الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية والإشكالات التي تثيرها

محمود كربوب [1]*

[1] طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد زبانة غليزان، الجزائر،

عضو باحث بمخبر التشريعات الدولية للبحار

Mahmoud.kerboub@univ-relizane.dz

تاريخ الإرسال: 2021/07/21 تاريخ القبول:2021/10/09 تاريخ النشر: 2021/11/04

الملخص:

تثير أحكام فك الرابطة الزوجية من طلاقٍ وتطليقٍ وخلعٍ ولعانٍ عدة إشكالات قانونية، تتعلق إبتداءً بإشكالية الطبيعة القانونية لهذه الأحكام بين أثرها المنشئ أو الكاشف لواقعة التصريح بالطلاق وكذا الآثار المترتبة عن هذه الأحكام، كمدى وجوب الصلح وبداية سريان عدة الطلاق الرجعي وكذا دور القاضي فيما يتعلق بإجراء الصلح.

وكنتيجة للدراسة تم الوصول لمجموعة من الإستنتاجات تتمثل أساسا في إستحداث نصٍ إجرائي يفيد إيداع المخالِعة لزوجها بدل الخلع لدى كتابة الضبط في حال رفض الزوج قبض البدل، وضرورة النص على عدة الطلاق الرجعي وتنظيم آثارها وخاصة الرجوع و إعتبارها طلقةً واحدة تسجل في سجلات الحالة المدنية وكذا ضرورة النص على حق المعتدَّة في البقاء بمسكن الزوجية أثناء العدة بموجب أمر على عريضة، وكذا إثراء نظام الصلح وإزالة الغموض عن أحكامه خاصة فيما يتعلق بإلزاميته كإجراء و مدى تناقضه مع أحكام الشريعة الإسلامية إذا تعلق الأمر بطلاق بائن بينونة كبرى وأخيرا مصير الحكم القضائي حال تخلف الصلح كإجراء قانوني.

الكلمات المفتاحية: الحكم القضائي، الطلاق، التطليق، الخلع، عقد الزواج.

Abstract:

The judgements aiming to the dissolution of the conjugal bond, in particular divorce, divorce at the request of the wife, divorce in return of payment "khol'a" or divorce following oath of condemnation give rise to several legal problems which concern in the first instance the problem of the legal nature of these judgements between its effect constituted or revealing the fact of declaring the divorce as well as the effects resulting from these judgements such as the extent of the obligation of conciliation and the beginning of effect of the legal retirement with backdated effect as well as the role of the judge in the conciliation procedure.

From this study, a series of conclusions were observed, in particular the creation of a procedural text which will be used to enable the wife who has divorced to deposit a sum of

money to pay it to the registry in the event of the husband's refusal to collect this sum, the need to provide for legal retirement with backdated effect, and to organize its effects, particularly the taking back of the wife by considering a single divorce which will be transcribed in the civil status registers, also the need to provide for the right of the repudiated wife to remain in the marital home during the period of legal retirement as a procedure and its contradiction with the provisions of Islamic law "Chari'a", this being related to a divorce pronounced three times in succession and finally the fate of a court judgment in case of failure to conciliate as a legal procedure.

Key words: judicial judgment, divorce, divorce at the request of the wife, divorce in return of payment "khol'a", marriage certificate.

مقدمة:

تمتاز أحكام فك الرابطة الزوجية بخصوصية في العديد من النواحي، أولها أن هذه الأحكام تتعلق بفك عقدٍ له قيمته المادية والمعنوية والدينية والدنيوية، وهذا إضافة إلى أن هذه الأحكام تشهد تحليلات فقهية وتفسيرات قضائية مختلفة ومتباينة من حيث ماهيتها وطبيعتها القانونية.

وقد وقع جدل كبير حول الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية، سواء لدى شراح القانون أو بالنسبة إلى القضاء الجزائري، فبينما يعتبرها البعض أحكاما منشئة لا ينقضي المركز القانوني للزوجين إلا من تاريخ صدور الحكم، يعتبرها البعض الآخر أحكاما كاشفة يقتصر دورها على إثبات الحق الإرادي. وهذا مع تباينٍ في طبيعة هذه الأحكام بين مختلف صور فك الرابطة الزوجية من طلاق وتطليق وخلع ولعان.

وعليه يترتب عن تأصيل أحكام فك الرابطة الزوجية وبيان طبيعتها نتائج وآثار مختلفة ومتباينة، مؤثرةً بذلك على المركز القانوني للزوجين وحقوقهما المادية والمعنوية. الأمر الذي يعني أن الإشكال لا يتعلق حصرا بطبيعة هذه الأحكام بل ينسحب إلى بعض آثار فك الرابطة الزوجية، على رأسها إجراء الصلح بين من يوجبه ومن يرى بجوازيته وكذا عدة الطلاق الرجعي كأهم أثر لفك الرابطة الزوجية التي وقع عليها جدل كبير كموقف المشرع القانوني منها وبداية سريانها، وهو ما يمثل أهمية وجوهر هذه الورقة البحثية، وذلك للوقوف على الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية وكذا طبيعة النظام القانوني لإجراء الصلح وكذا لعدة الطلاق الرجعي.

هذه التناقضات في تحليل وتفسير نصوص قانون الأسرة وأحكام فك الرابطة الزوجية، أثارت طرح الإشكال التالي: **ماهية الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية بين الطبيعة والأثر المنشئ أو الكاشف؟ وماهي النتائج المترتبة عن الأخذ بوصف قانوني لهذه الأحكام خاصة فما يتعلق بوجوبية الصلح من جوازيته؟ وما المرجع في إحتساب عدة الطلاق الرجعي إنطلاقا من أثر الإنشاء وخاصية الكشف في أحكام فك الرابطة الزوجية؟**

وفي سبيل الإجابة على هذا الإشكال تم إعتماد **المنهج التحليلي** والذي يتجلى في تحليل مواد قانون الأسرة وكذا **المنهج الإستدلالي**، بحيث يتم الإنطلاق من المبادئ العامة في قانون الأسرة للوصول إلى مجموعة من النتائج في الأخير، ولتفصيل هذا الموضوع تم تخصيص الجزء الأول من هذه الدراسة للتطرق إلى الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية في المبحث الأول بينما تم تخصيص الجزء الثاني لدراسة الإشكالات المتعلقة بهذه الأحكام في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية

تكتسي أحكام فك الرابطة الزوجية أهمية بالغة في الدراسات القانونية والأحكام القضائية، وهذا نظرا لعديد الإشكالات المطروحة بشأنها والتي يمكن إجمالها في طبيعتها القانونية المتباينة بين صفة الإنشاء فيها وخاصية الكشف عن واقعة مادية، وبغرض الوقوف على الطبيعة القانونية لهذه الأحكام يوجب الأمر إبتداءً الوقوف على طبيعة الحق في فك الرابطة الزوجية سواء الحق في الطلاق والخلع **(المطلب الأول)** أو الحق في التطليق واللعان **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: فك الرابطة الزوجية عن طريق الحق الإرادي للزوجين:

تم تخصيص الجزء الأول من هذا المحور لدراسة الطلاق بإرادة الزوج في فرع أول وفك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة –الخلع– في فرع ثان والعلة من هذا الترتيب هو تأصيلهما الفقهي، بحيث يمارس الزوج والزوجة هذا الحق دونما إشتراطٍ ملزمٍ لإثبات الضرر أو إي إعتبار شرعي.

الفرع الأول: الحق الإرادي للزوج في فك الرابطة الزوجية

يتقرر للزوج فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة ودونما حاجة إلى موافقة الزوجة، وهذا الحق نص عليه الشارع سبحانه وتعالى في سورة البقرة في قوله تعالى: "**وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم**"[1].

أولا: مصدر الحق في الطلاق بين الواقعة المادية والحكم القضائي

يتنازع موضوع مصدر الحق في الطلاق رأيين متناقضين يرتبان آثارا متباينة من حيث بدأ سريان هذه الأخيرة –أي آثار الطلاق– فبينما يربط البعض الحق في الطلاق بإرادة الزوج المنفردة بالواقعة المادية يرى آخرون أن مصدر حق الزوج في إيقاع الطلاق يعزى إلى الحكم القضائي

1- إطلاق الحق في الطلاق

إصطُلح على القائلين بحق الزوج المطْلَقِ في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة بأنصار المذهب الحر أو المطلق، والذي مفاده تقرير حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة بمجرد وجود ونشأة المركز القانوني المتمثل في "مركز الزوج". فبمجرد نشأة هذا المركز القانوني يستطيع الزوج ممارسة حقه الإرادي في إنهاء مؤسسة الزواج.

وعليه تُعتبر الواقعة المادية حسب هذا الرأي والمذهب هي المصدر المباشر للحق الإرادي للزوج في فك الرابطة الزوجية، فإستعماله لحقه لا يكون تحت قيد أو إشتراط. فسلطة إحداث الأثر القانوني تكون بمحض إرادة صاحب الحق المتمثل في الزوج الموقع لواقعة الطلاق، على عكس حق الزوجة في التطليق مثلا، والتي يُشترط فيها توافر الحالات التي تجيز اللجوء إلى التطليق بالنسبة للزوجة، والتي توجب الحكم به بالنسبة للقاضي متى تأكد من قيام الحالات المذكورة.

أما عن التأسيس القانوني لهذا الرأي والمذهب، يسند أنصاره رأيهم إلى نص المادة 48 من قانون الأسرة –قبل التعديل–[2] والتي كان سياقها يشير إلى إعتبار حق الزوج في الطلاق حقا إراديا له.

ذهب المجلس الأعلى سابقا –المحكمة العليا حاليا– إلى إعتبار حق الزوج في فك الرابطة الزوجية حقا مطلقا يعود مصدره للواقعة المادية، وهذا في قرار[3] جاء في مبدأه أن: "الطلاق ليس إلا عبارة عن إرادة الزوج المنفردة لجعل حد للحياة الزوجية".

وفي قرار آخر تؤكد ذات الجهة القضائية حق الزوج الإرادي واللامشروط في فك الرابطة الزوجية بالطلاق، حيث قضت بأنه: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره".[4]

على غرار قرار آخر للمجلس الأعلى الذي جاء فيه أنه: "من المقرر شرعا أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج)، ومن ثم فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية قائمة بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق، يعد خرقا صريحا لهذه القاعدة الشرعية".[5]

اما التعويض عن الضرر كإلتزام مقابل للحق الإرادي للزوج فإن ما يوجب التعرض لهذه المسألة، هو أن الحق ينقسم إلى حق يقابله إلتزام وحق إرادي لا يقابله أي إلتزام.[6] ولذلك يقتضي بيان الطبيعة القانونية للطلاق كحق أو لحكم الطلاق كحكمٍ قضائي، وجوب التحدث عن هذا الحق الإرادي الممنوح للزوج، من حيث وجود إلتزام مقابل له من عدمه.

على أن الحديث عن هذا الإلتزام المقابل لا يُقصد به الآثار المترتبة عن الطلاق كحكم قضائي (كالجوانب المالية بفك الرابطة الزوجية)، بل يقتصر الأمر على الإلتزام المقابل والمباشر للحق الإرادي للزوج.

إن الحق بإعتباره: "مكنةٌ تعطى للشخص بسبب مركزه القانوني ليحدث أثرا قانونيا بمحض إرادته"[7] –وهو ما يُصطلح تعريفا لحق الزوج في الطلاق–، يُرتب ويقابله إلتزام في ذمة الزوج، ويتعلق الأمر بحالة الطلاق التعسفي، فحق الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة يُتصور أن يرد في صورتين:

2 . الطلاق لمبرر معتبر

في هذه الصورة يعرض الزوج في عريضته الإفتتاحية للأسباب والمبررات التي دفعته لإنهاء الرابطة الزوجية بمكنة حقه الإرادي المنفرد، وهنا إذا رأى القاضي أن المبررات معتبرةٌ شرعا وقانونا، يسقط الإلتزام المقابل عن الزوج ولا يحكم به.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن الزوج ليس ملزما بالإفصاح عن أسباب ومبررات الطلاق، وفي هذا أكدت المحكمة العليا في قرار لها أنه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة... ومتى تبين ذلك في قضية الحال، فإن للزوج الحق في مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب الذي دفعته للطلاق، وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون".[8]

3–الطلاق التعسفي

يمكن الإصطلاح عليه أيضا بالطلاق غير المبرر أو المسؤولية عن الطلاق[9]، ففي حالة ما إذا كيَّف القاضي الطلاق بأنه تعسفي –أي إنتفاء مبررات شرعية ومعتبرة لإنهاء الرابطة الزوجية–، وتبيَّن له أنه مجرد تطبيق للقاعدة الفقهية التي تقضي بالعصمة للرجل، يحكم القاضي بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة، نتيجة تعسف الزوج في إستعمال حقه الإرادي في إنهاء الرابطة الزوجية.

وقد نصت على هذا الإلتزام المقابل المادة 52 من قانون الأسرة: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ثانيا: الشكلية القانونية في الطلاق

أصبح الحق الإرادي للزوج في إنهاء الرابطة الزوجية يخضع لقيد شكلي قانوني يتمثل في ضرورة إفراغ إرادة الزوج في حكم قضائي لدى المحكمة المختصة.

إن إستعمال الحق الإرادي إستعمالا شكليا أوقع الفقه العربي في خطأ وذلك بإنسياقه وراء الفقه الغربي، حيث لا يصدر عندهم الطلاق إلا بموجب حكم قضائي، لأن الطلاق عندهم طبقا لشريعتهم لا يصدر إلا إذا أثبت الطرف المتضرر إخلال الطرف الآخر بإلتزاماته[10]. وهذا مرده تساوي المركز القانوني للزوجين في عقد الزواج وعدم إحتكامهم للقاعدة الفقهية السارية في المجتمعات الإسلامية التي مفادها حصر العصمة في يد الزوج. وعليه فإستعمال الحق الإرادي في فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، لم يَعد يُستعمل إستعمال حرا وإنما يخضع لضرورة إستيفاء شكلية قانونية قضائية.

وتثير مسألة الشكلية القانونية في الطلاق إشكالية طبيعة الحكم القضائي الذي يُفرغ فيه إرادة فك الرابطة الزوجية بين قائلٍ باعتباره حكما منشأ وبين من يعتبره حكما كاشفا

1- صفة الإنشاء في حكم الطلاق

يرى البعض[11] ويعتقد أن المشرع في قانون الأسرة إنحاز للمذهب الشكلي الذي يُقيد حق الزوج الإرادي في إنهاء الرابطة الزوجية بضرورة إستيفاء الشكل القضائي. وعليه فلا يقع الطلاق إلا من تاريخ صدور الحكم، فلا إعتبار للطلاق الذي يوقعه الزوج ويتلفظ به طالما لم يتم إستصدار حكم يفيد بالطلاق، وبالتالي فالزوج ملزم بإعلان الطلاق إلى القاضي، ولا يثبت هذا الأخير إلا بصدور الحكم القضائي.

يستند أنصار هذا الرأي إلى المادة 48 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي...". فحسب هذا الرأي يُعتبر المحرر الذي يُبت فيه الطلاق حكما منشأ، فالطلاق لا يقع إلا من تاريخ النطق بالحكم، والحجة المسوقة لتدعيم رأيهم هذا هي أن الطلاق لا يقع إلا بعد إجراء الصلح المنصوص عليه في المادة سالفة الذكر.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن إعتبار حكم الطلاق حكما منشأ، إنما هو وليد تبني المشرع القانوني لبعض المذاهب الفقهية التي توجب وتُلزِم الإشهاد في الطلاق، وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد إعتبر القاضي وكاتب الضبط شاهدي عدل على الطلاق الذي سيثبت في الحكم بعد فشل محاولة الصلح.

فالمحرر الذي يثبت فيه القاضي تعبير الزوج عن إرادته في الطلاق يُعتبر من الأعمال المنشئة حيث لا يقع الطلاق إلا إبتداءً من صدور هذا الإعلان من القاضي، وهذا ما تؤكده المادة 49 من قانون الأسرة

من أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر"، ومن ثم فإن الطلاق الذي يتلفظ به الزوج لا يقع.[12]

2- خاصية الكشف في حكم الطلاق

يَعتبر أنصار هذا الرأي[13] أن حكم الطلاق لا يتعدى أن يكون حكما كاشفا للواقعة المادية المتمثلة في تلفظ الزوج وإيقاعه للطلاق، فالتسليم بصفة الإنشاء لحكم الطلاق يخرق ويُناقض نص المادة 48 من قانون الأسرة التي تنص على أن: "عقد الزواج يحل بإرادة الزوج ". بحيث يتجلى الخرق والتناقض في أن إعتبار حكم الطلاق بالإرادة المنفردة أو بالتراضي حكما منشأ، يجعل من إرادة القاضي هي التي تحل عقد الزواج وليس إرادة الزوج.

ومن الحجج التي تُساق لتأسيس هذا لرأي والموقف هو إستقراء نص المادة 52 من قانون الأسرة، التي تنص على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق..." الأمر الذي يدل على أن الحكم القضائي لا يرقى لدرجة كونه منشأ، ذلك أن القاضي ينظر ويتبيَّن ويدرس وقائع الدعوى، ليرى ما إذا كان الزوج قد تعسف في الطلاق أم لا.

كما أنه بالإستقراء الدقيق لنفس نص المادة، نجد أنها تضمنت مصطلح "إذا تبيّن"؛ أي بمعنى يتبيّن الشيء بعد بروزه وخروجه للوجود، فيصبح ظاهرا وواقعا. لذا عندما يقع الطلاق يرى القاضي هل هذا الطلاق الذي أوقعه الزوج قد تعسف فيه أم لا؟ إذا لا يمكن تبيُّن الشيء قبل وقوعه، إذ التعسف في الطلاق لا يمكن بأي حال من الأحوال أن نقول أنه طلاقٌ تعسفي قبل أن يكون هناك طلاق أصلا.[14]

هذا على غرار نص المادة 48 من قانون الأسرة التي يرى فيها أنصار هذا الرأي أنها تؤكد رأيهم، فإستخدام المشرع للفظ "لا يثبت الطلاق" فالأمر يتعلق بواقعة الإثبات كشكلية مشترطة قانونا، وأنه لو أراد المشرع أن يجعل من الحكم المثبت للطلاق منشئا لإستعمل لفظ: "لا يقع الطلاق إلا بحكم".

أما موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية لحكم الطلاق بإرادة الزوج المنفردة فالراجح من إستقراء النصوص القانونية أن المشرع في قانون الأسرة حاول نوعا ما الأخذ برأي المذاهب الفقهية في الإشهاد في الطلاق، فجعل الإشهاد يتم في هيئة المحكمة، وذلك بأن يكون قاضي شؤون الأسرة وكاتب الضبط شاهدي عدل في واقعة إفصاح الزوج عن الطلاق.

ومن جهة أخرى فإن الإستقراء الدقيق لنص **المادة 48** من قانون الأسرة: "يُحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...". ونص **المادة 52** من نفس القانون التي تنص على أنه: "إذا تبيّن للقاضي تعسف

الزوج في الطلاق..." – على النحو الذي سبق شرحه – يدل على أخذ المشرع بالرأي القائل بإعتبار حكم الطلاق بإرادة الزوج من قبيل الأحكام الكاشفة.

الفرع الثاني: الحق الإرادي للزوجة في فك الرابطة الزوجية

إختُلِف في طبيعة الخلع سواء بين فقهاء الشريعة الإسلامية أو فقهاء القانون الوضعي وإستمر الخلاف وورثه الإجتهاد القضائي الجزائري، ولبيان هذه الآراء المتعارضة حول طبيعة الخلع كحق أو رخصة أو طلاق أو فسخ، وكذا الآراء المتضاربة حول الطبيعة القانونية لحكم الخلع، يوجب الأمر ابتداء وبإيجاز تحديد مفهوم الخلع؛ والذي عُرِّف بأنه: "طلاقٌ بمعاوضة لصالح الزوج من دون إشتراط لمبررٍ من قبل الزوجة"، ومن خلال هذا التعريف سيتم دراسة الإشكالات السابقة تباعا

أولا: التكييف الشرعي والفقهي للخلع

أثار الخلع جدلا بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة هذا الحق المقرر للزوجة بين من يُدرِجه ضمن نظام الطلاق وبين من يخرجه من صور الطلاق معتبرا إياه طلاقا بالتراضي، الأمر الذي يجعل من قبول الزوج واجب التحقق وشرطا في صحة الخلع، وبالتالي يُعتبر الخلع حسبهم عقدا يقوم على إيجاب من قبل الزوجة وقبول من الزوج.

وفي المقابل يعتبره بعض الفقهاء فسخا وليس طلاقا، وهذا الرأي ذهب إلى قوله المالكية وفريق من الشافعية والحنابلة.[15]

ثانيا: التكييف القانوني والقضائي

أزال المشرع القانوني الإشكال الموروث عن الفقه الإسلامي حول طبيعة الخلع في إشتراط موافقة الزوج من عدمه بتعديل قانون الأسرة سنة 2005، حيث كان هذا الأخير ينص في المادة 54 منه قبل تعديلها بموجب الأمر 02/05 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".

وفي سياق المادة سالفة الذكر المحررة في ظل القانون رقم 11/84، إعتبر البعض أن عدم قبول الزوج للخلع يرتب بطلانه، وبالتالي يجب على القاضي التحقق من قبوله للخلع، فإن لم يقبله رفضت الدعوى. أما إذا رفض الزوج المقابل ولم يحصل الاتفاق على بدل الخلع، يتقرر للقاضي في هذه الحالة الحكم بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

غير أنه بتعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، أزال المشرع هذا الخلاف بإضافة عبارة "دون موافقة الزوج". وعليه يكون المشرع بهذا التعديل قد أبان عن رأيه في مسألة طبيعة الخلع، من حيث إعتباره عقدا يشترط بجانب إيجاب الزوجة قبول الزوج أو طلاقا بإرادة الزوجة. فعبارة "دون موافقة الزوج"، تزيل وتنفي عن الخلع تكييف العقد.

وبالنسبة إلى الإجتهاد القضائي، فقد تباينت قرارات المحكمة العليا في مسألة طبيعة الخلع، ففي قرار للمحكمة العليا قضت فيه بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا، أن الخلع خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء وليس عقدا رضائيا"

بينما قضت في قرار آخر بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الخلع يُعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد منتهكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع".

على أنه يُلاحظ أن القضاء الجزائري غيَّر رأيه حديثا، وأصبح يعتبر أن الخلع حق للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق، وليس رخصة لتمكينها من التخلص من زوج لم تعد تطق عشرته، كما يُلاحظ أن التعديل لم يُغيِّب ويهمل إرادة الزوج في مسألة الخلع، وإنما أقر تغييبها وإهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع.

المطلب الثاني: فك الرابطة الزوجية عن طريق الحق في ممارسة الدعوى

وفق التأصيل الفقهي في تقسيم وتأصيل طرق فك الرابطة الزوجية، تحل هذه الأخيرة إلى جانب الحق الإرادي بطريق الحق في ممارسة الدعوى الذي يتقرر لكلا الزوجين؛ فيتقرر للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بطريق ممارسة الدعوى بالتطليق كما يتقرر ذات الحق للزوج عن طريق اللعان في فرعين متتابعين

الفرع الأول: حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الحق في ممارسة الدعوى

يتقرر للزوجة إلى جانب حقها الإرادي في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع إنهاء مركزها القانوني كزوجة عن طريق حقها في ممارسة الدعوى القضائية. فهذا الأخير يختلف عن حقها الإرادي في العديد من النقاط الجوهرية.

حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق ممارسة الحق في الدعوى يرد تحت قيد قضائي، يتمثل في ضرورة الإرتفاق بجهاز القضاء بهدف إستصدار حكم قضائي يقرر للزوجة هذا الحق. فعلى الزوجة أن تثبت قيام وتوافر حالات وموجبات التطليق المنصوص عليها قانونا.

وقد أقر قانون الأسرة حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في المادة 48 منه، والتي نص فيها على أنه: "...يحل عقد الزواج ...بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون". بينما نصت المادة 53 المحال إليها على الحالات التي يتقرر للزوجة المطالبة القضائية بالتطليق، المتمثلة في عشر (10) حالات.[16]

على أنه وإن كان نص المادة 48 صريحا، والذي إعتبر التطليق أحد صور الطلاق، إلا أن بعضا من الفقه يرى بأن التطليق يندرج تحت نظام الفسخ.[17] وهو رأي مردودٌ لصراحة نص المادة 48 من جهة، ولأن الفسخ في عقد الزواج يكون جزاءً للعقد الفاسد، فيُفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل،[18] كما يكون جزاء للعقد الباطل، فيُفسخ قبل الدخول وبعده.[19]

إن إشتراط ضرورة ممارسة الزوجة للدعوى القضائية لإنهاء الرابطة الزوجية، يجعل من حكم التطليق حكما منشئا وليس كاشفا –على عكس الطلاق بإرادة الزوج المنفردة–.

فالحكم الصادر بالتطليق بإعتباره –حكما منشئا– هو حكم يواجه فيه القاضي عدم فاعلية القاعدة القانونية المتمثلة في إخلال الزوج بإلتزاماته، ذلك أن الأصل أن تطبق القاعدة القانونية تطبيقا تلقائيا في الحياة القانونية ولا تحتاج لتدخل القضاء، وعليه يترتب عن مخالفة القاعدة القانونية حق الطرف الآخر في إنهاء المركز القانوني.[20]

على أن الأصح هو أن القضاء المنشئ لا يقرر الحق الإرادي وإنما يقرر مصدره غير المباشر، فالحكم بالتطليق يقرر وجود إخلال الزوج بإلتزاماته، وعليه فهذا الإخلال هو المصدر غير المباشر للحق الإرادي، والحكم القضائي هو المصدر المباشر له.[21]

الفرع الثاني: حق الزوج في فك الرابطة الزوجية عن طريق الحق في ممارسة الدعوى

نص المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة على أنه: "يُنسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة". وإن لم يُفصح المشرع عن ماهية الطرق المشروعة، إلا أن اللعان يُعتبر الطريق المشروع التقليدي.

يُقصد باللعان: "اتهام الزوج لزوجته ورميها بالزنا، مع إنتفاء البينة المتمثلة في شهادة أربعة أشخاص، ويمارس اللعان وفق أحكام الشرع وذلك، بأن يحلف الزوج إبتداءً والزوجة إنتهاءً أو أن تُصدِّقه فيما رماه بها."

يثور الخلاف حول طبيعة اللعان بين من يعتبره طلاقا أم فسخا، فالراجح إعتباره طلاقا بائنا لا رجعة فيه، أما فيما يتعلق بآثار اللعان فقد ورد إختلاف حول طبيعة الفرقة الواقعة بين الزوجين، فبينما يرى الجمهور أنها توجب التفريق الأبدي –وهو الراجح– يرى الأحناف أن الفرقة الواقعة موقتة.

إن إرادة الزوج لا تكفي لترتيب الأثر القانوني، فينبغي أن يستوفي الشكل القانوني ومن ثم يترتب على ذلك تغيير في المركز القانوني بالتفريق بين الزوجين[22] وبالتالي فإستعمال الزوج لحقه الإرادي يرد تحت قيد إجرائي يتمثل في ضرورة إستصدار حكم قضائي.

على أنه بملاحظة الإجتهاد القضائي الجزائري فإنه يُلاحظ تشدده في مسألة مهلة، وهي أجل ممارسة دعوى اللعان، فبينما قضت المحكمة العليا في قرار لها[23] أنه: "من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا تُقبل إذا تأخرت ولو بيوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو بالوضع أو برؤية الزنا". وقضت في قرار آخر[24] أنه: "من المقرر شرعا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع الدعوى اللعان، التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية والإجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا". وعليه فإنه إذا تخلف شرط الأجل لا تقبل شكلا، الأمر الذي يجعل من حكم اللعان حكما منشئا لحقٍ يُمارسُ عن طريق الدعوى.

المبحث الثاني: الإشكالات التي تثيرها أحكام فك الرابطة الزوجية

لا تقف إشكالية تحديد الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية عند هذه النقطة، إذ أن لها آثار ونتائج تتباين بإختلاف تصنيف الأحكام بإعتبارها منشئة وكاشفة، وتتعلق هذه الإشكالات أساسا في إشكالية الصلح بين إعتباره إجراءً جوهريا متعلقا بالنظام العام في مطلب أول إضافة إلى إشكالية الطلاق الرجعي والخلاف حول إعتراف المشرع به من عدمه، وكذا إشكالية بداية سريان عدة الطلاق الرجعي في مطلب ثان

المطلب الأول: إشكالية الصلح

قد يبدو للوهلة الأولى أن الصلح لا يثير أي إشكالات قانونية، ولكن بالقراءة الدقيقة لأحكام قانون الأسرة يتجلى للقارئ حجم التناقضات التي تُطرح –على الأقل المطروحة لدى الفقهاء وأساتذة القانون–

نص المشرع على إجراء الصلح في المادة 1/49–2 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر إبتداءً من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"، وقد تناوله الأساتذة الشراح وكذا قرارات المحكمة العليا بإعتباره إجراءً وجوبيا، بينما إعتبره البعض إجراءً لا يتعلق بالنظام العام، وهو الأمر الذي يرتب العديد من الإشكالات والنتائج

كما أثار نص المادة 49 من قانون الأسرة تناقضا على مستوى قرارات المحكمة العليا، بحيث تباينت قراراتها بين إعتبار الصلح وجوبيا تارة[25] وجوازيا تارة أخرى[26].

إن الهدف من إجراء محاولة الصلح ليس إقناع الزوج العدول عن الطلاق، إذ لا يستطيع الزوج أن يعدل عن الطلاق لأن الطلاق وقع وإنتهى الأمر، وإنما هو لأجل مواصلة وإستمرار الحياة الزوجية طالما أن مدة الطلاق الرجعي لم تنقض بعد.[27]

والذي يدعم أكثر مما سبق فكرة عدم إعتبار الصلح إجراءً وجوبي هو أن المشرع حدد لها مدة ثلاثة أشهر فقط تسري من تاريخ رفع دعوى إثبات الطلاق، ولا يمكن أن تتجاوز هذه المدة. أي بمعنى آخر لا يجوز للقاضي أن يقوم بمحاولة إجراء الصلح بعد إنقضاء المدة المحددة والمخصصة وهي ثلاثة أشهر. فلو كانت حقيقة من الإجراءات الجوهرية وتتعلق بالطلاق لما حدد لها المشرع مدة الثلاثة أشهر وجعل المدة تدوم لمدة أطول.[28]

وبحكم تداخل مدة الصلح مع عدة الطلاق الرجعي، خاصة فيما يتعلق ببداية سريان الآجال سنعرض لما تبقى من إشكالات الصلح، مع دراسة عدة الطلاق الرجعي كإشكالية تثيرها الأحكام القضائية.

المطلب الثاني: إشكالية عدة الطلاق الرجعي

تثير عدة الطلاق الرجعي من حيث إعتراف المشرع بها من عدمه، وكذا من حيث بداية سريانها، إضافة إلى علاقتها بالصلح العديد من التساؤلات. ذلك أن المشرع لم يحددها بدقة ووضوح، الأمر الذي أدى إلى تناقضات على مستوى الأحكام والقرارات القضائية. وعليه سيتم معالجة الموضوع تباعا كما يلي:

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من عدة الطلاق الرجعي

يُعتبر موقف المشرع الجزائري من الطلاق الرجعي نقطة إشكالية لدى العديد من شراح القانون من منطلق التنظيم القانوني لها، وللوقوف على مدى الإعتبار التشريعي لها سيتم التطرق للطلاق الرجعي من حيث النص التشريعي عليه من عدمه ومن ثم التطرق إلى عدة هذا النوع من الطلاق وفق أحكام قانون الأسرة

أولا: الطلاق الرجعي في قانون الأسرة

ذهب البعض من الشراح إلى القول بغياب نص قانوني ينظم الطلاق الرجعي من منطلق عدم النص الصريح عليها في أحكام قانون الأسرة. على أن الإستقراء الدقيق لنصوص هذا القانون يُبيّن أن المشرع لم

يغفل عن تنظيمها ودليل هذا نصه على الرجوع في المادة 50 من قانون الأسرة: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج لعقد جديد...". وبقدر ما يدل هذا النص على الإعتراف الصريح للطلاق الرجعي، فإنه يدل على فساد رأي من يعتبر الحكم بالطلاق حكم منشئ، فالرجوع يقتضي الغياب والزوال والفرقة التي أوقعها الزوج بإرادته المنفردة.

ثانيا : عدة الطلاق الرجعي في قانون الأسرة

إن ما يدل على النص على عدة الطلاق الرجعي (على غرار النص على الطلاق الرجعي في **المادة** 50 من قانون الأسرة) هو نص المادة 58 من نفس القانون التي تنص على أنه: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق". فعلى غرار نص المشرع القانوني على حق الزوج في مراجعة زوجته أثناء محاولة الصلح في نص المادة 50 بدون إشتراط عقد جديد، نص على العدة في المادة 58.

ومن خلال نص المادة 58 سالفة الذكر يتضح أن المشرع أقر بوجود عدة الطلاق الرجعي عندما جاء بعبارة "من تاريخ التصريح بالطلاق" والتصريح الذي يقصده المشرع في هذا المقام هو تصريح الزوج الذي يوقعه بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة، ولم يقصد به أبدا تصريح القاضي كما ذهب إليه البعض ممن لا يقرون بعدة الطلاق الرجعي في قانون الأسرة، لأنه لو كان حقيقة المشرع لا يقر بوجود عدة الطلاق الرجعي فلماذا لم يأت بعبارة "من تاريخ صدور الحكم بطلاق" بدل عبارة "من تاريخ التصريح بالطلاق".

الفرع الأول: بداية سريان عدة الطلاق الرجعي

للوقوف على بداية سريان عدة الطلاق الرجعي يوجب الأمر التمييز بين حالتين:[29]

أولا: حالة إيقاع الطلاق قبل رفع الدعوى: الأصح والراجح في هذه الحالة هو أن بداية سريان العدة تُبتدأ من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق كواقعة مادية، وهذا للعديد من الإعتبارات نوردها بإيجاز:

. نص المادة 49 من قانون الأسرة على عبارة: "لا يثبت الطلاق" وليس "لا يقع الطلاق" كما هو الحال عليه في التشريع التونسي، فالحكم إذا لا يعدو أن يكون كاشفا وأداة إثبات لواقعة الطالق.

. نص المادة 58 من ذات القانون بقولها: "من تاريخ التصريح بالطلاق" وليس من "تاريخ صدور الحكم بالطلاق".

في ظل هذه الفرضية، فإن مدة عدة الطلاق الرجعي، تكون سابقة في الإنتهاء والإنقضاء لمدة الصلح، وهذا ما يترتب عليه أمن الزوج يتقرر له مراجعة زوجته خلال عدة الطلاق الرجعي، فإذا إنتهت العدة لا يتقرر له مراجعتها دون عقد جديد.

وفي المقابل، يتحرى القاضي هذا الأمر بالبحث في تاريخ تصريح الزوج بالطلاق، مما يترتب عليه أنه إذا وقف على إنتهاء العدة ليس له الإشهاد على الإرجاع الواقع، ولو لم تنتهي فترة الصلح. ذلك أن عدة الطلاق الرجعي على غرار إعتبارها من حدود الله وأن تشريعها –على غرار الغاية التعبدية وما يخفى من حكمة الله تعالى– فإنها من النظام العام.

ثانيا: حالة الطلاق في تاريخ مزامن أو لاحق لرفع الدعوى

في هذه الحالة يتم التمييز بين فرضين:

. **الفرض الأول:** وهو أن يُجهل تاريخ توقيع الزوج للطلاق، وأن يتعذر على القاضي تحري ذلك، ففي هذه الحالة يتم إعتبار تاريخ إيداع العريضة الإفتتاحية، هو تاريخ بداية سريان عدة الطلاق الرجعي.

في هذا الفرض فإن عدة الطلاق الرجعي، تكون مساوية لمدة الصلح من حيث بداية سريانهما، مما يزيل أي إشكال في الإشهاد بالرجوع.

. **الفرض الثاني:** تتثمل هذه الفرضية في عدم تصريح الزوج بالطلاق إلا أثناء محاولة الصلح أما القاضي، ففهي هذه الفرضية والحالة يعتبر تاريخ هذا التصريح هو المرجع في بداية إحتساب العدة.

كالحالة الأولى، –المتعلقة بتوقيع الطلاق بتاريخ سابق لرفع الدعوى– فإن حساب المدد يختلف، بحيث تكون مدة الصلح سابقة في الإنقضاء عن مدة عدة الطلاق الرجعي، مما يترتب عليه حق الزوج في مراجعة زوجته ولو إنتهت مدة الصلح أمام القاضي بإشهاد منه، بل وحتى لو صدر حكم بفك بإثبات فك الرابطة الزوجية، على إعتبار أن الحكم المثبت لفك الرابطة الزوجية لا يتعلق بحق الرجوع، الذي يمارسه الزوج طول فترة عدة الطلاق الرجعي.

خاتمة:

يُلاحظ على المشرع القانوني الإحتشام وغياب الجرأة في النص الصريح على طبيعة الأحكام القضائية، وهذا نظرا للضغوطات الدولية من المنظمات العالمية والنسوية في قانون الأسرة عموما، الأمر الذي جعل

المشرع يدمج بين أحكام التشريع الوضعي (كإقراره الطلاق بالتراضي) وأحكام الشريعة الإسلامية –الذي ظل وفيا لها– (كنصه على صور الطلاق المعروفة شرعا. وهذا إضافة لسعيه إلى محاولة التوفيق بين مختلف المذاهب الفقهية الإسلامية كنوع من الترضية (كالإعتراف الضمني بالإشهاد في الطلاق).

على أن هذا السعي من المشرع القانوني خلَّف العديد من التناقضات والإشكالات التي أثَّرت على أحكام القضاء فتباينت قرارات الجهة المكلفة بتوحيد الإجتهاد القضائي، ومن خلال هذه الدراسة تم الخروج بجملة من النتائج والتي صيغت كمقترحات كالآتي:

- ضرورة إستحداث نص قانوني ينص على الطبيعة القانونية لأحكام فك الرابطة الزوجية وذلك بإعتبار حكم الطلاق بإرادة الزوج المنفردة حكما كاشفا، بينما يعتبر حكم التطليق والخلع أحكاما منشئة، وهذا لكي يتقرر للقاضي سلطة في إصدار هذه الأحكام، فيتحقق من توافر حالات التطليق ومن توافر شروط اللعان –والتي تشدد فيها المشرع القانوني وحصرها تارة في ثمان أيام ومرة سبعا– .

- إستحداث نص يفيد بأن الطلاق بناءً على إرادة الزوج هو طلاقٌ رجعيٌ، أما التطليق والخلع فهو طلاقٌ بائن، وهذا تكريسا لقاعدة "العصمة في يد الزوج". وأحسن موضع لهذا التعديل هو نص المادة 48 من قانون الأسرة.

- النص على تمكين الزوجة المخالعة لزوجها من إيداع بدل الخلع لدى رئيس أمناء الضبط في حالة رفض الزوج قبض البدل والحصول على قسيمة/وصل تفيد الإيداع، وأحسن موضوع لهذا الحكم هو نص المادة 54 بإستحداث فقرة ثالثة.

- إستحداث نص قانوني إجرائي يُمكِّن المطلقة المُعتدَّة من حقها في البقاء بمسكن الزوجية طوال مدة عدة الطلاق الرجعي وإلزام الزوج بعدم التعرض لها وهذا بموجب أمر على عريضة.

- النص على الرجوع كأهم أثر لعدة الطلاق الرجعي والتمييز بين حالة الرجوع بعقد جديد وبدونه (وهذا بتعديل نص المادة 50)

النص على إعتبار الطلاق الرجعي ومراجعة الزوج لزوجته أثناء العدة عن طريق الصلح طلقةً واحدةً تُسجَّل بمصالح الحالة المدنية، ليكون هذا رادعا شرعيا وقانونيا للزوج وعدم الإستهانة بالطلاق.

الهوامش:

[1] الآية رقم 227 من سورة البقرة.

[2] تنص المادة 48 من القانون رقم11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 ، الجريدة الرسمية عدد 24 ، لسنة 1984 قبل تعديلها على أنه: "الطلاق حل عقد الزواج، و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"، بينما أصبحت بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية عدد 15 ، لسنة 2005 كالآتي: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، الطلاق حل عقد الزواج، و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون ".

[3]قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1968/03/27، عن الغرفة المدنية، مجموعة الأحكام، المجموعة الأولى، الجزء الأول، ص. 24. نقلا عن: عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص. 15.

[4]قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 1984/12/03، في الملف رقم 35026، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع، ص.86.

[5]قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 1984/12/31، الملف رقم 35346، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الثاني، ص.86.

[6] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص.19.

[7] المرجع نفسه، ص.19.

[8]قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1999/06/15، في الملف رقم 223019، المنشور بمجلة الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، عدد خاص، ص.104.

[9]يمكن القول إن إصطلاح "الطلاق التعسفي" هو إصطلاح تشريعي وهو وارد في نص المادة 52 من قانون الأسرة، بينما إصطلاح "الطلاق غير المبرر" أو "المسؤولية عن الطلاق" فهو من إجتهاد القضاء الجزائري. والذي أوردها المجلس الأعلى سابقا في قرار له الصادر بتاريخ 1986/01/27، في الملف رقم 39731 والذي جاء في مبدأ: "مسؤولية الطلاق. لا يجوز الحكم بالمتعة إلا للزوجة المتضررة عن طلاق مبرر"، نقلا عن: قانون الأسرة قانون الجنسية الجزائري، قانون الحالة المدنية، مدعمة بقرارات المحكمة العليا، دار الجزيرة للنشر والتوزيع، طبعة جديدة، الجزائر، 2011/2010، ص.33.

[10]عمر زودة، المرجع السابق، ص.100.

[11]أنظر في تفصيل هذا الرأي: عمر زودة، المرجع السابق، ص.29.

[12]المرجع نفسه، ص.32.

[13]راجع في هذا الرأي: نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، دار فسيلة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009، ص.46. وما بعدها.

[14]المرجع نفسه، ص.53.

[15] عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق الجزء الأول، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، 1968، ص.546.

[16]تنص المادة 53 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية

5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7-إرتكاب فاحشة مبينة.

8-الشقاق المستمر بين الزوجين.

9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10-كل ضرر معتبر شرعا."

[17]عمر زودة، المرجع السابق، ص.114.

[18]نصت على هذا الحكم المادة 2/33 من قانون الأسرة: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

[19]نصت على هذا الحكم المادة 34 من قانون الأسرة: "كل زواج بإحدى المحرمات يُفسخ قبل الدخول وبعده..."

[20]أنظر في هذا الرأي: عمر زودة، المرجع السابق، ص.113.

[21]المرجع نفسه، ص.113.

[22]عمر زودة، ص.111.

[23]قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1998/10/20، في الملف رقم 20821، المنشور بمجلة الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، عدد خاص، ص.82.

[24]قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1985/03/11، في الملف رقم 35992، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص.82.

[25]قضت المحكمة العليا في قرار لها، صادر بتاريخ 1991/06/18، في الملف رقم 75141، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1993، ص 65 بأنه: "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون". كما قضت في قرار آخر بأنه: "حيث أنه وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن القاضي الإبتدائي لم يراع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة، التي تتطلب إتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم فك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة". أنظر في ذلك إلى: قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1994/1/18، في الملف رقم 96688، المنشور في نشرة القضاة لسنة 1997، ص 80، نقلا عن: نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص.130.

[26]قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها أن: "محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية وأن لفظ الطلاق أو التطليق تصدر دائما نهائية". أنظر في هذا:

قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1998/7/21، في الملف رقم 200198، المنشور بنشرة القضاة لسنة 1999، ص.40. نقلا عن: نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص.132.

[27]نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص.131.

[28]المرجع نفسه، ص.132.

[29]لتفصيل هذا الرأي وللوقوف على شرح مستفيض لهذه الحالات: أنظر نور الدين لمطاعي، المرجع نفسه، ص 76 وما بعدها.