقة الأقارب، د.ط، دار الكتب القانونية مطبعة أطلس، القاهرة، 1995.
- 4- أنور طلبة، إنحلال العقود، الفسخ التفاضل الإنفساخ استحالة التنفيذ ...، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية مصر، 2004.
- 5- المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د.ط، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.
- 6- بن زينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الخلدونية الجزائر، 2007.
- 7- دليلة فركوس، وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة إنعقاد الزواج، د.ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2016.
- 8- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1، دار حامد، عمان الأردن، 2009.
- 9- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج، الخطبة في الفقه والقانون، ط1، دار حامد، عمان، الأردن، 2009.
- 10- خالد بنمومن، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، د.ط، دار المعرفة، المغرب، 2016.
- 11- خليفة علي الكعبي، نظام الإشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الفقهي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2010.

- 12- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناءً على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، د.ط دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 13- رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية ط2، دار الثقافة، الأردن، 2010.
- 14- عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، ط1، مكتبة وهبة القاهرة، 1989.
- 15- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، أسسه، ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001-2002.
- 16- علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشروط، دراسة مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2005.
- 17- علي محي الدين القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود ومصادره ومراجعته في الشريعة والقانون دراسة مقارنة، ج1، د.ط، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، د.س.
- 18- كريمة محروق، أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع دراسة مقارنة، ط1، منشورات ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر 2019.
- 19- حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 20- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة العربية، دار اليازوري، الأردن عمان، 2010.
- 21- محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 22- مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، د.ط، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- 23- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره، ط1، دار الثقافة، الأردن، عمان، 2008.
- 24- نزيه نعيم شلالا، دعاوى التعسف في استعمال الحق، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 25- هشام حسني مهدي، الخلع بين القضاء والفقه وفقا للقانون 1 لسنة 2000، ط2، المكتب الفني للإصدارات القانونية مصر، 2002.

ثالثا: الرسائل الجامعية

- أ- أطروحات الدكتوراه
- 1- بوخاتم أسية، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2015-2016.
- 2- توفيق شندالي، فسخ عقد الزواج، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2011-2012.

- 3- خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقانة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2017-2018.
 - 4- زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان 2017-2018.
 - 5- سعيد سميرة، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة انحلال الزواج أنموذجا، أطروحة دكتوراه تخصص قانون مدني، جامعة المسيلة 2022-2023.
 - 6- فاخت عبد العزيز، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري والشرعية الإسلامية أطروحة دكتوراه، المركز الجامعي النعامة، 2021-2022.
 - 7- عبد الحكيم بوجاني، أبرز إشكالات قانون الأسرة الجزائري، دراسة تحليلية ونقدية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2018-2019.
 - 8- علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان 2012-2013.
 - 9- عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص جامعة تلمسان، 2017-2018.
 - 10- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية جامعة باتنة، 2008-2009.
 - 11- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص جامعة تلمسان، 2009-2010.
 - 12- مسعودي الرشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2005-2006.
 - 13- موحى اسدي اعر، خصوصيات القواعد المدنية في مدونة الأسرة من خلال الزواج وانحلال ميثاقه، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، وجدة، 2015.
- ب- مذكرات الماجستير**
- 1- بوخاتم أسية، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص جامعة تلمسان، 2006-2007.
 - 2- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات إنعقاد وإنحلال الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعقم، جامعة تلمسان، 2013-2014.
 - 3- بوراق فتيحة، الإشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعقم، جامعة تلمسان، 2015-2016.

- 4- بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص جامعة تلمسان، 2007-2008.
- 5- طواهري محمد، الجزء المدني في بعض مسائل الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعقم، جامعة تلمسان، 2014-2015.
- 6- عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعقم، جامعة تلمسان 2013-2014.
- 7- عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، غزة، 2004.
- 8- مرزوقي قدار، اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2012-2013.

رابعاً: المقالات العلمية

- 1- استشهد بن خدة، أسية بوخاتم، الأحكام الثابتة والمتغيرة في تكوين عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، النعامة، 2022، المجلد 8، ع2.
- 2- التومي خالد، جنوح مدونة الأسرة نحو تطبيق بعض القواعد المدنية عيوب الإرادة نموذجاً، مجلة دفاتر قانونية، المغرب 2015، ع1.
- 3- الفاخوري إدريس، دور الإرادة في إبرام عقود الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة الجديدة، مجلة القصر، المغرب، 2004 ع9.
- 4- الفاخوري إدريس، تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الإلتزامات والعقود ومدونة الأسرة، مجلة الحقوق المغرب، 2014، ع16-17.
- 5- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستجدات جامعة حلوان، مصر، نوفمبر 2017، ملحق خاص، ج2، ع2.
- 6- إليزابيث بريك، الزواج والشراكة الزوجية، موسوعة ستانفورد للفلسفة، ترجمة علي الحارس، مجلة حكمة، 2019.
- 7- أيمن مصطفى الدباغ، التعسف في الطلاق، حقيقته، معايير، حالاته، الجزء المترتب عليه، مجلة جامعة الأقصى، 2014 المجلد 18، ع1.
- 8- بنحيت عيسى، آثار العوالة على المسؤولية السابقة للتعاقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف جوان 2015، ع14.
- 9- برباح زكرياء وتشوار جيلالي، تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في أحكام الخطبة في القانونين الجزائري والمغربي على ضوء الشريعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي بتيبازة، 2022، المجلد 59، ع1.

- 10- بلحاج العربي، الإطار القانوني للوعد بالتعاقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري المعدل عام 2005 وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، إصدار دوري إضافي، الكويت، السنة 09 يونيو 2021، ع3، العدد التسلسلي 35.
- 11- بلحاج العربي، الطبيعة القانونية للخطبة في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري الجديد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2007، ع1.
- 12- بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016، ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، 2018، المجلد3، ع3.
- 13- بن خدة حمزة، مدى تأثير القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال التعبير عن الإرادة، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد جامعة تلمسان، 2016، المجلد1، ع1.
- 14- بن داود عبد القادر، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة 2004، ع09.
- 15- بن شويخ صارة، التعسف في إستعمال الحق وأثره على بعض قضايا الأسرة، دراسة مقارنة في قوانين الأسرة المغربية الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، 2021، المجلد 13، ع1.
- 16- بن عومر محمد الصالح، تجسيد المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار 2014، المجلد2، ع2.
- 17- بوجاني عبد الكريم وغربي صورية، تعارض نصوص قانون الأسرة مع أحكام الشريعة من حيث الآثار المترتبة على إثبات الزواج العربي، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي آفلو، 2020، المجلد2، ع1.
- 18- بوخاتم أسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج، دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، مجلة القانون والعلوم السياسية، النعامة، 2017، المجلد3، ع2.
- 19- بوخاتم أسية، نظام أموال الزوجين بين الانفصال والتداخل دراسة في ضوء قوانين الأسرة المغربية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية جامعة الجلفة، 2015، المجلد8، ع1.
- 20- بوكايس سمية، مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، جامعة تلمسان 2017، المجلد2، ع2.
- 21- تشوار جيلالي، أحكام الأسرة بين الإجهاد والتقنين، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر، باتنة1، 2001، ع04.
- 22- تشوار جيلالي، بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة، مجلة المعيار، جامعة قسنطينة، 2004، ع9.
- 23- تشوار جلال، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، 2011، ع12.
- 24- تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05- 02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، 2011، ع12.

- 25- توفيق حسن فرج، الطبعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، جامعة الإسكندرية، مصر، 1961-1962، ع3 و4.
- 26- جهاد محمود عيسى الأشقر، الطلاق الثلاث بلفظ واحد في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2018 المقالة 15، المجلد 20، ع5.
- 27- حسن بغدادي، نظام الأموال بين الزوجين وصلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي والحق العيني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، جامعة الإسكندرية، مصر، 1957، ع12.
- 28- حمزاوي أحمد، التعليق على قرار تأسيس دعوى الطلاق على عدم الإنجاب، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، 1995، ع2.
- 29- حمزة قتال، سمير شيهاني، علاقة القانون المدني بقانون الأسرة قواعد الأهلية نموذجاً، حوليات جامعة الجزائر1، 2016 المجلد30، ع3.
- 30- سجاد بن فاخة، سعيد بن يحيى، نظام الإتفاقات الأولية الناتجة عن التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة، 2022، المجلد09، ع01.
- 31- سعاد سطحي، قراءة في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، الخطبة والزواج نموذجاً، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2006، ع12.
- 32- سمية صالحى، النظام القانوني للإشتراك المالي بين الزوجين، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع التونسي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، 2024، المجلد16، ع02.
- 33- سيف رجب قزامل، الوعد بالتعاقد، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، مصر، 1978 ع2.
- 34- شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق العلمية جامعة القدس كلية الحقوق، 2009، المجلد 1، ع1.
- 35- عبد الرزاق شيخ نجيب، الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2001، ع1.
- 36- عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، 2020، المجلد 34، ع2.
- 37- عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 84-11، تشريع الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، 2003، المجلد40، ع2.
- 38- عز الدين مرزا ناصر، الطبعة القانونية للخطبة دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، المعهد التقني الموصل، العراق، 2005 مجلد 3، ع26، السنة 10.
- 39- علاوة بوشوشة، الزواج بين العقد العربي والعقد المدني وأثره على الأسرة، مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والتطبيقات القضائية لدى المحكمة العليا، مجلة الآفاق للعلوم، جامعة الجلفة، 2017، المجلد2، ع7.

- 40- عماد حميدة، موسى مرمون، إشكالية تقنين إرادة الزوج في الطلاق بين الأصالة والحداثة، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية جامعة قسنطينة 1، 2020، المجلد 31، ع2.
- 41- عماد شريف، مسائل لم ينص عليها قانون الأسرة الجزائري ودور اجتهادات المحكمة العليا في استكمالها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الوادي، 2020، المجلد 11، ع1.
- 42- كريمة محروق، واقع الزواج العربي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، 2013، ع39.
- 43- لعجال مداني، مبدأ حسن النية وجزاء الإخلال به في القانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة الأغواط، 2022، المجلد 6، ع2.
- 44- مامون عبد الكريم، نظام الزواج العربي، دراسة نقدية، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، 2004، ع1.
- 45- محمد سعيد جعفرور، نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية جامعة الجزائر، 2001، المجلد 28، ع3.
- 46- مصطفى راتب حسن علي، أثر العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون طنطا، مصر، 2016، المجلد ج4، ع31.
- 47- منى أحمد أبو زيد، ومحمد عبده، قضايا المرأة، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2006، ع1.

خامسا: المداخلات

- 1- استشهد بن خدة، الإشكالات المتعلقة بتثبيت عقد الزواج، قراءة في نص م2/33 من ق.أ، وقائع أعمال الملتقى الوطني حول الإشكالات القانونية والقضائية لأحكام قانون الأسرة وسبل حلها، المركز الجامعي بركة، الجزائر، بتاريخ 2022/12/13 المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والإقتصادية، برلين، ألمانيا.
- 2- بن عصمان نبيلة، الإشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته، وقائع أعمال الملتقى الوطني حول الإشكالات القانونية والقضائية لأحكام قانون الأسرة وسبل حلها، المركز الجامعي بركة، الجزائر، بتاريخ 2022/12/13، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والإقتصادية، برلين، ألمانيا.
- 3- فرحات بن ناصر، واقع ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري من منظور نفسي إجتماعي، وقائع أعمال الملتقى الوطني حول الإشكالات القانونية والقضائية لأحكام قانون الأسرة وسبل حلها، المركز الجامعي بركة، الجزائر، بتاريخ 2022/12/13، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والإقتصادية، برلين، ألمانيا.

سادسا: المحاضرات

- 1- تشوار جيلالي، قانون الأسرة المعمق، محاضرات أُلقيت على طلبة الماستر تخصص القانون الخاص، ج1، الزواج وآثاره، جامعة تلمسان، 2024-2025.
- 2- ساسي بن حليلة، محاضرات في القانون المدني، قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة المنار، تونس.

14- القانون رقم 1 لسنة 2000، المنظم لأوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري، ج.ر، ع4 مكرر الصادرة بتاريخ 2000/01/29.

15- القانون رقم 36، لسنة 2010، المتضمن الأحوال الشخصية الأردني، ج.ر، ع5061 2010/10/17.

ب- النصوص القانونية الغربية

- 1- Code civile Français, Ordonnance n° 2016-131, du 10 Février 2016.
- 2- Code civil espagnol, Ministre de la Justice, 2016, décret royal N° 2555-1977 du 27 août, Journal officiel de l'État du 6 octobre 2015.
- 3- Code civil suisse du 10 décembre 1907 (état au 1er janvier 2021).
- 4- Code civil allemand dans la version promulguée le 01/10/2013, ministère fédéral de la Justice.
- 5- Code civil italien, du 16/03/1942, n° 262, dernière modification, édition, le 07/02/2017.

ثامنا: مواقع الإنترنت

- 1- <https://www.gesetze-im-internet.de/>
- 2- <http://www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=5547&cat=11333>
- 3- <http://www.legifrance.gouv.fr>.
- 4- <http://adala.justice.gov.ma>.
- 5- <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02176290>.
- 6- <https://political-endyclopedia.org/dictionary>.

الفهرس

أ	آية قرآنية وقول مأثور لأبي حنيفة
ب	شكر وتقدير
ج	إهداء
د	قائمة أهم المختصرات
9-1	مقدمة
12-10	الفصل الأول: خصوصية مبدأ سلطان الإرادة في تكوين الرابطة الزوجية
13	المبحث الأول: خصوصية مبدأ سلطان الإرادة في المرحلة السابقة على انعقاد الرابطة الزوجية
14	المطلب الأول: دور الإرادة في إبراز خصوصية الوعد بالتعاقد عن الخطبة
15	الفرع الأول: دور الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة وبيان وصفها القانوني
16	أولاً: الفرق بين الخطبة والوعد بالتعاقد
1-18	1- إستبعاد مصطلح الوعد الملزم عن الخطبة
19	2- إمكانية القول بأن الخطبة وعد غير ملزم
21-20	ثانياً: الفرق بين الخطبة والإنفاق الابتدائي
23-22	ثالثاً: الفرق بين الخطبة والعقد التمهيدي
26-24	رابعاً: بيان الوصف القانوني المناسب للخطبة كمرحلة سابقة على التعاقد
27	الفرع الثاني: دور الإرادة في إنهاء الخطبة وتحسيد فكرة العدول
27	أولاً: إنهاء الخطبة بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين
1-28	1- الإرادة الحرة في الاختيار لتجسيد مبدأ الحرية في التعاقد
2-31	2- الحق في العدول لتجسيد مبدأ الحرية في التعاقد
3-34	3- الحق في الإعلام لتجسيد مبدأ الحرية في التعاقد
35	ثانياً: إنهاء الخطبة بتوافق الإرادتين
1-36	1- تقارب خصوصية العقد مع إنهاء الخطبة بتوافق الإرادتين
2-36	2- تعارض خصوصية الوعد بالتعاقد مع إنهاء الخطبة بتوافق الإرادتين
3-37	3- توافق خصوصية العقد التمهيدي مع إنهاء الخطبة بتوافق الإرادتين
38	المطلب الثاني: خصوصية قواعد المسؤولية المدنية في مرحلة الخطبة في ظل غياب دور الإرادة

39	الفرع الأول: تقييد مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة الخطبة
39	أولاً: الإرادة شرط لقيام الخطأ في المسؤولية المدنية
40	1- الخطأ المفترض في قيام المسؤولية العقدية
41	2- تراجع فكرة المسؤولية العقدية وقيام المسؤولية غير التعاقدية
42	ثانياً: غياب دور الإرادة في إحداث الضرر في المسؤولية التقصيرية
43	1- إنتفاء عنصر الخطأ يعني قيام المسؤولية الموضوعية
44	2- العدول حق غير موجب للتعويض
44	الفرع الثاني: تحديد أساس المسؤولية التقصيرية في مرحلة الخطبة
45	أولاً: العدول عن الخطبة تعسف في استعمال الحق
46 - 45	1- ممارسة العدول خارج حدود الحق
47	2- ممارسة العدول خارج حدود الرخصة
49 - 48	ثانياً: العدول غير المبرر عن الخطبة خطأ تقصيري يوجب التعويض
54 - 50	ثالثاً: الإخلال بمبدأ حسن النية كأساس للمسؤولية التقصيرية في مرحلة ما قبل التعاقد
56 - 55	المبحث الثاني: خصوصية مبدأ سلطان الإرادة أثناء مرحلة انعقاد الرابطة الزوجية
57	المطلب الأول: دور الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية للرابطة الزوجية
58	الفرع الأول: الرؤية التعاقدية للزواج المبنية على حرية الإرادة
59	أولاً: الزواج بين المفهوم الديني والمدني
60 - 59	1- فكرة الزواج الديني
62 - 61	2- التوجه المدني لعقد الزواج
63	ثانياً: أبعاد تكوين عقد الزواج بين الرضائية والشكلية
64 - 63	أ- عقد الزواج عقد رضائي من حيث الأصل
65	ب- الشكلية التعاقدية والإشهاد في عقد الزواج
67 - 66	1- موقف الفقه والقضاء من اشتراط الشهادة في عقد الزواج
68	2- التفرقة بين الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد والشكلية المطلوبة لإثباته
69	ج- التوفيق بين الشكلية والرضائية حسب طبيعة العلاقة التعاقدية

70	ثالثا: الطابع النظامي لعقد الزواج نتيجة التفريق بين العقد والإتفاق
71 - 70	1- العقد والإتفاق
72 - 71	2- العقد نظام قانوني
73	3- العقد الذاتي والإتفاق المنظم
74	رابعا: تطور نظرية العقد وتراجع مبدأ سلطان الإرادة
75	الفرع الثاني: الزواج مؤسسة خاضعة لنظام قانوني
75	أولا: الإلتزامات المالية بين الزوجين
76	1- النفقة الزوجية والإشتراك المالي بين الزوجين
78 - 77	2- مشاركة الزوجة العاملة في الإتفاق
79	3- حرية المرأة في التصرف بمالها الخاص دون إذن زوجها
80	ثانيا: تنظيم العلاقة المالية بين الزوجين
81	أ- طبيعة النظام المالي للزوجين
82	ب- آثار الإشتراك المالي بين الزوجين
83 - 82	1- المشكلة التي تثار في حالة وفاة أحد الزوجين أو إنهاء العلاقة الزوجية
84	2- الديون المستقلة والديون المشتركة المستحقة على الزوجين
86 - 85	3- النزاع حول متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري
87	المطلب الثاني: الآثار الناشئة عن اعتبار الزواج مؤسسة
88	الفرع الأول: تقييم نظام انفصال الأموال بين الزوجين والقبول بنظام الإشتراك في الأموال المكتسبة
89	أولا: الأصل استقلالية الذمة المالية
91 - 90	ثانيا: التنظيم التشريعي للملكية المشتركة بين الزوجين
92	الفرع الثاني: التكييف الشرعي والقانوني لنظام الإشتراك المالي
94 - 93	أولا: إعتبار نظام الإشتراك عقد مالي مستقل قائم بذاته
99 - 95	ثانيا: إعتبار نظام الإشتراك شركة قائمة بذاتها
100	ثالثا: تداخل مبدأ الإثراء بلا سبب أو الفعل النافع والكسب دون حق مع نظام الكد والسعاية
101	المبحث الثالث: تقييد مبدأ سلطان الإرادة أثناء مرحلة انعقاد الرابطة الزوجية

المطلب الأول: الشروط العامه في العقود المدنية والشروط الخاصة بعقد الزواج	102
الفرع الأول: الإشكالات التي تثيرها التفرقة بين الركن والشرط	103
أولاً: الشرط والركن وفق مبادئ الشريعة الإسلامية	104
ثانياً: الشرط والركن وفق أحكام القانون المدني	105
1- الأهلية	105
2- المحل والسبب	106
3- نظرية مضمون العقد	107
ثالثاً: الشرط والركن في قانون الأسرة	108
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الزواج	108
أولاً: شروط الصحة والإنعقاد	108
1- شروط الصحة	108
2- شروط الإنعقاد	109
ثانياً: شروط النفاذ وال لزوم	110
1- شروط النفاذ	110
2- شروط ال لزوم	111
الفرع الثالث: الشروط الإجرائية في عقد الزواج	112
أولاً: إشكالية تثبيت عقد الزواج العرفي	112-113
ثانياً: مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط	114
المطلب الثاني: النظرية العامة لمجلس العقد بالنسبة لعقد الزواج	115
الفرع الأول: الإرادة التعاقدية في عقد الزواج	116
أولاً: مجلس الخطبة ومجلس الفاتحة	117-120
1- التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد	121
2- التعاقد بين غائبين أو بالمراسلة	121-122
ثانياً: التعبير عن الإرادة في مجلس عقد الزواج	123
أ- النزعة الذاتية والنزعة الموضوعية	124

ب- نظرية العقد بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة	124
1- نظرية الإرادة الباطنة	126 - 125
2- نظرية الإرادة الظاهرة	127
ج- مجلس العقد الحقيقي والحكمي	127
ثالثا: طرق التعبير عن الإرادة في عقد الزواج	128
1- اللفظ للتعبير عن الإرادة	129 - 128
2- الكتابة في التعبير عن الإرادة	130
3- الإشارة في التعبير عن الإرادة	131
4- السكوت للتعبير عن الإرادة	132
أ- لا يكون السكوت إيجاباً مطلقاً	133
ب- السكوت في التعبير عن القبول	133
5- التعاقد بوسائل الإتصالات الحديثة	134
أ- التعاقد بوسائل الإتصال السمعية بين المجلس الحقيقي والحكمي	134
ب- التعاقد بوسائل الإتصال البصرية بين المجلس الحقيقي والحكمي	135
الفرع الثاني: أشخاص مجلس عقد الزواج	135
أولاً: النظرية العامة للأهلية في القانون المدني ونظرية الأهلية في عقد الزواج	136
1- أهلية الوجوب الكاملة والقاصرة والمعدومة	136
2- أهلية الأداء	137
ثانياً: نظرية النيابة الشرعية في عقد الزواج مقارنة بالقانون المدني	138
1- الولاية في عقد الزواج	140 - 139
2- الوكالة في عقد الزواج	141
ثالثاً: الغير كشخص في مجلس عقد الزواج	142
1- الولي كشاهد في عقد الزواج	143
2- شهود العيان وشهود السماع	145 - 144

147 - 146	الفصل الثاني: خصوصية مبدأ سلطان الإرادة في انحلال الرابطة الزوجية
148	المبحث الأول: مدى دور الإرادة في إحداث الطلاق
148	المطلب الأول: الرضائية والشكلية في إنهاء الرابطة الزوجية
149	الفرع الأول: مبدأ الرضائية في إنهاء الرابطة الزوجية
149	أولاً: الطبيعة القانونية للطلاق عقد أم تصرف بالإرادة المنفردة
150	1- التصرف أحادي الجانب أو التصرف بالإرادة المنفردة
151	2- إنهاء العقد بالإرادة المنفردة
151	أ- بموجب بند في العقد
152	ب- برخصة القانون
152	3- أركان وشروط الطلاق
152	أ- أهلية من يقع منه الطلاق
153	ب- اللفظ في الطلاق
153	ج- القصد، النية والعزم على الطلاق
153	د- المحل
154 - 153	4- أوصاف الطلاق
154	أ- الطلاق المنجز
155	ب- الطلاق المضاف إلى أجل
155	ج- الطلاق المعلق على شرط
156	ثانياً: إنتفاء عنصر الإرادة في الطلاق
156	أ- إنعدام الأهلية في الطلاق
156	1- طلاق الغافل والناسي والساهي والمخطئ والجاهل بمعنى لفظ الطلاق
157	2- طلاق المدهوش والغضب
157	3- طلاق السكران
158	4- طلاق المجنون والصغير
159	5- طلاق الهازل

159	6- طلاق الكذاب
160	7- طلاق المكره
160	8- طلاق السفیه والمعتوه
161	9- طلاق النائم والمغمى عليه
161	10- طلاق المريض مرض الموت
162	ب- التوكيل والتفويض في الطلاق
163-162	1- التوكيل أو الوكالة في الطلاق
164	2- التفويض بالطلاق
164	3- التملك
165	4- التخيير
166	الفرع الثاني: مبدأ الشكلية في إنهاء الرابطة الزوجية
168-167	أولاً: الإشهاد على الطلاق للحكم بصحته
169	ثانياً: تثبيت الطلاق بحكم قضائي
170-169	المطلب الثاني: مجلس الإيجاب والقبول في الطلاق
170	الفرع الأول: الإرادة الظاهرة والباطنة في حالات اللفظ مع النية في الطلاق
170	أولاً: إذا اجتمعت الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة في الطلاق فبأي الإرادتين نأخذ؟
170	1- العلم بحصول اللفظ وفهم معناه
171	2- الطلاق الصوري والمخالعة الصورية
172	ثانياً: الطلاق الثلاث في مجلس واحد
173	الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة في الطلاق
173	أولاً: الطلاق الصريح والضمي
173	1- الطلاق الصريح
174	2- الطلاق الضمني أو بالكناية
175	ثانياً: طرق التعبير عن الإرادة في الطلاق
175	1- التعبير عن الإرادة في الطلاق باللفظ

- 2- التعبير عن الإرادة في الطلاق بالكتابة 176
- 3- التعبير عن الإرادة في الطلاق بالإشارة 176-177
- 4- التعبير عن الإرادة في الطلاق بوسائل الاتصالات الحديثة 178
- المبحث الثاني: إرادة الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية 178
- المطلب الأول: إنهاء الرابطة الزوجية بتوافق الإرادتين 179
- الفرع الأول: الطلاق بالتراضي أو الإتفاقي 180-181
- الفرع الثاني: مدى الإعتراف بالطلاق خارج دائرة القضاء أي الطلاق بطريقة ودية 182-184
- الفرع الثالث: الخلع الرضائي أو الإتفاقي أو المخالعة الرضائية 184-190
- المطلب الثاني: إنهاء الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين 190
- الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج 191
- أولاً: فرقة الزوج فسخ أم طلاق 191-193
- ثانياً: إيقاع الزوج للطلاق حق أم رخصة إعمالاً لنظرية الحق في القانون المدني 194
- 1- الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج وحده 194
- 2- طبيعة الحق في الطلاق 195
- الفرع الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة 196
- أولاً: الخلع القضائي 197
- 1- الخلع طلاق أم فسخ 198-201
- 2- الخلع يمين أم معاوضة 202-204
- 3- الخلع حق أم رخصة 205-206
- ثانياً: التطلق القضائي 207
- أ- هل أن التطلق يعتبر صورة تقترب لدرجة الحق الأصيل بدلا عن الرخصة والجواز؟ 207-208
- ب- مدى اشتراك حالات التطلق في معنى إحداث الضرر 209
- 1- التطلق لعدم الإنفاق 210-212
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج 213-218
- 3- المهجر في المضجع فوق أربعة أشهر 218-220

- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة 220
- 5- الغيبة بعد مرور سنة دون عذر أو نفقة 221-226
- 6- الضرر المخول للمطالبة بالتطليق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في م 8 227
- 7- إرتكاب فاحشة مبينة 227
- 8- التطليق للشقاق المستمر 228-229
- 9- الطلاق بسبب الإخلال بأحد الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو عقد لاحق 230-231
- 10- التطليق للضرر "كل ضرر معتبر شرعا" 232-234
- المبحث الثالث: تقييد إرادة الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية 235
- المطلب الأول: تقييد إرادة الزوجين بحكم القاضي 235-236
- الفرع الأول: تقييد إرادة الزوجين بحكم القاضي في حالة النشوز 237
- أولاً: حالة نشوز الزوجة 238-239
- ثانياً: حالة نشوز الزوج 240
- ثالثاً: في حال الشقاق بين الزوجين 241
- الفرع الثاني: تقييد إرادة الزوج بحكم القاضي 242
- أولاً: الحكم الكاشف والحكم المنشئ للطلاق 243
- 1- الحكم المنشئ للطلاق 243
- 2- الحكم الكاشف للطلاق 244
- ثانياً: الطلاق الرجعي والطلاق البائن بينونة صغرى وكبرى 244
- 1- الطلاق الرجعي 245-246
- 2- الطلاق البائن 247
- أ- الطلاق البائن بينونة صغرى 247
- ب- الطلاق البائن بينونة كبرى أو الطلاق الثلاث 248-249
- ثالثاً: الطلاق بحكم القاضي بدلا من الإرادة المنفردة للزوج 250-252
- الفرع الثالث: مدى تقييد إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بحكم القاضي 253
- أولاً: إلغاء دور القاضي في الخلع القضائي 253

254	ثانيا: الحكم بالمساواة بين الرجل والمرأة في الطلاق
255	المطلب الثاني: تقييد إرادة الزوجين بمبدأ التعسف في استعمال الحق
255	الفرع الأول: مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق
255	أولا: الطلاق التعسفي
256	1- مدى اعتبار الطلاق البدعي طلاقا تعسفيا
257	2- مدى اعتبار طلاق المريض مرض الموت طلاقا تعسفيا
259-258	3- مدى اعتبار الطلاق لسبب غير معقول أو دون مبرر طلاقا تعسفيا
260	ثانيا: المراجعة أو الرجعة قصد الإضرار بالزوجة
261	الفرع الثاني: مظاهر تعسف الزوجة في ممارسة الخلع
261	أولا: تعسف الزوجة في ممارسة الخلع
264-262	ثانيا: عدم أحقية الزوج في طلب التعويض بسبب تعسف الزوجة في ممارسة الخلع
266-265	الفصل الثالث: الجزاءات المدنية والمالية الناشئة عن الرابطة الزوجية وانحلالها
267	المبحث الأول: الجزاءات المدنية الناشئة في مرحلة انعقاد الرابطة الزوجية
267	المطلب الأول: تمييز الفسخ عن البطلان ومدى إعمال نظرية البطلان لإنهاء عقد الزواج
268-267	الفرع الأول: الفرق بين الفسخ والبطلان في الفقه الإسلامي
269	أولا: الزواج الفاسد والباطل في الفقه الإسلامي
270	1- العقد الصحيح والعقد غير الصحيح
270	أ- العقد الصحيح
270	ب- العقد غير الصحيح
271	2- عقد الزواج الباطل والفاسد
273-272	ثانيا: نظرية الفساد في الفقه الإسلامي
274	الفرع الثاني: الفرق بين الفسخ والبطلان في القواعد العامة للقانون المدني
275	أولا: نظرية البطلان في القانون المدني
275	1- البطلان المطلق
276	2- البطلان النسبي

3-	الآثار الجوهرية والعرضية للعقد الباطل	277
أ-	نظرية إنقاص العقد	277
ب-	نظرية تحول العقد	278
	ثانيا: نظرية الفسخ في القانون المدني	278
	الفرع الثالث: الفرق بين الفسخ والبطلان في قانون الأسرة	279-280
	المطلب الثاني: تأصيل التفرقة بين الفسخ والبطلان وآثارها على تكوين عقد الزواج	281
	الفرع الأول: الجزاءات التي يترتبها تخلف الركن والشرط في عقد الزواج	281
	أولاً: جزاء تخلف شرط الولي في عقد الزواج	282
	ثانيا: جزاء مخالفة السن القانوني للزواج	283
	ثالثاً: جزاء الإخلال بالشروط الإرادية في العقد	284
1-	إقتران العقد بشرط ينفيه أو يتنافى ومقتضاه	285
2-	نظرية مقتضى العقد	286
	الفرع الثاني: إتصال نظرية العيوب بمبدأ سلطان الإرادة وآثارها على عقد الزواج	286
	أولاً: العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال أوجه التعارض بين قانون الأسرة والقانون المدني	287-289
	ثانيا: عيوب الرضا "الغلط، التدليس والإكراه" وآثارها على عقد الزواج	290
1-	نظرية الغلط وآثارها على عقد الزواج	290
2-	نظرية الإكراه وآثارها على عقد الزواج	291-293
3-	نظرية التدليس وآثارها على عقد الزواج	294-295
	الفرع الثالث: إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد وآثارها على عقد الزواج	296
	أولاً: قيام المسؤولية العقدية على أساس الخطأ عند تكوين العقد	296-297
	ثانيا: قيام المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ عند تكوين العقد	298
	المطلب الثالث: تأصيل التفرقة بين الفسخ والبطلان ومدى تأثيرها على مسألة الطلاق	299
	الفرع الأول: تمييز الفسخ بمفهومه المدني عن الطلاق من الناحية الفقهية والقانونية	300-302
	الفرع الثاني: نظريتي الفسخ والبطلان وآثارها على إنهاء عقد الزواج	303
	أولاً: نظرية البطلان في القانون المدني وآثارها على إنهاء عقد الزواج	304

304	 ثانيا: نظرية الإنعدام في عقد الزواج قاعدة "الباطل شرعا كالمعدوم"
305	 ثالثا: نظرية الآثار الجوهرية والعرضية للعقد الباطل وآثارها على عقد الزواج بعد إنجائه
306	 المبحث الثاني: المسؤولية المدنية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية
307	 المطلب الأول: مدى قيام المسؤولية المدنية عن انحلال الرابطة الزوجية
309 - 308	 الفرع الأول: عدم قيام المسؤولية مطلقا لا تعويض عن مجرد الطلاق
312 - 310	 الفرع الثاني: قيام المسؤولية العقدية عند إنهاء الرابطة الزوجية
313	 الفرع الثالث: التعويض بين ثبوت الزوجية القائمة وإلحاق الضرر بالطرف الآخر
314	 الفرع الرابع: قيام المسؤولية التقصيرية عن انحلال الرابطة الزوجية
315	 المطلب الثاني: أساس المسؤولية التقصيرية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية
318 - 316	 الفرع الأول: أساس المسؤولية التقصيرية القائمة عن الطلاق التعسفي
319	 الفرع الثاني: التعويض في حالة نشوز أحد الزوجين
321 - 320	 الفرع الثالث: التعويض في حالة التطليق للضرر
323 - 322	 الفرع الرابع: التعويض في حالة التطليق للتدليس
324	 المبحث الثالث: المستحقات المالية المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية
324	 المطلب الأول: التعويض كأثر لانحلال الرابطة الزوجية
328 - 325	 الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتعويض عن ضرر الطلاق التعسفي وعلاقته بنظام المتعة
330 - 329	 الفرع الثاني: الطبيعة التعويضية للمتعة
333 - 331	 الفرع الثالث: إمكانية الحكم بالتعويض عن الضرر إلى جانب المتعة
337 - 334	 الفرع الرابع: قاعدة لا يجوز التعويض عن الضرر الواحد مرتين
338	 المطلب الثاني: النفقة كأثر لانحلال الرابطة الزوجية
338	 الفرع الأول: المتعة والنفقة
339	 أولا: نفقة العدة
341 - 340	 ثانيا: نفقة المتعة
342	 ثالثا: نفقة الإهمال
342	 رابعا: الفرق بين استحقاق المتعة والنفقة

342	1- إستحقاق النفقة للزوجة بعد رفع دعوى الخلع وقبل إقرار الحكم بالطلاق
343	2- إستحقاق المنعة للزوجة بعد الحكم لها بالخلع
344	الفرع الثاني: المسؤولية المدنية للزوج عن عدم تسديد دين نفقة الطلاق
345	أولاً: طبيعة المسؤولية المدنية عن عدم تسديد دين نفقة الطلاق
346	ثانياً: وسائل وقواعد التنفيذ المدني
347	1- الإعذار
348	2- الحجز التحفظي على أموال المدين
349	3- الغرامة التهديدية
349	4- آلية الإقتطاع التلقائي أو المباشر
351-350	الفرع الثالث: الضمانات المدنية لتحصيل المستحقات المالية بعد الحكم بالطلاق
352	أولاً: ضمانات تحصيل دين نفقة الطلاق
352	1- التقادم المسقط
353	2- حجز ما للمدين لدى الغير
353	3- الصلح
354-353	4- المقاصة القضائية
355	5- النفقة دين من الديون الممتازة
356	6- النفاذ المعجل
359-357	ثانياً: المستجدات المتعلقة بصندوق النفقة
367-360	خاتمة
382-368	قائمة المصادر والمراجع
396-383	الفهرس

إن ما يثور اليوم حول قضايا الأسرة من أحكام هو إرباطها بمسائل تعد قواعد عامة في القانون المدني أصبح لها تأثير في تكوين الزواج وحتى في حالة انحلاله واتسعت النظرة لتشمل ما ثبت من أحكام، تسعى هذه الدراسة لبيان بعد آخر لهذه المفارقة من خلال تحليل معمق للنظريات القانونية في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقوانين الخاصة ومدى تأثيرها على الرابطة الزوجية وانحلالها، والسعي لرفع التناقضات وتحقيق الإنسجام بين قانون الأسرة والقانون المدني، ولعل نقطة التلاقي بينهما تكمن في مبدأ سلطان الإرادة وما ينبثق عنه من مبادئ ونظريات بعضها مستمد من فحوى الشريعة الإسلامية وهي "القواعد الشرعية" وأغلبها من التشريعات الغربية وهي "القواعد الوضعية"، ويتعدى ذلك من خلال تبني نظريات قانونية عصرية ذات جذور شرعية تجمع بينهما ودون المساس بثوابت الشريعة الإسلامية مما يفتح آفاقاً لنظريات جديدة، إذ يقال بأن مستقبل القواعد العامة للقانون المدني سيكون للقوانين الخاصة.

الكلمات المفتاحية: قانون الأسرة - القانون المدني - الشريعة الإسلامية - مبدأ سلطان الإرادة - الجزاءات المدنية

Abstract:

What's happening today about issues of the family provisions, it is related with subjects look as a general rule in civil law, it has an impact on the formation of the marriage contract and even when dissolves, also the view expanding to include proven provisions, this study looking to illuminate another dimension for this distinction by depth analysis of legal theories in civil law as the general one of the special rules, and how they affect on the marital bond and its dissolution.

It also seeks to resolve contradiction and harmonization between family law and civil law, perhaps the meeting point between them lies in principle of the will and what the principles and theorists emerge from it, some of which are derived from the content of Islamic law which norms "Sharia rules", and most of which are from western legislation which norms "positive rules".

It exceeded that by taking another's modern theories with Sharia roots mix between them without touch the constants of Islamic law which opens up horizons for new theories, as it is said that, the general future rules of civil law will be for special one.

Keywords: family law- civil law- Sharia rules- principle of the will- civilian sanctions.

Résumé :

Ce qui se passe actuellement concernant les problèmes des disposition familiales a liée aux des règles générales du droit civil, qui est effet sur la création de mariage et même sur sa dissolution, la vision est élargie pour englober les décisions établies, Cette étude vise à éclairer une autre dimension de ce paradoxe par une analyse approfondie des théories juridiques en droit civil, en tant que droit général pour les lois spéciales et de leur impact sur le lien du mariage et sa dissolution.

Elle cherche également à soulever les contradictions et harmoniser entre le droit de la famille et le droit civil, peut-être le point de convergence entre eux repose dans le principe de l'autorité de la volonté et ce qu'adoptées pour son concept et théories, certains d'entre eux sont dérivés au contenu du droit islamique qui est appelé « les règles de la charia », et la plupart sont issues de la législation occidentale qui est appelée « les règles positives ».

Cette convergence va plus loin grâce à l'adoption de théories juridiques modernes avec des racines légitimes rassembler entre eux sans toucher les constantes du droit islamique, ce qui ouverte des chances à autre théories, Comme on le dit, que l'avenir des règles générales du droit civil seront reviendra aux lois spéciales.

Les mots clés : le droit de la famille- le droit civil- la charia- le principe de l'autorité de la volonté- les sanctions civiles.