

جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي
Université Echahid Hamma Lakhdar - El Oued
كلية الحقوق والعلوم السياسية

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES



عنوان المذكرة

انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية
تخصص: " أحوال شخصية "

تحت إشراف الدكتور:

عمر رويينة

إعداد الطالب:

صالح حسيني

لجنة المناقشة

- 1- الدكتور يوسف عبد اللاوي رئيساً
- 2- الدكتور عمر رويينة مُشرفاً ومُقرراً
- 3- الدكتور بوبكر خلف مناقشاً
- 4- الدكتور عبد الرحمان تركي مناقشاً
- 5- الدكتورة أمينة سلطاني مدعوة

السنة الجامعية: 2015/2014



الإهداء

إلى من ربباني صغيرا وفتح لي أبواب العلم والمعرفة

والديّ

وإلى كل أفراد العائلة الكريمة.

وإلى كل من منحني من علمه وتوجيهه.

وإلى كل الأصدقاء وطلاب العلم في كل مكان أقدم هذا العمل.

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية وهادي الإنسانية وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

إنه ليسرني أن أتقدم بجزيل شكري وعظيم امتناني إلى أستاذي ومشرفي الدكتور رويضة عمر الذي لم يبخل علي بنصائحه القيمة وتوجيهاته السديدة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل الأساتذة الذين عملوا على تكويننا وتأطيننا طيلة مرحلة الدراسات العليا، وكل من مدَّ لي يد العون في مسيرتي العلمية.

وأتقدم بجزيل الشكر إلى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة الموقرين على ما تكبدوه من عناء في قراءة مذكرتي المتواضعة وحضورهم من أجل المشاركة في إثرائها.

قائمة المختصرات

باللغة العربية :

- د ط = دون طبعة.
- د ر ش = دون دار نشر.
- د س ن = دون سنة نشر.
- د م ن = دون مكان نشر.
- ج = الجزء.
- ص = الصفحة
- ه = هجري
- م = ميلادي
- ق أ ج = قانون الأسرة الجزائري.
- ق إ م إ = قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

باللغة الفرنسية :

- P = page.
- ED = Edition

مقدمة :

يكتسب نظام الأسرة على مرّ العصور أهميةً بالغةً باعتبارها الخلية الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة على حدّ سواء، لذلك فإنّ كل تشريعات الدول والأنظمة تعرضت لها بشكلٍ مفصلٍ حسب طبيعتها وخصوصيتها.

ومما هو معلوم فإنّ الأحوال الشخصية في شريعتنا جاءت مفصلة الأحكام لأنّ معظمها مَبْنِيٌّ على مصلحة ثابتة لا تتغير، إلا أنّ مُستجدات العصر هي على خلاف ذلك فهي متسارعة الظهور والنشوء والانتشار.

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

غير أنّهُ ومع دخول الجزائر مرحلة التعددية السياسية والنقابية ثار نزاع حادّ حول طبيعة هذا القانون وهويته وتباينت وجهات النّظر حوله ما بين مؤيد يرى أنّ هذا القانون مُستمدّ من أحكام الشريعة الإسلامية فلا داعي لتعديله، وبين معارض يرى ضرورة إلغاء هذا القانون جملةً وتفصيلاً، وبين هذا وذاك ظهر اتجاه ثالث ينادي بتعديل قانون الأسرة وتجديده، بحيث يكون مساهمًا لتطور المجتمع الجزائري وذلك في ضوء التّمييز بين الأحكام الثابتة والمتغيرة و اعتباره عملاً بشريًا وتقنيًا وُضِعَ احتاج إلى تعديل نصوصه حتى يكون أكثر انسجامًا في جوانبه القانونية.

هذه الانتقادات استدعت تدخلًا تشريعيًا جديدًا جاء في صورة الأمر 02/05 المؤرخ في : 2005/02/27 حيث قام المُشرِّع على إثره بتعديل جديد لقانون الأسرة، ومن أهم المواضيع التي خصّها المُشرِّع الجزائري بالتعديل "موضوع انحلال الرّابطة الزوجية" سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية، بالنسبة للجانب الموضوعي فكان التّطبيق من أهم مواضيع هذا التعديل، حيث أضاف المُشرِّع أسباب جديدة يحقّ بموجبها للزوجة طلب التّطبيق من زوجها وهو ما نصت عليه المادة 53 في فقراتها 08- 09- 10 وكذا من خلال نص المادة 54 التي تناولت انحلال الرّابطة الزوجية عن طريق الخلع بتكليفه الجديد، حيث حاول من خلال ذلك المُشرِّع منح الزوجة حرية أكبر وأوسع في ممارسة حقّ طلب فكّ الرّابطة الزوجية بإرادتها المنفردة.

أمّا من النّاحية الإجرائية فقد قام المُشرّع الجزائري باستحداثه مواد جديدة لم تكن موجودة في ظل القانون رقم 1984/11 كتفعيل دور النّيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة، طبقاً لما نصت عليه المادة 03 مكرر من هذا القانون، وكذا من خلال التدابير الإستعجالية المتعلقة بطبيعة الأحكام الصادرة في هذا النوع من القضايا، وفقاً لما نصت عليه المادة 57 مكرر من نفس القانون.

وحتى تتبين لنا الصورة الكاملة في هذا الجانب من التعديل المتعلق بانحلال الرّابطة الزوجية على ضوء التعديل الجديد، كان ولا بدّ من إجراء دراسة لجوانبه الموضوعية وكذا الإجرائية لبيان ما لهذا التعديل وما عليه.

أولاً: أهمية الموضوع وإشكاليته :

1 - : أهمية الموضوع :

يُعتبر عقد الزّواج من أقدس العقود ولذلك فإنّ الها سبحانه وتعالى سمّاه في مُحكم تنزيله ميثاقاً غليظاً، ووضع له من القواعد ما يضمن به بقاءه و استمراره، غير أنّهُ قد تستحكم الخلافات والمشاكل الأسرية بين الزّوجين ممّا قد يؤدي إلى انحلال الرّابطة الزوجية.

وتتجلى أهمية هذا الموضوع من خلال تزايد وتنامي هذه الظاهرة و انتشارها في وسط مجتمعنا بشكلٍ لافتٍ، حتى أصبحت تكادُ تكون ظاهرة اجتماعية عادية نظراً لتزايد الملفات المطروحة في محارب القضاء لفقّ هذه الرّابطة ، كما تتجلى أهمية هذا الموضوع من خلال :

- أ - تأكيد حقّ المساواة بين الزّوجين في طلب فكّ الرّابطة الزوجية.
- ب - تأكيد دور النّيابة العامة في هذا النوع من القضايا الأسرية .
- ج - معرفة مختلف إجراءات التقاضي الخاصّة بفكّ الرّابطة الزوجية.
- د - تتجلى أهمية ذلك أيضاً من خلال تأكيد دور الطابع الإستعجالي لقضايا شؤون الأسرة بالنظر لما تنطوي عليه من حالات استعجال، لا يمكن ردعها بإجراءات التقاضي العادية.

2 - : الإشكالية :

يدور موضوع البحث حول تساؤل رئيسي مفاده :

- إلى أي مدى وُفق المُشرّع الجزائري في ضبّطه لمُختلف الآليات القانونية المُتعلقة بانحلال الرّابطة الزوجية ؟

وعلى هذا فإنّ إشكالية البحث في هذا الموضوع تقوم على طرح مجموع الأسئلة الآتية :

- هل استطاع المشرع الجزائري من خلال تعديله للمادة 53 من قانون الأسرة موازنة الكفة بين حق الزوجة في طلب التطلق بحق الزوج في فك الرابطة الزوجية بالطلاق؟
- ما الموقف الفقهي والقانوني من أحكام الخلع؟
- ما المغزى و الغاية من اعتبار النيابة العامة طرفاً أصلياً في دعاوى الأسرة؟ - وما هو الجزاء المترتب عن استبعادها؟
- ما المقصود بالقضاء الإستعجالي؟ - وما هي مختلف التدابير الإستعجالية التي نص عليها قانون الأسرة؟
- ثم هل حركة التشريع التي جاء بها المشرع الجزائري باستحداثه لهذه المواد نابغ من عمق الوضع الاجتماعي، أم هو مجرد محاكاة لتشريعات دول أخرى؟

ثانياً : أسباب اختيار الموضوع وأهدافه :

1 - : أسباب اختيار الموضوع :

إنّ الذي دفعني إلى اختيار هذا الموضوع هي الأسباب التالية :

أ - الأسباب الذاتية :

- صلة الموضوع بميدان تخصصي والميل الشخصي للموضوعات المتعلقة بالأسرة، ومختلف موضوعاتها.
- الرغبة في البحث والتقصي بغية الوقوف على حقيقة هذا الموضوع خاصة في ظلّ ما يكتنفه من غموضٍ وعدم استقرار، ممّا عزّز من رغبتني وشعوري بأهمية الدراسة.

ب - الأسباب الموضوعية :

- قلة الدراسات القانونية التي تناولت بعمق، الإضافات الجديدة التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب الأمر 02/05 ، وأخذ ذلك بعين الاعتبار.

- الواقع الاجتماعي الذي فرض فكرة مفادها أنّه لا انفصال إلا بالطلاق الذي يفرضه الزوج أو بوفاته، أمّا ماعدا ذلك فلا يجوز ولو تضررت الزوجة ضرراً جسيماً مادياً كان أو معنوياً ببقائها مع زوجها مجبرةً مقيدةً لا مهرب لها تحت تهديدات زوجها بالطلاق، وهي تخشى على نفسها وأولادها جاهلةً لأحكام قانون الأسرة.

- بروز الكثير من المشاكل العمليّة العديدة التي تُثارُ بمحاكمنا حول انحلال الرابطة الزوجية بسبب عدم وجود قوانين إجرائية تحكم قضايا شؤون الأسرة وتُنظّمها، بالإضافة إلى قلة

الاجتهادات القضائية في بعض الأمور الإجرائية ، كما هو الحال بالنسبة للحالات الإستعجالية في شؤون الأسرة.

- السعي إلى معرفة مدى موافقة هذه الأحكام الجديدة لواقع المجتمع الجزائري أم لا .
- معرفة ما إذا كان المُشرِّع الجزائري قد قام بهذا التَّعديل من أجل تدارك الفراغات القانونية أم أنَّه تعديل من أجل التعديل فقط.
- الوُقف على مختلف الأسباب القانونية الموضوعية منها وكذا الإجرائية التي تُحلُّ بها الرِّابطة الزَّوجية.

2 - : أهداف الدِّراسة :

- بيان الطبيعة القانونية لكل من التَّطليق والخلع والنيابة العامة والقضاء الإستعجالي .
- توضيح مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بهذه المواضيع .
- التَّطرق لأهم ومختلف القرارات القضائية، التي عالجت هته الموضوعات.
- التَّعرف على مختلف الأسس القانونية التي يعتمدها القاضي ويبنى عليها حكمه في الحكم للزَّوجة بالتَّطليق .
- بيان مدى موافقة ومخالفة قانون الأسرة الجزائري للشَّرِيعَة الإسلاميَّة في تكييفه لأحكام الخلع .
- التَّعرف على هدف المُشرِّع من جعله للنيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع قضايا شؤون الأسرة .
- توضيح مختلف الإجراءات التي يتخذها قضاة شؤون الأسرة في معالجتهم لمختلف التدابير الإستعجالية المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة.

ثالثاً : الدِّراسات السَّابِقة :

لقد عثرت في حدود إطلاعي المُتواضع على بعض الدِّراسات ذات الصِّلة بالموضوع في شكل شروحاتٍ لقانون الأسرة وبعض مواضيعه بعد صدور التَّعديل الأخير للقانون الأسرة السَّالف الذكر، نذكر منها على سبيل المثال: "قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد" للأستاذ عبد العزيز سعد، وكذا "شرح قانون الأسرة الجزائري" للدكتور أحمد نصر الجندي.

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

ورسالة ماجستير بعنوان: «دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون» لصاحبها زيتوني نجية نُوقشت بجامعة الجزائر بكلية الحقوق سنة 2006، وهي رسالة غلبَ عليها الطابع الفقهي، إلا أنّها مُدعمة بنصوص قانون الأسرة قبل تعديله الأخير. وهناك بعض الدّراسات والمقالات في موضوع قانون الأسرة منشورة في بعض المجالات، وعلى مواقع الإنترنت إلا أنّها عالجت الموضوع في بعض جزئياته، ممّا جعلها تفتقر إلى البُعد التكاملي في الطّرح.

وعلى هذا الأساس جاءت دراستي للموضوع قانونية أكثر منها شرعيّة، محاولاً الوقوف على مدى احتكام المُشرّع الجزائري في تعديله الأخير إلى المرجعيّة الشرعية في أصولها وفروعها بما يتماشى ومتطلبات العصر، وهي بذلك تفتح المجال للبحث في تفصيلات أخرى تخصّ جوانب عديدة في قانون الأسرة الجزائري، تحتاج بدورها إلى المناقشة والإثراء.

رابعاً : صعوبات البحث :

تتجلى صعوبة البحث أساساً في صعوبة الحصول على المراجع المُتخصصة التي عالجت موضوع الدّراسة، خاصة ما تعلق منها بالمواضيع المُستحدثة والجديدة التي تفتقر إلى نوع من الاهتمام في الدراسة والتأليف نظراً لحدائتها وتأخر الإهتمام بمثل هذا النوع من الدراسة.

خامساً : المناهج المُتبعة :

إنّ طبيعة الدّراسة تقتضي الجمع بين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي وهما المنهجين الأساسيين في دراستي هذه، بالإضافة إلى المنهج الاستقرائي في بعض الجوانب من هذه الدّراسة .

1 - المنهج الوصفي :

ذلك أنّ هذا المنهج هو الذي يتناسب مع جلّ الدّراسات القانونية وهذا من خلال وصف ظاهرة انحلال الرّابطة الزوجية كظاهرة اجتماعية وإبراز حقّ المرأة في فكّ الرّابطة الزوجية عن طريق التّطليق وفقاً لإحدى الأسباب الواردة في نص المادة 53 من قانون الأسرة، أو عن طريق مطالبتها بالخلع وفقاً لنص المادة 54 من نفس القانون .

2 - المنهج التحليلي :

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

3 - المنهج الاستقرائي :

إضافة إلى المنهجين السابقين اعتمدت أيضاً على المنهج الاستقرائي في الجانب الأول من الدراسة فخصصناه لنتبع الجزئيات والأحكام الفقهية لفقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في موضوعي التطليق والخلع .

سادساً : الخطة المقترحة :

وللإجابة على الإشكالية المطروحة فقد قسمت بحثي هذا إلى فصلين، تطرقت في الفصل الأول إلى الحديث عن التعديلات المتعلقة بالأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية وأدرجت تحته مبحثين، الأول بعنوان انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق، وذلك بثلاث مطالب أولهما مفهوم التطليق أمّا الثاني فعن التكييف الفقهي والقانوني لأسباب التطليق، بينما المطلب الثالث فكان بعنوان السُّلطة التَّقديرية للقاضي في الحكم بالتطليق. بعدها تناولت المبحث الثاني والذي جاء تحت عنوان انحلال الرابطة الزوجية بالخلع، وهو مفصل بثلاث مطالب بدوره الأول يتحدث عن مفهوم الخلع، والثاني عن التكييف الفقهي والقانوني لأحكام الخلع، أمّا المطلب الثالث فكان بعنوان السُّلطة التَّقديرية للقاضي في الحكم بالخلع .

تطرقت بعدها للفصل الثاني فكان تحت عنوان التعديلات المتعلقة بالأحكام الإجرائية لانحلال الرابطة الزوجية، وقسمته إلى مبحثين، تحدثت في المبحث الأول عن النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة، فكان المطلب الأول منه بعنوان مفهوم النيابة العامة، والمطلب الثاني عن دور ومركز النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة ودعاويها. أمّا المطلب الثالث فكان بعنوان الآثار المترتبة عن اعتبار النيابة العامة طرفاً أصلياً في قضايا شؤون الأسرة، وجاء المبحث الثاني بعنوان القضاء الإستعجالي في قضايا شؤون الأسرة، وهو مفصل في ثلاث مطالب بدوره، المطلب الأول تحت عنوان مفهوم القضاء الإستعجالي، بينما المطلب الثاني فكان عن نطاق القضاء الإستعجالي في شؤون الأسرة وإجراءات التقاضي فيه، أمّا المطلب الثالث فكان بعنوان آثار الأوامر الإستعجالية وطرق الطعن فيها.

وسأعرض بعون الله في خاتمة الرسالة، لأهم النتائج التي توصلت إليها، من خلال بحثي هذا، وما أراه مفيداً من توصيات ومقترحات.

وعليه فهذه خطتي في البحث، فإن جاءت موفقةً فمن الله وإن وُجِدَ فيها خطأ أو سهوٌ فذاك من نفسي والشيطان، وأسأل المولى جَلَّ في علاه أن أكون موفقاً في عملي هذا.

الفصل الأول

التعديلات المتعلقة بالأحكام

الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية

الفصل الأول:

التعديلات المتعلقة بالأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية :

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

وتفريعاً عما سبق ارتأيت تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين هما :

المبحث الأول : انحلال الرابطة الزوجية بالتّطليق ؟

المبحث الثاني : انحلال الرابطة الزوجية بالخلع ؟

المبحث الأول:

انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق :

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

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

المطلب الأول: مفهوم التطليق؟

المطلب الثاني: الموقف الفقهي والقانوني من أسباب التطليق؟

المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتطليق؟

المطلب الأول:

مفهوم التّطليق:

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

الفرع الأول: تعريف التّطليق؟

الفرع الثاني: دليل مشروعية التّطليق وحكمته؟

الفرع الثالث: طبيعة التّطليق؟

الفرع الأول: تعريف التّطليق :

لم يتطرق المشرّع الجزائري إلى تعريف التّطليق، و لا حتى الطّلاق، بصفة عامة فقانون الأسرة الجزائري كان متذبذباً بين التطرق للتعريف وعض النظر عنها، ففي الوقت الذي أُلّف ترك وضع التعارف القانونية للفقهاء، للخوض فيها، هذا ما جسده نص المادة 48 من قانون رقم 11-84⁽¹⁾ إذ نص صراحة على أن: "الطّلاق حل عقد الزّواج... " ثمّ بين بعدها الصور التي يكون عليها الطّلاق، من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزّوجة في حدود ما أورده المادتان 53 و54 من نفس القانون .

كذلك فإنّ التعديل الجديد 02-05⁽²⁾ لم يتطرق إلى تعريف قانوني للطّلاق، واكتفى من خلال المادة 48 بذكر بعض حالات انحلال الرابطة الزوجية، والتي يعتبر التّطليق من إحدى حالاتها، فلم يعرفه أيضاً واقتصر على ذكر أسبابه في نص المادة 53 من نفس القانون .

وبالرّجوع إلى معنى التّطليق في اللّغة نجد لا يختلف، عن لفظ الطّلاق، فكلاهما سواء في اللّغة العربية فكلمة تطليق، يعود أصلها في اللّغة، إلى "طَلَّقَ تَطْلِيقًا" والمصدر طَلَّقَ يرجع لعدة معاني⁽³⁾:

- التَّرْكُ : ومنه طَلَّقَ البلادَ تَرَكَهَا، وَطَلَّقَتُ القومَ تَرَكَتُهُمْ.

(1)- القانون رقم 11-84 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، لسنة 1984.

(2)- الأمر الرئاسي، رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق لـ 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 11-84، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد 15، لسنة 2005.

(3)- جمال الدين، ابن منظور، لسان العرب، مجلد 10، دط، دار صادر، بيروت، لبنان، د س ن، ص 229.

- الفِرَاقُ : ومنه طَلَّقْتُ البلادَ فَارَقْتُهَا.

- التَّخْلِيَةُ : ومنه أَطْلَقْتُ الأسيرَ أَي خَلَيْتُهُ.

- الإِرْسَالُ: ومنه ناقة طَالِقٌ بلا خِصَامٍ، وهي التي تُرْسَلُ في الحَيِّ فترعى من جَنَابِهِمْ حيث شاءت لا تُعَقِّلُ إِذَا رَاحَتْ ولا تُنْحَى في المَسْرَحِ .

- من لا قَيْدَ لَهُ : ومنه وحبسوه في السِّجْنِ طَلَقًا، أَي بغير قَيْدٍ والطَّالِقُ من الإِبِلِ... التي لا قَيْدَ عليها، بمعنى حَلَّ القَيْدِ، والإِطْلَاقُ ومنه ناقةٌ طَالِقٌ، أَي مُرْسَلَةٌ بلا قَيْدٍ وَأَسِيرٌ مُطْلَقٌ أَي حُلَّ قَيْدُهُ وَخُلِّيَ عَنْهُ.

- وَطَلَّاقُ النِّسَاءِ : يأتي في اللُّغة بمعنيين (1) أحدهما حَلُّ عُقْدَةِ النِّكَاخِ، والأخر بمعنى التَّخْلِيَةِ والإِرْسَالِ.

- يُقَالُ : طَلَّقَ الرَّجُلُ زوجتهَ فهي طَالِقٌ، وَطَلَّقَتِ المرأةُ من زوجها طَلَقًا، أَي تَحَلَّتْ من قَيْدِ الزَّوْاجِ وَخَرَجَتْ من عِصْمَتِهِ.

أمَّا عن تعريفه في الاصطلاح : فهو منح الزوجة حق فك الرابطة الزوجية، بناء على إرادتها المنفردة، وفي حدود ما ورد في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 تأسيسا على ضرر منصوص عليه قانونا، أو ضرر معتبر شرعاً، طبقاً لما نصت عليه الفقرة 06 من المادة 53 قانون الأسرة قبل التعديل، والتي أصبحت فقرة 10 من نفس المادة بعد التعديل، وبذلك فإن التّطليق في الإصلاح هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي، رغم معارضة الزوج له طالما أنّها متضررة، ويفرق القاضي بينهما عملاً بقواعد العدالة والإنصاف. (2)

فإذا كان القانون قد منح الزوج في طلاق زوجته بإرادته المنفردة، باعتبار أن العصمة بيده أساساً، فإنّه بالمقابل منح المرأة، حق طلب التّطليق بإرادتها المنفردة، إذا أساء عشرتها، وألحق بها ضرراً غير متحمّل، فجعل لها حق اللّجوء إلى القضاء ورفع أمرها إلى القاضي ليطلقها، إذا ما أثبتت سبباً مشروعاً يجعل من استمرار الحياة الزوجية بينهما مستحيلة، وبذلك لم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر انحلال الزّواج بالطلاق وأصبح بإمكان الزّوجة أن تفك الرّابطة الزوجية بالتّطليق، مؤسسة طلبها على حالة من الحالات الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، السّالفة الذكر، وإلا فُوبل طلبها بالرّفص.

(1) جمال الدين، ابن منظور، المرجع السابق، ص 229.

(2) العربي، بلحاج، الوجيز في شرح القانون الجزائري، ج1، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن، ص 273.

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

وما نلاحظه في هذا الصدد، أنه لم يرق فقهاء الشريعة الإسلامية ولا الفقه القانوني بإعطاء تعريف شامل ودقيق للتّطليق، وإنّما كل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات أو الأسباب التي يمكن للزوجة على إثرها طلب التّطليق، ويكون ذلك أمام القاضي الذي يثبت الحكم.

وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/12/03 جاء فيه: "من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التّطليق فهو حق للمرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية."⁽³⁾

نجد بذلك أن المحكمة العليا أرادت أن تعرف التّطليق من خلال هذا القرار، إلا أنّها لم تُعطه تعريفاً شاملاً ودقيقاً، بحيث أنّها لم تبين المقصود بالمرأة المتضررة ولا حتى أعطت مثالا عن ذلك.

الفرع الثاني: دليل مشروعية التّطليق وحكمته:

أولاً: دليل مشروعيته:

لقد شرّع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى، الذي شرّع لأجله النكاح ليكون وسيلة لغض الخلاف بين الزوجين، يُلجأ إليه عند الحاجة، ومع ذلك فإن الشارع الحكيم أبغضه، وأخضعه لإجراءات من شأنها، أن تقلل من حالاته رغم مشروعيته.

(1) - **الجُبُّ**: هو قطع الذكر والأنثيين، **العِنَّة**: هو العجز عن الوطء، وعرفها المالكية بأنّها صغر الذكر بحيث لا يتأتى معها إتيان النساء، **الخِصَاء**: رَضُ الخصيتين أو قطعهما، محمد، سمارة، أحكام وأثار الزوجية "شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية"، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص322.

(2) - محفوظ، بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دط، دار الوعي للنشر والتوزيع، روية، الجزائر، 2012، ص229-230.

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

ويعتبر الكتاب والسنة والإجماع، الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل، وعليه سنتناول دليل مشروعية التّطليق على ضوءهم .

1. من الكتاب: لم ترد آيات في كتاب الله الكريم تدل صراحة على مشروعية التّطليق، إلا أنّ هناك من الآيات ما يدلّ ضمناً على أنّه للمرأة حق طلب التّطليق إذا لحق بها الضرر ومنه قوله تعالى ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ النساء 130.

وقوله تعالى ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ البقرة 231. وقوله أيضاً: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ البقرة الآية 229 وقوله أيضاً ﴿وَعَايِشُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ النساء 19 .

2. ومن السنة:

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

3. من الإجماع :

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم ، حتى اليوم على جواز الفوق وهي محظورة أصلاً، ولا تباح إلاّ لحاجة أو ضرورة، وإباحتها مقيدة بقيود تكفل الصالح العام، وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما ، ذلك أنّ الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم إلاّ لأسباب ملحة.

وخلص القول أن الطّلاق مشروع باعتباره ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزّوجة طلبه. (3)

ثانياً : الحكمة من التّطليق :

الأصل في الزّواج أنّه استقرار للأُنفس وسكينة، وأنّه عقد للتأبيد والاستمرار، ومن ثم كان التأقيت فيه مفسداً له ، فتكون العلاقة الزوجية ممتدة بين الزوجين إلى وفاة أحدهما أو

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

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

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

كليهما، غير أنّ الإسلام وهو دين الفطرة والحياة ، يعالج المشكلات الإنسانية من منظور واقعي، ولذا فإنّه راعى ما قد يعتري الإنسان، من تقلبات نفسية ومعنوية ، وقدر ما قد يجد بين الزوجين من مشكلات لا يمكن للحياة الزوجية أن تستمر معها، ومن هنا لم يكن أصل التأييد في عقد الزواج مانعا دون انتهاء هذا العقد، إذا حالت دون بقائه على الوجه الذي يحقق رسالة الزواج ، لذلك منح المرأة حقها في طلب التّطليق متى وُجِدَتْ أسباب ومبررات شرعية لذلك، وتتعلّى الحكمة من ذلك في:

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

2. تغيير نظرة الرجل إلى المرأة، فليست مجرد منفعة مالية يحوزها، كما هو منطوق الماديين ، وليست مجرد متعة شهوانية كما يقول أصحاب الغرائز، لكنها صلة إنسانية رفيعة ومرموقة، تقوم على المودة والتراحم والتكامل النفسي والمادي والجسدي، والله عز وجل يقول ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ الروم 21.

3. حماية الأسرة من التفكك و الانحلال، وتشرّد الأولاد، وما ينجر عن ذلك من مساوئ وأخطار متنوعة على الأسرة وعلى المجتمع .

4. إنّ أبغض الحلال عند الله الطّلاق، ولا يباح الطّلاق إلا لحاجة، فإذا لم تكن هناك حاجة، فإن الطّلاق والتّطليق يكون مجرد كُفْرَانٍ لِلنَّعْمَةِ أَنْعَمَهَا اللهُ عَلَيْهِمَا. (2)

5. إن توسع المُشرّع الجزائي، في أسباب التّطليق، إنما هو حماية لحقوق المرأة، كي لا يبقى الطّلاق جِكرًا على الرجل، يتلاعب به ويستعمله كوسيلة للانتقام من المرأة ، وقت ما يشاء وكيف ما شاء، وسمح للزوجة بطلب التّطليق، إن ما لحقها ضرر ثابت من زوجها فدرء المفساد أولى من جلب المصالح. (3)

6. تحطيم سلطة طُغيان الرّجل على المرأة، عندما يعلم أن لها الحقّ في فكّ الرّابطة الزوجية بالتّطليق، وبذلك تهذيبهم وتخليصهم من روح التسلط.

(1) عبد الحافظ، عبد ربه، الثورة الاجتماعية في الإسلام، دط ، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1980، ص100.
(2) محمد عزمي، البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط2، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1994، ص08.
(3) فتحي، الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط03، مؤسسة الرّسالة، بيروت، 1981، ص238.

الفرع الثالث: طبيعة التّطليق:

يُعتبر التّطليق منحة منحها المُشرّع للزّوجة ، غير أنّه لم يجعل هذه المنحة مطلقة بيد الزّوجة ، وإنما قيدها بأسباب محددة ، تلجأ من خلالها الزّوجة للقضاء طالبة الفرقة بينها وبين زوجها، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول ذلك أو رفضه، فإذا ما قبل القاضي التفريق بينهما واستجاب لطلب الزّوجة- فما طبيعة التّطليق حينها هل هو فسخ أم طلاق؟ وحتى نتعرف على طبيعة التّطليق لابد لنا من معرفة معنى الفسخ ذلك أن الطّلاق ثابت بنصوص قطعية لا تحتل تأويلا، ولا تحتاج إلى تفسير ، فهو من المُحكّم الذي لم يتناوله نسخ كلي أو جزئي ، ويجب العمل به كما هو . ومن أنكره فقد أنكر شيئا علم من الدين بالضرورة، وقد سبق لنا أن عرّفنا التّطليق أيضا، أمّا " الفسخ " فيقصد به هو إزالة ما يترتب على العقد من أحكام وقد يكون الفسخ لخلل صاحِبَ نشوء العقد كما لو نشأ العقد غير لازم، وقد يكون لخلل طرأ على العقد بعد نشوئه تامّا صحيحا (1) وفسخ عقد الزّواج عبارة عن نقضه و إزالة الحل الذي كان يترتب عليه. (2)

وبذلك فإنّ الفسخ يختلف عن الطّلاق من عدة أوجه نوردّها(3):

1. يعتبر الطّلاق إنهاء لعقد الزّواج، أمّا الفسخ فقد يكون نقضًا لعقد الزّواج لخلل رافق نشوئه، أو عارض طرأ على الزّواج فمنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحا، أو حادث أصاب أحد الزّوجين، فأعطى الآخر حق طلب الفسخ .

2. يكون الطّلاق بائنا لا رجعة فيه ، كما يكون رجعيا يجوز للزّوج مراجعة زوجته مادامت في العدة، أمّا الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها.

3. أن الطّلاق لا يكون إلا في نكاح صحيح، أمّا الفسخ فقد يكون في نكاح صحيح أو غير صحيح.

4. الفرقة التي تُعدّ طلاقًا تُنقصُ من عدد الطّلاقات الثلاث التي يملكها الزّوج، أمّا الفسخ فلا يعتبر من الطّلاقات الثلاث، أي لا ينقص العدد.

أولًا: موقف الفقه الإسلامي من طبيعة التّطليق :

(1) علي، حسب الله، الفرقة بين الزّوجين، ط01، دار الفكر العربي، القاهرة، 1968، ص 20-21.

(2) العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص 295.

(3) عبد الرحمان، الصابوني، مدى حرية الزّوجين في الطّلاق في الشريعة الإسلامية، ط 02، دار الفكر، بيروت، 1968، ص75.

تختلف طبيعة التّطليق في الفقه الإسلامي، تبعاً لطبيعة الضّابط الذي يُميّز به الفسخ عن الطّلاق عند كل مذهب.

1. رأي الحنفية :

ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن ضابط ما يتميز به الفسخ عن الطّلاق، أنّه تقوم كل فرقة من جانب الزّوج، ولا يمكن أن تقوم من قبل المرأة، فهي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء*، وكل فرقة من قبل الزّوجة ولا يمكن أن تكون من قبل الزّوج، فهي فسخ بسبب عدم كفاءة الزّوج لزوجته، إلّا أنّ أبا حنيفة خلافاً لمحمد، يعتبر الفرقة بسبب ردّة الزّوج فسخ، لأنّه يرى أنّ الردّة كالموت من حيث أنّ صاحبها مهدر الدّم، فتشبه بذلك الفرقة بالموت والفرقة بالموت لا يمكن جعلها طلاقاً. (1)

2. رأي المالكية :

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

3. رأي الشّافعية والحنابلة:

ذهب كل من الشّافعية والحنابلة إلى أنّ الفرقة التي تقع بين الزّوجين، تعتبر طلاقاً إذا أوقعها الزّوج، أو نائبه، وما عدا ذلك من الفرق فهي فسخ. (3)

ثانياً: موقف المشرّع الجزائري من طبيعة التّطليق :

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أنّ المشرّع الجزائري قد تناول انحلال الرّابطة الزوجية بالطلاق في ظل المادة 48 والتي نصت على مايلي: " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يُحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزّوج أو بتراضي الزّوجين أو بطلب من الزّوجة في حدود ما ورد في المادتين 54/53 من هذا القانون " ومن هذا النص، يتضح أنّ المشرّع الجزائري قد حصر طرق انحلال الرّابطة الزوجية في الطّلاق بإرادة الزّوج، وبالإرادة المشتركة بين الزّوجين، وبطلب من الزّوجة عن طريق التّطليق

*- الإيلاء: هو حلف الزّوج على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعداً بالله . أنظر محمد، أبو زهرة، الأحوال

الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص 342.

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

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

(3)- عبد الكريم، زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 07، ط01، مؤسسة الرّسالة،

بيروت، 1993، ص 343.

طبقاً للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وعن طريق الخلع طبقاً للمادة 54 من نفس القانون. كما أضافت المادة 55 من ذات القانون حالة الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين.

ممّا يدلُّ على أنّ المُشرِّع الجزائري، أخذ بالمذهب المالكي، واعتبر التّطليق طلاقاً لا فسحاً، ولم يجعل الفسخ صورة من صور انحلال الرّابطة الزوجية، بل ذكر الفسخ وأحكامه في المواد (32-33-34) من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان " **النكاح الفاسد والباطل**"⁽¹⁾

بعدما عرّفنا التّطليق وتطرّقنا لدليل مشروعية والحكمة منه، وتناولنا طبيعته، وجدنا أنّ فقهاء الشريعة والقانون، كلما ذكروا التّطليق ربطوه بحالات وأسباب معينة، تؤسس بمقتضاها الزّوجة طلبها في فكّ الرّابطة الزوجية، هذه الأسباب أوردها المُشرِّع الجزائري في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، على سبيل الحصر، غير أنّ فضول كل دارس يستهويه التساؤل عن موقف الفقه والتّشريع من هذه الأسباب. - **فما موقف الفقه والقانون من أسباب التّطليق؟**

هذا ما سأحاول استبياناه في المطلب الثاني من هذا المبحث تحت عنوان الموقف الفقهي والقانوني من أسباب التّطليق.

المطلب الثاني :

الموقف الفقهي والقانوني من أسباب التّطليق :

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

(1) محمد أمين، لوعيل، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط2، دار هومة للطباعة والنشر التوزيع، الجزائر، 2012، ص 55.
* عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، وحررت في ظل قانون 11/84 كما يلي: " يجوز للزّوجة أن تطلب التّطليق للأسباب التالية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة باعتباره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون. 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. 3- الهجر المضجع فوق أربعة أشهر. 4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية. 5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة. 6- كل ضرر معتبر شرعاً ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه. 7- ارتكاب فاحشة مبنية."

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

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

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

وبُغية التوفيق في معالجة هذا المطلب ارتأيت تقسيمه إلى فرعين أتحدث في الفرع الأول عن الأسباب المادية المُخوِّلة للزوجة طلب التَّطليق، وأتحدث في الفرع الثاني عن الأسباب المعنوية المُخوِّلة للزوجة طلب التَّطليق.

الفرع الأول: الأسباب المادية المخولة للزوجة طلب التّطليق :

أولاً: التّطليق لعدم الإنفاق :

تعتبر النفقة من أهم حقوق الزوجة على زوجها، وقد ثبت لها ذلك بالكتاب و السنة والإجماع والمعقول، إذ جاء في كتابه العزيز ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ البقرة 231، وقال أيضاً ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا﴾ الطلاق 07، وقال أيضاً ﴿أَسْكُوهُنَّ مِن حَيْثُ سَكَنْتُم مِّن وَجَدِكُم﴾ الطلاق 06.

أمّا من السنة: فقد روي عن عائشة رضي الله أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إنّ أبي سفيان رجل شحيح وليس يطعمني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: " **خِيبُوا بِالْكَيْبِ وَالْبِيبِ بِالْبَيْبِ** " (1) ووجه الدلالة أنّه لو لم يكن زوجها ملزم بالنفقة عليها لما أذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن تأخذ من ماله من غير إذنه.

وروي أنّ رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال " **ما حقّ المرأة على زوجها فقال أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ...**" (2)

أمّا من المعقول والإجماع : فقد اتفق أغلب الفقهاء على أنّ النفقة تتمثل في كل ما يلزم الزوجة من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن، وذلك حسب حال الزوجين. (3) أمّا بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد نظم مواد النفقة، في فصله الثالث من الباب الثاني في كتابه الزواج و انحلاله من المادة 74-80 (4)

1. التّطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي :

تضاربت الآراء الفقهية من حيث إجازة وعدم إجازة طلب التفريق للزوجة ، بسبب إعسار الزوج بالنفقة، فهناك من يرى بأنّه يحق للزوجة طلب التفريق وهو الرأي الحنفية، و آخر يرى بأنّه لا تلزم الزوجة بتحمل هذا الضرر بل يجب أن تُعطى لها حرية الاختيار في ذلك ، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

(1)- محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم ابن المغيرة الجعفي، البخاري، الجامع الصحيح، مجلد النجاة، بيروت، لبنان، 1422هـ، حديث رقم 5364، ص65.

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

(3)- عبد الرحمن، الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 04، دط، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1969، ص583.

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

أ - القائلون بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق :

ذهب الحنفية إلى أن الإعسار بالنفقة لا يكون سبباً يثبت به حق الفرقة للزوجة ،سواء كان الزوج موسراً أو معسراً حاضراً أو غائباً (1) وللمرأة أن تستدين أو تنفق على نفسها إن كان لها مال، على أن يكون هذا في ذمة الزوج كدين على الزوج، يدفعه لاحقاً عند يُساره، ويضيف أصحاب المذهب أنه إذا تبين أن الزوج ممتنع عن الإنفاق ظلماً حبسه القاضي (2) ودعموا موقفهم بعدة أدلة منها: قوله تعالى ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيِّجَعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ الطلاق 07 وقوله أيضاً ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرٍ فَمُتْرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ البقرة 280. وقد ثبت في السنة النبوية " أن نساء النبي سألوا النبي ما ليس عنده فاعتزلهن شهراً" (3) وكان ذلك عقوبة لهن وإذا كانت المطالبة بما لا يملك الزوج تستحق العقاب، فأولى أن يكون طلب التفريق عند الإعسار ظلماً ولا يلتفت إليه ولا يُعْتَدُّ به أصلاً. أمّا من المعقول فإذا كان الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه ظلماً، فإن الوسيلة في رفع هذا الظلم هي ببيع ماله للإنفاق منه أو حبسه، حتى ينفق عليها ولا يتعين التفريق لرفع هذا الظلم، ما دام هناك وسائل أخرى، خاصة أن التفريق أبغض الحلال إلى الله فكيف يلجأ إليه القاضي وليس هو السبيل الوحيد لرفع الظلم. (4)

ب - القائلون بجواز التفريق لعدم الإنفاق:

إن المبدأ والأساس الذي اتفق عليه جمهور الفقهاء (مالك و الشافعي وأحمد) (5) أنه للزوجة حق طلب التفريق من القاضي متى امتنع الزوج عن الإنفاق، لعجزه أو امتنع ظلماً منه مع قدرته، و استدلوا على ذلك بما يلي : قوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ البقرة الآية 229 وقال أيضاً: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ النساء الآية 19 وقال عز من قائل: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ البقرة 231.

(1) إسماعيل أبا بكر علي، البامري، أحكام الأسرة الزوج والطلاق بين الحنفية و الشافعية " دراسة مقارنة بالقانون"، ط1، دار حامد ، عمان ،الأردن ، 2008، ص 311.
(2) عبد الرحمن، الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الطلاق وأثاره، ج 2، ط05، الطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص 91.
(3) محمد حسين، هيكل، حياة محمد، ط13، دار المعارف، مصر، 1975، ص 415.
(4) السيد سابق، فقه السنة، ج02، ط07، دار الكتاب العربي، بيروت، 1985، ص 288 وما بعدها.
(5) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، دط، مطبعة الهدى، مصر، 1354 هـ، ص 51، 52.

أما من السنة فقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال الرسول صلى الله عليه وسلم: " أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني " (1) فقالوا يا أبا هريرة أسمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال لا هذا من كيس أبي هريرة. " (2)

وقد روي عن الصحابة رضوان الله عليهم أن " عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نساءهم، أن يأمرهم بأن ينفقوا، أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا. " (3)

2. التّطبيق لعدم الإنفاق في القانون الجزائري :

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

أ - أن يكون امتناع الزوج عن الإنفاق بعد صدور الحكم :

فيجب أن يكون الزوج قد امتنع عن الإنفاق عمدا، وتقوم الزوجة المتضررة برفع دعوى للمطالبة بالنفقة، فإن صدر الحكم الذي يلزمه بأدائه وامتنع عن تنفيذه وطعنت هنا جاز لها طلب التّطبيق وفقا للضرر اللاحق بها، وفي هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1995/05/02 جاء فيه: "لا يمكن الحكم بالتّطبيق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة وأن امتنع الزوج عن تنفيذ ذلك. " (4)

(1) محمد بن علي بن محمد، الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، المجلد 03، ج06، دط، دار الجبل، بيروت، 1297هـ، ص 324-325.

(2) محمد بن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة بن بردزبة، البخاري، صحيح البخاري، "باب وجوب النفقة"، المجلد 04، ج07، دط، المكتبة الثقافية، بيروت، د س ن، ص1168.

(3) أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد، ابن قدامة المقدسي، المغني ج 07، دط، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د س ن، ص 574.

(4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 118475، بتاريخ 1995/05/02، نشرة القضاة، العدد 99، لسنة 1996، ص 241.

ب - ألا يكون امتناعه عن الإنفاق بسبب عسره وهي عالمة بحاله قبلا :

فإن كانت رضىت الزواج به وهي عالمة بإعساره قبلا، رُفضت دعواها لعدم التأسيس القانوني، ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الزوج.

ج - مراعاة أحكام المواد 78- 79 - 80:

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

ثانياً : التّطليق لغياب الزوج :

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

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

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

1. التّطليق لغياب الزّوج في الفقه الإسلامي :

بالرّجوع إلى آراء الفقهاء في الفقه الإسلامي خاصة المذاهب الفقهية الأربعة نجد لها رأيان في التفريق بين الزّوجين، إذا غاب الزّوج وتضررت الزّوجة من غيبته وخشيت على نفسها الفتنة⁽¹⁾ فرأي يرى بجواز التفرقة لغيبة الزّوج، ورأي يرى بعدم جواز ذلك.

أ - القائلون بعدم جواز التفرقة لغياب الزّوج :

يرى الحنفية والشافعية⁽²⁾ أنّه ليس لزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزّوج عنها، لانعدام الدليل الشرعي على الحق في التفريق، ولأن سبب التفريق لم يتحقق ففي نظرهم حق الزّوجة في طلب التّطليق من القاضي لغياب زوجها يسقط، ولا يصلح أن يتخذ سببا للتفريق بينهما، فإن كان معلوما مكانه بعث الحاكم لحاكم بلده ويلزمه بدفع النفقة وما دام أنّه لم يتم دليل شرعي على ثبوت هذا الحق، فإن الأصل بقاء الزّوجية حتى يقوم الدليل على جواز التفريق. وقال ابن حزم " لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبته ولا إيجاب عدة ممن لا يصح موته ولا أن يُطلق أحد من غيره"⁽³⁾ ودليلهم في ذلك أنّه إذا غاب الزّوج عن زوجته مدة مهما طالت وترك لها مالا تنفقه على نفسها لم يكن لها حق طلب التّطليق للغيبة، فإذا دخل الزّوج بزوجه ووطنها ولو مرة واحدة فقد أعطاهما حقه في المباشرة، لأن الزّواج يُثبت للمرأة الحق في الوطء مرة، فإذا ما ترك الزّوج وطء زوجته مدة لم يكن ظالما لها أمام القاضي سواء أكان حاضرا أم غائبا طالبت غيبته أم لا لأنّ حقها في الوطء قضاء ينقضي بالمرّة الواحدة، فإذا استوفته لم يعد لها في الوطء حق في القضاء.⁽⁴⁾

ب - القائلون بجواز التفرقة لغياب الزّوج :

ذهب المالكية والحنابلة إلى أنّه يجوز للمرأة طلب التّطليق بسبب غياب زوجها عنها إذا لم تصبر على فراقه وتضررت من ذلك، حتى لو ترك الزّوج لها مالا تنفقه أثناء غيابه غير أن القاضي لا يوقع الطّلاق عليه إلا بعد أن يكتب إليه إن كان له مكان معلوم، فيطلب منه الحضور لزوجه أو يلحقها به، أو يطلقها أن لم يكن له بها شأن، فإذا لم يستجب قام القاضي وطلّق عليه، هذا ما اتفق عليه المالكية والحنابلة في جواز التفرقة لغياب الزّوج غير أنّهما في احتساب مدة الغيبة كان لكل واحد منهما رأي، فعند المالكية أقل مدة يمكن

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

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

(3) عبد المؤمن، بلباقي، التفريق القضائي بين الزّوجين في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة مدعمة بنصوص قانون الأسرة الجزائري "، دط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص 52.

(4) رمضان على السيد، الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 357.

للمرأة أن تطلب بموجبها التّطليق للغيبية هي سنة، وفي رواية ثلاث سنوات، ولم يفرق المالكية بين أن تكون الغيبية بعذر كطلب العلم والجهاد والتجارة أو بغير عذر.⁽¹⁾

أمّا الحنابلة فجعلوا أدنى مدة يمكن للزّوجة بمقتضاها أن ترفع أمرها للقاضي ليطلقها بسبب غياب زوجها، بعد مضي ستة أشهر من غياب زوجها، إذ هي المدة التي يمكن للمرأة أن تصبر فيها عن غيبية زوجها عنها وقد ثبت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد جعل 06 أشهر أقصى مدة للجنود الغائبين عن أهلهم ثم يعودون.⁽²⁾ وهذا باستشارة ابنته حفصة رضي الله عنها. * واشترط الحنابلة في الغياب الموجب للتّفريق أن يكون الغياب لغير عذر فإن كان لعذرٍ مقبولٍ شرعاً فلا يستجاب لها ولو تضررت.⁽³⁾

2. التّطليق لغياب الزّوج في القانون الجزائري :

أجاز قانون الأسرة الجزائري للزّوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها حالة الغياب، وذلك ما تضمنته المادة 53 في فقرتها الخامسة فنصت " يجوز للزّوجة أن تطلب التّطليق بسبب الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة " كما نصت المادة 112 من نفس القانون على أنّه " يجوز لزوج المفقود أو الغائب * أن تطلب الطّلاق بناء على الفقرة 05 من المادة 53 من هذا القانون ". غير أن المشرّع منح الزّوجة هذا الحق بناء على توافر ثلاث شروط⁽⁴⁾ وتحققها وهي :

أ - أن تكون مدة الغيبة تجاوزت السنة ولو بيوم :

(1) عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزّواج والطلاق وأثرهما "دراسة فقهية مقارنة"، ط1، دار النهضة العربية، 2008-2009، ص 234.

(2) محمد عزمي، البكري، المرجع السابق، ص 403.

* - بينما عمر يجول خلال المدينة سمع امرأة تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال عليّ الأّ خليل ألعبه

ووالله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها فعلم أنّ زوجها غائب في سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها ويبحث إلى زوجها، ثم دخل على ابنته حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ قالت خمسة، ستة أشهر، فوقت لناس في مغازيهم سنة أشهر. أخذوا عن ابن قدامه، المقدسي، المرجع السابق، ص 31.

(3) عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 234.

* - **الغائب** : الذي منعه ظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود.

- **المفقود** : هو الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم . أخذوا عن العربي، بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013، ص 110.

(4) أحمد نصر، جنيدي، شرح القانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2014، ص 118.

من خلال هذا الشرط نجد أنّ المُشرِّع الجزائري قد حدّد حذو المذهب المالكي الذي جعل مدة الغيبة بين سنة وثلاث سنوات، على أن تكون هذه المدة مستمرة غير منقطعة فإذا انقطعت فإن شرط المدة لا يكون متوفراً، ويكون احتساب هذه المدة من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى، أما إذا كانت المدة أقل من ذلك ولو بيوم فلا يجوز للزوجة طلب التّطليق وبالنسبة لزوج المفقود فإن احتساب المدة يكون من يوم صدور الحكم بفقده، وتحتسب السنة لدى فقهاء المسلمين بالسنة القمرية، غير أنّ القانون لم يُحدّد ذلك فيصِحّ اعتماد السنة الميلادية طالما العمل جارٍ بها. بالإضافة إلى ما تقدم فإنّه يثبت الحق في التّطليق للزوجة الغير المدخول بها ولو لم يخل بها الزوج لأن ضرر الغياب متوفر في حقها وفي ذلك قضت المحكمة العليا بأنّه: "يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق مع التعويض، إذا تأخر الزوج عن الدخول بزوجه لمدة 05 سنوات فإن ذلك يعتبر تعسفاً في حقها ويبرر التعويض..."(1).

ب - أن تكون الغيبة بدون عذر :

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

ج - أن لا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه :

أخيراً وإضافة على الشرطين السابقين أضاف المُشرِّع شرطاً ثالثاً، لكي تتمكن الزوجة بمقتضاه طلب التّطليق بسبب الغياب، أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة بدون عذر لم يترك لها ملا تنفقه على نفسها وعلى أولادها، أمّا إذا غاب لمدة سنة وأكثر ولعذر مقبول شرعاً، أو حتى بدون عذر مقبول وترك لها مالا تنفق منه على نفسها وأولادها، فلا يجوز لها أن تطلب التّطليق من القاضي(3). وتجدر الإشارة إلى أن التّطليق للغياب يقوم على أساس الضرر الواقع وليس الضرر المتوقع فقط، وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك ومن هنا يشترط قصد الزوج بالإضرار بزوجه أو إيذائها بتعنته لأنّه غاب ولم يعلمها، فيجب معاقبته بإيقاع الطّلاق عليه، فإن لم يقم به قام القاضي مقامه فيه

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

(2) عبد الفتاح إبراهيم، بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية "فقها وقانوناً"، دط، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص104.

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

وطُلِّقَ. أما إذا كانت غيبته لسبب وعذر شرعي، أو أنه كان يرسل من أمواله كنفقة غير أنها لا تصل إلى زوجته بسبب خطأ مادي في الحساب البريدي الجاري، أو في العنوان فيكون ذلك عذرا شرعيا (1). ويدخل تحت طائلة الأسباب القاهرة الخارجة عن إرادته وأسباب وظروف غير متوقعة (2). أما في حالة ملكية الزوج للأموال دون أن يترك للزوجة ما تنفقه فإن القاضي ومتى رَفَعَتْ إليه الزوجة طلب التَّطْلِيقِ للغيب بلا نفقة يلجأ إلى التَّكْدُّمِ من وجود الأموال، ويحكم لها بأخذ ما يكفيها من النفقة من ماله الموجود بحوزتها، أو تحت حيازة الغير وتكون الأحكام مشمولة بالإنفاذ المعجل (3). فإذا توفرت هذه الشروط جاز للزوجة طلب التَّطْلِيقِ لغيب الزوج .

ثالثاً : التَّطْلِيقُ لكل ضرر معتبر شرعاً :

أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسئ الزوج إلى زوجته في المعاملة، ولا أن يؤذيها بقول، وهذه مبادئ قررها الإسلام، فقد قال عز وجل: ﴿ وَهُنَّ مِثْلُ مَثَلِ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ وَاللِّجَالِ عَلَيْهِنَ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ البقرة 228 وقال أيضا ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ النساء 19، ولَمَّا كان الإسلام قد جعل القوامة للرجل على المرأة بما تخوله له من الحق في استخدامها بما هو في صالح الأسرة واستقامة الأمور الزوجية، فقد نهى الأزواج عن التعسف والجور في معاملة الزوجات، فما دامت الزوجة تقوم بواجباتها كما يتطلبها الشرع فلاحق للزوج في الإساءة إليها وإيذائها بما يجرج شعورها وكرمتها، بسبب أو شتم أو ضرب أو أي ضرر سواء كان معنوياً أو مادياً، فإذا ما حدث وأن تجاوز الزوج حدوده معها وألحق بها ضرر غير متحمل، كان للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي طالبة التَّطْلِيقِ. وتستعمل مادة (ضرر) ومشتقاتها في معاجم اللغة العربية على معاني متعددة، إذ جاء في لسان العرب أن الضَّرُّ والضَّرُّ لغتان : فالضَّرُّ هو الهُزْلُ وسوء الحال و الضَّرَرُ ضد النفع (4) أما في الإصلاح الشرعي فعرّفه ابن العربي في كتاب أحكام القرآن على أنه: " الألم الذي لا نفع يُوازِيه أو يُرَبِي عليه وهو نقيض النفع " (5). أمّا في الإصلاح القانوني نجد أنّ الضرر يرتبط بمفهوم المسؤولية المدنية لأنّه الركن الثاني من أركانها، وبالرغم من أنّ القانون لم يتطرق إلى تعريف الضرر، إلا أنّ فكرته أوردها ضمن القانون المدني الجزائري في مواد من المادة 124 إلى المادة 140 وكذا في المادة 176 وما يليها من

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

(2) علي، سليمان، النظرية العامة للالتزام، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1990، ص 100.

(3) فضيل، سعد، المرجع السابق، ص 194.

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

(5) أبو بكر، ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، ط03، دار الفكر، القاهرة، 1972، ص 54.

نفس القانون. (1) وهناك من عرّف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، أو بمعنى آخر هو الإخلال بمصلحة مشروعة للفرد مادية كانت أم أدبية (2). - فما موقف الفقه الإسلامي والقانون من طلب الزوجة فكاً الرابطة الزوجية للضرر المُعتبر شرعاً؟

1. التّطبيق للضرر في الفقه الإسلامي :

اتفق علماء الشريعة كلهم على حسن معاملة الزوج لزوجته، وأن لا يؤذها بقول أو فعل غير أنهم اختلفوا فيما يخص جواز طلب الزوجة فك الرابطة الزوجية بالتطليق لضرر بين مُجيز وغير مُجيز. - فما موقف أصحاب المذاهب الأربعة من جواز التّطبيق للضرر؟

أ - القانون بعدم جواز التفرقة للضرر:

يرى الحنفية والجعفرية والشافعية في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين عنه أن المرأة ليس لها حق طلب التّطبيق من زوجها، حتى ولو طلبت ذلك بسبب إيدائها بالقول أو بالفعل، ومعاملتها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة، فعليها أن تطلب من القاضي زجره ليمتنع عن ذلك أو تعزيره بما يراه رادعاً له إن لم يمتنع، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما، بعث القاضي حكيمين ليقوما بالإصلاح بينهما عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ النساء35، وقالوا أن هذه الآية قصرت عمل الحكّمين على محاولة الإصلاح بينهما، ولم تجعل لهما التفريق فيبقى هذا على الأصل للزوج وحده، إلا إذا وكلهما بذلك، حيث لا كتاب ولا سنة ولا أثر يدل على ثبوت هذا الحق للغير (3).

ب - القائلون بجواز التفرقة للضرر:

يرى المالكية أنّ الزوج إذا تعدى على زوجته بالضرب ونحوه، كالإكراه على فعل أمر حرام أو كان يُضار بها بالسبّ والشتم ورفعت أمرها للقاضي وأثبتت تعديه، كان لها

(1) القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم (58/75)، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بعد قوانين أخرها القانون رقم (10/05) المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم (44) لسنة 2005.

(2) سعيد، مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 35. وأنظر عبد الهادي، بن زبطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دط، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2007، ص 22.

(3) محمد مصطفى، شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ط01، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977، ص 581-582.

أن تطلب منه تأديبه وزجره للكف عن إيذائها، وذلك بالسبل التي يتخذها الزوج مع زوجته حين تمتنع عن طاعته، بأن يعظه إن رأى القاضي ذلك مجدياً، فإن لم تُجد العظة أمرها فيه أمرها بهجره، فإن لم تُفد ضربه، هذا إن اختارت البقاء معه⁽¹⁾ وبذلك فإن الشرع أجاز للزوجة أن تطلب التّطليق لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ البقرة 231 والمقصود بالضرر هنا هو التضيق على الزوجة وإيذائها بالقول أو الفعل، أو إهمالها من الجانب المادي أو المعنوي، والضرر عند المالكية هو كل ما لا يجوز شرعاً، ويثبت بالبينة التي يكفي فيها مجرد سماع الشاهد من بين النساء والرجال في أن الزوج يضربها، كما يثبت بالإقرار، ومنهم من يعتمد على قرائن الأحوال، فعليها أن تُثبت أمام القاضي حصول الضرر بكافة الأحوال فإن عجزت عن إثبات دعواها، عين لها القاضي حكماً من أهلها وحكما من أهله يسعيان للإصلاح بينهما، فإن عجزا عن ذلك فرقا بينهما، وقد ثبت أن عثمان أرسل حكيمين وقال لهما: "إن رأيتما أن تُفراقاً ففراقاً"⁽²⁾

2. التّطليق للضرر في القانون الجزائري:

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

ولقد أحسن المشرع الجزائري عندما لم يحدد أنواع معينة من الضرر، لأن ما يعتبر ضرر لزوج لا يكون كذلك بالنسبة لأخرى، وأن الضرر المعتبر شرعاً في زمن ولدى جماعة قد لا يكون كذلك بالنسبة لزمن آخر وجماعة أخرى، خاصة وأن قواعد الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعاً معينة من الضرر فلم يُورد أي معيار للتمييز بين الأفعال الضارة الصادرة عن الزوج ضد زوجته، وهذا يعني أن تقييم الفعل ومعرفة كونه ضاراً من عدمه

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

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

ينبغي أن يتم من وجهة نظر اجتماعية وثقافية محضّة وبالتالي فالمعيار هنا معيار شخصي يعود في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي في تقديره، ذلك أن الأضرار عديدة ويصعب حصرها، غاية ما في الأمر أنه يطلب أن يكون الضرر معتبر شرعاً أو عرفاً⁽¹⁾.

ولقد اعتبرت هذه الفقرة الملائمة والملجأ المحبّب لقضاة المحاكم، وحتى المحكمة العليا لنشر أي شيء في خانة الضرر المعتبر شرعاً، ذلك أن جُلّ قرارات المحكمة العليا تؤسّس للتطبيق بالضرر المعتبر شرعاً رغم توافر للقضاة أسباب أخرى منوه عنها بوضوح في المادة 53 من قانون الأسرة.⁽²⁾

فنستطيع القول أنّ العبارة مرنة وصالحة التطبيق من طرف القاضي وله السلطة التقديرية لكل حالة تعرض عليه حسب ظروفها وملابستها مادام أنّ القانون الجزائي لم يذكر معياراً أو ميزاناً معيناً للتمييز بين الفعل الضار وغير الضار، وعليه وحتى يكون الضرر سبباً يبيح لزوجة طلب التّطليق لأبد من توفر شروط، هذه الشروط يمكن إجمالها فيما يلي:⁽³⁾

أ - أن يقع ضرر من الزوج: وذلك بأن ينتج عن الزوج ضرر يلحق بالزوجة نتيجة فعل أو قول قام به، فيكون صاحب الضرر هو الزوج وليس الغير ما لم يكن هو من حرص الغير على زوجته.

ب - أن يعجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين بعد عرض الصلح عليهما ثم عن طريق الحكّمين عند عدم ثبوت الضرر: إذ لأبد للقاضي قبل أن يفكّ أي رابطة بين الزوجين من إجراء صلح بين الطرفين، وقد نصت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائي على أنه: "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعدة عدة محاولات صلح يُجريها القاضي دون أن يتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" فيتضح من هذا النص أنه لا وجود للطلاق إلاّ إذا صدر به حكم من القضاء وصدور الحكم بالطلاق يأتي في مرتبة ما بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وهو إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق⁽⁴⁾، وبعبارة أخرى فإنه يجب على القاضي قبل القضاء بالتّطليق أن يتدخل لإنهاء الرابطة الزوجية صلحاً ولو لم يطلب أحد الزوجين منه ذلك، فالحكم بالطلاق دون محاولات الصلح خطأ في تطبيق القانون حسب تعبير المحكمة العليا حيث أقرت أنه

(1) - الرشيد، بن شيوخ، شرح قانون الأسرة الجزائي المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، دط، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 207.

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

(3) - اليزيد، عيسات بلمامي، التّطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائي "مدعماً بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، فرحات عباس، سطيف، 2003، ص 138.

(4) - العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص 956.

:"من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد اخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽¹⁾.

ج - أن تطلب الزوجة من القاضي التّطبيق: إذا ما أصابها ضرر شرعي هذا ما أقرته المحكمة العليا حيث نصت على أنه: " يمكن للزوجة أن تطلب التّطبيق إذا أصابها ضرر شرعي "⁽²⁾ غير أنه لا بد لها من إثبات ذلك بالطرق الشرعية وإلا لم يجز لها طلب التّطبيق "من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبراً عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ولا يُعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سبباً لتطبيقها منه والقضاء بما يخالف هذا المبدأ الشرعي يستوجب نقض القرار الذي يقضي بتطبيق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها"⁽³⁾.

رابعاً: التّطبيق لمخالفة أحكام المادة 08:

مما لا شكّ فيه أنّ الإسلام وضع نظاماً محكماً للزواج يقوم على أقوى المبادئ والقيم التي من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري وانتشار الفضيلة في المجتمع، فأضفى عليه قُدسية تجعله فريداً بين سائر العقود الأخرى، فجعل له أركاناً وشروطاً متينة ذلك أنه أهم علاقة يُنشئها الإنسان في حياته لذا تولاه الشارع بالرعاية من حين الابتداء في التفكير فيه إلى أن ينتهي بالموت والطلاق، والتعدد في الزواج هو مباح كمبدأ عام لقوله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَرَبْعاً فَإِن خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ النساء 03، لكنه ربط ذلك بشرط العدل، وقد تتضرر الزوجة من إعادة زواجها زوجها عليها - فما موقف الفقه والقانون من طلب الزوجة التّطبيق حينها؟

1. موقف الفقه الإسلامي من ذلك :

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

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

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

قبل التطرق إلى حكم الفقه على طلب الزوجة التّطليق لتضررها من إعادة الزواج عليها وتضررها من عدم العدل، وحتى لا يكون موضوعنا خداجاً بما أن هذه المادة تحدثت عن التعدد في الزواج أساساً، كان ولا بدّ أن نبين على عجلة أن الزواج تعتريه الأحكام الخمسة من وجوب وندب وكراهية وحرمة وإباحة، باختلاف العلماء في حكمه هو اختلافهم في كون المُكلف مُعتدلاً قادراً على تكاليف الزواج، وثقا من نفسه أنّه يؤدي حقوق زوجته دون جورها أو ظلّمها مُؤمناً على نفسه الوقوع في الفاحشة أن لم يتزوج وهو الأصل في الزواج.⁽¹⁾

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

2. موقف القانون الجزائري من مخالفة أحكام المادة 08.

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

(1) محفوظ، بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص 582.
(2) محمد مصطفى، شلبي، المرجع السابق، ص 581-582.

أ- أن يوجد المبرر الشرعي لزواج مرة أخرى: وهو معيار مرّن وشخصي وواسع، كأن تكون زوجته الأولى عقيماً وهو يرغب في إنجاب الأولاد مع تعلقهما ببعض، أو أن تكون زوجته مريضة ويرى زوجها أنه من الوفاء ألا يتركها ويُبقيها تحت رعايته، فيكون من الحكمة ألا تمنعه من الزواج بغيرها، كما قد يستولى الحب على قلب الزوج فيهم بحب امرأة غير زوجته تهيم به حبا، بحيث يصعب عليهما التخلي عن بعضها، فيكون من المصلحة أن يُباح لهذا الرجل التزوج بهذه المرأة مع الإبقاء على زوجته، حتى لا يقعان في الفاحشة المحرمة (1).

ب - أن تتوفر نية العدل بين الزوجات في الحقوق والواجبات: لقوله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنًا وَثُلَاثًا وَرُبْعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ بَدَأَ اللَّهُ يُغَيِّرْ مَا يَشَاءُ إِنَّهُ عَلِيمٌ ذَكِيمٌ﴾ (النساء 3) ويلاحظ أنه لا تعارض بين ما أوجبه الله من العدل في هذه الآية وبين ما نفاه في الآية الأخرى من سورة النساء حيث قال: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوا كَالْمَمْلُوكَةِ وَإِنْ تَصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ (النساء 129)، فعلى الزوج أن يعدل بين زوجاته ما استطاع من غير ظلم وقد صدر عن المحكمة العليا قرار صريح في هذا الشأن حيث أقرت أن: " **عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعاً طبقاً للفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ويبرر بتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التّطليق**" (2).

ج - ضرورة إخبار الزوجة الأولى برغبته في الزواج بثانية ويخبر الزوجة الثانية بوجود زوجة سابقة له: فمن واجب الزوج اخبرهما معا وإخبارهن إن تعددن، وإذا لم يفعل ذلك فإن المشرّع الجزائري قد جعل ذلك سببا يُسمح من خلاله للزوجة السابقة وكذا اللاحقة بطلب التّطليق من القاضي بناء على غش الزوج لهما أو لإحداهما، طبقا لما نصت عليه الفقرة 06 من المادة 53 وفي هذا الشأن أيضا نصت المادة 8 مكرر من نفس القانون على أنه: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتّطليق". وقد عَقَّبَ المحامي والمؤلف يوسف دلاندة على هذه المادة فقال « أن أحكام الفقرة السادسة من المادة 53 لا موجب لها مادام القانون رقم 05-02 المعدل لقانون الأسرة نص في المادة 8 مكرر على أحقية الزوجة الثانية في المطالبة بالتّطليق في حالة التدليس، أي أن الزوج تزوج خفية عنها ودون أن يعلمها أو يتحصل على الموافقة المسبقة

(1) بدران أبو العينين، بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون " الزواج والطلاق"، ج01، دط، دار الطباعة والنشر بيروت، لبنان، 1967، ص130.
(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف 356997، بتاريخ 2006/07/12، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2006، ص441.

منها ومهما يكن فتأسيس طلب التّطليق على أحكام المادة 53 من قانون الأسرة تتوفر حالة قيام الزوج بالزّواج بامرأة ثانية دون أن يخبر المرأة الأولى بذلك ودون أن ينال موافقتها المسبقة ودون أن يتحصل على ترخيص مسبق»⁽¹⁾. ولا يكفي علم الزّوجة بزواج زوجها بامرأة ثانية، بل لا بد من موافقتها ورضائها حتى يستطيع الزّواج عليها ثانية هذا ما أكدته المحكمة العليا بدورها حيث نصت على أنّه: **"لا يكفي لرفض دعوى التّطليق من أجل الضرر علم الزّوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى ويجب إثبات رضاها بهذا الزّواج"**⁽²⁾.

د - الحصول على الترخيص من رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية: وهو شرط أضافه المشرّع الجزائري بموجب الأمر (05-02)، بتقديم طلب ترخيص بالزّواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية ويمكن لهذا الأخير أن يرخص بالزّواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية. وقد صدر في شأن هذه المادة منشور وزاري تحت رقم 84-102 المؤرخ في 23 ديسمبر 1984 تضمّن كيفية تطبيق المادة 08 من تقنين الأسرة الجزائري، نظرا لشروطها المستحدثة خاصة ما تعلق بشرطها الأول السابق الذكر، ذلك أن المشرّع لم يحدد بدقة الحالات التي تعتبر بمثابة مبرر شرعي مما أثار مشاكل كثير من حيث التطبيق⁽³⁾.

خامساً: التّطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزّواج:

يُعتبر عقد الزّواج الركن الأصيل في الأسرة، وأهم ما يُبنى عليه المجتمع لذا أولاه الإسلام من الأهمية بما كان، وقد وصفه القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، حيث يقول المولى عزّ وجلّ: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ النساء 21 وقد منح الإسلام حقّ اشتراط الشروط في عقد الزّواج لكلا الزوجين، مادامت هذه الشروط لا تتعارض مع كتاب الله أو سنة نبيه ولا تحلل حلالاً أو تحرم حرماً فلزوج أن يشترط ما يشاء من شروط، ولزوجته أيضاً الحق في أن تحتاط لنفسها وتشتترط ما تراه من شروط، تحفظ عليها حقها وتحول دون حيف زوجها بها، ولم يكتف الإسلام بهذا بل أولى الشروط بين الزوجين من المكانة ما يتناسب وقيمة العلاقة الزوجية ذاتها، حتى أن الأمر بالوفاء بها كان أكثر إلزاماً من أي شرط يقع في عقد آخر .

(1) - يوسف، دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة "الزّواج والطلاق"، دط، دارهومة، الجزائر، 2007، ص58.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 334060، بتاريخ 02/01/2005، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2005، ص325.

(3) - نجية، زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص61-62.

وَيُعَرَّفُ الشَّرْطُ فِي اللُّغَةِ "بأنه إزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه." يقال شَرَطَ يَشْرِطُ، يَشْرِطُ - بكسر الرَّاءِ وضمِّهَا - إذا شَرَطَ على صاحبه أمراً ويُقال شَارَطَهُ، إذا شَرَطَ كل واحد منهما على الآخر أمراً، فإذا باع رجل صِيعَةً وشَرَطَ على المشتري شَرَطاً فقد ألزمه أمراً، أو شَرَطَ المُشْتَرِي على البائع شَرَطاً، فقد ألزمه أمراً (1). أمّا اصطلاحاً فقد عُرِّفَ بأنَّه: "ما يلزم من عدمه عدم المشتراط ولا يلزم من وجود المشروط ولا عدمه." (2) - فما موقف الفقه والقانون من الاشتراط في عقد الزواج؟ - وهل يحق للمرأة طلب التّطبيق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج؟

1. موقف فقهاء الشريعة من الاشتراط في عقد الزواج :

اختلف موقف فقهاء الشريعة من الاشتراط في عقد الزواج بين الحظر والإباحة فيرى مذهب الظاهرية أساساً المتمثلون في أتباع داوود بن علي، وابن حزم الأندلسي والحنفية والمالكية والشافعية الذين يتمسكون بظاهر النصوص، أنّ الأصل في العقود والشروط هو الحظر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان على الإباحة، ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه وصحته. (3) ودليلهم من الكتاب أنّ الشريعة الإسلامية جاءت شاملة لكل شيء وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة، ومنها العقود على أساس من العدل لأن الله تعالى يقول: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ البقرة 229. وقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ المائدة 3 ومن السنة ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق فلان والولاء لي إنما الولاء لمن أعتق" (4)

وبذلك فالحنفية يرون أن الشرط إذا كان لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ولم يتحقق مضمون الشرط لم يكن لمن اشترطه الخيار في فسخ العقد، وذلك بأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها أو أن لا ينتقل بها من دارها، ثم لم يُوفِّ الزوج بهذه الشروط لم يكن لها الخيار في فسخ النكاح من أجل فوات الشرط. أمّا الشافعية فيفرون بين ما إذا كانت الشروط التي تنافي مقتضى عقد النكاح لا تُخِلُّ بمقصوده الأصلي، كأن تشترط الزوجة

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

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

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

(4) - الباجي، المنتقى، المجلد السادس، ط 04، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984، ص 279.

على زوجها أن لا يتزوج عليها أو لا يسافر بها، فهنا لا تؤثر هذه الشروط على عقد النكاح فيبقى العقد صحيحا ويبطل الشرط وحده، أو أن تشتترط أن لا يطأها أو لا ينفق عليها فإن العقد يبطل، لأنه ينافي مقتضى عقد النكاح. في حين يرى المالكية أن هذا النوع من الشروط مكروه وهو المشهور عندهم، لكنه لا يفسد النكاح ولا يقتضي فسخه لا قبل الدخول ولا بعده لأنه لا يخالف مقتضى العقد، وذلك لأنه يمكن لزوج أن يوفي به وله أن لا يوفي به (1). بينما ذهب الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم وطائفة من فقهاء المالكية (2) إلى التوسع في دائرة الشروط واعتبروها صحيحة إلا ما منعه الشارع الحكيم وهم يقسمون الشروط إلى صحيحة وغير صحيحة، فأما غير الصحيحة فهي تلك التي ورد النهي عنها كاشتراطها أن يطلق امرأته الأولى أي تطليق ضررتها، أو تشتترط أن لا يستمتع بها، ففي هذه الحالات يبقى عقد النكاح صحيحا وتبطل هذه الشروط لأنها تنافي مقتضى العقد ومن المعلوم أن الشروط التي تنافي مقتضى العقد تبطل وحدها مع بقاء عقد النكاح صحيحا. أما الشروط الصحيحة فهي التي فيها منفعة لأحد الزوجين ولم يرد نهي عنها، ومنها ألا يسافر بها إلى مكان لا تريده أو ألا يتزوج عليها، وهذه الشروط واجبة الوفاء بها فإذا لم يتحقق الوفاء بها فإت رضاه بالعقد والرضا أمر لا بد منه في عقد النكاح (3). واستدلوا على ذلك من قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ الاسراء 34، وقوله أيضا: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ المؤمنون 08 وقال أيضا ﴿وَمَنْ أَوْفَى بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهِ اللَّهُ فَمِيسُورَتُهُ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ الفتح 10. ومن السنة ما رواه البخاري ومسلم عن عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أحقُّ الشرُوط أن يوفى به ما استحللتُم به الفروج." (4) وقوله صلى الله عليه وسلم: "أربع من كن فيه كان منافقًا خالصًا ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها إذا أوْتمن خان وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر." (5)

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

(1) - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقًا لأحداث التعديلات "دراسة فقهية مقارنة"، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 210-2011.
(2) - مصطفى، الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط9، مطابع ألف باء، سوريا، 1967، ص 480.
(3) - أحمد شامي، المرجع السابق، ص 209.
(4) - السيد سابق، المرجع السابق، ص 138.
(5) - النووي، رياض الصالحين "باب الوفاء بالعهد وانجاز الوعد"، ط02، دار الإمام مالك، الجزائر، 2004، ص 212.

2. موقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج:

تنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "للزَّوجين أن يشترطا في عقد الزَّواج أوفي عقد رسمي لاحق كل الشُّروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزَّوجات وعمل المرأة ما لم تتنافي هذه الشروط مع أحكام هذا القانون."

في حين نصت الفقرة 09 من المادة 53 من نفس القانون على أنه: "يجوز للزَّوجة أن تطلب التَّطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزَّواج"، وباستقراء وتحليل هاتين المادتين يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد أجاز لزَّوجين أن يشترطا في عقد الزَّواج ويضعا من الشروط التي يريانها ضرورية في العقد، على أن لا تخالف هذه الشروط أحكام القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية، كأن تشترط الزَّوجة عدم الزَّواج عليها طالما أن هذا الشرط أمر جوازي ومتروك لإرادة الزَّوجين، وطالما أن قانون الأسرة يبيح مبدأ التعدد كأصل عام، ولو أنه قيده ببعض القيود التي تحول دون إساءة استعمال هذا الحق وتمنع من وقوع الظلم على الزَّوجة السابقة واللاحقة وفقا لما نصت عليه المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري كما سبق بيان ذلك، أو كان تشترط إكمال دراستها أو ممارسته عملها بعد إتمام الدراسة على ألا يتعارض عملها مع الآداب العامة والنظام العام، فليس لها أن تشتغل في أماكن الفجور أو اللهو وإلا فإنه حينها لا يمكن لها أن تطلب التَّطليق بدعوى منعها من حقها في العمل، لعدم شرعية الشرط المشترط أصلا⁽¹⁾. وبذلك فإنه متى انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط ورفض الزَّوج أن يمثل لما وافق عليه سابقا ففي هذه الحالة جاز للزَّوجة طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التَّطليق، أما على المستوى التطبيقي فنجد أن المحكمة العليا قد أقرت على أنه: " من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التَّطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزَّوجات أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي عندما قضي بتطليق الزَّوجة بسبب بقاءها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه واستحالت الحياة الزوجية فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽²⁾.

لكن هناك سؤال يُثار هاهنا وهو أن المادة 19 جعلت للزَّوجين حق الاختيار في إدراج شروطهما ضمن عقد الزَّواج أو في عقد رسمي لاحق فالمسألة اختيارية في هذه المادة

(1) - عبد القادر، بن داوود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دط، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، ص 180.

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

غير أن ذلك لم يُراع بدقة في المادة 53 من نفس القانون في فقرتها 09 التي تحدثت عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون أن يتم ذكر عبارة أو في عقد رسمي لا حق. - فهل يأخذ القاضي بمخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق أم يعزف عن ذلك تطبيقاً لمبدأ حرفية النص؟⁽¹⁾.

الفرع الثاني : الأسباب المعنوية المُوَلِّة للزوجة طلب التّطليق :

أولاً: التّطليق للغيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج :

تقوم الحياة الزوجية أساساً على الألفة والمودة والوئام، ذلك أن الزواج سكينة للأنفس وانسجام بين الزوجين، ولولا الشعور المتبادل الذي يبعثه الله في نفوس الزوجين لما استطاع أحدهما معايشرة الآخر زمناً قصيراً، فكيف بمعاشرته طوال حياته، غير أنه قد لا تسير الحياة بنفس الوتيرة فيحدث ما يعكر صفو هذا الجو ويكدره، كأن يُفاجأ أحد الزوجين عند أول لقاء بصاحبه عيباً أو يستجد بعد حياتهما القصيرة ويكون العيب صعباً أو مستحيل الشفاء منه، مانعاً بذلك تحقيق المقصد الشرعي كالاستمتاع وإنجاب الأولاد والسكينة.

والعيب هو ذلك النقص البدني أو العقلي، أو هو نقص مادي أو معنوي يعترى أحد الزوجين فيسبب ضيقاً للزوج الآخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة ومقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية⁽²⁾. وهو أنواع منها ما تكون جنسية ومنها ما تكون جسدية⁽³⁾، منها ما يخص الرجل كالجب⁽⁴⁾، العنة⁽⁵⁾، الخصاء⁽⁶⁾ ومنها ما يخص المرأة كالرتق⁽⁷⁾، القرن⁽⁸⁾، العفل⁽⁹⁾، الفتق⁽¹⁰⁾ والبخر⁽¹¹⁾. أما العيوب الجسدية فتشترك فيها المرأة والرجل مثل الجنون⁽¹²⁾ والجدام⁽¹³⁾ والبرص⁽¹⁴⁾.

(1) - باديس، ديابي، المرجع السابق، ص 56.

(2) - محمد عزمي، البكري، المرجع سابق، ص 266.

(3) - محمد سمارة، المرجع السابق، ص 321.

(4) - الجب : سبق تعريفه أنظر ص 17 .

(5) - العنة : سبق تعريفها أنظر ص 17 .

(6) - الخصاء : سبق تعريفه أنظر ص 17 .

(7) - الرتق : هو انسداد ملك الذكر في الفرج بحيث لا يمكن معه الجماع ويكون باللحم أو العظم .

(8) - القرن : هو نمو لحمية تشبه القرن في فرج المرأة فلا يمكنها من أن تصلح للزواج بسببه .

(9) - العفل : هو رغبة في الفرج تحدث عند الجماع .

(10) - الفتق : هو اختلاط مجري البول لدى المرأة مع مجرى الجماع أو اختلاط مجرى السبيلين .

(11) - البخر : نتن الفرج .

(12) - الجنون : زوال الشعور والإحساس من العقل والقلب مع بقاء الحركة والقوة وألحق الشافعية بالجنون، الخبل والإغماء المستمر والصرع.

(13) - الجدام : علة يحمر منها العضو ثم ينقطع، ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر ويمكن أن يقع في كل عضو ولكنه في الوجه

أكثر .

فالأصل في الزَّواج هو السَّكينة وراحة البال، ومادامت هذه العيوب تؤدي إلى النُّفور والكرهية وتمنع في تحقيق المقاصد المرجوة، فإنه يمكن للزوج فكُّ الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة إذا شاب الزَّوجة عيب أدى إلى رغبته في تركها بما أنَّ عصمة الطَّلاق بيده، غير أنَّه وبالمقابل - هل يمكن للمرأة فكُّ الرابطة الزوجية بالتطليق لعيب من العيوب المستحكمة في زوجها والتي تحول من مواصلة العشرة بينهما؟ - وما موقف الفقه الإسلامي والقانون من طلبها التَّطليق؟

1. التَّطليق للعيوب في الفقه الإسلامي :

انقسم الفقهاء في معالجتهم لهذا الموضوع إلى فريقين : فريق يجيز التفريق بالعيوب وفريق لا يجيز ذلك، ولكل من الفريقين أدلته التي بنى عليه رأيه.

أ - جواز التفريق بالعيوب :

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التفريق بين الزوجين بالعيوب وإن اختلفوا في موضعين، وهما في العدد الموجب للتفريق، ومن يملك هذا الحق بينهما، بمعنى آخر ماهي العيوب التي يثبت بها حق طلب التفريق وهل يثبت الحق لكل من الزوجين أم للزَّوجة فقط⁽¹⁾. وهل يعتبر بذلك فسخاً أم طلاقاً؟

- بالنسبة للعيوب الموجبة التَّطليق ؟

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنها العيوب التي تمنع التَّناسل، وهي ثلاثة أن يكون الرَّجُل عنيماً أو محبوباً أو خصياً وزاد أبو محمد ابن الحسن ثلاث عيوب أخرى وهي الجنون والجذام والبرص.⁽²⁾ والأئمة الثلاثة وافقوا عليها وزادوا غيرها، أمَّا المالكية فذهبوا إلى أنَّ عددها ثلاثة عشر عيباً، أربعة مُشتركة بين الرَّجُل والمرأة وهي: الجنون والجذام والبرص والعُدِيطة.⁽³⁾ وأربعة تختص بالرَّجُل: وهي الخصاء والجب⁽⁴⁾ والعنَّة والاعتراض.⁽⁵⁾ وخمسة تختص بالمرأة وهي: الرَّتْقُ والقَرْنُ والبُخْرُ والعَقْلُ والإفْضَاء. وزاد الإمام أحمد عن ذلك العيوب المُستعصية كالسُّلِّ والزُّهري، والعيوب عند الشَّافعية

(14)- البرص: وهو بياض ببقع الجلد يُذهِبُ دمويته. أنظر هذه التعريفات في كتاب محمد سمارة، المرجع والموضع نفسه.

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

(2) - الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط02، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ص327.

(3) - العُدِيطة: هي خروج الغائط عند الجماع و يقال للمرأة عديطة ويقال للرَّجُل عديوط.

(4) - الجِبُّ: يقال عن الرَّجُل مَجْبُوبٌ وهو من قطع جهازه التَّناسلي فلا يمكن له المخالطة الزوجية.

(5) - الإعتراض: عدم القدرة على الاتصال الجنسي لمرض أو نحوه. أخذاً عن أحمد، الدردير، الشرح الصغير على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دط، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992، ص130-131.

سبعة وهي: الجُبُّ والعِنَّة والجنون والجذام والبرص والرتق والقرن، ويمكن أن يكون في كل من الزوجين الخمسة الأولان في الرَجَل، والأخيران في المرأة، والثلاثة الوسطى مُشتركة بينهما، ولا فسخ في البُخر والاستحاضة والقُروح السيّالة والعمى لأنّها لا تُفوتُ مقصود النكاح.

- فيمن يثبت له الخيار لكلا من الزوجين أم الزوجة ؟

ذهب أبو حنيفة إلى أنه يثبت للزوجة فقط، لأن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي ملكه الله إياه، أما الأئمة الثلاثة فقالوا أن حق التفريق يثبت لكل من الزوجين سواء كانت العيوب بالرجل أو بالمرأة فالجنون والجذام والبرص والعيوب المانعة من التنازل تجيز للطرف الآخر طلب التفريق، ولكن الفرق يظهر في أحكام كل واحد منها فاللجوء إلى الطلاق يؤدي إلى إلزام الزوج بكل المهر بعد الدخول وبنصفه قبل الدخول وفي التفريق بسبب العيب يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول، وبعد الدخول على ولي الزوجة كالأب والأخ، لتدليسه بكتمان العيب، ولا سكنى لها ولا نفقة⁽¹⁾. أما الشافعي فيقول إن دخل بها لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على وليها.⁽²⁾

- في نوع التّطليق للعيوب هل هو فسخ أم طلاق ؟

ذهب الحنفية والمالكية إلى أن التفريق بالعيوب يقع طلاقاً بانئاً، حيث أن حكم القاضي يضاف إلى الزوج، وبعبارة أخرى فإن القاضي يقوم مقام الزوج كأنه طلقها بنفسه، ولأنّها فرقة بعد زواج صحيح والفرقة بعد الزواج الصحيح عند المالكية تكون طلاقاً لا فسخاً⁽³⁾. وبما أن المقصود من التفريق رفع الظلم عن الزوجة فإن ذلك لا يكون إلا بالطلاق البائن ويقوم القاضي مقام الزوج، لأن الزوج امتنع عن طلقها ظلماً فيكون بانئاً حتى لا يكون له مراجعتها، وإلا صارت معلقة لا هي ذات زوج يؤدي لها حقها، ولا هي مطلقة بلا رجعة فيحق لها أن تنزوج بغيره.⁽⁴⁾

أما الشافعية والحنابلة وعلى خلاف الرأي الأول يعتبران أن نوع الفرقة بسبب العيب هي فسخ لا طلاق⁽⁵⁾، والفسخ لا ينقص من عدد طلاقات الزوج وبالتالي للزوج إعادة الزوجة بنكاح جديد وبولي وشاهدي عدل ومهر، لأنّها فرقة من جهة الزوجة، والفرقة إذا كانت من جهة الزوجة تكون فسخاً لا طلاقاً، ومعنى ذلك عند أهل هذا الرأي لا يكون

(1) - وهبة، الزحيلي، المرجع السابق، ص 517.

(2) - ابن رشد، المرجع السابق، ص 81.

(3) - وهبة، الزحيلي، المرجع السابق، ص 523.

(4) - بدران أبو العينين، بدران، المرجع السابق، ص 441.

(5) - عبد الرحمن، الصابوني، المرجع السابق، ص 441.

الطلاق إلا من الزوج وحده، وما عداه فهو فسخ لرابطة النكاح، وبذلك فهو لا طلاق رجعي ولا بائن وللزوج أن يراجع زوجته ويملك ثلاث طلاقات (6).
 واستدل القائلون بجواز التفريق للعيب بالسنة والإجماع والمعقول حيث روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه تزوج إمرة من بني غفار فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفرش فأبصر بكشحا * بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال عليك ثيابك وفي رواية وألحي بأهلك ولم يأخذ مما أتاها شيئا (1)، وهذا الحديث يدل على جواز رد النكاح بالعيب الذي يكون بالمرأة مما تعافه النفس وتنفر منه، فإذا كان في الرجل ما يُنفر وتحقق وجود مثله في الزوج وطلبت المرأة التّطليق، فرق القاضي بينهما دفعا للظلم لها والضرر الذي يلحقها. أما من الإجماع فقد أجمع الصحابة على ثبوت الخيار بالجيب والعنة (2). أما القياس فقد قيس النكاح على البيع في كون أن البيع يُردُّ بالعيب، فإن كان بالمبيع أو محل البيع عيبا فيجوز رده شرعاً وقانوناً فإن الزواج من باب أولى لخطورة التدليس فيه.

ب - عدم جواز التفريق بالعيب :

إذا كان جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى جواز التفريق للعيوب وأن أكثر الفقهاء اتفقوا على أن العيب مما يثبت خيار الفرقة، فإن الظاهرية يرون بأنه لا يجوز التفريق بأي عيب سواء كان العيب في الزوج أو في الزوجة، ومهما كان نوعه تناسليا أو من الأمراض المنفرة كالجدام والبرص ... هذا ما ذهب إليه ابن حزم حيث قال: " لا يفسخ النكاح بعد صحبة بجدام حادث ولا ببرص كذلك ولا بجنون ولا بأن يجد بها شيء من العيوب ولا بأن تجده هي كذلك ولا بعنائة ولا بأي شيء من العيوب " (3) وهذا ما قاله عمر بن عبد العزيز ونقله عنه ابن رشد في بداية المجتهد. (4) ويضيف الظاهرية أنه لم يصح في فسخ الزواج أي دليل في القرآن والسنة والإجماع ولا حتى القياس أو المعقول. (5) كما استدلوا لقولهم أن كل نكاح صحَّ بكلمة الله عز وجلَّ وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد أحلَّ الله المنكوحة فيه لزوجها وحرَّم مباشرتها وفرجها على كل من سواه، فمن فرَّق بينهما بغير القرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾ البقرة 102.

(6) - فضيل، سعد، المرجع السابق، ص 278.

* - بكشحا: ما بين الخاصرة إلي ضلع الخلفي.

(1) - محمد عزمي، المرجع السابق، ص 268.

(2) - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 355.

(3) - ابن حزم، المرجع السابق، ص 58.

(4) - ابن رشد، المرجع السابق، ص 80.

(5) - وهبة، الزحيلي، المرجع السابق، ص 516.

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

2. التّطليق للعيوب في القانون الجزائري :

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

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

ب- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج: أي تمنع من الدخول أو الاستمتاع الجنسي وكذا الأمراض الضارة والمضرة والمنفرة التي تعكر الحياة الزوجية، ولقد أحسن المشرّع الجزائري صنعا عندما لم يحدد العيب ولم يذكر أمثلة عن ذلك، وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي وهو: هل العيب يحول أم لا في تحقيق الهدف من الزواج؟ فإذا كان العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، جاز لزوجته طلب التّطليق هذا ما أكدته المحكمة العليا حيث أقرت: "من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التّطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج كتكوين أسرة وتربية الأبناء ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتّطليق على: عدم

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

إمكانية إنجاب الأولاد استناداً لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج فأنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية... " (2)

ج- أن تكون العيوب غير قابلة للزوال : أي أن تكون هذه العيوب غير قابلة للعلاج والشفاء، أمّا إذا كانت هذه العيوب مما يرجى الشفاء منها وقابلة للعلاج، فينبغي على القاضي في هذه الحالة أن يضرب للزوج أجل وأن تبقى الزوجة بجانب زوجها فإن ثبت عدم قابليته للشفاء، كان حينئذ لها الحق في طلب التّطليق، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: " من المقرر في الفقه الإسلامي ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب زوجها وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتّطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية." (1)

د - أن تثبت الزوجة ما تدعيه بكل الوسائل القانونية: خاصة الشهادات الطبية ويجوز للقاضي أن يتأكد ممّا تدعيه بالخبرة والأطباء والاختصاصيين وبأي وسيلة أخرى كالإقرار (2) هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي نص على أنه " من المقرر شرعاً أنه يسوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتّطليق اعتماداً على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه فأنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية" (3)

ثانياً : التّطليق للهجر في المضجع :

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

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

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

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

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

قد يكون قصد تأديبها وهو حق من حقوقه الشرعية ليمنعها من النشوز والعصيان مصدقا لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَأَلْزَمَهُمُ اللَّهُ نَفْسَهُمْ وَفِي ذَلِكَ لَعْنَةٌ لِقَوْمٍ ظَاهَرُوا عَلَى النِّسَاءِ فَأُولَئِكَ يَحِزُّونَ فِيهِمْ يَوْمَئِذٍ وَمَا يَكُونُ لَكُمْ عَنْهُمُ عِلْمٌ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ النساء 34 والمبرر شرعي وقانوني، وقد يكون الهجر في المضجع ناتج عن حلف الزوج على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر وذلك ما يعرف بالإيلاء في الشريعة الإسلامية، وقد يكون الهجر في المضجع بقصد الإضرار بها وتعذيبها لا غير، وهو ما يخول لها طلب التّطليق باعتبار أنّه لا يؤدي لها حقًا من حقوقها الشرعية المُلازم لطبيعتها البشرية، فما موقف الفقه الإسلامي والقانون من ذلك؟

1. التّطليق للهجر في المضجع في الفقه الإسلامي :

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

أ - التّطليق للإيلاء :

الإيلاء لغة: هو الحلف من ألى، يُؤلي، إيلاءً. (1) **واصطلاحاً:** هو الحلف على ترك قربان الزّوجة أربعة أشهر وأكثر بالله أو بصفة من صفاته أو تعليق القربان على ما يشق، إذ عرفه كمال الدين ابن الهمام في فتح القدير بأنّه: " الحلف على ترك قربان الزّوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله أو بتعليق القربان على ما يشق " (2)، **وأصل الإيلاء قوله تعالى:** ﴿لَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَلَّوْا فَإِنَّ لِلَّهِ عَفْوَ رَجِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ البقرة 226-227، وقد كان الإيلاء في الجاهلية نوعاً من الإساءة إلى المرأة، إذ كان يدوم هجر الرجل لزوجته سنة أو سنتين (3) فجاء الإسلام بمعالجة هذا الوضع ورفع الظلم عن المرأة إذ أعطى الزوج المولي مهلة، طالبه من خلالها بالرجوع عما حلف أو الطلاق ولكن كان اختلاف الفقهاء في كيفية التّطليق للإيلاء؟

- كيفية التّطليق للإيلاء:

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

(2)- محمد، أبو زهرة، المرجع السابق، ص 342.

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

اختلف الفقهاء في كيفية التّطليق للإيلاء بين الزوجين وذلك بناء على اختلافهم في تفسير الآية الكريمة المذكورة سابقاً فانقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى أبو حنيفة وأصحابه والثوري أنه يجب أن يُنتظر المولي، أي تُمنح له مهلة أربعة أشهر فإن فاء خلالها فهي زوجته وإن لم يُفئ، حتى مضت الأربعة أشهر طُلقت عليه امرأته بطلقة بائنة، دون حاجة لرفع الأمر إلى القاضي كجزء على ظلمه ورحمة بالمرأة، ونظراً لمصلحتها بتخليصها منه، لتتمكن من إيفاء حقها من زوج آخر ولا تبقى كالمعلقة⁽¹⁾ ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ فَإِن فَاءَ وَإِن فَاءَ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ البقرة 226-227.

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء، المالكية في مشهور مذهبهم⁽²⁾، والشافعية في الجديد ورواية لدى الحنابلة⁽³⁾ إلى القول بتطليق الحاكم على الزوج إذا ما رفض الفيء، أي أنه لا يقع الطلاق بمجرد مضي أربعة أشهر، بل يوقف ويؤمر إما بالفيء أو الطلاق. أما الظاهرية⁽⁴⁾ وقديم قول الشافعي فيرون أن الحاكم لا يفرق بينهما وإنما يأمر بالفيء أو الطلاق، فإن فعل فيها ونعمت وإلا حبسه وضيق عليه حتى يفيء أو يُطلق، واستدل الجمهور بنفس الآية السابقة الذكر، إنما كان اختلافهم في تفسيرهم لها **فالحنفية** نظروا لقوله تعالى: ﴿ وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ ﴾ البقرة 227 بترك الفيئة، أمّا **الجمهور** فنظروا لقوله تعالى: ﴿ فَإِن فَاءَ ﴾ البقرة 226 بعد انقضاء المدّة فلو وقع الطلاق بانقضاء المدّة لما كان هناك حاجة للعزم عليه بعد وقوعه لأنه في إعطاء المهلة لمراجعة نفسه وإدراك خطئه خير من إيقاع الطلاق وإنهاء الزواج .

ب - التّطليق للظّهار:

الظّهار لغة: مصدره ظاهر فلاناً إذا جعل ظهراً قبله ظهره ويقال ظاهر الرجل من امرأته إذا قال لها أنت عليّ كظهر أمي⁽⁵⁾ قاصداً بذلك تحريمها وإبعادها.

أمّا اصطلاحاً: تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريماً مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهره.⁽⁶⁾ فكان الظّهار سابقاً صورة إيذاء الزوج بزوجة حتى يتركها

(1) - علي، حسب الله، المرجع السابق، ص158.

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

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

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

(5) - محمد ابن أبي بكر عبد القادر، الرّازي، مختار الصحاح، مادة "ظه،ه،ر"، دط، مكتبة لبنان، والمطبعة الأميرية، بيروت، لبنان سنة1904. ص 173.

كالمعلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، إلا أنه بعد مجيء الإسلام حرمه الله تعالى ووصفه بأنه منكر من القول وزوراً، ولم يعتبره طلاقاً ثم عاقب مرتكبه وحرّم عليه قربان امرأته حتى يفكر بما يستطيع من الكفارات طبقاً لما جاء في قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْكُمْ مَنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ غَفُورٌ وَالَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ ذَلِكَ تُوعَطُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِيُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿المائدة: 42﴾.

وللظهار شروط وأحكام اختلفت الآراء الفقهية في تحديدها لكن أكثر ما يهمن ا في مجال بحثنا هذا هو اختلاف الفقهاء في الضرر الذي يعطي للزوجة حق طلب التّطليق بسبب الظهار؟

- كيفية التّطليق للظّهار :

اختلف الفقهاء في كيفية التّطليق بين الزّوجين للظّهار إلى رأيين:

الرّأي الأول: ذهب المالكية والحنابلة وبعض الشافعية والحنفية والإمامية إلى أنّ المرأة المظاهر منها إذا رفعت أمرها إلى القاضي بعد مضي أربعة أشهر فعلى الحاكم أن يأمره بالتكفير والرجوع إلى الزّوجة، فإن فعل فقد انتهى حكم الظهار، أما إذا امتنع فللقاضي أن يُطلقّ عليه، وبهذا قال المالكية والحنابلة وبعض الشافعية وذهب بعض الحنفية والإمامية إلى أنه للقاضي أن يحبس الزّوج إذا امتنع عن التكفير والرجوع إلى ما ظاهر منه ويضيق عليه حتى يكفر أو يفيء أو يطلق عليه القاضي.⁽¹⁾

الرّأي الثاني: ذهب الإمام الشافعي وجمهور الحنفية إلى أنه إذا ظاهر الزّوج من امرته ثم تركها أكثر من أربعة أشهر فلا يُطبق عليه حكم الإيلاء ولا يوقف، فبهذا نجد أن سبب الخلاف بين الرأيين كما جاء في قول ابن رشد هو " مراعاة المعنى واعتبار الظّاهر فمن اعتبر الظّاهر قال لا يتدخلان ومن اعتبر المعنى قال يتدخلان إذا كان قصد الضرر." ⁽²⁾

2 - التّطليق للهجر في المضجع في القانون الجزائري:

(6) - رمضان علي، السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 320.
 (1) - شمس الدين محمد بن أبي بكر، ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد 2، ج 4، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د س ن، ص 163 .
 (2) - ابن رشد، المرجع السابق، ص 170. وأنظر، ابن قدامه، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص 337 .

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

- أ - هجر الزوج لزوجته من المبيت معها في فراش الزوجية : والإعراض عنها وعدم قربانها أو ترك فراش الزوجية وبنام في فراش آخر أو غرفة أخرى فلا يعتبرها زوجة له
- ب - أن يكون الهجر عمدياً : أما إذا كان الهجر لا بدّ منه كأن يكون الزوج مريضاً طريح الفراش أو كان بمستشفى من أجل العلاج أو بالخدمة العسكرية فلا يجوز للزوجة رفع دعوى التّطليق بناء على الهجر في المضجع، فلا بد من توفر نية الإضرار بالزوجة.
- ج - أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر وأن لا يقع أي اتصال بين الزوجين طيلة هذه المدة : وهو ما لا يقبله الشرع إذا "لا ضرر ولا ضرار" .
فإذا توفرت هذه الشروط جاز للزوجة طلب التّطليق للهجر في المضجع .

ثالثاً : التّطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة :

نصت المادة 53 من ق.أ.ج في فقرتها الرابعة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، وقد تم تعديل المادة 53 في فقرتها 04 وذلك بحذف العقوبة الشاننة في أسباب التّطليق وتعويضها بالجريمة التي فيها مساس بشرف الأسرة ومنه ليس كل الجرائم تؤدي إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية، فجريمة المشاجرة أو انعدام شهادة التّأمين والجروح الخطأ و نحوها فهذه الجرائم يعاقب عليها القانون، لكنها لا تمس بشرف الأسرة و لا تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، كما تراجع المشرع عن المدة التي كانت لأكثر من سنة، ومن ثم لا يشترط الحكم بحبس الزوج بل تكفي الإدانة النهائية كي تستطيع الزوجة طلب التّطليق من زوجها.⁽¹⁾

فقد يرتكب الزوج جريمة يعاقب عليها القانون فتتضرر الزوجة من ذلك، بل قد تجعل الحياة الزوجية بينهما متنافرة ومستحيلة وهو ما يتنافى ومقاصد التشريع مما يدفع بالزوجة إلى طلب التّطليق من زوجها. فما موقف الفقه والقانون من ذلك ؟

(1) - سميرة معاشي، أحكام التّطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة، مجلة المنتدى القانوني، العدد 06، بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، ص 207.

1. موقف الفقه الإسلامي :

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء تطرقوا إلى ذلك من خلال جواز تطليق الزوجة لحبس زوجها من عدمه، فمنهم من أباح تطليقها ومنهم من ذهب إلى خلاف ذلك فذهب الأحناف والشافعية إلى أنه لا يجوز تطليق الزوجة لحبس زوجها مهما طال مدة الحبس⁽¹⁾ لعدم وجود دليل شرعي على ذلك، أما المالكية والحنابلة فأنهم يقولون بالتطليق بين الزوجين لغياب الزوج ولكن المالكية صرحوا بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق لأن معيار ومناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته، سواء كان باختياره أو قهراً عنه كما في الأسير لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد، وهذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس، ولأن الزوج الذي حُكِمَ عليه نهائياً بسجنه وبعد مضي سنة فأكثر على تنفيذ الحكم ما يعادل الغياب لأكثر من سنة، فلا تختلف زوجة المحبوس عن حالة زوجة الغائب سنة فأكثر في أن زوجها بعيد عنها زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف⁽²⁾ وهو أمر صعب بالنظر إلى الطبيعة البشرية في الأعم الغالب من الحالات.

2 - موقف المشرع الجزائري :

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

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

ب- أن تكون الجريمة المعاقب عليها ممّا يمسُّ شرف الأسرة : والمقصود بذلك أن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج وصمة عارٍ على الأسرة، والملاحظ أن المصطلح في حد ذاته

" شرف الأسرة" واسع المدلول لكن بالرجوع إلى التقرير التكميلي لمشروع قانون الأسرة الجزائري⁽⁴⁾ فإنه يظهر قصد المشرع، حيث يقصد بذلك الأفعال التي تؤدي إلى زعزعة

(1) - محمد عزمي، البكري، المرجع السابق، ص 420.

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

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

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

الثقة بين الزوجين وبالتالي تُولّد النُفورَ بينهما، فالمعيار موضوعي ومرن وهذه المرونة تسمح للقاضي أن يدخل فيها ما يشاء من الأفعال ويُخرِجَ عن دائرتها ما يشاء .

وهذا المعيار الموضوعي يتكون من شرطين متى اجتمعا كان الفعل المعاقب عليه من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التّطليق وهما :

- **تعلق الفعل بالجرائم الأخلاقية و معيار الأخلاق واسع.**

أن تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة حيث تشعر الزوجة أنها مُست بعِمْق في كرامتها وحرمتها وقيمتها الاجتماعية بل تكون نقطة سوداء في جبين الأسرة والأقارب .

ج – أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمرا مستحيلا : حيث يتحول الحب بينهما إلى بغض وكرهية وتصبح الحياة الزوجية جحيما لا يُطاق

فمتى توفرت هذه الشُّروط أمكن للزوجة طلب التّطليق من زوجها لهذا السبب .

رابعاً : التّطليق لارتكاب فاحشة مُبيّنة :

نصَّ المُشرِّع الجزائري في الفقرة السابعة من المادة 53 ق.أ.ج على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق لارتكاب زوجها فاحشة مبيّنة، والواقع أن المصطلح المستعمل من قبل المُشرِّع يسوده الإبهام والغموض، فمن الصَّعب تحديد مفهوم الفاحشة بدقة ولكن يمكن حصرُ مفهومها من خلال المدلول اللُّغوي كما شاع الاستعمال فيه وجرى بها عرف اللسان العام وبالضبط كما استعمله القرآن الكريم فنقول عن الأمر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول، فيقال رجل فاحشٌ أي مُعْتَدٍ في القول أو يقال خسارة فاحشة أي كبيرة أو عُبن فاحش أي إذا جاوزت الزيادة ما يُعتادُ مثله ⁽¹⁾ وجاء في القرآن الكريم آيات عديدة تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك والأنظمة العامة إخلالا كبيرا مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىَٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ الإسراء 32، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبِينَةٍ﴾ الطلاق 01، وقال أيضا ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ النساء 22.

وهناك العديد من الآيات الأخرى التي ذكرت الفاحشة نجد منها الآيات 14,15,18,21,24 من سورة النساء، والفاحشة في حكم الفقه الإسلامي بمعناها الواسع يندرج تحت طياتها كل فعل من الكبائر كالشرك بالله وعصيان الوالدين وارتكاب

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

الزنا... الخ ، لكن المُشرِّع الجزائري لم يُفصح إذا كان قد أخذ بهذا المعنى غير أنه وبحكم الفقرة السابعة الواردة في المادة 53 من ق.أ.ج نعتقد أنَّ المُشرِّع كان يقصد من وراء ذلك جريمة " الزَّنا " ممَّا يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزَّوجة (1) وكذلك تناول أم الخبائث الخمر وكذا الشرك بالله والرِّدة أو الاعتداء على قاصرة وكل فعل مخل بالأداب بصفة خطيرة وجسيمة (2) وعليه إذا تبين للزَّوجة أن زوجها قد ارتكب فاحشة معينة وأصبحت الحياة الزوجية لا تطاق فأنه يجوز لها أن ترفع دعوة قضائية لتطلب الحكم بتطليقها من زوجها وعليها أن تقدم الأدلة والحجج لإثبات فعل الفاحشة، وتوقع القاضي بذلك حتى يحكم لها بما تريد طبقاً للفقرة 07 من المادة 53 ق.أ.ج، وارتكاب الزَّوج لفاحشة مبنية كسبب لطلب التَّطليق يكاد ينفرد بالنص عليه قانون الأسرة الجزائري دون سواه من قوانين البلاد العربية والإسلامية. (3)

وعلى ذلك فإن القاضي وحين ترفع إليه الزَّوجة طلب التَّطليق بناء على ارتكاب زوجها لفاحشة فأنه لا يجيها إلى طلبها إلا بعد أن يتأكد من أن الفعل المُرتكب فاحش انطلاقاً من سلطته التقديرية* وعليه فلا يجوز للزَّوجة أن تطلب التَّطليق إلا إذ تحقق الشرطان التاليان وهما:

1- أن يكون الفعل المُرتكب مخالفاً بالحياء والأداب العامة والمبادئ الإسلامية.

2- أن يكون هذا الفعل قد أرتكب من طرف الزَّوج.

خامساً : التَّطليق للشَّقاق المستمر بين الزَّوجين :

نصت الفقرة 08 من المادة 53 من ق.أ.ج على أنه يجوز للزَّوجة طلب التَّطليق في حالة الشَّقاق المُستمر بين الزَّوجين وهي حالة تمَّ إضافتها بموجب تعديل قانون الأسرة بواسطة الأمر 02/05 وذلك لانعدام أسباب الألفة ونفي المحبة والرحمة والسكينة بين الزَّوجين وهذا السبب هو وليد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، فجعل المُشرِّع الجزائري الشَّقاق المستمر بين الزَّوجين سبباً من أسباب طلب الزَّوجة للتطليق، وباستقراء المادة المذكورة نجد أن المُشرِّع الجزائري مَكَّن الزَّوجة من طلبها للتطليق للشَّقاق تحت عنوان وحيد وهو الضرر المُعتبر شرعاً ،ذلك أن عبارة كل ضرر مُعتبر شرعاً هي عبارة واسعة وشاملة، واستفحال الشَّقاق و استمراره بين الزَّوجين قد يكون محل تأسيس على

(1) - عبد العزيز، سعد، المرجع السابق، ص275.

(2) - العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص305.

(3) - عبد العزيز، سعد، المرجع السابق، ص275.

* - يستوجب على القاضي تقدير الفعل هل هو فاحشٌ أو غير فاحشٍ اعتماداً على عناصر أساسية هي : العقل السليم، نظرة الدين إلى الفعل، الإرادة الاجتماعية العامة.

الفقرة العاشرة من نفس المادة السالفة الذكر، وبذلك فإن موقف الفقه الإسلامي والقانون من التّطليق لشقاق المُستمر بين الزوجين هو الموقف ذاته من التّطليق لكل ضررٍ معتبرٍ شرعاً كما رأينا سابقاً وأشرنا إليه، وحتى لا ننع في الدّور فإنني وفي هذا الموضوع اقتصرت حديثي عن موقف القضاء من التّطليق للشقاق باعتباره وليداً للاجتهاد القضائي حتى تكتمل لنا صورة ذلك.

- التّطليق للشقاق في القضاء :

اشترط القضاء في الشقاق الموجب للتفريق شرطين أساسيين هما: " الاستمرارية وثبوت الضرر"، فقد جاء في المادة 53 في الفقرة 08 منها ما يفيد استمرار الشقاق وجاء في القرار الصادر في 1996/09/24 والذي كان مدعاة لوجود هذه الفقرة من المادة 53 ما يلي: " من المستقر عليه أنّ استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعاً ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافٍ للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ⁽¹⁾" و عليه يمكن القول بأنّ المُشرّع الجزائري قد تناول موضوع الشقاق المبرر لطلب التفريق، الذي جاء متأخراً بطريقة عرضية غامضة تدعو إلى الاختلاف حوله إلاّ أنّه يمكن الاستئناس بالاجتهاد القضائي الذي جاء به القرار المؤرخ في 1996/09/24 وكذا القرار المؤرخ في 1999/06/15 السابقين عن وجود هذه الفقرة من المادة 53 في تفسيرها ومعرفة شروطها المتمثلة أساساً في استمرار الشقاق واستفحاله وتضرر الزوجة منه.

حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1999/06/15 ما يلي: " من مستقر عليه قضاء أنّه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضرراً شرعياً، ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنّه لم يمتثل للقضاء لتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام، وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ⁽²⁾"

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 139353 بتاريخ 96/06/24، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1997، ص 66.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 224655 بتاريخ 99/06/15، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 129.

حيث يفهم من هذين القرارين أن الاجتهاد القضائي قد قيّد التّطليق للشقاق بقيدين أساسيين هما: الاستمرار الذي أصبح معه الحياة الزوجية مستحلية وكذلك الضرر بسبب الشقاق مع أنه لم يحدد معيار الضرر الناشئ بسبب الشقاق الموجب للتطليق وفي غياب ذلك يبقى أمر تحديده خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي و على الزوجة إثبات ذلك الضرر المعترف لقبول طلبها للتطليق.

سادساً : التّطليق للنشور :

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

والنشور في اللغة: هو الارتفاع مأخوذ من النشز وهو ما ارتفع عن الأرض وعلأ وجاء في لسان العرب النشز و النشز (بإسكان الشين وفتحها) المنن المرتفع من الأرض.⁽¹⁾ قال تعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ انشُرُوا فَانشُرُوا﴾ المجادلة 11، أي أنهضوا للقتال.⁽²⁾ والنشور هو جُحودُ الزّوجية بغير سبب شرعي.⁽³⁾ - فإذا تأذت الزّوجة من نشور زوجها منها فهل يحق لها طلب التّطليق وما موقف الفقه والقانون من ذلك؟

1. موقف الفقه الإسلامي :

ذهب الأحناف إلى أنه ليس للمرأة طلب التفريق، بل أن القاضي لا يستجيب لطلبها إنّما لها أن تطلب تعزيز زوجها، ويقوم القاضي بنهي الزوج ويطلب منه حسن المعاشرة وإن عاد إلى الإضرار بها عزره القاضي بما يراه زجراً له وهو ما ذهب إليه الشافعية⁽⁴⁾

أمّا المالكية فيقولون أنّ للمرأة الحقّ في رفع أمرها إلى القاضي، إذا كان الزوج يضرها فإن طلبت زجر الزوج وعظّمه القاضي، فإن عادت ثانية لتخبر القاضي بأنّ الزوج لم يتوقف عن إيذائها واستمر الحال على ما هو عليه، بعث القاضي إليهما بحكمين بغرض الإصلاح فإن تعذر ذلك طلق الزوج بغير عوض.⁽⁵⁾

2. موقف القانون الجزائري :

(1)- جمال الدين، ابن منظور، المرجع السابق، ص425.
(2)- عماد الدين أبو الفداء إسماعيل، ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، المجلد 04، دط ، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقام للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د س ن، ص 414.
(3)- محمد، أبو زهرة، المرجع السابق، ص277.
(4)- بدران أبو العينين، بدران، المرجع السابق، ص444.
(5)- بدران أبو العينين، بدران، المرجع نفسه، ص 445.

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

أ- أن يصدر حكم قضائي نهائي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية وأن يتم تبليغها به.
ب- أن يسعى الزوج لتنفيذ الحكم وتمتنع الزوجة عن ذلك.

ج- أن يتم تحرير محضر امتناع عن الرجوع لمحل الزوجية من طرف المحضر القضائي يبين فيه عدم وجود الزوجة في منزل الزوجية وأن يرافقه الزوج في ذلك فحضوره ضروري أثناء انتقال المحضر القضائي لمحل الزوجية. (1) ثم يلجأ الزوج للقضاء لطلب الطلاق لنشوز الزوجة وهذا ما قرره المحكمة العليا في إحدى مبادئها: "إن الإنذار القانوني المنصوص عليه في المادة 102 من قانون الإجراءات المدنية هو غير الإنذار الموجه للزوجة للعودة إلى البيت الزوجي الذي يترتب عليه استئناف الحياة الزوجية ويجب أن يُنفذ الإنذار من طرف المنفذ مصحوباً بالزوج الذي يلتزم بإرجاع الزوجة إلى المسكن المنفرد في حالة امتناع الزوجة عن الرجوع يحكم عليها بنشوز" (2) هذا بالنسبة لنشوز الزوجة.

(1) - فتية سويسية، النشوز في ظل أحكام الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة 12، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2003-2004، ص 15-16.
(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف 235357 بتاريخ 2000/02/23 المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2002، ص 129.

أما بالنسبة لنشوز الزوج فإن المعمول به في المحاكم من الناحية الواقعية (3) نجد أن القضاة بعد إجراء محاولة الصلح وتحريير محضر عدم الصلح وبعد التحقق ومناقشة طلبات ودفع كل من الطرفين، يحكم القاضي بالتطليق لنشوز الزوج إذ صدر حكم نهائي برجوع الزوجة لمحل الزوجة ولم يسع الزوج لتنفيذ الحكم أي لم يسعى لإرجاعها، عندئذ يجوز لها طلب التطليق لنشوز الزوج على أن تثبت ذلك للقاضي حتى يحكم لها بتطليق.

المطلب الثالث:

السُّلطة التَّقديرية للقاضي للحكم بالتطليق:

إنَّ سُلطة القاضي التَّقديرية للحكم في طلب التَّطليق تكون أحياناً مقيدة وذلك إذا قامت الزَّوجة بإثبات السبب المؤدي للتَّطليق حسب الحالات الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، ومن ثمَّ يصبح من واجب القاضي الحكم لها بالتَّطليق مباشرة، غير أنَّه أحياناً تصبح سلطته التَّقديرية واسعة ومطلقة، ومن ثمَّ قد لا يستجيب إلى طلب الزَّوجة الرامي لطلب التَّطليق، وهذا ما سأحاول تبيانه في الفرعين المواليين أتحدث في الفرع الأول عن أسباب التَّطليق التي تجعل سلطة القاضي التَّقديرية مقيدة لأتحدث في الفرع الثاني عن الأسباب التي تجعل سلطة القاضي التَّقديرية مطلقة مع الإشارة إلى أهم الاجتهادات القضائية في ذلك.

الفرع الأول: أسباب التَّطليق التي تجعل سُلطة القاضي التَّقديرية مقيدة :

بعد دراستنا لأسباب التَّطليق طبقاً للمادة 53 من قانون الأسرة، نجد بأنَّ هناك أسباب إذا ما توفرت فيها الشروط اللازمه لقيامها يكون القاضي على إثرها ملزم قانوناً أن يحكم بتطليق الزَّوجة تحقيقاً للعدل وتطبيقاً للقانون، وبالتالي تصبح سلطته التَّقديرية في هذه الحالات مقيدة نوعاً ما بقيام هذه الشروط، وتتمثل هذه الأسباب في التَّطليق لعدم الإنفاق والعيوب وللحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة والتَّطليق لغياب الزوج بعد سنة والتَّطليق للفاحشة المبينة، وسنحاول التطرق إلى كل سبب على حدا مع ذكر الاجتهادات والأحكام القضائية التي صدرت في شأنها وذلك بنوع من الإيجاز. فإذا رفعت الزَّوجة دعوى أمام القضاء تطلب التَّطليق استناداً لسبب عدم إنفاق زوجها عليها وعلى أولادها، وجب عليها إثبات ذلك بموجب حكم قضائي يقضي بوجوب الإنفاق وأنَّ يُبلَّغ هذا الحكم إلى الزوج ويمتنع هذا الأخير عن الإنفاق، وعندئذ يصبح من حق الزَّوجة الحصول على التَّطليق ومن واجب القاضي الحكم لها بذلك ولقد جاء في قرار

(3) - فتحة سويس، المرجع السابق، ص 19.

المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/11/19 ما يلي: " متى كان من المقرر فقها وقانونا في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التّطليق من زوجها وإذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزئيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابيا بسنة نافذة فان قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلقة بالتّطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ".⁽¹⁾

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 1987/01/26 ما يلي: " من المقرر فقها وقانون أنه يجوز طلب التّطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أوفي حالة عدم الإنفاق ومن ثمّ النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة غير صحيح ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين وثبتت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طُبق القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".⁽²⁾

أمّا فيما يخص التّطليق للعيوب فقد أوجب القانون على الزوجة إثبات العيب الجنسي أو الجسمي الموجود لدى زوجها، وذلك بموجب خبرة أو شهادات طبية ومتى ثبت ذلك بعد فوات المهلة الممنوحة للزوج شرعاً وقانوناً للعلاج دون أية نتيجة فلا يتبقى للقاضي سوى الحكم بالتّطليق، ولقد جاء قرار من المحكمة العليا بهذا الصدد بتاريخ 1984/05/14 نص على ما يلي: " من مقرر شرعاً أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها فأنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم غير أنهم لما قضوا بالتّطليق اعتماداً على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه فغضبهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون".⁽³⁾

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 1992/12/22 مايلي: " من مقرر قانوناً وقضائاً أنه يجوز للزوجة طلب التّطليق استناداً إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج كتكوين أسرة وتربية الأبناء ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي

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

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

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

بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استناداً لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عدم الزوج فأنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية. " (3)

ومن أسباب التّطليق التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مقيدة، هي التّطليق لغياب الزوج بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة طبقاً للفقرة الخامسة من المادة 53 ق.أ.ج وكذا التّطليق لارتكاب الزوج لجريمة تمسُّ بشرف الأسرة وتستحيل معها موصلة الحياة الزوجية طبقاً للفقرة السابعة من المادة ذاتها وما على الزوجة إلا إثبات غياب زوجها وتضررها، وكذا الحكم الذي يدين زوجها لارتكابه هذا الفعل، وما على القاضي سوى الاستجابة لطلبها تحقيقاً للعدل والقانون.

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

من الأسباب التي تجعل ممارسة القاضي لسلطته التقديرية مطلقة وواسعة، نجد الهجر في المضجع والضرر المعتبر شرعاً أو الشقاق المستمر بين الزوجين، وذلك راجع لصعوبة إثباتها من قبل الزوجة مما يؤدي بالقاضي في كثير من الأحيان إلى رفض طلب التّطليق لعدم إثبات السبب المستند عليه، فأجاز المشرع للزوجة طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 53 ق.أ.ج اللجوء إلى القضاء لطلب التّطليق بسبب هجرة زوجها لها في المضجع لمدة تفوق الأربعة أشهر، بشرط أن تثبت ما تدعيه لكي يتوصل القاضي لاقتناعه لكن إثبات الهجر أمر عسير على الزوجة ممّا يحضُّ طلبها بالفرض لعدم إثبات السبب المستند إليه خاصة إذا ما أنكره الزوج.

أمّا بالنسبة لتطليق لكل ضررٍ معتبرٍ شرعاً والذي نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 53 فقد وردت العبارة عامة وشاملة، وهذا ما يجعل السلطة التقديرية للقاضي واسعة ومطلقة، ويشترط القانون على الزوجة عندما تقدم طلبها بالتّطليق للضرر أن تثبت ذلك الضرر الواقع عليها بكافة الطرق القانونية الممكنة، حتى يتسنى للقاضي الحكم لها بالتّطليق، وقد صدر قرار في هذا الشأن بتاريخ 1989/01/02 قضى بما يلي: " من مقرر شرعاً وقانوناً أنّ تقديم الشّهادات الطّبية وحدها لإثبات الضّرر في التّطليق لا يعمل بها باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فعل الضرب وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية والقانونية، ولما كان من الثّابت في قضية الحال أنّ قضاة الاستئناف الذين ألغوا الحكم المستأنف لديهم ومن جديد حكموا بالطلاق بطلب من الزوجة بناء على تقديم الشّهادات الطّبية وحدها دون وجود

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

أي سبب تُطَلَّقُ به الزوجة على زوجها فأنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية والقانونية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار دون إحالة. (1)

ومن الأسباب التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مطلقة، التّطليق للشقاق المستمر بين الزوجين طبقاً للفقرة الثامنة من المادة 53 ق.أ.ج حيث قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 1996/06/24 في هذا الشأن بما يلي: " من مستقر عليه أنّ استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعاً ولمّا كان من الثابت في قضية الحال أنّ المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة ممّا نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب، وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإنّ القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافٍ للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون. " (2)

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

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

المبحث الثاني :

انحلال الرابطة الزوجية بالخلع :

الأصل في عقد الزواج أنه للتأبيد والاستمرار، ومن ثمَّ كان التَّأقيت فيه مفسدًا له فتكون العلاقة الزوجية ممتدة بين الزوجين إلى وفاة أحدهما أو كليهما، غير أنَّ الإسلام وهو دين الفطرة والحياة يعالج المشكلات الإنسانية من منظور واقعي، ويراعي ما قد يعترى الإنسان من تقلبات نفسية ومعنوية، وقدَّر ما قد يَجِدُ بين الزوجين من مشكلات لا يمكن للحياة الزوجية أن تستمر معها، ومن هنا لم يكن أصل التأبيد في عقد الزواج مناعاً دون انتهاء هذا العقد إذا حالت موانع دون بقاءه على الوجه الذي يُحقق رسالة الزواج .

وانتهاء عقد الزواج أو الفرقة بين الزوجين في الفقه الإسلامي قد تكون بالإرادة المنفردة للزوج «الطلاق»، وقد تكون باتفاق الطرفين، وقد تكون بحكم القاضي، بالتطليق لضرر قد يلحق الزوجة وفق ما ورد في نص المادة 53 من قانون الأسرة وقد يكون من خلال «الخلع» الذي نصت عليه المادة 54 من نفس القانون - فما مفهوم الخلع؟- وما هو الموقف الفقهي والقانوني من أحكامه؟ - وكيف تكون السُّلطة التقديرية في الحكم به ؟

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

- المطلب الأول: مفهوم الخلع؟

-المطلب الثاني: الموقف الفقهي والقانوني من أحكام الخلع؟

- المطلب الثالث: السُّلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالخلع؟

المطلب الأول:

مفهوم الخلع :

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

الفرع الأول: تعريف الخلع؟

الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع وحكمته؟

الفرع الثالث: طبيعة الخلع؟

الفرع الأول : تعريف الخلع :

1. **التعريف اللغوي للخلع :** هو التَّجْرِيْدُ والإِزَالَةُ، وَخَلَعَ الشَّيْءَ يَخْلَعُهُ خُلْعًا، وَاخْتَلَعَهُ أَي نَزَعَهُ، وَخَلَعَ النَّعْلَ وَالثَّوْبَ وَالرِّدَاءَ يَخْلَعُهُ خُلْعًا بِمَعْنَى جَرَدَهُ، وَأَخْلَعَ الرَّجُلُ مِنْ مَالِهِ صَدَقَةً أَي أَخْرَجَ مِنْهُ جَمِيعَهُ وَتَصَدَّقَ بِهِ وَتَعَرَى مِنْهُ كَمَا يُعَرَى الْإِنْسَانُ إِذْ خَلَعَ ثَوْبَهُ. وَخَلَعَ امْرَأَتَهُ خُلْعًا بِالضَّمِّ وَخُلَاعًا فَاخْتَلَعَتْ، وَخَالَعْتُهُ أزالها من نفسه على بَدَلٍ مِنْهَا لَه فِهِي خَالَعٌ وَ مُخْلَعَةٌ. (1)

جاء في النهاية لابن الأثير: يقال خالَع امرأته خُلْعًا وَخَالَعَهَا مُخَالَعَةً، وَاخْتَلَعَتْ هِيَ مِنْهُ فِهِي خَالَعٌ وَأَصْلُهُ مِنْ خَلَعَ الثَّوْبَ، وَالخُلْعُ أَنْ يُطْلَقَ الزَّوْجَ زَوْجَتَهُ عَلَى عَوْضٍ تَبْدَلُهُ لَه (2)، كَمَا عُرِّفَ الخَلْعُ لُغَةً: بِأَنَّهُ النَّزْعُ أَي خَلَعَ الثَّوْبَ وَنَعَلَهُ، وَمِنْهُ خَالَعَتْ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا إِذَا افْتَدَتْ مِنْهُ بِمَالٍ، وَخَالَعَهَا وَتَخَلَعَا صَبَغَ مِنْهَا الْمُخَالَعَةَ. (3)

2. **التعريف الاصطلاحي للخلع:** يُعَرَّفُ الخَلْعُ اصطلاحاً: بِأَنَّهُ إِزَالَةُ مَلِكِ النِّكَاحِ (4) بِعَوْضٍ (5) وَبِأَلْفَاظٍ مَخْصُوصَةٍ (6)، وَهُوَ أَيْضًا إِنْهَاءُ الْعِلَاقَةِ الزَّوْجِيَّةِ بِتَرَاضِي الزَّوْجِيْنِ

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

(2) - مجد الدين أبي السعادات المبارك الجزري، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج 02، دط، دار حياء التراث العربي، بيروت، د س ن، ص 65.

(3) - ابن الهمام، شرح فتح القدير، تعليق عبد الرزاق غالب المهدي، ط1، دارا لكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص 510.

(4) - عبد الغني الدمشقي الميداني، الغنيمي، الباب شرح الكتاب، ج 01، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د س ن، ص 245.

(5) - أبي البركات أحمد، الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي، ج 03، دط، المكتبة التجارية، بيروت، د س ن، ص 347.

(6) - علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان، المرادوي، الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، ج 03، دط، طبع بمطبعة السنّة المحمدية، غزة، 1374هـ، 1995م، ص 382.

مقابل مال تدفعها الزوجة لزوجها، كما يقال أنّ الخلع فرقة على عوض، راجع إلى الزوج.⁽¹⁾

3. التعريف الشرعي للخلع: الخلع الذي أباحه الإسلام مأخوذ من خلع الثوب إذ أزاله لأنّ المرأة لباسٌ للرجل والرجل لباسٌ لها، وفي معرض هذا قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾ البقرة 187، كما أنّ للفقهاء رحمة الله عليهم تعريفات كثيرة للخلع سأعرض لكل منها بالتفصيل الموجز:

أ- تعريف الحنفية: عرّف الحنفية الخلع بأنّه: «إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه.»⁽²⁾

وعرفه عثمان بن علي الزيلعي الحنفي بأنّه: «أخذ المال بإزالة ملك النكاح بلفظ الخلع.»⁽³⁾ فقولهم "إزالة ملك النكاح" خرج به أمور ثلاثة :

- إذا خالعتها في العدة بعد إبانيتها فإنّ الخلع لا يصح، وذلك لأنّ ملك النكاح قد زال بإبانيتها. فلو خالعتها بمالٍ ثمّ خالعتها في العدة بمالٍ آخر فإنّ الخلع لا يصح.
- المرتدة إذ خالعتها زوجها فإنّ الخلع لا يصح، لأنّ الردّة إزالة ملك النكاح والخلع هو إزالة الملك فلم يتحقق معناه.
- النكاح الفاسد، فإذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها، فإنّ المهر يتقرر لها بالوطء، فإن خالعتها على مهرها فإنّ الخلع لا يصح.

ب- تعريف المالكية: عرف المالكية الخلع بأنّه "الطلاق بعوض"⁽⁴⁾، فقيل أنّه طلاق بعوض ولو من غير الزوجة، أو بلفظ الخلع، فقولهم "الطلاق" شمل الطلاق بأنواعه وهو الصريح والكناية الظاهرة أو أي لفظ آخر كان بنية الطلاق. وعرفه ابن رشد بأنّه: "بذل المرأة العوض على طلاقها."⁽⁵⁾ وعرفه وابن عرفة بأنّه: "معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض."⁽⁶⁾

(1)- تقي الدين أبو بكر بن محمد، الشافعي، كفاية الأختار في حلّ غاية الاختصار، ج 03، دط، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، د س ن، ص 146.

(2)- عبد الغني دمشقي الميداني، الغنيمي، المرجع السابق، ص 245.

(3)- عثمان بن علي الحنفي، الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 1، ط 02، دار المعرفة للنشر، بيروت، د س ن، ص 267.

(4)- أبي البركات أحمد، الدردير، المرجع السابق، ص 347.

(5)- ابن رشد، ج 02، المرجع السابق، ص 66.

(6)- الرّصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، ط 01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993، ص 275.

ج- **تعريف الشافعية:** عرف الشافعية الخلع كما عرفه المالكية وليس عندهم فرق بين الخلع والطلاق على مال فهما شيء واحد، وغالبًا لا يكون الخلع عندهم بدون عوض، كما أنه لا يختص بلفظ معين، كما يقع بصريح الطلاق والكناية المقترنة بالنية، فعرفه الشافعية بأنه: "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع"، أو هو "اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض".⁽¹⁾

د- **تعريف الحنابلة:** يرى الحنابلة بأن الخلع هو: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة فالخلع عندهم لا بد أن يكون نظير عوض".⁽²⁾

هـ - **تعريف الظاهرية:** عرفه الظاهرية بأنه: "الاقتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهها حقها".⁽³⁾

ويلاحظ من هذه التعريفات السابقة اتفاق كل من التعريف اللغوي والتعريف الفقهي في بيان مقصود الخلع، وكونه فرقة بطلب المرأة مقابل عوض تلتزمه لزوجها، لتحصيل طلاقها وبذلك تملك أمر نفسها .

4. **التعريف القانوني للخلع:** لم يُعطِ التشريع تعريفًا محددًا للخلع وإنما اقتصر على كيفية تحقيقه من خلال ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 في المادة 54 منه على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم." وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أنها تكاد تكون مجتمعة في معنى واحد ومتفقة على أن الخلع من قبل الزوجة هو معاوضة تدفعها الزوجة لزوجها مقابل مفارقتها له "⁽⁴⁾

الفرع الثاني : دليل مشروعية الخلع وحكمته :

أولاً: **دليل مشروعية الخلع:** ثبتت مشروعية الخلع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول

1. **من الكتاب:** قال تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حَفِظْتُمَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ

(1) - محمد الخطيب، الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 03، دط، المكتبة التجارية، بيروت، د س ن، ص 347.

(2) - ابن قدامه، المغني، المرجع السابق، ص 58.

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

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

تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿البقرة 229﴾، ووجه الدلالة من الآية أنها تفيد نهى الله عز وجل، للأزواج عن أخذ ما دفعوه لزوجاتهن كصداق بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾ ﴿البقرة 229﴾. إلا أن الشارع الحكيم خصَّ هذا النهي العام بضابط هو نشوز الزوجة وإظهارها للبغضاء لزوجها حتى يُخاف عليها ترك طاعة الله فيما فرض عليها من حق له، بأن تستعصي عليه غير ممتثلة لأوامره وتسيء صحبته وتتفر منه ومن عشرته، فاتفقا على الفراق مقابل ردِّ ما أصدقها الزوج، ولا حرج على المرأة أن تفتدي نفسها ولا حرج على الزوج في أخذ ما افتدت به نفسها مقابل تحصيل رغبتها بطلب الفرقة (1). وجاء في تفسير الطبري أن الآية الكريمة ذكرت الطلاق الذي بيد الرجل وهو حق من حقوقه وله أن يستعمله في حدود ما شرع الله، فإن كانت الكراهية من جهة المرأة فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من الزوجية بالخلع، بأن تعطي الزوج ما كانت أخذته منه باسم الزوجية وله أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها (2).

2. **السنة النبوية:** حيث وردت عدة أحاديث تشير إلى تطبيق الخلع منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم منها ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما: " أن امرأة ثابت بنت قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقه." (3) ووجه الدلالة في هذا الحديث أن الأمر الوارد في قوله صلى الله عليه وسلم: " اقبل الحديقة وطلقها تطليقه " يدل على جواز الخلع، ومن ثم مشروعيته إذا كرهت المرأة زوجها، الأمر المفضي إلى كفران العشيرة وعدم القيام بحق الله فيه، ويعد هذا أول خلع وقع في الإسلام. (4)

3. **الإجماع:** انعقد إجماع الصحابة على مشروعية الخلع وجوازه، وعلى ذلك علماء الأمة الإسلامية إذ توافرت شروطه الشرعية. (5) قال القرطبي وعليه جمهور الفقهاء قال مالك لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المُجمَع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يَصْرُ بالمرأة ولم يسيء إليها ولم تأت من قبله وأحبت فراقه، فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس. (6)

(1) - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج01، المرجع السابق، ص 364-367.
(2) - محمد جرير، الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، تحقيق محمود شاكر، ج 08، دط، دار المعارف، مصر، د س ن، ص، 110-112.
(3) - البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، ج 03، حديث رقم: 5273، المرجع السابق، ص 406.
(4) - محمد خطيب، الشريبي، المرجع السابق، ص 347.
(5) - ابن رشد، بداية المجتهد، ج02، المرجع السابق، ص 66.
(6) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006، ص 77-78.

4. **المعقول:** إن الأصل في الطلاق أن يكون بيد الرجل، وقد ترغب المرأة بالخلاص من الزوج لسبب أو لآخر وهي لا تملك حق الطلاق فتتفق مع زوجها على مقدار من مال تدفعه له مقابل طلاقه لها، فإن رضي بذلك كانت المخالعة بينهما افتداء لها من حياة لا ترغب فيها وتخاف ألا تقيم حدود الله فنزُد للزوج ما قدمه لها من أموال⁽¹⁾، وإذا كان من حق المرأة أن تهب مهرها لزوجها من غير فائدة تعود عليها، جاز لها بالأولى أن تعطيه الفداء لتملك به نفسها .

ثانياً : الحكمة من الخلع :

الحياة الزوجية أساسها الرحمة وحسن المعاشرة والطمأنينة والسكن وقيام كل من الزوجين بواجبه تجاه الآخر، ولكن قد يحدث كره الرجل لزوجته أو كره المرأة لزوجها، مما يؤدي إلى وقوع خلافات بين الزوجين فيزول مقصود الزواج الحقيقي من المودة والسكينة المنشودة إلى الشقاق والتنافر وبغض الرجل لامرأته أو بغضها له أو الاثنين معاً، وهنا يوصي الإسلام بالصبر والاحتمال و ينصح بعلاج ما عسى أن يكون من أسباب الكراهية لقوله عز وجل : ﴿وَاعِشْرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ النساء 19. فإذا اشتد الخصام وعسر العلاج ونفذ الصبر وأصبحت الحياة الزوجية غير محتملة، حينئذ رخص الإسلام بالحل الذي لا بد منه وهو طلب الزوجة الافتداء لنفسها لرفع الضرر عنها وتمكينها من الخلاص من الرابطة الزوجية عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج، فعليها أن تدفع لزوجها مالا لتتخلص مادام النفور من جهتها ولأن الزوج تجب عليه التكاليف المالية من مهر ونفقة وإعداد منزل، وبذل الخلع من الزوجة يقوم مقابل هذه النفقات.⁽²⁾

الفرع الثالث : طبيعة الخلع :

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

(1) - محمد، الرابعة، المخالعة بين الزوجين، دط ، عالم الكتاب الحديث، إربد، الأردن، د س ن، ص 17.
(2) - أحمد، الغدور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، بحث مقارن، ط 01، دار المعارف، مصر، 1378هـ - 1967م، ص 262.

1. طبيعة الخلع في الفقه الإسلامي :

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

أ - **القائلين بالفسخ** : ذهب إلى ذلك كل من ابن عباس رضي الله عنه، و به قال طاووس وعكرمة وذهب إلى ذلك الحنابلة (1) وهو قول للشافعية (2) أن الخلع فسخ وليس طلاقا واستدلوا لرأيهم من القرآن الكريم بقوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ سَفِيحًا إِلَّا أَنْ يُخَافَاَ إِلَّا يَأْتِيَا حَدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِوَدْعٍ﴾ إلى قوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ البقرة 230/229. ووجه الاستدلال هنا أن الله تعالى عند ما ذَكَرَ الطَّلَاقَ ذكره مرتين ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ﴾ البقرة 229. ثم ذكر بعده الافتداء "الخلع" بقوله عز وجل ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِوَدْعٍ﴾ ثم ذكر الطلقة الثالثة ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ فلو كان الخلع طلاقا لكان عدد الطلقات هنا حسب ما ورد في الآيات الكريمة أربعاً وهذا طبعا غير صحيح لأن الطَّلَاقَ مرتان تحل بعدها المرأة لزوجها، أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج زوجا آخر، فان هو دخل بها دخولا شرعيا ثم طلقها فأنها تحل لزوجها الأول، فهذا دليلهم من القرآن و اعتبروه كاف على أن الخلع فسخ وليس طلاق.

ب - **القائلين بالطَّلَاق** : ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء ومنهم الأحناف والمالكية ورأي عند الشافعية أن الخلع يقع به طلاق بائن متى توفرت في الخلع شروطه، ووقع الطَّلَاقَ البائن يكون بمجرد صدور صيغة الخلع ورضا الزوجين دون حاجة إلى قضاء القاضي، بمعنى أن الطَّلَاقَ البائن يقع بالخلع كأثر له بحكم الشرع. (3) واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي: قوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِوَدْعٍ﴾ البقرة 229 ووجه الدلالة أن المرأة تفتدي نفسها من عصمة الرجل وسلطانه لأن الزوج ملك البذل عليها فتصير هي بمقابلته أملك لنفسها، ولأن غرضها من دفع البذل هو التخلص من الزوج، وهذا لا يحصل إلا بوقوع الطَّلَاقَ البائن (4). واستدلوا أيضا من السنة ما جاء في حديث البخاري عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم: " أمر ثابت بن قيس أن يقبل الحديقة ويطلقها تطليقه ".

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

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

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

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

ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بطلاقها مقابل إرجاع الحديقة بلفظ الطلاق صراحة.⁽¹⁾

2. طبيعة الخلع في التشريع والقضاء الجزائري :

أتحدث أولاً عن موقف المشرع الجزائري في ذلك وبعدها أتعرض لموقف القضاء الجزائري أيضاً .

أ - موقف المشرع الجزائري :

لم يتطرق المشرع الجزائري في نص المادة 54 من ق.أ.ج المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 إلى طبيعة الفرقة الحاصلة بين زوجين عن طريق الخلع، عكس القوانين العربية التي اعتبرته طلاق بائن كالقانون المغربي الذي نص من خلال المادة 67 من القانون الأسرة المغربي: " كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي إلا المكمل لثلاث و الطلاق قبل الدخول و الخلع المملك " و كذا القانون العراقي الذي نص من خلال المادة 278 قانون الأحوال الشخصية العراقي: " يقع بالخلع طلاق بائن سواء كان بمال أو بغير مال و تصح فيه نية الثلاث و لا يتوقف على القضاء " بالإضافة إلى القانون المصري الذي نص هو الآخر في المادة 20 قانون الأحوال الشخصية المصري " للزوجين أن يتراضيا بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه و أقامت الزوجة دعواها بطلبه و افتدت نفسها و خالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية و ردت عليه الصداق الذي أعطاها لها حكمت المحكمة بتطبيقها. " و لما كان الخلع افتداء بمال من الزوجة إلى الزوج، كان حكمه كالطلاق على مال، فقد اعتبر المالكية أن الطلاق بعوض هو طلاق بائن فلا يمكن أن تكون المرأة قد افتدت نفسها بالمال، إلا إذا كان الطلاق بائناً لا يملك المطلق معه مراجعتها في العدة بغير رضاها .

وبما أن قانون الأسرة مُستنبط من الشريعة الإسلامية و أن المذهب السائد في الجزائر هو المذهب المالكي فإن قانون الأسرة الجزائري في التعديل الأخير إعتبر الفرقة عن طريق الخلع طلاقاً بائناً، خصوصاً بعد أن حوله إلى حق خالص للزوجة بموجب التعديل الأخير 02/05 يمكنها أن تستعمله متى قدرت ذلك دون موافقة الزوج فلا يمكن أن نعتبره حقاً محضاً للزوجة ثم يكون رجعياً.⁽²⁾

(1) - عامر سعيد، الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، 1997، ص 224-227.
(2) - سليم سعدي، المرجع السابق، ص 45.

ب - موقف القضاء الجزائري :

في القضاء الجزائري الطلاق قد يكون رجعيًا وقد يكون بائنًا و قد جاء قرار عن المحكمة العليا مؤرخ في 10/02/1986 نص على ما يلي : " من المتفق عليه فقهاً و قضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي و أن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب طلاق أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه كذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها طبقاً للأحكام و مبادئ الشريعة الإسلامية لذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً و عليه فالطلاق بالخلع يعد طلاقاً بائناً. " (1)

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

المطلب الثاني :

الموقف الفقهي و القانوني من أحكام الخلع :

سبق و أن بيّنا أنه إذا كانت حكمة الشريعة الإسلامية قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج، فإن عدالتها و إنصافها لم يهمل دور الزوجة في فك الرابطة الزوجية إذا استحالت عليها مواصلة العشرة الزوجية مع زوجها، و ذلك بطريقتين، إمّا عن طريق التّطليق متى كان مؤسساً على سبب جدي طبقاً لنص المادة 53 ق.أ.ج كما سبق بيانه و إمّا عن طريق الخلع الذي سأحاول في هذا المطلب بيان أحكامه و ذلك في الفرعين التاليين، نتحدث في الفرع الأول : عن أحكام الخلع من ناحية الموضوعية ، انطلاقاً من نص المادة 54 من نفس القانون و التي جاء فيها " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. " و أتحدث في الفرع الثاني: عن أحكام الخلع من الناحية الإجرائية بما في ذلك أحكام التّطليق من الناحية الإجرائية أيضاً، وفقاً لما نصت عليه المادة 57 من القانون السابق الذكر حيث جاء فيها : " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التّطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف. "

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39463، بتاريخ 10/02/1986، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1989، ص76.

الفرع الأول : أحكام الخلع من الناحية الموضوعية :

أولاً : الخلع بين الرخصة و الحقّ الأصيل للزوجة :

حدد قانون الأسرة الجزائري صور فك الرابطة الزوجية من خلال نص المادة 48 منه والتي أكدت على أن الطلاق "حل عقد الزواج بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين أو في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من القانون نفسه." وهما المادتان اللتان تتحدثان عن التّطليق بتّظليم الزوج في حدود الحالات المستوجبة و المذكورة حصراً في المادة 53 و كذا المادة 54 و المتمثلة في الخلع .

ثمّ إنّ تعدد الصور الدالة على فك الرابطة الزوجية طرح إشكالية هامة، تمثلت في أحقية الزوجة في الانفصال عن زوجها بإرادتها من عدمه، فإذا كان التّطليق واضحاً بالنسبة للصور الأخرى فإن الغموض كان السيد في المادة 54 قبل التعديل الأخير، لكونها لم تحسّم إن كان الخلع حقاً للزوجة يمكنها استعماله في أي وقت شاءت، أم يخضع لقبول الزوج ورضاه، فالأمر لم يكن مُستتبّاً في القانون الجزائري، والرأي مختلف فيه عند الفقهاء و القضاة وبغية بيان ذلك ارتأيت التطرق إلى موقف فقهاء الشريعة و بعد ذلك أتبين موقف القانون لأعرّج على رأي الاجتهاد القضائي في الأخير .

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

أ- **الرأي الأول :** وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة و الظاهرية أنّه يستحب للزوج تلبية طلب زوجته للخلع، و من ثمّ فأنه للزوج رفض طلب زوجته و لا يُجبر عليه و إلاّ صار واجباً، الأمر الذي يترتب عليه انتفاء إرادة الزوجة في إيقاع الفرقة بالخلع دون رضا الزوج ، قال البهوتي : " وتُسّ إجابتها أي الزوجة إذا سألته الخلع على عوض"⁽¹⁾ . وجاء في المحلى : " فلها أن تفتدي منه و يُطلّقها إن رضي هو، وإلاّ لم يجبر هو."⁽²⁾ و بذلك فهو عقد رضائي بين الزوجين .

ب - **الرأي الثاني :** ذهب المالكية إلى القول بوجود استجابة الزوج لرغبة امرأته في طلب الخلع، ومن ثمّ فللمرأة الإرادة المنفردة في الحصول على الطلاق بالخلع بإجبار الزوج عليه لوجوبه.⁽³⁾ قال ابن رشد: " و الفقه أنّ الفداء إنّما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فأنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرّك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة

(1) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج 05، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000، ص 336.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج 10، المرجع السابق، ص 336.

(3) - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02، ص 68.

إذا فَرَكْتَ الرَّجُلَ. " * واستدلوا على ذلك بأن الأمر في الحديث " اقبل الحديقة و طلقها تطبيقه " يُفيدُ وجوب تلبية الرَّجُلِ لرغبة زوجته في طلب الخلع لبقاء وعدم انصراف الأمر عن أصله في إفادة الوجوب، كما قاسوا إرادة المرأة في تحصيل الطلاق خُلْعًا على عوض وإرادة الرجل في إيقاع الطلاق بها متى شاء دون اعتبار لرضاها بجامع مشترك وهو الكراهية الداعية إلى الفرقة و عدم الرغبة في استمرار الزوجية. (1) وبذلك فالخلع هو حق شخصي و حق أصيل للزوجة .

2- موقف القانون الجزائري : سأطرق في هذا الصدد إلى بيان موقف المُشرِّع قبل التعديل ثم أتطرق بعدها إلى موقفه بعد التعديل.

أ- موقف المُشرِّع قبل التعديل :

نصت المادة 54 من ق.أ.ج في ظلّ القانون السابق 11/84 قبل التعديل على أنه : "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم." فهذه المادة لم تخلو من الغموض و الإبهام، ومن الوهلة الأولى نستشف أن المُشرِّع الجزائري لم يحسم الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج، فالمادة تحدثت فقط عن إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مال تعطيه لزوجها دون أن يتم التوضيح إن كان لرضا الزوج اعتبار في الخلع أم لا. ثم واصلت بالحديث عن حالة الاتفاق بين الزوجين على مبلغ المال " بدل الخلع " وأكدت أنه في حالة عدم الاتفاق يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم. (2) هذه المادة أسالت الحبر الكثير وتعددت من حولها الآراء بين مخالف للرأي القائل أن الخلع عقد ثنائي، والرأي القائل بأنه حق شخصي تستعمله الزوجة بكامل حريتها في طلب المخالعة، فسكوت المُشرِّع الجزائري في تحديده هل هو حق خالص لزوج أم عقد رضائي، سمح لرجال القانون بالرجوع إلى نص المادة 222 من ق.أ.ج والتي نصت على أنه كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية. (3)

وبذلك فقد أبقى القضاة والشُّراح و القانونيين على سيادة الرأي القائل بضرورة اشتراط اتفاق الزوجين على مبدأ المخالعة، و قد تجلّى ذلك بشكل واضح في قرارات المحكمة العليا التي أسست ذلك على أساس أنّ العصمة بيد الزوج، و بالتالي فلا بُدَّ من

(1)- ابن رشد، المرجع السابق، ص 68.

(2)- باديس، ديابي، المرجع السابق، ص 75.

(3)- سليم، سعدي، المرجع السابق، ص 32.

* - فَرَكَ المرأة : كَرِهَ المرأة . فَرَكْتَ الرَّجُلَ : كَرِهْتَ الرَّجُلَ.

رضاه بالخلع حتى يتم وقد ذكرت المحكمة العليا بإحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 1988/11/21 على أنه: " من المقرر فقهاً وقضائياً أن قبول الزوج الخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه و لما كان من الثابت في القضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التّطليق و لم يكن لها سبب فيه ، أظهرت استعدادها لمخالفة زوجها دون أن يجد ذلك قبولاً من هذا الأخير فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع و متى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة " (1).

ب - موقف المشرّع بعد التعديل :

رغم التباين الفقهي المسجل حول المادة 54 شكلاً و مضموناً خلال عشرين سنة منذ صدور أول قانون أسرة ببلادنا، ورغم الحركية الكبيرة التي أثارها الموضوع داخل أوساط المجتمع المدني من رجال قانون و مثقفين و مهتمين بمجالات حقوق المرأة، فكان المراقبون ينتظرون أن يواكب المشرّع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة هذه الديناميكية والحركية المسجلة، إلا أن الملاحظ على المادة المعدلة في القانون رقم 02/05 أنّها جاءت مقتضبة عكس التوقعات، ورغم ذلك فإن ذات المادة المعدلة حَسَمَت مسألة الخلاف بين رضائية الخلع وكونه حق شخصي يتم بالإرادة المنفردة للزوجة فنصت صراحة على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي" فقد جاءت المادة بإضافة عبارة " دون موافقة الزوج " على النص القديم، و تكون بذلك قد أيدت المذهب القائل أن الخلع مسألة شخصية تتعلق بالزوجة، فلها كامل الحرية في أن تُطالب المخالعة من زوجها دون الاهتمام بموافقتها. (2) وأيدت أيضاً الحديث الصحيح الذي جاء في مسألة الخلع و الذي لم يشترط فيه النبي صلى الله عليه وسلم منها موافقة زوجها بل ولم يستشر الزوج في الموافقة من عدمها، فكل ما دار من حديث بينهم كان في مسألة التعويض أو المال، حيث روي في الحديث أنه : " أنت امرأة ثابت بن قيس للنبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه من خلق ودين وكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديثه قالت نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقه. " (3) وبذلك يكون المشرّع من خلال تعديله الأخير قد نص صراحة بأن الخلع هو صورة من صور فك الرابطة الزوجية، وهو حق للزوجة تستعمله وقت ما شاءت و ليس مجرد رخصة

(1) - المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 51728، بتاريخ 1988/11/19، المجلة القضائية، عدد 03، لسنة 1990 ، ص 72.73 .

(2) - سليم، سعدي، المرجع السابق، ص 32-33 .

(3) - الإمام الشوكاني، المرجع السابق، ص 37 .

حبيسة التزكية والموافقة من الزوج، هذا ما أكدته مختلف الاجتهادات القضائية الصادرة بعد سنة 1992 في موضوع الخلع. - فكيف كان موقف الاجتهاد القضائي من الخلع؟

ج - موقف الاجتهاد القضائي من الخلع :

بدأ القضاء الجزائري الحديث عن الخلع كعقد رضائي و لا يمكن وقوعه دون أن يكون هناك إيجاب وقبول بين الزوجين، ممّا يقتضي لقبول الخلع موافقة الزوج، ومن ثمّ لا يجوز للقاضي الحكم به إذا طالبت به الزوجة بإرادتها المنفردة هذا ما استقرت عليه مختلف القرارات الصادرة في شأن هذا الموضوع من سنة 1984 و إلى غاية 1992 غير أنّه ومنذ سنة 1992 انصبت مختلف قرارات المحكمة العليا على أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليست عقدا رضائياً. هذا ما سأحاول بيانه أكثر من خلال ما يلي :

- قبل سنة 1992 :

سار القضاء الجزائري على نهج أن الخلع عقد معاوضة رضائي و ثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض من أحد الزوجين وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعاً تدفعه الزوجة، فيتفقان على نوعه أو مقدراه في جلسة الحكم، أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم ولا يجوز الرجوع فيه، وهذا هو الموقف الذي اتخذه المجلس الأعلى "المحكمة العليا حالياً" قبل صدور قانون الأسرة 1984 حيث اعتبر الخلع عقد ثنائي ورضائي في قراره الصادر في 19/02/1969 والذي نص على أنه: "من المقرر شرعاً وقانوناً بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه ومن ثم فأنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج".⁽¹⁾ وفي قرار آخر للمجلس الأعلى الصادر في 12/03/1969 أوضح من خلاله: "أن الخلع لا يتم إلا بالإيجاب والقبول بين الزوجين وأنه يشترط اتفاقهما على المبلغ الذي تقدمه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها".⁽²⁾

ليصدّر قرار آخر عن المجلس الأعلى في نفس الصياغ بتاريخ 23/04/1989 جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في القضية أن قاضي

(1) - سليم، سعدي، المرجع السابق، ص 34.

(2) - قرار صادر عن مجلس الأعلى مؤرخ في 12/03/1969، المجلة القضائية، ج01، ص 170 مكرر.

الموضوع فرض على الزوج الطاعن الخلع يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون".⁽¹⁾

كما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا في 1988 / 11 / 21 أنه: " من مقرر فقها وقضاءً أن قبول الزوج للخلع وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت ولم يكن لها سبباً فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد قبولاً من هذا الأخير فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة".⁽²⁾

وكذا القرار الصادر قبله في 1984/06/11 والذي نص على أنه: " متى كان من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقداً رضائياً ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع وإذا كان من الثابت في الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع بتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق بين الزوجين وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طلبت على مستوى المجلس إلغاء ذلك الحكم فإن هؤلاء القضاة بقضائهم بالخلع تلقائياً قد انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي".⁽³⁾

نضيف إلى ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23 والذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع وخطأً في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن قاضي الموضوع فرض على الزوج الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في

(1)- قرار صادر عن مجلس الأعلى، ملف رقم 73885، بتاريخ 1981/04/23، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1993، ص 39

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 51728، بتاريخ 1988/11/21، المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1990، ص 72-73-74.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 33652، بتاريخ 1984/06/11، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1989، ص 55.

حالة الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه." (1)

- بعد سنة 1992:

سبق وأن بيّننا أن مختلف القرارات الصادرة في موضوع الطلاق قبل سنة 1992 كانت تأخذ بفكرة أن الطلاق بواسطة الخلع هو عقد رضائي، إلا أن التحول نحو القول بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها لم يكن سوى في عام 1992 وبالضبط في القرار الصادر في: 1992/07/21 تحت رقم 83603 حيث جاء القرار كالتالي: " من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، إن المادة المذكورة في قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتراز والتعسف الممنوعين شرعاً.

وعليه فإنّ القضاة في قضية الحال لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج، طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن." (2)

وقد صدر في ذات السياق قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/07/30 جاء فيه :
"من المقرر شرعاً وقانوناً أن الخلع هو حقّ خولته الشريعة الإسلامية السمحة للزوجة لفك الرابطة الزوجية وليس عقداً رضائياً ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعاً وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه." (3)

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2005/07/13 نص صراحة على أنه: "إنّ الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه، وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي، أما عدم مناقشة الزوج لقيمة المبلغ المعروض فأنه

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 73885، بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1993، ص 55.

(2) - باديس، ديابي، المرجع السابق، ص 80-81.

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 141262، بتاريخ 1996/07/30، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1998، ص 120.

لا يشكل مانعاً للحكم بالخلع." (1) هذا القرار جاء تأكيداً للقرار الذي سبقه والصادر بتاريخ 16/03/1999 حين قضيت المحكمة العليا: "أنَّ الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار." (2)

وبذلك ومن خلال ما سبق نجد أنَّ المحكمة العليا ومن خلال قراراتها تراجع عن موقفها وأصبحت لا تُعندُّ برضا الزوج في حالة الطلاق بواسطة الخلع، إذ أن العقد ليس رضائياً بل أكثر من هذا فإن المحكمة العليا قررت أنَّ المحكمة يمكن لها أن تمنح للزوجة الطلاق بواسطة الخلع مع حفظ حق المطلق في عوض الخلع إذا كان لم يُطالب به وإن كان رفض فكرة الطلاق وتمسك بالرجوع.

فالطلاق بواسطة الخلع يختلف عن الطلاق بالتراضي، لكون الطلاق بالتراضي يقتضي موافقة الزوج على الطلاق وكذا الزوجة بالاتفاق، كما يختلف عن التطلق للأسباب المقررة في المادة 53 من قانون الأسرة والتي يجب على الزوجة أن تثبتتها حتى تحصل على التطلق بغض النظر عن موافقة الزوج عن فكرة الطلاق .

فالطلاق بالخلع هو الحل الأخير بيد الزوجة إذا لم تستطع إثبات أي سبب من أسباب التطلق المقررة في المادة 53 لكن مقابل دفعها لمبلغ مالي كعوض للخلع. (3)

ثانياً : شروط الخلع :

يشترط في الخلع قيام الرابطة الزوجية فلا يجوز للمرأة أن تُخالع رجلاً أجنبياً عنها أو تربطها به رابطة غير الزوجية، بل لا بدَّ من توفر عقد زواج صحيح، فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة فلا يقع الخلع، و كذلك لو إنفصمت عرى الزوجية بسبب الفسخ أو الطلاق البائن، أمَّا إذا كانت قائمة من عقد صحيح ولم يقع دخول أو طلاق فإنَّ الخلع يقطع هذه الرابطة، ولو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها لأن في هذا الطلاق تبقى زوجيتها قائمة من جهة وملكية الاستماع بها لم ترفع من جهة أخرى .

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 336380، بتاريخ 13/07/2005، نشرة القضاة، ج1، عدد 61، لسنة 2006، ص 382.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 216239، بتاريخ 16/03/1999، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 140.

(3) - سليم، سعدي، المرجع السابق، ص 37.

فإذا توفر شرط الرابطة الزوجية فالسؤال المطروح حينها - من يصح خلعه؟ لاسيما أن الخلع تصرف يحتمل النفع والضّرر وأثاره خطيرة ولهذا فهو لا يقع من كل زوج ولا في كل الأحوال بل لابد لصحة إيقاعه وجوازه قانوناً، أن يكون من يصدر عنه بالغاً عاقلاً لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات، وهناك قاعدة اتفق عليها الفقهاء وهي " كل من صحّ طلاقه صحّ خلعه." (1) ولأنّ الخلع تصرف قانوني يصدر من الزوج والزوجة فهو مركب يصح تجزئته، فكما يشترط في الزوج أن يكون أهلاً للطلاق يشترط في الزوجة الملتزمة بالعبء أن تكون أهلاً للتصرف المالي، بأن تكون بالغة، عاقلة، غير محجور عليها لسفه أو مرض أو غفلة. وهو ما سأحاول بيانه وذلك وفقاً لما يلي :

01 - خلع الصغيرة :

إذا كانت الزوجة المخالعة على بدل صغيرة مميزة تفهم معنى الخلع وما يترتب عليه وخالعتها زوجها على مقدار من مال وقبّلت ذلك وقع الطلاق عليها ولا يلزمها المال، لأن العوض في الخلع في معنى التبرع، وهي ليست أهلاً للتبرع في مالها (2) فلا خلاف بين الفقهاء في أن الزوجة المحجور عليها لصغر إذا خالعت زوجها لا يصح خلعه، ولا يلزمها ما بذلت من مال كعوض له. (3) وقد جاء في كشف القناع: " إن خالعت المحجور عليها لسفه أو صغر أو جنون لم يصح الخلع ولو أذن فيه الولي لأنه تصرف في المال وليست من أهله." (4) إلا أنّهم اختلفوا في وقوع الطلاق ووصفه على أربعة أقوال :

أ - القول الأول : فرق الحنفية بين ما إذا جرى الخلع من صغيرة من أهل القبول أو صغيرة ليست من أهل القبول، فإن لم تكن من أهل القبول بأن كانت لا تعرف أن النكاح جالب للمهر و الاستمتاع والخلع سالب للعوض وقبّلت أو لم تقبل الخلع لا تُطَلَّق.

أمّا إن كانت من أهل القبول بعلمها أن النكاح جالب والخلع سالب تُطَلَّق رجعيًا لوجود القبول منها ولا يلزمها المال المخالعة به لعدم صلاحيتها للتبرع بشيء من مالها. (5)

ب - القول الثاني : ذهب المالكية إلى أن الزوجة الصغيرة إذا خالعت زوجها فإنها تبين ولا يلزمها العوض، وإن أخذ الزوج فعلياً رده ما لم يشترطه لوقوع الطلاق بقوله " إن تمّ لي هذا المال أو إن صحت برّاءتُكِ فأنت طالق." (6)

(1) - عامر سعيد، الزبياري، المرجع السابق، ص 33.
(2) - أحمد حسين، فراج، أحكام الأسرة في الإسلام "الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب"، دط، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 570.
(3) - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، د س ن، ص 348.
(4) - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج05، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص 215.
(5) - محمد زيد، الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط 03، مطبعة النهضة، مصر، 1920، ص 411-412.
(6) - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص 348 .

ج - القول الثالث : يرى الشافعية أن خلع الصغيرة وقبولها سواء كانت مميزة أو غير مميزة لغو لا يقع به شيء من الطلاق لانتفاء أهلية القبول وعدم اعتبار عبارتها. (1)

د - القول الرابع : ذهب الحنابلة إلى أن الزوجة الصغيرة إن خالعت زوجها يقع طلاقها رجعيًا إذا كان بلفظ الطلاق أو نيته - وكان دون ثلاث - وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان لغوًا فلا يقع به شيء. (2)

02 خلع السفیة :

إذا كانت الزوجة كبيرة محجورًا عليها لسفه وقبّلت المخالعة على مالٍ من مالها يقع الطلاق، ولا تلتزم الزوجة بالبدل لكونها محجورًا عليها لسفه، والشخص المحجوز عليه ليس أهلاً للتبرع، وقد اختلف الفقهاء في حكم خلع السفیة عن نفسها فيما إذا كان يصح الخلع ويلزم المال أم لا؟ وذلك على رأيين :

أ - الرأى الأول : ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن خلع الزوجة الكبيرة غير الرشيدة والمحجور عليها لسفه عن نفسها على مال هو مهر أو غيره جائز، ويقع به الطلاق بائنًا إذا كان بلفظ الخلع - والغير صريح في الطلاق - بينما تُطلق رجعيًا إذا كان بصريح لفظ الطلاق، وفي الحالتين لا يلزم المال المبدول من المرأة، لعدم ثبوت حقها في التبرع بشيء من أموالها بسبب السفه وهذا ما ذهب إليه الحنفية. (3)

ب - الرأى الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الزوجة السفیة لا يجوز أن تنفرد بالمخالعة عن نفسها، ولا يلزمها المال، واختلفوا فيما يقع من طلاق إذا لم يقع باختلاعها الخلع على ثلاث أقوال :

- القول الأول : ذهب المالكية إلى أن السفیة غير الرشيدة يقع عليها الطلاق البائن ولا يلزمها العوض المبدول للزوج عند الاختلاع، فإن أخذه رده إن لم يشترط لوقوع الطلاق ونفاذه. (4)

- القول الثاني : يرى الشافعية أن مخالعة السفیة المحجور عليها وغير المحجور عليها لزوجها قبل الدخول يقع به طلاقًا بائنًا، بخلاف ما إذا اختلعت بعد الدخول فإنه رجعي. (5)

- القول الثالث : ذهب الحنابلة إلى أن تطليق السفیة عند مَخَلَعَتِهَا مع الزوج يقع رجعيًا إذا خالعت بلفظ الطلاق، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق لا يقع به شيء من الطلاق وكان لغوًا. (6)

(1) - الشربيني، مغني المحتاج، ج03، المرجع السابق، ص 349.

(2) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج05، المرجع السابق، ص 340.

(3) - ابن عابدين، حاشية رد المحتار علي الدر المختار، ج03، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ص 458.

(4) - الدردير، الشرح الكبير، ج02، المرجع السابق، ص348.

(5) - الشربيني، المرجع السابق، ص 350.

(6) - ابن قدامة، المغني، ج10، المرجع السابق، ص307.

03 خلع المحجور عليها لفس :

ذهب الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ إلى أنه يجوز خلع المحجور عليها لفس، بينما يختلف حكم وقوعه تبعاً للعوض المخالغ به والذي قد يكون قدرًا من المال تلتزمه ديناً في ذمتها أو يكون عيناً من مالها وذلك على النحو الآتي :

- **الرأي الأول :** المُخَالَعَة على قدر من المال إذا اختلعت المحجور عليها لفس على قدر من المال غير المحجور عليه تلتزمه ديناً في ذمتها صح الخلع، لأن لها ذمة مالية يصح تصرفها فيه، ويستوفيه منها الزوج متى رُفِعَ الحجر عنها و أيسرت، ولا يحق له مطالبتها باستفائه زمن الحجر عليها، كما لو كان له ديناً في ذمتها أو باعها شيئاً و ثمنه ديناً له عليها. قال البهوتي : "ويصح الخلع من زوجة محجور عليها لفس على مالٍ في ذمتها لصحة تصرفها فيه كاقتراضها وتطالب به إذا انفك حجرها و أيسرت لا إن خالغته بعين مالها."⁽³⁾

- **الرأي الثاني :** المُخَالَعَة على قدر معين من مالها إذ جرى خلع المحجور عليها لفس مع زوجها على عين من مالها، لا يصح خلعها لعدم خلاص هذا المال لمليتها ملكية تامة لتعلق حق الغرماء فيه ويقع طلاقها بانئنا، وللزوج أن يرجع عليها بمهر المثل إذا انفك الحجر عليها.⁽⁴⁾

4. موقف المشرع الجزائري :

تعتبر المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02-05 لسنة 2005 الأساس القانوني لنظام الخلع، فبموجب هذه المادة تقرر نظام الخلع كأساس قانوني صحيح وقد سبق للمشرع ذكره في القانون 84-11 إلا أنه لم يبيّن الشروط الواجب توفرها في كل من الزوج و الزوجة والتي سبق تفصيل بينها في الفقه الإسلامي، غير أنه وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في بعض مواد المتفرقة يمكننا استخلاص ذلك، فنجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 07 منه على أنه: " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج." و الخلع بدوره لا بد أن تتوفر فيه أهلية الزوج و الزوجة أي أن يكون الزوج المعني متمتعاً بقواه العقلية و غير محجور عليه طبقاً لنص المادة 85 من نفس القانون والتي " تعتبر تصرفات المجنون والمعنوه و السفیه غير نافذة إذا صدرت في

(1) - الشريبي، المرجع السابق، ص 349.

(2) - ابن قدامه، المقدسي، المرجع السابق، ص 307.

(3) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 05، المرجع السابق، ص 340.

(4) - ابن قدامه، المغني، ج 10، المرجع السابق، ص 307.

حالة الجنون أو العته أو السفه" وإلا وقع التصرف باطلاً ولا ينتج عنه أي أثر لأن الخلع تصرف قانوني ذي أثر مالي يحتاج إلى أهلية التصرف .

وإذا رجعنا إلى نص المادة 203 من ق.أ.ج نجدها تنص على أنه: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً تسع عشر (19) سنة وغير محجوز عليه." ولأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فإنه يأخذ حكم المادة 203 أنفاً، وبذلك فإن كانت الزوجة سفيهة محجوز عليها فلا تستطيع الالتزام بمبلغ المال لا اعتبارها سفيهة في قانون الأسرة الجزائري عديمة الأهلية كالمجنونة و المعتوهة والصغيرة عديمة التمييز فإن أرادت أن تخالع نفسها وهي على هذه الحال فإن أباه هو الذي يتكفل بذلك وفي حالة غياب هذا الأخير يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له .

غير أن الحال الذي يستدعي النظر هنا هو الزوجة التي أعفاها القاضي من سنّ الزواج إن أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سنّ الرشد القانوني - فهل يصح لها ذلك؟ - ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية و تصرفاتها خاضعة لإجازة وليها طبقاً للمادة (83) من قانون الأسرة الجزائري.⁽¹⁾

كما يجوز للقاضي إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السنّ القانوني للزواج إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذاً بالمذهب المالكي، فمن لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن. وباعتماد القاعدة الفقهية السالفة الذكر " كل من صحّ طلاقه صحّ خلعه" فإنه من لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الخلع إلا بإذن .

أمّا بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت فهنا عرضُ الزوجة المُخالعة مقبول وتكون مُلزَمةً ببذل الخلع لأنها أهلٌ لجميع التصرفات المالية، فالمرض لا يُوجبُ الحَجْرَ إلا إذا تسبب في إضعاف العقل فيُحجّرُ عليها عندئذ بحكم قضائي، فأما وقوع الخلع فلأنها عاقلة رشيدة وأما لزوم العوض فلأنها قبلت ما خالعها زوجها عليه.

وفي حالة وفاتها فبذل الخلع يكون لازماً على ألا يتجاوز ثلث التركة، وإن زاد على مهر المثل لأنها تملك حقّ التصرف في مالها ماعدا التبرع بأكثر من الثلث فإذا كان عوض الخلع يساوي مهر المثل فإنه ينفذ ولو زاد على الثلث لان الأصل في بدل الخلع أن يساوي قيمة الصداق، وأما إذا كان أكثر من ذلك فلا ينفذ وتطبيقاً للمادة 204 من قانون

(1)- تنص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري " من بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ سنّ الرشد طبقاً للمادة 43 من قانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الوالي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء. "

الأسرة الجزائري (1) التي تُحيلنا إلى المادة 185 من نفس القانون (2) فإن التُّلث يلزم، وما زاد عنه يُتوقَّف على إجازة الورثة.

ثالثاً : صيغة الخلع :

الصيغة هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع وقبوله من الزوجة فلا يصح بالمعطاة فقط كأن تُعطيه مال وتخرُج من داره بدون أن يقول: "اختلي عن كذا" فتقول له: "اخلني على كذا" فيقول لها: "خلعتك على كذا" فالإيجاب والقبول بالقول لابد منه أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع وإن نوى به الطلاق أو كان به الطلاق متعارفاً وسأعرض في مجال ذلك إلى موقف الفقه الإسلامي ثم موقف المشرع الجزائري:

1. موقف الفقه الإسلامي: أتطرق في هذا الصدد إلى آراء فقهاء المذاهب تبعاً لما يلي :

أ - رأي الحنفية : يرى الحنفية أن الفرقة على مال تكون بأحد اللفظين: (3)

- لفظ الخلع وما في معناه كالمفارقة والمبارأة والمباينة وهو كناية.

- لفظ الطلاق على مال وهو لفظ صريح فيرى الحنفية أن الخلع يعتمد على الرضا كسائر العقود، وهو بمنزلة الطلاق بعوض وللزوج إيقاع الطلاق، ولها ولاية التزام العوض ويشترط الحنفية مطابقة الإيجاب بالقبول " فإن قال لامرأته قد خالعتك أو بارتك أو طلقتك بألف درهم فالقبول إليها في مجالسها" ولهذا فإن إيجاب الخلع من الزوج في المعنى تعليق الطلاق، بشرط قبولها لأن العوض من جانبه في هذا العقد طلاق وهو محتمل للتعليق بالشروط ومن هنا لا يبطل بقيامه عن المجلس ويصح منه، أما إذا قالت طلقنتي ثلاثاً بألف درهم فطلقها واحدة فله ثلث الألف، ولو طلقها ثلاثاً في كلام متفرق في مجلس واحد في القياس يلزمها ثلث الألف. أما إذا كانت غائبة حتى إذا بلغها فقبلت في مجلسها ثم وإن قامت من مجلسها قبل أن تقبل بطل ذلك لأنه بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتمليك الأمر منها، لأنها تقدر على المشيئة في مجالسها فيبطل بقيامها. (4)

ب - رأي المالكية : يرى المالكية في الصيغة أنها كل لفظ أدى إلى بذل المرأة مالها لتملك نفسها، أو أدى إلى الفرقة ولو بدون عوض كالخلع والمبارأة والمصالحة والمفاداة.

(1) - تنص المادة 204 من ق.أ.ج: " الهبة في المرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية."
(2) - تنص المادة 185 من ق.أ.ج: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة."
(3) - عامر سعيد، الزبياري، المرجع السابق، ص 127.
(4) - أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 230.

وقد فرق علماء المالكية بين الألفاظ تقريبًا يعود إلى العوض المبذول من قبل الزوجة لزوجها⁽¹⁾ فقال ابن رشد: " أن اسم الخلع يختص ببذل المرأة جميع ما أعطاهما والصلح ببعضه والفدية بأكثره و المبرأة بإسقاطها حقها لها عليه." ⁽²⁾ وذهب المالكية إلى أنه لا بد أن يُشترط في الصيغة ثلاثة شروط وهي: ⁽³⁾

- أن تكون لفظ بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحاً أو كناية، فإن عمل عملاً يدل على الطلاق بدون مطلق فإنه لا يقع به الطلاق إلا إذا جرى به العرف .

- أن يكون القبول في المجلس إلا إذا علقه الزوج بالأداء أو الاقباض، فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس فإذا قال لها: " إن أقبضتي عشرين درهماً أو أدت إلي كذا فأنت طالق" كان لها أن تُقبضه بعد المجلس ومتى فعلت ذلك بآنت منه، إلا إذا طال الزمن بعد الانصراف عن المجلس بحيث تمكث مدة يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها على أنه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تُقبضه في المجلس فإنه يُعملُ بها، فلو قامت من المجلس بطل الخلع فلا تملك طلاق نفسها بالبدل.

- أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال فإذا قال لها: " أنت طالق على ألف " فقبلت طُلقَتْ وعليها الألف ولا بد من القبول في الوجهين لأن معنى قوله بألف بعوض ألف يجب عليك ومعنى قوله على ألف على شرط يكون لي عليك العوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده . أما إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف، لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلاث الألف وهذا لأن حرف الباء يصحب الأعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بانئن لوجوب المال.

ج - رأي الشافعية : ذهب الشافعية إلى القول بأن صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة وكناية ومن كنياته لفظ "بيع وفسخ" فإذا قال لها بعثك نفسك بألف ناويا بذلك الطلاق فقالت قبلت كان الخلع صحيحاً تبين به ويلزمها العوض، أما الصريح كأن تقول له طلقني على عشرين فقال طلقتك على ذلك كان طلاقاً صريحاً باننا والخلاف بين المالكية والشافعية يكمن في أن الشافعية يكتفون بوجود العوض فلا عبرة باللفظ المستعمل بينما المالكية باللفظ إن لم يُذكر المال، طالما أن اللفظ هو الخلع و أن العودة في تحديد المبلغ ستكون إلى القاضي الذي لن يتجاوز قيمة صداق المثل كحد أقصى وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة المعدل تحت رقم 02/05.⁽⁴⁾

(1) - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 01، المرجع السابق، ص 312.

(2) - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02، المرجع السابق، ص 40.

(3) - أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 231.

(4) - سليم، سعدي، المرجع السابق، ص 28.

د - رأي الحنابلة : أفاظ الخلع عند الحنابلة هما قسمان : (1)

-القسم الأول : الصَّرِيحة وهي الخلع، المفاداة ، الفسخ.

-القسم الثاني : مثل بارتك، أبنتك، فارقتك، ولا يقع الخلع إلا مع النية ويشترط الحنابلة في صيغة الخلع أربعة شروط وهي : (2)

- أن تكون لفظاً فلا يصح الخُلع بالمُعطاة ولو نوى بها الطلاق بل لا بدّ فيه من إيجاب وقبول.

- أن يكون الإيجاب والقبول في المجلس فإذا قال لها " خلعتك بكذا" وقام من المجلس قبل قبولها فإنه لا يصح وكذا إذا قامت هي ولم تقبل .

- ألا يُضاف الخلع إلى جزء منها فإذا قال لها " خالعتك يدك أو رجلك بكذا" وقبلت كان لغواً وذلك لأن الخلع فسخ لا طلاق بخلاف الطلاق يقع بإضافته لجزء المرأة .

- أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها " إن بذلت لي كذا فقد خالعتك " فإن الخلع لا يصح ولو بذلت له ما سماه بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه، وإذا اجتمع شرط مع الخلع فإن الخلع يصح و الشرط يبطل مثل ذلك إذا اشترط الخيار كما لو قال لها : "خالعتك بكذا على أن لي الخيار أو لك ثلاثة أيام" فإن الخُلع يصح والخيار يبطل فيقع الخلع فوراً وله الحق في العوض .

2. موقف المشرع الجزائري:

لم يتعرض المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري لمسألة الصيغة وشروطها، تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية،" غير أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني لاسيما في المادة 60 منه التي نصت على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً." وبذلك فكل

(1) - عامر سعيد، الزبياري، المرجع السابق، ص 139.

(2) - أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 232-233.

فعل أو قول متداول بين الناس ومتعارف عليه بينهم يستعمل للتعبير عن الرغبة في الطلاق بواسطة الخلع يصح صيغة لهذا الطلاق⁽¹⁾.

رابعاً : بدل الخلع :

الخلع كما سبق بيانه هو إزالة ملك النكاح في مقابل مالٍ تفتدي به الزوجة نفسها فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع وبدونه لا يتحقق فبدل الخلع هو العوض الذي تدفعه الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها منه. - فما موقف الفقه الإسلامي منه وما موقف المشرع الجزائري بصدده ؟

1. موقف الفقه الإسلامي :

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن هناك قاعدة فقهية تقول: " أن كل ما يصح أن يكون مهراً يصح أن يكون بدل خلع. " ⁽²⁾ فهل معنى هذه القاعدة أن البدل في الخلع يكون مقدراً بالمهر أم يجوز أن يكون أكثر منه أو أقل أو مساوياً ؟ وبصدد ذلك إنقسم الفقهاء في مقدار البدل إلى فريقين :

أ - الفريق الأول: قال به الحنفية والشافعية والمالكية والشيعة والحنابلة و الأوزعي والثوري والظاهرية ⁽³⁾ على أن البدل في الخلع غير مقدر، وعلى ذلك قالوا أنه يجوز البدل بأكثر من المهر أو بأقل أو يساوي المهر وبذلك يجوز للزوج أن يأخذ من المرأة ما تراضيا عليه عوضاً عن المخالعة سواء كان أقل ممّا أعطاه أم أكثر منه. ⁽⁴⁾ واستدلوا على ذلك من قوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَتَتْ بِهِ﴾ البقرة 229. وقال أبو حنيفة و أبو يوسف ومحمد إذا كان النشوز من طرف الزوجة حلّ له أن يأخذ منها ما أعطاه و لا يزيد وإن كان النشوز من طرف الزوج لم يحلّ له أن يأخذ منها شيئاً، فإن فعل جاز في القضاء. وذكر أن القاسم بن مالك أجاز للرجل أن يأخذ منها في الخلع ممّا أعطاها ويحلّ له، وإن كان النشوز من قبل الزوج حلّ له أن يأخذ ممّا أعطته على الخلع إذا رضيت بذلك بشرط ما لم يكون في ذلك ضرر منه لها. وفي ذلك قال الثوري: "إن كان الخلع من قبيلها فلا بأس أن يأخذ منها شيئاً زيادة على المهر وإن كان من قبيلها فلا يحلّ له أن يأخذ منها شيئاً." ⁽⁵⁾

(1) - سليم، سعدي، المرجع السابق، ص 29.
(2) - الموصلي، الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق وتعليق ومراجعة الشيخ زهير عثمان الجعدي، المجلد 02، ج03، دط، دار الأرقام بن أبي الأرقم، بيروت، د س ن، ص 202.
(3) - ابن حزم، المحلى، ج 09، المرجع السابق، ص 511.
(4) - محمود علي، السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط02، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007، ص 292.
(5) - تقي الدين، الهاللي، أحكام الخلع في الإسلام، ط01، المكتب العربي، بيروت، د س ن، ص 61.

ب - الفريق الثاني: قال به الإباضية و الزيدية و الزهري و به قال إسحاق و أحمد أنه يجوز أخذ البدل في الخلع بقدر المهر الذي تزوجها به و لا يجوز أكثر من ذلك. (1) كما ذهب إلى ذلك ميمون بن مهران و الأوزاعي إلى أنه لا يأخذ منها أكثر مما أعطها و قد روي هذا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه و من هؤلاء من قال بكراهة الزيادة، و منهم من قال بحرمتها. (2) لأن الزيادة لا وجه لها و استدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافًا أَلَّا يُعِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ البقرة 229. فالآية الكريمة تدل على جواز أخذ الزوج البدل في الخلع بالمقدار الذي أعطاه مهراً لها، فإن أخذ منها زيادة على ما أتاهما فقد خالف ما جاء في الكتاب العزيز. و استدلوا بما روي عن علي كما سبق القول أنه قال: " لا يأخذ منها فوق ما أعطها ". (3) و كذا بما رواه التابعين قال و إن أخذ الزيادة على صدقها فالزيادة مردودة إليها، و قال الزهري: " لا يحلُّ له أن يأخذ أكثر مما أعطها ". و قال ميمون بن مهران: " إن أخذ منها أكثر مما أعطها لم يسرح بإحسان. " (4) و استدلوا بما أخرجه الحافظ ابن كثير في تفسيره عن ابن عباس رضي الله عنه: " أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: والله ما أعتب على ثابت بن قيس في دين و لا خلق و لكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضاً فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يأخذ ما ساق و لا يزداد. " قال ابن كثير بعد ما ذكر أسانيد هذا الحديث " وهو إسناده جيد مستقيم. " (5)

و يتفرع عن القاعدة السابقة أيضاً: " كل ما يصح أن يكون مهراً يصح أن يكون بدل خلع. " أنه يصح أن يكون بدل الخلع من النقد أو المنقول، كما يصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج أو منفعة تقوم بمال، كما يصح أن يكون بإرضاع الزوجة لولدها منه مدة معينة أو على حضانتها المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها، أو تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة و عليها الوفاء بذلك، فإن امتنعت عن القيام بما التزمت أو عجزت عن ذلك كان لمن خالعه الرجوع عليها فيما يقابل المدة الباقية. (6) وإذا لم يستوف الزوج ما اتفق عليه يرجع على الزوجة ببقية حقه أو على ورثتها إن ماتت أثناء المدة المتفق عليها. (7)

(1) - أبي بكر أحمد بن علي الرازي، الجصاص، أحكام القرآن الكريم، ج01، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، د س ن، ص159.

(2) - ابن القيم، الجوزية، زاد المعاد، ج05، المرجع السابق، ص 194.

(3) - البخاري، صحيح البخاري، ج09، المرجع السابق، ص 347.

(4) - ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 194.

(5) - تقي الدين، الهلالي، المرجع السابق، ص 53.

(6) - محمد مصطفى، شلبي، المرجع السابق، ص 565-566.

(7) - ابن قدامة، المغني، ج07، المرجع السابق، ص 65.

أما إذا خالغته على مال باعتقاد أن البذل ملك للزوجة فظهر أنه لغيرها قال الحنفية والامامية: "إذا أجاز المالك صح الخلع وأخذ الزوج المال وإن لم يجز كان البذل له من المثل أو القيمة." كما قال الشافعية: له مهر المثل استنادا إلى ما هو مقررٌ عندهم ومتى ذكر البذل الذي لا يصح بدلاً يبطل ويثبت بمهر المثل، وقال المالكية يقع الطلاق بائن ويبطل العوض وليس للمُطَلَّقِ شيء ولو أجاز المالك. (1)

وأضافوا أنه يشترط في العوض أن يكون حلالاً، فلا يصح الخلع على خمر أو خنزير أو مالٍ مغصوبٍ مثل: المسروق، فإذا خالغته على شيء من ذلك وقع الطلاق بانئناً ويبطل العوض، فإن كان مغصوباً وجب عليه أن يرده إلى صاحبه، فإن كان خمرًا وجب عليه إراقتة وإن كان خنزيراً وجب قتلُهُ وقيل يُسَرَّحُ ولا شيء للزوج على الزوجة في مقابل ذلك.

أما إذا خالغته على شيء بعضه حلال وبعضه حرام كما إذا خالغته على خمرٍ وثوبٍ فإن الخلع ينفذ والعوض يبطل، ولا شيء للزوج مُطلقاً. (2) أما لو علمت الزوجة بالحُرمة دون الزوج فلا يلزمه الخلع.

2- موقف المُشرِّع الجزائري:

نصت المادة 54 من قانون الأسرة 11/84 على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالغ نفسها على مال يتم الاتفاق عليه فإذا لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم." فنجد أن كل من المادة السابقة والمادة المعدلة، بموجب الأمر 02/05 لم تُبين ما يصح أن يكون بدلاً للخلع وشروطه، ممَّا يتعين معه الرجوع إلى الفقه لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرنا باعتبار أنه استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة، وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدًا أو عينًا، وبعبارة فقهية كما سبق بينها والتي تعتبر أكثر دقة: "أن كل ما صح أن يكون صدقًا صح أن يكون مقابل الخلع" ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع والذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعًا وقانونًا ولكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانتها أو لادها للزوج مقابل طلاقها خلغًا، لأنَّ الحضانة هي حقٌ للمحزون وليس للزوجة حقُّ الغير بدلا للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون المقابل معلومًا ومتفق عليه .

(1) - عبد الكريم، شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج01، ط02، دار النشر المعرفة، الرباط، د س ن، ص 268.
(2) - عبد الرحمان، الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج04، المرجع السابق، ص 362.

أمّا إذا اتفقا على الطّلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنّه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين حول المبلغ المطلوب أدائه فيحكم بالطلاق خلعاً مقابل مال لا يتجاوز قيمته قيمة الصّداق الذي يقدم عادةً لمثل الزّوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة. (1)

وقد كرّس الاجتهاد القضائي سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع، من خلال عدة قرارات منها ما ورد في القرار المؤرخ في: 1968/05/22 عن المجلس الأعلى سابقا جاء فيه: " من المقرر شرعاً أنّه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه فلقضاء الموضوع السّلطة المطلقة لتحديده بناءً على الصّداق المعجل وما يثبت لهم من الظلم، وينتج عن الخلع بمجرد قبوله فسخ الرّواج دون حاجة إلى اشتراط أدائه فوراً إذا تمكن فوق ذلك تأجيل دفعه، كما يسوغ أن يكون شيئاً غير موجود وقت الاتفاق." (2)

كما قضت المحكمة العليا أيضا في إحدى قراراتها: " من المقرر قانوناً أنّه يجوز للزّوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صّداق المثل وقت الحكم." (3)

كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ: 1985/04/22 جاء فيه: " من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية أنّه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره، فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أنّ ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطّلاق بالخلع، ومن ثمّ يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزّوجة لمحل الزّوجيّة إذا طلبت الطّلاق بخلع على مقدار صّداقها، واشترط الزوج مبلغاً قدره خمسين ألف (50.000 دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطّلاق بخلع وطلبهما له معا." (4) هذا ما أكدته الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2006/10/11 والذي جاء فيه: " لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعاً سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا." (5) وبذلك يتبين أنّه ورغم الاجتهاد

(1) - أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 239-240.

(2) - العربي، بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر الجزائري، د س ن، ص 286.

(3) - العوثي، بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 01، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د س ن، ص 111.

(4) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36709، بتاريخ 1985/04/22، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1989، ص 92.

(5) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 365244 بتاريخ 2006/10/11، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 2007، ص 467.

القضائي للمحكمة العليا إلا أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير أبقى على تقدير بدل الخلع للسلطة التقديرية للقاضي .

وعليه يمكن القول بأن المشرع الجزائري وفي ظل قانون الأسرة رقم 11/84 لم يحسّم الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج فالمادة تحدثت فقط على إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مالٍ تعطيه لزوجها دون أن يتمّ التوضيح إذا كان لرضا الزوج اعتبار في الخلع أم لا، لكنّ المشرع وفي تعديله الأخير بموجب الأمر 02-05 حسّم الأمر واعتبر أنّ الخلع حقٌّ أصيل للزوجة تستعمله وقت ما شاءت، وليس مجرد رخصة حبيسة التزكية والموافقة من الزوج، وذلك من خلال نص المادة 54 المعدلة والتي نصت على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تُخالع نفسها بمقابل مالي." (1) هذا ما أكدته المحكمة العليا من خلال اجتهادها القضائي الصادر بتاريخ: 2005/07/13 الذي جاء فيه: "أنّ الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي." (2)

الفرع الثاني : أحكام الخلع من الناحية الإجرائية وكذا التّطبيق :

تنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (3) على أنّ المحكمة تنظر في جميع القضايا، لاسيّما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة، وتتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع. غير أنّ القانون الجديد تضمن ابتداء من مادته 423 تفصيل الإجراءات أمام الأقسام المختصة ومن بينها قسم شؤون الأسرة، لذلك سأحاول التّطرق في هذا الفرع إلى الإجراءات التي نصّ عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بخصوص هذا القسم فيما يخصّ دعاوى الخلع والتّطبيق وطبيعة الأحكام الصادرة فيهما وذلك وفق لمايلي :

أولاً: الجهات القضائية المختصة نوعياً وإقليمياً في منازعات الخلع والتّطبيق :

1- بالنسبة للاختصاص النوعي :

تنص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى أنه: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرّجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط

(1) - أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 241.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 336380 بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، عدد 61، ج1، لسنة 2006، ص328.

(3) - قانون رقم 09-08 المؤرخ في: 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخ في: 2008/04/23.

المذكورة في قانون الأسرة. (1) وبالرجوع إلى دعاوى التّطليق، نجدها من الدعاوى المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية وبالتالي فهي من اختصاص قسم شؤون الأسرة وحده.

2- بالنسبة للاختصاص الإقليمي :

نصت المادة 426 من ق.إ.م.إ والتي حددت الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعاً لطبيعة كلّ نزاع إمّا في موطن المدعى عليه أو موطن المدعي أو بناء على اختيار الطرفين، أمّا القضايا التي لم يرد ذكرها فيتّم الرجوع فيها للقواعد العامة في الاختصاص وبالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 426 ذاتها فإننا نجد أنّ محكمة وجود المسكن الزوجي هي المحكمة المختصة إقليمياً في دعاوى الخلع والتّطليق. (2)

ثانياً: إجراءات رفع دعاوى الخلع والتّطليق:

أمّا عن إجراءات رفع دعاوى الخلع والتّطليق فإنّها تُرفع من طرف الزّوجة وذلك بتقديم عريضة وفقاً للأشكال المقررة لرفع الدعاوى، وذلك بمراعاة قواعد الاختصاص المحلي والنوعي كما سبق بيانه، فترفع دعاوها أمام قسم الأحوال الشخصية مع ضرورة توافر شرطي " الصّفة والمصلحة " كما نصت على ذلك المادة 13 من ق.إ.م.إ والتي نصت على أنّه: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه، كما يثير... " (3) ، وكذا " الأهلية " فلا بدّ أن يكون المعني قد أتمّ (19) سنة وهي سنّ الرّشد المدني حسب المادة 40 من القانون المدني (4) وأن لا يكون رضاه م شوبلاً بأحد العيوب خاصة الجنون والعتة، فإذا كانت الزّوجة ناقصة الأهلية فلا بدّ أن يُقدّم الطّلب باسمها من قبل وليّها بحسب الحالة وهذا ما تقتضيه أحكام المادتين 436-437 ق.إ.م.إ ، كما نصّت المادة 05 من قانون رقم 63-224 بأنّه: " لا يجوز لأحد أن يدّعي أنّه زوج وأن يُطالب بما يترتب عن الزّواج من أثار إذا لم يقدم نسخة من عقد زواج مُسجّل أو مُقيّد في سجلات الحالة المدنية" (5) وإلا تُرفض الدعاوى. (6) ومن تحليل هته المواد يتبين لنا بأنّه يجب على الزّوجة قبل أن تُعرض النزاع على المحكمة المُختصة أن تتوفر فيها الشروط العامة المتمثلة في الصّفة والأهلية وأن تكون لها مصلحة في ذلك، كما يجب توفر هذه الشروط في المدعى عليه كونه أن الدعاوى لا ترفع إلا من ذي صفة على ذي صفة.

(1) - سائح، سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج01، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 579.

(2) - عبد الرحمان، بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص 329.

(3) - أنظر، المادة 13، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(4) - القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، لسنة 2007.

(5) - أنظر، المادة 05، من قانون رقم 63-224 الصادر بتاريخ 29/06/1963.

(6) - عبد العزيز، سعد، المرجع السابق، ص 286.

ثالثاً: في إجراءات الصلح والتحكيم :

1. في الصلح: إنّ إجراءات الصلح في مسائل الأحوال الشخصية أو الخصومات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين، هي من الإجراءات الأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي اللجوء إليها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه لاسيما إذا تعلق الأمر بالطلاق، وهي إجراءات كان التشريع الإسلامي قد عرفها منذ مئات السنين وقبل ولادة نابليون وقوانينه، حيث رغب الشارع الحكيم في الصلح بين الزوجين بل فضله وخصه عن غيره من الأحكام الأخرى ولذا قبل أن نتكلم عن إجراءات الصلح في قانون الأسرة لابد أن نتعرض إلى تعريفه.

أ - تعريف الصلح:

- **لغة:** هو اسم بمعنى المصالحة التي هي خلاف المخاصمة وأصله بمعنى الصلح الذي هو بمعنى استقامة الحال أو هو إنهاء الخصومة، فنقول صالحه وصالحا إذ صالحه وصافاه ونقول صالحه على شيء أي سلك معه مسلك المصالحة في الاتفاق، وصلح الشيء زال عنه الفساد.

- **شرعاً:** هو عقد يرفع النزاع بالتراضي، أي بتراضي الطرفين المتخاصمين ويزيل الخصومة ويقطعها بالتراضي، وركنه عبارة عن الإيجاب والقبول، وينعقد ويصح بحصول الإيجاب من طرف والقبول من الطرف الآخر. (1)

- **قانوناً:** عرفته المادة 459 من القانون المدني بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقّيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه." ومن خلال التعريف السابق نرى أن الصلح كسائر العقود المدنية يجب أن تتوفر فيه الشروط الأساسية للعقد "كالرضا والمحل والسبب" وهي الشروط الواجب توفرها في جميع العقود بصفة عامة، إلا أن عقد الصلح في الدعوى يتميز بأركان وشروط خاصة، نجد منها على الخصوص ضرورة وجود نزاع قائم بين الطرفين أو يكون هذا النزاع محتمل الوقوع مستقبلاً، وأن يكون موضوع الصلح هو تنازل كل طرف عن كل أو بعض طلباته أو إدعاءاته، ويجب أن يكون طرفي الصلح لهما أهلية التصرف في الحقوق التي وقع عليها الصلح، كما يجب أن تكون إرادة المتصالحين خالية من عيوب الرضا. (2)

أمّا عن إجراءات الصلح فنجد أن المادة 49 من قانون الأسرة نصت على أنه: "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى." وبالتالي يتعين على القاضي تحرير محضر

(1) - أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 265.

(2) - عبد الفتاح، تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2006-2007، ص 251.

يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح ويوقعه القاضي والطرفين، ذلك أن الأصل في الصلح أن يكون كتابةً في وثيقة تتضمن توقيعات الأطراف المتصالحة. (1)

وإذا وقع خلاف حول مدى صحة الصلح يمكن إثبات ذلك بجمع طرق الإثبات الجائزة قانوناً، وعليه فإن الصلح في مادة شؤون الأسرة هو إجراء وجوبي ويتم في جلسة سرية طبقاً لأحكام المادة 439 من ق.إ.م.إ. والأصل أن يباشر القاضي بنفسه إجراءات الصلح وله أن يُسند تلك المهمة إلى حكمين، فإذا تم الصلح أمام القاضي تُوجب المادة 440 من نفس القانون أعلاه على قاضي أن يستمتع إلى كل زوج على إنفراد ثم معا ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في الصلح. وأضافت المادة 441 أنه إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي إمّا تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاضٍ آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصياً فإن القاضي يحزر محضراً بذلك. (2)

كما يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، على أن لا تتجاوز محاولات الصلح بين الزوجين ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، حسب ما تقتضيه المادة 442 من ق.إ.م.إ. هذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث جاء فيه: **"من مقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات الصلح بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون"**. (3) لتضيف المادة التي بعدها أن الصلح بين الزوجين يثبت بموجب محضرٍ يحزر في الحال من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي ويوقعه هذا الأخير بمعية أمين الضبط والزوجين، ويودع بأمانة الضبط ويُعد في هذا الحالة سنداً تنفيذياً، أما في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بنفس القرار السابق حيث نصت: **"من مقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات 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، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون"**.

(1) - عبد الحكيم، فوده، أحكام الصلح، دط، دار البعث، قسنطينة، 1999، ص 18.

(2) - نسيم، ولد عمار، التّطبيق، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر،

2009-2010، ص 46.

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 57812، بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، عدد 03، لسنة

1991، ص 71.

وبذلك يتبين لنا أنّ إجراء محاولات الصلح أصبح ضروري قبل النطق بالطلاق من طرف القاضي، وأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر حكم من القضاء يقضي بذلك، فلا يُعْتَدُ بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء، ولا يتم إلا بعد إجراء محاولة الصلح ومرور فترة زمنية معينة عليها. (1)

2. في التّحكيم: خصّ المشرّع الجزائري ندب الحكّمين للإصلاح بين الزوجين في حال تفاقم الخصام بينهما، فإن عجز القاضي في الإصلاح بينهما فقد لا يعجز عنه الحكّمين. (2)

أ - تعريف التّحكيم:

- **لغة:** مصدر حَكَمَ، يقال حَكَمَهُ في الأمر تَحْكِيمًا أي أَمَرَهُ أَنْ يَحْكُمَ فَاخْتَكَمَ وَتَحَكَّمَ يَعْنِي جاز فيه حُكْمَهُ وَاسْتَحَكَمَ فلان في مال فلان إذا أجاز له فيه حُكْمَهُ، حَكَمْتُ الرَّجُلَ أَي فَوَضْتُ الْحُكْمَ إِلَيْهِ، وَيُقَالُ حَكَمْتُهُ إِلَى الْحَاكِمِ أَي خَاصَمْتُهُ إِلَيْهِ وَدَعَوْتَهُ لِحُكْمِهِ، وَمَنْ اخْتَارَهُ الطَّرْفَانِ لِلتَّحَاكِمِ إِلَيْهِ يَسْمَى حَكَمًا أَوْ مُحَكَّمًا أَوْ حَاكِمًا، وَيَسْمَى أَطْرَافَ النِّزَاعِ، الْمُحَكَّمُ فِيهِ أَوْ مُحَكَّمًا بِكسر الكاف وتشديدها. (3)

- **اصطلاحا:** عرفه الفقهاء بتعاريف متعددة، وهي في جملتها لا تخرج عن المعنى اللغوي حيث جاء في الحاوي الكبير "إذا حَكَمَ الخصمان رجلاً من الرّعية ليقضي بينهما فيما تنازعا في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جاز". (4) وقال ابن قدامه "إذا تحاكم رجلان إلى رجل حَكَمَاهُ بَيْنَهُمَا وَرَضِيَاهُ وَكَانَ مَمَّنْ يَصِلِحُ لِلْقَضَاءِ فَحُكْمٌ بَيْنَهُمَا جاز". (5)

غير أنّه يتضح من جملة التعاريف أنّ التّحكيم هو "أن يختار أطراف الخصومة طرفاً ثالثاً بتراضيها ليفصل في النزاع القائم بينهما طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية". (6) والتّحكيم بين الزوجين في اصطلاح الفقهاء هو: "تولية الزوجين المتنازعين رجلين من أهلها للإصلاح بينهما والفصل في خصومتها". (7)

(1) - عمر، زوده، مقال بعنوان "طرق الطعن في الأحكام الصادرة بحلّ الرابطة الزوجية"، مجلة الفكر القانوني، عدد 03، ديسمبر، 1986، ص 42.

(2) - عبد الرحمان، الصابوني، المرجع السابق، ص 88.

(3) - المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط 04، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 190.

(4) - الماوردي، الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد معوض، ج 16، دط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 325.

(5) - ابن قدامه، المقدسي، المغني، ج 14، المرجع السابق، ص 92.

(6) - أحمد، إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط 05، مطابع دار الجمهورية، مصر، 2003، ص 433.

(7) - ابن قدامه، المقدسي، المغني، ج 10، المرجع السابق، ص 264.

أمّا من النّاحية الإجرائية فقد نصت المادة 56 من قانون الأسرة على أنّه: "إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكّمين حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزّوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتها في أجل شهرين." وأضافت المادة 449 ق.إ.م.إ. أنّه: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكّمين تلقائياً إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يُعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة." فإذا تمّ الصّح من طرف الحكّمين يُثبت ذلك في محضر يُصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

وفي الأخير نشير بأن محضر الصّح الذي يُعدّه الحكّمين ليست له ذات الحجّية والقوة التي منحها المُشرّع لمحضر الصّح الذي يتم أمام القاضي وفقاً للمادتين 443 و993 من القانون الجديد، فمحضر الصّح الأول يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر، مثله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط عملاً بالمادة 1004 من نفس القانون، بينما لا يحتاج المحضر الثاني أي مصادقة ليصبح سنداً تنفيذياً.⁽¹⁾

رابعاً : في طرق الطّعن في الأحكام القضائية الصّادرة بشأن الخلع والتّطليق :

إنّ الحكم الصادر في شأن أحكام الخلع والتّطليق يخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأعمال القضائية، ومن ثمّ يجوز الطعن فيهما بطرق الطعن العادية وكذا طرق الطعن الغير العادية، وهذا ما سأحاول بيناه من خلال النقاط التالية : أتحدث في الأولى فيما يتعلق باستئناف أحكام الخلع والتّطليق وأتحدث في الثانية عن الطعن بالنقض في أحكام الخلع والتّطليق، لأتحدث في الأخير عن الآثار المترتبة عن الحكم بالخلع والتّطليق.

1. الطّعن بالاستئناف في أحكام الخلع والتّطليق:

الاستئناف هو أحد طرق الطعن العادية يرفع ضد حكم محكمة الدرجة الأولى بقصد تحديد النزاع أمام جهة الدرجة الثانية قصد إلغائه أو تعديله، ويجب أن يرفع في مهلة لا تتجاوز شهر من تاريخ التبليغ للحكم إذا كان حضورياً أو من تاريخ انقضاء المعارضة إذا كان غيابياً، وطبقاً للمادة 332 فإنّ الاستئناف يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة.⁽²⁾

- فما مدى قابلية الحكم بالخلع وكذا التّطليق للطّعن بالاستئناف ؟

(1) - عبد الرحمان، بربارة، المرجع السابق، ص 339.

(2) - أنظر، المادة 332، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق .

أ - مدى قابلية الحكم بالتطليق لظعن بالاستئناف:

بالرغم أن المشرع في التعديل الأخير قد خرج عن صمته وأعلن أنه لا فرق بين الطلاق والتطليق في عدم القابلية للظعن بالاستئناف، واضعاً بذلك حداً للتناقض في الاجتهادات القضائية، إلا أن التحليل القانوني لمسألة التطليق يستوجب لماذا لا يقبل التطليق الاستئناف؟

مع أن هناك خلافاً في طبيعة كل منهما فدور القاضي في التطليق يختلف عن دوره في الطلاق حيث يقتصر دوره في الطلاق على إثبات إرادة الزوج. (1) بينما نجد حكم القاضي في التطليق مُنشئ وليس كاشف طالما أن العصمة هنا بيد الزوج كأصل عام والزوجة تطلب التفريق بناءً على ضررٍ محددٍ من الأضرار المذكورة في المادة 53 المعدلة من المشروع. (2) وبالتالي فإن نطق القاضي بالتطليق يستند إلى تقدير شخصي لأسباب التطليق، وقد يقع في الغلط أو يُدلس عليه أو تستعمل الزوجة الغش أو يخطأ القاضي في التقدير. (3) فوجب أن تكون أحكام التطليق قابلةً للاستئناف، حتى يُسمح لقضاة المجلس وهي تشكيلة جماعية أن تراقب أحكام المحاكم في هذا الصدد والقضاء إماماً بتأثيرها أو بإلغائها عند الاقتضاء والتصدي للفصل من جديد كما يقتضيه القانون، ويتم احتساب العدة من تاريخ صدور الحكم النهائي بالتطليق، أي من تاريخ صيرورة حكم الدرجة الأولى القاضي بالتطليق نهائياً بعد استنفاد أجل الطعن فيه، أو من تاريخ صدور قرار المجلس القضائي في حال استئنافه. (4) وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن أن موقف المحكمة العليا بخصوص هذه المسألة قد انقسم إلى اتجاهين. (5)

- الاتجاه الأول: يجيز الطعن في الاستئناف في أحكام التطليق و الخلع معتمداً في ذلك على نص المادة 57 ق.أ.ج التي لم تنص صراحة على أن الأحكام الصادرة بالتطليق أو الخلع لا تقبل الاستئناف، وطالما أنه لا يوجد نصٌ صريحٌ يستثنى ذلك فبمفهوم المخالفة فلهذا يجوز استئناف أحكام التطليق و الخلع طبقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ: 1993/04/27 تحت رقم 89625 قضى برفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة في 1990/06/16 والذي صرح بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتطليق حيث جاء في حيثياته: **"فالقضاء بالتطليق عن طريق المجلس مندرج في اختصاصاته ذلك أن المادة 57 من**

(1) - أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 296.

(2) - أنظر، المادة 53، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 22.

(3) - عبد القادر، بن داوود، المرجع السابق، ص 164 .

(4) - نسيم، ولد عمار، المرجع السابق، ص 49 .

(5) - يوسف، عزيزية، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003 - 2004، ص 47-48 .

قانون الأسرة لا تجيز الاستئناف في الأحكام بالطلاق والحكم المستأنف لم ينص بالطلاق وإنما بالتطليق.

- الاتجاه الثاني : يعتبر الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف لأن هناك فرقاً بين الطلاق الصادر بإرادة الزوج والذي لا يقبل الاستئناف تطبيقاً للمادة 57 ق.أ.ج و بين الطلاق و الخلع الذي تطلبهما الزوجة استناداً إلى أحكام المادتين 53 و 54 ق.أ.ج و اللذين يقبلان الطعن بالاستئناف. وفي هذا الشأن صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا التي أعتبرت فيها الأحكام الصادرة بالتطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف منها القرار المؤرخ في : 1998/02/17 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية حيث وقع الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر الذي قضى بإلغاء الحكم المعاد و القضاء من جديد بالتطليق فانتهى هذا النقض إلى الرفض، ومن ثم استوجب تعديل أحكام المادة 57 بشكل صريح وواضح حتى لا يترك أي لبس (1) و منه تنقضى تناقض الاجتهاد القضائي في تفسير المادة 57 فنص الاقتراح بتعديل المادة 57 المعدلة على أن يكون مؤداها: "أن أحكام الطلاق بناء على طلب الزوج و الأحكام بالتطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف إلا في جوانبها المادية."

ب - مدى قابلية الحكم بالخلع للطعن بالاستئناف :

سبق وأن بيننا أن قرارات المحكمة العليا تضاربت بين اتجاه يجيز استئناف أحكام الخلع، وقرارات تمنع استئناف أحكام الخلع ، غير أنه و بعد التعديل نجد أن المادة 57 ق.أ.ج قد نصت على أنه: "نكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية . " ولما كان الطلاق بيد الزوج فهو حق إرادي يملكه الزوج ، ومن هنا فإن حكم القاضي يُعتبر كاشفاً للحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة وهو نفس الشيء بالنسبة للخلع الذي هو اتفاق بين الزوجة و الزوج على مخالفته مقابل مال تدفعه له ، و عندها ما على القاضي إلا بكشف إرادة الزوجة في وثيقة رسمية تَحْتَجُّ بها أمام الغير.

هذا ما أخذ به المشرع في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم 02/05 في مادته 57 المعدلة على أن الأحكام القاضية بالخلع تقع نهائياً لأن الخلع في الشريعة الإسلامية يقع بانئاً وبالتالي فلن الخلع لا يقبل الاستئناف إلا في جوانبه المادية . (2) هذا ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/20 و الذي جاء فيه : "من المقرر قانوناً أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا جوانبها المادية و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعد مخالفاً للقانون و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم و القاضي بالطلاق بالخلع إلى الطلاق

(1) - عبد القادر، بن داوود، المرجع السابق، ص 122 .

(2) - أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 297-298 .

بتظلم الزوج قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون".⁽¹⁾

وخلاصة القول فإن الأحكام الصادرة بالخلع ليست إلا قرارات ولائيه ، هي شكل لممارسة الحق الإرادي الذي تتمتع به الزوجة ، حيث يُخول لها هذا الحق أنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج لقاء بدل تدفعه للزوج لا يقل عن مه ر المئ وقت الحكم وعمل القاضي هنا يدخل ضمن الوظيفة الولائية. وبالتالي لا يخضع هذا العمل للطعن بالاستئناف المقرر ضد الأحكام القضائية ، لأن ما صدر عن القاضي ليس إقراراً ولائياً يخضع للتظلم فيه.⁽²⁾

2. الطعن بالنقض في أحكام الخلع و التّطليق :

الطّعن بالنقض هو طريق من طرق الطعن الغير العادية و يجب أن يُبْنَ على وجه واحدٍ أو أكثر من الأوجه المنصوص عليها في المادة 358 من ق.إ.م.إ و هي 18 حالة⁽³⁾ و بالتالي فإن أوجه الطعن بالنقض تضاعفت ثلاث مرات مقارنة بما تضمنته المادة 233 في القانون القديم، ولا يطعن بهذا الطريق طبقاً لنص المادتين 349-350 من ق.إ.م.إ في الأحكام و القرارات الصادرة في آخر درجة عن المحاكم و المجالس القضائية (م 349) و في الأحكام و القرارات الصادرة في آخر درجة والتي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكلية أو بعدم القبول أو أي دفع آخر (م 350). وأضافت المادة 361 ق.إ.م.إ حيث نصت على ما يلي : " لا يترتب على الطعن بالنقض و وقف تنفيذ الحكم أو القرار ماعدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم و في دعوى التزوير. " إن أحكام الخلع و التّطليق إذا صدرت فإنها غير قابلة للاستئناف إلا فيما يخص جوانبها المادية فقط كما بيناه سابقاً ، وهذا ما نلاحظه في جميع الأحكام الصادرة بش أن التّطليق عبر كافة محاكم الوطن ، إذ نجد قضاة أقسام شؤون الأسرة يستعملون في منطوق الحكم العبارة التالية : " فصلاً في مسائل شؤون الأسرة حكمت المحكمة علنياً حضورياً نهائياً فيما يخص التّطليق - الخلع ، و ابتدائياً فيما عداه . " و بالتالي فإنه لا يبقى إلا الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.⁽⁴⁾

فيتين مّا تقدم إن الأحكام الصادرة بالتّطليق و الخلع تقبل الطّعن بالنقض ، مادام لم يوجد نصّ خاص يقضي بخلاف ذلك .

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 72858، بتاريخ 1991/03/20، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1993، ص 97.

(2) - عمر، زوده، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وطرق الطعن فيها، دط، دار النشر أنسكلوبيديا، د س ن، ص 164.

(3) - أنظر، المادة 358، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق .

(4) - نسيم، ولد عمار، المرجع السابق، ص 50.

03- الآثار المترتبة عن الحكم بالخلع و التّطليق :

إنّ آثار الحكم بالتّطليق هي نفسها آثار الحكم بالطلاق خلغاً مع اختلاف بسيط يحكم في أنّ التعويض في الخلع يكون من طرف الزّوجة و سنتكلم في هذه النقطة عن الآثار العامة التي يشترك فيها كلٌّ من الخلع و التّطليق و ذلك بشيء من الإيجاز لأننا سنتطرق إلى ذلك في المباحث اللاحقة بأكثر تفصيل و تتمثل هذه الآثار فيما يلي :

أ- نفقة العدة :

والعدّة هي المهلة أو المدة التي منحتها الشريعة و كذا القانون للزّوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أو الحامل أو المفقود عنها زوجها أن تتربص بها ، ولا يمكن لها أن تتزوج خلال هذه المدة إلاّ بعد انتهائها و قد نصّ المشرّع في المادة 58 ق.أ.ج: " تعتد المطلقة الم دخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليأس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق . " لتضيف المادة 60 : " عدة الحامل هو وضع حملها وأقصى مدة حمل (10) أشهر من تاريخ الطلاق . " والهدف من العدة هو استبراء الرحم، فكل مطلقه معتدة تستحق نفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها ، و يجب على المطلق أن يتحمل نفقة العدة ، وعلى المحكمة أن تحددها سواء شهرياً أو إجمالياً و لكن في الميدان العملي فلننّها تحدّد إجمالياً وعلى القاضي أن يراعي عند تقديرها حال الطرفين (1) طبقاً لما نصّت عليه المادة 80 ق.أ.ج هذا ما أكدته المحكمة العليا بدورها في اجتهادها القضائي الصادر بتاريخ 1989/12/25 جاء فيه : " من المقرر قانوناً أنّه تستحقّ النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بيّنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى " (2)

فالعدّة واجبة على الزّوجة إذا كانت مدخ ول بها، أمّا إذا لم يكن مدخل بها و لم يكن هناك دخول أو خلوة صحيحة فلا عدة للمرأة ، ذلك أنّ المشرّع لم يذكر المطلقة غير المدخول بها ضمن نص المادة 58 السابقة الذكر ، هذا ما أكده القرار الصادر بدوره عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/06/18 و الذي جاء فيه : " من المقرر شرعاً أنّه تستوجب العدة للمرأة المطلقة و المتوفى عنها زوجها، ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها، ولمّا كان ثابتاً في قضية الحال أن المطعون ضدها طرقت و أعادت الزّواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها ، فلبن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزّواج لعدم إتمام العدة من الزّواج الأول والحكم بصحة الزّواج ورجوع الزّوجة إلى بيت الزوج طبقوا صحيح القانون. و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن " (3)

(1) - يوسف، عزيرية، المرجع السابق، ص 42 .

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 57506، بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، عدد 03، لسنة 1991، ص 65.

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 137571، بتاريخ 1996/06/18، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1997، ص 93.

ب - نفقة الإهمال :

نصت المادة 74 ق.إ.ج على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيوت مع مراعاة أحكام المواد 78.79.80 من هذا القانون." و عليه فلن نفقة الزوجة مبدئياً واجبة على زوجها سواء كان م وسراً أو غنياً أو معسراً أو فقيراً، و من حق الزوجة أن تطالبه بها في كل وقت مادامت في عصمته شرعاً وما دام عقد الزواج قائماً. وإذا توقف الزوج عن الإنفاق على زوجته المدخول بها فلن من حقها أن ترفع دعوى أمام القضاء وتطلب الحكم عليه بالإنفاق نتيجة إهماله لها، كما يجوز الحكم بنفقة المتعة ونفقة الإهمال بحكم واحد.⁽¹⁾

ج - الحضانة :

نص عليها المشرع في المادة 62 بقوله: "أن الحاضنة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقاً." في حين نصت المادة 64 من نفس القانون على الأولوية في حضانة الولد فنصت: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة." في حين نصت المادة 65 على مدة الحضانة فنصت: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات إذا كانت الحضانة الأم لم تتزوج ثانية ولللأنتى ببلوغها سنّ الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أم لم تتزوج ثانية." في حين تحدثت المادة 72 من نفس القانون على نفقة المحضون و سكنه هذا ما سيبينه في المباحث القادمة بأكثر تفصيل.

د - النزاع حول متاع البيت :

نصت المادة 73 ق.إ.ج على أنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورتتهما في متاع* البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورتتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورتته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشاركات بينهما يتقسمانها مع اليمين." فللمادة واضحة بمنطوقها غير أنه و في حالة إذا ما أنكر أحد الزوجين أن ما يدعيه الطرف الآخر من أثاث غير موجود فعلى الطرف الذي يدعي وجود ذلك إثبات ذلك بكل وسائل الإثبات المقررة في القانون المدني.⁽²⁾ فيتضح من خلال المادة أن النزاع حول متاع البيت وأثاته ينتهي لصالح من له بينة. وقد صدر في شأن ذلك من المحكمة العليا عدة

(1) - نسيم، و لد عمار، المرجع السابق، ص 50 .

* - يقصد بالمتاع كل ما يوجد بمسكن الزوجية من أثاث و أواني و لباس و حلي .

(2) - يوسف، عزيرية، المرجع السابق، ص 44.

قرارات نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 1988/07/18 جاء فيه : " متى كان مقرراً شرعاً أن البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر و من ثمة فإن إدعاء الزوج أن زوجته أخذت مصوغاتها و أثاثها وملابسها يصير مكلفاً بإثبات دعواه فلين عجز فالقول للزوجة مع يمينها ومن ثم ف إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية ولمّا كان في قضية الح ال أنّ الخلاف حول متاع البيت لم يكن حول وجود ه لمنزل الزوجية بل كان حول إدعاء الزوج أنّ زوجته أخذته معها فإنّ قضاة الموضوع حينما عكسوا الأمر ووجهوا اليمين للزوج وهو مدع و تلقوها منه مباشرة يكونون بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه." (1)

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 1989/01/16 والذي جاء فيه : " من المستقر عليه قضاءً وشرعاً أنّ أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكاً للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبيّنة أن ذلك ملكٌ لها اشترته أو هو من جملة صداقها فلين لم يكن هذا فالزوج أحقُّ به مع يمينه و من ثمّ ف إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية و لها كان من الثابت في قضية الحال أنّ الزوج اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فلنّهُ استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه فلينّ المجلس القضائي الذي اعتبرها استثناء للزوج داخلًا في أمتعة زوجته و حكم لها به دون أن يطالبها بإقامة البيّنة على أشياء هي للرجل يأخذها بعد حلفه يكون بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه." (2)

أمّا عند اشتراك الشيء بين الزوجين، فإنّ المحكمة تقضي بقسمته بينهما مع تحليفهما اليمين.

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 50075، بتاريخ 1988/07/18، المجلة القضائية، عدد 4، لسنة 1990، ص 64.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 52212، بتاريخ 1989/01/16، المجلة القضائية، عدد 3، لسنة 1991، ص 55.

المطلب الثالث :

السُّلْطَةُ التَّقْدِيرِيَّةُ لِلْقَاضِيِ لِلْحُكْمِ بِالْخَلْعِ :

إنَّ سلطة القاضي التَّقْدِيرِيَّةَ للحكم في ال بَفْوِيقِ بِالْخَلْعِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِي تَخْتَلِفُ عَنْهَا فِي الْقَانُونِ الْوَضْعِي، فَإِنْ رَجَعْنَا إِلَى الْفِقْهِ الْإِسْلَامِي نَجِدُهَا تَدُورُ بَيْنَ مَنْ يَرَى أَنَّهُ لَا حَاجَةَ لِتَدْخُلِ الْقَاضِي فِي حُكْمِهِ بِالْخَلْعِ، وَ مَنْ يَرَى بِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَقَعَ الْخَلْعُ إِلَّا بِحُكْمِ الْقَاضِي وَ أَنَّ لَهُ سُلْطَةَ تَقْدِيرِيَّةَ فِي ذَلِكَ، بَيْنَمَا فِي الْقَانُونِ الْوَضْعِي فَان سُلْطَتَهُ التَّقْدِيرِيَّةَ تَكُونُ مَقْبُودَةً وَ أحيانًا أُخْرَى مُطْلَقَةً ، وَلِبَيَانِ ذَلِكَ ارْتَأَيْتُ التَّطَرُّقَ فِي هَذَا الْمَطْلَبِ إِلَى مَوْقِفِ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِي لِأَتَنَاوَلَ بَعْدَهَا مَوْقِفَ الْقَانُونِ فِي ذَلِكَ.

أولاً : مَوْقِفِ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِي : اختلف العلماء بصدد ذلك إلى رأيين :

1. الرَّأْيُ الْأَوَّلُ: يَرَى هَذَا الْفَرِيقُ أَنَّ الْخَلْعَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى حُكْمِ الْقَاضِي وَ لَيْسَتْ لَهُ أَيْ سُلْطَةُ تَقْدِيرِيَّةَ لِلْحُكْمِ بِهِ، وَإِنَّمَا تَنَمُّ الْمُخَالَعَةُ بِالْتَرَاضِي بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، وَاسْتَدَلُّوا لِرَأْيِهِمْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ الْبَقْرَةَ 229، وَهَذَا مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ جَمْهُورُ الْعُلَمَاءِ الْحَنْفِيَّةِ وَ الْمَالِكِيَّةِ وَ الْحَنَابِلَةِ، وَكَذَا الشَّيْعَةُ وَ الْإِبَاضِيَّةُ وَ الظَّاهِرِيَّةُ وَ الْأَوْزَاعِي وَ الثَّوْرِي. (1) وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ مِنَ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ فِي قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ فَقَصِدَ بِذَلِكَ الزَّوْجَيْنِ وَ لَمْ يَشْتَرَطْ تَدْخُلِ الْقَاضِي .

وَ اسْتَدَلُّوا أَيْضًا بِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ لِامْرَأَةِ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ: " أُنْرِدُكِ عَلَيْهِ حَديقَتَهُ." قَالَتْ: نَعَمْ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَ سَلَامٌ : " خُذْهَا وَ فَارِقِيهَا " فَوَجْهُ الدَّلَالَةِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْخَلْعُ إِلَى السُّلْطَانِ لَمَا سَأَلَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ عَنْ مَوَافَقَتِهَا لِردِّ الْحَديقَةِ وَ لَمَا طَلَبَ مِنَ الزَّوْجِ أَنْ يَفَارِقَهَا ، لِأَنَّ السُّلْطَانَ لَهُ أَنْ يَجْتَهِدَ فِي حُكْمِهِ حَسَبَ مَا يَرَى وَ لَا عِبْرَةَ بِرَفْضِ أَوْ مَوَافَقَةِ الْخَصْمَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا. (2) وَبِذَلِكَ لَا دَخَلَ لِلْقَاضِي بِالْحُكْمِ بِالْخَلْعِ.

2. الرَّأْيُ الثَّانِي: يَرَى هَذَا الْفَرِيقُ أَنَّ الْخَلْعَ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِقَاضٍ وَ اعْتَبَرَهُ شَرْطًا فِي صِحَّةِ الْخَلْعِ، وَ لَهُ السُّلْطَةُ التَّقْدِيرِيَّةَ فِي ذَلِكَ وَهُوَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ وَبْنُ سَرِينِ وَ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ. (3) وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِكَ بِفِعْلِ الصَّحَابَةِ رِضْوَانَ اللهِ عَلَيْهِمْ ، وَ مِنْهُ مَا حَدَّثَ أَيَّامَ عَثْمَانَ وَ عَمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا عِنْدَمَا اخْتَلَعَتْ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا مِنْ زَوْجِهَا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ، فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى عَمَرَ

(1) - ابن قدامه، المقدسي، المغني، ج08، المرجع السابق، ص 175.

(2) - الكساني، المرجع السابق، ص 894.

(3) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج02، المرجع السابق، ص69.

رضي الله عنه فأجازه ، وكذلك الأمر حدث في زمن عثمان بن عفان رضي الله عنه و لم يذكر أحد من الصحابة ذلك. (1)

وهناك قول آخر فيه تفصيل لسعيد بن جبير حيث قال: الخلع بين الزوجين لا يكون إلا حتى يعظ الزوج زوجته، فإن اتعظت وإلا ضربها، فإن اتعظت وإلا رفع أمرها إلى السلطان (القاضي) فيبعث حكماً من أهلها و حكماً من أهله فيسمع كل منهما ما يسمع . يرفع ذلك إلى السلطان (القاضي) فليق رأياً أن يفرق فرّق، وإن رأى أن يجمع جمع. (2)

ثانياً : موقف القانون الجزائري :

بللوجوع إلى نص المادة 54 من ق. أ.ج نجد أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المذاهب الفقهية في سلطة القاضي التقديرية في قضايا الخلع ، حيث حدد دوره في مهمتين أساسيتين هما :

1. المهمة الأولى : تتمثل في الاستجابة التلقائية من القاضي لطلب الخلع إذا طلبته الزوجة، وتؤكد من بُخنيها و كراهيتها لزوجها دون الالتفاتة إلى رأي و إرادة هذا الأخير عكس ما جاءت به الاجتهادات القضائية قبل سنة 1992 التي اعتبرت الخلع عقد رضائي لا يتم إلا بموافقة الزوجين ، ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ، مثلما جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 11/06/1984 والذي نص على أنه : " متى كان من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقداً رضائياً ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع." وكذا القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 21/11/1988 والذي جاء فيه: "من المقرر فقهاً و قضاءً أنّ قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و أن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضاهم الزوج و من ثمّ كان القضاء بما يخالف المبدأ يعدّ مخالفاً لأحكام الفقه." (3) وقد صدر عن المحكمة العليا في هذا الصدد قرار بتاريخ 11/06/1984 جاء فيه : "متى كان من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقد رضائي ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع." (4)

(1) - أحمد بن الحسين، البيهقي، السنن الكبرى، ج7، دط، مطبعة مجلس دائرة المعارف، حيدر آباد، الهند، د س ن، ص316.

(2) - ابن حزم، المحلى، ج9، المرجع السابق، ص514.

(3) - عامر سعيد، الزبياري، المرجع السابق، ص215-216.

(4) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 33652، بتاريخ 11/06/1984، المجلة القضائية عدد 03، لسنة 1989، ص38.

أمّا الاجتهادات القضائية الصادرة بعد سنة **1992** و بعد تعديل المادة 54 من ق.أ.ج بموجب الأمر 02/05 أصبح عقد غير رضائي، يجوز الحكم به من غير رضا الزوج، بل إن القاضي يحكم به ويستجيب تلقائياً لطلب الخلع من الزوجة متى قَدِّمَت المُقَابِلَ المَالِي وطلبت ذلك حتى ولو لم يكن الزوج موافقاً ، وفي هذا الصدد صدر قرار من المحكمة العليا بتاريخ 2005/07/13 نص على ما يلي : " **إنَّ الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي ...**" (1)

وكذا القرار الصادر قَبْلَهُ عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/07/30 جاء فيه : " من المُقرر قانوناً و شرعاً أَنَّ الخلع حقٌّ خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً، ومن ثَمَّ فلين قضاة الموضوع لَمَّا قَضُوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعاً وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فلنَّهَم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من ق.أ.ج ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه." (2)

2. المهمة الثانية : تؤكد على ضرورة تدخل القاضي في تحديد المبلغ المالي أو مقدار العوض في حالة عدم اتفاق الزوجين على ذلك ، والحكم به حيث جاء قرار من المحكمة العليا بتاريخ 2006/10/11 نص على ما يلي: " **لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع و القاضي ملزمٌ بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعاً سواء اتفق الطرفين عليه أم اختلفا.**" (3)

وقد وضعت المادة 54 من ق.أ.ج سقفاً لمقدار الخلع لا ينبغي عليه تجاوزه وهو قيمة صداق المثل، فيجب على القاضي عند تحديده لمقدار الخلع أن يكون مُحايداً و لا يتدخل لصالح أحد المتخاصمين ليرفع من مقدار الخلع أو يخفضه ، وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى في قرار له مؤرخ في 1968/03/22 والذي جاء فيه : " **عندما يتفق الزوجان على مبدأ الطلاق بالمخالعة و يختلفان في بدل الخلع فلنَّه يمكن للقاضي بصفة**

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 336380، بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، ج 01، عدد 61، لسنة 2006، ص 328.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 141262، بتاريخ 1996/07/30، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1998، ص 120.

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 365244، بتاريخ 2006/10/11، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 2007، ص 467.

مطلقة القيام بمهمة التحكيم وتحديد مقابل الخلع انطلاقاً من مقدار الصداق المقدم للزوجة والأضرار الواقعة. " (1)

كما قضى المجلس الأعلى بقرار مؤرخ في 1982/02/8 على أنه : " من المقرر شرعاً أنه للطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالاً لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه. " (2)

وفي هذا الصدد أيضاً أكدت المحكمة العليا على دور القاضي في تحديد مقدار الخلع في قرار صادر عنها بتاريخ 1985/04/22 والذي جاء فيه : " من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم يت عن على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق. وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها و اشتراط الزوج خلعا قدره (50) ألف دينار ورغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معا. " (3)

وكذا القرار الصادر بتاريخ 2001/10/17 الذي جاء فيه : "تحديد مبلغ الخلع عنصر أساسي في الطلاق بالخلع، يحدده القاضي وجوباً في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه. " (4)

ومن خلال ما سبق يتبين لنا جلياً أن التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 قد جعل من الخلع حق إرادي للزوجة مقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق وجعل العصمة بيده ، هذا ما أكدته المادة 54 من ق.إ.ج. وهذا ما أكدته المحكمة العليا هي الأخرى بقرارها الصادر بتاريخ 2011/09/15 والذي نص على أن : " الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج. " (5)

(1) - قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 1968/03/22، مجلة القضائية، عدد 01، ص 35 مكرر.
(2) - قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 26709، بتاريخ 1982/02/08، نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982، ص 258.
(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36709، بتاريخ 1985/04/22، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1989، ص 92.
(4) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 275497، بتاريخ 1985/04/22، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 2004، ص 353.
(5) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 656259، بتاريخ 2011/09/15، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 2012، ص 318.

خاتمة الفصل

جَعَلَ الشَّارِعَ الحَكِيمَ العِصْمَةَ بيدِ الزَّوْجِ و أعطاه الحَقَّ في إنهاء الرِّابطة الزَّوجية وفقاً لإرادته و مشيئته، وبالمقابل لم يُهْمَلْ جانب المرأة في ذلك بل شرع لها طريقتين للخلاص من هذه الرِّابطة بطلب منها إذا ما استحالت العشرة الزوجية بينهما و ساد الشَّقَاقُ ، و على غرار ذلك سار المُشَرِّعُ الجزائري في المادتين (53-54) من قانون الأسرة و اللّتين تناولت موضوعي التّطليق و الخلع ، الأول يتّم بحكم القاضي طالما أنّ الزَّوجة متضررة من العشرة معه، و حقوقها مهضومة و ذلك استناداً على أسباب أوردتها المُشَرِّعُ على سبيل الحصر في المادة (53) من قانون الأسرة ، و في غيابها بيّض القاضي دعوى التّطليق لعدم التّأسيس ، و لا يبقى لها سوى اللُّجوء إلى الطريق الثّاني المتمثل في الخلع في حالة كُرْهها لزوجها خوفاً من عدم إقامة حدود الله لتفتدي نفسها مقابل مبلغ من المال تدفعه له كتعويض عما دفعه لها من مهرٍ حتى لا يُضَارَ هو الآخر من تلك الفرقة.

فبِالرَّغْمِ من كون التّطليق و الخلع طريقتين لفك الرِّابطة الزوجية بطلب من الزَّوجة إلّا أنّهما يختلفان من عدة نواحٍ ، فنجد مثلاً أنّه يشترط في الخلع صيغة معينة تتّم بلفظ الخلع و ذكر البديل بينما لا يشترط هذا في التّطليق بل يكفي توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في قانون الأسرة ، و التي يُنح فيها القاضي السلطة التقديرية الواسعة في مدى مطابقتها الوقائع للقانون و الموازنة بين طلبات الزَّوجة و دفع زوجها و من ثمّ منحها التّطليق ، بينما تُضيقُ سلطته في الخلع لتقتصر فقط على تقدير بدّله في حالة اختلافهما في تحديده.

و بعد الوقوف على مختلف العناصر و النّقاط الأساسية لموضوعي التّطليق و الخلع تبيّن لنا أنّ المُشَرِّعَ الجزائري وبالرَّغْمِ من نصّه عليهما، إلّا أنّه ترك الكثير من الأمور المتعلقة بهما في حالة إبهام و غموض ممّا نتج عنه تذبذب في الاجتهادات القضائية على مستوى المحكمة العليا و تناقض في أحكام المحاكم و المجالس القضائية.

الفصل الثاني

التعديلات المتعلقة بالأحكام الإجرائية

لإحلال الرابطة الزوجية

الفصل الثاني:

التعديلات المتعلقة بالأحكام الإجرائية لانحلال الرابطة الزوجية:

لم تحظ الأحكام الإجرائية باهتمام كبير من قِبَل فقهاء الشريعة الإسلامية قياساً على الأحكام الموضوعية ويعود ذلك إلى أن الأحكام الإجرائية ترتبط بواقع المجتمع.

فالأحكام الإجرائية تعتبر انعكاساً ومقياساً لمدى تطور المجتمع، فكلما كان المجتمع بسيطاً كانت الحاجة إلى الأحكام الإجرائية قليلة، وكلما تَعَقَّدَتْ سُبُلُ الحياة دعا ذلك إلى إيجاد أحكام إجرائية جديدة تبعاً لهذا التعقيد.

وبناءً على ما سبق فقد جاء قانون الأسرة الجديد بأحكام إجرائية جديدة لانحلال الرابطة الزوجية، وذلك من خلال تفعيل دور النيابة العامة في دعاوى الأحوال الشخصية من خلال نصّ المادة المستحدثة (03 مكرر، وكذا طبيعة أحكام فك الرابطة الزوجية والتدابير الإستعجالية المتعلقة بها، والتي تضمنتها بدورها المادة (57) مكرر وفقاً للأمر 02-05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005.

وتفريعاً عن هذا سأتناول في هذا الفصل من المذكرة مبحثين هما :

المبحث الأول: النيابة العامة في القضايا المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية وشؤون الأسرة ؟

المبحث الثاني: القضاء الإستعجالي في القضايا المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية وشؤون الأسرة ؟

المبحث الأول:

النّياية العامة في القضايا المتعلقة بانحلال الرّابطة الزوجية وشؤون الأسرة:

لقد أضحت النّياية العامة في الدولة الحديثة هي السلطة المختصة أصلاً بإقامة الدعوى العمومية، غير أنّه وخلافاً للدور الأصلي للنّياية العامة في تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء الجزائي، فقد منح المشرّع الجزائري للنّياية العامة حق التدخل في الدعاوى المدنية بهدف حماية النّظام العام، ويتّم هذا التدخل أمّا بصفتها خصم في الدعوى كمدعية أو مدعى عليها، وأمّا بصفتها متدخلة في خصومة قائمة من أجل إبداء الرأي بما يحقق سلامة تطبيق القانون.

غير أنّ المشرّع الجزائري وبالرغم من وجود قضايا ليس لها ارتباط بفكرة النّظام العام إلاّ أنّه جعل النّياية العامة طرفاً أصلياً فيها، وهو ما استحدثه ضمن المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل بموجب الأمر 02-05. - فما الهدف الذي أراده المشرّع من جعل النّياية العامة طرفاً أصلياً في قضايا شؤون الأسرة بالرغم من أنّها ليست كلها متعلقة بالنّظام العام؟ وإن كان الأمر كذلك فصدّ من ستكون خصماً؟ فارتأيت أن أبحث في أصل هذا الموضوع وذلك من خلال نصّ المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري فقمت بمعالجة هذا المبحث وفقاً وتبعاً للمطالب الآتية :

المطلب الأول: مفهوم النّياية العامة؟

المطلب الثاني: دور ومركز النّياية العامة في قضايا الأسرة وانحلال الرّابطة الزوجية و دعاويها ؟

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن اعتبار النّياية العامة طرفاً أصلياً في قضايا الأسرة وانحلال الرّابطة الزوجية وشؤون الأسرة ؟

المطلب الأول :

مفهوم النيابة العامة :

باعتبار أن الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع، فإنّ المُشرِّع قد عمل جاهداً على تنظيمها تنظيماً دقيقاً وضعا لها جداراً منيعاً يحميها من التشتت والانحراف ضمن موضوعات قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 ومن الموضوعات التي أدرجها المُشرِّع ضمن طيّات قانون الأسرة بموجب التعديل الأخير السابق الذكر أن جعل من النيابة العامة طرفاً أصلياً في قضايا شؤون الأسرة - **فما مفهوم النيابة العامة؟** وبُغية التعرف على ذلك ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع أتحدث في الفرع الأول: عن تعريف النيابة العامة لأتحدث في الفرع الثاني: عن خصائص النيابة العامة وأخلص في الفرع الثالث للحديث عن طبيعة النيابة العامة .

الفرع الأول : تعريف النيابة العامة :

لم تعرف مؤسسة النيابة العامة، إلا بعد أن مرَّ حق الإدعاء أو مرَّ حق مرتكب الجريمة أمام القضاء، فقد كان الاتهام الفردي هو النظام المعروف في العصور القديمة، ثم تلاه نظام الاتهام الشعبي، فنظام الاتهام القضائي، وأخيراً برز نظام الاتهام العام.

ويعرف القانون الفرنسي الصادر في عام 1759، النيابة العامة بأنها قضاء من نوع خاص قائم لدى بعض المحاكم لتمثيل المجتمع، وهي مكلفة بإقامة الدعاوى ومباشرتها، وحمل المحاكم على جعل أحكامها منطبقة على القواعد النافذة، ثم تنفيذ هذه الأحكام بعد اكتسابها الدرجة المبرمة.(1)

وقيل فيها أيضاً أن المُشرِّع قد وضع الاتهام القضائي في حراسة النيابة العامة منذ بدايته وحتى نهايته، فهي تبدأ الدعوى وتُحرِّكها وتُباشِرُها، وتوضحها وتؤيدها وتحييها من روحها وتنعشها من فكرها، وتوجهها حتى الحكم النهائي، وتصادق عليه في النهاية.(2)

ومن زاويةٍ نَظَرٍ أخرى يمكن القول بأنَّ العبارة الشائعة "النيابة العامة" تعني في ذات الوقت مرفقاً عمومياً، أي قطاعاً من قطاعات الدولة من جهة، والهيئة المنظمة التي ينضوي تحت لوائها القضاة المختصون لتحريك الدعوى العمومية وممارسة المتابعة أو طرق الطعن والسهر على تنفيذ الأحكام، فقضاء النيابة العامة، أو القضاء الواقف كما يطلق عليها، يبقى أولاً وأخيراً هيئة قضائية مهنية ثابتة في نسيج التنظيم

(1)- عبد الوهاب، حومد، أصول المحاكمات الجزائية، ط04، المطبعة الحديثة، دمشق، 1987، ص24.

(2)- محمد عيد، الغريب، المركز القانوني للنيابة العامة، دراسة مقارنة، ط01، دار الفكر العربي، 2001، ص7.

القضائي، تنوب عن المجتمع في القضايا الجزية وتشكل مؤسسة حاضرة في بعض القضايا المدنية، فقد ظهرت النيابة العامة باعتبارها الهيئة التي أسندت إليها مهمة توجيه الاتهام ومباشرة نيابته عن الدولة. (1) ونشأت عبر تطور تاريخي عرفته الأنظمة الإجرائية ابتداء من نظام الاتهام الفردي إلى الاتهام العام الذي يتولاه جهاز خاص بنسبة لجرائم محددة، ترتكب أضراراً بالسلطة الحاكمة. (2)

فالنيابة العامة إذن هي الجهاز أو الهيئة التي عهد إليها المشروع بتحريك الدعوى العمومية، ومراقبة سيرها إلى غاية صدور الحكم فيها ثم تنفيذه، ويمكن القول أن النيابة العامة قضاء خاص قائم بذاته لدى كل محكمة، تسعى إلى تمثيل المجتمع والدود عن مصالحه العليا، فهي الخصم الشريف الذي يحرك الدعوى العمومية أو يباشرها، ويعمل ما في وسعه لحسن تطبيق القانون أمام القضاء، وتأكيد سيادته من خلال سهره على التطبيق والتنفيذ معاً. والنيابة العامة من خلال هذا العمل ليست خصماً عادياً في الدعوى العمومية وإنما تمارس وظيفة أسندت لها تشريعياً تخولها جانباً من السلطة العامة.

وقد اعتبرها البعض بأنها منظمة إجرائية متخصصة، تنوب عن المجتمع في أداء مهمة التطبيق السليم لأحكام القانون الجزائي، وقد أسند المجتمع إليها وحدها مهمة مطالبة السلطة القضائية بأعمال أحكام القانون الجنائي الموضوعية، ومتابعة هذه المطالبة إلى حين صدور الحكم البات الكاشف عن وجود أو عدم وجود حق الدولة في العقاب.

ومن خلال هذه التعريفات وغيرها كثير يتضح أنها تصب في مصب واحد هو محاولة الوقوف على مختلف الاختصاصات المسندة للنيابة العامة، ونظراً لتعدد هذه الاختصاصات فإنه من الصعوبة بمكان أن يقف الدارس على تعريف جامع مانع يحيط بكل جوانب النيابة العامة، وإنما يبقى كل تعريف يخدم نظرة صاحبه من خلال الزاوية التي ينظر منها إلى هذه الدراسة.

لقد ظهرت النيابة العامة باعتبارها الهيئة التي أسندت إليها مهمة توجيه الاتهام ومباشرة نيابته عن الدولة، ونشأت عبر تطور تاريخي عرفته الأنظمة الإجرائية ابتداءً من نظام الاتهام الفردي إلى الاتهام العام الذي يتولاه جهاز خاص بالنسبة للجرائم محددة ترتكب أضراراً بالسلطة الحاكمة. (3)

(1)- عبد الفتاح بيومي، حجازي، سلطة النيابة العامة في الحفظ والأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية "دراسة مقارنة"، ط01، د م ن، 1993، ص 13.

(2)- أحمد فتحي، سرور، أصول الإجراءات الجنائية، دط، د ر ن، د م ن، 1970، ص 47.

(3)- محمد، عيد الغريب، المرجع السابق، ص 17.

الفرع الثاني: خصائص النيابة العامة:

بعد التطور الذي شهدته النيابة العامة والذي تجاذبته عدة نظريات فإنها وصلت إلى ما وصلت إليه من درجات التطور محملة بمجموعة من الخصائص التي قلما تجتمع في مؤسسة غيرها، ولذا سأحاول الوقوف عند كل خاصية من هذه الخصائص وذلك تبعاً لما يلي:

أولاً: التبعية التدريجية:

تتفق التشريعات المقارنة على أن أعضاء النيابة العامة متدرجون في ترتيبهم الوظيفي، وهذا يعني أن جميع أعضاء النيابة العامة مرتبطون بقاعدة تسلسل السلطة إدارياً، فرئيس النيابة العامة هو الذي يرأس هذه المؤسسة حيث يتبعهم بالتدرج مساعده، ثم النواب العامون فمساعدهم، ثم المدعون العامون ومساعدهم. وهم من الناحية الإدارية يتبعون وزير العدل، ويلتزمون بالأوامر وتعليمات الخطية الصادرة منه، إلا أن لهم مخالفة أوامره بعكس ما يطلب منهم، فإذا طلب الوزير من رئيس النيابة العامة، أو من أي نائب عام عدم تحريك الدعوى وإقامتها، وقام النائب العام بتحريكها، فإن إجراءه صحيح، ولكنه عرضة للمسؤولية التأديبية لمخالفته الأمر الصادر إليه (1) وعلى خلاف ذلك فالنواب العامون والمدعون العامون وجميع أعضاء النيابة العامة ملتزمون بالأوامر التي يصدرها رئيس النيابة العامة فيما يتعلق بسلطة الاتهام، وليس لهم مخالفته، وقيام النائب العام بالإشراف على أعمال المدعين العامين، وجميع أعضاء النيابة العامة ملتزمون بالأوامر التي يصدرها رئيس النيابة العامة فيما يتعلق بسلطة الاتهام وليس لهم مخالفته، وقيام النائب العام بالإشراف على أعمال المدعين العامين موظفي الضابطة العدلية إنما هو لضمان حسن سير العدالة، وتصحيح الأخطاء وتلاقي التأخير، ومساعدهم على إتقان عملهم ومن الناحية العملية فإن مخالفة النيابة العامة لوزير العدل نادراً ما يحدث، لأن رئيس النيابة العامة هو الذي يتولى نقلهم من محكمة لأخرى متى يشاء، ويستمد سلطته من القانون مباشرة (2) ويستمد كل عضو من أعضاء النيابة اختصاصاته المحددة له من القانون مباشرة، فلا يباشرها بالوكالة عن رئيس النيابة أو بتفويض منه. وتستهدف التبعية التدريجية لأعضاء النيابة العامة للسيطرة على عمل النيابة العامة وضمان سلامته، إذ يمكن عن طريق الرقابة والتوجيه من الرئيس للمرؤوس تصحيح الأخطاء، وضبط الوسائل التي تكفل استمرار العمل بطريقة متقنة، وسد ما يحدث في العمل من ثغرات، وإرسال قواعد الأداء على أسس سليمة.

(1) - فاروق، الكيلاني، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج1، دط، د ر ن، دم ن، 1981، ص165.

(2) - محمود نجيب، حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 03، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، 1988، ص86.

ثانياً: استقلالية النيابة العامة :

لتمكين النيابة العامة من القيام بوظيفتها الأساسية والمتمثلة في توجيه التهمة والمطالبة بتوقيع العقوبة يجب أن تتمتع بقدر كبير من الحرية والاستقلالية في أداء مهمتها خاصة اتجاه قضاء الحكم حيث أنه أثناء المحاكمة تقدم النيابة العامة طلباتها فلا يملك قاضي الحكم أن يطلب من النيابة العامة التنازل عن الدعوى، أو توجيه لوم لعضو النيابة العامة، كما يلتزم قاضي الحكم بالوقائع المعروضة عليه والأشخاص الذين تم ذكر أسمائهم بحيث لا يجوز للمحكمة أن تفصل في واقعة لم ترد في قرار الاتهام، ولا أن تحكم على شخص لم يرد اسمه في هذا القرار.(1)

وبذلك فإن النيابة العامة تُعتبر مستقلة عن القضاء من حيث الوظيفة، إذ أن وظيفة النيابة العامة تقتصر على التحقيق و الاتهام، بينما يختص القضاء بالحكم ويترتب على استقلال النيابة العامة عن القضاء من الناحية الوظيفية نتائج يمكن تلخيصها فيما يلي:

- 1- لا يجوز للمحاكم أن توجه اللوم للنيابة على ما أبدته من طلبات، أو عمل قامت به أو أن تحل مكانها في إقامة الدعوى، فلا يجوز للمحاكم تجريح تصرفات أو آراء النيابة العامة، أو أن توجه اللوم أو النقد سواءً أكان ذلك بصورة شفوية أثناء المحاكمة أو كتابةً في الحكم، وإلا تكون بذلك تجاوزت حدود سلطتها، ونصبت نفسها رئيساً على النيابة العامة ومراقباً على أعمالها .
- 2- لا يجوز للمحاكم أن توجه النيابة في كيفية إبداء مطالعاتها، أو بسط آرائها أمامها.
- 3- ليس للمحاكم تكليف النيابة برفع دعوى جزائية على شخص معين، ولا تخضع النيابة عندما تقدم دعواها لأي إذن مسبق من المحاكم.
- 4- يمتنع على عضو النيابة الذي حقق في قضية، أو اتخذ إجراءات فيها أن يكون قاضياً في تلك القضية، لأنه لا يصح أن يكون الشخص خصماً وحكماً في آن واحد.
- 5- لا يجوز للمحكمة أن تمتنع عن الفصل في طلبات النيابة، كما أن القضاء لا يتقيد بالتكييف القانوني للواقعة المرفوع بها من قبل النيابة العامة، فللمحكمة أن تسبغ على الواقعة المعروضة أمامها الوصف القانوني، دون اعتداد بالوصف الذي وصفته النيابة لها، وإن لم ترضي النيابة العامة بعمل المحكمة فلا سبيل أمامها سوى أن تطعن في حكمها.

(1)- عمر، خوري، شرح قانون الإجراءات الجزائية "محاضرات ملقاة على طلبة الحقوق"، جامعة يوسف بن خدة، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص12

6- ليس لمحكمة الجنايات أن ترمي النيابة العامة أنها أصرفت في الاتهام، وفي حشد التُّهم * فالنيابة العامة لها الحرية التامة في بسط أرائها لدى المحاكم في الدعوى العامة دون أن يكون للمحاكم حق في الحد من تلك الحرية، إلا ما يقتضي به النظام، وحقوق الدفاع، ولا ينبو عن المنطق الدقيق.

7- كما أن النيابة العامة مستقلة تجاه الخصوم، فهي صاحبة الحق المطلق في إقامة الدعوى أو عدم إقامتها، وحتى في الحالات التي أجاز القانون لبعض الهيئات حق تحريك الدعوى الجزائية، فإن مبدأ استقلال النيابة العامة تجاه الخصوم يضل محترم وأن ممثلها يضل حراً في مساندة الاتهام أو عدم مسانדתه، لأنها طرف أصلي في الدعوى العامة.(1)

8- لا تتأثر سلطة النيابة العامة بتحريك الدعوى العامة بنتازل المجني عليه، أو المتضرر من الجريمة عن حقوقه إلا إذا تطلب القانون ذلك، وتستقل النيابة العامة إزاء الأفراد فيما يتعلق بمباشرتها لحقها في الطعن في الحكم من عدمه.

ثالثاً: وحدة النيابة العامة وعدم قابليتها للتجزئة :

إن أي عضو في النيابة العامة يعتبر ممثلاً لهذه الهيئة، وأي عمل يصدر عنه يعتبر وكأنه صادر عن الهيئة برمتها، أي أن أعضائها يشكلون وحدة متكاملة متضامنة يحل فيها الواحد محل الآخر ويتم إجراءاته على عكس قضاة الحكم، حيث يستقل كل واحد منهم بعمله القضائي، فلا يملك قاضي الحكم أن يحكم في دعوى تمت إجراءاتها أمام قاضٍ غيره، بل يتعين إعادة الإجراءات والمرافعات أمامه، حيث يذكر القاضي في محضر الجلسات "تليت الإجراءات السابقة لتبدل الهيئة الحاكمة". ويترتب على ذلك أي عمل صحيح يقوم به عضو النيابة العامة في حدود اختصاصه لا يصدر عنه باسمه الشخصي، ولهذا قيل أن شخصية عضو النيابة العامة تنمحي إزاء صفته، ويرى الفقيه الفرنسي (جارو) أن مبدأ وحدة النيابة العامة وعدم تجزئتها يُقابل تضامن الشركاء في شركة التضامن، ويجد مبدأ النيابة العامة علة في (وحدة من يقوم بتمثيله)، إذ أن كل عضو من أعضائها ينوب عن المجتمع فيما يتخذه من إجراءات، فالنيابة العامة تعمل باسم المجتمع الذي أضرت الجريمة به، فهي محامي

*- وهذا القضاء غير صحيح ، فإذا كانت النيابة مستقلة تجاه القضاء ، فهي خصم كسائر الخصوم تخضع لهيئة المحكمة وسلطتها في الإشراف و الإدارة على كل ما يدور في الجلسة، فإذا تجاوزت النيابة حدودها، أو خرجت عن مقتضى الأصول ، وأسرفت في النقد و التجريح ، كان للمحكمة بمقتضى سلطتها الإدارية أن تنبه النيابة العامة إلى عدم الخروج عن هذه الحدود.

(1)- عبد الوهاب، حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية، دط، در ن، دم ن، 1974، ص 69.

المجتمع تزود عن مصالحه، وتكافح عن قيمته، لكنَّ النِّياية ليست آلة عمياء تقيم الدعوى العامة بصور آلية، وليست بعد ذلك كله جلاذًا يَتَمَرَسُ بتنفيذ العقوبات. (1)

والقاعدة أن أعضاء النِّياية العامة أنَّهُم لا يسألون عن أخطائهم في مِّمَّارسة الدعوى العامة وفي التحقيق، ولا يجوز مطالبتهم بتعويضات عما يتخذونه ضدَّ المتهم من إجراءات ماسية بحريته أو عند رفعهم الدعوى عليه، ولو ظهر خطأهم في التقدير في النتيجة وفُضِيَ ببراءة هذا المتهم مِمَّا نُسِبَ إليه، والحكمة في ذلك أنَّ تهديد أعضاء النِّياية العامة بمسؤولية مطلقة عما يقع منهم من أخطاء قد يدعوهم إلى التردد فيما هو من وظائفهم والقلق عما يَبْدُرُ منهم، وضرر هذا بالمصلحة العامة جسيم، ولا يحاسب أعضاء النِّياية العامة على الأفعال التي يرتكبونها بحسن نيَّة زيادةً في التفاني في أداء وظائفهم حتى ولو كانت ضارة.

وقد حُكِمَ في فرنسا أن المرافعات التي يلقيها أعضاء النِّياية العامة، أو الطَّلَّبات التي يبدونها في الجلسة لا يمكن أن يترتب عليها رفع دعوى قذف أو سب عليهم، ولا يجوز للمحكمة ولو قبلت النِّياية العامة أن تأمر بإثبات العبارات التي وردت في مرافعتها والتي يزعم المتهم أنَّها تنطوي على قذف في حقه لتحفظ له الحق في رفع الدعوى على العضو المترافع .

رابعًا: عدم مسؤولية النِّياية العامة :

من اللازم أن يتمتع قضاة النِّياية العامة بحصانة مهمة حتى يتسنى لهم القيام بالمهام الجسيمة المنوط بهم، وأنَّه لا يجوز مطالبتهم بالتعويضات نتيجة للإجراءات التي يتخذونها بحق المتهم، فلو صدر حكم ببراءة المتهم فلا يجوز لهذا الأخير مطالبة النِّياية العامة بالتعويض لكونها وجهت التُّهمة إليه، لأنَّ هذا يدخل ضمن اختصاصاتها.

غير أنَّ هذا لا يعني بأنَّ مسؤوليتهم ليست مطلقة بل هي مقيدة، فإن وقع منهم غشٌّ أو تدليسٌ أو غدرٌ أو خطأ مهني جسيم، فإنَّهُم قد يُسألون جنائيًا أو مدنيًا. (2)

(1)- محمد، الفاضل، أصول المحاكمات الجزائية، دط، درن، دم ن، 1965، ص 650، وما بعدها.
(2)- عبد الوهاب، حومد، المرجع السابق ص 67. وذهب الدكتور أحمد، فتحي سرور، إلى القول بأنَّ مبدأ عدم المسؤولية يعود للحرية النِّياية العامة في العمل مع أنَّ حرية العمل لا يجوز أن تكون أساس لعدم المسؤولية، فأساس عدم المسؤولية مرجعه الصفة القضائية التي يتمتع بها أعضاء النِّياية، ومنع الأفراد من التناول عليهم بقصد التنشفي والانتقام، وحمائيتهم من مكائد الخصوم وتناولهم وحرصا على بقاء أفراد هذا الجهاز بعيدًا عن الخصومات الفردية، المرجع السابق، ص 194.

خامساً: أنَّها طرف أصيل في الخصومة :

أعطى المُشرِّع أعضاء النيابة العامة الحقَّ في إقامة الدعوى العمومية نيابة عن المجتمع، بحيث لا يجوز للمجني عليه المتضرر من وقوع الجريمة أن يلجأ إلى الإدعاء مباشرة بصورة عامة، باستثناء بعض الحالات التي أجازها القانون، وأنَّ الخصومة الجنائية لا تتعقد إلاَّ بوجود طرفي الخصومة، ويرى البعض أنَّه لا يجوز غياب ممثل النيابة العامة ولو لفترة قصيرة جدًّا وإلاَّ كانت الإجراءات باطلة. (1)

سادساً: عدم جواز رد النيابة العامة :

تُعتبر النيابة العامة خصماً أصلياً وضرورياً في الدعوى العامة، وليس للخصم أن يرد خصمه، وإذ كان القانون قد أجاز بعض الحالات ردًّا على القضاة بل وأوجب عليهم التتحي في بعضها الآخر، فإنَّ أعضاء النيابة العامة غير خاضعين لأحكام الرَّد والتتحي، ولكن كثيراً من الشُّراح الفرنسيين ينتقدون هذه القاعدة ويقولون أنَّه كان يجب أن يُقرَّر جواز رد أعضاء النيابة كلما وُجِدَتْ أسباب تؤثر على نزاهتهم واستقلالهم، لأنَّ النيابة ليست مجرد خصم وإنما تقوم بمهمة عَهَدَ بها إليها القانون وحارس القانون يجب أن يكون نزيهاً في القانون كالقانون نفسه، وأنَّ عضو النيابة العامة وإن كان رأيه غير مُلزم للمحكمة إلاَّ أنَّ له تأثير كبير، ويرى بعض الفقهاء أنَّ بعث الطمأنينة في نفس المتهم هو حلقة في سلسلة ضمانات الدفاع، فكيف لا يُخَوَّل للمتهم ردَّ عضو النيابة عندما يقوم لديه الشُّكُّ في استقلاله ونزاهته، وقد تَجَمَّع هذا العضو بالمجني عليه صلة القرابة، أو صداقة يُحتملُ أن تؤثر في تصرفاته، وهو يقوم بدور هام في الدعوى العامة. فيكون ردُّ أعضاء النيابة العامة إذا توافرت حالة من الحالات الرَّد التي نصَّ عليها القانون، وهي حالات التي تستهدف المحافظة على إبعاد عضو النيابة العامة عن المؤثرات الشخصية والمصلحة. (2)

الفرع الثالث : طبيعة النيابة العامة :

تعتبر النيابة العامة في الدعوى الجزائية خصماً للمشتكى عليه، ولكنها ليست خصماً حقيقياً، أي خصماً يسعى إلى تحقيق مصلحة ذاتية من وراء الحصول على الحكم، إنَّما تعتبر خصماً إجرائياً لأنَّها لا تهدف من خصومتها إلى تحقيق أي مصلحة ذاتية وإنَّما تهدف إلى حسن تطبيق القانون .

(1)- محمود، مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط1، 01، د ر ن ، د م ن ، 1951، ص73.

(2)- فاروق، الكيلاني، المرجع السابق، ص 204. في حين يرى الدكتور محمد سعيد نمور بأنَّه لا يجب على أعضاء النيابة العامة التتحي، كما لا يجوز ردهم لأنَّه لا يجوز للخصم أن يرد على خصمه. أصول الإجراءات الجزائية، ط1، دار الثقافة، د م ن، د س ن، ص167.

وقد أثار تكييف الطبيعة القانونية للنّيابة العامة، وتحديد وضعها من السلطة التنفيذية، أو القضائية أو التشريعية، والفصل في انتماءها إلى أي منهما الكثير من الجدل، وقد ساعد على ذلك موقف المُشرِّع الفرنسي بما نصَّ عليه من تبعية النّيابة العامة لسلطة التنفيذية، لذلك لم يكن رأي الفقه الفرنسي إلا مجرد تحليل وشرح للقانون الوضعي الفرنسي، ولم يكن يهدف إلى بحث الوضع الأمثل الذي يجب أن تكون عليه النّيابة العامة الحديثة، ذلك أنّهُ لم يرد في نصوص التشريعات الإجرائية العربية نصًّا واحدًا يُبيِّن الطبيعة القانونية للنّيابة العامة ويمكن ردُّ هذا الخلاف إلى اتجاهات يمكن تلخيصها فيما يلي :

الاتجاه الأول : استقلال النّيابة العامة في مواجهة السُّلطة التشريعية :

بناءً على ما أقامه " مونتيكو " من تقسيم لوظائف الدولة فإنّه قام التقسيم الثلاثي الذي يجعل بجانب السلطة التشريعية سلطة تنفيذية وأخرى قضائية، تزعمه الفقه التقليدي. ولا أود في هذا المقام الدخول في أبحاث دستورية، ولكن حسب الاقتصار على ما قد يخدم هذا البحث الذي فضلت الإشارة إليه رغم أنّ مسألة البحث حول علاقة النّيابة العامة بالسلطة التشريعية هي مسألة لم يُتْرَ الأمر بشأنها إلا في قوانين الدول ذات التوجه الماركسي، أو ذات الدساتير الأخذة بمبدأ "وحدة السلطة" والتي تجعل أجهزة الدولة القضائية والتنفيذية خاضعة للأجهزة التشريعية، كما هو الأمر في التنظيم السوفيتي، الذي كان يسيطر فيه في مجلس السوفييت الأعلى (البرلمان) على كل من الهيئة التنفيذية والهيئة القضائية .

أمّا بالنسبة للدول التي أخذت دساتيرها بمبدأ الفصل بين السلطات ومن بينها الجزائر، فإنّ الأمر بخلاف ذلك، ولا يطرح أي إشكال، فعوض النّيابة العامة هو رجل قضاء أولاً وأخيراً* وليس عضو حكومة كما أثر البعض اعتباره، وتفريعاً على مبدأ استقلال القضاء عن السلطة التشريعية وحياده الذي يقتضي ألا يخضع القاضي لغير القانون الذي يحدد اختصاصاته وولايته على الدعوى قبل وقوع الجريمة، فإنّ كل تدخل في اختصاصه بمناسبة دعوى معينة يعتبر اعتداء على استقلاله وحياده. فلا يجوز للسلطة التشريعية أن تتدخل في وظيفة النّيابة العامة أو تنظيمها، ولا تملك السلطة التشريعية حقّ مباشرة وظيفة النّيابة العامة، أو تتدخل في اعمالها، بل لا تملك حتى حقّ التدخل بما هو أقل من ذلك أهمية، كنفذ اعمالها، أو التعرض للقضية المعروضة على النّيابة العامة، فيكون شأن أعضاء النّيابة العامة في ذلك شأن قضاة الحكم.

* - إذ اجتمعت في قبضت يد شخص، أو هيئة واحدة السلطان التشريعية والتنفيذية انعدمت الحرية... وكذلك الشأن إذ اجتمعت السلطات الثلاث في يد واحدة ولو كانت بيد الشعب ذاته.

غير أنّ عدم التدخل هذا لا يحول بين السلطة التشريعية وبين ممارسة حقّ الإشراف على شؤون النيابة العامة بطريقة غير مباشرة، بواسطة سنّ قوانين تحدد اختصاصاتها، وتنظم طريقة تشكيلها، وشروط وإجراءات تعيين أعضائها، ونقلهم وغيرها من صور الإشراف الغير مباشر... الخ ومجمل القول وغايته، أنّ النيابة العامة جهاز مستقل تمام الاستقلال عن السلطة التشريعية وعن أجهزتها التابعة لها، لاختلاف هذه الأجهزة عن النيابة العامة سواء بوضعها، أو سلطاتها القانونية.(1)

الاتجاه الثاني : علاقة النيابة العامة بالسلطة القضائية :

مهما كانت الآراء التي قالت بأصل النيابة العامة من كونها ذات أصل قضائي أو حكومي / إداري، فإنّ واقع الأمر الآن شاهد على أنّها مؤسسة تتطلع لتفسير القانون وهو أمر تختص به السلطة القضائية، فضلاً على اعتبارها أداة لحماية القانون والشريعة، والسهر على تحقيق مصلحة المجتمع وحسن سير العدالة، لتشكل بذلك جزء من السلطة القضائية تتمتع باستقلال عن السلطة التشريعية، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، وعن السلطة التنفيذية كما سيأتي بيان ذلك، فلأعضائها ما للقضاة من حصانات و ضمانات وهذا القول لا ينبغي أن يُحمَل على أنّ النيابة العامة خاضعة للقضاء الحكم، بل لها استقلاليتها في مواجهته، كما حاولت إيضاحه سابقاً عند الحديث عن خصائص النيابة العامة، ولأنّه خلصَ الفقه إلى أنّ الطبيعة القضائية للنيابة العامة هي ذات قيمة تشريعية بحتة.(2)

فالنيابة العامة وما تقوم به من أعمال قضائية بالمعنى العام، من تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها، وما تتمتع من سلطة تقديرية، وبالمعنى الدقيق بما تصدره من قرارات في بعض الجرائم فإنّها تُعدُّ بذلك جهازاً قضائياً.(3)

غير أنّه وممّا هو معمول به في الجزائر هو أنّ النيابة العامة جزء من السلطة القضائية، ولا يُنكر أحد أنّ أعضائها هم رجال قضاء وأنّ إعدادهم، وتكوينهم هو ذاته إعداد القضاة وتكوينهم، يُنتَقَوْنَ بنفس الطريقة التي يُنتَقَوْنَ بها قضاة الحكم ويخضعون لنفس التدريب، ونفس المدة... الخ، بل إنّ أغلب القضاة ينتقلون في حياتهم المهنية بين قضاة الحكم وقضاة النيابة العامة، لذلك فإنّ وظيفة القضاء أسندت لقضاء الأحكام، ولأعضاء النيابة العامة في إطار جهاز واحد يعرف بالسلك

(1)- أمجد سليم، الكردي، النيابة العامة "دراسة تحليلية مقارنة"، ط01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص39-40.

(2)- أحمد فتحي، سرور، المركز القانوني للنيابة العامة، مجلة نادي القضاة، العدد 03، 1965، ص 01.

(3)- محمد عيد، الغريب، المرجع سابق، ص261.

القضائي، وترتب على اعتبار النيابة العامة جزء من الهيئة القضائية أن جميع الأعمال والتصرفات الصادرة عن النيابة العامة هي من قبيل الأعمال القضائية. سواء تمثلت هذه الأعمال بجمع الاستدلالات وأعمال التقصي، أو الاتهام، أو في التحقيق الابتدائي.

الاتجاه الثالث : علاقة النيابة العامة بالسلطة التنفيذية :

بعد أن ذهب جانب كثير من الفقه الفرنسي القديم إلى أن النيابة العامة جزء من السلطة التنفيذية، وأن أعضائها هم رجال السلطة التنفيذية لدى المحاكم، وذهب آخرون إلى القول بأن مهمة تنفيذ القانون هي من وظائف السلطة التنفيذية و اضطلاع أعضاء النيابة العامة بهذه الوظيفة يجعلهم جزءا من هذه السلطة، وأنكر البعض على أعضاء النيابة العامة وصف القضاة، ووصفهم برجال السلطة التنفيذية، وحاول البعض أن يجعلهم " قضاة " لكن بشكل احتياطي في مقابل كونهم "موظفون" أساسًا ، فهم حسب هذا الرأي الأخير موظفون إداريون في مجموع اختصاصاتهم، وموظفون قضائيون أمام المحاكم في الحدود التي يحتفظون فيها بالحق في المرافعة أمامها، وترتيبًا على هذه المواقف فإن السلطة التنفيذية هي التي تقوم بتعيين أعضاء النيابة العامة ولا يتبعون غيرها، ويندرج ضمن سلطتها توجيه الأوامر إليها لتنفيذها، ومن المنطق حسب هذا الرأي أن يكون لهذه السلطة من الوسائل الفعالة ما يخولها لاستبعاد عضو النيابة العامة واستبداله بغيره بمجرد مخالفته لإرادتها، بل ذهب هذا الرأي أكثر من ذلك حينما أقر مسؤولية المحكمة عن طريق تصرفات النيابة العامة، مسؤولية تختلط بمسؤولية الوزراء أمام البرلمان فأعضاء النيابة العامة يمثلون الدولة.(1)

هذا ما كان عليه الوضع في الجزائر بين رأي قائل بأنها هيئة تابعة للسلطة التنفيذية باعتبارها سلطة اتهام، ورأي ثاني يعتبرها هيئة قضائية لأنها تشرف على أعمال ذات صبغة قضائية مثل الضبط القضائي والتصرف في المحاضر والقيام ببعض إجراءات التحقيق في حالة التلبس، كما أنها هيئة تدخل في تشكيل المحكمة بحيث لا تتعقد هذه الأخيرة إلا بحضور النيابة العامة.

أما الرأي الثالث فدمج بين الرأيين السابقين فأعتبرها هيئة قضائية تنفيذية و هاته هي الطبيعة القانونية للنيابة العامة في التشريع الجزائري، حيث لها اختصاصات كسلطة اتهام وهو الأصل، واختصاصات كسلطة تحقيق وهو الاستثناء.(2)

(1)- عبد المالك، جندي، الموسوعة الجنائية، ج03، دط، درن ، دم ، دس ن، ص342.

(2)- عمر، خوري، المرجع السابق، ص10.

المطلب الثاني :

دور ومركز النيابة العامة في قضايا الأسرة وانحلال الرابطة الزوجية و دعاويها

خلافًا للدور الأصلي للنيابة العامة في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية أمام القضاء الجزائي، فقد منح المشرع الجزائري للنيابة العامة حق التدخل في الدعوى المدنية بهدف حماية النظام العام، ويتم هذا التدخل أمًا بصفقتها خصم في الدعوى كمدعية أو مدعى عليها، وهو ما نصت عليه المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي نصت على أنه: "يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيًا كطرف أصلي أو يتدخل... (1) أو بصفقتها متدخلة في خصومة قائمة من أجل إبداء الرأي بما يحقق سلامة تطبيق القانون ، فتكون طرفًا منضماً حسب ما نصت عليه المادة 259 من نفس القانون والتي نصت بدورها على أنه: "يكون ممثل النيابة العامة طرفًا منظمًا في القضايا الواجب إبلاغه بها ويبيدي رأيه كتابيا... (3)"

في حين نصت المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على سبيل الحصر، القضايا التي يجب إطلاع وإبلاغ النيابة العامة بشأنها 10 عشرة أيام قبل الجلسة من أجل إبداء رأيها الكتابي حول تطبيق القانون، كما مكنت المادة للنيابة العامة سلطة التدخل التلقائي في القضايا التي تُقدَّر بأنها متعلقة بالنظام العام.

كما منحت أيضًا للقاضي إمكانية طلب تدخل النيابة العامة لذات الغرض في أية قضية أخرى. طبقا للمادة 260 من ق.إ.م.إ. وعليه فإن تدخل النيابة العامة في كلا الحالتين يكون بغرض تقديم الرأي بما يتوافق والتطبيق السليم للقانون دون أن تستهدف مصلحة أحد الخصمين فهي تعمل بهذه الصفة كمستشار فني للقاضي دون أن يكون رأيها ملزمًا له. ولكن بالمقابل يكون القاضي ملزمًا بتمكين النيابة من الإطلاع على ملف القضية متى كان تدخلها وجوبياً وإلا تعرض حكمه للبطلان ، وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري، الذي تم تعديله بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 نجده قد نصَّ على إجراء إلزامي جديد يخص قضايا الأحوال الشخصية، وهو وجوب أن تكون النيابة العامة طرفًا أصليًا في جميع تلك القضايا، فجاءت صياغة المادة 3 مكرر من قانون الأسرة على النحو التالي: "تعدُّ النيابة العامة طرفًا أصليًا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون." (3)

(1)- أنظر، المادة 256، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(2)- أنظر ،المادة 259، المرجع نفسه.

(3)- أنظر، المادة 03مكرر، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

إنَّ التَّطْبِيقَ العملي لهذا النصِّ واجه اختلاف وتناقض كبير خاصة في كيفية تبليغ النيابة العامة من طرف الخصوم، وكذا من خلال تحديد طبيعة دور النيابة العامة في بعض المسائل والقضايا التي ليس لها ارتباط بفكرة النِّظام العام. ومن هنا يمكن طرح التساؤل التالي: إلى أي مدى وَفَّقَ المُشرِّعَ الجزائري من جعل النيابة العامة طرفاً أصلياً في قضايا الأسرة بالرغم من أنها ليست كلها متعلقة بالنِّظام العام؟ ألا يمكن اعتبار تدخل النيابة العامة في هذه القضايا كطرف أصلي أصبح يشكل عبئاً على المتقاضين من حيث نفقات التبليغ؟ ثم وباعتبار هذه الأخيرة خصماً أصلياً في الدعوى فصدَّ من ستكون خصماً؟ وبغية التوفيق في معالجاتي لهذا المطلب ارتأيت تقسيمه إلى ثلاثة فروع أتحدث في :

الفرع الأول: عن دور النيابة العامة في قضايا الأسرة وانحلال الرابطة الزوجية؟

الفرع الثاني: عن مركز النيابة العامة في قضايا الأسرة وانحلال الرابطة الزوجية؟

الفرع الثالث: عن دعاوى النيابة العامة في قضايا الأسرة انحلال الرابطة الزوجية؟

وذلك وفقاً لما يلي :

الفرع الأول: دور النيابة العامة في قضايا الأسرة و انحلال الرابطة الزوجية:

سأعالج هذا الفرع من ناحيتين أتكلم أولاً عن دور النيابة العامة من حيث التنظيم القانوني للأسرة وأتحدث ثانياً عن دور هذه الأخيرة في المنازعات المتعلقة بقضايا الأسرة.

أولاً : دور النيابة العامة في التنظيم القانوني للأسرة :

حظيت الأسرة باهتمام خاص في جلّ الشرائع السم اوية والقوانين الوضعية باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع ، واللبننة الأساسية لتطوره وتماسكه وصلاحه وعلى هذا الأساس حرصت التشريعات على إرساء قواعد خاصة لتنظيم العلاقات بين أفراد الأسرة الذين تجمع بينهم صلة الزوجية والقرابة ، وهذا حفاظاً على قيامها وتماسكها، وتقرير أحكام لحماية الأسرة من الأفعال التي تمسُّ بكي انها واستقرارها فجاءت الأحكام العامة لقانون الأسرة مُنظمةً لجميع العلاقات الواقعة بين أفراد الأسرة، غير أن المُشرِّع لم يكتفي بذلك ف أقر في التعديل الأخير لقانون الأسرة 02/06 وسيلة جديدة لإعادة تنظيم هذه العلاقة وهي النيابة العامة .

حيث جعل النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع قضايا الأسرة كونها الممثلة للحق العام من جهة ومن جهة أخرى أن قضايا الأسرة هي أيضاً من النظام العام.

وبالرجوع إلى نص المادة 03 مكرر من القانون السابق الذكر فإنّ ظاهرها قد أطلق يد النيابة العامة للتدخل في قضايا الأسرة.

إلاّ أنّه وبتصفح قوانين أخرى نجدها أنّها قيدت هذه الحرية ببعض الشكليات نذكر منها ما جاء في قانون العقوبات⁽¹⁾ بخصوص تحريك الدعوى العمومية فألزمها المشرّع بعدم تحريك الدعوى إلاّ بعد تقديم شكوى إليها من صاحب المصلحة والصّفة والأهلية ، وكذا الأمر ذاته في قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾ وسأشير إلى هذه القيود في بعض الجوانب منها.

1. جريمة الزنا :

قضت حكمة الله سبحانه انه و تعالى أن يجعل لكل من الرّجل و المرأة طبائع و غرائز تدفع كل منهما إلى الآخر ، بميل غريزي و رغبة لاتصال كل منهما بالآخر اتصالا يكون ثمرته التوالد و التناسل ، حفاظاً للنوع البشري و تعميراً للكون ، و لم يترك الله سبحانه و تعالى البشر حسب هواهم ، فشرّع لهم الزّواج و وضع له الأحكام و الضوابط لكي يعيشوا ، فلنشأ الألفة و المودة بينهما مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ﴾ الروم 21.

والزنا لم يُعرف إلاّ حينما عُرف الزّواج و لها في قانون العقوبات معنى اصطلاحي خاص، فهو لا يشمل كل الأحوال التي يطلق عليها هذا الاسم في الشرائع الدينية بل هو مقصور على حال زنا الشخص المتزوج حالة قيام الزّوجية فعلاً و حكماً.

وهي من الحالات التي قيّد فيها القانون سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية ومباشرتها ، وتقديمها إلى المحاكم فلا تتم المتابعة إلاّ بناءً على شكوى الزّوج المضروب، فإنّ كان هو الفاعل الأصلي فلا تتم المتابعة إلاّ بناءً على شكوى

(1)- القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966، والمتضمن قانون العقوبات، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84، لسنة 2006.

(2)- القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966، والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84، لسنة 2006.

الزوجة المضرورة، وإذا كانت الزوجة هي الفاعلة الأصلية فإن الشكوى تقدم من قبل زوجها المضروور. (1)

وطالما أن المشرع جعل جنحة ال زنا جريمة ذات طابع خاص، تهم الزوج المضروور، دون سواه فلا تصح المتابعة إلا إذا صدرت الشكوى منه شخصياً كما لا يجوز للنّياية العامة أن تباشرها من تلقاء نفسها. (2)

وهذا ما نصت عليه بدورها الفقرة الرابعة من المادة 339 قانون العقوبات الجزائري، ومادامت المتابعة الجزائية معلقة على شكوى من طرف الطرف المضروور فإن سحبها يضع حدا للمتابعة ضد الفاعل الأصلي وشريكه و هذا عملاً بحكم المادة 339 من القانون السابق الذكر. (3)

وبالتالي فقد اتفق هذا المعنى مع ما جاء في القواعد العامة التي تحكم الدعوى حيث جاء في الفقرة 03 من المادة 06 قانون الإجراءات الجزائية أن الدعوى العمومية تنتهي في حالة سحب الدعوى إذا كانت شرطاً لازماً للمتابعة.

2. جريمة الإهمال العائلي :

قد يقع الهجر من الأب الذي يُعيل الأسرة أو من الأم التي تركت بيت الزوج بقي فقيد المشرع تحريك الدعوى في هذه الحالة بوجوب حصول النّياية العامة على شكوى من الزوج المضروور ، الذي بقي في مقر إقامة الأسرة، هذا ما نصت عليه المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري، حيث وجب أن نقدم الشكوى أثناء قيام العلاقة الزوجية وليس بعد انتهائها، وأن يكون المضروور مُقدّم الشكوى قد بقي في إقامة الأسرة، فلذا تخلى هو بدوره عن البقاء به أو هجره ، فلا يحق له تقديم الشكوى والحكمة من هذا النصّ هو الإبقاء على الروابط الأسرية وعدم انحلالها. (4)

3. جريمة الامتناع عن النفقة :

رتّب المشرع الجزائري في إطار العلاقات الأسرية مجموعة من الحقوق و الواجبات التي يجب مراعاتها ضمناً لاستمرار هذه العلاقات، و من بين هذه الواجبات نذكر واجب الزوج في الإنفاق على أسرته، و هذا الواجب يفرضه الوازع الأخلاقي والاجتماعي قبل أن تفرضه المواد المنصوص عليها من 74 إلى 77 من

(1)- عبد الله، أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية، " التحري والتحقيق "، المرجع السابق، ص73.
(2)حسن، بوسقيعة، الوجيز في شرح الجنائي الخاص " جرائم الأشخاص والأموال"، دط، درن، دم، دن، دس ن، ص135.

(3)- أنظر، المادة339 ، قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

(4)- عبد الله، أوهايبية، المرجع السابق، ص 113.

قانون الأسرة، فقد جاء في المادة 77 أنه: "تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث."

وتثبت هذه الجريمة بتحرير محضر امتناع عن الدفع ضد الزوج، وهذا بعد منحه المهلة القانونية المحددة بشهرين من التبليغ بالحكم القاضي عليه بدفع مبالغ النفقة(1) وسوء النية مُفْتَرَضَةٌ في جنحة عدم تسديد النفقة ، كما تبين ذلك في الفقرة الثانية في المادة 331 من قانون العقوبات السابق الذكر وكما يبدو هنا فإن عبء الإثبات لا يقع على عاتق النيابة العامة وإنما يتعين على المتهم إثبات أنه لم يكن سيئ النية في تصرفه (2).

وقد اعتبر القانون الجزائري في إحدى القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/07/21 أنه: "في هذه الحالة فإن سحب الشكوى أو التنازل عنها من طرف الزوجة لا يجدي نفعاً أي لا يبطل المتابعة و بذلك يكون السحب لا يوقف المتابعة إلا إذا كانت الشكوى شرطاً لازماً لتحريك الدعوى العمومية." (3)

ويثبت الامتناع بتوافر حكم قضائي نهائي نافذ، مع وجود محضر التبليغ المُقدم من طرف المحضر القضائي ، ووجود محضر الامتناع في الدّفع والمحرر من طرف المحضر القضائي وبمجرد توفر كل هذه الوثائق يكون على المحكوم له بالنفقة أن يتقدم بالشاكية أمام النيابة العامة التي تحرك بدورها الدعوى العمومية ضده وبالتالي تكون هذه الوثائق دليل إثبات الامتناع. (4)

4. جرائم خطف القُصر و إبعادهم :

نصّت المادة 326 من قانون العقوبات على ما يلي: " كل من خطف أو أبعده قاصراً لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل، أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2.000 دج.

في حالة زواج التي لم تبلغ سن الثامنة عشرة من خاطفها ، فإنّه وبموجب نصّ المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري لا يمكن اتخاذ أي إجراء لمتابعة من طرف النيابة العامة إلا بعد تقديم شكوى من الأشخاص الذين لهم الصّفة في طلب

(1)- محمد بن وارث، مذكرات في شرح القانون الجزائري الجزائري " قسم الخاص"، ط 2004، در ن، د م ن، ص 171.

(2)- أحسن، بوسقيعة، المرجع السابق، ص 147.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 164747، بتاريخ 98/07/21، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1997، ص 96.

(4)- محمد، بن وارث، المرجع السابق، ص 168.

إبطال عقد الزواج (1) فلذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المُبعدة من خاطفها فلا تُتخذ إجراءات المتابعة ضدّ هذا الأخير إلا بناءً على شكوى من الأشخاص الذين لهم صفة في إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله.

5. جرائم السرقة و إخفاء الأشياء المسروقة والنصّب و خيانة الأمانة ما بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة:

بموجب المادة 369 قانون العقوبات الجزائي التي تم تعميمها على المواد 373 و 377 و 389 قانون العقوبات، حيث أنّ الدعوى العمومية التي تقام بسبب الجريمة التي يرتكبها أحد الأقارب من الحواشي والأصهار حتى الدرجة الرابعة يجب أن تكون بناء على شكوى من المجني عليه، والتنازل عن الشكوى في هذه الحالة يقضي بوقف إجراءات المتابعة (2).

لقد كانت غايتنا من الحديث عن النقاط السابقة أساساً و التنويه إلى أنّ لقانون الأسرة علاقة وطيدة بالعديد من القوانين الأخرى، و لاسيما كل من قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية.

ولذلك فإنّ تدخل النيابة العامة في جميع قضايا الأسرة كطرف أصلي بموجب المادة 03 مكرر من المشروع لم يكون اعتبارياً وإنما تحكمه مجموعة من القيود والضوابط التي لا يمكن للنيابة العامة الخروج عنها، وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الفتاح مراد: "أنّ جميع القضايا التي تتعلق بالأسرة وتكون ذات طابع مدني وترفع أمام النيابة العامة، تُحوّل مباشرة إلى نيابة الأحوال الشخصية، إلا أنّه إذا تعلق الأمر بدعوى جنائية فإنّ القانون يشترط لرفع دعوى جنائية تقديم شكوى أو الحصول على إذن أو طلب من المجني عليه أو غيره، كالجرائم الخاصة بجريمة الزنا وجريمة السرقة التي تقع من الأصول أو الفروع أو من أحد الزوجين على الآخر. فلا يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها أو القبض على المتهم لو كانت الجريمة متلبساً بها إلا بعد تقديم الشكوى أو الحصول على الإذن أو الطلب ممن يملك ذلك قانوناً." (3)

وذلك ما تجسد بالفعل في الأمر الرئاسي رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 حيث فعّل المشرّع دور النيابة العامة خاصة في المادة 22 المتعلقة بسعي النيابة العامة لتسجيل حكم تثبيت هذا الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة وهذا طبعاً إضافة إلى كونها طرفاً أصلياً في جميع القضايا المتعلقة بالأسرة

(1)- عبد الله، أوهايبية، المرجع السابق، ص 110-111.

(2)- عبد الله، أوهايبية، المرجع نفسه، ص 106-107.

(3)- عبد الفتاح، مراد، أصول أعمال النيابة، دط، جامعة الإسكندرية، د س ن، ص 38.

إضافة إلى ذلك فإنّ النيابة العامة هي التي تشرف على دائرة الأحوال المدنية في الأصل ، غير أنّ القانون لم يصرح بذلك فيما سبق ، والمادة 03 مكرر من الأمر الرئاسي 02-05 ما هي إلاّ مادة كاشفة لدورٍ كان منوط بها في الأصل.(1)

وتفصيلاً لهذا الدور أوجب المشرّع على النيابة العامة أن تكون طرفاً أصلياً في جميع قضايا الأسرة ، ولكنه لم يشترط حضورها في الجلسة، وهذا راجع أساساً إلى أنّ حضورها في الجلسة لن يجدي نفعاً، بالإضافة أيضاً فإنّ ملف الدعوى يمر على مكتب النيابة العامة ، وتضع هي أيضاً طلباتها ضمن الملف إن كانت له طلبات وتؤشر عليه بالموافقة وعن طريق هذا الإجراء سيكون اسمها وارداً على الأحكام الصادرة في غرفة الأحوال الشخصية ، وذلك طبعاً مع اسم قاضي الجلسة و كاتب ضبط الجلسة.

وما يمكن قوله في هذا الصدد هو أنّ دور النيابة العامة يختلف حسب طبيعة الدعوى. فمثلاً نجدها في دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة أو الخلع أنّ دورها يكون حيادياً تماماً. حيث تحرص فيه أساساً على تطبيق القانون فقط ، وذلك حتى تتمكن من إثبات واقع الطلاق ، وتسجيله في سجلات الحالة المدنية، لأنّ الحكم بالطلاق وحده ليس كافياً، بل يجب تسجيل هذا الحكم في سجلات الحالة المدنية ، ومثال ذلك المرأة التي تحصل على حكم الطلاق فإنّه لا يمكن لها تسجيل عقد الزواج الجديد إلا إذا كان هذا الحكم بالطلاق مسجلاً في دائرة الأحوال المدنية.

أمّا في دعاوى إثبات الزواج أو إثبات النسب فإنّ النيابة العامة تقوم بإجراءات تحقيقاتها بخصوص هذه الوقائع ويمكن لها معارضة إثبات ذلك الزواج أو النسب إذا ما رأت أن هناك تحايل على القانون و الشرع من قبل الأطراف.

أمّا فيما يخص طريقة تبليغ النيابة العامة فتكون عن طريق المحضر القضائي لأنّها طرف أصلي في الدعوى و ليس عن طريق كاتب الضبط الذي نصّت عليه المادة 141 قانون الإجراءات المدنية القديم وهي المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

وأخر ما يمكننا قوله أنّ النيابة العامة لا تحضر جلسات الصلح، لأنّ هذه الجلسة تُعتبر سرّية يحضرها الأطراف والقاضي فقط ، إضافةً إلى ما سبق فإنّه لا يمكن لها أن تتدخل في السُلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية ، لأنّ سلطته بالأساس هي سلطه منحها إياها القانون.

(1)- أنظر، المادة 3 مكرر، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

ثانياً : دور النيابة العامة في المنازعات المتعلقة بقضايا الأسرة :

برجعنا إلى نصّ المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري نجد أنّ المُشرّع الجزائري قد جعل من النيابة العامة طرفاً أصلياً في مجال تطبيق قانون الأسرة حيث أعطى هذا الأخير عند مراجعته لقانون الأسرة، أهمية خاصة لقضايا شؤون الأسرة وجعل النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون.

ومن ثمّ فمن واجب النيابة العامة التدخل بغرض تقديم طلباتها الكتابية وملاحظاتها الشفهية أثناء انعقاد جلسة شؤون الأسرة أمام المحاكم أو أمام المجالس القضائية وتتبع مراحل المرافعات، واستعمال حقها في الطعن في الأحكام والقرارات القضائية خلال الأجل القانونية، سعياً منها إلى السهر على التطبيق السليم للقانون . كما يتعين عليها السعي إلى تسجيل الأحكام القضائية بإثبات الزواج أو الطلاق بمصالح الحالة المدنية لما يترتب عن تلك الأحكام من آثار متصلة بالنظام العام.

فجعل من النيابة العامة هي (الأمينة) على المصالح في المجتمع، وهي الهيئة التي تعمل على الدفاع عن المصلحة العامة والتي تسهر على تطبيق القانون كما تتولى رفع الدعاوى المرتبطة بالمصلحة العامة باسم المجتمع في الحدود التي وضعها القانون، فتكون بذلك طرفاً في مختلف النزاعات المتعلقة بقضايا الأسرة بمختلف صورها سواء الإجرائية منها أو الموضوعية.

وحتى أقرب صورة ذلك ارتأيت أن أعطي صوراً عن بعض النزاعات المتعلقة بالجانب الإجرائي في النقطة الأولى وأتحدث بعدها عن بعض صور النزاعات المتعلقة بالجانب الموضوعي في النقطة الثانية وذلك تبعاً لما يلي :

1. بعض صور النزاعات المتعلقة بالجانب الإجرائي :

إنّ المتطلع إلى هذا النوع من الدعاوى يجد أنّها في غالبيتها تكون متعلقة أساساً بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة أو العائلة بدءاً من الزوجين وصولاً إلى الأصول فالفروع. وهذه الدعاوى ليست كلها نزاعات، فقد ينشأ البعض منها لغرض تسوية حالات معينة كما هو الشأن بالنسبة للميراث خاصة إذا كانت التركة تتناول عناصر كثيرة وورثة كثيرين، فالأمر هنا يحتاج إلى ذوي الاختصاص سواء على مستوى الجانب الشرعي أو التقني، فبدون ذلك لا يمكن الوصول إلى نتيجة.

ويتولى هذا النوع من النزاعات قانون الأسرة (1) الذي نجد أن معظم أحكامه مستمدة من عبق الشريعة الإسلامية .

وبرجعنا إلى نصّ المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية في فقرتها 04 نجدها تنصّ على أنه يكون الاختصاص : "في دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية"، و تنصّ المادة 57 من قانون الأسرة على أنه تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطلق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف.

غير أنّ الإشكال الذي يُثارُ هنا من خلال المادتين السابقتين الذكر يتمثل في حالة رفض محكمة الدرجة الأولى لطلب الطلاق المقدم من الزوج، هنا ففي هذه الحالة فإنّه يكون على هذا الأخير أن يستأنف هذا الحكم أمام المجلس القضائي، ويؤول هذا الاختصاص لهذا المجلس كجهة إستئنافية ويفصل المجلس في الدعوى بقبولها أو الطلاق، بالإضافة إلى ذلك فإنّه يجب عليه هاهنا أيضاً أن يفصل في آثار الطلاق. أي في التعويضات والحضانة والسكن و النفقة ويكون بهذا الفصل قد حرم الطرف الثاني المدعى عليه من درجة من درجات التقاضي.(2)

ومن المنازعات المتعلقة بالجانب الإجرائي أيضاً نجد المنازعات المتعلقة بالخطبة، حيث تنصّ المادة 08 في فقرتها الرابعة من قانون الإجراءات المدنية على أنه يؤول الاختصاص "في دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية." فيتضح لنا من خلال هذه الفقرة أنّها تكلمت على دعاوى الطلاق و دعاوى الرجوع إلى بيت الزوجية وحددت الاختصاص بشأنها لمحكمة مقر الزوجية، لكن هذا النصّ أغفل ذكر المحكمة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالخطبة، ذلك أنّ الخطبة إجراء سابق للزواج وفيه يكون الطرفين سواء الخاطب أو المخطوبة لازل لم يسكنا مسكن الزوجية ولم يتكون بعد لديهما مسكن زوجية.

كذلك الشأن بالنسبة للأحكام الغيابية فنجد أن المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري نصّت على أنه: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطلق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية " فيتضح من هذه المادة أن الأحكام التي تصدرها محاكم قسم الأحوال الشخصية تصدر بصورة ابتدائية ونهائية

(1)- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005، المرجع السابق .
(2)- موسوعة الفكر القانوني، تصدر عن دار الهلال للخدمات الإعلامية، العدد 04، ص 78-79.

أي أنها لا تقبل الاستئناف أمام المجالس القضائية كدرجة ثانية إلا في الجوانب المادية وإن كانت تقبل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ، و هذه المادة بوضعها الحالي تطرح إشكالاً قانونياً للأحكام التي تصدرها محاكم الدرجة الأولى غيابياً ، في كون هذه الأحكام تصدر بصورة ابتدائية أم أنها تصدر بصورة نهائية ؟

وفي حالة الطعن فيها بالمعارضة فإنها تُنظرُ أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي هنا أيضاً وجب تدخل المُشرِّع و تدارك هذا القصور.(1)

أمّا بالنسبة للاختصاص المحلي لمنازعات الأحوال الشخصية فنجد أن المُشرِّع الجزائري قد حدد الاختصاص المحلي المكاني بمقر مسكن الزوجية حسب المادة 08 في الفقرة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية، و هذا الاختصاص بوضعه الحالي فيه إجحاف لحق الزوجة خاصة إذا كانت تقيم خارج الولاية التي بها مسكن الزوجية، أمّا إذا كان مسكن الزوجية بشرق البلاد والزوجة من غرب البلاد أو العكس فهذا الأمر جعل في كثير من الأحوال الزوجات يتنازلن عن حقوقهن خوفاً من مشقة السفر و المصاريف الباهظة للتقاضي. (2) ممّا ينتج عن ضياعها والتنازل عن كثير من الحقوق المشروعة لهن.

2. بعض صور النزاعات المتعلقة بالجانب الموضوعي :

إنّ المنازعات المتعلقة بالجانب الموضوعي نجدها متعددة الصور فلو قصرنا تسليط الضوء عن صور فكّ الرابطة الزوجية لالتمسنا الكثير من صور النزاعات الموضوعية، ولو تحدثنا عن بعض صور هذا النوع من المنازعات فإننا نذكر على سبيل الحصر المنازعات المتعلقة بدعاوى الطلاق بين الزوجين وكذا المنازعات المتعلقة بدعوى طلب رجوع الزوجة إلى محل الزوجية نجد أيضاً المنازعات المتعلقة بدعوى اللعان ونفي الولد وكذا دعوى إثبات النسب ودعاوى طلب نفقة الزوجة أو نفقة الأولاد وغيرها من صور الدعاوى المتعددة.

ف نجد مثلاً أنّ دعاوى الطلاق بين الزوجين هي دعوى طلب الحكم بالطلاق يتقدم بها إلى المحكمة أمّا الزوج بإرادته المنفردة طبقاً لما نصّت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري وأمّا بإرادة الزوجين معاً وفقاً لما نصّت عليه المادة 48 و 54 من نفس القانون وأمّا يكون بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة والمتعلقة بقضايا الخلع والتطليق.

(1)- موسوعة الفكر القانوني، العدد 04، المرجع السابق، ص 79.

(2)- موسوعة الفكر القانوني، العدد والموضع نفسه.

أمّا بالنسبة لدعوى طلب الرجوع إلى محل الزّوجية فالمقصود بها هي تلك الدعوى التي يتقدم بها الزوج إلى المحكمة ضد زوجته التي تركت محل إقامة الزّوجية، فيطالب من المحكمة أن تحكم عليها بالرجوع، و دعوى اللعان و نفي الولد تكون في حالة ما إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب الولد إليه، و لم يستطع إثبات ذلك أمام القضاء فإنه يجوز له أن يرفع إلى المحكمة دعوى اللعان و نفي الولد على الرغم من أنّ المُشرّع الجزائري لم يذكر اللعان كسبب من أسباب الطلاق أو التطلق، غير أنّ هذا الأخير قد أشار إليه ضمناً في مقتضى نصّ المادة 41 قانون الأسرة، وقام بذكره صراحة في نصّ المادة 138 من قانون الأسرة كسبب مانع من التوارث حيث جاء فيها: "يمنع من الإرث اللعان والرّدة". (1)

أمّا بالنسبة لدعوى إثبات النسب فهي تهدف أساساً إلى إسناد نسب شخص معين إلى شخص آخر دون أي نزاع أو خصام صريح حول موضوع محدد، و كذا الحال بالنسبة لدعوى طلب نفقة الأولاد إذا تخلف الزوج عن التزاماته اتجاه زوجته أو اتجاه الأولاد، و خاصة التزامه بالنفقة عليهم طبقاً لما نصّت عليه المادة 75 حيث نصّت: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فيالنسبة للذكور إلى سنّ الرشد و الإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة ...". (2)

وبذلك فإنه يجوز للزوجة أن ترفع دعوى طلب النفقة أمام المحكمة التي تقيم بدائرتها، و كذا بالنسبة لدعوى الحضانة الشرعية والتي تعتبر بدورها دعوى تبعية تثار تبعاً لدعوى الطلاق.

في حين يكون الأمر بالنسبة للخطبة والتي تنصّ المادة 05 من القانون السابق الذكر على أنه: "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها، إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، لا يسترد الخاطب شيئاً ممّا أهداها إن كان العدول منه، و إن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته." فيتضح لنا من هذا النصّ المتعلق بالخطبة ورغم بساطته إلا أنه يثير منازعة، فمثلاً إذا قام الخاطب بخطبة الفتاة وبعد أن تمضي سنوات عن خطبتها يعدل عن الخطبة، ففي حالة قيام المنازعة في مثل هذه القضايا. - فما هو التعويض الذي يُمنح للمخطوبة؟ - وكم يكون مقدار ثمنه؟

(1)- أنظر، المادة138، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

(2)- أنظر، المادة75، قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه.

والقول ذاته يكون بصدد المخطوبة التي تعدل عن الزواج بخطيبها التي تكون قد اشترطت عليه إتمام دراستها وبعد إتمام دراستها تعدل عن الخطبة - فكيف يكون التعويض حينها وكيف يتم استرداد الأشياء المتعلقة بالخطبة؟

أما بالنسبة للطلاق والتي نصت عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري والذي جاء فيها على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 يُحلُّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون. "

يتضح من هذه المادة أنّ الطلاق يتم بإرادة الزوج أي باستعمال العصمة الذي كثيراً ما تثور فيه منازعة بين الزوجة خاصة إذا كانت جديدة، أي أسباب الطلاق غير تافهة، ذلك أنّ الطلاق وضع له المشرع ضوابط على درجة كبيرة من الأهمية. كذلك الأمر بالنسبة للخلع إذ تنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما بلا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" وكان لقضاة المحكمة العليا اجتهاد في هذا الصدد مفاده بأن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة سواء رضي به الزوج أو لم يرضى فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلاً لفك الرابطة الزوجية دون وقع الحاجة إلى موافقة الزوج هذا ما جاء في الملف رقم 115-118 قرار بتاريخ : 1994/04/11.

أما فيما يخص الحضانة تنص المادة 62 من قانون الأسرة على أنه: "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" فمن تسند له الحضانة يجب أن يقوم بتلك الواجبات كاملة و إلا أثّرت منازعة فيها، ممّا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنه كذلك فإنّ المشرع قد حدد أصحاب الحضانة، و تثار المنازعة في مسألة الحضانة في حالة عدم طلب الحضانة من كلا الطرفين أي الزوجين فكيف تسند الحضانة في هذه الحالة؟

ومن المسائل التي تثير المنازعات أيضاً نجد النزاع القائم بين الزوجين في حالة عُسْر الزوج أي عدم قدرته على دفع نفقة الأولاد خاصة إذا كان عاطلاً عن العمل فإذا أُسندت الحضانة للأم فكيف له أن يدفع مقابل الحضانة و المتمثل في الإنفاق على الأولاد وهو مُعسّر.

ومن المنازعات الموضوعية أيضاً نجد المنازعات المتعلقة بالحضانة وذلك من قبيل عدم تجزئة الحضانة، أي أن حضانة كل الأولاد تمنح لطالبيها أي لشخص واحد ففي حالة تجزئة الحضانة - فما مصير الطفل الرضيع؟ (1)

وبالرجوع إلى الواقع الاجتماعي نجد أن جُلَّ الأمهات يُطالبون بحضانة الأولاد رغم عدم قدرتهن على ممارسة الحضانة سواء لغياب المسكن، أو لفقر الزوجة، أو لرفض أهلها استقبال أطفالها ورغم هذا فإن هذه الأخيرة تبقى متشبثة بطلب حقها في حضانة أطفالها قاصدة الضغط على المطلق حتى يعيدها لبيت الزوجية فتثار المنازعة بين الزوج و الزوجة بشأن الحضانة.

كذلك تثار المنازعة في مسكن الزوجية وممارسة الحضانة إذ نصت المادة 72 من قانون الأسرة على ما يلي: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة وإذا تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار" فنص المادة 72 طرح بفحواه عدة نزاعات من حيث: - من هي الحاضنة التي لها الحق الاستفادة من المسكن لممارسة الحضانة، - وكم يجب أن يكون لها من الأولاد حتى تستفيد من المسكن لممارسة الحضانة، لأن الحاضنة التي لها عدة أولاد ليست كالحاضنة التي لها ولد واحد أو ولدين.

تثار أيضاً في هذا الصدد المنازعات المتعلقة بمسكن الزوجية هذا الأخير الذي قد تكون له عدة صور فقد يكون ملك للزوج أو مؤجر له، لأن منح بدل الإيجار كحل عادل حتى لا يتهرب الزوج من الالتزامات مع منح الحضانة للحاضنة.

كذلك تثار المنازعة في الميراث، لأن عند تقسيم التركة حسب قانون الأسرة الجزائري فإن بساطة التنصيف تختفي تماماً، لأن مسألة ميراث الرجل و المرأة في قواعد الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ليست ثابتة في نصيب واحد هو للذكر مثل حظ الأنثيين، بل إن الأنصبة تتغير بتغير الأحوال والحالات، ومن ثم تثار المنازعة المتعلقة في هذا الشأن.

ومما تجدر الإشارة إليه أيضاً أن معظم المسائل المتعلقة بالأسرة تثار فيها المنازعات الواردة ضمن قانون الأسرة التي يكون أطرافها الزوج و الزوجة بصفة أصلية، لكن المشرع أضاف ضمن التعديل الوارد بالأمر رقم 02/05 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق لـ 27 فيفري سنة 2005 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة، أضاف طرفاً أصلياً في دعاوى الأسرة وهي النيابة العامة إذ

(1)- موسوعة الفكر القانوني، العدد 04، المرجع السابق، ص 80-81 .

نصت المادة 03 مكرر منه على أنه: " تُعَدُّ النِّيبَاةُ العامَّةُ طرفًا أصليًّا في جميع القضايا الرّامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون. " كما سبق الذكر وبذلك فقد جعلها المُشرِّع الجزائري سلطة الإِدعاء العامَّة التي تقوم بوظيفة الاتهام للحفاظ على حسن تطبيق القوانين والدفاع عن المجتمع وحقوقه باعتبارها ممثلة الدولة في التطبيق السليم والصارم للقانون، إلاَّ أنَّ الوظائف القضائية للنِّيبَاة العامَّة لا تنحصر فقط في الميدان الجنائي بل هناك وظائف هامة في المادة المدنية أُسندت إليها حينما يتعلق الأمر بالنظام العام سواء من ناحية المسائل محل النقاش أو من ناحية الأطراف فهي حارسة النظام العام (1) وكذا الأمر في المسائل المتعلقة بقضايا الأسرة.

الفرع الثاني : مركز النِّيبَاة العامَّة في قضايا الأسرة و انحلال الرّابطة الزوجية:

تطلق عبارة النِّيبَاة العامَّة على مجموعة من القضاة في جهة قضائية تكون مهمتهم الدفاع عن مصالح المجتمع، وهم يشكلون القضاء الواقف وذلك لأنهم خلال الجلسات التي يحضرونها وعند مرافعتهم يكونون واقفين بخلاف قضاة الحكم الذين يكونون جالسين، وهذا ما نصت عليه المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية والتي نصت على أنه: "تباشر النِّيبَاة العامَّة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون وهي تمثل أمم كل جهة قضائية ويحضر ممثلها المرافعات أمام الجهات القضائية المختصة بالحكم. ويتعين أن يُنطَقَ بالأحكام في حضوره كما تتولى العمل على تنفيذ أحكام القضاء، ولها في سبيل مباشرة وظيفتها أن تلجأ إلى القوة العمومية كما تستعين بضباط وأعوان الشرطة القضائية." (2)

وكذلك تمارس النِّيبَاة العامَّة الدعوى المدنية وذلك بتدخلها كطرف أصلي مدعى أو مدعى عليه، كقضايا حالة الأشخاص وقضايا شؤون الأسرة، وهذا ما نصت عليه المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري (3) وكطرف منظم عندما تتدخل لإعطاء رأيها في كيفية تطبيق القانون وهذا ما نصت عليه المادة 259 من القانون نفسه.

أولاً: النِّيبَاة العامَّة كطرف أصلي في المسائل المتعلقة بالأسرة :

لقد استند المُشرِّع الجزائري إلى عدة اعتبارات في إدخال النِّيبَاة العامَّة كطرف أصلي في جميع قضايا قانون الأسرة، كونها تدعى باسم الحق العام وتقوم بحماية الصالح العام والنظام العام، فهي حامية الحقوق والحريات الخاصة في مسائل الأسرة

(1)- أحمد، هندي، القانون الإجرائي في مسائل الأحوال الشخصية، مقصد التيسير الإجرائي، مقالة في دورة المقاصد الشرعية، جامعة الإسكندرية، فبراير 2009، ص 06.

(2)- المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري .

(3)- أنظر، المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق .

ومن أمثلة تدخل النيابة العامة في قضايا الأسرة تقديمها طلبات بطلان الزواج عندما يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا كان أحد الزوجين غير بالغ أو إذ كانت العلاقة الزوجية سرية، أو تم إبرام عقد الزواج هن طريق الإكراه والتهديد أو تزوجت المرأة منفصلة عن زوجها السابق دون أن تنتهي عدتها (1) ولها كذلك أن تطلب تعيين مدير مؤقت على أموال الغائب وأن تُصرَح بوفاة الأشخاص المفقودين وفقاً للمادة 114 من قانون الأسرة.

ومن وظائف النيابة العامة أيضاً المحافظة على مصالح القصر و عديم الأهلية سواء كانت مدعية أو مدعى عليها.

فهذه بعض الحالات التي تتدخل فيها النيابة العامة عن طريق رفع الدعوى كطرف أصلي، وبصفتها هته فإِنَّهُ يحق لها أن تحضر في كل إجراءات القضية وفي التحقيقات وكل الإجراءات تحرر باسمها، والهدف هو تطبيق القانون وحماية الصالح العام، وبذلك لأبْد من ضرورة تبليغها هذا ما أكده الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17/02/1971 والذي جاء فيه: " ضرورة تبليغ القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص للنيابة العامة وضرورة سماع ممثلها فيها." (2) وكذلك يجوز لها أن تحرك الدعوى العمومية بهذا الشأن إذا رأت أن الأمر يشكل جريمة من جرائم القانون العام.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار مركز النيابة العامة في مسائل المتعلقة بالأسرة كمدعية فقد تهدف إلى مجرد تقرير حق أو مركز قانوني أو إنكاره، مثل طلب ثبوت الرابطة الزوجية أو البتة، وقد يكون بإنشاء مركز قانوني جديد كطلب التفريق بين الزوجين. وبما أن الخصومة ملك للخصوم فإنَّ للنيابة العامة أن تدعي باسم النظام العام وترد في نفس الوقت على إِدعاءات الخصوم هذا ما نصَّت عليه المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية بقولها " تتدخل النيابة العامة تلقائياً في القضايا التي يحددها القانون أو للدفاع عن النظام العام. (3)

والنيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً في قضايا الأسرة يجب أن تتوفر فيها شروط قبول الدعوى في حالة إدعائها طبقاً للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية السابق الذكر والذي جاء فيها: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله

(1)- عمر، زوده، المرجع السابق، ص 291.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم القرار غير موجود، بتاريخ 17/02/1971، نشرة القضاة، عدد، 02، لسنة 1972، ص 51.

(3)- أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 247.

مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون... " (1) فاشتترطت المادة لقبول الدعوى أمام المحكمة أن تُرفع من شخص له صفة أو أهلية ومصلحة في ذلك (2)

وكأصل عام فإنَّ حقَّ النِّيابة العامة قاصر على الدعوى العمومية التي نستأثر بتحريكها ومباشرتها أمام القضاء الجزائي، أمَّا مباشرة الدعوى المدنية أمام القضاء المدني فلا يكون إلاَّ استثناءا بشرط أن يوجد نصَّ في القانون يمنحها هذا الحق، فإذا رفعت الدعوى أمام القضاء المدني دون وجود سندٍ قانوني يمنحها هذا الحق فلا تقبل الدعوى لانتفاء الصفة، ولو كان سبب رفع الدعوى هو المصلحة العامة. (3)

إذن قد يسمح القانون للنِّيابة العامة أن تعمل أمام القضاء المدني كطرف أصلي وكمدعي أو مدعى عليه بأن تقف موقف الدفاع، وهو أمر استثنائي لا يصل به إلاَّ حيث ينصُّ القانون صراحة على ذلك.

وعندما تعمل النِّيابة العامة كطرف أصلي فهي تأخذ بذلك مركز الخصم في الخصومة المدنية بحيث تتمتع بجميع حقوق الخصم، فلها توجيه سير الخصومة وإبداء الطَّلَبات والدُفوع وتقديم الأدلة، ولها حق الطَّعن في الحكم الصادر في الدعوى لغير مصلحتها، وإلى جانب ذلك قد يُسمح للنِّيابة العامة أن تعمل أمام القضاء المدني كطرف منظم وليس أصلي.

وخلاصة القول فإنَّ صفة الطرف أو الخصم تقتضي أن يصدر الحكم له أو عليه والنِّيابة العامة هنا لا يمكن الحكم لها ولا عليها حتى لو جاز القول أن النِّيابة طرف أصلي مدخل في الخصام، فإنَّ الحكم الذي ستصدره المحكمة سيصيب نصيب منه المدخل في الخصام سلبيًا أو إيجابًا والنِّيابة هنا لا نصيب لها في نتيجة الحكم. (4)

هذا ما يجرُّنا إلى القول بأنَّ النِّيابة العامة لا تُعدُّ خصما حقيقيا، وإنَّما هي خصم شكلي ليست لديها مصلحة شخصية، فهي تقف في الدعوى موقف الحكم المحايد لا يهتمها إلاَّ قول الحقيقة، والقاضي يهيمه أن يسمع لرأي جهة مختصة ومحايدة لا تهمها من النزاع إلاَّ تطبيق القانون والسهر على حسن سير العدالة. (5)

(1)- أنظر، المادة 13، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(2)- محمد مفران، مزيان، دور النِّيابة العامة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006، 2005، ص15.

(3)- عمر، زوده، المرجع السابق، ص38.

(4)- عبد العزيز، سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل "سلسلة تبسيط القوانين 05"، ط03، دار هومة، الجزائر، 2011، ص182، 183.

(5)- أحمد، شامي، المرجع السابق، ص250.

ثانياً : النيابة العامة كطرف منظم في المسائل المتعلقة بالأسرة :

تكون النيابة العامة طرفاً منظمًا في قضايا شؤون الأسرة عندما ترفع الدعوى القضائية من طرف أصحاب الشأن، ولا يقصد بتدخلها هذا أن تنظم إلى أحد الطرفين بل يجب عليها أن تعمل دون أن تتحاز لأحدهما، لأن الهدف هو ضمان تطبيق القانون وقد جرى الفقه على تسمية النيابة العامة عندما تعمل أمام القضاء المدني بهذه الوسيلة بالطرف المنظم (1). ولا تعتبر بتدخلها هذا طرفاً وإنما هي ممثلة للمصلحة العامة في الخصومة الناشئة بين طرفيها، وعلى هذا الأساس تتحدد سلطاتها وتنحصر في إبداء رأيها في القضية، وذلك من أجل سلامة تطبيق القانون، ويكون تدخل النيابة العامة عندما تعمل كطرف منظم وجوبياً أو اختيارياً على النحو التالي:

1. تدخل النيابة العامة الوجوبي :

يمكن للنيابة العامة أن تعمل كطرف منظم في الخصومة المدنية ويكون تدخلها وجوبياً بمقتضى القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية بقولها: "يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية :

- القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها.

- تنازع الاختصاص بين القضاة.

- ردُّ القضاة.

- الحالة المدنية .

- حماية ناقصي الأهلية.

- الطعن بالتزوير.

- الإفلاس والتسوية القضائية.

- المسؤولية المالية للمسيرين الاجتماعيين.

ويجوز لممثل النيابة العامة الإطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضرورياً. يمكن أيضاً للقاضي تلقائياً، أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى. "

(1)- عمر، زودة، المرجع السابق، ص36.

ومن هذا النصّ كانت قضايا الأحوال الشّخصية تعتبر من القضايا المبلّغة وجوباً والنّيابة العامة طرف منظم وتدخلها وجوبي في القضايا السالفة الذكر وجوازي في غير ذلك من القضايا (1) وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2001/02/12 بقولها: "من المقرر أنّ إطلاع النّيابة العامة على القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص من القواعد القانونية الجوهرية المتعلقة بالنظام العام التي أوجبها المادة (141) من قانون الإجراءات المدنية القديم أي المادة (260) من القانون الجديد رقم 08-09، ومن ثمّ يُستوجب نقض وإبطال القرار الذي لم يرد فيه رأي النّيابة العامة حسب طلباتها المكتوبة." (2)

ولكن يمكننا القول أنّه في قضايا الزّواج والطلاق تعمل النّيابة العامة كطرف منظم ولكن بصفة أخرى، أي تنظّم إلى الدعوى ولا تكون مدعى عليها، أي أنّها تكون طرفاً أصلياً ليس بصفة مطلقة، حيث أنّها لا تبدي طلبات ولا دفع، لأنّه ليس من مصلحتها أن تقف إلى جانب الزّوج أو إلى جانب الزّوجة، بل تلتزم تطبيق القانون رغم أن المادة 03 مكرر تشير إلى تدخل النّيابة العامة في جميع قضايا شؤون الأسرة. (3)

2. تدخل النّيابة العامة الاختياري :

يجوز للنّيابة العامة أن تتدخل أمام القضاء المدني في أية قضية إذا رأت أنّها تمس بالنظام العام، وهذا الحق يكون متروكاً لتقديرها، فنتستطيع أن نتدخل في أية قضية ويسمى هذا التدخل بالتدخل الاختياري أو يسمى تعلقاً، وهذا ما نصّت عليه المادة 260 في فقرتها الرابعة من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكر. (4)

ولا يجوز للجهة القضائية أن تفرض تدخل النّيابة العامة في الدعوى كون النزاع لا يتعلق بالنظام العام، أو أن يتمسك الخصوم بعدم قبول تدخل النّيابة العامة في الدعوى، إن كان النزاع خارج عن نطاق النظام العام أو عدم تعلقه بالآداب. حيث أن النّيابة العامة هي التي تستقل بتقدير ما إذا كان تدخلها من دواعي الصالح العام أم لا.

كما أنّه قد يرى القاضي من تلقائي نفسه أنّه من الضروري أن تتدخل النّيابة العامة لإبداء رأيها في القضية ولا يجب عليها أن تفرض، بل يجب عليها أن تبدي

(1)- عبد القادر، بن داوود، المرجع السابق، ص 59.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصية، قرار رقم 256629، بتاريخ 2001/02/12، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 2002، ص 422.

(3)- أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 252.

(4)- أنظر، المادة 4/260، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق .

رأيها في القضية، ومن حقها أن تكتفي بالإشارة إلى أنها اطلعت عليه دون إلزامها بإبداء رأي معين.(1)

الفرع الثالث : دعاوى النيابة العامة في قضايا الأسرة وانحلال الرابطة الزوجية:

إلى جانب وظيفة النيابة العامة في الميدان الجزري الذي تكاد تنفرد بإقامة الدعوى العمومية ومتابعتها والإدلاء بالحجج المؤيدة لها ، وممارسة طرق الطعن بشأنها فإنَّ جُلَّ التشريعات قد أوجدت نظراً خاصاً لتدخل النيابة العامة في الميدان المدني، حينما يتطلب الأمر حماية مراكز قانونية معينة جديرة بذلك ، وخاصة عندما تكون المنازعة ذات صبغة لها علاقة بالنظام العام أو بتحقيق المصلحة العامة . و برجعنا إلى نصوص القانون الجزائري نجد أنَّ المشرِّع الجزائري قد أوجب للنيابة العامة الحقَّ في رفع الدعاوى الأصلية، وذلك بموجب نصوص صريحة نصَّ عليها في كثير من نصوص القانونية نجد منها:

ما أقره المشرِّع الجزائري ضمن قانون الأسرة الجديد المعدل بالأمر 02-05 وبنصَّ المادة 22 منه على أنه: " يثبت الزَّواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزَّواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة."

كما نصَّت المادة 49 من نفس القانون في فقرة الثالثة منها على أنه: "تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة." (2)

لتنصَّ المادة 125 بعدها على أن: " التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة، و أن يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر ...". (3)

كذلك نجد في بعض القضايا المتعلقة بإثبات الزَّواج العرفي القضية التي ترفع من طرف مدعي أو مدعية ضدَّ النيابة العامة، ففي مثل هذه القضايا لا يوجد فيها نزاع فيتم رفع الدعوى بين أطرافها، ويكون على النيابة هاهنا أن تلتزم تطبيق القانون.

كذلك أقرَّ المشرِّع الجزائري للنيابة العامة تقديم طلب بتصفية التركة و تعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي على قاصر من بين الورثة، و في هذه الحالة و جب أن تكون القسمة عن طريق القضاء، و ذلك تطبيقاً للمادة 181 والتي جاء فيها: "يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109 و173) من هذا القانون، وما ورد

(1)- عمر، زودة، المرجع السابق، ص 37 - 38 .

(2)- أنظر، المادة 22 ، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق .

(3)- أنظر، المادة 125، المرجع نفسه.

في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة. وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء. " وكذا ما نصت عليه المادة 182 من نفس القانون والتي جاء فيها: "في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وبتعيين مقدم ولرئيس المحكمة أن يقرر وضع ...". (1)

كما أنه جعل للنيابة العامة أن تطلب من المحكمة تعيين مقدم على فاقد الأهلية أو ناقصها في حالة عدم وجود ولي أو وصي عليهم، طبقاً للمادة 99 من قانون الأسرة. " والمقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها بناءً على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة. "

وجعل لها صلاحية رفع الحجر على كل من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى هذه الحالات بعد رشده طبقاً لنص المادة 101 والتي جاء فيها: " من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه. "

في حين نصت المادة 102 من القانون ذاته على أنه: " يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة. " (2) كما لها الحق في رفع الدعوى التي تتعلق بالإرث و الوصية.

ومما يجدر ملاحظته أن النيابة العامة ورغم أنها طرف أصلي في مسائل الأسرة التي ترفع الدعوى أو ترفع عليها فإنها لا تقدم مذكرات مكتوبة بل تلتزم تطبيق القانون ليس إلا.

كذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أقر ضمن قانون الحالة المدنية الجزائري للنيابة العامة حق تقديم الطلبات ببطلان عقد الزواج إذا كان هذا الأخير باطلاً بطلاناً مطلقاً في حالة ما إذا كان أحد الزوجين غير بالغ أو قام بارتكاب فاحشة هذا ما نصت عليه المادة 48 من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية، والتي جاء فيها: "يجوز طلب الإبطال من قبل الأشخاص المعنيين أو من قبل

(1)- أنظر، المادة 181 وكذا المادة 182، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

(2)- أنظر، المادة 101- 102، قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه .

النائب العام لداعي النظام العام ويسجل المقرر النهائي في سجلات الحالة المدنية ويشار إليه في هامش... (1).

لتنص المادة 49 من الأمر نفسه رقم 20/70 والتي تليها على أنه يمكن للنيابة العامة طلب تصحيح عقود الحالة المدنية، ويتم ذلك بموجب عريضة يقدمها وكيل الجمهورية و بمجرد حكم يصدره رئيس محكمة مكان تحرير أو تسجيل العقد، حيث نصت المادة على أنه: "يجوز القيام بتصحيح عقود الحالة المدنية أو المقررات القضائية المتعلقة بها بناء على عريضة وكيل الدولة بدون نفقة بمجرد حكم يصدره رئيس محكمة الدائرة القضائية للمكان الذي حرر أو سجل فيه العقد ... (2)"

ومما أقره المشرع الجزائري أيضاً للنيابة العامة ضمن قانون الحالة المدنية وقانون الأسرة الجزائريين تقديم طلب لاستصدار حكم بفقدان أو وفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارجها، وذلك إلى محكمة مكان الولادة أما بالنسبة للمولودين بالخارج أو الأجانب يقدم الطلب إلى محكمة المسكن أو الإقامة الاعتيادية والإ تكون محكمة مدينة الجزائر هي المختصة طبقاً لنص المادة 89 من قانون الحالة المدنية الجزائري والتي جاء فيها: "يجوز التصريح قضائياً بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الدولة أو الأطراف المعنيين.

كما يجوز أيضاً التصريح قضائياً بوفاة كل أجنبي إذا كان عديم جنسية فقد في الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية، حتى ولو كان في الخارج إذا كان مسكنه أو إقامته الاعتيادية في الجزائر."

لتنص المادة 91 بعدها على أنه: "يقدم الطلب إلى محكمة مكان الولادة. إلا أنه بالنسبة للجزائريين المولودين في الخارج وكذلك بالنسبة للأجانب فإن الطلب يقدم إلى محكمة المسكن أو الإقامة الاعتيادية. إذا لم يتوفر غير ذلك فتكون محكمة مدينة الجزائر هي المختصة. إذا فقد عدة أشخاص خلال نفس الحدث فيجوز تقديم طلب جماعي إلى المحكمة مكان وقوع الفقدان أو إذا لم يوجد فيه محكمة فإلى محكمة مدينة الجزائر." (3) في حين نصت المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناءً على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة." (4)

(1)- المادة 48 من الأمر رقم 20/70 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ص91.

(2)- المادة 49، المرجع نفسه، الموضع ذاته.

(3)- أنظر، المادة 89 وكذا المادة 91، قانون الحالة المدنية الجزائري، المرجع السابق.

(4)- أنظر، المادة 114، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

أما بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية فقد نصَّ المُشرِّع الجزائري ضمن نصِّ المادة 260 على أنَّه: " يجب على النيابة العامة أن تتدخل في القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص، و يقصد بحالة الأشخاص كل ما يتعلق بالجوانب الشخصية كالزَّواج والطلاق و النَّسب."

أما حقُّ الدَّفْع بعدم الإرسال فنصَّت نفس المادة من قانون الإجراءات المدنية على أنَّه: " يجب إرسال ملف الدعوى إلى النَّائب العام و ذلك كلما كان أحد أطرافها شخص من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية ممن ورد ذكرهم على سبيل الحصر في البنود من 1 إلى 8 من هذه المادة وهم :

- الدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية و المصالح و الهيئات و الوصايا لصالح الخدمات الاجتماعية.

- القضايا الخاصة بحالة الأشخاص.

- القضايا التي تتضمن دفوعاً بعدم الاختصاص في نزاع يتعلق بصلاحيات الجهة القضائية .

- تنازع الاختصاص بين القضاة و رد القضاة.

- مخاصمة القضاة.

- الدعاوى المتعلقة بعديمي الأهلية.

- القضايا المتعلقة بالأشخاص المعتبرين غائبين.

- إجراءات الطَّعن بالتزوير.

فيتضح من تحليل أحكام هذه المادة أنَّ قاعدة إرسال الملفات المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين المشار إليهم في هذه المادة إلى النَّائب العام و إطلاعها عليها خلال الأجل المحدد في القانون يعتبر قاعدة جوهرية، أوجبها القانون بقصد حماية الصالح العام، و حماية مصالح و حقوق هؤلاء الأشخاص، و هو من النَّظام العام يمكن إثارته و الدفع به خلال جميع مراحل المحاكمة من صاحب المصلحة التي شرَّعت هذه القاعدة لحماية حقوقه، و باعتبار أنَّ وجوبية إرسال الملف إلى النَّائب العام هو قاعدة إلزامية أقرها المُشرِّع لصالح القاصرين دعماً لحماية حقوقهم، و أنَّ إثارة الدفع بعدم إرسال مثل هذا الملف إلى النَّائب العام من طرف غير القاصر أو ممثله يعتبر دفوعاً من طرف غير ذي صفة و غير ذي مصلحة و يتعين رفضه و الإرسال المادي

لملف الدعوى مشتملاً على جميع الوثائق والمستندات قبل 10 أيام على الأقل من يوم الجلسة بواسطة كتابة الضبط.

ومن القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في شأن ما سبق ذكره نذكر منها القرار الصادر في: 1986/10/6 والذي جاء فيه: "حيث أن القضية الصادر فيها القرار المطعون فيه اشتمل على شيئين عن حالات الأشخاص و هي الطلاق و الحضانة وأهمل القضاة إطلاع النيابة عليه منتهكين بذلك مقتضيات المادة في السبب وبالتالي فإنَّ النيابة العامة تكون كطرف أصلي في مسائل الأسرة كالطلاق و الحضانة و التطلق." (1)

وكذا القرار الصادر بتاريخ 1986/06/02 والذي جاء فيه أيضاً: "أن كل من سبق له أن تدخل في قضية وأعطى رأيه فيها لا يجوز له أن يشارك في الفصل فيها عند الاستئناف، إنَّ تطبيق الزوجة زوجها يدخل في قضايا حالات الأشخاص التي فرض القانون قبل الفصل فيها إبلاغ ملفها إلى النيابة العامة." (2)

نجد أيضاً القرار الصادر بتاريخ 1985/05/08 حيث نصَّ على أنه: "عن الوجه الأول مأخوذ من خرق المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية بدعوى أن هذه القضية تتناول مصالح بعض القاصرين وكان يجب أن يبلغ ملف الدعوى إلى النيابة العامة، غير أنَّ هذا الإجراء لم يحترم بحيث أنَّ النيابة تكون طرفاً أصلياً في القضايا التي يوجد فيها قصر في المسائل المتعلقة بقسمة التركات بحيث أنَّ المشرِّع أعطى حماية كبيرة للقصر." (3)

فهناك حالات ينصُّ فيها القانون صراحة على حَقِّ النيابة العامة في رفع الدعوى أمام المحكمة في قضايا الأسرة، فإذا رُفِعَتْ في هذه الحالة من الغير فيكون تدخلها وجوبياً وتكون طرفاً أصلياً في الخصومة وعلى المحكمة إرسال الملف إلى النيابة لتقديم دفوعها وطلباتها، ومن أمثلة الحالات التي يحقُّ للنيابة العامة التدخل فيها أمام المحكمة مثل المواد 99-102-114 من قانون الأسرة، ففي هذه القضايا يحقُّ للنيابة رفع دعوى مبتدئة أو تُرفع عليها، فإذا رُفِعَتْ أمام المحكمة فلا بد من تدخل النيابة كطرف أصلي لأن المسألة تتعلق بالنظام العام، وذلك لأنَّ المشرِّع سمح بصريح النصِّ للنيابة العامة بتحريك الدعوى في مسائل الأسرة فإذا تمَّ تحريكها

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 41752، بتاريخ 1986/10/06، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1998، ص 92.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 40962، بتاريخ 1986/06/02، نشرة القضاة، عدد 44، لسنة 1988، ص 186.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39694، بتاريخ 1985/05/08، المجلة القضائية، عدد 03، لسنة 1989، ص 35.

من طرف غيرها فإنه يتعين إدخالها في الخصومة كطرف أصلي طبقاً للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة، وقد سبق الحديث في نص المادة 99 من قانون الأسرة على أن المشرع يُجيز للنيابة العامة رفع دعوى أمم المحكمة للمطالبة بتعيين مقدم لفاقد الأهلية أو ناقصها كما يجوز للغير أن يرفع الدعوى عليها، أما إذا رفعت الدعوى بغير ما تكون طرفاً فيها فيكون تدخلها وجوبياً، فالنيابة العامة تكون طرفاً أصلي وكل ما يتعلق بحالة الأشخاص وجب تبليغه للنيابة العامة هذا ما أكده بدوره الاجتهاد الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1982/02/08 والذي جاء فيه: "تسليم ملف القضية إلى النيابة العامة ضمن شروط المادة 141 ق.إ.م.إ في قضايا حالات الأشخاص إجراء جوهري قائم بذاته ولا علاقة له بحضور ممثل النيابة العامة في الجلسة وتقديم رأيه في القضية. الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مآلاً لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه. (1)

وما لاحظناه هو تطبيق نص المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية سواء أمام المحكمة أو المجلس ونصّها على إطلاع النائب العام وليس النيابة العامة ووجود قرارات من المحكمة العليا تؤكد أنها تطبق أمام المحاكم، باعتبار أن النيابة العامة لا تتجزأ، ونذكر على سبيل المثال كذلك لا على سبيل الحصر الحالات التي يحق للنيابة رفع الدعوى أمام المحكمة وهي الحالات المنصوص عليها في المواد 99-102-114 من قانون الأسرة الجزائري فالقضايا المشار إليها في هته المواد السابقة منه يحق بموجبها للنيابة العامة أن ترفع فيها دعوى مبتدئة أو ترفع عليها، فإذا رفعت تلك القضايا أمام المحكمة فلا بد أن تكون النيابة العامة طرفاً أصلياً فيها بصريح نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة.

ومن القضايا التي لها علاقة بحالة الأشخاص (2) نجد أيضاً القرار الصادر بتاريخ 1984/02/03 والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجب إبلاغ النائب العام على القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ خرقاً لإجراء جوهري وانتهاكاً لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام.

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 26709، بتاريخ 1982/02/08، نشرة القضاة، عدد خاص، لسنة 1982، ص 258.

(2) - عمر، حمدي باشا، مبادئ الإجهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية " دور النيابة العامة في القضايا المدنية "، مجال تطبيق المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية، دط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2002، ص 162، 163.

ولما كان قضاة الاستئناف وافقوا على حكم قاضي بالطلاق دون إبلاغ الملف المتعلق به إلى النائب العام فإنهم بقضائهم هذا خرقوا أحكام المادة 141 من ق.إ.م ومتمى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه." (1)

لتنصّ نفس المادة 141 المحتج بها في السبب على أنه حينما يتعلق الأمر بحالة الأشخاص فإنّ الواجب يقتضي إرسال الملف إلى النائب العام للإطلاع عليه و إعطاء رأيه فيه وذلك من مقتضيات المادة المذكورة. هذا ما أكده بدوره الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 1977/05/09 والذي نصّ على أنه: "بالرجوع إلى ملف القضية والقرار المطعون فيه الصادر حولها فإنه يتبين منها أنه رغم أنّ النزاع يتعلق بالطلاق فإنّ الملف لم يبلغ إلى النائب العام ممّا يُعدّ خرقاً لإجراءات جوهرية تتعلق بالنظام العام الذي يعرض القرار المطعون فيه للنقض." (2)

وبذلك يتبين لنا أنّ دور النيابة العامة في الدعاوى المدنية يختلف حسب نوع القضايا المعروضة أمام القضاء، وحسب الجهة القضائية المختصة بالفصل فيه فالنيابة العامة كمدعي في الدعاوى المدنية تكون طرفاً أصلياً في الدعوى وبصفة مدعي فتقوم بتقديم طلباتها وذلك في حالات نصّ عليها القانون صراحة.

كذلك ما ورد في نصوص القانون والتي أعطينا فيما سبق أمثلة عن ذلك كدعوى الحجر طبقاً للمادة 102 من قانون الأسرة الجزائري وكذا دعاوى الطلاق من مفقود طبقاً للمادة 144 من نفس القانون، ودعاوى تصفية التركة في حالة وجود ولي أو وصي يمثل القاصر، وغيرها من الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في هذا الصدد تكريساً للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة التي اعتبرت النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون.

المطلب الثالث :

الآثار المترتبة عن اعتبار النيابة العامة طرفاً أصلياً في قضايا الأسرة وانحلال الرابطة الزوجية :

لقد اختلفت التشريعات الإجرائية في تنظيمها للجهات المختصة بوظائف الادعاء والتحقيق والمحاكمة فمن التشريعات ما أخذ بنظام الفصل بين هذه الوظائف مثل ما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري وذلك بإسناد كل وظيفة منها إلى جهة معينة

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34-762، بتاريخ 1984/02/03، المجلة القضائية، عدد 4، لسنة 1984، ص 26.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 49/283 بتاريخ 1977/05/09، نشرة القضاة، عدد 2، لسنة 1977، ص 149.

حيث يجري إسناد وظيفة المحاكمة إلى قضاء الحكم في حين يجري إسناد وظيفة التحقيق إلى جهة التحقيق، أمّا وظيفة الإدعاء فإنّها تسند إلى جهاز النيابة العامة وذلك في مختلف القضايا الجنائية التي تعتبر فيها طرفاً أصلياً، غير أنّه وبموجب تعديل قانون الأسرة الجزائري وفقاً للأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 فإنّه خول لجهاز النيابة العامة القيام بهذا الدور في مختلف قضايا شؤون الأسرة هذا ما أكدته المادة (03) مكرر من قانون الأسرة الجزائري والتي نصّت على أنّه: " تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون." (1) وبذلك فقد منح لها المشرّع الجزائري صفة رفع الدعوى (2) وذلك باعتبارها الممثلة الرسمية للنظام العام إذ منحت للنيابة سلطات تقديرية واسعة بمقتضاها تتحكم في شؤون الأفراد و تتدخل بمبرر وفكرة النظام العام، إذ تكون النيابة مدعية بوجود مساس بالنظام العام، سواء قامت النيابة بدور الادعاء أو الدفاع فإنّها في الحالتين تأخذ مركز الطرف في الخصومة، و يكون لها ما للخصوم من حقوق و يكون عليها ما على الخصوم من واجبات و أعباء، وبالتالي تكون طرفاً أصلياً في قضايا شؤون الأسرة وحتى أتبين ذلك أكثر ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع أتحدث في الفرع الأول عن الأثر المترتب عن اعتبار النيابة العامة طرفاً أصلياً في قضايا شؤون الأسرة من حيث قواعد الاختصاص واتصال النيابة بالدعوى وأتحدث في الفرع الثاني من حيث الطعن في الأحكام لأتحدث في الفرع الثالث عن الأثر المترتب من حيث عدم تبليغ النيابة العامة وذلك تبعاً لما يلي :

الفرع الأول: من حيث قواعد الاختصاص واتصال النيابة بالدعوى :

الواقع أنّ قانون الأسرة الجزائري تضمن النصوص الموضوعية لتنظيم الأسرة وأهمل القواعد الشكلية أو الإجرائية اللازمة لتطبيقه، ذلك أنّ قانون الأسرة باعتباره قانوناً خاصاً كان من الأفضل أن يتضمن قواعد إجرائية خاصة بتنظيم كيفية اللجوء إلى القضاء وكيفية التقاضي التي يجب مراعاتها والتي تتضمن للأطراف المتخاصمة حماية مصالحهم القانونية.

ولذلك كان لا بدّ لنا من الرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتباره الشريعة العامة للقواعد الإجرائية الواجبة الإلتباع أمام القضاء، وبرجوعنا إلى النصوص القانونية التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية نجده ينصّ على اختلاف المحكمة المختصة بالفصل في القضايا التي تنشأ بين الزوجين المتخاصمين وذلك حسب اختلاف موضوع الطّلب المقدم للمحكمة في مختلف قضايا شؤون

(1)- أنظر، المادة 03 مكرر، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.
(2)- مقداد، كرغلي، دور النيابة في المادة المدنية، نشرة القضاة، عدد خاص، 1982، وزارة العدل، ص 101، 102.

الأسرة والمتتبع لنصوص القانون يجد أنّ المُشرِّع الجزائري قد اعتبر قسم شؤون الأسرة من أهم أقسام المحكمة باعتباره بوابة على المجتمع يتسنى للباحث الاجتماعي تكوين نظرة شاملة على خباياه وأهم المشاكل التي تواجه الأسر الجزائرية، وقد أولاه المُشرِّع الجزائري اهتماماً خاصاً وذلك وفقاً لتعديل الأخير للقانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فبراير 2008 و أفرد لقسم شؤون الأسرة أحكاماً خاصة في الكتاب الثاني من المادة 423 إلى المادة 499 أي ما مجموعه 76 مادة، وهو ما لم تحض به باقي الأقسام المكونة للمحكمة كالقسم الاجتماعي و القسم العقاري و القسم التجاري و كذا المدني و برجعنا إلى نص المادة 423 وكذا المادة 426 نجد أنّ المُشرِّع يوزع الاختصاص بين نوعين من الاختصاصات هما الاختصاص النوعي والذي يعتمد على طبيعة الدعوى أي يأخذ بنوعية المادة التي هي محل النزاع القائم بين الأطراف، والاختصاص الإقليمي والذي يركز على قيمة المصالح التي هي محل الخصومة.

أولاً : الاختصاص النوعي :

نصت على هذا النوع من الاختصاص المادة 423 ق.إ.م.إ. وقد تضمنت في محتوى نص المادة (05) أنواع من الدعاوى ولقد ورد ذكرها باعتبارها أهم الدعاوى التي يعرفها القضاء، غير أنّها لا تمثل كل الدعاوى التي يختص بها قسم شؤون الأسرة، لوجود منازعات أخرى لم يأت ذكرها منها القضايا المتعلقة بالمنقولات والحقوق الميراثية وغيرها. (1) وقد جاء في فحواها أنّه: " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية :

- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.

- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.

- دعاوى إثبات الزواج والنسب.

- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.

- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم. " (2)

(1)- عبدالرحمان، بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/02/23، دط، منشورات بغدادي، الجزائر، 2011، ص328.

(2)- أنظر، المادة 423، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

ثانياً : الاختصاص الإقليمي :

تُحدِّدُ المادة 426 من ق.إ.م.إ الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعاً لطبيعة كل نزاع إمّا في موطن المدعى عليه، أو في موطن المدعي، أو بناء على اختيار أحد الطرفين أمّا القضايا التي لم يرد ذكرها فيتّم الرجوع فيها للقواعد العامة للاختصاص قبل التطرق للاختصاص الإقليمي لمحكمة شؤون الأسرة يجب التنويه إلى أن هذا الدفع شكلي، وليس موضوعي وهذا باستقراء المادة (47) من ق.إ.م.إ .

وتجدر الإشارة إلى أنّ المادة 45 من ق.إ.م.إ نصّت على أنّه: يعتبرو لاغياً كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تمّ بين التجار (1) وأضافت المادة 46 على أنّه: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصاً إقليمياً ويوقع ان على تصريح بطلب التقاضي وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك على أنّه يمتد بعد ذلك الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي الموجود بدائرة اختصاصه المحكمة المصدرة للحكم، وليس للمدعي الحق في التمسك به، أي الاختصاص الإقليمي بل هو مخول فقط للمدعى عليه طبقاً للمادة (51) من ق.إ.م.إ ويثار قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول طبقاً للمادة (47) من القانون نفسه. (2)

وبخصوص الاختصاص الإقليمي للمحكمة فإنّه يحدده نوع القضية كما نصّت عليه المادة 426 ق.إ.م.إ وذلك على المنوال التالي: " تكون المحكمة مختصة إقليمياً :

- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.
- في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.
- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود مسكن الزوجية أمّا الطلاق بالتراضي فمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.
- في موضوع الحضانة وحقّ الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة.
- في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها.

(1)- أنظر، المادة 45، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(2)- أنظر، المادتين 47-51، المرجع نفسه.

- في موضوع المتاع بمكان وجود المسكن الزوجي.
- في موضوع الترخيص بالزواج مكان طالب الترخيص.
- في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه.
- في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية. (1)

أما فيما يخص اتصال النيابة بقضايا الأسرة فإذا كانت تعمل بطريق الإدعاء فهي من تحرك النشاط القضائي، وترفع الدعوى فتقوم بتبليغ ملف القضية إلى الخصوم ويتم إعلانها بها في مدة (10) أيام، ويكون لها ما للخصوم من حقوق وواجبات ولها أن تبدي ما تشاء من الطلبات والدفع، كالدفع بعدم الاختصاص النوعي لأن ذلك مما يلزم المحكمة أن تراعيه من تلقاء نفسها، وما عمل النيابة في هذه الحالة إلا تنبيهها لما هو واجب عليها (2) وفي هذه الحالة لا يطرح أي إشكال وقتها.

أما في حالة ما إذا تم رفع الدعوى من الغير فيتم تبليغها بملف القضية عن طريق كتابة ضبط المحكمة، وفي بعض المحاكم تشترط النيابة تبليغها بالقضية عن طريق المحضر القضائي ونتيجة لذلك تتصل النيابة بالقضية المتعلقة بالأسرة.

ويعتبر اتصال النيابة العامة بملف القضية إجراءا جوهريا باعتبارها طرفا أصليا طبقا لما أكدته ونصت عليه المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر، وبذلك فلا يجوز طلب ردها. (3)

الفرع الثاني : من حيث الطعن في الأحكام :

تتمتع الأحكام القضائية وبمختلف أنواعها بحق الطعن فيها وهذا طبقا لما تقرره قواعد ونصوص قانون المرافعات ، والطعن في الأحكام هي أهم وسيلة من وسائل الرقابة التي تمارسها الجهات القضائية الأعلى على الجهات القضائية الأدنى . وقد جرى فقهاء المرافعات على تقسيم طرق الطعن في الأحكام إلى طرق الطعن العادية والتي تهدف أساسا إلى إعادة النظر في القضية من جديد و هي طرق مفتوحة للمتقاضين وتتمثل في المعارضة والاستئناف، وطرق الطعن غير العادية ويقصد بها

(1)- أنظر، المادة 426، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(2)- محند أمقران، بوبشير، قانون الإجراءات المدنية، "نظرية الدعوى-نظرية الخصومة-الإجراءات الاستثنائية"، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1981، ص123، 124.

(3)- عمر، زوده، طبيعة ودور النيابة العامة، المرجع السابق، ص286.

إعادة النظر في قانونية القرار الصادر من المجلس القضائي وهما التماس إعادة النظر والطعن بالنقض.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع قد أعطى للنّيابة العامة الحق في أن تطعن في أي حكم طبقاً للقواعد العامة، وذلك باعتبارها طرفاً أصلياً في الدعاوى المتعلقة بقضايا الأسرة سواء تعلق الأمر بطرق الطعن العادية أو غيرها بنفس المواعيد. وطرق الطعن العادية تتمثل أساساً في المعارضة والاستئناف.

والمعارضة هي طريق عادي في الأحكام الغيابية وهذا لا يحدث بالنسبة للنّيابة لأن كل الأحكام تصدر حضورياً في حق النّيابة.

أمّا الاستئناف فيكون أمّام المجلس القضائي من أجل النظر فيه ويمنح للنّيابة مهلة شهر يسري من تاريخ تبليغ الحكم إذا كان حضورياً وتستطيع النّيابة تقديم طلبات التي تكون بمثابة دفاع عن الدعوى الأصلية.

غير أنه لا يحق لها الطعن بالمعارضة لأن كل الأحكام تصدر حضورية في حق النّيابة العامة ولو كانت غائبة فعلاً، وإلى جانب طرق الطعن المذكورة فإنّ المشرع أعطى للنّيابة العامة طريقاً آخر للطعن لم يعطه لأي أحد من الخصوم ويتمثل في **الطعن لصالح القانون**، وهو حق مخول فقط للنائب العام لدى المحكمة العليا، هذا الطعن الذي يحق له لصالح القانون في كل الأحكام التي تصبح نهائية إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، فهنا يظهر دور النّيابة في الدفاع عن تطبيق القانون، ولكنه غير محدود بميعاد معين وهو طعن ذو طابع نظري لا يستفيد منه الخصوم ولا يؤثر على حقوقهم المكتسبة، ولكن فائدته ذات طابع تصحيحي وإرشادي للأحكام بصورة مستقبلية لا غير حتى لا يقع القضاة مستقبلاً في نفس الأخطاء.(1) هذا ما نصّت عليه المادة 297 من ق.إ.م.إ والتي نصّت على ما يلي: "يتخلى القاضي عن النزاع الذي فصل فيه بمجرد النطق بالحكم غير أنه يمكن للقاضي الرجوع عن حكمه في حالة الطعن بالمعارضة أو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أو التماس إعادة النظر ويجوز له تفسير حكمه أو تصحيحه طبقاً للمادة 285 و286 من هذا القانون.(2)"

وبذلك يتبين لنا أنه وإلى جانب حالة كون النّيابة طرفاً أصلياً في الدعوى عن طريق الإدعاء أو الدفاع فإنّها تكون كذلك طرفاً أصلياً في حالة رفعها لمختلف الطعون، بحيث يحق لها كأى خصم عادي الطعن في الحكم وبالتالي فهي تباشر

(1)- أحمد، شامي، المرجع السابق، ص257.

(2)- أنظر، المادة 297، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

مهمتها في تحقيق تطبيق القانون لمختلف الطعون وفقاً للمواعيد المحددة قانوناً، و من بينها الاستئناف، إذ من الطبيعي أن يعطى لوكيل الجمهورية حق الطعن بالاستئناف فيمكنه القيام بذلك بصفته طرفاً أصلياً في الدعوى المتعلقة بالأسرة، حيث أنه باستطاعته الاستئناف في كل حكم يصدر في قضية من محكمة الدرجة الأولى في مهلة شهر من تبليغ الحكم الحضورى حسب نص المادة 336 من ق.إ.م.إ (1) ومن ثم يكون للنّياية العامة الحق في الطعن باسم القانون ولصالحه بدون أي صفة شخصية.

الفرع الثالث : من حيث عدم تبليغها :

إنّ إجراء تبليغ النّياية العامة هو إجراء تنظيمي ومادامت النّياية العامة قد تدخلت في الدعوى وأبدت رأيها أو قدمت طلباتها والتماساتها أو مذكراتها فقد تحققت الغاية، وفي الحقيقة أنّ الإجراء الجوهرى ليس هو التبليغ في حد ذاته وإنّما الإجراء الجوهرى التي يترتب على مخالفته بطلان الحكم هو تمكين النّياية العامة من إبداء الرأي، فإذا أبدت رأيها في القضية وتضمن الحكم أنّ النّياية قد أبدت رأيها فتكون الغاية قد تحققت، فإذا لم تبلغ النّياية العامة بالقضية، واستطاعت أن تتدارك هذا النقص بنفسها بحضورها أمام المجلس القضائي أو أمام المحكمة ممّا مكنها من الإطلاع على القضية بحيث سمح لها أن تبدي رأيها، ففي هذه الحالة إذا لم تُبلّغ النّياية العامة فإنّه لا يترتب عليه البطلان، لأنّ إجراء تبليغ النّياية بالدعوى ما هو إلا إجراء تنظيمي وليس إجراء حتمي. (2)

غير أنّ الفقه في هذه المسألة قد ميّز بين إجراء إخطار النّياية العامة وبين إبداء الرأي، وأنّ عدم تبليغ النّياية يترتب عليه بطلان الحكم، وهذا البطلان ليس جزءاً على عدم تبليغ النّياية العامة وإنّما جزءاً على عدم إبداء رأيها في القضية، لأنّ النّياية إذا استطاعت إبداء رأيها في القضية ولو لم تبلغ فإنّ مخالفة هذا الإجراء لا يترتب عليه البطلان. (3)

غير أنّ الاجتهاد القضائي السابق ذكره والصادر بتاريخ 1984/04/03 ذهب إلى عكس ذلك، حيث اشترط هذا الأخير ضرورة تبليغ القضية إلى النّياية العامة ونقل الملف إليها. (4)

(1)- أنظر، المادة 336، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(2)- فتحي، والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دط، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب العربي، مصر، 1993، ص73.

(3)- أحمد، شامي، المرجع السابق، ص259.

(4)- أنظر، الاجتهاد القضائي، رقم 34606، المؤرخ في 1984/04/03، المرجع السابق.

ويكون عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها في القضايا الخاصة بناقصي الأهلية و عديمها إنمًا بطلان مقرر لمصلحة هؤلاء، فالبطلان هنا لا يتعلق بالنظام العام، وهناك رأي يرى المسألة تتعلق بالنظام العام سواء تعلق الأمر بالقضايا الخاصة بعديمي الأهلية و ناقصيها، أو يتعلق بتنظيم صلاحيات الجهات القضائية ذلك أن مصلحة القصر و عديم الأهلية تتعلق بالنظام الاجتماعي الذي يهيمه بالدرجة الأولى رعاية حقوق عديمي الأهلية و ناقصيها والأشخاص المعترين غائبين لأن هؤلاء الأشخاص هم في حاجة إلى الحماية، ذلك أنهم لا يستطيعون الدفاع عن حقوقهم و النظام الاجتماعي يهيمه الدفاع عن هؤلاء، وعلى ذلك البطلان المترتب على عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها في القضايا الخاصة بالقصر هو بطلان يتعلق بالنظام الاجتماعي. (1)

فالمشرع الجزائري ومن خلال نصّ المادة 03 مكرر المُستحدثة من قانون الأسرة الجزائري حاول إبراز دور النيابة العامة في دعاوى الأسرة، بجعلها طرفًا أصليًا وذلك بالنظر لما أفرزته القواعد السابقة " قواعد المرافعات " من لبس في التطبيق، والقصد هو حلّ مشكلة كانت مطروحة في مجال قضايا الأحوال الشخصية لعدم نجاعة المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية القديم أي المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية الجديد لوحدها، أين كانت ترفع الدعوى ضد النيابة في حالة فقدان والحجز، رغم أنها ليست طرفًا أصليًا فقُوِّبَتْ الدعوى بالرفض، فُكْرِسَتْ المادة 03 مكرر كحلّ لهااته المشكلة، وبذلك عدم التفرقة بين حالات البطلان المنصوصة في المادة السابقة الذكر (260) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فكلها تتعلق بالنظام العام وتهدف إلى تحقيق الصالح العام. (2)

(1) - إسماعيل، الشيخ ، دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء جيجل، محكمة الطاهير، 2005- 2006، ص 36، 37.

(2) - أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 260، 261.

المبحث الثاني : القضاء الإستعجالي في القضايا المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية وشؤون الأسرة:

إذا كانت القواعد الموضوعية ضمن قانون الأسرة هي التي تنظم وتبين المركز القانوني لكل فرد من أفراد الأسرة، فإنّ القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية هي التي تبين لنا كيفية المطالبة بالحقوق والمحافظة على المراكز القانونية، وهذا القصور والفراغ التشريعي هو الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى السعي في سبيل سدّه في جوانب قضايا شؤون الأسرة، ذلك أن المسائل الخاصة بالأسرة يجب أن تكون لها إجراءات خاصة بها نظراً للخصوصية التي تتميز بها هذه الأخيرة، وذلك عن طريق فرض التدابير الوقائية من خلال القضاء الوقتي المتمثل في القضاء الإستعجالي لشؤون الأسرة، فيما يخص كل من النفقة الوقائية وحضانة الطفل وتوفير مسكن ملائم للممارسة الحضانة وكذا حقّ الزيارة هذا ما دفع المشرع الجزائري إلى استحداث المادة 57 مكرر وفقاً للأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والتي نصّت على ما يلي: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن". - فما المقصود بالقضاء الإستعجالي في شؤون الأسرة؟ - وفيما تتجلى أهميته بالنسبة لكل من الزوجة والطفل من خلال حماية حقوقهم المهددة بالضياع؟ - وما هي حالات الاستعجال المتعلقة بشؤون الأسرة والتي تتطلب أعمال قواعد الاستعجال بشأنها؟ - ثم هل حدد المشرع الجزائري حالات الاستعجال على سبيل الحصر أم أنّه تركها للسلطة التقديرية للقاضي؟ وبغية الإحاطة والإلمام بهذا الموضوع ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب أتحدث في :

المطلب الأول : مفهوم القضاء الإستعجالي ؟

المطلب الثاني: نطاق القضاء الإستعجالي في قضايا الأسرة وانحلال الرابطة الزوجية وإجراءات التقاضي فيه ؟

المطلب الثالث : أثار الأوامر الإستعجالية وطرق الطعن فيها ؟

المطلب الأول:

مفهوم القضاء الاستعجالي:

إنَّ المتطلع في الواقع العملي لشؤون القضاية يجد أنَّ المُشرِّع قد أقر نوعين من الحماية لأصل الحق، فالى جانب الحماية القضاية الموضوعية لأصل الحق والمراكز الموضوعية يعرف الفكر القانوني صورة أخرى من صور الحماية القضاية تسمى بالحماية الوقتية، وتختلف هذه الأخيرة عن سابقتها في كونها تواجه مشكلة الاستعجال أو خطر التأخير، ففي الواقع العملي لقضايا شؤون الأسرة قد يترتب على الاعتداء على الحق الموضوعي ضرر نهائي لا يمكن إزالته بعد وقوعه ففي مثل هذه الحالة لا يجدي تدخل القضاء العادي لقسم شؤون الأسرة تأكيد الحق وإلزام المعتدي بالجزاء، كونه يتعذر على القضاء حماية هذا الحق، لأنَّ الضرر وقع نهائي ولا يمكن إزالته، وبغية الموازنة بين وجوب التأني في الفصل في المنازعات والسرعة في منح الحماية القانونية فقد أقرت مختلف التشريعات نظاماً للقضاء الوقتي وهو ما يسمى بالقضاء الاستعجالي، وقد عالج المُشرِّع الجزائري أحكام الاستعجال في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وذلك في القسم الثاني في الفصل الخامس من الباب الثامن في الكتاب الأول تحت عنوان الاستعجال و الأوامر الاستعجالية، وذلك في المواد من 299 إلى المواد 305 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وكان المُشرِّع قد تعرض لها في المواد 183 إلى 190 من قانون الإجراءات المدنية القديم - فما مفهوم القضاء الاستعجالي ؟ وسأحاول في هذا المطلب بيان ذلك من خلال الفروع الآتية : أتحدث في الفرع الأول عن تعريف القضاء الاستعجالي وأتحدث في الفرع الثاني عن شروط القضاء الاستعجالي لأعرج في الفرع الثالث على بيان خصائصه من خلال تمييزه عن القضاء الموضوعي ؟

الفرع الأول : تعريف القضاء الاستعجالي :

الاستعجال لغةً: مشتق من فعل عَجَلَ و الذي يعني السُرعة وهو كل ما لا يُقْبَلُ تأجيله. (1) أمَّا قانوناً: فلم يرد أي تعريف لمصطلح الاستعجال لأنَّ المُشرِّع الجزائري لم يُعرِّفه، ولم يضع معياراً يمكن الاعتماد عليه لاستنباط عنصر الاستعجال عند النظر في قضية ما، تاركاً في ذلك للقاضي أعمال سلطته التقديرية الواسعة في تحديد هذا العنصر إثناء معالجته لكل قضية وفقاً لظروفها و وقائعها و زمانها، هذا وقد نصَّ المُشرِّع الجزائري في المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنَّه: "في جميع أحوال الاستعجال أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق

(1)- محمد، براهيم، الوجيز في الإجراءات المدنية، الدعوى القضاية " نشاط القاضي- الاختصاص- القضاء الوقتي- الأحكام"، ج1، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص135.

بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب وينادى عليها في أقرب جلسة. يجب الفصل في الدعاوى الإستعجالية في أقرب الآجال."

في حين جاء قانون الأسرة الجديد وفقاً للأمر الرئاسي رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 بمادة وحيدة تعالج الاستعجال حيث نصت المادة 57 مكرر على أنه: "يجوز للقضاء الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن."

إلا أن التشريعات الحديثة لم تعرف القضاء الإستعجالي تعريفاً دقيقاً، بل تركت الأمر إلى الفقه والقضاء لأن مجاله متعدد ومتغير بتغير حالة الظروف الاجتماعية والاقتصادية لكل مجتمع وظروف كل قضية، لذا سألحوا إعطاء بعض التعاريف التي أوردها الفقهاء في شأن هذا الصدد، فنجد جانب من الفقه ذهب إلى القضاء الإستعجالي على أنه: "الفصل المؤقت الذي لا يمس بأصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم للطرفين، بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة وإحرام الحقوق الظاهرة أو صيانة مصالح أطراف النزاع." (1)

في حين أن الفقيه جلاسون (Glasson) يعرف القضاء الإستعجالي على أنه: "القضاء الذي يحقق ضمانات أساسية، إذ يمكن لمن يهدد مصالحه وحقوقه من الحصول على حماية سريعة ضد خطر داهم." (2)

بينما عرّفه الأستاذ الغوثي بن ملحة على أنه: "مجموعة الإجراءات التي ترمي إلى الفصل بصفة مستعجلة وسريعة في حالات الاستعجال، أو في الحالات التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات عند مباشرة التنفيذ." (3)

كما عرفه هذا الأخير أيضاً في كتابه القضاء المستعجل على أنه: "يتصل بالخطر الحقيقي المحقق بالحق المطلوب حمايته والمحافظة عليه، والذي يلزم درؤه بسرعة

(1)- عبد التواب، معوض، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة و قضاء التنفيذ، ط 03، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص25.

(2)- جلاسون، شرح قانون الإجراءات المدنية، ج 02، ط03، 1926، ص13. أخذاً عن الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، ط02، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص 316.

(3)- الغوثي، بن ملحة، المرجع السابق، ص314.

لا تكون عادة في القضاء العادي ولو قصرت مواعيده، ويتوافر الاستعجال في كل حالة إذا قصد من الإجراء المستعجل فيها منع ضرر مؤكد يمكن إزالته إذا حدث." (1)

وعرفه جانب آخر من الفقه على أنه: " الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت فصلاً مؤقتاً لا يمسُّ بأصل الحقِّ وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي مُلزمٌ للطرفين، بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة واحترام الحقوق الظاهرة أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين." (2)

بينما عرفه الأستاذ طاهري حسين على أنه: "قضاء استثنائي وطارئ تفرضه حالات إستعجالية مُلحة لا تقبل الانتظار ولا الإرجاء، غايته اتخاذ تدابير إستعجالية وتحفظية من شأنها المحافظة على الحقوق وصيانتها حال التنازع عليها." (3)

أمّا بالرجوع إلى قاموس المصطلحات القانونية فقد ورد تعريف القضاء الإستعجالي على أنه: " عبارة عن إجراءات حضورية يمكن بمقتضاها للخصم في بعض الحالات أن يحصل على حكم على وجه السرعة من دون إشكال جدي أو في حالة المرور بوجود خلاف." (4)

في حين عرفه بعض الفقه على أنه: " Procédure contradictoire grâce : a laquelle une partie peut; dans certains cas, obtenir d'un magistrat unique une décision rapide que ne se heurte à aucune contestation sérieuse et que justifie l'existence d'un différent. " (5)

الفرع الثاني : شروط القضاء الإستعجالي :

يعتبر القضاء الإستعجالي قضاء استثنائي وطارئ تفرضه حالات إستعجالية مُلحة لا تقبل الانتظار والإرجاء، وذلك محافظة على الحقوق وصيانتها حال التنازع عليها وإلى غاية إصدار الحكم القطعي بشأنها ، فيشترط لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة للنظر في الدعوى شرطين أساسيين :

(1)- الغوثي، بن ملحمة، القضاء المستعجل و تطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، ط 01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000 ، ص07.

(2)- محمد، محمد إبراهيم، الوجيز في المرافعات، دط، د م ن ، 1988، ص358. وأنظر، معوض، عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة و قضاء التنفيذ، المرجع السابق، ص16.

(3)- حسين، طاهري، قضاء الاستعجال فقها وقضاء مدعما بالإجهااد القضائي المقارن، دار الخلدونية،الجزائر، 2005 ،ص05.

(4)- عبد الباسط، الجميبي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دط، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن، ص 105.

(5)- G, et Gapril . M, temes juridiques , 10 ed , DALLOZ , 1005 , P463 Serge

أولهما: ضرورة توافر عنصر الاستعجال في المنازعة المطروحة أمامه.

و ثانيهما: أن يكون المطلوب هو إجراء وقتي لا يفصل في أصل الحق.

فإذا افتقرت المنازعة إلى أي من هذين الشرطين انعدم اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظرها ويتعين عليه الحكم بعدم الاختصاص، إمّا لعدم وجود عنصر الاستعجال وإمّا للمساس بأصل الموضوع، وسأعرض إلى دراسة كل من هذين العنصرين تبعاً لما يلي :

أولاً : شرط الاستعجال :

الاستعجال لغةً: مأخوذ من فعل عَجَلَ والذي يعني السُرْعَة أمّا قانوناً: فلم يورد أي تعريف لمصطلح الاستعجال لأنّ المُشرِّع الجزائري لم يعرفه ولم يجعل له معياراً محدداً يمكن الاعتماد عليه لاستنباط عنصر الاستعجال عند النظر في قضية ما وإنّما ترك للقاضي السُّلطة التقديرية الواسعة في تحديد هذا العنصر، وبالرجوع إلى النصوص القانونية نجد أنّ المُشرِّع الجزائري إنّما اكتفى فقط بالنصّ عليه ضمن المادتين السالفتين الذكر وهما المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وكذا المادة 57 مكرر من قانون الأسرة المعدل.

بينما اختلف الفقهاء والقضاة في تعريفهم للاستعجال فعرفه الدكتور معوض عبد الثّواب على أنّه: " الضرورة التي لا تحتل التأخير، أو أنّهُ الخطر الذي لا يكفي في إبقائه رفع الدعوى بالطريق العادي حتى مع تقصير المواعيد." (1)

في حين عرفه الفقيه الفرنسي César-bru على أنّه :

"l'urgence est difficile à définir" (2)

وقد عرفه بأنّ الاستعجال هو ضرورة التي لا تتحمل تأخيراً أو أنّهُ الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى عن طريق الإجراءات العادية ولو مع التقصير من المواعيد." (3)

(1)- معوض، عبد الثّواب، المرجع السابق، ص. 25، 41 .

(2) - Droit et pratique de la procédure civile , Dalloz , 1998 , p228

(3)- خالد، المالكي، قاضي الأمور المستعجلة في التشريع السوري، دط، منشورات فرع نقابة المحامين، دمشق، 1989، ص69.

وعرفه الفقيه Gérard couchez على أنه: "le référé est une procédure spéciale, souvent imposée par l'urgence." (1)

في حين عرفه آخرون بأنه: "الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده." (2)

أمّا بالنسبة للاجتهاد القضائي وعلى رغم الممارسات اليومية للقضاء الإستعجالي على مستوى المحاكم والمجالس القضائية فإنّه لا يوجد تعريف موحد وشامل له فمن الاجتهادات القضائية ما عرفته على أنه: "الضرورة التي لا تحتمل التأخير." (3)

وفي قرار آخر لمحكمة العليا الصادر في 1992/11/24 والذي جاء في أحد حيثياته أنه: "حيث أن وجود دعوى أمام محكمة الموضوع لا يمنع قاضي الاستعجال من اتخاذ إجراءات خاصة أو تدابير تحفظية إذا كان يخشى ضياع حقوق أطراف النزاع عملاً بنص المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية ويجب أن تكون إجراءاته هذه مبررة بوجود حالة استعجال أو خطر." (4)

ويعتبر عنصر الاستعجال من النظام العام، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على وجوده من عدمه، ولا يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بأي إجراء ما لم يكن هذا الأمر مسبباً على أساس توافر عنصر الاستعجال. (5) وبذلك يشترط لاختصاص القاضي الإستعجالي أن يتوفر وجه الاستعجال في الدعوى، فإذا لم يتوفر هذا الشرط تعين على القاضي الحكم بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه حتى ولو لم يدفع به الخصوم، كما يجوز إبداء هذا الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى لتعلق الاختصاص بالنظام العام طبقاً لنص المادة 93 قانون إجراءات مدنية وكذا الأمر إذا زال عنصر الاستعجال عن الدعوى أثناء النظر فيها فيتعين على القاضي الإستعجالي حينها أن يصدر أمر بعدم اختصاصه. (6)

وبالتالي إذا توفرت في الدعوى حالة الاستعجال فإنّ الطلّب فيها يكون مستعجلاً وهو اتخاذ إجراء وقتي يبرر خطر داهم، أو أمر يتضمن ضرراً يتعذر أو يصعب

(1) - Gérard couchez , procédure civile , 10édition , DALLOZ , 1998 , P42

(2) - محمد راتب ومحمد نصر كمال ومحمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، دط، الناشر عالم الكتاب، القاهرة، 1985، ص11.

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35385، بتاريخ 1985/06/01، المجلة القضائية، العدد2، لسنة1989، ص122.

(4) - مجلة الندوة الوطنية للقضاء الإستعجالي، وزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية، الجزائر، 1995، ص64.

(5) - حسين، طاهري، المرجع السابق، ص11.

(6) - عبد الباسط، جميعي، المرجع السابق، ص135.

إزالته إذ لجأ إلى المحاكم بإجراءات الدعوى العادية والاستعجال كشرط الاختصاص بالدعوى فإنه يعد شرطاً مستمراً لا يلزم توفره عند رفع الدعوى فحسب، وإنما يلزم وجوده كذلك وقت صدور الحكم ، ويجوز إثارة عنصر الاستعجال في أي مرحلة تكون عليها الدعوى حتى أمام المجالس القضائية، ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا، إذا لم يدفع به الخصم أمام محكمة الموضوع ، باعتبار أن وجود الاستعجال من عدمه من المسائل الموضوعية. (1)

وشرط الاستعجال هو شرط مستمر يجب توفره عند رفع الدعوى وكذلك وقت صدور الحكم فيها، سواء كانت الدعوى المستعجلة قد طُرِحَتْ أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام المجلس القضائي، وسبب هذا الاستعجال هو المبرر لاختصاص القضاء المستعجل استثناءً من الاختصاص العادي للمحاكم بطريق الدعوى العادية وهو سبب للحكم المستعجل.

فلو رفعت الحراسة القضائية على حائز المال المتنازع عليه ولم يكن عنصر الاستعجال قائماً وقت رفعها غير أنه أثناء النظر في الدعوى صدرت منه تصرفات يخشى منه بسببها من وجود المال المتنازع عليه تحت يده، فإن حالة الاستعجال هنا تتحقق ويثبت الاختصاص لقاضي الاستعجال 1. (2)

وقد تكتسي حالة الاستعجال ضرورة قصوى تستدعي إلى تقديم الدعوى المستعجلة في غير الأيام والساعات المحددة لنظر القضايا المستعجلة طبقاً للمادة 302 من قانون الإجراءات المدنية، فإنه في مثل هذه الحالات تخضع الدعوى لسلسلة من القواعد التي تساعد على تعجيل البث فيها، ومن أجل إزالة هذه العقبة القانونية التي حددتها المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية سابقاً، فإنه يستلزم أن يستصدر أمر ولائي أي " أمر على ذيل عريضة " طبقاً لنص المادة 172 سابقاً من قانون الإجراءات المدنية من أجل الموافقة على تقصير المواعيد المنصوص عليها في المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكر.

وإن كان الاستعجال هو شرط الوحيد لاختصاص قاضي الاستعجال الذي يتسع به إلى غير حد تقريبا فإن القيد الذي يرد عليه والذي بدونه يصل هذا الاتساع إلى

(1)- الغوثي، بن ملح، المؤلفون القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص314.

(2)- أمينة، مصطفى النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعوى المستعجلة، دط، توزيع منشأة المعارف الإسكندرية، 1986، ص138.

درجة سوء الاستعمال هو عدم المساس بأصل الحق وهو ما سأعرض إليه في الشرط الثاني .

ثانياً : شرط عدم المساس بأصل الحق :

من الشروط التي يشترطها القانون أيضاً في اختصاص القضاء الإستعجالي هو شرط عدم المساس بأصل الحق والمقصود بأصل الحق هو كل ما يتعلق بالحق وجوداً وعدمًا، فيدخل في ذلك ما يمسُّ صحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه أو في الآثار القانونية التي رتبها له القانون ، أو التي قصدها المتعاقدان، و بذلك فإذا رفعت دعوى بطلبات موضوعية فإنها تكون خارجة عن اختصاص القضاء المستعجل، كأن ترفع الدعوى بطلب فسخ عقد أو صحته أو بطلانه أو بطلب تعويض أو تثبيت ملكية أو تقرير حق ارتفاق عليها . فالقضاء المستعجل لا يفصل في صميم النزاع وإنما يحكم بصفة مؤقتة فيقضي بتدبير وقائي أو إجراء وقفي لا يعتبر حسماً للحق المتنازع عليه في صميمه، طبقاً لما نصت عليه المادة 303 من ق.إ.م.إ والتي نصت على أنه "لا يمسُّ الأمر الإستعجالي أصل الحق وهو معجل النفاذ بكفالة... " (1)

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ طاهري حسين أن المقصود بأصل الحق الذي يمنع على قاضي الأمور المستعجلة المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق و التزامات كل من الطرفين قبل الآخر، فلا يجوز أن يتن اول هذه الحقوق و الالتزامات بالتفسير أو التأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما. (2)

كما ليس له أن يغير أو يعدل من مركز أحد الطرفين القانوني أو أن يعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع، أو يؤسس قضائه في الطلب الوقتي على أسباب تمس بأصل الحق، أو أن يتعرض إلى قيمة السندات المقدمة من أحد الطرفين أو يقضي فيها بالصحة أو البطلان أو يأمر باتخاذ إجراء تمهيدي.

فإذا فحص ظاهر المستندات و تبين له أن الفصل في الدعوى سيمس أصل الحق فإنه يقضي بعدم اختصاصه بنظر الدعوى.

أمّا إذا توصل من فحصه إلى أنّ الأمر لا ينطوي على مساس بأصل الحق و أنّ ما أثاره الخصم من منازعات لا تستند إلى أساس جدي، فإنّه يفصل في الدعوى. إذ يشترط في المنازعات الموضوعية التي تمنع اختصاص القضاء المستعجل أن تكون جدية و على أساس من القانون، أمّا مجرد المزاعم و الأقوال غير الجدية فلا تحد من سلطته، ويقضي بالرغم منها في الدعوى المطروحة أمامه، و إن تبين له أنّ

(1)- أنظر، المادة 303، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(2)- حسين، طاهري، قضاء الاستعجال فقهاً وقضاءً، المرجع السابق، ص12.

المنازعة فيها مساس بالموضوع، قضى بعدم اختصاصه دون مساسه بموضوع النزاع. (1)

وعلى الرغم من أن عدم المساس بأصل الحق يعتبر من أهم شروط انعقاد اختصاص قاضي الاستعجال نتيجة الاختصاص النوعي المقرر له والمتعلق بالنظام العام والذي يمكن للأطراف كما يمكن للقاضي نفسه إثارته في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولا يمكن السكوت عنه ما دام يتمتع بهذه الصفة ، غير أن الدفع بعدم الاختصاص النوعي لا يعني أنه بمجرد إثارته يحكم القاضي به بل يجب عليه أن يتفحص ظاهر المستندات ويبحث في منازعات الطرفين حتى يتوصل إلى تحديد اختصاصه، ذلك أنه في كثير من الأمور لا يستطيع القاضي الإستعجالي أداء مهمته إلا إذا تناول موضوع الحق نفسه لتقديره، وعندئذ فلا مانع من أن يكون بحثه في الموضوع غير حاسم في موضوع النزاع بين الطرفين، بل مجرد بحث عرضي فإذا فحص ظاهر المستندات وتبين له أن الحكم في الدعوى يمس بأصل الحق فإنه يقضى بعدم اختصاصه في نظر الدعوى. (2)

وقد أخذ القضاء بقاعدة عدم المساس بأصل الحق في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 1987/03/16 الذي قضى بأنه: "متى كان من المقرر قانوناً أن الأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا تمس أصل الحق فإن هذه الأوامر تعتبر باطلة إذا ما تعرضت لحسم أصل النزاع." (3)

وفي قرار آخر عنها بتاريخ 1981/03/16 والذي جاء فيه بأنه: " متى كان من المقرر أنه في جميع أحوال الاستعجال يرفع الطلب بعريضة إلى رئيس الجهة القضائية لدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى . وكان من المقرر كذلك أن الأوامر التي تصدر في المواد الإستعجالية لا تمس أصل الحق فإن الفصل في الدعوى التي تتسم بالجدية وبالاعتماد على تفحص الوثائق المتصلة اتصالاً مباشراً بوقائع الدعوى يقتضي التصريح بعدم اختصاص قاضي الاستعجال." (4)

وفي قرار آخر أيضاً صادر عن مجلس قضاء الجزائر العاصمة بتاريخ 1983/05/07 والذي جاء فيه بأنه: " حيث أن قاضي الموضوع في الأحوال الشخصية لدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى لا تمس أصل الحق فإن الفصل في الدعوى التي تتسم بالجدية وبالاعتماد على تفحص الوثائق المتصلة اتصالاً مباشراً بوقائع الدعوى يقتضي التصريح بعدم اختصاص قاضي الاستعجال." (4)

(1)- بشير، بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، دط، مطابع عمار قرفي، باتنة، الجزائر، 1993، ص37.
(2)- الغوثي، بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص136.
(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 41.222، بتاريخ 1987/03/16، المجلة القضائية، عدد 02، 1989، ص176.
(4)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 22.098، بتاريخ 1981/03/16، المجلة القضائية، عدد 02، 1989، ص147.

تحديد مبلغ نفقة الأولاد يمسُّ بأصل الموضوع ويصبح قاضي الموضوع في الأحوال الشخصية مختص للبت فيها . حيث أن عدم طلب النفقة أمام قاضي الموضوع يجعل قاضي الاستعجال غير مختص في ذلك... " (1) .

الفرع الثالث : خصائص القضاء الاستعجالي :

يُعدُّ القضاء الاستعجالي جزء من القضاء المدني بمفهومه الواسع وهو صورة من صور الحماية القضائية للحق، ويُعدُّ عملاً قضائياً وليس إدارياً ذلك أنه يقوم على تحقيق حماية قضائية سريعة ووقائية للحقوق والمراكز القانونية التي يتهددها خطر محقق، ويصدر الحكم بتدابير عاجلة لا تمس أصل وموضوع الحقوق أو المراكز القانونية بعد بحث ظاهري أو سطحي لاحتمال وجود هذه الأخيرة، وبناءً على إجراءات مختصرة تختلف إلى حدٍّ كبير عن إجراءات التقاضي العادية.(2)

وبذلك فإنَّ القضاء الاستعجالي يتميز عن القضاء الموضوعي بالخصائص التالية:

1- أن القضاء الاستعجالي وخلافاً للقضاء الموضوعي يسمح للخصوم من الحصول على أوامر قضائية بإجراء مطلوب من القاضي في أقرب الآجال وبأقصر الإجراءات، لحماية الحق الموضوعي طبقاً للمادة 299 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصَّت على أنه: "... يجب الفصل في الدعاوى الاستعجالية في أقرب الآجال." (3)

2- أنَّ الدعوى الاستعجالية يفصل فيها بمقتضى أوامر مؤقتة بينما دعوى الموضوع يفصل فيها بمقتضى قرارات تحضيرية أو تمهيدية أو قطعية.

3- أنَّ القضاء المستعجل ذا أثر مؤقت فهو يرتب أثره إلى حين الفصل في الدعوى الموضوعية. (4)

4- يعتبر القضاء المستعجل مجرد وسيلة للحفاظ والاحتياط ويترتب على هذه الخاصية "التجريد" نتيجة هامة هي استقلال الدعوى المستعجلة في شروطها الخاصة عن شروط الدعوى الموضوعية التي تفترض ثبوت وجود الحق. (5)

(1)- قرار رقم 08.2007، صادر عن مجلس قضاء الجزائر العاصمة في ، 1983/05/07. أخذاً عن الغوثي، بن ملحة، القضاء المستعجل، المرجع السابق، ص22.

(2)- أحمد عبد الكريم، سلامة، نظرية الأمور المستعجلة، دط، دارا لنهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 13.

(3)- أنظر، المادة 299، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(4)- محمود، السيد أحمد، القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات، ط 01، دارا لنهضة العربية، القاهرة،

2007، ص 15.

(5)- محمد طلال، الحمصي، نظرية القضاء المستعجل في قانون أصول المحاكمات المدنية، ط 01، دار البشير،

عمان، 1996، ص 61.

5- أن موضوع القضاء الإستعجالي لا ينعقد اختصاصه بنظر الدعوى إلا بتوفر حالة الاستعجال بينما قضاء الموضوع ينعقد اختصاصه بنظر الدعوى بتمام رفعها أمامه طبقاً للقانون سواء توفر عنصر الاستعجال أو لم يتوفر.

6- الاستعجال وصفي عيني ينشأ من طبيعة الحق أو المصلحة المراد حمايته والظروف المحيطة به ولا يتقرر وجود الاستعجال بناءً على معيار شخصي مبناه رغبة الخصوم في الحصول على حماية عاجلة عن طريق استصدار حكم سريع ولا يرجع ذلك إلى فعلهم أو اتفاقهم وإنما يرجع إلى معيار موضوعي يعتقد فيه بطبيعة الحق أو المصلحة المراد حمايتها وما يحيط به من ظروف وملابسات. (1)

7- الدعوى الإستعجالية يمكن رفعها في أي وقت بما فيها العطل والراحة كما يمكن الفصل في أي وقت متى دعت الضرورة ذلك سواء كانت عطل دينية وطنية أو أسبوعية كما يمكن رفع هذه الأخيرة حتى في النهار أو الليل وهذا بخلاف الدعوى الموضوعية التي لا يمكن رفعها إلا خلال أيام العمل الرسمية ولا يقبل النظر فيها ليلاً إلا إذا كانت الجلسة قائمة واستمرت إلى غاية وقت متأخر.

8- كما أن أجل التكليف بالحضور في الدعوى الإستعجالية يكون في أقصر مدة ممكنة وهي 24 ساعة بالنسبة للحالات العادية ، ومن ساعة إلى ساعة في حالات الاستعجال القصوى بشرط أن يتم التبليغ الرسمي إليه أو إلى ممثله القانوني أو الإتفاقي وبالتالي يمكن تأجيلها خلال هذه الآجال كما يمكن تقليص الآجال من ساعة إلى ساعة كلما دعت ضرورة الاستعجال ذلك، طبقاً للمادة 301 ق.إ.م. والتي نصت على أنه: " يجوز تخفيض أجل التكليف في مواد الاستعجال إلى أربع وعشرين (24) ساعة. في حالة الاستعجال القصوى يجوز أن يكون أجل التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة ... " (2) بخلاف الدعوى الموضوعية التي يجب فيها احترام أجل التكليف بالحضور وهي (20) يوماً من تاريخ تسلم التكليف إلى غاية أول تاريخ جلسة طبقاً للمادة 16 من نفس القانون والتي نصت على أنه: " ... يجب احترام مهلة عشرين (20) يوماً على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. " (3)

9- للقضاء المستعجل دور أساسي وهام فهو يسري جنباً إلى جنب مع القضاء الموضوعي " أي أنه يمنح بالنظر إلى إمكانية صدور قضاء موضوعي محتمل في

(1)- عبد القادر، محمد سيد أحمد، نحو فكرة عامة للقضاء المستعجل في قانون المرافعات، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 57.

(2)- أنظر، المادة 301، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(3)- أنظر، المادة 16، المرجع نفسه.

المستقبل سواء كان هذا القضاء نتيجة دعوى موضوعية أقيمت بالفعل أو محتمل إقامتها فهو يرمي إلى ضمان تحقيق الدعوى الموضوعية لموضوعها ولهذا فإنه إذا فصل في الدعوى الموضوعية فإن الدعوى المستعجلة تصبح غير مقبولة.(1)

المطلب الثاني: نطاق القضاء الإستعجالي في قضايا الأسرة وانحلال الرابطة الزوجية وإجراءات التقاضي فيه:

تعتبر الأسرة الدّعمة الأساسية للمجتمع فباستقرارها تستمر الحياة الزوجية ويتربّع الأولاد في كفن أبائهم أحسن رعاية وأكثر عناية إلا أنه وبظهور النزاعات الزوجية وأثارها السلبية على كل أفراد الأسرة فإن المراكز القانونية المتعلقة بالزوجة وأولادها تفقد توازنها، ومن بين أهم المشاكل والصعوبات التي تواجه كل من الزوجة وأولادها مسائل النّفقة الوقتية وحضانة الأطفال والزيارة والسكن، ونظرًا للطابع الخاص التي تتميز به هذه المسائل كان ولا بد من إيجاد حلول لها على وجه الاستعجال حفاظًا على حقوق الزوجة وأولادها .

ولقد حاول المشرّع الجزائري تدارك ذلك وفقا للتعديل الجديد 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وذلك بإيراده لنصّ المادة 57 مكرر من ق.أ.ج والتي جاء فيها: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيّما ما تعلق منها بالنّفقة والحضانة والزيارة والمسكن."

وعليه سأحاول معالجة هذا المطلب من خلال فرعين أساسيين أتحدث في الفرع الأول عن نطاق القضاء الإستعجالي في انحلال الرابطة الزوجية من خلال ما تضمنته نص المادة 57 مكرر، وبُغية الإلمام بجوانب الموضوع أكثر ارتأيت أن أتحدث في الفرع الثاني منه عن إجراءات التقاضي أمام القضاء الإستعجالي وذلك وفقًا لما يلي :

الفرع الأول: نطاق القضاء الإستعجالي في قضايا الأسرة وانحلال الرابطة الزوجية:

تختلف طبيعة الاستعجال في قضايا انحلال الرابطة الزوجية تبعًا لاختلاف الحالة المنظورة أمام المحكمة والحقّ المطالب فيه، ولقد أجازت المادة 57 مكرر السابقة الذكر للقاضي صراحة الفصل على وجه الاستعجال في بعض المواد التي يحكمها قانون الأسرة وهي النّفقة والحضانة والزيارة والمسكن وسأطرق إلى هذه الحالات الأربع بما يخدم موضوعنا وذلك تبعًا لما يلي :

(1)- مفلح، الفضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن، ط 01، دار الثقافة، عمان، 2004، ص69.

أولاً: النفقة :

يُرَادُ بِنَفَقَةِ الزَّوْجِيَّةِ هِيَ كُلُّ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ الزَّوْجَةُ لِمَعِيشَتِهَا مِنْ طَعَامٍ وَكِسْوَةٍ وَمَسْكَنٍ وَخِدْمَةٍ، وَمَا يُلْزِمُهَا مِنْ فَرَشٍ وَغَطَاءٍ، وَسَائِرِ أَدْوَاتِ الْبَيْتِ، بِحَسَبِ الْمُتَعَارَفِ عَلَيْهِ بَيْنَ النَّاسِ. (1)

ونفقة الزَّوْجَةِ مِنَ الْحَقُوقِ الْمَالِيَةِ الْوَاجِبَةِ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا، وَهِيَ تَتَرْتَبُ عَلَى عَقْدِ الزَّوْاجِ، وَهِيَ بِاتِّفَاقِ الْفُقَهَاءِ وَاجِبَةٌ شَرْعًا عَلَى الزَّوْجِ وَقَدْ اسْتَمَدَ الْمُشْرَعُ الْقَانُونِي مِنَ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الْأَحْكَامَ الَّتِي تَنْظُمُ النِّفْقَةَ، وَصَاغَهَا كَكُلِّ فِي الْفَصْلِ الثَّلَاثِ مِنَ الْبَابِ الثَّلَاثِ تَحْتَ عِنْوَانِ انْحِلَالِ الزَّوْاجِ وَذَلِكَ مِنَ الْمَوَادِّ 74 إِلَى 80 مِنْ قَانُونِ الْأُسْرَةِ الْجَزَائِرِيِّ.

فَنَصَّ الْمُشْرَعُ فِي الْمَادَّةِ 78 مِنْ ق.أ.ج عَلَى أَنَّهُ تَشْمَلُ النِّفْقَةُ الْغِذَاءَ وَالْكَسْوَةَ وَالْعِلَاجَ وَالسَّكْنَ أَوْ أَجْرَتَهُ... (2) وَإِذَا كَانَ نَصُّ الْمَادَّةِ 78 السَّابِقِ الذِّكْرَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ أَوْ تَحْلِيلٍ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي فِي حَالَةِ النَّزَاعِ حَوْلَ النِّفْقَةِ أَنْ يِرَاعِيَ كُلَّ هَذِهِ الْعُنَاوَرِ مَجْتَمِعَةً، وَلَا يَنْسَى أَنْ يَدْخُلَهَا كُلَّهَا فِي اعْتِبَارِهِ عِنْدَمَا يَقْرَرُ الْحُكْمَ بِالْمَبْلُغِ الْمُنَاسِبِ لِلنِّفْقَةِ الْمَطْلُوبَةِ. (3)

فَالزَّوْجَةُ وَأَطْفَالُهَا بِحَاجَةٍ إِلَى النِّفْقَةِ سِوَاءِ أَتْنَاءِ قِيَامِ الرِّبَاطَةِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ أَتْنَاءِ سَيْرِ دَعْوَى فِكِّ الرِّبَاطَةِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ حَتَّى بَعْدَ فِكِّ الرِّبَاطَةِ الزَّوْجِيَّةِ فَعَلَى قَاضِيِ الْاِسْتِعْجَالِ أَنْ يَقْرَرُ نِفْقَةَ وَقْتِيَّةَ لِلزَّوْجَةِ وَأَطْفَالُهَا لِاتِّقَاءِ خَطَرِ الْجُوعِ وَالْإِمْلَاقِ الَّذِي يُخَافُ أَنْ يَلْحَقَ بِهِمْ جِرَاءَ إِهْمَالِ الزَّوْجِ بِالْوَفَاءِ بِوَاجِبِهِ وَالْمَتَمَثِّلِ فِي النِّفْقَةِ. (4)

وَيَتَحَقَّقُ الْاِسْتِعْجَالُ فِي قِضَايَا النِّفْقَةِ مَتَى ثَبِتَ فِي مَلْفِ الدَّعْوَى حَاجَةُ طَالِبِهَا الْمَلْحَةِ لَهَا لِانْعِدَامِ مَوْرَدٍ آخَرَ لِلرِّزْقِ وَلَا يَسْتَطِيعُ الْاِنْتِظَارَ دُونَ إِتْفَاقٍ، أَمَّا إِذَا تَبَيَّنَ مِنْ أَوْرَاقِ الْمَلْفِ أَنَّ الزَّوْجَةَ طَالِبَةَ النِّفْقَةِ لَهَا أَوْ لِأَوْلَادِهَا مَيْسُورَةَ الْحَالِ وَلَهَا مِنْ الْأَمْوَالِ مَا يَكْفِي فَإِنَّ الدَّعْوَى حِينَهَا تَكُونُ قَدْ فَقَدَتْ شَرْطَ الْاِسْتِعْجَالِ. (5)

بِالإضافة إلى ذلك يجب ألا يكون الأمر ماسًا بأصل الحق بأن تكون النفقة وقتية غير دائمة وعلى هذا الأساس فإنه يشترط للنفقة الوقتية شروط هي :

(1)- محمد مصطفى، شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص473.

(2)- أنظر، المادة 78، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

(3)- عبد العزيز، سعد، المرجع السابق، ص222.

(4)- بن ملح، الغوثي، المرجع السابق، ص119.

(5)- محمد، عبد اللطيف، القضاء المستعجل، ط04، ص246.

1- ثبوت الحاجة الملحة للنفقة الوقتية إذ يتحقق الاستعجال في دعوى النفقة الوقتية إذا لم يقدّم دليل جدي على وجود مورد آخر للزوجة وأولادها يكتسبون منه ويرفع عنهم الحاجة الملحة والمدعي "الزوجة وأولادها" غير مكلف بإثبات حاجته وعوزة وانعدام المورد الآخر وإنما المدعي عليه "الزوج" هو المكلف بإثبات ثراء المدعي لأن تكليف الأخير بإثبات فقده هو تكليف بإثبات النفي وهذا الأمر مستحيل قانوناً. (1)

2- أن تكون النفقة وقتية ذلك أن عدم المساس بأصل الحق يقتضي أن يكون الطلب منصّباً على نفقة موقوتة بمدة معينة إلى أن يُحسم في النزاع الأصلي، أمّا إذا انصب الطلب على النفقة الدائمة فإنّ الأمر ينقلب إلى طلب موضوعي خارج عن اختصاص القضاء الاستعجالي، إذ يصبح صورة من صور الالتزام بوفاء وهو أمر موضوعي محض. (2)

3- أن يكون حقّ طالب النفقة الوقتية ثابت غير متنازع فيه جدياً، ف الواقع أن دعوى النفقة الوقتية إنّما ترفع استناداً إلى حق يدعيه المدعي ويطلب الحكم له بتلك النفقة المؤقتة خصماً منه، كأن تطلب الزوجة نفقة مؤقتة من القاضي الاستعجالي أو قاضي الموضوع إلى حين الفصل في دعوى الطلاق "أصل النزاع" في حين يدفع الزوج بأنّ المدعية ناشز ولا تستحق النفقة... الخ، فالبحت في كون الزوجة تستحق هذه النفقة أمر لا يرجع إلى قاضي الموضوع ، وما على القضاء الاستعجالي إلاّ الحكم بعدم الاختصاص حينها .

وإذا ظهر للقضاء المستعجل أن ذلك الحق الذي يدعيه المدعي غير مذكور أو كانت المنازعة في شأنه غير قائمة على سند من الجّد ، ويظهر له أيضاً من ظروف الحال أن هذا الحق يحتمل التقدير المؤقت لنفقة، وأنّه ليس ثمة مانع قانوني من الوفاء فإنّه يقضي بالنفقة المؤقتة إذا توفر الاستعجال، وإذا أثير أمام القضاء المستعجل نزاع في شأن من هذه الشؤون، فإنّه يختص بتمحيصه من ظاهر المستندات لا يقضي فيه موضوعاً، بل ليستبين نصيبه من الجّد توصلًا للحكم في الإجراء المؤقت المطلوب منه، فإذا كان المدعي عليه ينكر وجود أصل الحق كلية كأن ينكر الأب بنوة أطفاله المطالبين بالنفقة أو ينكر العلاقة الزوجية التي تربطه بزوجته، عندئذ يتعين على القضاء المستعجل أن يفحص هذا النزاع من ظاهر المستندات، فإذا أتضح له أنّه يقوم على أساس من الجّد قضى بعدم اختصاصه بنظر الدعوى، أمّا إذا تبين للقاضي أنّه لا يستند إلى سندٍ جديّ فإنّه يقضي في الدعوى دون أن يأبه له. (3)

(1)- محمد علي،سويلم،شرح قانون محكمة الأسرة،دط،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2005،ص 363.

(2)- حسن،عكوش،المستعجل في الفقه والقضاء،ج2، ط01،مكتبة القاهرة الحديثة،1961،ص204.

(3)- مريناك،ج02، ص212. أخذاً عن راتب وآخرين، المرجع السابق،ص46.

كما أن رفع دعوى النّفقة المؤقتة أمام قاضي الموضوع حسب المادة 57 مكرر من قانون الأسرة لا يُسلب القاضي الإستعجالي اختصاصه بنظر الدعوى المستعجلة عند توافر شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، ويستوي في ذلك أن تكون الدعوى الموضوعية قد رفعت قبل الدعوى الإستعجالية أم بعدها ، بالإضافة إلى أنه يجوز للقضاء الإستعجالي أن يقضي بإيقاف التنفيذ عن طريق دعوى إشكالات التنفيذ التي تدخل في اختصاص رئيس المحكمة.

فإذا قام الدائن بالنّفقة الوقتية إلى اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحصول عليها إلا أن عوز المدين بها أو عدم تنفيذه للحكم الصادر ضده بأدائها حال دون ذلك فإن مصير الدائن بالنّفقة يبقى مهدداً بالضياع، ذلك أن المُشرّع الجزائري لم يوفر ضمانات جدية لحماية حياة محتاج النّفقة من الفقر والفاقة، ويتجلى ذلك بوضوح في المشروع التمهيدي للقانون المعدّل والمتمم لقانون الأسرة وهذا عكس بعض التشريعات الأخرى التي أقرت حماية أكيدة للدائنين بالنّفقة الوقتية.

ثانياً : الحضانة المؤقتة :

الحضانة هي: "المحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه، وهي أيضاً تربية الطفل والإشراف عليه في مدة معينة، وهي ولاية تُنظر يراعى فيها الأصلاح والغرض منها حفظ المحضون وإلا فلا يُحكّم بها." (1) وهذا ما نصّ عليه المُشرّع الجزائري حيث عرفتها في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بأنها: "الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحّةً وخلقا".

ولقد عمل المُشرّع الجزائري على جعل مصلحة المحضون فوق كل اعتبار ويتجسد ذلك من خلال عبارته التي لطالما كرّرها في مختلف المواد المتعلقة بالحضانة وهي عبارة: "مع مراعاة مصلحة المحضون".

و عليه فإنّه يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق أو انحلال الرابطة الزوجية لأي سبب أن تفصل في حقّ الحضانة ، وأن تراعي كل العناصر المذكورة في نصّ المادة 62 من قانون الأسرة، و أن تراعي تبعاً لذلك حاجيات المحضون و مصلحته الحقيقية التي يجب أن تتوفر له طيلة مدة حضائته من طرف من يراعى شؤونه.

(1)- ناصر، محمد عليوي، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص24.

فالإستعجال في حالة الحضانة يبرره حماية الطفل المحضون من الضياع والإهمال(1) وبالأخص عند قيام نزاع بين الزوجين، والأدهى والأمر أن المُشرِّع الجزائري لم ينتبه إلى مسألة رفض التكفل بالطفل المحضون ممن لهم صفة في طلب الحق في حضانتهم.(2)

و عليه فإنَّ حق مَمَّارسة الحضانة يختص به مبدئيًا قاضي الموضوع وهذا قبل النطق بالطلاق أو توابعه أو حتى بعد الطلاق ، فقد يتطلب تدهور حالة الأطفال تدخل حلّ القاضي لحمايتهم.(3) وفي هذه الحالة يتوفر عنصر الاستعجال إزاء تدهور حالة الأطفال والخوف من ضياع مصلحتهم ممَّا يجعل من مسألة الحضانة أمرًا مستعجلًا يختص به القضاء المستعجل، أي ترفع دعوى إلى القضاء العادي موضوعها قائم على نزاع حول حضانة الصغير، و خوفًا من إطالة النزاع و مصلحة الصغير جاز لنفس المحكمة أن تُصدِرَ أمرًا مفاده إسناد الحضانة مؤقتًا إلى من يراه أهلاً لها في انتظار حَسْمِ موضوع النزاع من طرف قاضي الموضوع وفقا للمادة 57 مكرر من قانون الأسرة، ووفقًا لاعتبار مصلحة المحضون.

ثالثًا : الزيارة المؤقتة :

إنَّ إسناد الحضانة إلى مستحقها والذي يكون في الغالب الأعم هو الأم باعتبارها الأولى بها رعاية لمصلحة المحضون ممَّا يؤدي به حتمًا إلى الابتعاد عن والده ممَّا يستدعي معه إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى بتمكينه من زيارة ورؤية ابنه المحضون.

وهذا ما نصَّ عليه المُشرِّع الجزائري في المادة 64 من ق.أ.ج والذي نصَّت على أنه: "...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."(4)

كما يعتبر هذا الحق من الحقوق التي حماها القانون نظرًا لأهميتها البالغة والرعاية الدائمة لمصلحة المحضون، فإنَّ المُشرِّع الجزائري قد رتَّب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعيث به، بما أنَّ هذا الأخير قد نصَّ على حقَّ الزيارة ضمن المادة المُرتبة لأصحاب الحق في الحضانة.

(1)- بن علي، قادة بن،مكانة الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المحامي، العدد 03، نوفمبر 2004، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص48.

(2)- نصر الدين، مارك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دط، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2004، ص 36.

(3)- محمد، براه يحيي، القضاء المستعجل، ج 02، دط، ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص122.

(4)-أنظر، المادة 64، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

فهذا دليلٌ على أنّ هؤلاء فقط من يحق لهم طلبه، فعندما يحكم القاضي بإسناد الحضانة لأحد منهم فلا بدّ عليه أن يقضي بحقّ الزيارة للطرف الآخر الذي نازع الحاضن هذا ما يستنتج من صياغة المادة التي جاءت على سبيل الوجوب بقولها **"وعلى القاضي." (1)**

كما أنّ المادة 64 السّالفة الذكر قد أمرت القاضي بإعطاء حقّ الزيارة ولو غفل عنها المعني بالأمر، وأنّ الحكم يكون معيّباً إذا نطق بإسناد الحضانة دون النصّ على حقّ الزيارة، كما أنّه وفي حالة إغفال القاضي الفاصل في النزاع الأصلي الفصل في منح حقّ الزيارة لمن هو أحقّ بها فإنّه يجوز للمتقاضى أن يلجأ إلى قاضي الاستعجال لمنحه إياه وتحديد ميقاته. (2)

وذلك بناء على طلب زيارة مؤقتة تتّفق أمّام القضاء الإستعجالي بمقتضى عريضة افتتاحية وفق للأحكام المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنور بشأنه منازعة قضائية و بعد تأكد القاضي من صحة الإدعاءات و استنباط عنصر الاستعجال من وقائع القضية، فإنّه يصدر أمراً إستعجالياً بحقّ الزيارة المؤقتة إلى حين الفصل في أصل النزاع ، في حين أن بعض المحاكم سلكت طريقاً آخر ، حيث يفصل في قضايا الزيارة المؤقتة قاضي الموضوع و هو قاضي شؤون الأسرة وهذا عملاً بنصّ المادة 57 مكرر من قانون الأسرة التي جاء بها المشرّع في التعديل الأخير بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الجزائري ، حيث يصدر هذا الأخير أمراً على ذيل عريضة بناءً على طلب المدعي طالب الزيارة المؤقتة.

فالزيارة حقّ ثابت لكلا الطرفين هذا ما أكدّه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/04/30 والذي جاء فيه: **"من المستقر عليه فقها وقضاء أنّ حقّ الشخص لا يقيد إلاّ بما قيده القانون، فزيارة الأم أو الأب لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضيق أو تقيد أو مراقبة، فالشّرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف بل على الحقّ وحده. ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ المجلس القضائي لمّا قضى بزيارة الأم لابنتها بشرط ألاّ تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز**

(1)- نسرين إيناس، بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008، 2009، ص 122.

(2)- حسين، طاهري، المرجع السابق، ص 35.

اختصاصه، وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون و الشرع، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". (1)

رابعاً : حقُّ المحضون في السَّكن :

نصّت المادة 52 في فقرتها الثانية قبل تعديل قانون الأسرة في ظل قانون 84-11 على أنه: "وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السَّكن مع محضونها حسب وسع الزوج". والملاحظ على هذه المادة أنَّها احتوت على شرطين متناقضين. (2) ذلك أنَّ المُشرِّع عمد إلى إجبار الأم الحاضنة بصفة غير مباشرة بأن تثبت للقاضي بأنَّ وليها يرفض إيوائها أو أنها تفقد لولي تلجأ إليه. (3)

وقد تأكد ذلك من خلال قضاء المجلس الأعلى، أين ألزّم في قراره الصادر في 1981/04/11 بأن يأخذ في الاعتبار تحقيق المساندة القضائية الذي يدلُّ بأنَّ الزوجة ليس لها مسكن آخر يسمح لها بممارسة حقِّ الحضانة لأولادها الثلاثة. (4) ولا شك أنَّ هذا الأمر يتضارب ومصالحة المحضون.

هذا ولم يحدد في نصِّ المادة بدقة عدد المحضونين الذين تستطيع بواسطته الأمُّ الاستفادة من السَّكن لممارسة الحضانة، فضلاً عن ذلك فقد ذهب القضاء الجزائي إلى اشتراط أن يكون العدد أكثر من واحد. (5)

بينما يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن يكون عدد المحضونين الذين تحضنهم أمهم لتنتمتع بحقِّ السَّكن لا يجب أن يقل عن ثلاثة أولاد. (6)

هذا النقص التشريعي في ظلِّ القانون القديم 84-11 دفع بالمُشرِّع إلى إعادة النَّظر في قانون الأسرة فقام وفقاً لتعديل الجديد 02-05 بتعديل المادة 52 بإلغاء

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 79891، بتاريخ 1990/04/30، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1992، ص 55.

(2) - الطيب، لوح، إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03، لسنة 2000، ص 259.

(3) - هجيرة، دنوني، إجحاف قانون الأسرة بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03، لسنة 2000، ص 499.

(4) - Gh. - Arrêté du 11 Avril 1981, N °24526- Cour suprême, Chambre de droit privé, Benmelha, Le Droit Algérien de la famille, Office des publication Universitaire, Alger, 1993, P232.

(5) - جيلالي، تشوار، الاجتهاد الفقهي والتطور التشريعي في مسائل الزواج والطلاق، دراسة نقدية لقانون الأسرة، مجموعة محاضرات أقيمت على طلبية الماجستير بمعهد العلوم القانونية والإدارية بجامعة سيدي بلعباس، 1997-1998، ص 210. وأنظر، زكية، حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة نقدية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2005، ص 132.

(6) - عبد العزيز، سعد، المرجع السابق، ص 336.

فقرتها 02 و 03 وكذا 04 وتعديل المادة 72 والتي أصبحت تنصُّ على أنَّه: "في حالة الطَّلَاق يجب على الأب أن يوفر لُمَارسَة الحضانة سكنًا ملائمًا للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن."

إذن فالمادة تنصُّ على أنَّه وفي حالة حدوث خصومة بين الزوجين في دعاوى الطَّلَاق فإنَّ الحَاضِنَةَ تبقى في بيت الزوجية حتى يُنفَّذَ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن أو يدفع لها بدل الإيجار.

غير أنَّه وفي الواقع نجد أنَّه وبمجرد نشوب خلاف بين الزوجة وزوجها أو بمجرد سماعها للفظ الطَّلَاق تسارع بالخروج من بيتها إمَّا بإرادتها، وأمَّا أن يقوم زوجها بطردها وإخراجها رغماً عنها، ولم يكن لها ولي تلجأ إليه وليس لها مسكن آخر، فهنا يوجد خطر عليها وعلى أبنائها المحضونين فيتوفر بذلك عنصر الاستعجال، ممَّا يُمكن الزوجة من التقدم أمام القضاء الإستعجالي في فترة الخصومة القضائية من أجل طلب البقاء في مسكن الزوجية أو تمكينها من نفقة الإيجار إلى غاية البتِّ النهائي في الموضوع.

أمَّا من النَّاحية الإجرائية فيتمُّ الحصول على التدبير المؤقت الخاص بالحقِّ في السَّكن بتقديم عريضة مسببة وموقعة أمام قلم كتابة ضبط المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن ومقر الزوجية موازاة مع دعوى الطَّلَاق مباشرة، ويكون دور قاضي الأمور المستعجلة الفصل في هذا الطَّلَب بعد التحقق من مبرراته والتأكد من قيام دعوى الطَّلَاق دون أن يتحجج بعدم الاختصاص، والملاحظ أن الأمر الذي سيصدره يكون مؤقتًا يجوز تعديله أو إلغائه متى توفرت الأسباب القاضية بذلك.

ونشير أخيرًا إلى أن أغلب الأحكام الصادرة بخصوص الحق في السكن يكون منطوق الحكم فيها بالعبرة التالية: "تمكين المدعى عليها في دعوى الطَّلَاق أو المدَّعية في دعوى التظليق من حقِّ البقاء المؤقت في السَّكن أو مبلغ الإيجار بقيمة معينة."

وبذلك تتجلى أنَّ الحكمة من تدخل المُشرِّع الجزائري عن طريق المادة 57 مكرر من القانون المعدل ما هي إلا ضمان حماية للحاضنة بأبنائها المحضونين.(1)

(1)- أحمد، شامي، المرجع السابق، ص 285-286.

الفرع الثاني: إجراءات التقاضي أمام القضاء الاستعجالي في قضايا شؤون الأسرة:

سأتحدث في هذا الفرع عن مسألة الاختصاص القضائي الاستعجالي أولاً
لأتحدث ثانياً عن الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في رافع الدعوى
الإستعجالية وأتحدث في الأخير عن إجراءات رفع الدعوى الإستعجالية في مجال
شؤون الأسرة وذلك تبعاً لما يلي :

أولاً : الاختصاص القضائي الاستعجالي في قضايا شؤون الأسرة :

يُعتبرُ الاختصاص توزيعاً للعمل القضائي بين جهات القضاء المختلفة، فهو
السُّلطة الممنوحة لمحكمة ما للنظر والفصل في نزاع معين. (1) وسأتعرض في هذه
النقطة إلى تحديد الجهة القضائية المختصة نوعياً وكذا الجهة المختصة محلياً بالفصل
في المسائل الإستعجالية الأسرية.

1. الاختصاص النوعي :

حسب النصوص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والتي تحكم القضاء
الإستعجالي فإنها تخول الاختصاص للفصل في القضايا المعروضة عليه إلى رئيس
الجهة القضائية متى توفر عنصر الاستعجال هذا الأخير هو الذي يحدد الاختصاص
النوعي للقضاء الإستعجالي، الذي يعتبر من النظام العام والذي يثيره القاضي تلقائياً
ولو لم يدفع به الخصوم وذلك استناداً لما نصت عليه المادة 299 من ق.إ.م.إ. (2)
ويكون رئيس المحكمة مختصاً بإصدار الأمر الإستعجالي المطلوب إذا توفو في
الدعوى شرط الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، كما يكون أيضاً مختصاً إذا
وجد نص قانوني صريح يلزمه بذلك.

وعليه يستخلص أنه يجوز لرئيس المجلس القضائي أن ينظر في طلبات ذات
الطابع الإستعجالي في أي موضوع دون المساس بأصل الحق.

وتنص المادة 57 مكرر من ق.أ.ج على أنه: " يجوز للقاضي الفصل على وجه
الاستعجال... " (3) فيتبين لنا من خلال استقرار هته النصوص أن المشرع قد خول
النظر في الأمور الإستعجالية إلى رئيس الجهة القضائية في الدرجة الأولى "رئيس
المحكمة" إلا أنه لهذا الأخير أن يقوم بانتداب قاضي من قضاة نفس المحكمة يقوم
مقامه بالنظر والفصل في القضايا الإستعجالية.

(1)- حسين، طاهري، المرجع السابق، ص08 .

(2)- أنظر، المادة 299، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(3)- أنظر، المادة 57 مكرر، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

ويُعَدُّ الاختصاص النوعي من النُّظام العام إذ لا يمكن تجاوزه بأي حال من الأحوال وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى هذا ما نصَّت عليه وأكدته المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها: "عدم الاختصاص النوعي من النُّظام العام تقضي به ... " (1)

وفي هذا الصدد صدر عن المحكمة العليا ما يعضد ذلك حيث قضى القرار الصادر بتاريخ 1993/09/27 على أنه: "من المقرر قانوناً أن عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر من النُّظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وفي أي حالة كانت عليها الدعوى." (2)

كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر لها بتاريخ 1985/01/09 نص على أنه: "من المقرر قانوناً أن الاختصاص النوعي من النُّظام العام والتمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا يكون مقبولاً." (3)

فتبين من هذين القرارين أن الاجتهاد القضائي قد أصاب فيما ذهب إليه من تعلق الاختصاص النوعي بالنُّظام العام ويمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

2. الاختصاص المحلي :

حتى تكون الدعوى الإستعجالية مقبولة يجب أن ترفع أمام قاضي الأمور المستعجلة المختص محلياً، ولكن ما هو ملاحظ على قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه لم يتضمن قواعد خاصة بالاختصاص المحلي بالنسبة للقضاء الإستعجالي، فقد نصَّت المادة 458 منه على أنه: "تقدم الطلبات المشار إليها في المادة 453 أعلاه حسب القواعد المقررة لرفع الدعوى الإستعجالية وذلك أمام محكمة مقر ممارسة الولاية..." (4)

وفي غياب نصوص خاصة بشأن الاختصاص المحلي بالنسبة للقضاء الإستعجالي فإنه يتعين تطبيق القواعد العامة للاختصاص المحلي كما تنظمها المواد من 37 إلى 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فنصَّت المادة 40 في الفقرة 9 منه على أنه:

(1)- أنظر، المادة 36، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.
(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 109.743، بتاريخ 1993/09/27، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1994، ص 153.
(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35.724، بتاريخ 1985/01/09، المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1989، ص 25.
(4)- أنظر، المادة 458، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

"... في المواد المستعجلة، أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ، أو التدابير المطلوبة." (1)

وتبعاً لذلك فإن المحكمة المختصة محلياً هي المحكمة التي يقع في دائرتها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ لأنّ الإشكالات المثارة تكون غالباً من طرف المنفذ عليه أمّا في سائر الدعاوى المستعجلة الأخرى التي تتضمن اتخاذ إجراء وقتي فإنّ المحكمة المختصة محلياً هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التدبير المطلوب، وفي سائر الدعاوى المستعجلة الأخرى التي تتضمن طلب إتخاذ إجراء وقتي فيكون الاختصاص فيها لرئيس المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب الحصول على الإجراء الوقتي في دائرتها. (2)

وبذلك فإنّ الاختصاص المحلي يعني ولاية الجهة القضائية للنظر القضايا التي تقع في دائرة الإقليم التابع لها، وبشكل عام يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه بالنسبة للدعاوى المنقولة ودعاوى الحقوق الشخصية العقارية وفي جميع الدعاوى التي لم ينص القانون على اختصاص محلي خاص بها طبقاً للمواد 37، 38، 39 من ق.إ.م.إ. (3)

وعليه إذا أثير مشكل النفقة الوقتية أو حضانة الطفل الصغير فإنّ المحكمة المختصة بالنظر إستعجالياً في هذه القضايا هي المحكمة التي يقطن في دائرة اختصاصها المحتاج إلى النفقة الوقتية أو الطفل المشمول بالرعاية أو الحضانة أو المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها أموال الزوجة المشمولة بالحماية أو الحراسة.

ويضاف إلى كل هذا أنّ القاعدة التي تقررها الفقرة 18 من المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية القديم والتي تقابلها في القانون الجديد في الفقرة 09 من المادة 40 السابقة الذكر في صدد الاختصاص المحلي للقضاء الإستعجالي ليست من النظام العام. (4) وقد صدر من المحكمة العليا قرار في هذا الشأن بتاريخ 1989/01/08 والذي جاء فيه أنّه: " من المقرر قانوناً أنّه يجوز لطرفي الخصومة الحضور

(1)- أنظر، المادة 40، المرجع نفسه.

(2)- يختلف القضاء الإستعجالي عن الطلب الوقتي في كون " الطلب الوقتي هو مجرد طلب بإجراء وقتي بينما الطلب المستعجل يزيد عليه بتوافر عنصر الاستعجال في صده ". أنظر أحمد، أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ط15، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص348.

(3)- أنظر، المواد 37، 38، 39، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(4)- عبد الحميد، زروال، دروس وتطبيقات في الكفاءة المهنية للمحاماة، دط، دارا لأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2004، ص 158.

باختيارهما أمام القاضي حتى لو لم يكن مختصاً محلياً بالنظر في الدعوى فإنَّ الاختصاص المحلي ليس من النظام العام." (1)

ومن ثمَّ إذا رُفعت الدعوى الإستعجالية أمام محكمة غير مختصة محلياً فلا يجوز لها أن تقضي بعدم اختصاصها بالنظر فيها من تلقاء نفسها بل على القاضي أن يفصل في النزاع متى سكت الأطراف عن إثارة عدم الاختصاص إلاَّ أنَّه متى دفع أحدهم المدعى عليه، فإنَّ على القاضي أن يستجيب إلى الطلب متى تأكد من حقيقة هذا الدفع. (2)

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار آخر لها بتاريخ 1985/11/04 والذي جاء فيه أنَّه: "فيما يخص عدم اختصاص محكمة الحراش فكان من المفروض على الطاعنة أن تبدي هذا الدفع قبل أي دفع أو دفاع آخر في الموضوع." (3)

وعليه يجوز لأطراف النزاع التقاضي أمام جهات قضائية غير مختصة محلياً شريطة الاتفاق على ذلك بإقرار مكتوب وموقع، وإن لم يُحسنو التوقيع فيشار إلى ذلك ضمن الإقرار وإلاَّ فإنه يبقى القاضي مختصاً بذلك النزاع. (4)

هذا ما أكدته المحكمة العليا بدورها في قرار آخر لها بتاريخ 1988/03/27 جاء فيه أنَّه: "من المقرر قانوناً أنَّه يجوز لطرفي الخصومة دائماً الحضور باختيارهما أمام القاضي ولو لم يكن مختصاً محلياً بنظر الدعوى على أن يوقعا إقراراً بقبولهما التقاضي أمامه." (5)

ثانياً : الشروط الموضوعية لقبول الدعوى الإستعجالية :

لقد حدد قانون الإجراءات المدنية القديم الشروط الواجب توفرها لقبول الدعوى في ثلاث شروط وهي الصفة والمصلحة والأهلية وذلك ضمن نصَّ المادة 459 منه والذي جاء فيها: "لا يجوز لأي أحد رفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك".

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 818.55، بتاريخ 1989/01/08، المجلة القضائية، العدد 4، لسنة 1990، ص 99.

(2)- راتب، وآخرين، المرجع السابق، ص 234.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 38.331، بتاريخ 1995/11/04، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1989، ص 102. أخذاً عن حمدي، باشا، المرجع السابق، ص 13.

(4)- سانج، سنقوقة، الدليل العلمي في إجراءات الدعوى المدنية، دط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص 19، 20.

(5)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 651.45، بتاريخ 1988/03/27، المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1992، ص 81. أخذاً عن حمدي، باشا، المرجع السابق، ص 14.

لكن القانون الجديد اكتفى بعنصرَي الصفة والمصلحة لقبول الدعوى، وأحال عنصر الإذن إلى تدخل القاضي فيما لو اشترطه القانون، بدليل نصّ المادة 13 منه والتي جاء فيها: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون... (1) بينما اعتبر الأهلية مسألة موضوعية أدرجها ضمن الدفع بالبطلان بوصفها شرطاً موضوعياً، طبقاً لنصّ المادة 64 من نفس القانون. (2) ولهذا سأتطرق بالحديث عن هذه الشروط تبعاً لما يلي:

1. الصّفة :

يقصد بالصّفة كشرط لرفع الدعوى صلة الأطراف بموضوعها أي نسبة الحقّ أو مركز المدعي به للشخص نفسه وليس للغير وهذا يكون في مواجهة الطرف السّلبي الموجه له الطّلب القضائي. (3)

فطبقاً للأصل العام فإنّ الصّفة في الدعوى تثبت لكل صاحب حقّ أو مركز قانوني وقع عليه الاعتداء، وتبعاً لذلك فإنّ الحماية القضائية لا تمنح إلا لصاحب الصّفة في الدعوى أي لصاحب الحقّ أو المركز القانوني المعتدى عليه. ويجب أن تنسب الدعوى إيجاباً إلى صاحب الحقّ في الدعوى، وسلباً لمن يوجد الحق في مواجهته، ويعبو عن هذا الشرط بأنّه يجب أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، وإذا لم ينجح المدعي في إثبات صفته في الدعوى فإنّ القاضي العادي يحكم بعدم قبول الدعوى.

ومن المسلم به أن يكون لرافع الدعوى المستعجلة الصفة باعتباره فرعاً من الفروع المدنية لأن يكون صاحب الحق المعتدي عليه والمراد حمايته بالإجراء المطلوب أو من يقوم مقامه وفي ذلك فإنّ القاضي الأمور المستعجلة يملك سلطة في النظر والفصل في صفة المدعي كمسألة أولية يتعين الفصل فيها أولاً قبل التعرض للطلب وبالتالي فالقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم قبل البتّ في الطّلب بعدم قبول الدعوى المستعجلة لانعدام الصفة.

وبالنسبة لبحث القاضي في صفة الخصوم فإنّها تكون بالقدر اللازم الذي تتطلبه الدعوى الإستعجالية ومن ثمّ فإنّه يكفي أن يتنبّث من وجودها من ظاهر الأوراق دون التوغل في صميم الموضوع لتوصل لتحديدتها. (4)

(1)- أنظر، المادة 13، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(2)- أنظر، المادة 64، المرجع نفسه.

(3)- مجيدة، خالدي، القضاء الإستعجالي في المواد الإدارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2011-2012، ص 23.

(4)- حسين، طاهري، المرجع السابق، ص 52.

لذا فالصفة في الدعوى الإستعجالية تختلف عن الصفة المطلوبة في الدعوى الموضوعية، في كون أنه يقتصر اختصاص قاضي الاستعجال على تقدير ما إذا كانت الصفة التي يدعيها المدعي ليست محل نزاع جدّي ليقبل أو يرفض الدعوى. (1)

2. المصلحة :

تعتبر المصلحة من الشروط المقررة بموجب القانون فهي شرط يدخل ضمن الأحكام العامة التي أقرها وأوجبها المشرّع في جميع الدعاوى القضائية، سواء كانت إدارية أو عادية، فلا يجوز لمن يدعي حقا المثل أمام القضاء والمطالبة به إلا إذا كان له مصلحة في ذلك، بحيث لا مصلحة لا دعوى وهذا ما استقر عليه الفقه القانوني، ومن ثمّ يتعين على كل مدعي تبرير وجود مصلحة، فلا تقبل الدعوى من غير مصلحة وبالتالي فهي تبرر اللجوء إلى القضاء، كما يستوجب توفر هذا الشرط في الدعوى الإستعجالية بدورها، وبذلك فإنّ المقصود بالمصلحة هي المنفعة التي تعود على رافع الدعوى من لجوئه إلى القضاء سواء كانت هذه المنفعة مادية أو معنوية. (2) فالمصلحة هي الباعث لرفع الدعوى. (3)

إذن فالمصلحة هي المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء ويجب أن تكون هذه المصلحة قانونية أي أنّها تستند إلى حماية قانونية لحق أو مركز قانوني ويشترط في هذه المصلحة أن تكون شخصية ومباشرة، ومعناه أنّ رافع الدعوى يكون قد تضرر من اعتداء وقع على حق شخصي له مصلحة قائمة وحالة وهي أنّ الاعتداء وقع بالفعل.

غير أنّه في الدعوى الإستعجالية فإنّ المصلحة يكفي أن تكون احتمالية مادام أن الضرر محقق ومادام أنّ الطلب القضائي يرمي إلى اتخاذ إجراء مؤقت لوقف هذا الضرر، وهنا تبرز أهمية السلطة التقديرية للقاضي الإستعجالي في تقدير وقائع الدعوى وتقرير ما إذا كانت مصلحة المدعي فعلاً مهددة بخطر ما مستقبلاً ، فيقرر قبول الدعوى الإستعجالية لطلب المدعي رغم كون مصلحته في الدعوى احتمالية طالما كان الغرض منها الاحتياط لدفع ضرر محقق أو لاحق يخشى زوال أثره عند قيام النزاع فيه. (4)

(1)- مصطفى مجدي، هرجة، موسوعة القضاء المستعجل والتنفيذ الوتقي "الجديد في القضاء المستعجل"، المجلد 01، دط، دار محمود، القاهرة، 2004، ص 713.

(2)- عبد الله، بوحميده، الوجيز في القضاء الإداري "تنظيم عمل واختصاص"، دط، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 176.

(3)- بن ملحة، الغوثي، المرجع السابق، ص 89.

(4)- مجيدة، خالد، المرجع السابق، ص 29.

بالإضافة إلى ذلك فإنه يشترط في المصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة أن تكون مشروعة، أي تستند إلى حق يحميه القانون، وأن تكون شخصية ومباشرة . (1)
بأن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته بالإجراء المستعجل أو من يقوم مقامه. (2)

وبذلك فإن شرط المصلحة هو في حقيقة الأمر دفع موضوعي يتعلق بصميم الحق المدعى به، لذا فإن القاضي يتقيد عند الحكم فيه بذات القيود التي تحد من اختصاصه ومن حكمه في الدعوى الإستعجالية. (3)

3. الأهلية :

كان المشرع في القانون الإجرائي القديم يدرج شرط الأهلية ضمن شروط رفع الدعوى كما اعتبرها من النظام العام، بحيث يجوز إثارتها من قبل المحكمة وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولكن بعد صدور القانون الإجرائي الجديد فقد نصَّ عليها ضمن الشروط المقررة لممارسة الدعوى، أي شرط لصحة الخصومة بحيث تعتبر شرطاً عاماً يستوجب توفره في جميع الدعاوى العادية أو الإدارية، وكذا الأمر بالنسبة للدعاوى الإستعجالية. ويقصد بالأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. (4)

ومن ثم فإن توافر شرط الأهلية للتقاضي هو شرط لصحة المطالبة القضائية أي لصحة رفع الدعوى وقبولها من حيث الشكل، فإذا قام برفع الدعوى من لم يكن أهلاً لمباشرتها كانت الإجراءات باطلة، فضلاً عن عدم قبول الدعوى. وقاضي الاستعجال عند حكمه بالإبطال كجزاء لتخلف شرط الأهلية يقضي به دون أن يتقيد بقاعدة عدم المساس بأصل الحق. وتطبيقاً لذلك إذا دُفع أمام القاضي الإستعجالي بانعدام أهلية المدعي لجنون أو عته مثلاً فيكون على القاضي الإستعجالي أن يبحث في مدى صحة هذا الإدعاء من عدمه متخذاً في ذلك ما يراه من الإجراءات لتمكينه من إصدار حكمه وإذا تبين له صحة هذا الادعاء قضى بعدم قبول الدعوى شكلاً.

والأهلية المقصودة هنا للتقاضي مرتبطة بأهلية الأداء وهي قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية لأن مناطها العقل أي القدرة على التمييز، فلا يكفي توفر أهلية الوجوب بل يشترط لصحة الإجراءات أن يكون الشخص أهلاً للقيام بها. (5)

(1)- محند أمقران، بوبشير، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، "نظرية الدعوى نظرية الخصومة. الإجراءات الاستثنائية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 37.
(2)- عز الدين، الدناصوري، وحامد، عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء، ط 05، مركز الدلتا، الإسكندرية، 1998، ص 842.
(3)- مصطفى مجدي، هرجة، المرجع السابق، ص 712.
(4)- راتب وآخرين، المرجع السابق، ص 80-81.
(5)- محمد الأمين، حمدي، شروط رفع الدعوى وأجالها وتقديم المستندات، وزارة العدل، 2008، ص 08.

ثالثاً : إجراءات رفع الدعوى الإستعجالية :

بالرجوع إلى نص المادة 485 من قانون الإجراءات المدنية فإن الدعوى الإستعجالية تُرفع طبقاً للأوضاع المقررة بصفة عامة في رفع الدعوى أمام المحاكم كما جاء في نص المواد 14-15-16-17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (1) فتوقع الدعوى المستعجلة بموجب عريضة مكتوبة من المدعى أو وكيله مؤرخة وموقع عليها لدى كتابة ضبط المحكمة، طبقاً لنص المادة 14 من نفس القانون السابق الذكر التي نصت على أنه : "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط ..."(2)

كما يمكن رفعه بمجرد حضور المدعى أمام المحكمة مع مراعاة أحكام المادة 16 كما يجب أن تتضمن العريضة المعلومات التي نصت عليها المادة 15 التي نصت على وجوب توفر بيانات معينة " يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلاً البيانات التالية ..."(3) وفيما يتعلق بتكليف المدعى عليه بالحضور فتطبق عليه أحكام المواد 928-929 من نفس القانون.

كما يمكن تقصير المواعيد وفقاً للظروف و هي الطريقة الأولى في رفع الدعوى الإستعجالية كما جاء في نص المادة 301 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

فيجوز تخفيض أجل التكليف بالحضور في مواد الاستعجال إلى أربع وعشرين (24) ساعة. ونص المشرع الجزائري في ذات المادة السابقة الذكر على طريقة أخرى لرفع الدعوى الإستعجالية والتي يمكن بموجبها تكليف المدعى عليه للحضور أمام قاضي الأمور المستعجلة للفصل في النزاع وذلك في الحالات الإستعجالية القصوى. وهي من ساعة إلى ساعة.

وعليه فإن حالة الاستعجال إذا كانت لا تحتمل التأخير فإن رافع الدعوى الذي يرى أن الأمر يتطلب النظر في دعواه بسرعة قصوى أن يرفع دعواه بموجب عريضة افتتاح دعوى استعجالية من ساعة إلى ساعة لدى كتابة ضبط المحكمة و يضمنها الأسباب التي يراها مناسبة للإسراع باتخاذ الإجراء السريع و المؤقت الذي يطلبه، ويرجع الأمر إلى رئيس المحكمة بعد قراءته للأسباب المضمنة في الدعوى لتقرير قبول حالة الاستعجال من ساعة إلى ساعة أو رفضه.(4)

(1)- بن ملحمة، الغوثي، المرجع السابق، ص 96.

(2)- أنظر، المادة 14، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(3)- أنظر، المادة 15، والمادة 16، المرجع نفسه.

(4)- محمد، إبراهيمي، القضاء المستعجل، ج01، المرجع السابق، ص111-112.

ففي حالة قبولها يقوم بإخطار الأطراف في الحال ليفصل في الأمر المطلوب على أن يسلم التكليف بالحضور من طرف المحضر القضائي المعين في أمر الرئيس إلى الشخص المطلوب تبليغه أو إلى موطنه وإلا اعتبر التكليف باطلاً.

كما أضافت المادة 302 قانون إ.م.إ على أنه: " في حالة الاستعجال القسوى يجوز تقديم الطلب إلى قاضي الاستعجال خارج ساعات وأيام العمل... (1)

وبذلك فإنّ للرئيس سلطة واسعة في خيار وقت تكليف الخصم للحضور للجلسة حسب ظروف الاستعجال ومدته، و إذا كانت القضية لا تقبل أي تأخير يمكن للرئيس أن يأمر بتكليف المدعى عليه حالاً وحتى في يوم عطلة وخارج الساعات القانونية .
أمّا فيما يتعلق بالإشكالات في التنفيذ فإنّهُ حسب المادة 941 من قانون إجراءات الهدنية، يكون تكليف الخصوم بالحضور أمام القاضي الإستعجالي بناءً على طلب القائم بالتنفيذ، ويجب على الأطراف أن يحضروا أمام القاضي الإستعجالي الذي يفصل في الإشكال في التنفيذ، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 1987/12/07 أنه: " ... وإذا انعدم الاستدعاء انعدمت الخصومة وهذه قاعدة تتعلق بالنظام العام. " (2) وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا في قرار آخر لها بتاريخ 1989/03/15 أنه: " الأصل في الخصومة ألا تتعقد إلا بوجود الطرفين وانعدام أحدهما يعتبر انعداماً لركن من أركانها، والقرار الذي يصدر بدون استدعاء كما يتبين في هذه القضية لا يعتبر قراراً باطلاً فحسب، بل يُعدّ قراراً منعدماً. " (3)

أمّا إذا رفض القائم بالتنفيذ تحرير محضر بالإشكال العارض فإنّ المستشكل يرفع دعوى بالطرق العادية مع إدخال المحضر القضائي في الخصام.

المطلب الثالث:

آثار الأوامر الإستعجالية وطرق الطعن فيها :

جعل المشرّع الجزائري من الأمر الإستعجالي النهاية الطبيعية التي تُختتم بها كل خصومة قضائية في الدعوى الإستعجالية وتصدر هذه الأخيرة وفقاً للأوضاع التي تصدر بها الأحكام القضائية كأصل عام، وهي مؤقتة بطبيعتها لكونها تُتخذ بالنظر إلى حالة الاستعجال ودون التّطرق إلى أصل الحقّ، ولا تلزم محكمة الموضوع عند

(1)- أنظر، المادة 302، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 46.757، بتاريخ 1987/12/07، المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1991، ص 52. أخذاً عن حمدي، باشا، المرجع السابق، ص 105.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 66.640، بتاريخ 1989/15.03، المجلة القضائية، العدد 4، لسنة 1993، ص 15. أخذاً عن حمدي، باشا، المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

نظرها في أصل النزاع، وإن كانت كذلك إلا أنها ملزمة للخصوم ومقيدة للقاضي فلا يجوز العدول عنها ولا تعديلها سواء جزئياً أو كلياً إلا إذا حصل تغيير في وقائع الدعوى المادية أو في مركز الخصوم القانوني ويتم تنفيذها على وجه السرعة كما أنها تقبل الطعن ببعض طرق الطعن فقط وحتى أتبين ذلك ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى قسمين أتحدث في الفرع الأول عن آثار الأوامر الإستعجالية وأتحدث في الفرع الثاني عن طرق الطعن في الأوامر الإستعجالية وذلك تبعاً لما يلي :

الفرع الأول: آثار الأوامر الإستعجالية :

إن آثار الأوامر الإستعجالية تتعلق أساساً بتنفيذ الأحكام المستعجلة وكذلك بمدى مفعولها وقوتها بعد صدورها، وبغية توضيح ذلك سأعالج هذا الفرع انطلاقاً من نقطتين أساسيتين أتحدث أولاً عن شكل الأمر الإستعجالي وحجيته، لأتحدث ثانياً عن تنفيذ الأمر الإستعجالي وذلك تبعاً لما يلي :

أولاً : شكل الأمر الإستعجالي وحجيته :

1 . شكل الأمر الإستعجالي :

لقد أصابت المحكمة العليا حينما قضت بقولها في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 1998/02/25 والذي جاء فيه: "أن عبارة الأحكام هي عبارة عامة يقصد بها كل ما يصدر من القضاء من أحكام وقرارات وبما فيها الأوامر الإستعجالية." (1)

ويعرف الحكم بأنه: القرار الصادر من المحكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رفعت إليها وفق الإجراءات المقررة قانوناً سواء كان صادراً في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه. (2)

وينبغ في إصدار الأوامر الإستعجالية نفس القواعد التي تطبق على كافة الأحكام إلا أن هناك بعض الأشكال الخاصة بها وذلك نظراً لخصوصيتها، وتتمثل أجزاء الأمر الإستعجالي فيما يلي :

أ – الديباجة :

ويتصدرها: "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بإسم الشعب الجزائري" ويذكر فيها الجهة القضائية التي أصدرت الأمر ومقرها إضافة إلى تاريخ صدور الأمر وموضوعه. ولقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن بأنه: "لا تأثير على خلو

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 180.881، بتاريخ 1998/02/25، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1998، ص 78. أخذاً عن حمدي، باشاء، المرجع السابق، ص 112.

(2)- أحمد، أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ط 15، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 712.

النسخ العادية للأحكام والقرارات من التصدير (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) الذي يجب أن تتضمنه النسخ التنفيذية دون غيرها." (1)

وزيادة على هذا يجب أن تتضمن الديباجة اسم القاضي "رئيس المحكمة" الذي أصدر الأمر وكاتب الضبط وممثل النيابة العامة كونها أصبحت طرفاً أصلياً في قضايا شؤون الأسرة، طبقاً للمادة 03 مكرر (2) وكذا أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم، ومحل إقامتهم وأسماء وكلائهم إن وجدوا.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1983/10/10 جاء فيه أنه: "متى نص القانون على وجوب ذكر أسماء وصفات الأطراف في الأحكام فإن الإغفال عن تطبيق هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون." (3)

ب - الوقائع :

يحتوي هذا الجزء من الأمر على عرض موجز لوقائع الدعوى حيث قضت المحكمة العليا بقولها في قرار صادر بتاريخ 1975/06/25 على أنه: " من المقرر قانوناً أن إدراج مختصر وجيز من الوقائع هو واجب. ويترتب على الإخلال بهذا المبدأ بطلان الحكم." (4)

كما تتضمن الوقائع خلاصة ما استند إليه الخصوم من أدلة واقعية وحجج قانونية وذلك وفق ما جاؤوا به دون تعديل أو تحريف، حيث قضت المحكمة العليا في قرار آخر لها بتاريخ 1973/01/20 بأنه: " من المقرر قانوناً أنه ليس من حق القاضي أن يقوم من تلقاء نفسه بتعديل موضوع النزاع أو أسبابه أو وقائعه، وأنه يجب عليه أن يعرض مقالات الخصوم على حقيقتها." (5)

إضافة إلى هذا فإن الوقائع تتضمن بيان المسائل المعروضة للفصل فيها، وذكر مختلف الإجراءات المتخذة والمراحل التي مرت بها القضية، وخلاصة ما انتهت إليه المحكمة من غير أن يبين القاضي موقفه منها. (6)

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 31.416، بتاريخ 1984/01/04، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1989، ص 48. أخذاً عن حمدي، باشا، المرجع السابق، ص 112.

(2)- أنظر، المادة 03 مكرر، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 33.517، بتاريخ 1983/10/10، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1989، ص 191. أخذاً عن حمدي، باشا، المرجع السابق، ص 112.

(4)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 11.985، بتاريخ 1975/06/25، غير منشور. أخذاً عن حمدي، باشا، المرجع والموضع نفسه.

(5)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 6655، بتاريخ 1973/01/20، غير منشور. أخذاً عن حمدي، باشا، المرجع السابق، ص 112.

(6)- محند أمقران، بوبشير، المرجع السابق، ص 279.

ج - الأسباب :

وهي الحثيات التي يعتمد عليها القاضي لتغليب حجة على أخرى للوصول إلى الحلّ والنتيجة المقنعة، وتتمثل في الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي بنى القاضي على أساسها أمره. (1)

وفي هذا الجزء من الأمر الإستعجالي يظهر دور القاضي، حيث يناقش فيه طلبات ودفاع ودُفوع الخصوم وفق القانون، وذلك تمهيداً لبيان موقفه الفاصل في الدعوى الإستعجالية.

ولقد قضي في هذا الشأن قرار من المحكمة العليا صادر بتاريخ 1989/04/30 جاء فيه أنه: "من المقرر قانوناً أنّ الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات المختصة يجب أن تشتمل على أسباب مبررة لمنطوقها، وتكون تلك الأسباب أساس الحكم ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ منعدم الأساس القانوني." (2)

وقضي في نفس الصدد أيضاً قرار صادر بتاريخ 1990/03/19 نصّ على أنّ: "تسبب الأحكام هو معيار صحتها ومبعث الاطمئنان إليها وجليل قوتها وبيان جهد القاضي في القضية من خلالها." (3)

فيتضح من خلال هذين القرارين السابقين الذكر أنّ المحكمة العليا ثابتة على موقفها الصحيح من مسألة تسبب الأحكام. وهو الأمر المنوط بالمحكمة العليا.

د - المنطوق :

ويذكر في هذا الجزء من الأمر الإستعجالي الموقف الفاصل في الدعوى حيث يُعدّ المنطوق هو النتيجة التي توصل إليها القاضي بعد دراسة لوقائع النزاع وتكييفها مع المستندات المقدمة إليه، والنصوص القانونية التي استأنس بها، وبعبارة أدقّ فإنّ المنطوق هو: "القناعة التي توصل إليها القاضي." (4)

(1)- عبد الحميد، زروال، المرجع السابق، ص 152.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 55.255، بتاريخ 1989/04/30، المجلة القضائية، العدد 4، لسنة 1990، ص 148. أخذاً عن حمدي، باشاء، المرجع السابق، ص 113.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 166.673، بتاريخ 1990/03/19، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1996، ص 172. أخذاً عن حمدي، باشاء، المرجع والموضع نفسه.

(4)- سائح، سنقوقة، الدليل العلمي في إجراءات الدعوى المدنية، المرجع السابق، ص 76.

ولقد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1995/04/30 إلى القول بأنّه:
"من المستقر عليه قضاءً أنّ منطوق الحكم أو القرار هو الذي يُعدُّ في حد ذاته
ووحده الحكم، خاصة إزاء حجية الشيء المقضي فيه." (1)

هذا ولا يشترط في المنطوق صفة الحضور أو الغياب خاصة بالنسبة للمدعي عليه، لأنّ الأمر الإستعجالي لا يُطعن فيه بالمعارضة كما سيأتي بيانه.

والمنطوق إمّا أن يكون استجابة لطلب المدعي أو رفضاً له، مثل أن يأمر رئيس المحكمة للزوجة وأطفالها بنفقة وعتية قدرها 1500 دج شهرياً، أو أن يأمر رئيس المحكمة برفض طلب الحراسة القضائية على الأموال المتنازع حولها بين الزوجين نظراً لانعدام ركن الاستعجال .

أمّا فيما يخص الأمر الإستعجالي الذي يصدره القاضي في غير المحكمة في المنزل مثلاً في حالة الاستعجال القسوى بعد سماع أقوال الخصوم في جلسة خاصة وفي غياب كاتب الضبط، فإنّه تودع المُسودات الأصلية من الأمر الإستعجالي بقلم الكتاب، وتقيد في سجل خاص بها.

2 . حجية الأمر الإستعجالي :

يقصد بحجية الأمر الإستعجالي هو اكتساب الحكم حجية الشيء المقضي فيه والحجية القضائية هي الأثر القانوني الذي يتصف به كل حكم قضائي قطعي والذي يكون قابلاً لطعن بطرق الطعن العادية، أمّا بالنسبة لقوة الشيء المقضي فيه فيعني بها هي المرتبة التي يصل إليها الحكم القضائي عندما يصبح غير قابل لطعن بالطرق العادية بل يقبل فقط الطعن بطرق الطعن الغير العادية، ومن ثمّ فإنّ الحكم القضائي المتمتع بقوة الشيء المقضي، هو أيضاً حائز لقوة الشيء المقضي فيه والعكس غير صحيح. (2)

وعليه فإنّ الأوامر الإستعجالية ليست فاصلة في أصل النزاع لأنّها أحكام وقتية لا تتعرض لموضوع الحق، وبالتالي لا يجوز العدول عنها إلا إذا كانت الأسباب التي دعت إلى إصدارها قد عدلت، أو جدّ من الأمور ما يستدعي الحدّ من آثارها أو وقف تنفيذها، فحجية الأوامر الإستعجالية اتجاه الخصوم تمنعهم من إعادة طرح النزاع بينهم ولذات الأسباب من جديد أمام القاضي الذي أصدر الأمر نفسه، ما لم يحدث

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 116.673، بتاريخ 1995/04/30، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1996، ص 172. أخذاً عن حمدي، باشا، المرجع السابق، ص 113.

(2)- حسين، كمون، ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة لأحكام القضائية الصادرة ضدها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2009، ص 04.

تغير في الوقائع المادية أو المركز القانوني لطرفين أو أحدهما مما يستوجب اتخاذ إجراء وقتي آخر لحمايته.(1)

فمثلا يظلُّ حكم أمر الحراسة حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه طالما بقيت الظروف التي يبني عليها الأمر قائمة، فلا يجوز أن يُعرَضَ هذا الأمر على القاضي الذي أصدره مرة أخرى إلا إذا تغير المركز السابق للخصوم سواء من ناحية الواقع أو القانون، فإذا تغيرت هذه الظروف فإنَّ حجية الأمر تزول ويستطيع القاضي أن يُعَدِّلَ عن هذا الأمر.

وفي هذا الصدد نصَّت المادة 922 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز لقاضي الاستعجال بطلب من كل ذي مصلحة أن يُعَدِّلَ في أي وقت وبناء على مقتضيات جديدة، التدابير التي سبق أن أمر بها أو يضع لها حداً." وهو نفس المضمون الوارد في المادة 521 في الفقرة الرابعة من قانون رقم: 2000/597 المتعلق بالاستعجال أمام الجهات القضائية الإدارية الفرنسية بنصّها :

" Saisi par toute prsonne intéressée le juge des référés peut à tout moment au vu d'un élément nouveau modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin"

وعليه فهذه الحجية المؤقتة مرهونة ببقاء الظروف التي صدر الأمر على أساسها فإذا تغيرت هذه الظروف، فيجوز عرض الأمر من جديد على القاضي ليصدر أمراً آخر يلاءم الظروف الجديدة.

أمّا إذا بقيت الظروف التي صدر على أساسها دون تغير، فيظلُّ للأمر حجيته وأي دعوى إستعجالية ترفع مخالفة لما سبق ذكره ترفض لسبق الفصل في الدعوى.

كما أنّ الأمر الإستعجالي لا حجة له أمام محكمة الموضوع طبقاً لقاعدة عدم المساس بالموضوع عند نظر الدعوى أو أصل الحق، فلا تحوز أمامها قوة الشيء المقضي فيه، بل لها أن تغير فيه و من ثمّ فلمحكمة الموضوع أن تقضي مثلاً بفسخ عقد الإيجار على الرّغم من أنّ الأمر الإستعجالي صدر برفض دعوى الإخلاء ويستثنى من ذلك دعاوى إثبات الحالة، فإنّها تبقى دائماً هي وتقارير الخبراء الذين عينوا فيها محل اعتبار محكمة الموضوع عند الحكم في أصل الحق الذي أسس عليها، بشرط صدورها في حدود القانون، والجدير بالذكر أنّ محكمة الموضوع غير ملزمة بالأخذ بتقارير الخبراء الذين تعينهم بأحكام صادرة قبل الفصل في الموضوع.

(1)- محمد أحمد، عطية، الطلّبات المستعجلة أمام مجلس الدولة، دط، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 115.

كما يجوز لها عدم الأخذ بتقارير الخبراء الذين عينهم القضاء المستعجل إذا لاحظت عليها عدم الصحة أو النقص في أداء المأمورية.

إذن تقتصر حجية الأوامر الإستعجالية على طرفي الخصومة فلا حجية لها أمام محكمة الموضوع، كما ليس لها حجية أيضاً على الغير، باعتبارها لا تؤثر إلا في طرفي الخصومة (1) وخلفهما فلا يجوز التمسك بها ضد شخص لم يمثل في الخصومة الصادرة فيها الأمر.

كما أنه لا يمتد أثرها إلى قاضي الموضوع عند نظره في الدعوى، نظراً لطبيعتها المؤقتة فله أن يقضي على خلاف ما انتهى إليه قاضي الاستعجال. (2)

ويترتب على ذلك أنه إذا صدر حكم بالحراسة ضد شخص لم يمثل في الخصومة فلا يمكن الاحتجاج به عليه لتنفيذه ضده.

قد يحدث أن يطرح أمم قاضي الأمور الإستعجالية قضية قد سبق له الفصل فيها هنا القانون يمنحه إمكانية الدفع بسبق الفصل فيها تلقائياً.

كما يجوز للقاضي إذا تبين له أن التدبير الإستعجالي المتخذ في غير محله، بعد أن نفذ الأمر، كان له أن يقضي بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وفي حالة استحالة ذلك يقع على المحكوم عليه مسؤولية عن التنفيذ ويلزم بتعويض الضرر الذي أصاب الخصم. (3)

ثانياً : تنفيذ الأمر الإستعجالي :

بعد رفع الدعوى الإستعجالية ونظرها إثر ذلك من طرف قاضي الاستعجال الذي يصدر أمره فيها، تأتي مرحلة تنفيذ هذا الأمر على أرض الواقع حيث يمتاز تنفيذ هذه الأوامر الإستعجالية بالنفاذ المُعَجَّلِ الأمر الذي سأعالجه في النقطة الأولى أمّا النقطة الثانية فسأتعرض فيها لدراسة الإشكال في التنفيذ الذي من شأنه التأثير على نفاذ الأمر.

1 . النفاذ المُعَجَّل :

يقصد بالنفاذ المُعَجَّلِ هو أن تكون للحكم القضائي القوة التنفيذية رغم المعارضة والاستئناف، لأن الأصل في الحكم لا يُنفذ إلا إذا كان نهائياً أي استنفذ طرق الطعن

(1)- راتب وآخرين، المرجع السابق، ص 143.

(2)- حسين، طاهري، المرجع السابق، ص 56.

(3)- مصطفى مجدي، هرجة، المرجع السابق، ص 693.

العادية، إلا أن هناك حالات يكون الحكم فيها قابلاً للتنفيذ بالرغم من إمكانية الطعن فيه إما بالمعارضة وإما بالاستئناف.(1)

والنفاذ المعجل ينقسم إلى نوعين : نفاذ معجل قانوني ونفاذ معجل قضائي .

أ- النفاذ المعجل القانوني :

وهو يتصف بالحكم دون حاجة أن يذكره القاضي في حكمه، وإذا ذكره القاضي فإن ذلك يُعد لغواً ومن باب التزديد، كما أنه يتصف بالحكم من دون أن يطلبه الخصوم، وهذا القسم يخص الأحكام أو الأوامر الإستعجالية التي تصدر عن القاضي في الأمور المستعجلة أو قاضي الأمور الوقفية كما تسميه بعض التشريعات، فهذه الأوامر تكون قابلة للتنفيذ بالرغم من الاستئناف مع العلم أن الأوامر الإستعجالية غير قابلة للمعارضة، بل يمكن أن تكون محل للاعتراض على وقف التنفيذ.

ب - النفاذ المعجل القضائي :

خلاف لنظيره الأول فإن هذا النوع من النفاذ لا يتصف بالحكم، بل لابد أن يذكره القاضي في حكمه كما أنه لا يجب أن يحكم به القاضي تلقائياً، بل لابد أن يطلبه الخصوم وخلافاً للنوع الأول فإن النفاذ المعجل القضائي يقبل الاعتراض وذلك أمام جهة الاستئناف بصفة مستقلة عن استئناف الحكم الفاصل في الموضوع وينقسم هذا النوع من النفاذ بدوره إلى قسمين :

- **النفاذ المعجل الوجوبي:** وهو يتعلق بحالات محددة على سبيل الحصر بحيث إذا توافرت إحداها يتعين على القاضي أن يحكم به إذا طلبه الخصم ، ويكون حكم القاضي محل مراقبة من جهة النقض لذلك يتعين أن يبين في حكمه الحالة التي أوجبت عليه أن يحكم فيها بالنفاذ المعجل وإلا كان حكمه معرضاً للنقض.

والحالات التي توجب الحكم بالنفاذ المعجل هي: النفقة الغذائية، الحكم بناء على سند رسمي، الحكم بناءً على وعد معترف به من الخصم، الحكم بناء على حكم قضائي سابق.

- **النفاذ المعجل الجوازي:** وهو لا يتعلق بحالات محددة إنما يخضع لحالات الاستعجال وهي متروكة لتقدير القاضي الذي لا يخضع فيها لرقابة من جهة النقض.(2)

(1)- موقع إلكتروني، <http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=5109> (last visited 18/06/2015)

(2)- موقع إلكتروني، <http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=2404>(last visited 18/06/2015)

والتنفيذ معناه ترجمة منطوق الحكم من صورته النظرية إلى صورته العلمية. (1) حيث لا معنى للحكم إن بقي مجرد أسطر في ورقة دون دخوله حيز التنفيذ وخلافا للقاعدة العامة والتي تفيد بأنه لا تكون الأحكام قابلة للتنفيذ كأصل عام إلا إذا توفر فيها شرط جوهري يجعل منها نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، والذي يتمثل في استنفاد طرق الطعن العادية أو أن تكون أحكام ابتدائية نهائية بنص القانون، فإن الأوامر الإستعجالية مُعجّلة النفاذ بقوة القانون تطبيقاً لنص المادة 303 في فقرتها الأولى من ق.إ.م.إ والتي نصت على أنه: " لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق وهو مُعجّل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن ، كما أنه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المُعجّل".

والنفاذ المُعجّل هو التنفيذ الذي يستمد قوته التنفيذية من نص القانون مباشرة دون حاجة إلى أن يطلبه المدعي، أو أن تصرح به المحكمة (2) فهو لصيق بالأمر الصادر له هذا القضاء، فيجعل من التنفيذ إجراء عادي أو يستبعد عنصر النفاذ المُعجّل، فيكون بذلك قد خالف القانون إذا أمر به فنكون بصدد مزايده عن المطلوب وتكرار لا محل له. (3)

ولعل الحكمة التي حملت المُشرّع على جعل الأوامر الإستعجالية مُعجّلة النفاذ واضحة إذ طبيعتها تقتضي ذلك فالنقطة من الحاجيات اليومية وهي ذات طابع معيشي والمُشرّع راع في ذلك التوفيق بين المصالح العائدة لكل من المحكوم له أي "الزوجة" والمحكوم عليه أي "الزوج".

والأصل في التنفيذ عدم جوازه دون الصيغة التنفيذية طبقاً لنص المادة 230 من قانون الإجراءات المدنية. إلا أنه يجوز استثناء الأوامر الإستعجالية من دون وضع الصيغة التنفيذية في حالة الاستعجال القصوى. (4)

كما أنه في الأصل لا يجوز تنفيذ الأحكام قبل تبليغها والتنبيه على من صدر ضده الحكم بنفاذ مفعوله، إلا أن نص المادة 303 في فقرتها الثانية أجازت استثناءاً من القاعدة العامة للقاضي الإستعجالي وفي حالات الضرورة القصوى وحتى قبل قيد الأمر، أن يأمر بالتنفيذ بموجب النسخة الأصلية للأمر دون حاجة لوضع الصيغة التنفيذية عليها حتى قبل تسجيله.

(1)- سائح، سنقوقة، الدليل العلمي في إجراءات الدعوى المدنية، المرجع السابق، ص116.

(2)- فتحي، والي، المرجع السابق، ص 40.

(3)- عبد الرحمان، بربارة، طرق التنفيذ في المسائل المدنية، دط، رويبة، الجزائر، 2002، ص 47.

(4)- عبد الرحمان، بربارة، المرجع نفسه، ص 109.

وذلك لما يترتب عن الانتظار في تسلّم نسخة الحكم التنفيذية وتبليغها قبل الشروع في التنفيذ من تأخير في إجراءاته، وقد يكون من أثره تفويت الغرض المقصود من استصدار الأمر أو الإخلال بمصلحة المحكوم له "الزوجة". (1) حيث جاء في نصّ المادة 303 من ق.إ.م.إ.م. بأنه: "...في حالة الاستعجال القصوى يأمر القاضي بالتنفيذ بموجب النسخة الأصلية للأمر حتى قبل تسجيله." (2)

أمّا عن كيفية التنفيذ بموجب مسودة فلم يرد ذلك في القانون الجزائري إلاّ أنّه عملياً يقوم كاتب الجلسة بوضع الصيغة التنفيذية عليها ويسلمها مباشرة للمحضر القضائي. وهذا بإيصال منه على أن يرُدّها المحضر القضائي بمجرد الانتهاء من التنفيذ. (3)

وقد يعترض القائم بالتنفيذ بعض العوارض التي من شأنها التأثير سلباً على تنفيذ الأمر وهذا ما يطلق عليه بالإشكال في التنفيذ الذي سأتعرض له في النقطة الموالية.

2. الإشكال في التنفيذ :

المؤكد بما لا يدع مجالاً للشك فيه، أنّ الشخص يسلك طريقاً طويلاً وصعباً من الإجراءات القانونية المعقدة حتى يستصدر حكماً لمصلحته ابتداءً من إيداع الصحيفة وحتى استلام الصيغة التنفيذية، وبمجرد أن يلتقط أنفاسه ويبدأ في تنفيذ هذا الحكم للحصول على حقه المحكوم له به بموجب هذا الحكم حتى يفاجأ بأنّ خصمه أو شخصاً من الغير، أي غير أطراف الدعوى الصادر في شأنها الحكم قد أقام إشكالاً في التنفيذ، ويطلب فيه وقف تنفيذ الحكم مؤقتاً ويبدأ في المنازعة بما لا يستطيع معه تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته.

فقد يعترض سبيل المحضر القضائي أثناء مباشرته لإجراءات التنفيذ طوارئ تحول دون تحقيق مهمته، تسمى هذه الطوارئ بالإشكال في التنفيذ، ويقصد بها كل منازعة طارئة بمناسبة مباشرة إجراءات التنفيذ، بحيث تجعل من مواصلة مهمة القائم بالتنفيذ عملاً غير ممكن. (4)

ولقد صدر عن المحكمة العليا في هذا الصدد قرار بتاريخ 18/04/1992 جاء فيه بأنّه: "من المقرر قانوناً أنّه عندما يتعلق الأمر بالبتّ مؤقتاً في إشكالات التنفيذ

(1)- بن ملحّة، الغوثي، المرجع السابق، ص109.

(2)- أنظر، المادة 303، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(3)- بن ملحّة، الغوثي، المرجع السابق، ص109.

(4)- عبد الرحمان، بريارة، القضاء المستعجل، المرجع السابق، ص 145.

فعلى المحضر القضائي المعني أن يحرر محضراً بالإشكال المعروف ويخبر الأطراف بضرورة الحضور أمام قاضي الأمور المستعجلة للفصل فيها، وعند الأمر بوقف تنفيذ قرار قضائي يتوجب أن يكون لمدة مؤقتة ومعينة أو لشرط مقبول قانوناً". (1)

فالمنفذ ضده يعمل جاهداً على إيقاف تنفيذ الأمر الصادر ضده مستنداً في ذلك إلى أسباب معينة كأن يؤسس المستشكل وهو الزوج استشكله ضد الأمر الصادر ضده بأداء نفقة وقتية بأنه أمر لا يحوز قوة الشيء المقضي فيه وبالتالي غير قابل للتنفيذ.

أو يؤسس المستشكل "الزوج" استشكله على أن المسكن ليس ملكه وحده بل يمتلكه ملكية مشتركة مع عائلته وهذا ضد الأمر الصادر ضده حيث يأمر بمنح الزوجة ومحضونيتها المسكن لممارسة الحضنة.

والجهة القضائية المختصة بالنظر في إشكالات التنفيذ تتمثل في قاضي الاستعجال رئيس المحكمة الواقع في دائرتها الإشكال، وهذا طبقاً لنص المادة 40 في فقرتها 09 والتي جاء فيها: "... في المواد المستعجلة أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ أو التدابير المطلوبة." ويضاف إلى هذا أنه يشترط في صحة الإشكال أمرين هما:

أ- رفع الإشكال قبل تمام التنفيذ فإذا كان التنفيذ قد تم فلا يتصور طلب وقفه أو الاستمرار فيه مؤقتاً.

ب- أن يكون المطلوب الحكم به هو إجراء وقتي أو تحفظي لا يمس موضوع الحقوق المتنازع حولها.

وعند إبداء الإشكال يتعين على القائم بالتنفيذ أن يحرر محضراً بالإشكال العارض ثم يخطر الأطراف على أن يحضروا أمام قاضي الاستعجال من أجل البت في إشكال التنفيذ المعروف عليه من المستشكل، كما يجوز رفع الإشكال عن طريق الدعوى الأصلية ويُنَبَّعُ فيه إجراءات الدعوى الإستعجالية. (2)

وبعد رفع الإشكال يقوم رئيس المحكمة بدراسته ومناقشته ليقرر فيما بعد ما إذا كانت الحالة المعروضة عليه تدخل في إطار الإشكالات الجديدة ومن ثم يصدر أمراً بوقف تنفيذ الأمر موضوع التنفيذ، يذكر فيه الإشكال العارض على أن يُحَدِّدَ أجلاً

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 105.320، بتاريخ 18/04/1992، المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1995، ص 110. أخذنا عن عبد الرحمان ، بربارة، المرجع السابق، ص 184.

(2)- بن ملحمة، الغوثي، القضاء المستعجل، المرجع السابق، ص 71.

لذلك الوقف، أمّا إذا تراءى له أن تلك الحالة لا تُشكل إشكالاً وإنّما مُجرد وَهْمٍ اختلقه المستشكل الذي هو الزَّوج قصد منع التَّنْفِيز وقصد الإضرار بطالب التَّنْفِيز التي هي الزَّوجة، فيقوم قاضي الاستعجال بإصدار أمر يتضمن رفض الإشكال والأمر في نفس الوقت بمواصلة التَّنْفِيز. (1)

ومن الناحية العملية إذا رفض الزَّوج أداء النِّقَّة الوقتية فإنَّه يتمُّ اللُّجوء إلى إجراءات التَّنْفِيز الجبري، لكن هذه الأخيرة قد تطول والزَّوجة وأطفالها في حاجة إلى ما يقتاتون، الأمر الذي يتوجب معه تدخل الدولة بإنشاء صندوق لتأمين حاجيات مستحقي النِّقَّة ونفس الأمر بالنسبة لمسكن مُمارسة الحضانة، حُسناً لتطبيق المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني : طرق الطَّعن في الأوامر الإستعجالية :

يعتبر مبدأ النَّقَاضِي على درجتين من المبادئ الأساسية في المرفق القضائي فهو الوسيلة التي تحمي المتقاضين والقضاة، فهي تحمي القاضي من حيث تمكينه من مراجعة الأخطاء التي يكون قد ارتكبها في حكمه الأول " المعارضة، التماس إعادة نظر، اعتراض الغير خارج الخصومة"، أو تحال على قضاة آخرين غير القاضي الذي أصدر الحكم الأول "الطَّعن بالاستئناف، الطَّعن بالنقض"، كما أنَّها تحمي المتقاضين ثَجَاه القاضي، بحيث يمكن للمتقاضين الطَّعن بالحكم الذي يراه في حقه غير عادل، وقد ورد تقسيم هذه الطعون في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى طعون عادية وغير عادية.

غير أنَّ المُشرِّع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتطرق إلى كل طرق الطَّعن في الأوامر الإستعجالية، وإنَّما اقتصر ذكره فقط على الاستئناف كما أضاف المعارضة حديثاً، غير أنَّ هذا لا يمنع من جواز الطَّعن في المواد الإستعجالية بالطرق الأخرى. (2)

هذا ما سأحاول توضيحه في هذا الفرع من خلال نقطتين أساسيتين : أتحدث أولاً عن طرق الطَّعن العادية وأعرض بالحديث ثانياً عن طرق الطَّعن الغير عادية وذلك تبعاً لما يلي :

(1)- سائح، سنقوفة، الدليل العلمي في إجراءات الدعوى المدنية، المرجع السابق، ص136.
(2)- خولة، كلفاني، القضاء الإستعجالي في المواد الإدارية وفقاً لتعديل قانون 2001، مجلة المنتدى القانوني، العدد03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية، جامعة بسكرة، ماي 2006، ص 78.

أولاً : طرق الطعن العادية :

تعتبر طرق الطعن العادية وسيلة لإعادة النظر أو لمراجعة الحكم الابتدائي الصادر في موضوع الدعوى الإستعجالية سواء كان بغياب أحد أطراف النزاع "المعارضة" أو بحضور أطراف النزاع "الاستئناف" وهذا ما سأوضحه فيما يلي :

1. المعارضة :

تُعَدُّ المعارضة طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية، تُمكن الخصم الغائب من إبداء دفوعه وأسانيده في موضوع النزاع أمام الجهة القضائية التي أصدرته بهدف إلغاء وإعادة الفصل في القضية من جديد، طبقاً لما نصت عليه المادة 327 من ق.إ.م.إ والتي نصت على أنه: " تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي يفصل في القضية..."(1)

وإذا كانت هذه هي القاعدة بالنسبة لكل الأحكام أو القرارات القضائية الفاصلة في الموضوع - فهل يجوز الطعن عن طريق المعارضة في الأوامر الإستعجالية الغيابية؟

كان هذا الإشكال يُطرح في ظلّ الإجراءات المدنية المُلغى، الذي لم يتضمن أي نصّ يجيز أو يمنع المعارضة في الأوامر الإستعجالية الإدارية، في حين منع المُشرّع المعارضة في الأوامر الإستعجالية الصادرة عن القضاء العادي، فكان الإشكال مُنصباً على الأوامر الإستعجالية الإدارية بين قائل بجوازها وقائل بعدم جوازها، أمّا بالنسبة لقضايا شؤون الأسرة فهي تدخل في نطاق القضاء العادي وبذلك فإنه لا توجد معارضة في الأوامر الإستعجالية الصادرة عن القضاء العادي، وبذلك فإنه لا يجوز المعارضة في الأوامر الإستعجالية المدنية. (2)

وكذلك فإنّ الأوامر الإستعجالية الصادرة عن رؤساء المحاكم الجالسين للفصل في القضايا الإستعجالية غير قابلة للطعن فيها بطريق المعارضة ولا الاعتراض على النفاذ المعجل. (3) يعضد ذلك ما نصت عليه المادة 304 من ق.إ.م.إ والتي جاء فيها :

" تكون الأوامر الإستعجالية الصادرة في أول درجة قابلة للاستئناف وتكون الأوامر الإستعجالية الصادرة غيابياً في آخر درجة قابلة للمعارضة".

(1)- أنظر، المادة 327، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(2)- عمر، حمدي باشا، المعارضة في الأحكام الإستعجالية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد 02، الجزائر، لسنة 2003، ص 80.

(3)- بشير، بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دط، دار البعث، قسنطينة، 2000، ص 45.

وبالرُّجوع إلى نصِّ المادة 609 فقرة 3 من ق.إ.م.إ. نجدها تنصُّ على: "... غير أنَّ الأحكام المشمولة بالنَّفَاز المُعَجَّل والأوامر الإستعجالية تكون قابلة للتَّنفيذ رغم المُعارضة أو الاستئناف." (1) وبالتالي فإنَّ الأوامر الإستعجالية لا يجوز الطَّعن فيها بالمعارضة بحكم القانون، وأنَّ وصف القاضي الإستعجالي للأمر بأنَّه غيابي أو حضوري لا فائدة منه طالما أنَّه غير قابل للمعارضة.

ثمَّ الحكمة بمنع المعارضة في الأوامر المستعجلة هي ذاتها في قرارات الإستعجالية، وهي الإسراع في استقرار الأوضاع التي تُرتبها الأوامر الإستعجالية فضلاً عن زجر الخصوم عن غيابهم الذي يعوق بعض القضايا الإستعجالية بالإضافة إلى أنَّ المعارضة بطبيعتها لا تتلاءم مع إجراءات الاستعجال.

2. الاستئناف :

هو طريق طعن عادي في الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم يجوز استعماله من أي طرف حضر الخصومة، أو تمَّ استدعائه بصفة قانونية، حتى ولو لم يُقدم أي دفاع في الدعوى الأصلية.

فالهدف منه هو عرض النزاع نفسه على جهة قضائية أعلى من تلك المصدرة للحكم أو الأمر محل الطَّعن من أجل رقابته وتقدير مدى سلامته وتطابقه مع القانون.(2)

وقد أجاز المُشرِّع الطَّعن بالاستئناف في الأوامر الإستعجالية، حيث تنص المادة 950 من ق.إ.م.إ. على أنَّه: " يحدد أجل استئناف الأحكام بشهرين (2) ويخفض هذا الأجل إلى خمسة عشر (15) يوماً بالنسبة للأوامر الإستعجالية، ما لم توجد نصَّوص خاصة. .." (3) فلمُشرِّع الجزائري لم يضع إجراءات خاصة باستئناف الأوامر الإستعجالية، لذلك تطبق القواعد العامة في الاستئناف المنصوص عليها في المواد من 949 إلى 952 من القانون السَّابق الذكر ويُرفع الاستئناف إلى الجهة القضائية المُختصة حسب قواعد الاختصاص النَّوعي والمحلي.

وينبغي على المجلس أن يبحث مجدداً عن توفر شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحقِّ فإذا اختل هذان الشرطان أو أحدهما عند نظر الاستئناف وجب على المجلس أن يقضي بعدم اختصاصه.

(1)- أنظر، المادة 609، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(2)- مجيدة،خالدي، المرجع السابق، ص 54.

(3)- أنظر، المادة950، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

وعلى الجهة القضائية المستأنف أمامها أن تفصل في الاستئناف في أسرع وقت ممكن وفي أقرب جلسة. ويشير الأستاذ بشير بلعيد إلى أنه غالباً ما يلاحظ على مستوى بعض المجالس القضائية أنها تُجدول وتفصل في القضايا الإستعجالية المستأنفة كبقية القضايا المتعلقة بالموضوع وهذا يتنافى ومبادئ القضاء الإستعجالي. (1) وهذا لا يعني أن للاستئناف أثر موقوف على الدعوى الإستعجالية فللاستئناف ليس له أثر موقوف لها وهذا خلاف للدعوى العادية.

هذا ويجوز التّدخل على مستوى الاستئناف ممن يطلب الانضمام إلى أحد الخصوم ولو لم يكن خصماً في الدعوى الصّادر فيها الأمر الإستعجالي المستأنف متى كانت له مصلحة في الدفاع عن حقوقه، لأنّ هذا التّدخل لا يعدو أن يكون تدخلاً تحفظياً، بالإضافة إلى ذلك فإنّ المجلس ينظر في الاستئناف المرفوع إليه بإجراءات ومواعيد مختصرة.

ثانياً : طرق الطّعن الغير عادية :

بعد أن تطرقنا إلى طرق الطّعن العادية سأنتطرق في هذا الصدد إلى طرق الطّعن الغير عادية وهي الطرق المعتادة والمعروفة والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، ولكن وعلى الرغم من ذلك فإنني أشير إلى أنه هناك من الفقهاء من استبعدها على أساس أنّ الأوامر الإستعجالية لا تحوز الحجّية ولا تمسّ بأصل الحق، وبالتالي فالمتضرر يمكنه المطالبة بحقه أمام قاضي الموضوع، بدعوى جديدة أثناء سير دعوى الموضوع، ومنهم من يرى جوازية قبول طرق الطّعن الغير عادية في الأمور المستعجلة، لكون المُشرّع لم يمنعها بنصّ صريح. (2)

وعليه سأنتطرق لدراسة طرق الطّعن الغير العادية وذلك تبعاً لما يلي :

1 . الطّعن بالنّقض :

يُعتبر الطّعن بالنّقض في أحكام القضاء طريق طعن غير عادي، يرمي إلى النّظر فيما إذا كانت المحاكم قد طبقت النّصوص والمبادئ القانونية بصورة سليمة في الأحكام الصّادرة عنها، ويقتصر على النّظر في الجانب القانوني فقط من الدعوى دون الجانب الشكلي أو الموضوعي. (3) وبذلك فإنّه يجوز الطّعن بالنّقض في القرارات الصّادرة عن المجالس القضائية والتي فصلت في استئناف الأوامر المستعجلة في نفس الحالات والشروط المطبقة على الأحكام العادية.

(1)- بشير، بلعيد، المرجع السابق، ص 52.

(2)- بشير، بلعيد، المرجع نفسه، ص 277.

(3)- عبد العزيز، سعد، المرجع السابق، ص 47.

والملاحظ على قانون الإجراءات المدنية أنه لم ينص صراحة على جواز الطعن بالنقض في الأوامر الإستعجالية، ولكن بالمقابل لذلك فإنه لا يوجد أي نص يمنع ذلك وأما نص المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية السابقة الذكر فإنها تمنع فقط المعارضة والاعتراض على النفاذ المعجل مما يفهم معه أنها تُجيز طرق الطعن الأخرى.

ومما يجدر الإشارة إليه أيضاً أن المشرع الجزائري لم يحدد ميعاداً خاصاً للطعن بالنقض في الأحكام المستعجلة كما هو الأمر بالاستئناف فيها، وعليه فإنه في هذا الصدد تطبق القواعد العامة في ميعاد الطعن بالنقض والمحدد بشهرين طبقاً لنص المادة 354 من ق.إ.م.إ. والتي نصت على أنه: "يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين (2) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصياً. ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (3) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو موطنه المختار".

وكان على المشرع أن يتدارك هذا ويقلص من المدة الزمنية التي يرفع فيها الطعن بالنقض في الأحكام المستعجلة الصادرة عن الجهات القضائية في الدرجة الثانية وهذا نظراً لحالة الاستعجال.

2. التماس إعادة النظر :

يعتبر التماس إعادة النظر طريق من طرق الطعن الغير عادية، غير أن ما يميزه عن الطعن بالنقض، أنه في حالة التماس إعادة النظر فإن القضية يُعاد النظر فيها من طرف نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالالتماس بينما الطعن بنقض القضية تنظر فيها جهة قضائية أخرى غير الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالنقض. (1)

إلا أن الأمر الإستعجالي لا يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر، ذلك أن الأوامر الإستعجالية لا تفصل نهائياً في أصل النزاع، على أنها أحكام وقتية وهي تهدف إلى اتخاذ تدبير مؤقت وتحفظي، وهو لا يؤثر على موضوع النزاع. (2)

وعليه فإن الفقه استقر عموماً على عدم جواز الطعن بطريق التماس إعادة النظر في الأوامر المستعجلة وذلك :

(1)- بشير، بلعيد، المرجع السابق، ص 230-231.

(2)- بن ملحة، الغوثي، القضاء المستعجل، المرجع السابق، ص 113.

أ - كون الأمر الإستعجالي يصدر بصفة مؤقتة وتحفظية، فيمكن لمن تضرر منه أن يطلب عن طريق دعوى مستعجلة جديدة إبطاله إذا حصل تغيير في وقائع الدعوى أو في المركز القانوني للطرفين أو لأحدهما كما يمكنه اللجوء إلى قاضي الموضوع .
ب - أن التماس إعادة النظر لا يكون مقبولاً إلا عند عدم وجود طرق أخرى للطعن في الحكم وهذا الشرط الأخير لا يُطبق على الأوامر المستعجلة كونها مؤقتة لا تمس بأصل الحق.

وفي هذا الشأن صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1990/07/09 والذي جاء فيه : **" حيث أن الطابع المؤقت للأوامر الإستعجالية يجعل القرارات الصادرة فيها غير قابلة للطعن فيها بطريق التماس إعادة النظر ومن ثم فإن القرار المطعون فيه الذي قبل المجلس طلب التماس إعادة النظر فيه يكون بقضائه كذلك قد خرق القانون." (1)**

غير أن ما يمكن ملاحظته في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه أجاز التماس إعادة النظر في الأمور الإستعجالية وذلك في المادة 390 من والتي نصت على ما يلي : " يهدف التماس إعادة النظر إلى مراجعة الأمر الإستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع، والحائز لقوة الشيء المقضي به، وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون".

3. اعتراض الغير الخارج عن الخصومة :

يعتبر اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طريق من طرق الطعن الغير عادية، يجوز اللجوء إليه من كل شخص لحقه ضرر من الحكم أو القرار الذي فصل في أصل النزاع، في خصومة لم يكن طرفاً فيها بهدف مراجعته أو إلغائه، فيتم الفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته.(2)

وقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة مقبول ضد الأوامر المُستعجلة وذلك تطبيقاً لنص المادة 380 من ق.إ.م.إ والتي نصت على أنه: " يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الإستعجالي الذي فصل في أصل النزاع".

هذا ومن جهة أخرى لا يوجد أي نص يستثني أو يمنع الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الأوامر و القرارات الإستعجالية، وإنما

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 58.530، بتاريخ 1990/07/09، المجلة القضائية، العدد 3، لسنة 1993، ص 111. أخذاً عن حمدي، باشا، المرجع السابق، ص 83.

(2)- مجيدة، خالدي، المرجع السابق، ص 58.

بيّنت المادة 386 من ق.إ.م.أ. أنه: " يجوز لقاضي الاستعجال أن يوقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، باعتراض الغير الخارج عن الخصومة حسب الأشكال المقررة في مادة الاستعجال."

وبذلك فإنّ المُشرِّع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لم يستثنى ولم يمنع الطَّعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الأوامر والأحكام والقرارات الإستعجالية، ومن هنا جاز الطَّعن في الأوامر والأحكام والقرارات الإستعجالية عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.(1)

ومن هنا جاز الطَّعن في الأوامر والقرارات الإستعجالية بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، بشرط أنّ الاعتراض لا يقبل على النفاذ المُعجَّل إلا إذا ثبت أنّ الحكم الذي أمر به طُعن فيه بالاستئناف أو المعارضة. كما جاء في نصّ المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1)- محمد، إبراهيمي، المرجع السابق، ص 220.

خاتمة الفصل الثاني :

تُعتبر الأسرة هي الخلية الأساسية التي يستمدُّ منها المجتمع مقومات وجوده وعوامل بقائه وعناصر قوته، ومن هنا وجب الاهتمام البالغ بالأسرة وإحاطتها بكل ما يحافظ على كيانها وخصائصها الذاتية ذلك أن حماية الأسرة هي حماية للمجتمع كله في حد ذاته.

إلا أن هذه الأخيرة قد تتعرض نتيجة لعوامل عدة إلى الانهيار والتشتت مما يؤدي إلى هضم الكثير من الحقوق، خاصة ما تعلق منها بحقوق الزوجة والطفل من "نفقة وحضانة، ومسكن" وذلك بسبب الخلافات التي تنشأ بين الزوجين فتحوّل الوئام الأسري إلى نزاع حقيقي أمام المحاكم.

وإذا كانت القواعد الموضوعية ضمن قانون الأسرة هي التي تُنظّم وتبين المركز القانوني لكل فرد من أفراد الأسرة، فإنّ القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية هي التي تُبين لنا كيفية المطالبة بالحقوق والمحافظة على المراكز القانونية.

هذا القصور التشريعي في المسائل الخاصة بالأسرة دفع بالمشرّع إلى استحداث مواد جديدة في هذا الجانب من القواعد الإجرائية، فجعل من النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة، طبقاً للمادة 03 مكرر من التعديل الجديد 02/05، فسلطت الضوء على ما تعلق منها بجانب انحلال الرابطة الزوجية وآثارها، كما أنه أدرج ضمن قضايا انحلال الرابطة الزوجية مختلف التدبير الإستعجالية التي من شأنها توفير الحماية الوقتية والتحفزية التي تكفل حماية الزوجة وأطفالها من الضياع والإهمال من خلال ما يترتب عن انحلال الرابطة الزوجية من آثار، خاصة ما تعلق منها من نفقة وقتية وحضانة وزيارة ومسكن، ذلك أن المسائل الخاصة بالأسرة يجب أن تكون لها إجراءات خاصة نظراً للخصوصية التي تتميز بها الأسرة. هذا ما أكدته المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

الختامة

الخاتمة :

للجانِبِ التَّطبيقي لموضوعات الأسرة وما يرتبط بها من أحكام أثر على العلاقات الأسرية خاصة والمُجتمع عامةً سواء كان ذلك إيجاباً بديمومة الرّابطة الزوجية والمحافظة عليها أو سلباً بتفكك هذه الرّابطة وانحلالها.

ولمّا كان موضوع دراستي متعلق بانحلال الرّابطة الزوجية أساساً فإنني ارتكزت وسلطت الضوء على هذا الجانب تحديداً سواء ما تعلق منها من النّاحية الموضوعية من خلال ما أضافه المُشرّع الجزائري من جديد فيما تعلق بموضوعي الخلع والتّطليق طبقاً للمادة 53، 54 من قانون الأسرة الجزائري، وكذا من النّاحية الإجرائية من حيث تفعيله لدور النّيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة، أو من خلال مختلف التّدابير الإستعجالية التي نصّ عليها في ذات الصّدّد طبقاً للمادتين 03 مكرر والمادة 57 مكرر من نفس القانون المعدل بالأمر 02/05.

ومن خلال ما تمّ عرضه في هذه الدّراسة من تفصيل وتحليل للنّصوص القانونية والاجتهادات القضائية والآراء الفقهية في بعض المجالات خلصت إلى ذكر بعض النّتائج والتّوصيات المتوصل إليها :

أولاً: النّتائج :

- 1 – كما جعل المُشرّع الجزائري الطّلاق بيد الزّوج باعتبار أنّ العصمة بيده فإنّه بالمقابل لم يهمل دور المرأة في فك الرّابطة الزوجية بإحدى الطريقتين سواء كان ذلك بالتّطليق أو الخلع.
- 2 – بالرّغم من أنّ المُشرّع جعل للمرأة الحقّ في فكّ الرّابطة الزوجية إلا أنّهُ لم يجعله حقاً مطلقاً وإنّما قيّد ذلك بأسباب تُأسس بمقتضى الزّوجة حقها في طلب التّطليق فإذا ما ثبت أنّ دعوها مؤسّسة كان لها الحقّ في طلب التّطليق وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.
- 3 – أجاز المُشرّع الجزائري للقاضي في حالة الحكم بالتّطليق أن يحكم للزّوجة بالتعويض عن الضّرر الذي لحق بها، وهذا ما نلاحظه من خلال أحكام المادة 53 مكرر من قانون الأسرة
- 4 – إنّ دور القاضي في التّطليق يختلف عن دوره في الطّلاق حيث يقتصر دوره في الطّلاق على إثبات إرادة الزّوج فيكون كاشفاً بينما حكم القاضي في التّطليق

يكون منشأ وليس كاشفا طالما أن العصمة بيد الزوج أساسا وأن الزوجة تطلب التّطليق بناء على أحد الأسباب المذكورة بنص المادة 53 من قانون الأسرة .

5 – الطّلاق بالخلع هو الحل الأخير بيد الزوجة إذا لم تستطع إثبات أي سبب من أسباب التّطليق المقررة في المادة 53 من قانون الأسرة مقابل دفعها مبلغ مالي كعوض للخلع.

6 – حَسَمَ المُشرِّع الجزائري الأمر في أحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج فجعل من الخلع حق أصيل للزوجة وليس رخصة. وبذلك فإنه اعتبر الفرقة عن طريق الخلع طلاقا بائنا. هذا ما كدته المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري بموجب التعديل الأخير 02/05 بإضافتها عبارة "دون موافقة الزوج".

7 – وافق القضاء ما سار عليه القانون الجزائري من اعتبار الخلع طلاقا بائنا عندما نص في إحدى القرارات أن الطّلاق البائن هو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها لتخلص من الرّابطة الزوجية.

8 – على الرغم من أن المُشرِّع لم يبين ما يصح بدلا للخلع وشروطه إلا أن الاجتهاد القضائي كرس سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع من خلال عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا على ألا يتجاوز ذلك صداق المثل وقت الحكم .

9 – إنّ الأحكام الصادرة في الخلع ليست إلا قرارات ولائية هي شكل لممارسة الحق الإرادي الذي تتمتع به الزوجة حيث يخول لها هذا الحق إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج لقاء بدل تدفعه لزوج لا يقل عن مهر المثل وقت الحكم.

10 – بالرّغم من أنّ المُشرِّع الجزائري قد جعل من النّياية العامة طرفاً أصلياً في قضايا شؤون الأسرة إلاّ أنّه قد قيّد تدخلها في بعض الحالات إلاّ بموجب شكوى من الشخص المضروب مثل ما هو الحال بالنسبة لانحلال الرابطة الزوجية في حال ارتكاب احد الزوجين لجريمة الزنا وكذا الامتناع عن النّفقة.

11 – إنّ المُشرِّع الجزائري لم يضع تدابير وقتية لحماية حقوق الزوجة وأطفالها وإنما أفرد لذلك آلية القضاء الإستعجالي هذا ما أكدته المادة 57 مكرر وفقا لتعديل الأخير 02/05. فيتحقق الاستعجال مثلا في قضايا النفقة بثبوت الحاجة الملحة لها اتقاء لخطر الجوع والإملاق بينما الاستعجال في حالة الحضانة يبرره حماية الطفل المحضون من الضياع والإهمال. وكذا في مختلف الصور المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية بما تتطلبه حالة الاستعجال.

ثانياً: التوصيات :

1 - يجدرُ على المُشرِّع الجزائري أن يهتم أكثر بمسألة انحلال الرابطة الزوجية بالقدر الكافي وخاصة حالي التَّطليق والخلع حيث نجد أن المشرع الجزائري جعل من المادة 53 والمادة 54 الأساس القانوني لنظام الخلع والتطليق فمادة واحدة لكل منهما غير كافية على الرغم من أهمية هذين الموضوعين وفائدتهما الكبيرة في المجتمع نظراً لما قد يترتب عنهما من تشتيت للأسرة وتفريق للأولاد وأن إغفاله هذا قد يؤدي إلى تضارب في الاجتهادات والأحكام وتناقضها من مجلس لآخر فحبذا لو تمَّ استحداث مواد جديدة تنص على ذلك..

2 - يُعاتب على المُشرِّع الجزائري أنه لم يعطي التكييف القانوني الواجب لكل من الخلع والتطليق مما أدى في كثير من الأحيان إلى وقوع خلط بينهما ، كما لم يبين بشكل جلي شروط وأثار كل منهما . فلم يرد في القانون الجزائري أي نص يبين ذلك فحبذا لو تمَّ استدراك ذلك في التعديلات المقبلة وأخذها بعين الاعتبار.

3 - يجدرُ تغيير صياغة نص المادة 57 من قانون الأسرة على النحو التالي :
"تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق بناء على طلب الزوج و الأحكام بالتطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف إلا في جوانبها المادية " حتى تنفادى التناقض الذي وقع فيه الاجتهاد القضائي حول استئناف أحكام التَّطليق والخلع.

4 - يجدرُ على المُشرِّع الجزائري أيضا أن يحسم في مسألة إجراء الصلح ويقرر ما إذا كان إجباري يترتب على عدم القيام به بطلان الإجراءات أم أنه اختياري يمكن الاستغناء عنه.

5 - الملاحظ أنَّ المُشرِّع لم يوضح إجراءات وشروط اختيار الحكيم من أهل الزوجين وفق نص المادة 56 من قانون الأسرة أو كيف يتصرف القاضي في العديد من الاحتمالات الممكن حدوثها باعتماد مبدأ التحكيم ، وبالتالي فالأمر متروك لاجتهاد المحكمة العليا ، لذا أقترح استدراك ذلك في التعديلات المقبلة .

6 - الملاحظ على قانون الأسرة الجزائري أنه تضمن النصوص الموضوعية لتنظيم الأسرة وأهم القواعد الشكلية والإجرائية اللازمة لتطبيقه مما تطلب دائما الرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية فكان على المُشرِّع الجزائري أن ينظم المسائل المتعلقة بالأسرة في جوانبها الإجرائية بقواعد خاصة بها نظراً للخصوصية التي تتميز بها الأسرة ويبرز بالتدقيق كيفية اعتبار النيابة العامة طرف

أصلي في مسائلها بواسطة قواعد تنظيمية إجرائية، وذلك باستحداث مواد جديدة تبين ذلك ضمن قانون الأسرة وخاصة ما تعلق بانحلال الرابطة الزوجية وآثارها .

7 – بالإضافة إلى ذلك فإن مجال تطبيق أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة على مستوى المحاكم والمجالس مازال غامضا وغير موحدا، إذ أن بعض المحاكم تعتبر دور النيابة ما هو إلا دور شكلي لا يترتب عليه أي بطلان . فحبذا لو تم استدراك ذلك حتى نتفادى التضارب والتناقض في أحكام المجالس والمحاكم.

8 – يجدر إعادة النظر في كيفية تطبيق نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة و الإجراءات المتبعة سواء في تبليغ النيابة العامة أو من خلال تبيان مركزها في الخصومة و الآثار المترتبة على ذلك بصفة دقيقة و موحدة على مستوى كل محاكم و المجالس.

9 – يُستحسن أن يتدخل المُشرِّع الجزائري في جانب الأمور الإستعجالية لانحلال الرابطة الزوجية وآثارها بجملة من النصوص القانونية المكملة لباب القضاء الإستعجالي تعطي الحرية لقاضي الأمور المستعجلة لتسيير الدعوى بالصورة الإستعجالية الموجودة عليها في أسرع وقت خاصة وأنَّ القضاء الإستعجالي وليدُ العصر من حيث تنظيمه و تسييره.

وفي الأخير أرجو أن تكون هذه النتائج والتوصيات جديرة بالذكر وتبقى محل تقدير حسب تعدد جهات النظر و اختلاف الأفهام، وحسب جهدي القاصر لهذه الدراسة، أتمنى أن أكون قد خطوة بها خطوة في درب البحث العلمي المستمر مضيئاً به ولو قبساً خافتاً لكل باحثٍ وطالب علم.

ثمت بحمد الله وتوفيقه.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

أولاً: المصادر:

1- القرآن الكريم : برواية "حفص"

2- كتب التفسير :

01. الجصاص أبي بكر أحمد بن علي الرّازي، أحكام القرآن الكريم، ج 1، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1986.

02. الطبري محمد جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق محمود شاكر، ج 08، دط، دار المعارف، مصر، د س ن.

03. ابن العربي أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، ط 3، دار الفكر، القاهرة، 1972.

04. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006.

05. ابن كثير عماد الدين أبو الفداء إسماعيل، تفسير القرآن الكريم، المجلد ، دط، شركة دار الأرقام بن أبي الأرقام للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د س ن.

3- كتب الحديث :

01. البخاري محمد بن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة بن بردزية، صحيح البخاري، المجلد 04، ج07، دط، المكتبة الثقافية، بيروت، د س ن .

02. البخاري محمد بن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة بن بردزية، الجامع الصحيح، المجلد 04، ج07، ط1، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، 1422هـ.

03. البيهقي أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، ج 07، دط، مطبعة مجلس دائرة المعارف، حيدر أباد، الهند، د س ن.

04. أبو داوود، سنن أبي داوود، تعليق عزت عبيد الدفاس وعادل السيد، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1997.

05. أبو داوود، سنن أبي داوود، تحقيق عصام موسى هادي، ط 01، دار الصديق، الجبيل، المملكة السعودية، 2013م. 1424هـ.

- 06.** الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأَخيار، المجلد 03، ج 06، دط، دار الجيل، بيروت، 1297هـ .
- 07.** مالك بن أنس، الموطأ، ط 03، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2003.
- 08.** النوي، رياض الصالحين "باب الوفاء بالعهد وإنجاز الوعد"، ط 02، دار الإمام مالك، الجزائر، 2004.
- 4- الكتب الفقهية :**
- أ: كتب الفقه الحنفي :**
- 01.** ابن عابدين، حاشية ردّ المحتار علي الدرّ المختار، ج 03، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992.
- 02.** الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 07، ط 02، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982.
- 03.** الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق وتعليق ومراجعة الشيخ زهير عثمان الجعيد، المجلد 02، ج 03، دط، دار الأرقام بن أبي الأرقم، بيروت، د س ن.
- 04.** ابن الهمام، شرح فتح القدير، تعليق عبد الرزاق غالب المهدي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
- ب: كتب الفقه المالكي :**
- 01.** الباجي، المنتقى، المجلد السادس، ط 04، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984.
- 02.** الدردير أحمد، الشرح الصغير على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دط، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992.
- 03.** الدردير أبي البركات أحمد، الشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي، ج 03، دط، المكتبة التجارية، بيروت، د س ن.
- 04.** الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، دط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، د س ن .
- 05.** ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، دط، مطبعة الهدى، مصر، 1354هـ.

06. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، ط 01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993.

ج: كتب الفقه الشافعي :

01. الشافعي تقي الدين أبو بكر بن محمد، كفاية الأختار في حلّ غاية الاختصار، ج 03، دط، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، د س ن.

02. الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، دط، المكتبة التجارية، بيروت، د س ن.

03. الماوردي، الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد معوض، ج 16، دط، دار الكتب العملية، بيروت، لبنان، 1994.

04. الهيثمي المكي شهاب الدين بن أحمد بن محمد، تحفة المحتاج بشرح المناهج للشيخ عبد الحميد الشرواني والشيخ أحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج، ج 07، دط، مطبعة مصطفى محمد، مصر، د س ن.

د: كتب الفقه الحنبلي :

01. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج 05، ط 01، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000.

02. البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 05، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982.

03. ابن القيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد 2، ج 04، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د س ن.

04. المقدسي ابن قدامه أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج 07، دط، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د س ن.

هـ: كتب الفقه الظاهري :

01. ابن حزم أبو محمد بن أحمد بن سعيد، المحلى، ج 10، دط، دار الجيل، بيروت، لبنان، د س ن.

5 - كتب اللغة :

01. الرّازي، محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، والمطبعة الأميرية، بيروت، لبنان، 1904.

02. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط 04، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

03. ابن منظور، جمال الدين، لسان العرب، ج 1، دط، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د س ن.

04. جمال الدين، ابن منظور، لسان العرب ، مجلد 10، دط ، دار صادر، بيروت، لبنان، د س ن،

ثانياً : المراجع :

1 الكتب :

01. الأبياني محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط 03، مطبعة النهضة، مصر، 1920.

02. ابن الأثير مجد الدين أبي السعادات المبارك الجزري، النّهاية في غريب الحديث والأثر، ج02، دط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د س ن.

03. إمام محمد كمال، الطّلاق عند المسلمين "دراسة فقهية وقانونية"، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990.

04. البامري إسماعيل أبا بكر علي، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنيفة والشّافعية "دراسة مقارنة بالقانون"، ط1، دار حامد، عمان، الأردن، 2008.

05. بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.

06. بدران بدران أبو العينين، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون "الزواج والطلاق"، ج 01، دط، دار الطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1967.

07. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 01، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009.

08. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23/02/2008، دط، منشورات بغدادية، الجزائر، 2011.

09. بربارة عبد الرحمان، طرق التنفيذ في المسائل المدنية، دط، روية، الجزائر، 2002.

10. براهيم محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية ، الدعوى القضائية " نشاط القاضي - الاختصاص - القضاء الوقتي - الأحكام"، ج01، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

- 11.** براهيبي محمد ، القضاء المستعجل ، ج 02، دط، ديوان مطبوعات الجامعة ، الجزائر، 2006.
- 12.** البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط 2، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر ، 1994.
- 13.** بلباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي"دراسة مقارنة مدعمة بنصوص قانون الأسرة الجزائري"، دط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000.
- 14.** بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، ط 03، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د س ن.
- 15.** بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الجزائري، ج 1، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن.
- 16.** بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، دط، مطابع عمار قرفي، باتنة، الجزائر، 1993.
- 17.** بلعيد بشير، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دط، دار البعث، قسنطينة، 2000.
- 18.** بهنسي عبد الفتاح إبراهيم، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية "فقهها وقانونا"، دط، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 19.** بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية"نظرية الدعوى-نظرية الخصومة-الإجراءات الاستثنائية"، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1981.
- 20.** بوبشير محند أمقران، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية والإدارية "نظرية الدعوى نظرية-الخصومة-الإجراءات الاستثنائية"، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 21.** بوحميده عبد الله، الوجيز في القضاء الإداري"تنظيم عمل واختصاص"، دط، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 22.** بوسقيعة حسن، الوجيز في شرح الجنائي الخاص"جرائم الأشخاص والأموال"، دط، د ر ن، د م ن.
- 23.** الجزيري عبد الرحمن، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، دط، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1969.

- 24.**الجميبي عبد الباسط، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دط، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.
- 25.**عبد المالك، جندي، الموسوعة الجنائية، ج03، دط، در ن، دم ن، د س ن.
- 26.**الجندي أحمد نصر، من فرق الزوجية الخلع -الإيلاء-الظهار- اللعان، دط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 27.**الجياش عبد الحميد، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثرهما "دراسة فقهية مقارنة"، ط 1، دار النهضة العربية، 2008-2009.
- 28.**حجازي عبد الفتاح بيومي، سلطة النيابة العامة في الحفظ والأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية "دراسة مقارنة"، ط01، در ن، دم ن، 1993.
- 29.**حسب الله علي، الفرقة بين الزوجين، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1968.
- 30.**حسني محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 03، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة، القاهرة، 1988.
- 31.**حمدي محمد الأمين، شروط رفع الدعوى وأجالها وتقديم المستندات، دط، وزارة العدل، 2008.
- 32.**حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية "دور النيابة العامة في القضايا المدنية"، مجال تطبيق المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية، دط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2002.
- 33.**الحمصي محمد طلال، نظرية القضاء المستعجل في قانون أصول المحاكمات المدنية، ط01، دار البشير، عمان، 1996.
- 34.**حومد عبد الوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، ط04، المطبعة الحديثة، دمشق، 1987.
- 35.**حومد عبد الوهاب، الوسيط في الإجراءات الجزائية، دط، در ن، دم ن، 1974.
- 36.**الدريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1981.
- 37.**دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة "الزواج و الطلاق"، دط، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 38.**الديناصوري عز الدين وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء، ط05، مركز الدلتا، الإسكندرية، 1998.

- 39.** بن داوود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دط، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004.
- 40.** ديابي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- 41.** راتب محمد ومحمد نصر كمال ومحمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، دط، الناشر عالم الكتاب، القاهرة، 1985.
- 42.** الربابعة محمد، المخالعة بين الزوجين، دط، عالم الكتاب الحديث، أربد، الأردن، د س ن.
- 43.** الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط07، دار الفكر، بيروت، 1996.
- 44.** زروال عبد الحميد، دروس وتطبيقات في الكفاءة المهنية للمحاماة، دط، دارا لأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2004.
- 45.** زرقا محمد، شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة عبد الستار أبو غدة، ط 02، دار القلم، دمشق، 1989 .
- 46.** الزرقاء مصطفى، المدخل الفقهي العام، ط09، مطابع ألف باء، سوريا، 1967.
- 47.** أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط3 دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.
- 48.** زوده عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و طرق الطعن فيها، دط، دار النشر أنسكلوبيديا، د س ن.
- 49.** الزبياري عامر سعيد، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، 1997.
- 50.** زيدان عبد الكريم، المُفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 07، ط1، مؤسسة الرّسالة، بيروت، 1993.
- 51.** بن زبطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دط، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2007.
- 52.** الزيلعي عثمان بن علي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 01، ط02، دار المعرفة للنشر، بيروت، د س ن.
- 53.** سرور أحمد فتحي، أصول الإجراءات الجنائية، دط، د ر ن، د م ن، 1970.
- 54.** سرور أحمد فتحي، المركز القانوني للنيابة العامة، مجلة نادي القضاة، العدد03، 1995.

- 55.** الصرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط02، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007.
- 56.** سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار البعث قسنطينة، دس ن.
- 57.** سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل "سلسلة تبسيط القوانين 05"، ط03، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 58.** سعد فضيل، شرح القانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج 01، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- 59.** سلامة أحمد عبد الكريم، نظرية الأمور المستعجلة، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 60.** سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1990.
- 61.** سمارة محمد، أحكام وأثار الزوجية "شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية"، ط 01، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.
- 62.** سنقوقة سائح، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج01، دار الهدى، الجزائر، 2011.
- 63.** سنقوقة سائح، الدليل العلمي في إجراءات الدعوى المدنية، دط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
- 64.** سويلم محمد علي، شرح قانون محكمة الأسرة، دط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.
- 65.** السيد أحمد محمود، القضية المستعجلة وفقاً لقانون المرافعات، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 66.** السيد سابق، فقه السنة، ج02، ط07، دار الكتاب العربي، بيروت، 1985.
- 67.** شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحداث التعديلات "دراسة فقهية مقارنة"، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 68.** الشرنباصي رمضان على السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

- 69.** شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، ط01، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977.
- 70.** شهبون عبد الكريم، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج01، ط02، دار النشر المعرفة، الرباط، د س ن .
- 71.** بن شيوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية"، دط، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 72.** الصابوني عبد الرحمن، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الطلاق وأثاره، ج 2، ط05، الطبعة الجديدة، دمشق، 1979.
- 73.** الصَّابُونِي عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار الفكر، بيروت، 1968.
- 74.** بن صغير م محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دط، دار الوعي للنشر والتوزيع، روية، الجزائر، 2012.
- 75.** طاهري حسين، قضاء الاستعجال فقهاً وقضاءً مدعماً بالإجهاذ القضائي المقارن، دار الخلدونية، الجزائر، 2005 .
- 76.** عبد ربه عبد الحافظ، الثورة الاجتماعية في الإسلام، دط، دار الكتاب اللباني، بيروت، 1980.
- 77.** عطية محمد أحمد، الطلّبات المُستعجلة أمام مجلس الدولة، دط، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1996 .
- 78.** عكوش حسن، المستعجل في الفقه والقضاء، ج02، ط01، مكتبة القاهرة الحديثة، 1961.
- 79.** الغريب محمد عيد، المركز القانوني للنّيابة العامة، دراسة مقارنة، ط 01، دار للفكر العربي، 2001.
- 80.** الغندور أحمد، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، بحث مقارن، ط 01، دار المعارف، مصر، 1378هـ-1967م .
- 81.** الغنيمي عبد الغني الدمشقي الميداني، اللباب شرح الكتاب، ج 1، دط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د س ن .
- 82.** الفاضل محمد، أصول المحاكمات الجزائية، دط، د ر ن، د م ن، 1965.

- 83.** فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام "الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب"، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 84.** فودة عبد الحكيم، أحكام الصلح، دط، دار البعث، قسنطينة، 1999.
- 85.** قاسم علي محمد علي، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دط، دار الجامعة الجديدة، الأزراطية، الإسكندرية، 2005.
- 86.** القضاة مفلح، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن، ط 01، دار الثقافة، عمان، 2004.
- 87.** كامل علي كوثر، شرط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دط، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 1983.
- 88.** الكردي أمجد سليم، النيابة العامة "دراسة تحليلية مقارنة"، ط 01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
- 89.** الكيلاني فاروق، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج 01، دط، دار ن، د م ن، 1981.
- 90.** لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 91.** المالكي خالد، قاضي الأمور المستعجلة في التشريع السوري، دط، منشورات فرع نقابة المحامين، دمشق، 1989.
- 92.** محمد إبراهيم محمد، الوجيز في المرافعات، دط، د م ن، 1988.
- 93.** محمد سيد أحمد، عبد القادر، نحو فكرة عامة للقضاء المستعجل في قانون المرافعات، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.
- 94.** محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.
- 95.** مراد عبد الفتاح، أصول أعمال النيابات، دط، جامعة الإسكندرية، د س ن.
- 96.** المرادوي علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، ج 03، دط، طبع بمطبعة السنّة المحمدية، غزة، 1374هـ-1995 م.

- 97.** مروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق، دط، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2004.
- 98.** مصطفى محمود، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط01، در ن، دم ن، 1951.
- 99.** مصطفى النمر أمينة، مناظ الاختصاص والحكم في دعاوى المستعجلة، دط، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- 100.** معوض عبد التّواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة و قضاء التنفيذ، ط 03، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 101.** مقدم سعيد، نظرية التّعويض عن الضرر المعنوي، دط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
- 102.** بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د س ن.
- 103.** بن ملحة الغوثي، القضاء المستعجل و تطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، ط 01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000.
- 104.** هرجة مصطفى مجدي، موسوعة القضاء المستعجل والتنفيذ الوتقي"الجديد في القضاء المستعجل"، المجلد 01، دط، دار محمود، القاهرة، 2004.
- 105.** الهاللي تقي الدين، أحكام الخلع في الإسلام، ط1، المكتب العربي، بيروت، د س ن .
- 106.** هيكل محمد حسين، حياة محمد، ط13، دار المعارف، مصر، 1975.
- 107.** والي فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دط، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب العربي، مصر، 1993 .
- 108.** بن وارث، محمد، مذكرات في شرح قانون الجزائري الجزائري"قسم الخاص"، طبعة 2004، در ن، دم ن.
- 109.** أبو الوفاء أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، ط15، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.

2: النصوص القانونية :

- 01.** القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، لسنة 1984.
- 02.** الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.
- 03.** القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 44، لسنة 2005.
- 04.** القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966، والمتضمن قانون العقوبات، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84، لسنة 2006.
- 05.** القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966، والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84، لسنة 2006.
- 06.** القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، لسنة 2007.

3: المقالات والدوريات المتخصصة :

- 01.** حمدي باشا عمر، المعارضة في الأحكام الإستعجالية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد 02، الجزائر، 2003.
- 02.** دنوني هجيرة، إجحاف قانون الأسرة بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03، لسنة 2000.
- 03.** زوده عمر، مقال بعنوان "طرق الطعن في الأحكام الصادرة بحلّ الرابطة الزوجية"، مجلة الفكر القانوني، عدد 03، ديسمبر، 1986.
- 04.** قادة بن بن علي، مكانة الطفل المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المحامي، العدد 03، نوفمبر 2004، مكتبة الرّشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

- 05.** كلفاني خولة، القضاء الإستعجالي في المواد الإدارية وفقاً لتعديل قانون 2001، مجلة المنتدى القانوني، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية، جامعة بسكرة، ماي 2006.
- 06.** لوح الطيب، إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03، لسنة 2000.
- 07.** مجلة الندوة الوطنية للقضاء الإستعجالي، وزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية، الجزائر، 1995.
- 08.** معاشي سميرة، أحكام التطلاق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة، مجلة المنتدى القانوني، العدد 06، بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خيضر، بسكرة.
- 09.** موسوعة الفكر القانوني، تصدر عن دار الهلال للخدمات الإعلامية، العدد 04، د س ن.
- 10.** هندي أحمد، القانون الإجرائي في مسائل الأحوال الشخصية "مقصد التيسير الإجرائي"، مقالة في دورة المقاصد الشرعية، جامعة الإسكندرية، د س ن.

4: الرّسائل الجامعية والقضائية :

أ: رسائل الدكتوراه :

- 01.** تقيّة عبد الفتاح، الطّلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2006-2007.
- 02.** حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة نقدية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2005.
- 03.** بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009.

ب: مذكرات الماجستير :

- 01.** خالدي مجيدة، القضاء الإستعجالي في المواد الإدارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2011-2012.

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

03. سعدي سليم، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر.

04. بن عصمان نسرین إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008-2009.

05. كمون حسين، ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2009.

06. عيسات بلمامي اليزيد، التّطليق بطلب من الزّوجة في قانون الأسرة الجزائري "مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، فرحات عباس، سطيف، 2002-2003.

ج: مذكرات قضائية :

01. عزيزية يوسف، التّطليق و الخلع على ضوء قانون الأسرة و اجتهاد المحكمة العليا، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003 - 2004.

02. سويبي فتيحة، النّشوز في ظلّ أحكام الشّريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاة، دفعة 12، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2003-2004.

03. الشّيخ إسماعيل، دور النّيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء جيجل، محكمة الطاهير، 2005-2006.

04. كرغلي، مقداد، دور النّيابة في المادة المدنية، نشرة القضاة، عدد خاص، وزارة العدل، 1982.

05. مزيان محمد مقران، دور النّيابة العامة في المسائل المتعلّقة بالأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2005-2006.

06. ولد عمار نسيم، التّطليق، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007-2010.

5 : النشريات والمجلات القضائية:

أ : النشريات :

- 01.النشرة القضائية لسنة 1972، العدد 02.
- 02.النشرة القضائية لسنة 1977،العدد 02.
- 03.النشرة القضائية لسنة 1982، عدد خاص.
- 04.النشرة القضائية لسنة 1988، العدد 44.
- 05.النشرة القضائية لسنة 1989، العدد خاص.
- 06.النشرة القضائية لسنة 1996، العدد49.
- 07.النشرة القضائية لسنة 2006، العدد61.

ب : المجلات :

- 01.المجلة القضائية لسنة 1984، العدد04.
- 02.المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 4,3,2,1.
- 03.المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 4,3,2.
- 04.المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 4,3,2.
- 05.المجلة القضائية لسنة 1992، عدد02.
- 06.المجلة القضائية لسنة 1993، عدد4,3,2,1.
- 07.المجلة القضائية لسنة 1994، العدد01.
- 08.المجلة القضائية لسنة 1995، عدد 02.
- 09.المجلة القضائية لسنة 1996، عدد 01.
- 10.المجلة القضائية لسنة 1997، عدد02.
- 11.المجلة القضائية لسنة 1998، 01.
- 12.المجلة القضائية لسنة 1999، العدد04.
- 13.المجلة القضائية لسنة 2000، عدد خاص.
- 14.المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص.
- 15.المجلة القضائية لسنة 2002، عدد 02.

- 16.المجلة القضائية لسنة 2003، عدد 02.
17.المجلة القضائية لسنة 2004، العدد12.
18.المجلة القضائية لسنة 2005، عدد 02.
19.المجلة القضائية لسنة 2006، عدد 02.
20.المجلة القضائية لسنة 2007، عدد 01.
21.المجلة القضائية لسنة 2012، عدد 01.

6 : المحاضرات :

- 01.**تشوار جيلالي، الإجتهد الفقهي والتطور التشريعي في مسائل الزواج والطلاق، دراسة نقدية لقانون الأسرة، مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة الماجستير بمعهد العلوم القانونية والإدارية بجامعة سيدي بلعباس، 1997-1998.
02.خوري عمر، شرح قانون الإجراءات الجزائية "محاضرات ملقاة على طلبة الحقوق"، جامعة يوسف بن خدة، بن عكنون، الجزائر، 2007.

7 : المواقع الإلكترونية :

- 01 -** <http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=5109>
(last visited 18/06/2015)
02 - <http://www.omanlegal.net/vb/showthread.php?t=2404>
(last visited 18/06/2015)

8 : قائمة المراجع باللُّغة الفرنسية :

- 01-** G. Serge et M.Gaprial, Termes juridiques 10 édition, Dalloz, Paris 1995.
02- Gérard couches, procédure civile, 10 édition, SIREY, Paris, 1998.
03- Ghaouti Benmelha, Le droit algérien de la famille, OPU Alger, 1998.

الفهرس

الصفحة	المحتوى
05	مقدمة
12	الفصل الأول: التعديلات المتعلقة بالأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية
14	المبحث الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق
15	المطلب الأول: مفهوم التطليق
15	- الفرع 1: تعريف التطليق
17	- الفرع 2: دليل مشروعية التطليق وحكمته
20	- الفرع 3: طبيعة التطليق
22	المطلب الثاني: الموقف الفقهي والقانوني من أسباب التطليق
24	- الفرع 1: الأسباب المادية المخولة للزوجة طلب التطليق
42	- الفرع 2: الأسباب المعنوية المخولة للزوجة طلب التطليق
58	المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتطليق
58	- الفرع 1: أسباب التطليق التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مقيّدة
60	- الفرع 2: أسباب التطليق التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مطلقة
62	المبحث الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بالخلع
63	المطلب الأول: مفهوم الخلع
63	- الفرع 1: تعريف الخلع
65	- الفرع 2: دليل مشروعية الخلع وحكمته
67	- الفرع 3: طبيعة الخلع
70	المطلب الثاني: الموقف الفقهي والقانوني من أحكام الخلع
71	- الفرع 1: أحكام الخلع من الناحية الموضوعية

89	- الفرع2: أحكام الخلع من النَّاحية الإجرائية
101	المطلب الثالث : السُّلطة التَّقديرية للقاضي في الحكم بالخلع
101	- فرع1: موقف الفقه الإسلامي
102	- فرع2: موقف القانون الجزائري
105	خاتمة الفصل الأول
106	الفصل الثاني: التعديلات المتعلقة بالأحكام الإجرائية لانحلال الرَّابطة الزوجية
108	المبحث الأول: النِّياية العامة في القضايا المتعلقة بانحلال الرَّابطة الزوجية وشؤون الأسرة
109	المطلب الأول: مفهوم النِّياية العامة
109	- فرع1: تعريف النِّياية العامة
111	- فرع2: خصائص النِّياية العامة
115	- فرع3: طبيعة النِّياية العامة
119	المطلب الثاني: دور ومركز النِّياية العامة في قضايا الأسرة وانحلال الرَّابطة الزوجية و دعاويها
120	- فرع1: دور النِّياية العامة في قضايا الأسرة وانحلال الرَّابطة الزوجية
132	- فرع2: مركز النِّياية العامة في قضايا الأسرة وانحلال الرَّابطة الزوجية
137	- فرع3: دعاوى النِّياية العامة في قضايا الأسرة وانحلال الرَّابطة الزوجية
143	المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن اعتبار النِّياية العامة طرفاً أصلياً في قضايا الأسرة وانحلال الرَّابطة الزوجية
144	- فرع1: من حيث قواعد الاختصاص واتصال النِّياية بالدعوى
147	- فرع2: من حيث الطَّعن في الأحكام

149	- فرع3: من حيث عدم تبليغها
151	المبحث الثاني: القضاء الإستعجالي في القضايا المتعلقة بانحلال الرّابطة الزوجية وشؤون الأسرة
152	المطلب الأول: مفهوم القضاء الإستعجالي
152	- فرع1: تعريف القضاء الإستعجالي
154	- فرع2: شروط القضاء الإستعجالي
160	- فرع3: خصائص القضاء الإستعجالي
162	المطلب الثاني: نطاق القضاء الإستعجالي في قضايا الأسرة وانحلال الرّابطة الزوجية وإجراءات التقاضي فيه
162	- فرع1: نطاق القضاء الإستعجالي في قضايا الأسرة وانحلال الرّابطة الزوجية
170	- فرع2: إجراءات التقاضي أمام القضاء الإستعجالي في قضايا شؤون الأسرة
178	المطلب الثالث: آثار الأوامر الإستعجالية وطرق الطّعن فيها
179	- فرع1: آثار الأوامر الإستعجالية
189	- فرع2: طرق الطّعن في الأوامر الإستعجالية
196	خاتمة الفصل الثاني
197	الخاتمة
202	قائمة المصادر و المراجع
219	الفهرس

ملخص

كانت الأسرة الجزائرية تعتمد في بنائها وتنظيمها على قانون سنّ في ظلّ نظام الحزب الواحد وبالتحديد سنة 1984 والذي استمد فحواه من الشريعة الإسلامية غير أنّه ومع دخول الجزائر مرحلة التعددية السياسية والنقابية ثار نزاعٌ حادٌ حول طبيعة هذا القانون وهويته، فطالبت مختلف القوى السياسية والاجتماعية بضرورة مراجعته، بحجة أنّه أصبح لا يتوافق مع التغيرات الاجتماعية التي عرفها المجتمع الجزائري، هذا ما دفع بالمشرّع الجزائري إلى سنّ قانونٍ بديلٍ للأسرة الجزائرية جاء في صورة الأمر 02/05 المؤرخ في : 2005/02/27 ومن أهم المواضيع التي خصّها المشرّع الجزائري بالتعديل هو "موضوع انحلال الرابطة الزوجية" وهو محل موضوع بحثنا هذا سواء في جوانبها الموضوعية وكذا من خلال جوانبها الإجرائية، فتناولت هـ ذه المذكرة الجوانب الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية والمتمثلة في زيادة أسباب التّطبيق وتعديل أحكام الخلع وبالمقابل تناولت أيضًا الجوانب الإجرائية لانحلال الرابطة الزوجية كتفعيل دور النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة، وكذا من خلال التدابير الإستعجالية المتعلقة بطبيعة الأحكام الصّادرة في هذا النوع من القضايا، وبعد الوقوف على مختلف العناصر و النّقاط الأساسية التي تناولها هذا البحث تبين لنا أنّ المشرّع الجزائري و من خلال ما أستحدثه من أمورٍ إيجابية في تعديله الأخير لقانون الأسرة خاصةً موضوع انحلال الرابطة الزوجية، فإنّه ترك الكثير من الأمور المتعلقة بها في حالة إبهام وغموض ممّا نتج عنه تذبذبٌ في الاجتهادات القضائية على مستوى المحكمة العليا و تناقضًا في أحكام المحاكم و المجالس القضائية.

Résumé:

La famille algérienne était basée dans sa construction et son organisation sur une loi promulguée à l'ère du système de parti unique et plus précisément en 1984, qui s'est inspiré de la loi islamique (Charia). Or, avec l'entrée au pluralisme politique et syndical, une vive controverse a éclaté sur la nature de cette loi et de son identité. Différentes forces politiques et sociales ont demandé de le réexaminer, sous le prétexte qu'il est devenu incompatible avec les changements sociaux connus de la société algérienne, ce qui a incité le législateur algérien à promulguer une loi alternative à la famille algérienne, sous la forme de l'ordonnance n° 05/02, du 27/02/2005.

L'un des principaux thèmes concerné par l'amendement du législateur algérien est "le sujet de la dissolution du lien conjugal", qui est considéré comme l'objet de notre recherche, à la fois par les aspects objectifs et les aspects de procédures.

Ce mémoire traite des aspects objectifs de la dissolution du lien conjugal, savoir l'augmentation des causes du divorce et de modifier les dispositions de la dissolution unilatéral (Khol'â), de l'autre côté il aborde également les aspects procéduraux de la dissolution du lien conjugal; tel que la réactivation du rôle du ministère public dans les questions relatives aux affaires familiales ainsi que par des mesures d'urgence relatives à la nature des jugements prononcés dans ce type de cas, et après avoir revu les différents éléments et les points principaux abordés dans cette recherche, il nous est apparu que le législateur algérien a, à travers ce qu'il a introduit comme points positifs dans le dernier amendement du code de la famille notamment la dissolution du lien conjugal, Il a laissé beaucoup de sujets y afférents, vague et dans l'ambiguïté, ce qui a induit à une fluctuation de la jurisprudence au niveau de la Cour suprême et à des contradictions dans les jugements des tribunaux et des Cours.