وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الموضوع

حــق الزوجة فــي فــك الرابطة الزوجية

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبة:

* بلجيلي نسرين

إشراف الأستاذ:

* د.طحطاح علال

لجنة المناقشة

د.نوي عبد النور	**رئيس اللجنة**
د.طحطاح علال	**مقررا**
أ.بناجي مديحة	**ممتحنا**

السنة الجامعية: 2016/2015

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الموضوع

حــق الزوجة فــي فــك الرابطة الزوجية

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبة:

* بلجيلي نسرين

إشراف الأستاذ:

* د.طحطاح علال

لجنة المناقشة

د.نوي عبد النور	**رئيس اللجنة**
د.طحطاح علال	**مقررا**
أ.بناجي مديحة	**ممتحنا**

السنة الجامعية: 2016/2015

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله تعالى الذي
أعانني على إعداد هذه المذكرة
كما أتوجه بالشكر إلى الأستاذ
طحطاح علال على ما أولاني
من إهتمام طيلة فترة إنجاز هذه
المذكرة، سائلة الله عزوجل أن
يجازيه عني خير جزاء، وأن
يجعل ذلك في ميزان
حسناته

و أشكر كل من ساعدني من قريب أو من بعيد
على إنجاز هذا العمل

إهداء

إلى قرة عيني أمي

إلى أبي أطال الله في عمره

إلى جدتي رحمها الله و أسكنها الفردوس الأعلى

إلى إخوتي وأخواتي

إلى الأستاذ طحطاح علال

إلى صديقاتي

و كل من يمت لي بصلة قرابة

أهدي هذا العمل.

قائمة المختصرات

د.ت.ن :دون تاريخ النشر.

د.ط :دون طبعة.

ص :الصفحة.

ع :العدد.

ع.خ :عدد خاص.

غ.أ.ش :غرفة الأحوال الشخصية.

ق.أ.ج :قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ.ج :قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ق.ع.ج :قانون العقوبات الجزائري .

ق.ح.م.ج :قانون الحالة المدنية الجزائري.

م.ع :المحكمة العليا.

خطة المذكرة

مقدمة

الفصل الأول: الأحكام الخاصة بالتطليق و الخلع

المبحث الأول : الأحكام الخاصة بالتطليق

المطلب الأول: ماهية التطليق و تمييزه عما يشابهه

الفرع الأول: تعريف التطليق

الفرع الثاني :مشروعية التطليق

الفرع الثالث: طبيعة التطليق

المطلب الثاني: أسباب التطليق

الفرع الأول: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره.

الفرع الثاني: العيوب التي تحصل دون تحقيق الهدف من الزواج .

الفرع الثالث: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

الفرع الرابع: الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة.

الفرع الخامس: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة.

الفرع السادس: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

الفرع السابع: إرتكاب فاحشة مبينة

الفرع الثامن: الشقاق المستمر بين الزوجين

الفرع التاسع: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

الفرع العاشر : كل ضرر معتبر شرعا.

المبحث الثاني : الأحكام الخاصة بالخلع

المطلب الأول : ماهية الخلع

الفرع الأول : مفهوم الخلع

الفرع الثاني : مشروعية الخلع

الفرع الثالث: أسباب الخلع

المطلب الثاني: أركان الخلع و تكييفة (شرعا و قانونا)

الفرع الأول : أركان الخلع

الفرع الثاني : تكييف الخلع (شرعا و قانونا)

الفصل الثاني : الأحكام المشتركة بين التطليق و الخلع

المبحث الأول: آثار فك الرابطة الزوجية بالتطليق و الخلع

المطلب الأول: الآثار العامة لفك الرابطة الزوجية بالتطليق و الخلع

الفرع الأول : آثار فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة بالنسبة للزوجي (ما يثبت للزوجة)

الفرع الثاني : آثار فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة بالنسبة للأولاد (ما يثبت للأولاد)

المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية لفك الرابطة الزوجية بالتطليق و الخلع

المطلب الأول : الأحكام الإجرائية الخاصة برفع الدعوى و قواعد الإختصاص

الفرع الأول : رفع الدعوى و شروط قبولها

الفرع الثاني : الإجراءات السالبقة لصدور الحكم (الصلح و التحكيم)

المطلب الثاني : الأحكام القضائية لدعوى التطليق و الخلع

الفرع الأول : الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

الفرع الثاني : تنفيذ حكم فك الرابطة الزوجية بطلب الزوجة

مقدمة

مقدمة:

لقد شرع الله سبحانه و تعالى الزواج لحِكم كثيرة فهو نظام وجد منذ أن خلق سيدنا آدم و حواء مصداقا لقوله تعالى في سورة الروم :" **وَ مِن آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَ جَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّة وَ رَحْمَة** "[1].

و منه فالزواج يسعى و يهدف أساسا إلى تنظيم العلاقة بين الرجل و المرأة تنظيما شرعيا وفق مبادئ الشريعة الإسلامية أو قواعد قانونية معينة ترمي إلى زرع الأمن و الطمأنينة و إقامة الفضيلة بين جميع أفراد المجتمع ، فيجد كلا الزوجين الأنس بصحابه و الإستراحة إليه و الإستعانة به كما يحس كل منهما بمودة خاصة إتجاه الآخر و رحمة ، و لا يمكن أن يكون المجتمع صالحا إلا إذا كان تكون من أسرٍ صالحة سليمة و لا يكون هذا إلا بالزواج فهو أساس تكوين أسرة صالحة إذ به تعرف الأنساب و تحفظ ، و به تصان الأعراض و تقل الفاحشة و يزول الفساد. كما يسعى هذا الميثاق الغليظ كما سماه الله عزوجل إلى إقامة علاقات ودٍ و تعاون و رحمة بين الزوجين ،فإنه قد تعتريه ظروف تؤدي إلى إنحلاله و فك هاته الرابطة الزوجية المقدسة ،بحيث تطرأ ظروف كثيرة تستحيل فيها العشرة و تشتد الخلافات ، و التي ربما تؤدي إلى عواقب وخيمة و بالتالي كان حل عقد الزواج هو الحل الوحيد الذي يجب اللجوء إليه لتحقيق مصلحة الطرفين .

و بهذا نجد أن المودة عندما تتحول إلى كره و الرحمة إلى حقد و تشتد النزاعات فيفقد الزواج معانيه السامية و تتحول الحياة الزوجية إلى صراعات دائمة متكررة و جحيم لا يطاق ربما يؤدي إلى ما لا يحمد عقباه ، و بالتالي اللجوء إلى أبغض الحلال عند الله سبحانه و تعالى و حل الرابطة الزوجية بشكل أو بآخر وفق

[1]– سورة الرّوم ، الآية 21.

إجـراءات سـنها المشـرع أو أوجـب إتباعهـا ، مـن خـلال التصـرف الأحـادي للـزوج بإرادتـه المنفـردة، أو بإتفـاق إرادتـي الـزوجين ، أو بلجـوء الزوجـة للقضـاء لطلـب التطليـق أو الخلـع ، لإنهـاء الرابطـة الزوجيـة لإخـلال زوجهـا بإلتزاماتـه وواجباتـه الشـرعية و القانونيـة تجاههـا ، و تضـررها مـن ذلـك مـع إسـتحالة مواصـلة العشـرة الزوجية.

إرتأيـت أن أتنـاول بالدراسـة موضـوع فـك الرابطـة الزوجيـة بطلـب مـن الزوجـة عـن طريـق التطليـق و الخلـع ، محاولـة أن أبـين الإطـار الفقهـي و القـانوني الـذي يحكمـه، و قـد نظـم المشـرع فـك الرابطـة الزوجيـة و حلهـا بعيـدا عـن تعسـف الطـرفين وفق إجراءات معينة تم إدراجها ضمن الدعاوى القضائية .

تبـدو أهميـة هـذا الموضـوع جليـة مـن خـلال دراسـة ظـاهرة عاصـفة بمجتمعنـا عامـة و بأسـرنا خاصـة ، و التـي باتـت تهـدد إسـتقرار الأسـر و تهـدم كيانهـا و تفكـك ترابطهـا ممـا جعـل الكثيـر ينـدد بإلغـاء مـواد فـي قـانون الأسـرة و آخـرون يتهمونـه بالقصـور و التحيـز ، حيـث أن الأسـرة هـي النظـام الإجتمـاعي و منبـع الإسـتقرار ،التطـور و الإزدهـار لأي مجتمـع مـن المجتمعـات ، و بالتـالي يعتبـر هـدم هـذه الخليـة الأساسية مسألة تستحق الدراسة.

كمـا يكتسـي النظـام القـانوني لحـل الرابطـة الزوجيـة أهميـة بالغـة و مهمـة ، لأن مـن خلالـه نتعـرف علـى موقـف المشـرع الجزائـري و نبـين إجـراءات التقاضـي فـي هـذه الـدعاوى و كيفيـة سـيرها و حمايـة كـل الأطـراف و إيجـاد الحلـول للمخاصـمات الزوجية.

ما دفعني لإختيار هذا الموضوع عدة أسباب تتلخص فيمايلي:

- إرتباط الموضوع بتخصصي أي موضوع يخص الأحوال الشخصية.

- إنتشار دعاوى فك الرابطة الزوجية في المحاكم الجزائرية بصورة خطيرة قد تنبئ عن تفكك أوصال المجتمع.
- بيان إجراءات التقاضي في دعاوى فك الرابطة الزوجية و كيفية سيرها.
- قلة الوعي بالآثار الخطيرة للظاهرة بصفة عامة بإعتبارها تشمل الأسرة و المجتمع بأكمله .

و لمعالجة هذا الموضوع تم طرح و تحديد الإشكالية المتمثلة في :

متى يمكن للزوجة أن تمارس حقها في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق أو الخلع ؟ و ما هي الظوابط القانونية المنظمة لذلك؟

حيث تشتمل هذه الإشكالية على جملة من الإشكالات الفرعية التالية :

- ما هي أحكام كل من التطليق و الخلع ؟
- ما هي أسباب كل منهما ؟
- ما هي آثار فك الرابطة الزوجية؟
- ما هي الإجراءات القانونية المتبعة لفك الرابطة الزوجية ؟

و قد حاولت الإجابة على هذه الإشكالية مستعملة على الخصوص المنهج الوصفي و المنهج التحليلي مستعينة بمناهج ثانوية كالمنهج التاريخي وفقا لخطة تضمنت فصلين ، تناولت في الفصل الأول منهما الأحكام الخاصة بالتطليق و الخلع الذي تعرضت له في مبحثين تضمن المبحث الأول الأحكام الخاصة بالتطليق في حين خصص المبحث الثاني للأحكام الخاصة بالخلع .

و تناولت في الفصل الثاني الأحكام المشتركة بين التطليق و الخلع و ذلك من خلال مبحثين ،تضمن الأول آثار فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

وتضـمن الثـاني الأحكـام الإجرائيـة لفـك الرابطـة الزوجيـة بطلـب مـن الزوجـة و إنتهينـا إلى خاتمة تضمنت مختلف النتائج و التوصيات المتوصل إليها .

الفصل الأول
الأحكام الخاصة بالتطليق والخلع

الفصل الأول: الأحكام الخاصة بالتطليق و الخلع

إن القانون الجزائري قد منح الزوجين حق فك الرابطة الزوجية و هذا بإتفاق الزوجين بينهما بإرادة مجتمعة تكون أكثر صدقا على عدم جدوى استمرار العشرة ، أو إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الإرادة المنفردة و هذا تماشيا مع النفس البشرية، إذ أن الاتفاق على الزواج أسهل من الإتفاق على الطلاق ،لأنه في الزواج يعمل كل منهما لتحقيق اللقاء و بكل المساعي،أما الطلاق فهو فرار من جحيم الحياة الزوجية غير المريحة و التي خلت من ثمار الزواج الحقيقي و أصبحت عقيمة على أن تلد المودة و الرحمة بين الزوجين.

فلو إشترط القانون موافقة الزوجة لخلاص زوجها من آلام العشرة الزوجية التي لم تعد تطاق ما وافقت على ذلك،بل أنها تعمل على إرغامه بقبول الوضع و التعايش معه ،و كذلك لو استحكمت كراهية الزوجة لزوجها فإنه لن يوافق على الفراق و سيعتمد على إبقائها معلقة لا هي زوجة يعاشرها بالمعروف و لا هي مطلقة يغنيها الله من سعته .

و على ذلك فإن القانون أعطى للزوج حق إنهاء هذه الرابطة بالإرادة المنفردة متى كره عشرة زوجته،كما أعطى للزوجة حق طلب التطليق إن رأت في الفراق خيراً و لكن بعلم القاضي و بقيود تضمنتها المادة 53 ق .أ .ج[1].

كما منح المشرع للزوجة حق مخالعة نفسها من زوجها على مال تدفعه له حسب المادة 54 ق.أ.ج[2]، و هذا عند كره الزوجة لعشرة زوجها دون أن يبادلها الكره، فتكون ناشزة منه كما يمكن أن ينجم عن بقائها عصيان ربها و مخالفة أحكام عقد الزواج و ما يترتب عنه من حقوق و واجبات.

و لذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى : الأحكام الخاصة بالتطليق و الخلع دون التطرق إلى الجانب الإجرائي، حيث خصصنا المبحث الأول إلى (الأحكام الخاصة بالتطليق)، و المبحث الثاني إلى (الأحكام الخاصة بالخلع).

---

[1]– تنص المادة 53 من ق.أ.ج على أنه : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية :

1) عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ، مع مراعاة المواد المواد 78 و 79 و 80 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 و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية .
5) الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة .
6) مخالفة الاحكام 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 .

[2]– تنص المادة 54 من ق.أ.ج على أنه : يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .
إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم .

المبحث الأول :الاحكام الخاصة بالتطليق

لـم يعـرف المشـرع الجزائـري التطليـق ولكنـه نـص علـى الأسـباب القانونيـة للتطليـق فـي المـادة 53 مـن قـانون الأسـرة ومـنح الزوجـة فيهـا حـق طلـب التطليـق مـن زوجهـا بنـاء علـى إرادتهـا المنفـردة إذا تـوفر لهـا سـبب مـن هـذه الأسـباب. وسنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلـب الأول سـنتناول فيـه ماهيـة التطليـق ، أمـا المطلـب الثـاني فسيشـتمل على أسباب التطليق.

المطلب الأول:ماهية التطليق و تمييزه عما يشابهه (التفويض)

فـي دراسـتنا لماهيـة التطليـق سـوف نتطـرق إلـى تعريـف التطليـق ومشـروعيته وطبيعته .

الفرع الأول:تعريف التطليق

يعتبـر التطليـق مكنـة منحهـا المشـرع الجزائـري للزوجـة ،تلجـأ مـن خلالهـا للقضـاء لطلـب الفرقـة بينهـا و بـين زوجهـا وفـق مـا يحـدده القـانون .و للإلمـام بمفهـوم التطليـق سـوف نتناولـه مـن الناحيـة الشـرعية (أولا) و القانونيـة(ثانيا) إظافـة إلـى التفـويض (ثالثا) و هذا على النحو التالي:

أولا:التطليق شرعا

هـو حـل الرابطـة الزوجيـة بطلـب مـن الزوجـة لأسـباب محـددة قانونـا ،فكمـا أبـاح الشـارع الحكـيم للـزوج أن يوقـع الطـلاق إذا دعـت الحاجـة إليـه أبـاح للزوجـة أيضـا حـق طلـب الإنفصـال عـن زوجهـا إن هـي كرهتـه و لـم تطـق العـيش فـي كنفـه ،لكـن لا تستحق ذلك إلا عن طريق القضاء.

و هذا خلافا للطلاق الذي أوكله المشرع إلى إرادة الزوج طبقا لأحكام القرآن و مقتضى السنة و ذلك ليس إنكارا لحق المرأة في الفرار من الحياة الزوجية متى فسدت العشرة بين الزوجين و كرهت البقاء معه و إنما تماشيا مع طبع الرجل الذي يغلب عليه الاتزان و الحكمة و التروي لأنه صلب الإحساس و بطيء التأثر بخلاف الزوجة التي تتأثر لأبسط الصدمات و تتسرع في اتخاذ القرارات .

إن وجود ما يشابه التطليق يلزمنا طرح التساؤل التالي :هل التفويض هو تطليق أو لا؟

و للإجابة على هذا التساؤل وجب علينا الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري :"**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**" ، حيث أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا للتطليق.

و بالرجوع إلى الشريعة الاسلامية فإن مصطلح التطليق لم يرد في الفقه الإسلامي بل عبر عنه بمصطلح التفريق القضائي .

و عليه سوف نتطرق الى مفهوم التفريق القضائي بإعتباره مركبا إضافيا :

أ/ **التفريق:**

لغة: مصدر فَرَقَ و الفَرْقُ خلاف الجمعِ، و منه التفرقُ و الإفتراقْ و هما سواء،و من علماء اللغة من جعل التفرُق بالتشديد للأبدان و الإفتراق بالتخفيف في الكلام ، يقال

فرقَتْ بين الكلامين فإفترقا و فَرَقْتُ بين الرجلين فتفرَقا.

وتفّرق الرجلان : ذهب كل منهما في طريق ويقع التفريق على عدة معان متقاربة؛ منها:

1-التجزئة والقسمة، يقال : فرَّق الأشياء : أي قسمها ووزعها.

2-التمييز، يقال : فرق بين الأشياء : إذا ميَّز بعضها من بعض.

3-التبدد، يقال : تفرق الشيء : أي تبددً وتلاشى[1].

اصطلاحا : لم نقف على تعريف الفقهاء للتفريق، و يبدو ان السبب في ذلك هو ان استعمالهم له لا يخرج عن معناه اللغوي.

ب/القضاء:

لغة:مصدر قضى ، وهو القطع و الفصل و يأتي بمعنى الحكم أيضاً يقال قَضَى بين الخصمين : أي حكم بينهما و قُضِي له : أي حُكِمَ له.[2]

قال الله تعالى:" وَ قُضِيَ بَيْنَهُمْ بِالْحَقِ وَ قِيْلَ اَلْحَمْدُ لِلَهِ رَبِ اَلْعَالَمِيْنَ"[3]

و المعنى فصل بين أهل الجنة و أهل النار وصدر القضاء فيهم بما يستحقون.

اصطلاحا:هو الحكم بين الناس بالحق أو الحكم بما أنزل الله [4].

أما القضائي فهو ما نسب إلى القضاء و صدر منه.

بعد البحث و التنقيب في مؤلفات قدامى الفقهاء لم نجد تعريفا محدداً للتفريق القضائي، إلا أن كتاباتهم قد دَلَتْ على أن المفهوم العام للتفريق القضائي هو أحد المعنيين:

1/ حَل العلاقة الزوجية بأمر القاضي بناءاً على طلب الزوجة.

2/ أو قطع النكاح بين الزوجين بأمر القاضي بناءاً على طلب أحدهما.

---

[1]- أنظر ،عدنان علي النجار،(التفريق القضائي بين الزوجين)، دراسة للحصول على درجة الماجيستير في القضاء الشرعي،من كلية الشريعة في الجامعة الاسلامية بغزة، ص4/3.

[2]- انظر ابن منظور محمد إبن مكرم منظور الإفريقي المصري ،لسان العرب (209/11)،الطبعة الأولى ، دار المعارف القاهرة.

[3]- سورة الزمر : الآية (75).

[4] - أنظر عدنان علي النجار ، المرجع السابق ، ص 05.

ثانيا :التطليق قانونا

الطلاق بطلب من الزوجة اباحه القانون بنصوص المواد 48 ،53 ،54 من قانون الأسرة الجزائري ،إذ انه يتوقف على عدة شروط منها :

1- انه لابد ان يتم في المحكمة أمام القاضي .

2- انه لابد من طلب زوجته ذلك .

3- انه لا يستعمل إلا إذا تعذر الاتفاق بين الزوجين و توفرت الشروط المنصوص عليها في القانون و المذكورة على سبيل الحصر في المادة 53 من ق.أ.ج إذ يسمى الطلاق في هذه الأحوال تطليق لأنه يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج طالما أن الزوجة متضررة من العشرة معه و حقوقها مهضومة .

فإن كانت الأسباب التي نص عليها المشرع الجزائري غير متوفرة فإن دعوى التطليق ترفض لعدم تأسيسها .[1]

فالمشرع الجزائري لم يعرف التطليق و اقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ، لهذا سنتناول معنى التطليق لغة و اصطلاحا على النحو التالي :

1/ التطليق لغة: نجد أصل كلمة تطليق يعود إلى الفعل (طلق- يطلق- تطليقاً)، أي طلقت المرأة زوجها ، وتطليقها منه بمعنى خلاها من عقد الزواج ، وتطليق الرجل من قومه

يعني مفارقتهم. [2]

2/إصطلاحا: هو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناءا على إرادتها المنفردة و استنادا إلى القانون ،و عليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من

[1]- الأستاذ فضيل سعد ،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، الجزء الأول ، 1986، ص 271/270.

[2]- المنجد الأبجدي،الطبعة الثامنة ، دار المشرق بيروت لبنان توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ص 665 .

الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء ، و بموجب دعوى قضائية ، و في حالة الاستجابة لطلباتها تنتج عنه آثار انحلال الرابطة الزوجية من عدة،و ثبوت نسب الأولاد و حضانتهم و غيرها من الآثار .

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "التطليق" في المادة (53) من ق.أ.ج للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة ،و فرق بين الطلاق الذي يقع بإرادة الزوج و التطليق فلكل منهما مدلول و لكل منهما اثر مختلف لا سيما من حيث دور القاضي و من حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما .

و قد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/12/03 جاء فيه " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة و أنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره ، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة و ترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.[1] " إن المحكمة العليا أرادت أن تعرف التطليق من خلال هذا القرار أنّها لم تعطيه تعريفا شاملا و دقيقا بحيث أنّها لم تبين ما المقصود بالمرأة المتضررة.

ثالثا: تمييز التطليق عما يشابهه (التفويض)

يجوز للرجل بوصفه مالكا لحق الطلاق أن ينقل هذا الحق إلى غيره ليباشره نيابة عنه سواء بطريق النيابة و هذا بحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى الشخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو،و الخلاف بين النائب و الرسول هو أن النائب يستطيع أن ينشئ لفظا من عنده للقيام بتنفيذ ما وكل فيه ،بخلاف الرسول الذي

[1]- قرار المحكمة العليا ، الصادر بتاريخ (1984/12/03) ،ملف رقم 35026 ، المجلة القضائية 89 ، عدد 4 ،صفحة 86 .

يحمل الإرادة كما هي ولا يملك إنشاء عبارة من عنده كما أن هذا الأخير يصح فيه أن يكون ناقص الأهلية بينما لا يصح للوكيل أن يكون كذالك .

أو بالتفويض الذي تختص به الزوجة لفك الرابطة الزوجية بتفويض من الزوج وعليه سوف نتطرق لماهية التفويض و حكمه على النحو التالي :

1 :التفويض في اللغة والاصطلاح.

أ/التفويض في اللغة:

فَوَّضَ إِلَيْه الأَمْرَ تَفْوِيضاً :رَدَّهُ إِلَيْهِ، وجَعَلَهُ الحاكِمَ فِيه، ومنهُ **قَوْلُهُ تَعَالَى** : "**وأُفَوِّضُ أَمْرِي إِلَى اللهِ**[1] "وفي حديث الدعاء فَوَّضْتُ أَمْري إِليك :أَي رَدَدْتُه إِليك، ومنه حديث الفاتحة فَوَّضَ إِليَّ عَبْدي، والتفويض :التسليمُ وتَرْك المنازعةِ[2]

ب/التفويض في الاصطلاح:

اتفقت تعريفات الفقهاء على أن التفويض، هو جعل الأمر بيد الزوجة.

فقد عرفه الحنفية بأنه" جعل الأمر باليد[3]"

وعرفه المالكية بأنه " جعل إنشاء الطلاق بيد الغير[4]"

---

[1]– سورة غافر آية (44).

[2]– راجع الزبيدي:محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني ،تاج العروس من جواهر القاموس (496/18)سنة 1385هجري/1965م ،راجع الفيومي: احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ،المصباح المنير في غريب الشرح الكبيرللرافعي المكتبة العلمية بيروت لبنان ،راجع ابن منظور:محمد بن مكرم منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب الطبعة الأولى دار المعارف القاهرة (3415/1).

[3]– راجع الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي 517هجري بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،دار الكتب العلمية الطبعة 2 (113/3).

[4]– راجع الدسوقي: شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار احياء الكتب العربية– مصر.

وعرفه الشافعية بأنه " تمليك الزوجة طلاق نفسها"[1]

وعرفها الحنابلة بأنه :"جعل امر المرأة بيدها"[2]

حيث كان تعريف الشافعية للتفويض هو الأكثر ترجيحا عند الفقهاء " **تمليك الزوجة طلاق نفسها**" ، ويتميز بأنه يحمل معنى التمليك وهو أقوى في الحكم من جعل الأمر بيدها، وتملك الزوجة يقيد الزواج بأنه زواج صحيح، وكذلك يمنع دخول أي حق غير حق تطليق نفسها، مثل حق الميراث،أو إلحاق نسب الأولاد، أو غيرها من الحقوق، ومنع إعطاء هذا الحق لغير الزوجة،مثل الولي، أو الوكيل [3].

ج/صيغ التفويض:

صيغ التفويض متنوعة و،هي كل لفظٍ يدل على التفويض منه الصريح الذي لا يحتاج إلى نية، مثل" طلقي نفسك"ومنه الكناية الذي يحتاج إلى نية مثل" أمرك بيدك أو اختاري نفسك.

وأصل التفويض تعليقٌ على مشيئة الزوجة،يكون أحياناً مقيداً بزمن،ويكون أحياناً عاماً لكل الأزمنة، ويكون الطلاق فيه رجعياً وبائناً على اختلاف بين المذاهب.

---

[1]– راجع ابن قدامة: موقف الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ،الكافي في فقه ابن حنبل تحقيق د.عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث و الدراسات الإسلامية بدار الهجر الطبعة 1 جمهورية مصر العربية (1415–1997).(449/4)

[2]– راجع الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ،مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهج 203/150 هـ ، إعتنى به محمد خليل عياتي ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة ،بيروت .الكاساني مرجع سابق، ،راجع البهوتي الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي شرح منتهى الارادات (372/5).

[3]– راجع تهاني رمضان أبو جزر ، أحكام إنفراد المرأة في إنهاء عقد النكاح ، مذكرة ماجيستير ،كلية الشريعة و القانون بالجامعة الإسلامية بغزة سنة 2012م–1433هـ ، ص 92.

د/التكييف الفقهي للتفويض:

اختلف الفقهاء إن كان التفويض تمليكاً أم توكيلاً، وتدور الألفاظ عند الحنفية بين الأمر باليد" التمليك "والمشيئة والتخيير، وعند المالكية بين التمليك والتخيير والتوكيل، وعند الشافعي في الجديد يحمل معنى التمليك، والشافعي في القديم والحنابلة تحمل معنى التوكيل فالأمر باليد :أن يقول الزوج لامرأته أمرك بيدك، ولابد أن ينوي الزوج التمليك وتعلم الزوجة ذلك، والتخيير :أن يخيرها بين البقاء معه أو الفراق فتختار الفراق، والتوكيل :جعل الزوج حق إنشاء الطلاق لغير زوجته مع بقاء الحق له في منع الوكيل من إيقاع الطلاق.[1]

2 :حكم التفويض:

ذهب جماهير أهل العلم من الأئمة الأربعة وغيرهم إلى أن الزوج يملك الطلاق ويملك الإنابة فيه ،وإنابة أي شخص في تطليق الزوجة يعتبر توكيلا ، أما إنابة الزوجة في تطليق نفسها فهو التفويض، وخالفهم في ذلك ابن حزم وطاوس وابن عباس وقالوا بعدم جواز التفويض[2].

[1]– راجع الحطاب: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي ، المعروف بالحطاب الرعيني ،954 هـ ،مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ظبط و خرج آياته و أحاديثه الشيخ زكرياء عميرات(387/5)، دار عالم الكتب . راجع البهوتي: الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ،1051 هـ ،كشاف القناع عن متن الإقناع ،تحقيق محمد أمين الصناوي الطبعة الأولى ، عالم الكتب للطباعة و النشر ،بيروت لبنان (224/4) 1997 م .

[2]– الكاساني مرجع سابق ،الحطاب المرجع سابق،راجع البهوتي المرجع سابق،الشربيني مرجع سابق ،راجع ابن حزم أبو محمد علي ابن احمد بن سعيد بن حزم المحلى 456هجري تحقيق احمد محمد شاكر مطبعة النهضة –مصر(116/10).

أدلة القائلين بجواز التفويض في الطلاق:

استدلوا لقولهم من الكتاب والسنة:

1/من الكتاب:

قال تعالى:{ يأَيُّهَا النبي قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُ ن تُرِدْنَ الْحَيَاة الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكن

وَأُسَرِّحْكن سراحاً جَمِيلا }{ وإِن كُنتن تُرِدْنَ الله وَرَسُولَهُ وَالدارَ الْاخِرَة فَإن الله اعد لِلْمُحْسِنَاتِ منكن أجرا عَظِيماً} .[1]

وجه الدلالة:

اختيار الفراق هنا مضمر في قوله تعالى " إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها "فكان ذلك تخييرً لهن بين أن يخترن الحياة الدنيا وزينتها مع اختيار فراق رسول الله ، وبين أن يخترن الله ورسوله والدار الآخرة، فاخترن الله ورسوله والدار الآخرة، ولما فوض الرسول إليهن سبب الفراق وهو اختيار الدنيا جاز أن يفوض لهن المسبب الذي هو الفراق.[2]

2/من السنة:

قَالَ الزُّهرِيُّ[3] : فَأَخْبَرني عُرْوَةُ عَنْ عَائِشَةَ رَضي اللهُ عَنْهَا قَالَتْ :قَالَ رسول الله صلى الله عليه و سلم يَاعَائِشَةُ إِنِّى ذَاكِرٌ لَكِ أَمْراً فَلاَ عَلَيْكِ أَنْ لاَ تَعْجَلي فِيهِ حَتى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكِ قَالَ ثُم قَرأ علي (أَيُّهَا النبيُّ قُلْ لأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُن تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا).

[1]– سورة الأحزاب الآية (21–29).

[2]–انظر ابن كثير :تفسير ابن كثير (41/2).

[3]– أخرجه مسلم: صحيحه كتاب الطلاق،(باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية) ص (591).

الآيـة قَالَتْ :قَدْ عَلِمَ وَالله أَ ن أَبَوي لَم يَكُونَا يَأْمُراني بِفِراقِهِ قَالَتْ :قُلْتُ :أَفي هَذَا أَسْتَأْمِرُ أَبَوي ؟ فَإِ ني أُرِيدُ اللهَ وَرَسُولَهُ وَالدارَ الآخرة.

قَالَ مَعْمَرٌ :وَأَخْبَرَ نـي أَيُّوبُ قَالَ :فَقَالَتْ لَهُ عَائِشَةُ- رضي الله عنها -:" لاَ تَقُلْ إِنِّـى اخْتَرْتُكَ فَقَال رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه و سلم **:" إن الله لم يبعثني معنتاً ولا متعنتاً ولكن بعثني معلماً ميسرًا"**[1]

وجه الدلالة:

الحديث واضح الدلالة على تخيير النبي صلى الله عليه و سلم لنسائه، "واعتبر النبي صلى الله عليه و سلم قول عائشة*رضي **الله** عنها *

"بل أختار الله ورسوله"، جواباً منها، وان كان على صيغة المضارع المحتمل الوعد؛ ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال، وتجوز في الاستقبال،وصيغة الاختيار تخبر عن أمر قائم في الحال [2]

أدلة القائلين بعدم جواز تفويض الزوجة بالطلاق:

واستدلوا لقولهم من الكتاب،والمعقول.

1/من الكتاب:

قال تعالى{ :يأَيُّهَا ال نبِـيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُ ن تُرِدْنَ الْحَيَاة الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُن وَأُسَرِّحْكُن سراحاً جَمِيلا } { وإِن كُنتُن تُرِدْنَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَالدارَ الْاخِرَة فَإِن اللهَ أَعَد لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُن أَجْرًا عَظِيماً[3]}

---

[1]- المرجع نفسه ص 591.

[2]- انظـر البغوي،أبـو محمـد بـن حسـين بـن مسـعود البغـوي ، شـرح السـنة (219/9)،تحقيـق شـعيب الأرنـاؤوط ،محمد شاوش ،ط2 ،المكتب الإسلامي دمشق .ابن همام شرح فتح القدير(79/4).

[3]- سورة الأحزاب الآية (21-26).

وجه الدلالة:

"نص الله تعالى أن الرسول صلى الله عليه و سلم عندما خير نساءه إن أردن الدنيا ولم يردن الآخرة طلقهن حينئذ من قِبَلِ نفسه مختارا الطلاق، لا أنهن طوالق بنفس اختيارهن الدنيا" .[1]

2/من المعقول

"الطلاق إنما جعله الله تعالى للرجال لا للنساء، ولم يأت في القرآن ولا عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أن قول الرجل أن قول الرجل لإمراته أمرك بيدك،أو قد ملكتك أمرك،أو اختاري يوجب أن تكون طالقاً،أو أن لها أن تطلق نفسها، أو أن تختار طلاقاً"

بعد استعراض أدلة الفريقين وجدنا أن البعض يرجح الرأي الأول و حجتهم في ذلك هو أن الآية تدل دلالة واضحة على جواز تخيير الزوجة، والسنة جاءت شارحة حيث بينت آثار الصحابة الكرام جواز التفويض، وكذلك يُجاب على قول ابن حزم بأن الطلاق للرجال لا للنساء، بأن الطلاق يملكه الرجل ويجوز له تمليكه لغيره على رأي الحنفية والمالكية والشافعي في الجديد، وكذلك الآثار التي استدل بها ابن حزم عن ابن عباس لم ترد في كتب الحديث.

الفرع الثاني:مشروعية التطليق

إختلف آراء الفقهاء في حكم الطلاق و الأصح من هذه الآراء رأي الذين ذهب إلى حظره إلا لحاجة ، و هم الأحناف و الحنابلة .

و إستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه و سلم : " **لَعَنَ الله كلَ ذَوَاقٍ مطلاقٍ**"

و لأن في الطلاق كفراً لنعمة الله ، فإن الزواج نعمة ،و كفران النعمة حرام يحل إلا للضرورة ، و من الضرورة التي تبيحه أن يرتاب الرجل في سلوك زوجته ،

[1]– ابن حزم ،أبو محمد علي إبن أحمد بن سعيد بن حزم المحلى ، 452 هـ ، تحقيق أحمد محمد شاكر ،مطبعة النهظة ،مصر (123/10) (124).

أو أن يستقر في قلبه عدم إشتهائها ، أن تنفر الزوجة من زوجها فإن الله مقلب القلوب ، فإن لم تكن هناك حاجة تدعو إلى الطلاق يكون حينئذ كفران نعمة الله ، و سوء أدب من الزوج أو الزوجة إذا طلبته ، فيكون مكروهاً محضوراً .

لقد شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شُرع من أجله النكاح ليكون وسيلة لفض الخلاف بين الزوجين ، يُلجأ إليه عند الحاجة و مع ذلك فإن الشارع الحكيم أبغضه و أخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته رغم مشروعيته.

و سنتناول سند و دليل مشروعية التطليق من خلال الكتاب و السنة و الإجماع كما يلي :

أولاً: من الكتاب : قوله تعالى : " **وَ إن يَتَفَرَقَا يُغْنِ اللهُ كُلاً مِنْ سِعَتِه وَ كَانَ اللهُ وَاسِعاً حَكِيْماً** "[1].

و قوله تعالى : " **يأَ أَيُّهاَ النَبيُ إذَ طَلَقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِقُوهُنَ لعِدَتِهِنَ وَ أَحْصُوا الْعِدَة و إتَقُوا اللهَ رَبَّكُمْ لَمَا تخرجوهن من بُيُوْتِهِنَّ وَ لاَ يَخْرجْنَ إلاَّ أن يَأتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَنَةٍ وَ تلْكَ حُدُود اللهِ وَمَن يَتَعَدَ حُدُودَ الله فَقَد ظَلَمَ نَفْسَهُ لاَ تَدْرِي لَعَلَ اللهَ يٌحْدثُ بَعْدَ ذَلكَ أمْراً** [2]"

و يقول أيضا في كتابه العزيز: " **الطَلاَقُ مَرَتَانِ فإمْسَاكٌ بِمَعرُوْفٍ اَوْ تَسْرِيْحٌ بِإحْسَان وَلاَ يَحِلُ لَكُمْ أن تأْخُذُوا مِماَ آتَيْتُمُوهُنَ شَيْئاً إلاَ أن يَخَافاَ ألاَّ يُقِيماَ حُدُودَ اللهِ فَإنْ خِفْتُمْ ألاَّ يُقِيْماَ حُدُودَ الله فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيْماَ إفْتَدَتْ بِه حدود اللهِ فأُوْلَئِكَ هُمْ الظَّالِمُونْ**[3]"

---

[1]– سورة النساء الآية (130).

[2]– سورة الطلاق الآية (1).

[3]– سورة البقرة الآية (229).

هذه الآية الكريمة فيها تنظيم الطلاق و دليل مشروعيته في آن واحد و يقول تعالى : " **لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُم إن طَلَقْتُم النِّسَاء** [1]" ، هذه الآية تنفي الجناح و الإثم عن فعل الطلاق إذا تم في حدوده الشرعية .

ثانياً: من السنة :

روي حمير إبن عبد الرحمان عن أبي موسى قال[2]: **قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:"يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك ،ليس هذا طلاق المسلمين تُطلق المرأة من قبل عدتها"،بهذا فرق رسول الله عليه أفضل الصلاة و السلام بين طلاق المسلمين و طلاق غيرهم وهو دليل مشروعية الطلاق .**

و روى محارب ابن دثار عن عمر بن النَبي صلى الله عليه و سلم قال :"ابغض الحلال إلى الله الطلاق"،و يشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع و لكن بأسبابه و دواعيه.

و روى أيضا أن النبي صلى الله عليه و سلم قال:"ثلاث جدٌهن جدَ و هزلهن جد النكاح و الطلاق و العتاق ".

و روي عنه انه طلق حفصة ثم راجعها ،و ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه و سلم من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الإسلام.

ثالثاً:من الإجماع:

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه و سلم حتى اليوم على جواز الفُرقة ،و هي محضورة أصلا و لا تباح إلا لحاجة أو ضرورة ،و إباحته

[1]– سورة البقرة الآية (236).

[2]– الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويتية ، الغصدار 29 (طلاق – عدديات) ، ص 08.

مقيدة بقيود تكفل الصالح العام، و تكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب ملحة .

و نستخلص القول بأن الطلاق مشروع عند ضرورته ، و عند عدم الحاجة إليه فحرام على الرجل إيقاعه و حرام على المرأة طلبه .

الفرع الثالث:طبيعة التطليق

يعتبر التطليق مكنة منحها المشرع إلى للزوجة تلجأ من خلالها للقضاء بطلب الفرقة بينها و بين زوجها استنادا لأسباب محددة ،وللقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها ، وعليه يطرح التساؤل حول طبيعة التطليق ، هل هو فسخ أم طلاق؟

أولا:الطبيعة الشرعية للتطليق

إتفق الفقهاء على أن الحياة الزوجية تنتهي بالطلاق أو الفسخ و لكنهم اختلفوا حول ما يندرج ضمن كل منهما ،كما تختلف الآثار المترتبة عنهما .

1/ حقيقة الفسخ في اللغة و الإصطلاح:

أ/ الفسخ في اللغة: يأتي الفسخ في اللغة على عدة معان:

***النقْضُ** : تقول :فَسَخَ الشيْءَ يَفْسَخُه فَسْخاً فانفَسَخَ أي : نَقَضَه فإنتَقَضَ، تقول :فسخت البَيْعَ بين البيِّعَين، والنكاحَ فانفسخ البيعُ والنكاحُ أَي : نقضتُه فإنتقض.

***الإزالة** : تقول :فَسَخْتُ العود فَسْخاً أزلتُه عن موضعه فَإنْفَسَخَ، وفَسَخْتُ المفصلَ عن موضعِه أزلتُه.

***الإلقاء:** تقول :فَسَخْتُ الثوب ألقيتُه.

***الرفع:** تقول :فَسَخْتُ العقد فَسْخاً رفعتُه، و تَفَاسَخَ القومُ العقدَ توافقوا على فَسْخِهِ.

***التفريق** :تقول :فَسَخْتُ الشيء فرقتُه، فالفَسْخُ هو التَّفْرِيقُ.

ويشترك الفسخُ في المعاني السابقة وهي :الإزالةُ، الإلقاءُ، الرفعُ، التفرقُ، والنقضُ ، ولعل المعنى الأقرب للمعنى الاصطلاحي هو الرفع والنقض.[1]

ب/ الفسخ في الاصطلاح:

دارت عبارات الفقهاء في تعريف الفسخ بصورته، حول نقض عقد الزواج، واختلفت في الألفاظ على النحو التالي.

فقد عرفه الكاساني" :رفع عقد الزواج من أصله، وجعله كأن لم يكن".[2]

وعرفه السيوطي" :رفع للعقد من أصله[3]"

و للإلمام بمفهوم الفسخ رجح البعض التعريف التالي: "هو نقض عقد الزواج، بسبب خلل وقع عند العقد، أو بسبب خلل أصاب العقد بعد انعقاده، ولكنه خلل يمنع من بقاء العقد و إستمراره"[4].

وأدلتهم لسبب إختيار هذا التعريف هو أنه يوضح أسباب فسخ النكاح، ووقت حصول الخلل المسبب للفسخ، والأثر المترتب عليه، والتي يفترق بها عن الطلاق، وهذا ما سنفصله لاحقاً.

---

[1]– راجع الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي مختار الصحاح(571/1)،تحقيق : محمود خاطر مكتبة لبنان ، ناشرون ، بيروت ،1415 هـ –1995 م. راجع الزبيدي محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني ، تاج العروس ، دار الهداية 1385 هـ – 1965 م ، (7/319) . راجع ابن منظور محمد بن مكرم منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، الطبعة 1، دار المعارف ، القاهرة(3421/1).

[2]– الكاساني مرجع سابق (336/2).

[3] – راجع السيوطي :جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ت911هـ الأشباه و النظائر في قواعد وفروع الشافعية حققه و علق عليه محمد محمد تامر حافظ عاشور حافظ الطبعة 2 دار السلام للطباعة و النشر 1424هـ– 2001م.

[4]– راجع تهاني رمضان أبو جزر ، مرجع سابق، ص 24.

2/ أسباب الفسخ و الفرق بين الفسخ و الطلاق:

عرض الفقهاء أسباب الفسخ، صنفناها إلى أسباب متفق عليها، و أسباب مختلف فيها بين الفقهاء على النحو التالي:

أ/ أسبابُ فسخٍ متفقٌ عليها:

1- فساد العقد، بأن يتزوج الزوجان بغير شهود، أو العقد على إحدى المحارم كالأخت من الرضاع، فتكون الفرقة فسخاً لا طلاقاً؛ لأن الطلاق لا يكون إلا من زواج صحيح.

2- فعل أحد الزوجين سواءً كان الزوج أو الزوجة ما يوجب حرمة المصاهرة مع فروع كليهما أو الأصول، كالاتصال الجنسي بشبهة.

3- ردة أحد الزوجين، فإذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة في الحال بغير خلاف قبل الدخول، أو بعده.

4- خِيار المُعْتَقَةِ أي : إذا أُعتقت الأمةُ وزوجُها عبدٌ كان لها خِيارُ العتقِ فسخاً بلا حاكم.[1]

ب/ أسباب فسخٍ مختلفٌ فيها بين المذاهب:

1-خِيار البلوغ :فإذا بلغ الصغير أو الصغيرة، جاز له حق الخيار وطلب الفرقة.

2- نقصان المهر عن مهر المثل، حيث يحق للزوجة أو وليها الاعتراض وطلب الفسخ.

---

[1]- راجع ابن عابدين: محمد أمين ابن عابدين ،حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار،تحقيق:الشيخ عادل أحمد عبد الموجود الشيخ علي محمد عوض (315/2) دار عالم الكتب الرياض 1426هـ-2003م/راجع ابن رشد:محمد بن احمد بن رشد القرطبي520-595هـ بداية المجتهد و نهاية المقتصد(70/53-2)الطبعة 6 دار المعرفة 1402هـ-1982م /راجع المطيعي :تكملة مجموعة شرح المهذب (430/378-17)

ابن قدامة المغني (81/62-10) ،البهوتي كشاف القناع مرجع سابق (4/92).

3-التفريق بسبب عدم كفاءة أحد الزوجين للآخر.

4- تفريق القاضي بسبب عيوب الزوج مثل :الغيبة، الإعسار، والشقاق.

5- إباء أحد الزوجين الإسلام بعد إسلام الزوج الآخر .

6- تبيان الدار حقيقتًا و حكمًا ،فإذا خرج أحد الزوجين إلى دار الإسلام مسلماً أو كتابياً، و ترك الزوج الآخر في دار الحرب وقعت الفرقة بينهما.[1]

ج-الفرق بين الفسخ و الطلاق :

بعد البحث تبين أن الطلاق يشترك مع الفسخ في أن كلاً منهما تحصل به الفرقة بين الزوجين، ويفترقان في أمور نوردها فيما يلي:

1- الفرق في حقيقة كل منهما، فالفسخُ نقضٌ للعقد من أصله، و إزالة للحِلِ الذي يترتب عليه على خلاف بين الفقهاء، أما الطلاق فهو :إنهاءٌ للعقد، ولا يزول الحل إلا بعد البينونة الكبرى.

2- الفسخ يكون لخلل وقع عند إنشاء العقد أو بعد انعقاده يمنع بقاء النكاح، أو يبطل العقد، كردة أحد الزوجين وغيرها من الأسباب التي ذكرناها مسبقاً ، ولا إرادة للزوج فيه، أما الطلاق فهو أثر من آثار النكاح يوقعه الزوج بإرادته لسبب يراه مستحقاً للطلاق، أو يوقعه القاضي لسبب ما، أو يوقعه الحكمان عند استحالة العشرة.

3- الفسخ هو انفصال بين الزوجين في نكاح صحيح أو فاسد، أما الطلاق فلا يكون إلا في نكاح صحيح.

---

[1]- ابن عابدين المرجع سابق . الكاساني مرجع سابق .راجع الدردير:ابو البركات سيد أحمد الدردير ،الشرح الكبير ،دار احياء الكتب العربية (239/2) ،ابن رشد :محمد بن أحمد بن رشد القرطبي 520-595 هـ بداية المجتهد و نهاية المقتصد (2-71/52) ، الطبعة 6 ، دار المعرفة 1402 هـ -1982 م .البهوتي :كشاف القناع (4-100/92) مرجع سابق .المغني : شرح مختصر الخرقي لأبي القاسم محمد بن الحسين بن عبد الله 344 هـ ، تحقيق د.عبد الله بن عبد المحسن التركي و د.عبد الفتاح محمد الحلو دار عالم الكتب ، الرياض (602/10).

4- الفسخ لا ينقص عدد الطلقات على الزوجة، فإذا عاد إليها يملك عليها ثلاث طلقات كما لو فسخ لعدم البلوغ، أو انعدام الكفاءة، أما الطلاق فينقص عدد الطلقات فكل طلقة تنقص عدد الطلقات طلقة وهكذا.

5- الفسخ قبل الدخول لا يثبت للمرأة حقاً في المهر مسمىً كان أو غير مسمى، أما الطلاق قبل الدخول فيثبت للمرأة نصف المهر المسمى، أو كله بعد الخلوة عند الحنفية والحنابلة أو المتعة في حال عدم تسمية المهر[1].

6- الفسخ بجميع أسبابه التي وردت سابقاً يزيل عقد النكاح في الحال، وعلى الفور، أما الطلاق فيرجع انحلال العقد فيه إلى نوع الطلاق، فإن كان رجعياً لا ينحل به العقد، وان كان الطلاق بائناً إنحل به عقد الزواج .[2]

و رجوعا إلى الفرق بين الطلاق و الفسخ ذهب المالكية إلى أنه يكمن في السبب الموجب للفُرقة ، فإن كانت فُرقة من زواج صحيح و كان سببها لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين ، سواء كانت من الزوج أو من يقوم مقامه ، أو من قبل الزوجة أو من قبل القاضي عُدَت طلاق ، و ما إذا كانت عن زواج فاسد فيعد ذلك فسخا .

و تعد عندهم الفرق التالية طلاق:

تطليق الزوج بسبب الخلع أو العيب في أحدهما أو إعسار الزوج عن نفقة زوجته أن التفريق للضرر أو بسبب الإيلاء أو عدم الكفاءة .

و مايعد عندهم فسخا:

التفريق بسبب اللعان أو بسبب فساد عقد الزواج أو بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام.

---

[1]- الكاساني بدائع الصنائع، مرجع سابق (291/2). ابن قدامة المغني ،مرجع سابق (602/10).

[2]- ابن عابدين مرجع سابق ،الكاساني مرجع سابق، الدردير مرجع سابق ، ابن رشد مرجع سابق، البهوتي كشاف القناع (100/4)،ابن قدامة مرجع سابق.

المطلب الثاني: أسباب التطليق

إن حق المرأة في التطليق لا يقوم إلا بناءًا على مبررات شرعية، قيدها الشرع الإسلامي، ومن ورائه قانون الأسرة الجزائري، حيث وقفت الشريعة الإسلامية إلى جانب الزوجة و عملت على رفع الظلم عنها فمنحت الزوجة حق طلب التفريق، و أوجبت على القاضي أن يجيبها إلى طلبها، وينظر في الأسباب الضارة بالمرأة، ويعمل على إنصافها حسبما تقره العدالة، فإذا ثبُت لديه مضارة الزوجة وأثبتت الزوجة بأي طريق من طرق الإثبات ما يسوغ شرعا تطليقها، حكم القاضي بتطليقها بناء على طلبها و يكون تطليق القاضي لها نيابة عن الزوج.

و قد نصت المدة 53 من ق.أ.ج على الأسباب التي تخول الزوجة طلب التطليق حيث نصت على ما يلي:

"يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب التالية :

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ، مع مراعاة المواد 78و79و80 من هذا القانون .

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .

4- الحكم على الزواج عن جريمة فيها المساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة 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.

كنتيجة لإبرام عقد الزواج فإنه تترتب التزامات وحقوق على عاتق الزوجين، فإن أخلت الزوجة بإلتزماتها أمكن لزوجها أن يطلقها،أما إن أخل الزوج بهذه الإلتزامات كإمتناعه عن أداء النفقة، أو هجره زوجته في المضجع، أو تركه مسكن الزوجية وغيابه عنه أو وجد سبب من أسباب التطليق، فهل يمكن للزوجة أن تطلب التطليق في هذه الحالة؟

و بإستقراء نص المادة 53 من ق.أ.ج التي حددت لنا أسباب التطليق التي سنتطرق لكل سبب منها في فرع على التوالي.

الفرع الأول :التطليق لعدم الإنفاق بعد صدوره الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79و80 :

من المعلوم أن التزام الزوج بالإنفاق على زوجته من الالتزامات التي يرتبها عليه عقد الزواج، فهل إخلاله بهذا الالتزام قد يخول زوجته طلب التطليق أو التفريق بينهما؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال تبيين موقف الفقهاء والمشرع الجزائري من ذلك.

تنص المادة 78 من ق.أ.ج " تشمل النفقة :الغذاء و الكسوة و العلاج ،و السكن أو أجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة "

يتضح من المادة إشتمال النفقة على الغذاء من(طعام و شراب)، اللباس،المسكن الصالح أو أجرته ،العلاج و الضروريات في العرف و العادة ، فقد أحسن المشرع عندما فرض مثل هذه النفقة لأن أحوال الطرفين تتغير و ظروف المعاش تختلف و قد تتطور و تتغير ، فعندما قيد المشرع حق النفقة بحسب ما

تعارف و إعتاد عليه الناس في حياتهم و كانت المستلزمات إذ يختلف هذا الأمر بإختلاف المكان و الزمان [1].

و يشترط لإستحقاق النفقة ما يلي:

- أن يكون عقد الزواج صحيحا شرعا و قانونا.
- الدخول بالزوجة أو الخلوة الصحيحة بها ، سواء حدث الإتصال ام لم يحدث متى كان العجز عن ذلك من الزوج .
- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة ، ما لم تكن ناشزاً ،كأن يطلب منها زوجها الإنتقال إلى منزله فترفض دون سبب ففي هذه الحالة تعتبر ناشزا و تسقط نفقتها.

إذا لم يجد الزوج ما ينفقه على زوجته ، جاز للزوجة طلب التطليق عند القاضي ،إذ يخير القاضي الزوج بين الإنفاق و الطلاق ، فإذا لم يفعل أحد هذين الأمرين طلقها القاضي.

و لتوضيح أكثر عن النفقة يجب علينا أن نفرق بين أمرين: أحدهما هو نقص النفقة و قلتها ، و ثانيهما هو عدمها.

ففي حالة نقصها فقط من أجل بناء عش الزوجية أو تسخير الأموال إلى أمر أكثر أهمية في حياة الزوجين فهذا يجب أن لا يكون على حساب حقوق الزوجة،إلاً بموافقتها و مشاورتها و هي لا تمانع على ذلك لأن الخير يعود إلى الزوجين معا و وقوف الزوجة إلى جانب زوجها وصبرها على قلة النفقة ما هو إلا صورة من صور التعاون .

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرةالجزائري،الجزء الأول،الزواجو الطلاق،ط4،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005،ص173 .

أمـا إن كـان نقـص النفقـة يعـود إلـى عجـز مـن الـزوج علـى النهـوض بهـذا الواجب فالقانون لا يطلق له زوجته و لو رفعت الأمر إلى القانون.

قـال الله تعـالى: " **لِيُنْفِـقْ ذُو سِـعَةٍ مِـنْ سِـعَتِهِ وَ مَـن قَـدرَ عَلَيْـهِ رِزْقُـهُ فَلْيُنْفِـقْ مِمَـا أتَـاه الله لَا يُكَلِـفُ الله نَفسًـا إلاَ مَـا أَتَاهَـا**"[1] إذ تعبـر هـذه الأحـوال عـن نقـص فـي النفقة دون إنعدامها.

أمـا الحالـة الثانيـة فهـي عـدم الإنفـاق بإنقطـاع الـزوج نهائيـا عـن النفقـة بكـل مـا تشمله حسب المادة 78ق.أ.ج ،فتكون هذه الحالة إذن مبرراً لرفع طلب التطليق .

أولاً :موقف الفقهاء من التطليق لعدم الإنفاق:

إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته ولم يجد ما ينفقه عليها في حين أنها لم تصبر عليه، جاز لها أن تطلب التطليق عند القاضي .فإذا رفعت أمرها إليه، أمر هذا الأخير الزوج و خيره بين الإنفاق و الطلاق، فإذا لم يفعل واحدا من هذين قام القاضي وطلقها عليه، وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك و الشافعية وأحمد[2]مستدلين بما يلي:

قال الله تعالى:

" **فَأَمْسِـكُوْهُنَ بِمَعْـرُوْفٍ أَوْ سَـرِحُوْهُنَ بِمَعْـرُوْفٍ وَ لاَ تُمْسِـكُوْهُنَ ضِـرَارً لِتَعْتَدُوْ....**" [3]و لا شك أن إمساك المرأة دون الإنفاق عليها إضرار بها.

---

[1]– سورة الطلاق الآية (07).

[2]– راجـع عبـد المـؤمن بالبـاقي ، التفريـق القضـائي بـين الـزوجين فـي الفقـه الإسـلامي ، دار الهـدى للطباعـة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2000 ص 30/29.

[3]– سورة البقرة جزء من الآية (231).

و قوله تعالى: " اَلْطَلاَقُ مَرَتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوْف أَوْ تَسْرِيْحٌ بِإِحْسَانٍ..."[1]

إن الزوج مكلف بأن يمسك زوجته بالمعروف أو يسرحها و يطلقها بإحسان ،كما ينافي الإمساك بمعروف عدم النفقة عليها.

و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " لا ضرَر و لا ضرار" و أي إضرار ينزل بالمرأة أكثر من ترك الإنفاق عليها، و على القاضي أن يزيل هذا الضرر.

كما ذهب الأحناف إلى عدم جواز التفريق لعدم الإنفاق سواءاً كان السبب مجرد الإمتناع او الإعسار و العجز عنها و دليلهم في هذا :

قال الله تعالى: "لِيُنْفِقَ ذوْ سِعَةٍ مِنْ سِعَتِهِ ، وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْه رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَا آتَاهُ اللهُ،لا يُكَلِفُ الله نَفْساً إلا ما آتاها سَيَجْعَلُ الله بعْدَ عُسْرٍ يُسراً "[2]

إذ يرى الأحناف[3] أنه إذا كان معسراً فلا ظلم منه بعدم الإنفاق ، إذ لا يجب ظلمه بإيقاع الطلاق عليه،أما إذا كان موسراً فهو ظالم بعدم الإنفاق و لكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق بل بوسائل أخرى كبيع مالَهُ جبرا عنه للإنفاق على زوجته أو حبسه حتى ينفق عليها ولا يتعين التفريق لدفع هذا الظلم ما دام هناك وسائل أخرى .

و إذا كان كذلك فالقاضي لا يفرق بهذا السبب لأن التفريق أبغض الحلال إلى الله فكيف يلجأ إلى القاضي و ليس هو السبيل الوحيد لرفع الظلم .

و قد سئل الإمام الأزهري عن رجل عاجز عن نفقة زوجته: أيفرِّق بينهما ؟ قال:تستأني به و لا يفرق بينهما ، و تلا الآية السابقة .

---

[1]– سورة البقرة جزء من الآية (229).

[2]– سورة الطلاق الآية (07).

[3]– نذير سعاد ، مذكرة حول (التطليق في قانون الأسرة الجزائري) لنيل شهادة الماستر ، سنة 2013/2012 ، ص 15.

و قـال ابـن القـيم :أنـه إذا كانـت المـرأة قـد تزوجـت و هـي عالمـة بإعسـاره أو كان الزوج موسراً ثم أعسر ،لا تملك الزوجة طلب الفرقة في هاتين الحالتين .

أمـا إذا كـان قـد غـرر بهـا عنـد الـزواج ، فقـال أنـه موسـر ثـم تبـين لهـا إعسـاره فإنـه يكون لها حق الفسخ .[1]

والفرقة بسبب العجز عن النفقة عند المالكية، طلاق بائن إن كانت قبل الدخول، لا يمكن للزوج مراجعة زوجته[2] أما إذا وقعت بعد الدخول فهو طلاق رجعي، وللزوج مراجعة المرأة إن أيسر في عدتها، لأنه تفريق لإمتناعه عن الواجب عليه لها.

وذكر الشافعية والحنابلة أن الفرقة لأجل النفقة لا تجوز إلا بحكم الحاكم، فلا يجوز له التفريق إلا بطلب المرأة لذلك؛ لأنه لحقِّها، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة للزوج فيه[3] وأنه حتى وإن تزوجت المرأة الرجل عالمة بعسره، أو رضيت بالإقامة معه بعد إعساره وعدم إنفاقه، أو تزوجته بشرط أن لا ينفق عليها، كل هذا لا يسقط حقها في طلب التفريق للإعسار، لأن النفقة تتجدد كل يوم فالمرأة لا تملك نفقة المستقبل، فلا يصح إسقاط حق لم يجب بعد، على خلاف ما ذهب إليه المالكية حيث يرون أن من تتزوج وهي عالمة بإعسار زوجها، أنها تكون قد رضيت بعيبه ، فلا تملك الفسخ[4].

---

[1]– راجع ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدى خير العباد ،ج4 ، مكتبة المنار الإسلامية ، لبنان 1997 ، ص 114.

[2]– راجع محمد سمارة ، أحكام و آثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، الطبعة الأولى ،الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ، الأردن 2002 ص342.

[3]– راجـع وهبـة الزحيلـي ،موسـوعة الفقـه الإسـلامي و القضـايا المعاصـرة ،الجـزء الثـامن ،الطبعـة الثالثـة ،دار الفكر ، سوريا 2012 ص 484.

[4]– راجع محمد سمارة ، المرجع السابق ص339/338.

ثانياً :موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق :

- و هو أن ترفع دعوى مسبقا ضد زوجها لإستصدار حكم يأمره بالنفقة ،فإن رفض الإنفاق عليها و لم ينفذ الحكم ،هنا يمكن للزوجة أن ترفع دعوى ضده تطلب فيها فيها التطليق لعدم إمتثاله للحكم الذي يأمره بالنفقة[1].
- أن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره و فقره وقت الزواج ، فإن كانت عالمة بحالته المالية سقط حقها في التطليق لعدم الإنفاق ، ويقع عبىء الإثبات على الزوج بكل الوسائل، فإن إستطاعت الزوجة أن تثبت أن عسره هذا جاء بعد زواجهما فإن لم ينفق بعد صدور الحكم بالنفقة و طال عسره إلى مدة تضر بالزوجة و لم تظهر أية علامة لليسر طلقها القاضي.
- امتناع الزوج عن الإنفاق عمدا و قصدا و يقتضي هذا أن الزوج يتعسف و لا يقوم بالإنفاق على زوجته في إطار النفقة الزوجية الواجبة عليه قانونا بموجب عقد الزواج ، و ذلك بدون أي سبب وجيه إذ يتعمد عدم الإنفاق و ذلك يقصد إلحاق الضرر بزوجته.

و هو ما يتضح جلياً لدى بعض العينات منها القرار المؤرخ في 1998/07/21 الذي جاء فيه ما يلي:[2]

[1]– راجع بالحاج العربي ، صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية عدد 3 ،الجزائر ،ص575/774 .

[2]– أنظر ملف رقم 192665 مؤرخ في 2000/07/21 ، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، ص 116.

" من المقرر قانوناً أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ، و من المقرر أيضاً أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق ،حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

و متى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج و طردها و إهمالها مع الأولاد و عدم الإنفاق عليهم ، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق و التعويض معاً لثبوت تضررها ، و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة و تعويضها طبقوا صحيح القانون".

و في قرار آخر في 1999/05/18 جاء ما يلي[1] : " من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً ، ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق و الضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج ، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تضررها ، فإن تقديرهم كان سليماً و طبقوا صحيح القانون ، و متى كان كذلك إستوجب رفض الطعن ".

و منه نستنتج انه رغم أن أساس التطليق إنطلق من عدم الإنفاق ، إلا أن قضاة الموضوع و معهم قضاة المحكمة العليا تحاشو الحديث عن الفقرة الأولى و إرتاحو بتطرقهم للفقرة القائلة بكل ضرر معتبر شرعاً لإنطوائها على عموم اللفظ و الدلالة ، و لذلك نلاحظ غياب الدقة في التأسيس على الفقرة الأولى و الإكتفاء بما هو أسهل و أعم ، حيث نكتشف أخيراً أن الأسس التي بنيت عليها صورة التطليق إزدادت عمومية ،إذ أضحت قريبة إلى أن تصبح حق أصيل من كونها مجرد طلب مشروع[2].

---

[1]– أنظر ملف رقم 222134 مؤرخ في 1999/05/18 ، المرجع السابق ، ص 126.

[2]– أنظر باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ، دار الهدى، عين مليلة ،الجزائر،سنة 2007 ص 35.

ألا يكون إمتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره ،لأن الزوج يمكن أن يكون ميسور الحال كما قد يكون معسراً لأي سبب و في حال هذا الأخير يُنْتَفَى ظلم الزوج لزوجته في عدم الإنفاق ، و لا يعد ظلماً لها لأن العسر بيد الله سبحانه و تعالى الذي قال في محكم تنزيله: "**يبسط الرزق لمن يشاء**" فالزوج هنا ليس ظالماً ليطلق عليه القاضي و يرفع ظلمه عن زوجته.

- مراعاة أحكام المواد 78و79و80 من قانون الأسرة الجزائري حيث أن هذا الشرط تكميلي للشروط السابقة ،إذ لا تكفي وحدها لطلب التطليق بل لابد من مراعاة ما تضمنته المواد و التي تفيد أن الإنفاق يتعلق بمشتملات النفقة من غذاء،لباس، علاج و سكن أو أجرته .[1]

حيث لا يجوز للزوجة المطالبة بما يفوق قدرة زوجها و تعجزه بجعله مدينا للآخرين ، بل يجب ان تكون طلباتها ضمن المعقول متماشيتا بذلك مع المقدرة المالية لزوجها ،حيث ان تقدير النفقة يعتمد على حال الزوجين يسراً أو عسراً و القضاء بما يخالف هذا يستوجب النقض.

" **وقد سأل نساء النبي صلى الله عليه و سلم النبيً ما ليس عنده ، فإعتزلهن شهراً ، و كان ذلك عقوبة لهن ،و إذا كانت المطالبة بما لا يملك الزوج تستحق العقاب ، فأولى أن يكون طلب التفريق عند الإعسار ظلماً لا يلتفت اليه** "

و توضيحا لهذا الأساس نجد القرار المؤرخ في 19/02/23 87 تحت رقم 44994 جاء فيه مايلي: [2]

[1]– راجع بالحاج العربي ، مرجع سابق المجلة الجزائرية ص 574/573.

[2]– أنظر المجلة القضائية ، عدد 1990، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، ص 58 .

" متى كان من المقرر شرعاً أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيداً عن أهل الزوج ، فليس معنى هذا أنها تطلق إذا لم يكن لها ذلك حالاً ،بل يجري عليه ما يجري على النفقة ، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة الشريعة الإسلامية و الخطأ في تطبيقها في غير محله يستوجب رفضه.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة (الطاعنة) علقت طلب الطلاق في حالة ما إذا رفض زوجها توفير سكن منفرد لها بعيداً عن أهله، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية التي زفت إليه و رفض الطلبات الأخرى إعتماداً على إظهار الزوج عجزه و عدم قدرته على تلبية رغبتها طبقوا أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً صحيحاً و متى كان كذلك إستوجب رفض الطعن".

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد مقدار النفقة التي أعسر بها الزوج بحد أدنى .والذي يصلح كسبب لتأسيس دعوى التطليق، كما أنه لم يبين المدة التي ترفع خلالها الزوجة دعوى التطليق، إن كانت نفسها المدة المذكورة في المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري و المتمثلة في مدة شهرين[1]" .

كما أنه لم يبين وصف وطبيعة هذه الفرقة إن كانت طلاقا رجعيا أم بائنا، على خلاف معظم التشريعات العربية الأخرى التي اعتبرت التفريق بسبب الإعسار طلاقا رجعيا، حيث يمكن للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة، لكن لا بد من تحقق أمرين هما:

[1]– "تنص المادة 1/331 من الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 18 صفر 1386ه الموافق ل8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم 06–23 المؤرخ في 20 ديسمبر 20006 على أنه يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات و بغرامة من 50000 إلى 00000 دينار جزائري كل من إمتنع عمداً ،و لمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أسرته ، و أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أ, أصوله أو فروعه ، و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم ".

الأول :أن يتحقق يساره ، وأن يثبت ذلك أمام القاضي.

الثاني :أن ينفق عليها فعلاً، لأنه إذا أثبت يساره، فقد وجبت لها نفقة العدة، لأن المطلقة الرجعية لها النفقة وإن لم يراجعها الزوج، متبعة في ذلك المذهب المالكي[1] .

الفرع الثاني: التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .

لا شك أن العيوب في أحد الزوجين توهن الحياة الزوجية، وقد تقضي على الألفة بين الزوجين، وهي تؤثر لا شك على مقاصد الزواج، و إلزام الزوج والزوجة كلاهما بضرورة إبقاء الزواج قد يكون فيه الإرهاق لهما، فلابد من سبيل إلى الفرقة، ولأن الزوج هو الذي يملك الطلاق، فالقاضي هو الذي يرفع الغبن عن الزوجة في مثل هذه الأحوال فماهي هذه العيوب التي قد تلجأ الزوجة بسببها لطلب التطليق أمام القضاء ؟ و ما موقف الفقهاء من التطليق للعيوب؟ وما موقف القانون الجزائري من التطليق للعيوب؟ وسنحاول الإجابة على هاته الأسئلة كالتالي :

أولاً: المقصود بالعيوب وأنواعها:

سنحاول التطرق للعيوب التي من شأنها أن تؤثر على الحياة الزوجية ، و تدفع الزوجة لطلب التطليق بسببها و ذلك بتبيان ما المقصود بالعيوب أولاً ، و ذكر أنواعها ثانياً .

- **المقصود بالعيوب :**

سنحاول تبيين المقصود بالعيوب لغة ثم إصطلاحاً.

[1]– راجع محمد سمارة ، مرجع سابق ، ص 342.

لغةً : العيوب جمع عيب، والعَيْبُ والعَيْبَة : الوَصْمَةُ، ويقال عَيَّبَه :أي نسبه إلى العيب، وجعله ذا عيبٍ . ويقال شيءٌ معيبٌ ومعيوبٌ : أي فيه عيب [1].

اصطلاحاً :هو نقصان بدني أوعقلي، في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة لا إسقرار فيها وينفر أحد الزوجين من الآخر [2].

- **أنواع العيوب:**

يمكن تقسيم العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج إلى :

- عيوب جنسية(تناسلية) تحول دون الإستمتاع، وممارسة الحياة الزوجية بشكل عادي، فيمتنع الدخول وبالتالي الإنجاب، وهذه العيوب بعضها يصاب بها الرجل مثل :الجُب، العنة، الخصاء، وبعضها تصاب بها المرأة مثل : الرتق، القرن .
- عيوب جسدية غير جنسية لا تحول دون الإستمتاع، ولا تمنع الدخول، ولكنها عيوب منفرة ضارة، تضر المصاب بها وغيره، وهذه العلل يشترك فيها الرجل و المرأة مثل :الجنون، الجذام، البرص .

ثانيا: موقف الفقهاء التفريق للعيوب :

أما عن العيوب التي تثبت الخيار للزوجين فإختلف الفقهاء على قولين :

القـول الأول: أنـه لـيس فـي النكـاح عيـوب توجـب الحـق فـي الفسـخ، لا بشـرط و لا بغيـر شـرط مطلقـاً إلا فـي ثلاثـة أمـور هـي : كـون الرجـل عنينـاً أو مـا عـدا ذلـك فـلا يترتـب عليـه فسـخ النكـاح و لـو اشـتد ، أمـا المـرأة فخلوهـا عـن العيـب لـيس بشـرط للـزوم النكـاح ، فـلا يفسـخ النكـاح بشـيء مـن العيـوب الموجـودة فيهـا ، و هـو قـول

[1]– أبـو الفضـل جمـال الـدين إبـن منظـور محمـد بـن مكـرم بـن علـي الأنصـاري الرويفعـي الإفريقـي ، لسـان العـرب ، تحقيـق عبـد الله علـي الكبيـر ،محمـد أحكـام حسـب الله ، هاشـم محمـد الشـاذلي ، المجلـد الرابـع ، الجـزء 31، بـاب العين ، د، ط، دار المعارف ،مصر ،د،ت،ن، ص 3184.

[2]– راجع طاهري حسين ، مرجع سابق ، ص 113.

النخعي و الثوري والحنفية ، و قد روي عن علي رضي الله عنه : "لا ترد الحرة بعيب" و استدلوا على ذلك بما يلي :[1]

- أن العلاقة الزوجية لها قدسية لا تقل عن قدسية القرابة ، فإذا ارتبط اثنان برابطة الزوجية ، وجب على كل منهما أن يحتمل ما ينزل بصاحبه من بلاء.

فلا يصح أن ينفصل منه لمصيبة حلت به بل يجب عليه مواساته ، فكما لا يستطيع الإنسان أن يقطع صلة القرابة عندما يصاب أخوه أو قريبه فكذالك لا يصح له أن يقطع علاقة الزوجية لذلك .

- أن الجب و العنة و الخصاء تتنافى معها الزوجية ، لأن المجبوب و العين و الخصي كالمرأة حيث لا تتزوج هذه الأخيرة بمثلها ، لولا ذلك لما جاز طلب فسخ عقد الزواج .
- أن النكاح لا يفسخ بسائر العيوب ، فلا يفسخ بهذه العيوب أيضاً.
- أن الحكم الأصلي للنكاح هو الإزدواج الحكمي و ملك الإستمتاع و انما يختل و يفوت به بعض ثمرات العقد حيث أن فوات جميع ثمرات هذا العقد لا يوجب حق الفسخ ، فإذا مات أحد الزوجين عقيب العقد حتى يجب عليه كمال المهر .

القول الثاني :و هو إعتبار غيرها من العيوب ، وهو قول الجمهور ، و قد روي ذلك عن عمر بن الخطاب و إبنه و إبن عباس و به قال جابر بن زيد ، و الشافعي و إسحاق و أحمد و إستدلو على ذلك بمايلي :

[1]– راجع نور الدين أبو لحية ،حل العصمة الزوجية ،بواسطة القضاء دار الكتاب الحديث ،ص 6/5 ،الطبعة الأولى ،القاهرة .

- قولهم " فر من المجذوم فرارك من الأسد "،و الفسخ طريق الفرار، و لو لزم النكاح لم أمر بالفرار.
- تزوج إمرأة فوجد بياضا في كشحها فردها و قال لها :إلحقي بأهلك ، و لو وقع النكاح لازما لما رد .
- إن مصالح النكاح لا تقوم مع هذه العيوب أوتختل بها لأن بعضهما مما ينفر عنها الطباع السليمة ،و هو الجذام و الجنون و البرص ، فلا تحصل الموافقة و لا تحصل المصالح أو تختل و بعضها مما يمنع من الوطء و هو الرتق و القرن ، و عامة مصالح النكاح يقف حصولها على الوطء فإن العفة عن الزنا و السكن و الولد لايحصل إلا بالوطء .

و نستنتج من القولين السابقين أن إعتبار التحديد الذي ذكره الحنفية أو الذي ذكره الجمهور من إقتصارهم على عيوب معينة ، أنهم أغفلو ما هو أخطر منها مثلا الأمراض المعدية ، لأنه من تزوجت بشخص يعاني هذا المرض و نحوه حتما ستصاب بالعدوى لا محالة .

أما الأمراض غير المعدية و التي تقتصر خطورتها على عدم حصول الرضى الجنسي بين الزوجين .

قال إبن القيم[1]:"و أما الإقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها ، فالعمى و الخرس و الطرش و كونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو احداهما كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات ، و السكوت عنه من أقبح التدليس و الغش،والإطلاق ينصرف إلى السلامة ، فهو كالمشروط عرفا ، و قد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب الله عنه

[1]– نور الدين أبو لحية ، مرجع سابق ،ص 07.

لمن تزوج إمرأة و هو لا يولد له : أخبرها أنك عقيم و خيرها " ثم أعطى قاعدة ذلك:

"و القياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ، و لا يحصل به مقصود النكاح يوجب الخيار ، و هو أولى من البيع ، كما أن الشروط المشترطة في النكاح أولى من شروط البيع ، و ما ألزم الله و رسوله مغرورا قط و لا مغبونا بما غر به و غبن ، ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره و موارده و عدله و حكمته و ما إشتمل عليه من الرحمة لم يخف مدى ترجيح هذا القول و قربه من قواعد الشريعة " فبهذا كان السلف الصالح رضوان الله عليهم يقضون .

فعن ابن سيرين أنه خاصم رجل إلى شريح فقال[1]: إن هؤلاء قالوا لي إنا نزوجك بأحسن النساء ، فجاؤوني بإمرأة عمشاء ، فقال شريح : (إن كان دلس لك بعيب لم يجز)، **قال إبن القيم** معلقا على هذا القول :(فتأمل هذا القضاء إن كان دلس لك بعيب كيف تقضي أن كل عيب دلست به المرأة فللزوج الرد به ، وما قال يرد النكاح من كل داء عضال)

أما العيوب غير المنفرة أو المعدية ، و التي لا يحصل بها ضرر للزوجة ، فإنها غير معتبرة في الكفاءة إلا إذا تم الإتفاق على إشتراط السلامة منها ، أو دل العرف على إشتراطها ،**قال ابن تيمية** : (لو شرط أحد الزوجين في الآخر صفة مقصودة كالمال و الجمال و البكارة و نحو ذلك صح ذلك ، و ملك المشترط الفسخ عند فواته).

و قال إبن القيم : (إذا إشترط السلامة أو شرط الجمال فبانت شوهاء أو شرطها حديثة السن فبانت عجوزا شمطاء أو بيضاء فبانت سوداء أو بكرا فبانت ثيبا فله الفسخ في ذلك كله ، فإذا كان قبل الدخول فلا مهر لها ، و غن

[1]– راجع ، نور الدين أبو لحية ، مرجع سابق ، ص 07.

كان بعده فلها المهر ، و هو غرم على و ليها إن غره و إن كانت هي الغارة سقط مهرها أو رجع عليها به إن كانت قبضته[1]).

هذا بالنسبة للزوج أما الزوجة ، فهي أولى لأنه إذا جاز له الفسخ مع تمكنه من الفراق فلن يجوز لها الفسخ مع عدم تمكنها ،و إذا جاز لها الفسخ إذا ظهر للزوج صناعة دنيئة لا تشينه و لا في عرضه و إنما تمنع كمال لذتها و إستمتاعهابه ،فإنها إذا شرطته شابا جميلا صحيحا فبان شيخا مشوها أعمى أطرش أخرس أسود ، فكيف تلزم به و تمنع عن الفسخ ، فهذا متناقض و بعيدا كل البعد عن القياس و قواعد الشرع .

فكيف يمكن للزوجين الفسخ من أجل البرص ، و لا يمكن من أجل الجرب الذي يعتبر أشد إعداءاً من البرص اليسير و غيره من أنواع الداء .

فإذا حرم النبي عليه الصلاة و السلام على البائع كتمان عيب سلعته و حرم على من علمه أن يكتمه فكيف بالعيوب في النكاح.

3/ أنواع العيوب التي تجيز الفسخ:

تتعدد العيوب التي تجيز الفسخ حيث قسمها الجمهور إلى ثلاثة أقسام على النحو التالي :

أ- العيوب المشتركة بين الزوجين[2]:

و قد توجد في الرجل كما قد توجد في المرأة ، كما يمكن أن تكون فيهما معاً ، فمتى أصاب أحدهما بالآخر عيبا ، و به عيب من غير جنسه ، كالأبرص يجد إمرأة مجنونة كان للآخر أن يطلب مفارقته بفسخ النكاح ، و لو كان معيبا مثله، لأن الإنسان يكره في غيره ما قد يكره في نفسه.

[1]- راجع نور الدين أبو لحية ،مرجع سابق ص 8/7 .

[2]- المرجع نفسه ، ص 08.

أما إذا وجد المجبوب المرأة رتقاء ، فلا يثبت لهما الخيار ؛ لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الإستمتاع ، و إنما إمتنع لعيب نفسه .

فغن وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله فهناك قولان عند الحنابلة :

القول الأول: لا خيار لهما ؛لأنهما متساويان و لا فضل لأحدهما على صاحبه.

القول الثاني: له الخيار؛لوجود سببه ، فأشبه كما لو غر عبد بأمته.

حيث نرى أن الأرجح هو ثبوت الخيار لهما ، لوجود الغرر من كليهما فلذلك لكل منهما الحق في الفسخ لأن الزواج مبني على تدليس . و قد ذكر الجمهور هذه العيوب و هي :

- **الجنون:**

و هو[1] يثبت الخيار في قول الجمهور ، سواء كان مطبقا أو كان يجن في الأحيان ، لأن النفس لا تسكن إلى من هذه حاله ، إلا أن يكون مريضا يغمى عليه ثم يزول ، فذلك مرض لا يثبت به خيار فإن زال المرض ، ودام به الإغماء فهو كالمجنون وقد ذكر المالكية حالتين للجنون هما[2] :

- **الحالة1:** أن يحدث قبل العقد ، و حكمه إن لم يعلم به الزوج أو العكس ، فلكل من الزوجين أن يرد به الآخر قبل الدخول و بعده ، بشرط أن يقع من صاحبه ضرر كضرب أو إفساد مال ، أما إذا كان يتخبط و يفيق كالمصروع فإنه لا يرد به .

- **الحالة2:** أن يحدث بعد العقد و قبل الدخول ، و للمالكية في هذه الحالة اربعة آراء هي :

[1]- الجنون هو عدم القدرة على السيطرة على العقل ،حيث يعتبر المجنون فاقد العقل أو فاسده ، معجم المعاني الجامع www.almaany.com

[2]- راجع نور الدين أبو لحية ، مرجع سابق ص 10/9.

الـرأي1: لا يثبـت الخيـار للـزوج ، سـواء كـان ذلـك قبـل الـدخول أو بعـده ، وهـذا مـا هـو المعتمـد لأن المـرأة مستضـعفة بطبيعتهـا ،و هـي رهينـة المنـزل يمكـن إتقـاء الضـرر الـذي يترتـب علـى جنونهـا ، كمـا أن عقـد النكـاح بيـد الـزوج فيمكن أن يطلق عند عدم التمكن من دفع ضررها .

الـرأي2: لا فـرق فـي ذلـك بـين الـزوج و الزوجـة ، فـالجنون العـارض بعـد العقد يجعل الخيار لكل من الزوجين قبل الدخول و بعده .

قـال البـاجي[1]: (فـإذا قلنـا يفـرق بينهمـا فـي الجنـون ضـرب لـه أجـل سـنة يتعـالج فيهـا ، و قـد قـال مالـك : يحـبس فـي حديـد أو غيـره إن خيـف عليهـا منـه ،وهـذا فـي الـذي يخـاف عليهـا منـه ، وهـذا فـي الـذي يخـاف عليهـا منـه و هـي مـع ذلـك لا تسـتوحش مـن مجالسـته و يخـاف عليهـا مـن ذلـك الأذى ،فـإن تعافى المجنون في السنة قال مالك ، فإن برىء و إلا فهي بالخيار).

الـــرأي3: إن حـدث قبـل الـدخول كـان للمـرأة الـرد دون الرجـل ، و إن حصـل بعـد الـدخول لـيس لهـا الـرد كالرجـل ، وأشـار ابـن حبيـب إلـى التفرقـة بـين الجنـون الموجـود حـين العقـد ، و الحـادث بعـده فقـال فـيمن زوج إبنـه صـغيرا فلمـا بلـغ ظهـر أنـه أحمـق مطبـق فـأرادت هـي أو ولـي الصـغيرة الفسـخ و قالـت : كان الجنون به قديما و بالبلوغ ظهر فهذا لايعرف رغم حصوله.

الـرأي4: لا يـرد بـالجنون الحاصـل بعـد العقـد مطلقـاً سـواء عـرض للرجـل أو للمـرأة ، وقـد روى عبـد الملـك بـن الحسـن عـن ابـن وهـب فـي المجنـون سـواء كـان جنـون إفاقـة أو مطبـق إن كـان يؤذيهـا و يخـاف عليهـا منـه ، وينفـق عليهـا مـن مالـه أجـل سـنة فـإن بـرىء و إلا فهـي بالخيـار ، و إن كـان يعفيهـا مـن نفسـه و لا تخـاف منـه فـي خلوتـه بهـا فـلا حجـة لهـا و قـال نحـوه أشـهب ووجـه ذلـك أن هـذا لـيس بمعنـى مؤثر في الإستمتاع فإذا أعفاها من نفسه و لم يخف منه عليها فلا خيار لها.

[1]– نور الدين أبو لحية ، مرجع سابق ، ص 09.

- **الجذام:**

و يثبت به[1] الخيار للزوجة ، سواء كان قليلاً أو كثيراً بشرط أن يكون محققاً، أما إذا كان مشكوكاً في أنه جذام أو لا فإنه لا يرد به إتفاقاً أما الرجل فله حق الفسخ إن كان موجوداً في المرأة قبل العقد أو عند العقد ، سواء كان قليلاً أو كثيراً ، و لا حق له في الفسخ بالجذام القائم بأصولهما كالأب ،الجد،الأم خوفا من وصول الداء بطريق الوراثة لأن ذلك غير مستقين ، فلا عبرة به.[2]

و قد إختلف الفقهاء في مقدار الجذام الذي يوجب لها الخيار على قولين كلاهما للمالكية[3] :

القول الأول: ليس له حد إلا أن يكون بشعا لا يحتمل النظر إليه فلها الخيار ، و هو قول أشهب ، لأنه لا يمنع نفس الإستمتاع و إنما يلزمه فإذا لم يكن فيه أذى و لا مضرة من قبحه فلا خيار لها .

القول الثاني: إذا كان بالرجل جذام لا شك فيه ، و إن لم يكن مؤذيا و لا فاحشاً فليفرق بينهن إن طلبت ذلك ، لأنه لا تؤمن زيادته .

أما الخفي الذي يشك فيه و لا يعرف أنه جذام فلا يفرق بينهما ، و هو قول ابن وهب لأن النفوس مجبورة على كراهته و النفار ممن هو به و ذلك يمنع النشاط إلى الإستمتاع و الإنبساط إليه فإنقضى ذلك منع الإستمتاع كما لو كان الجذام بالمرأة .

---

[1]– الجذام معروف أيضا بمرض "هانسن" و هو عدوى مزمنة تنجم عن البيكتيريا الفطرية الجذامية الورمية و البيكتيريا الفطرية الجذامية ،و هو مرض جيني يصيب الجهاز العصبي المحيطي حيث أن الجذام هو علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع و يتناثر و يحدث ذلك في كل عضو و غالبا في الوجه.
https://ar.wikipedia.org/wiki/ .

[2]– راجع نور الدين أبو لحية ، مرجع سابق ص10.

[3]– المرجع نفسه ، ص 10.

حيث نرى أن الأرجح من القولين هو إعتبار الأذى و عدم إمكانية الشفاء و الأمن من العدوى في الجذام و غيره ، فإذا كان غير مؤذ لقتله و كان في نفس الوقت محتمل الشفاء أو على الأقل ضمان عدم إنتشاره و حصول العدوى لا يستحق أحد الزوجين الفسخ .

فيمكن للزوجة الرضى بحاله إذ إختلف الفقهاء فيما لو إختارت المقام مه ، ثم طلبت التفريق بينها و بينه بعد سنين بسبب جذامه و فيه قولين كالتالي:

القول الأول: يصح طلبها للتفريق ، وهو قول أشهب لأن هذا أمر يشتد ضرره و يتزايد أمره و لا يكاد يثبت على حالة واحدة .

القول الثاني: أن الإمام إذا خير زوجة الأجذم فإختارت المقام ثم قامت بعد سنين لا حجة لها إذا كان رضاها عند السلطان أو غيره إذا أشهدت إلا أن يتزايد امره و هو ابن القاسم ،لأنها إذا رضيت المقام معه عند السلطان لزمها ، لأن السلطان قد حكم بإسقاط خيارها .

نستنتج أنه في رضا الزوجة ثم نفورها بعد مدة أذى للزوج و ضرر له ،فلا يمكن لها الفسخ بعد الرضى التام حسب ما نص عليه أصحاب القول الثاني بإستثناء إذا تزايد الداء.

فلم يسمح للزوجة بالفسخ نظراً لما ينجم عنه من ضرر للزوج ، و إن أرادت مفارقة زوجها كان لها الحق في الخلع الذي يعوض بعض أضرار الزوج من فراقها.

- **البرص:** [1] و له حالتان :

[1]– البرص أحد الأمراض الجلدية الشائعة يحدث نتيجة عدم وجود خلايا صبغية ،فهو عبارة عن بقع شديدة البياض قد تظهر في بعض الأماكن.http://mawdoo3.com .

– **الحالة1: أن يكون قبل العقد** [1]: و يفرق في هذه الحالة بين كونه كثيراً ، فيجعل لكل من الزوجين الخيار في الفسخ ، أما إذا كان يسيراً فترد به المرأة بإتفاق ، و في رد الرجل باليسير من البرص رأيان :

الرأي1: و هو الرد من قليله و كثيره ، ففي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك : أترد المرأة من قليل البرص ؟ فقال : ماسمعت إلا ما في الحديث ، و مت الفرق بين قليل و لا كثير.

الرأي2: ترد من قليله و لو أحيط علما فيما خف منه أنه لا يزيد لم ترد منه ، و لكن لا يعلم ذلك فترد من قليله و هو قول ابن القاسم و دليله أن يسيره لا يؤثر في الإستمتاع ، و لكنه لا يكاد يتوقف قبل المعتاد من التزايد فكان ذلك لتيقنه بمنزلة الموجود منه .

حيث نرى أن الأصح هو الرد من قليله و كثيره قبل العقد حتى لا يتم البناء إلا على توافق تام بين الزوجين ، و مثله في كل مرض يمكن تطوره ، فالأفضل قبل البناء التروي حتى لا يحصل التفريق بعد البناء تطبيقا لقواعد إزالة الضرر.

–**الحالة2: أن يحدث بعد العقد** : ويفرق في هذه الحالة بين كونه يسيراً ، فلا رد به لأحدهما ، سواء وجد في الزوج أو الزوجة ، أما إن كان كثيراً و كان في الرجل كان للمرأة الحق في الفسخ ، وإن كان في المرأة فليس للرجل حق الفسخ ، و ذلك لأن الرجل بيده الطلاق ،فإن تضرر منها فارقها بالطلاق و الفرق بين حدوثه بعد العقد و قبله ظاهر ، لأن المفروض قبل العقد أن تكون المرأة سليمة من العيوب المنفرة ، أما بعد العقد فالبرص مصيبة من المصائب التي تعرض لأحد الزوجين ، و لما كانت الزوجة لا تملك الفراق جعل لها الخيار بخلاف الرجل الذي يملكه .

[1] – راجع نور الدين أبو لحية ، مرجع سابق ص 11 .

- **العذيطة:**

و هي[1] عيب يرد به الزوجان إذا كان قديما موجوداً في أحدهما قبل العقد ، أما إذا حدث بعد العقد أو شك في حدثه بعد العقد ، فإنه لا يثبت لأحدهما به الخيار ، و بعضهم يقول ، إن العذيطة إذا حدثت على الرجل بعد العقد كان للمرأة حق الفسخ بها ، بخلاف ما إذا حدثت على المرأة فإنها لا تجعل للرجل الحق في الفسخ ، كالجذام لأن الرجل بيده الطلاق دونها .

أما البول على الفراش أو عند الجماع أو بالريح ، فهذه لا فسخ فيها عند الجمهور ، و قال" أبو بكر و أبو حفص:" إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله فاللآخر الخيار ، و قال " أبو الخطاب" : و يتخرج على ذلك من به الباسور و الناصور و القروح السيالة في الفرج ، لأنها تثير نفره و تتعدى نجاستها ، و تسمى من لا تحبس نجوها الشريم ، و من لا تحبس بولها المشولة ، و مثلها من الرجال الأفين [2].

- **كون أحد الزوجين خنثى :**

و قد ذكر الحنابلة فيه وجهان ، أحدهما يثبت الخيار لأن فيه نفرة و نقصاً و عارا ، و هو الأرجح .

ب- العيوب الخاصة بالرجل :

و هي أربعة عيوب تتمثل في : الجب و العنة و الخصاء و الإعتراض ، و سوف نتعرض إلى كل واحد منه على النحو التالي :

- **المجبوب** : و هو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً ، أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به ، فإن بقي منه ما يمكن الجماع به ، و يغيب منه في الفرج قدر الحشفة ، فلا خيار لها لأ، الوطء يمكن ، و إن

[1]- العذيطة بفتح العين و سكون الذال ، و هي خروج الغائط عند المعاشرة الجنسية http://www.al3ez.com .

[2]- أنظر الشرح الكبير ، مرجع سابق 279/2 .

إختلفا في ذلك ، فالقول قول المرأة لأنه يضعف بالقطع و الأصل عدم الوطء .

- **العنين:** هو من له ذكر صغير لا يتأتى به الجماع ، و مثله الذي له آلة ضخمة لا يتأتى بها الجماع ، فكلاهما عيب يجعل للمرأة حق الفسخ .
- **الخصي:** هو مقطوع الأنثيين دون الذكر ، و لو إنتصب ذكره و لكنه لا يمني كان معيباً ، أما إذا أمنى فلا رد بالخصاء ، و الرد به هو مذهب المالكية و أحد قولي الشافعي و قول الشافعي و قول عند الحنابلة لأن فيه نقصاً و عاراً ، و يمنع الوطء أو يضعفه .

و قد روى أبو العبيد ، بإسناده عن أبو سليمان بن يسار ، أن إبن سندر تزوج إمرأة و هو خصي ، فقال له عمر : أعلمتها ؟ قال : لا. قال : أعلمها ، ثم خيرها .

- **المعترض:** و هو الذي لا ينصب ذكره لمرض و نحوه .

ب- العيوب الخاصة بالمرأة :

و قد إختلف الفقهاء[1] في تعدادها و أوصفها بناءاً على ندرتها من جهة ، و على إختلافهم في تفسيرها من جهة أخرى ، و سنذكر هنا رأي المالكية لأنه أكثر تفصيلاً ، و نعقبه بالآراء المختلفة في هذا التصنيف ، فقد ذكر المالكية خمسة عيوب للمرأة عرفوها كما يلي:

- **الرتق:** و هو إنسداد الذكر من الفرج فلا يمكن من الجماع ، سواء كان الإنسداد غدة لحم أو بعظم.
- **القرن:** و هو شيء بيرز في الفرج كقرن الشاة.

[1]- راجع ابن عابدين ،حاشية رد المحتار ، مرجع سابق ص 114/3 .

- **العفـــل:** و هـو لحـم يبـرز فـي القبـل ، ولا يخلـو عـن رشـح يشـبه الأدرة للرجل.
- **الإفضـــــاء:** و هـــو أن يخـــتلط مســـلك الـــذكر بمســـلك البـــول أو الغائط و يقال للمرأة حينئذ : مشروم أو شريم.
- **البخر:** و هو نتن الفرج بخلاف نتن البدن فلا رد به .

أمـا الجمهـور فمـنهم مـن جعـل القـرن و العفـل شـيئاً واحـداً ، و هـو الرتـق أيضـا ، وعرفـوه بأنـه لحـم ينبـت فـي الفـرج و ذكـره الشـافعية و الحنابلـة ، و قـال الشـافعي : "القـرن عظـم فـي الفـرج يمنـع الـوطء " و قـال غيـره : لا يكـون فـي الفـرج عظـم ، و إنمـا هو لحم ينبت فيه .

و حكـي عـن أبـي حفـص أن العفـل كـالرغوة فـي الفـرج ، يمنـع لـذة الـوطء ، و قـال أبـو الخطـاب : " الرتـق أن يكـون الفـرج مسـدودا ، أي يكـون ملتصـقا لا يـدخل الـذكر فيـه ، و الفـرن و العفـل لحـم ينبـت فـي الفـرج فيسـده ، فهمـا فـي معنـى الرتـق إلا أنهمـا نـوع آخـر ، و أمـا الفتـق فهـو إنخـراق مـا بـين مجـرى البـول و مجـرى المنـي ، و قيل : ما بين القبل و الدبر .

و لكـن هـل يعقـل أن تحصـر العيـوب التناسـلية فـي هـذه الخمـس؟ حيـث لـم يقصد الفقهاء ذلك بل هذا على سبيل المثال .

و قـد روى إبـن المـواز عـن مالـك : " أن كـل مـا يكـون عنـد أهـل المعرفـة مـن داء الفرج فإن للزوج الرد به و إن لم يمنع الوطء".

توجـد عيـوب أخـرى غيـر مـا سـبق ذكـره و هـذا مـا إتفـق عليـه الفقهـاء ، كـالقرع و العمـى و العـرج و قطـع اليـدين و الـرجلين أو أن تكـون المـرأة سـوداء ، حيـث لا علاقـة لهـا بالكفـاءة و لا يثبـت بهـا الخيـار إلا إذا إشـترط الصـحة فلـه أن تـرد و إلا لا بستطيع ردها ، حيث إستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

- أنها لا تمنع من الإستمتاع المعقود عليه ، و لا يخشى أن تعديه ، فلا يفسخ به النكاح كالعمى و العرج.
- أن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس ، و لا نص في غير هذه و لا إجماع و لا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من فرق.

فهناك ما يجب إضافته لهذه العيوب كالأمراض الخطيرة المعدية كالسيدا التي أصبحنا نسمع عنها الكثير في عصرنا ، مما تؤثر بالعدوى للمرأة و الرجل و حتى النسل.

وحتى يتم التفريق بالعيب يجب توفر جملة من الشروط ذكرها الفقهاء مع الإخلاف في تفصيلها نذكرها كالتالي:

- **عدم العلم به وقت العقد :**

إتفق الفقهاء على أنه من شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب ، أن لا يكون عالما بها وقت العقد و لا يرضى بها بعده ، قال إبن قدامة : "لا نعلم فيه خلافا "

و قد روي أن عمر إبن الخطاب رضي الله عنه " رفع إليه خصي تزوج إمرأة و لم يعلمها ففرق بينهما ، ففي المدونة :(أرأيت المجبوب و الخصي هل يحصنان المرأة ؟ قال : نعم في رأيي ؛لأن المرأة إذا رضيت بأن تتزوج مجبوبا أو خصياً قائم الذكر فهو وطء يجب فيه الصداق ، و يجب بوطء المجبوب و الخصي الحد ، فإذا كان هكذا فجماعه في النكاح إحصان و هو نكاح صحيح إلا أن لها تختار إن لم تعلم و إن علمت فرضيت فوطئها بعد علمها فهو نكاح).

فماذا لو ظن أن العيب يسيرا فبان كثيراً ، كمن ظن أن البرص في قليل من جسده ، فبان في كثير منه و مثله ما لو رضي بعيب فزاد به العقد ، مثل أن يكون به قليل البرص فينبسط في جلده ، فلا خيار له في ذلك بخلاف ما لو رضي

بعيب فبان غيره و هذا قياسا على الرضى في عيوب البيع ، فإن رضي به أصبح عالما به ، فهنا ليس لديه خيار إلا إذا وجد عيبا لم يعلم به .

حيث يجب أن يوصف العيب و صفا دقيقا لإمكانية الخيار و الفسخ إذا زاد عن ما وصف فقد ترضى المرأة بمرض دون غيره ، إذ لا يصح الإطلاق في القول ، لهذا نرى أن يقبل قول كل واحد من الزوجين إذا إدعى عدم العلم الدقيق بتفاصيل المرض.

- **الفورية :**[1]

إختلف الفقهاء على قولين :

– **القول1:** أن خيار العيب ثابت على التراخي ، لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول أو الإستمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة و هو قول للحنابلة و قول للحنفية ، فقد نصوا على أنه ما يبطل به الخيار نوعان : نص و دلالة:

النص:هو التصريح بإسقاط الخيار و ما يجري مجراه نحو أن تقول أسقطت الخيار أو رضيت بالنكاح أو إخترت الزوج و نحو ذلك سواء كان ذلك بعد تخيير القاضي أو قبله.

الدلالة: هي أن تفعل ما يدل على الرضا بالمقام مع الزوج بأن خيرها القاضي ، فأقامت مع الزوج مطاوعة له في المضجع و غير ذلك ، لأن ذلك دليل الرضا بالنكاح ، و المقام مع الزوج و لو فعلت ذلك بعد مضي الأجل قبل تخيير القاضي لم يكن ذلك رضا ، لأن إقامتها معه بعد المدة قد تكون لأختياره ، و قد تكون للإختيار بحاله ، فلا تكون دليل الرضا مع الإحتمال ، و هل يبطل خيارها بالقيام عن المجلس ،

و استدلوا على ذلك

[1]– راجع ابن قدامة ،المغني ، مرجع سابق 143/7 .

بما يلي :

– أنـه خيـار لـدفع ضـرر متحقـق ، فكـان علـى التراخـي كخيـار القصـاص و خيار العيب في المبيع يمنعه .

– عـدم صـحة القيـاس علـى الخيـار فـي البيـع ، لأن ضـرره فـي المبيـع غيـر متحقـق ، لأنـه قـد يكـون المقصـود ماليتـه أو خدمتـه و يحصـل ذلـك مـع عيبـه بخـلاف المقصود من الزواج الذي هو الإستمتاع ، فإنه يفوت ذلك بعيبه.

– **القــول2:** أن خيــار العيــب ثابــت علــى الفــور ، فمتــى إختــار الفســخ مــع العلـم و الإمكـان بطـل خيـاره و لـزم العقـد ،و هـو قـول الشـافعي و قـول الحنابلـة و هـو قـول الإماميـة ، و إسـتدلوا علـى ذلـك بأنـه خيـار الـرد بالعيـب ، فكـان علـى الفـور كالذي في العيب.

و عليـه فالخيـار يختلـف بـإختلاف العيـوب شـدة و نوعـاً ، و بـإختلاف المخيـر زوجـاً أو إمـرأة ، و بـإختلاف الظـروف الداعيـة إلـى تأجيـل التصـريح بطلـب التفريـق ، حيث أن التنصيص على قول واحد مع إختلاف الإعتبارات يعتبر خطأ .

فَلِمَـا إشـترطه أصـحاب القـول الأول للدلالـة علـى الموافقـة سـواء بالتنصـيص أو بدلالـة الحـال إعتبـاراً و قـوة ، فلـذلك كـان الأرجـح هـو أن نتـرك لهـم الفرصـة للتثبـت و التحقق إلى غاية الوصول لقرار نهائي من القبول أو الرفض.

- **أن يتم ذلك على يد القاضي :**

إتفـق الفقهـاء علـى إعتبـار هـذا الشـرط ، فيحتـاج الفسـخ إلـى حكـم القاضـي حيـث إستدلوا على ذلك بمايلي :

– أن هـذه الفرقـة فرقـة بطـلان ، و المـرأة لا تملـك الطـلاق ، و إنمـا يملكـه الـزوج إلا أن القاضي يقوم مقام الزوج .

– أن هـذه الفرقـة يخـتص بسـببها القاضـي ، لمـا قـد يكـون فيهـا مـن التأجيـل ، لأنـه لا يكون إلا من القاضي فكذا الفرقة المتعلقة به كفرقة اللعان .

- **حصول العيب قبل العقد :**[1]

إختلف الفقهاء في إعتبار هذا الشرط ، حيث ماذا لو حدث العيب بأحدهما بعد العقد ، و لهذا ظهر لهما قولين:

القول1:يثبت لهما الخيار و هو قول الحنابلة ، و قول للشافعية ، و إستدلوا على ذلك بما يلي :

– أنه عيب النكاح يثبت الخيار مقارنا .

– أنه عقد على منفعة ، فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة.

– أنهما متساويان فيما إذا كان العيب سابقا ، فتساويا فيه لاحقي كالمتبايعين.

– أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني ينتقض بالعيب الحادث في الإجارة.

القول2:لا يثبت الخيار و هو قول مالك و أبي بكر و ابن حامد ، و هو قول الإمامية فقد نصوا على أن العيوب الحادثة للمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ ، و ما يتجدد بعد العقد و الوطء لا يفسخ به، و في المتجدد بعد العقد و قبل الدخول تردد ظاهره أنه لا يبيح الفسخ.

القول3: إن حدث بالزوج أثبت الخيار ، و إن حدث بالمرأة لا يثبته و هو قول الشافعية و قول المالكية ، لأن الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة .

و لهذا يرجح هذا القول لأن الرجل يمكنه التفريق بالطلاق بخلاف المرأة ،و المسألة مع ذلك تختلف عن العيوب الحادثة قبل العقد ،لأنه في الذي كان موجودا به قبل العقد و سكت عن ذكره دل على قصده للخديعة و الإضرار بها و الذي حدث به بعد العقد غير قاصد إليه ، فلذلك ترغب الزوجة في الصبر مع زوجها إلا إذا أحال عيبه العيش معه.

[1]– راجع نور الدين أبو لحية ، مرجع سابق ص 18/17.

و رجوعا إلى الفرق بين الطلاق و الفسخ ذهب المالكية إلى أنه يكمن في السبب الموجب للفُرقة ، فإن كانت فُرقة من زواج صحيح و كان سببها لا يستوجب حرمة مؤيدة بين الزوجين ، سواء كانت من الزوج أو من يقوم مقامه ، أو من قبل الزوجة أو من قبل القاضي عُدَت طلاق ، و ما إذا كانت عن زواج فاسد فيعد ذلك فسخا .

و تعد عندهم الفرق التالية طلاق:

تطليق الزوج بسبب الخلع أو العيب في أحدهما أو إعسار الزوج عن نفقة زوجته أن التفريق للضرر أو بسبب الإيلاءأو عدم الكفاءة .

و مايعد عندهم فسخا:

التفريق بسبب اللعان أو بسبب فساد عقد الزواج أو بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام.

ثالثاً : موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للعيوب :

وضع المشرع الجزائري عدة شروط حتى يمكن أن يكون العيب الموجود بالزوج سببا للتفريق بين الزوجين بناء على طلب الزوجة، تتمثل هذه الشروط في:

- أن يكون العيب موجودا بالزوج فقط دون الزوجة، لأن العيوب إذا كانت في الزوجة فالزوج يملك طلاقها في أي وقت يريد بإرادته المنفردة .
- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج، أي تمنع الدخول والإستمتاع، أو الأمراض الضارة أو المنفرة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على المودة والألفة.

- أن لا تكون عالمة بحال زوجها قبل التعاقد، فإن تزوجته وهي تعلم بوجود العيب، سقط حقها في طلب التطليق، لأن زواجها منه حينئذ يعتبر بمثابة رضا منها بالعيب وإسقاطا لحقها في طلب التطليق[1] .
- أن يتم إثبات ما تدعيه الزوجة بكافة وسائل الإثبات بالخبرة أو شهادة الشهود، أو الإقرار أو غيرها.

فإذا رفعت الزوجة دعوى التطليق لعيب ما بزوجها على المحكمة طبعا أن تتأكد من وجود العيب، وذلك بالإعتماد على أهل الخبرة والعلم، هذا إن لم يكن هناك إقرار من طرف الزوج وبعد التأكد من وجود العيب لا بد من معرفة مدى قابليته للعلاج فإن كان هناك أمل للعلاج، وجب على المرأة أن تنتظر مدة سنة، يمهل فيها القاضي زوجها من أجل العلاج، فإن لم يشفى يقضي القاضي بالتطليق.

ورغم أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص على منح أجل أو مهلة للزوج من أجل العلاج والشفاء من العيب، خاصة إذا كان العيب قابلا للزوال والشفاء، إلا أنه جرى القضاء في الجزائر على منح مثل هذه المدة للزوج و إنتظار إنتهائها ومدى شفاء الزوج من العيب المثار بسببه دعوى التطليق من طرف زوجته، وما يؤكد ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ:

1984/11/19 حيث جاء فيه :" من المقرر في الفقه الإسلامي وكل ماجرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته، يُضرَب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الإجتهاد القضائي استقر أن تكون الزوجة أثناء المدة بجانب زوجها وبعد إنتهاء هذه المدة، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم لزوجته بالتطليق،

[1]– راجع بالحاج العربي ، صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، عدد 03، الجزائر ، 1990، ص 570، ص571.

وعليه فإن القضاء بمايخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية "[1].

كما صدر في هذا الإطار قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 جاء فيه : " من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً ، و متى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينجب طيلة هذه المدة ، مما أدى بالزوجة أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب ، و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما و متى كان ذلك إستوجب رفض الطعن "

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يحدد العيوب التي يمكن لزوجة المصاب بها أن تطلب التطليق على أساسها، وحسناً فعل عندما لم يحددها.

غير أنه لم يتطرق لحالة حدوث العيب بعد الزواج وبعد الدخول بالزوجة، ولم يبين حكم القانون بالنسبة لهذه الحالة.

كذلك ما يعاب على المشرع الجزائري أنه حصر العيوب في تلك العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج، قاصداً بذلك العيوب التناسلية متجاهلا العيوب الأخرى التي قد تنفر الزوجة من زوجها حتى ولو لم تؤثر على الهدف من الزواج، خصوصا إذا كانت تجهلها قبل العقد أو الدخول مثل العرج والعمى وباقي الإعاقات الأخرى.

و أخيرا تجدر الإشارة إلى أنه يثبت العيب بكافة الأدلة و الوسائل القانونية الممكنة مثل شهادة الشهود و الشهادات الطبية المعتمدة و ذلك سواء تعلق الأمر بوجود المرض ، أو بمدى خطورته على الحياة الزوجية و على الزوجة بنفسها .

[1]– أنظر المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم : 437841، الصادر بتاريخ : 1984/11/19، المجلة القضائية ، عدد 03، 1989 ،ص 73.

حيث يجوز للقاضي أن يأمر بعرض الزوج المدعى عليه على طبيب خبير من تلقاء نفسه إذا كانت الزوجة قد عجزت عن إثبات ذلك بالوسائل الأخرى .

كما تجدر الملاحظة أن السيدا يعتبر من الأمراض الحديثة و التى اصبحت أكثر إنتشاراً ، و التي تبيح هي الأخرى طلب التطليق .

الفرع الثالث :التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

الهجر في المضجع هو التباعد، ويقال هجر أي تباعد عنه، والمضجع هو محل الاضطجاع، قيل أن يوفيها ظهره عند الاضطجاع وقيل هو كناية عن ترك جماعها[1] فالهجر في المضجع هو عجز الزوج فراش الزوجة بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة نوم الزوجية، وذلك بالإعراض عنها، وعدم قربانها في حدود الشرع [2] .

لقوله سبحانه:" وَ إِصْبِر عَلَى مَا يَقُولُونَ وَأُهْجُرْهُمْ هَجْراً جَمِيْلاً "[3].

والأصل في الهجر في المضجع أنه شرع كوسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته، بغرض تهذيبها وإرجاعها إلى طاعته فلإسلام أوجب على الزوجة طاعة زوجها ولم يبح لها النشوز والعصيان.

أولاً: موقف الفقهاء من التطليق للهجر في المضجع

الواجب على الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها و مجامعتها ، لأن ذلك يعد من أهم الأسباب الدافعة له ، و قال فقهاء الإسلام أن الرجل مفروض عليه مجامعة زوجته و أدنى ذلك مرة في كل طهر و إلاّ فهو عاص لله تعالى كما

[1]– طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر،2009، ص 118.

[2]– بالحاج العربي ، صور الطلاق في قانون الأسرة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، عدد 03،الجزائر ، 1990 ،ص 575/574.

[3]– سورة المزمل ، الآية 10.

حدّث بذلك الإمام ابن حزم و برهانه في ذلك قوله تعالى: " **فَإِذَا تَطَهَرْنَ فَأْتُوهُن من حَيْثُ أَمَرَكُمْ الله** ".

و تبنى جمهور العلماء رأي الإمام إبن حزم بوجوب الرجل معاشرة زوجته إذا لم يكن له عذر.

أما الشافعي ، فإعتبر معاشرة الرجل لزوجته ليس من قبيل الواجب بل من باب الحق الذي يتمتع به ، و قال أحمد بن حنبل انه مقدر بأربعة أشهر لأن الله قدره في حق المولى بهذه المدة ، فكذلك في حق غيره [1].

و المسألة فيها قصة إذ أن عمر ابن الخطاب سمع إمرأة و هي تقول :

تطاول هذا الليل و إسود جانبه ******** و طال عليَ أن لا خليلألاعبه

و الله لولا خشية الله وحده ******** لحرك من هذا السرير جوانبه

و لكن ربي و الحياء يكسفني ******** و أكرم بعلي أن توطأ مراكبه

فسأل عنها عمر فقيل له فلانة و زوجها فأقفله (أي أرجعه) ،ثم دخل على حفصة فقال : يا بنية ، كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت : سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا؟

فقال : لولا أني أريد النظر للمسلمين ماسألتك ، فقالت : خمسة أشهر .....ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً و يقيمون أربعة أشهر و يسيرون راجعين شهراً .

من هنا توارث أن الزوجة لا تستطيع الصبر عن زوجها أكثر من أربعة أشهر للأدلة التي ذكرناها سابقاً ، فإذا ثبت أن الزوج هجر زوجته في الفراش لأكثر من أربعة أشهر جاز التطليق بينهما بناءً على طلب الزوجة للضرر و الذي لحقها جراء عدم تحصينها ، و عبء الإثبات يقع عليها .

[1]– راجع باديس ذيابي ،مرجع سابق ص 40.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الهجر في المضجع :

وبغض النظر عن الهدف الذي يرجوه الزوج من هجره لزوجته في المضجع، فإنه يحق للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي إذا تجاوزت مدة الهجر في المضجع أربعة أشهر متتالية.

ويشترط للتطليق للهجر في المضجع في القانون الجزائري، توافر شروط أساسية معينة حتى يمكن للزوجة أن تلجأ للقضاء وهي:

- أن يهجرها زوجها في المضجع، ويترك فراش الزوجية ويدير لها ظهره ولا يعاملها معاملة الأزواج بل ينصرف عنها ويهمل وجودها.
- أن يستمر هذا الهجر لمدة تفوق أربعة أشهر متتالية بحيث لا يقع بين الشهر

والآخر أي اتصال بينهما ولو لمرة واحدة طيلة هذه المدة، وإن وقع ذلك ولو لمرة واحدة فلا نكون بصدد هجر أربعة أشهر حقيقية[1].

- أن يكون هذا الهجر عمديا ومقصودا وأن لا يكون هناك ما يبرره لا من الناحية الشرعية ولا من الناحية القانونية.

وأما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو في الخدمة العسكرية أو في مكان آخر من أجل القيام بوظيفته، فإن الهجر في هذه الحالات له مبرراته و أسبابه المعقولة.[2]

إن المشرع الجزائري في تقنينه لحالات التطليق لم يهمل هذا السبب لما له من أضرار و مساوىء و إنعكاسات نفسية و إجتماعية خطيرة ، غير أن مسألة الإثبات و الخوض فيها يعد أمراً من الصعوبة بمكان لدقة و حساسية هذه الصورة،

[1]– نعيمة تبودوشت، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلاميةو القانون الوضعي ، مذكرة لنيا شهادة الماجيستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ،2000،ص 135.

[2]– بالحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص289.

و نتيجة لذلك لم نجد على صعيد الإجتهاد القضائي شيئاً يصب صراحة على هذه الفقرة إلا تلميحاً له مثلما نلحظه في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16 متعلق بالتطليق قبل البناء جاء فيه مايلي:

" من المقرر قانوناً أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعاً حيث تبين في قضية الحال أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة و لم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة مادياً و معنوياً مما يثبت تضررها شرعاً طبقاً لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ، و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة و إلغاء عقد الزواج و تعويضها على أساس تعسف الزوج و ثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون "[1].

حيث أكد القرار ،أن المدة الطويلة التي عقد فيها الطاعن القران على المطعون ضدها لم يتم بإتمام إجراءات الزواج ، لا سيما فيما يتعلق بالبناء و في ذلك أقر بضرر الزوجة معنوياً و مادياً.

و عدم البناء بها لمدة طويلة يجسد الأساس القائل بهجر الزوج عن زوجته و تقاعسه عن تحصينها ، لا سيما و هي زوجته من الناحية الشرعية و الرسمية ، فبقاء الزوجة على ذمة زوجها لمدة طويلة دون الدخول بها و معاشرتها أمر فيه ضرر شرعي .

الملاحظ على هذا القرار أنه تطرق لمسألة الهجر و عدم القيام بواجب التحصين من طرف الزوج بسبب عدم الدخول بها ، إلاَّ أنه تعتمد عدم ذكر الأساس بوضوح و إكتفى بإعتبار الأساس هو الضرر المعتبر شرعاً تسهيلاً على نفسه في تزكية الحكم المنتقد.

غير أن هذا الرأي محل مناقشة، حيث أن القول بتأسيس التطليق على أساس الهجر في المضجع قول غير صحيح ذلك أن الهجر في المضجع يقتضي

[1]- باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص 48.

أن الدخول قد تم و أن الهجر قد وقع في بيت الزوجية غير أن من وقائع القضية يتبين أن سبب طلب التطليق هو تقاعس الزوج عن القيام بالدخول مدة طويلة بما ألحق ضرراً بالزوجة و هذه الحالة غير مذكورة بذاتها كسبب من أسباب الطلاق بما يقتضي إدخالها في المعيار العام الذي ورد في نص المادة 53 في فقرتها الأخيرة إذ يتعلق الأمر بالضرر المعتبر شرعاً لذلك فقد أصاب القاضي في تأسيس حكمه بالطلاق على الضرر الذي أصاب الزوجة.

الفرع الرابع :التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية:

قد يرتكب الزوج بعض الجرائم ، ويعاقب عليها قانوناً مما قد يلحق الضرر بزوجته، لاسيما إذا حكم عليه بالسجن لسنوات طوال، فهل يمكن للزوجة هنا أن تطلب التطليق بمجرد الحكم على زوجها في جريمة ما، بغض النظر عن نوع الجريمة المرتكبة أو نوع العقوبة المحكوم بها حتى؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال التعرض لموقف الفقهاء والمشرع الجزائري من هذه المسألة .

أولاً : موقف الفقهاء من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ما:

لقد إختلف الفقهاء في مدى جواز التطليق بسبب الحكم على الزوج بجريمة ما، فمنهم من أجاز ذلك ومنهم من لم يجز ذلك.

فالحنفية لا يرون الحكم على الزوج بالحبس سببا للتفريق، طالت المدة أو قصرت، وفقههم في الأخذ بهذا متناسق، لأنهم لا يرون الغيبة سببا للتفريق سواء بعذر أو لغير عذر.

أما الحنابلة فالأرجح عندهم عدم التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس، لأن الغيبة في هذه الحالة بعذر، وإن كان العذر في ذاته غير مشروع.

أما المالكية فيجيزون التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس، لأنهم يعتبرون مطلق الغيبة بعذر أو بدون عذر سببا يجيز للزوجة طلب التطليق، وعلة التفريق بسبب الحبس هو الضرر الذي قد يصيب الزوجة جراء ذلك[1].

ثانياً : موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة :

في البداية تجدر الإشارة إلى أن المادة 4/53 من قانون الأسرة الجزائري تم تعديلها بموجب الأمر 05 – 02 ، حيث كانت تنص قبل التعديل على :"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، حيث قام بحذف" العقوبة الشائنة"، كما قام بحذف العبارة الدالة على تحديد مدة العقوبة" أكثر من سنة"، واكتفى بالنص على الآتي:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق "

4– " في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ".

و بتحليل نص المادة 4/53 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري وضع عدة شروط حتى تقبل دعوى التطليق و يحكم للزوجة بالتطليق ، تتمثل هذه الشروط في :

- يجب أن يصدر ضد الزوج حكم في جريمة معينة ، حائز لقوة الشيء المقضي

فيه ، بحيث يصبح غير قابل للطعن فيه لا بالطرق العادية و لا الطرق غير العادية .

[1]– راجع محمد كمال الدين إمام ، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، مصر ، 1996، ص 273.

ولا يهم ما نوع العقوبة المحكوم بها على الزوج، إذ قد تكون عقوبة سالبة للحرية كالسجن أو الحبس، كما قد تكون عقوبة غير سالبة للحرية مثل الغرامة، فالمشرع لم يحدد نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية أم لا ، مثل ما كان منصوص عليه في المادة 4/53 من قانون الأسرة قبل التعديل الأخير، التي كانت توجب كشرط للحكم بالتطليق أن يصدر ضد الزوج حكم بجريمة معينة بالحبس لمدة أكثر من سنة، فالمشرع حدد مدة العقوبة بسنة فأكثر، فإن كانت مدة العقوبة أقل من سنة؛ لا يجوز الحكم بالتطليق في هذه الحالة، وبموجب التعديل الأخير لم يشترط المشرع نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية أم لا كما لم يحدد مدتها.

- أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، أي أن تكون الأفعال التي ارتكبها الزوج من تلك التي تمس شرف الأسرة وسمعتها.

والإشكال الذي يثور هو ما هي الجرائم الماسة بشرف الأسرة ؟ فعبارة " شرف الأسرة " واسعة المدلول، ويمكن أن يندرج تحتها الجرائم الأخلاقية كالإغتصاب وهتك العرض مثلا، ولعل هذا ما كان يقصده المشرع من خلال عبارة "جريمة ماسة بشرف الأسرة "[1] ، خاصة وأنه لا يوجد تصنيف معين للجرائم التي تمس بشرف الأسرة في قانون العقوبات الجزائري.

ولقد أحسن المشرع حين تدارك الوضع وعدل هذه الفقرة بإزالة وحذف عبارة "عقوبة شائنة" حيث أنه كان قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري يصف العقوبة التي يحكم بها القاضي على الزوج بالشائنة، تاركا الفعل المرتكب من قبل الزوج، وكان الأجدر به أن يصف الفعل المرتكب من الزوج لا العقوبة التي يحكم بها القاضي .

[1]– راجع د. بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، 2008.

- أن تستحيل مع هذه الجريمة مواصلة العشرة و الحياة الزوجية ، فتتغير العلاقة بين الزوجين و تتوتر بسبب هذا الحكم ، و يتحول الحب و المودة إلى بغض و كراهية ، و تستحكم الخلافات الحادة بينهما ، فيستحيل إستمرار الحياة بينهما .

فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة ،جاز للقاضي أن يحكم بالتطليق.

مثال[1]:

صدر عن مجلس قضاء سيدي بالعباس قرار بتاريخ 2004/05/25 قضى بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه بسبب الحكم عليه بعقوبة شائنة مقيدة للحرية المتمثلة في إدانته من مجلس قضاء سيدي بالعباس في 2001/10/14 بجرم المتاجرة في المخدرات طبقا للفقرة الرابعة من المادة 53 ، و أسند حضانة الأولاد لأمهم مع تقرير حق الأب في زيارتهم جاء فيه أنه :

" حيث أن المستأنفة تلتمس إلغاء الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2004/04/23 القاضي بعودة المستأنفة إلى بيت الزوجية ، و الحكم من جديد بتطليقها من المستأنف عليه طبقاً للفقرة الخامسة من المادة 53 الفقرة 4 من قانون الأسرة ، و الأمر بتسجيل هذا القرار على هامش وثائق الحالة المدنية للطرفين ".

الفرع الخامس: التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة:

بما أنه من واجب الزوج المحافظة على الأسرة و رعايتها بإعتباره هو رب الأسرة ،حيث يؤدي غيابه إلى إهتزاز كيان الأسرة و إستقرارها ، فهل يمكن للزوجة التي غاب عنها زوجها عن مسكن الزوجية أن تطلب التطليق لذلك؟

[1]– أنظر مذكرة تخرج بعنوان ،التطليق و الفرق بينه و بين الخلع ، المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة الثالثة عشر ، سنة 2005/2004 ، سيدي بالعباس ، ص 48.

إستمد المشرع الجزائري هذه الفقرة المتمثلة في الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر من مذهب الإمام مالك ، و الذي يوافقه فيه الإمام أحمد و ذلك بإعتمادهما أنه يجوز للزوجة طلب التطليق دفعاً للضرر عنها.

لكن المشرع الجزائري أضاف لغيبة الزوج بدون عذر النفقة أيضاً ، و ألصقها بهذه الفقرة رغم أن الإمام مالك يرى أن للزوجة الحق في التطليق من زوجها إذا غاب عنها حتى و لو كان له مال تنفق منه.

و عليه سنحاول تبيان موقف الفقهاء و المشرع الجزائري في هذا الشأن ،و لكن قبل ذلك لابد من تحديد مفهوم الغياب .

- **المقصود بالغيبة:**

يقصد بالغيبة أو الغياب أن يكون الرجل في موضع لا يسهل إحضاره أمام القضاء ، و مراجعته فيما تدعيه زوجته عليه ، سواء كان غائبا عن البلد حقيقية أو كان مختفيا في البلد نفسه ، و سواء كانت غيبته مسافة قصر الصلاة أم كانت دونها .

غير أنه يرجح بعض الفقهاء أن الرجل لا يكون غائباً إلا إذا كان خارج بلدته التي يقيم فيها مع زوجته ، على أن تكون تلك الغيبة مسافة القصر أو أكثر.[1]

أولاً: موقف الفقهاء من التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة

اختلف الفقهاء في التطليق بسبب الغياب، فالحنفية والشافعية لا يرونها سببا للتفريق وإن طالت مدة الغياب، لإنعدام ما يصلح أن يكون سببا لذلك، ولعدم وجود دليل شرعي يجيز ذلك.

بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التطليق بسبب الغيبة الطويلة التي تستوحش منها الزوجة وتتضرر منها،و تخشى فيها على نفسها من الوقوع في

[1]– محمد سمارة ،مرجع سابق ، ص 342.

الحرام حتى و إن تيسرت لها النفقة، لكن هؤلاء إختلفوا في نوع الغيبة ومدتها وفي التفريق حالاً وفي نوع الفرقة.

ففي رأي المالكية :أنه لا فرق بيَن في نوع الغيبة بين أن تكون بعذر كطلب العلم أو العمل أو التجارة أو بغير عذر، وجعلوا حد الغيبة الطويلة سنة فأكثر على المعتمد، وفي رواية أخرى ثلاث سنوات.

ويفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة إن كان مكان الزوج مجهولا ، وينذره إما بالحضور أو الطلاق أو إرسال النفقة، ويحدد له مدة بحسب ما يرى إن كان مكان الزوج معلوماً و يكون الطلاق بائناً وفي رأي الحنابلة :تجوز الفرقة للغيبة إلا إذا كانت لعذر، فإن كانت لعذر فلا يجوز التفريق بينهما، وحدُّ الغيبة 6 أشهر فأكثر، أخذا من فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حيث كان يأمر الجند بالعودة إلى نسائهم كل أربعة أشهر .ويفرق القاضي في الحال متى أثبتت الزوجة ما تدعيه، والفرقة تكون فسخاً لا طلاقاً؛ لأنها فرقة من جهة الزوجة، والفرقة من جهة الزوجة تكون عندهم فسخاً.

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة:

أجاز المشرع الجزائري التطليق للغياب حسب الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، غير أنه وضع شروطا لذلك، تتمثل هذه الشروط في:

- أن يغيب الزوج غيبة طويلة تفوق السنة، تحسب هذه المدة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى، لأنه لا يجوز للزوجة أن ترفع الدعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها منه، إذا كان غيابه لم يمضي عليه سنة من الزمن.

ومن هنا يظهر أن المشرع أخذ بالمذهب المالكي في تحديد المدة بسنة فأكثر.

- أن يغيب الزوج عن زوجته دون عذر شرعي وقانوني مقبول دفعه لذلك، ذلك أنه لو غاب الزوج عن زوجته لمدة سنة أو أكثر بسبب تأديته الخدمة العسكرية، أو لتأدية خدمة عامة أو من أجل التعلم أو العمل وما شابه ذلك، فإنه لا تقبل دعوى التطليق لغياب الزوج في مثل هذه الحالات.[1]

واشترط المشرع الجزائري أن تكون الغيبة بدون عذر مقبول متبع اً في ذلك مذهب الحنابلة.

- أن يغيب الزوج عن زوجته دون أن يترك لها مالا تنفقه على نفسها وأولادهما، أما إذا غاب لمدة سنة بعذر أو بغير عذر وترك لها مالا تنفق منه على نفسها وأولادهما، فإنه لا يجوز لها طلب التطليق في هذه الحالة.

وعلى القاضي أن يتأكد من توفر كل هذه الشروط حتى يحكم بالتطليق، فإن تخلف شرط واحد من هذه الشروط ترفض الدعوى ولا يحكم لها بالتطليق.[2]

و يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يبين إن كان التفريق للغيبة طلاقاً رجعياً أو بائناً أو فسخاً ، و هذا خلافاً لما تضمنته التشريعات العربية الأخرى ، و التي أجازت التفريق للغيبة لمدة سنة فأكثر بغير عذر مقبول ، بعد إنذار الزوج بتطليقه عليها إن لم يحضر أو ينقلها إليه أو يطلقها.

و تكون الفرقة طلاقاً بائناً في القانون المصري ، أما القانون السوري فيختلف عن المصري في أن الفرقة تكون طلاقاً رجعياً.

---

[1]– تركماني نبيلة ، أسباب الطلاق و آثاره القانونية و الإجتماعية ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ،2001 ص 59.

[2]– اليزيد عيسات ، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستسر في القانون الخاص فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ،2003،ص 133،ص 134 .

الفرع السادس: التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري

أباحت المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري تعدد الزوجات، لكنها وضعت له قيوداً وألزمت الزوج باحترام هذه القيود، فهل يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة زوجها أحكام هذه المادة؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه، مبينين في ذلك موقف الفقهاء والمشرع الجزائري حول هذه المسألة.

أولاَ: موقف الفقهاء من التطليق لزواج الزوج من إمرأة أخرى :

جدير بالذكر في البداية أن الإسلام على خلاف ما يدعيه مهاجموه لم يشرع تعدد الزوجات .ولم ينشئه نظاما جديدا جاء به .وإنما وضع له من الأحكام ما يضبطه ويجعل للمرأة فيه وضعا و كرامة ، فلا تقبل زوجا لا ترضاه، ولا زوجا في عصمته إمرأة أخرى ،ومشروعية تعدد الزوجات مستمدة من قوله عزوجل[1]: "**وَ إِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي اَلْيَتَامَى فَانْكَحُواْ مَا طَابَ لَكُمْ مِنْ النِسّاءِ مَثْنَى و ثُلاَثَ و رُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَ تَعْدِلُوْا فَوَاحِدَةُ أَوْ مَا مَلَكَتْ أيْمانكُمْ ذالِكَ أَدْنَى ألاَّ تَعُوْلُواْ** "

ورغم إلزام الزوج بالعدل بين زوجاته، قد لا يتمكن من ذلك، وهذا الأمر شائع الحدوث، فالرسول صلى الله عليه وسلم مثلا حين كان يقسم بين زوجاته أمهات المؤمنين، كان يقول:

" اللهم هذه قسمتي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك ". فالعدل بين الزوجات و ما يسببه إنعدامه من ضرر لإحدى الزوجات هو أساس طلب التطليق من الزوجة المضرورة، ووفقاً للإمام مالك فإنه يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التطليق إذا ما أصابها ضرر جراء زواج زوجها من إمرأة أخرى، أي التطليق للضرر الناتج عن عدم العدل بين الزوجات، وليس لتعدد الزوجات.

[1]– سورة النساء الآية 03.

ثانياً : موقف قانون الأسرة من التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري على أنه :

"يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل.

ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي هو مقبل على الزواج بها، أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما، وأثبت الزوج المبرر الشرعي، وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

من خلال هذه المادة نستخلص عدة شروط لابد من توافرها لتعدد الزوجات وهي:

- وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، والمشرع الجزائري في هذا الصدد لم يوضح ما هو المبرر الشرعي مما يجعل الأمر موكولا إلى الاجتهاد القضائي لتعريف هذه العبارة، فقد تكون المبررات الشرعية كمرض الزوجة الأولى أو عقمها، أو وجود الزوج خارج القطر الوطني لمدة طويلة، وعدم استطاعته على جلب زوجته الأولى وأبنائه منها إلى المكان الذي يوجد فيه.
- ضرورة توفر شروط ونية العدل بين الزوجات، والملاحظ أن المشرع الجزائر إستعمل عبارة " شرط ونية العدل "دون أن يوضح ما المقصود بشرط ونية العدل، ولعلها تفيد في مرحلة أولى شروط العدل المادي أي كل زوجة تتمتع ماديا بما تتمتع به الأخرى من مستوى في السكن والإنفاق واللباس، والمأكل وغيرها، وأما نية العدل فهي بطبيعة الأمر موكولة

إلى ضمير الزوج المقدم على الزواج ثانية وهو أمر مستبعد مبدئياً، إذ أن الزوجة الثانية عادة ما تحظى بمعاملة أحسن من الزوجة الأولى، وغالبا ما يفشل الزوج في العدل بين زوجاته خاصة من ناحية العواطف ، و هذا ما نجده في قوله عزوجل [1]: " **وَ لَنْ تَسْتَطِيْعُواْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ اَلْنِسَاءِ وَلَوْ حَرِصْتُمْ فَلاَ تَمِيْلُواْ كُلَ اَلْمَيْلِ فَتَذَرُوْهَا كَالْمُعَلَقَةِ وَ إِنْ تُصْلِحُواْ وَ تَتَقُواْ فَإِنَ اَللهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيْماً** ".

- إخبار الزوجة التي هي في عصمته برغبته في الزواج بأخرى، وكذلك إخبار المرأة التي ينوي العقد عليها والزواج منها بأن في عصمته زوجة أخرى، فإن تخلف هذا الشرط جاز للزوجتين السابقة واللاحقة أن تطلب التطليق بناءا على غش الزوج لهما أو لإحداهما.
- وجوب تقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وعلى القاضي أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة و المرأة المقدم على الزواج منها، وكذا من توفر المبرر الشرعي وقدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية فإذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول[2].

لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه رغم تشديده على ضرورة حصول الزوج على ترخيص بالزواج من القاضي بعد موافقة زوجته السابقة والزوجة اللاحقة في حالة التعدد إلا أنه يمكن تفادي هذا الشرط والزواج من جديد دون الحصول على ترخيص بذلك عن طريق الزواج العرفي، فقد يلجأ الزوج المقبل على الزواج ثانية إلى الزواج العرفي فيتزوج ثانية زواجا عرفيا ثم

[1]– سورة النساء الآية 129.

[2]– طاهري حسين ، مرجع سابق ، ص 123.

يطلب تثبيته أمام المحكمة وما على القاضي سوى الحكم بتثبيته حتى ولو لم توافق الزوجة الأولى والزوجة اللاحقة، أو تعلما حتى.

الفرع السابع :التطليق لإرتكاب الزوج فاحشة مبينة

بالإضافة إلى ما قد يرتكبه الزوج من جرائم معاقب عليها قانوناً تلحق بزوجته أضراراً مادية كانت أم معنوية، قد يرتكب أيضاً أفعالاً توصف شرعاً بأنها فاحشة مبينة، فهل يمكن للزوجة أن تطلب التطليق لإتيان زوجها فاحشة مبينة؟.

وهذا ما سنجيب عليه من خلال التعرض أولاً للمقصود بالفاحشة المبينة، وموقف المشرع الجزائري من التطليق لإرتكاب الزوج فاحشة مبينة.

أولاً :المقصود بالفاحشة المبينة:

الفحش والفحشاء والفاحشة، هو ما عظم من الأفعال والأقوال، كما يقصد بها القبيح من الأفعال والأقوال .

ومن الصعب تحديد ماهي الأفعال التي توصف بالفاحشة المبينة، غير أنه وردت عدة آيات في القرآن الكريم تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك والأنظمة إخلالا كبيراً ، كالزنا لقوله تعالى :" وَ لاَ تَقْرَبُواْ اَلْزِنَى إِنَهُ كَانَ فَاحِشَةً وَ سَاءَ سَبِيْلاً ". و لعل أول ما يذهب إليه الذهن عند ذكر عبارة فاحشة مبينة هو الزنا .

غير أن الفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، إنما تتعداها إلى الجرائم التي أقر لها الشارع الحكيم عقوبات محددة ومعينة تسمى الحدود، ومن هذه الجرائم بالإضافة إلى الزنا :القذف، السرقة، الردة وغيرها، وهي أيضا تسمى بالفواحش[1].

[1]– راجع باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص 48.

ثانياً : موقف الشريعة الإسلامية من الفاحشة المبينة

لا تقتصر الفاحشة المبينة على الزنا في نظر الفقهاء ، فقد ذكروا جملة من الجرائم و حددوا لها عقوبات صارمة ، حيث تندرج هذه الجرائم تحت عنوان الفحاشة المبينة .

فعقوبة جريمة الزنا هو الجلد للبكر و الرجم للثيب لقوله تعالى[1] : " **وَ اللاَتِي يَأتينَ الفَاحِشَةَ من نِّسَائكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ ، فَإِن شَهِدُوا فَامْسِكُوهُنَّ فِي البُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَاهُنَّ الْمَوتُ أو يَجْعَلَ الله لَهُنَّ سَبِيْلاً** "

و الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : خذوا عني ...خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة و تغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ، و الرجم ".

و عقوبة جريمة القذف الجلد ثمانون جلدة ، لقوله تعالى [2]: " **وَ الذينَ يَرمُونَ المُحَصِنَات ثُمَّ لَمْ يَأتُوا بأرْبَعَة شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانينَ جَلدَةً وَ لاَ تَقْبَلُوا لَهُم شَهَادةً أبداً وَ أُولَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ** ".

و عقوبة السرقة قطع اليد ، لقوله تعالى [3]: " **وَ السَّارِقُ و السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ الله و الله عَزِيزٌ حَكِيْمٌ** ".

و عقوبة السكر ثمانون جلدة ، و عقوبة القتل لقوله صلى الله عليه و سلم :" من بدَّل دينه فاقتلوه ".

و عقوبة المحاربة و الفساد في الأرض القتل و الصلب أو النفي أو تقطيع الأيدي و الأرجل من خلاف ، لقوله تعالى [4]: "**إِنَمَا جَزَاءُ الذينَ يُحَارِبُون الله وَ رَسُولَهُ وَ يَسْعَوْ، فِي الأَرض فَسَاداً أن يُقْتَلُوا أَو يُصَلَّبُوا أو تُقَطَّعَ أَيدِيَهُم و أَرجُلَهُم**

[1]– سورة النساء الآية 15.

[2]– سورة النور الآية 4.

[3]– سورة المائدة الآية 38 .

[4]– سورة المائدة الآية 32.

مِّـن خِـلافٍ أو يُنفـوا مـن الأرض ، ذلـك لَهُـم خِـزْيٌ فِـي الـدُنيَا و لَهُـم فِـي الآخِـرَة عَـذَابٌ عَظِيمٌ ".

ثالثـاً : موقـف قـانون الأسـرة الجزائـري مـن التطليـق لإرتكـاب الـزوج فاحشـة مبينة :

أجاز المشرع الجزائري للزوجة حسب المادة53 /7 من قانون الأسرة أن تطلب التطليق إذا إرتكب زوجها فاحشة مبينة، غير أن هذه الفقرة لم تحدد المقصود بالفاحشة المبينة، فقد تنصرف إلى الخيانة الزوجية أو الجرائم الأخلاقية، فمصطلح الفاحشة جاء بصيغة النكرة في هذه الفقرة، لذلك لابد من إحالتها إلى الشريعة الإسلامية والتي فصلت في ذلك على النحو السالف ذكره[1] .

وحتى تقبل دعوى التطليق في هذه الحالة، لابد من توافر شروط معينة، تتمثل هذه الشروط في:

- أن يكون هذا الفعل الذي ارتكبه الزوج مخلاً بالحياء والآداب العامة، أي كل فعل منافٍ لمبادئنا الإسلامية ويعتبر فاحشة ومن الكبائر.

ولقد نص المشرع الجزائري عليها الفاحشة في فقرة خاصة بها، وذلك لما لمثل هذه الأفعال من تأثير على الزوجة وعلى كيان الأسرة ككل وتعريضها للتصدع والتفكك.

- يجب أن يكون هذا الفعل قد ارتكب من طرف الزوج، كما يجب أن تكون العلاقة القائمة بين الزوجة طالبة التطليق والزوج مرتكب الفاحشة المبينة، أساسها عقد زواج صحيح شرعاً وقانوناً، أي مستوفٍ لكل

[1]– بن شويخ الرشيد ، مرجع السابق ، ص 205.

أركانه وشروطه الشرعية والقانونية، ولا يزال قائما إلى حين رفع دعوى التطليق ، فلا تقبل دعواها إذا كان الزواج باطلاً [1].

فإن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر الذي لحقها جراء إرتكاب زوجها الفاحشة رغم توافر الشروط السالفة الذكر، فإن دعواها قد ترفض، وهذا طبعا ا رجع للسلطة التقديرية للقاضي ومدى إقتناعه بما قدم إليه من وثائق تثبت دعواها.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يبين إذا ماكان الأمر يتطلب صدور حكم بالإدانة بالفاحشة المبينة التي إرتكبها الزوج حتى يحكم بالتطليق وفقا للمادة7/53 من ق.أ.ج ، أم يكفي اكتشاف الزوجة إرتكاب زوجها الفاحشة، خاصة أن عبء الإثبات يقع على الزوجة ، وخصوصاً إذا كان هذا الفعل هو الزنا، فالمشرع لم يحدد الطرق والوسائل التي تثبت بها الزوجة إرتكاب زوجها فاحشة الزنا، أي هل تقبل دعواها دون تطبيق القاعدة الشرعية الواردة في قوله تعالى [2]: " **وَ الذينَ يَرمُونَ المُحَصِنَات ثُمَّ لَمْ يَأتُوا بأرْبَعَة شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانينَ جَلدَةً وَ لاَ تَقْبَلُوا لَهُم شَهَادةً أبَداً وَ أُولَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ** "، أم أنه يجب عليها أن تأتي بأربع شهود [3].

الفرع الثامن:التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين :

إستحدثت هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير و إعْتَبَرَ المشرع الجزائري أن الخصام و الشقاق المستمر بين الزوجين يعد سبباً من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق من القاضي ، و مصدر مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى[4] :

---

[1]– راجع نعيمة زيتوني ، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،2005،ص 141.

[2]– سورة النور الآية 4.

[3]– نعيمة زيتوني ، مرجع السابق ، ص 140 ، ص 141.

[4]– سورة النساء ، الآية 35.

" و إِنْ خِفْـتُمْ شِـقَاقَ بَيْنَهُمَـا فَـابْعَثُواْ حَكَمـاً مِـنْ أَهْلِـهِ وَ حَكَمـاً مِـنْ أَهْلِهَـا إِنْ يُرِيْدَآ إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيْماً خَبِيْراً " .

والشقاق هو إستحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجة للانهيار [1]بحيث لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق أن تحرص الزوجة عليها، لما ينشأ عن ذلك من مفاسد شتى.

أولاً : موقف الفقهاء من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين :

بينما لم يجز الحنفية والشافعية والحنابلة التفريق للشقاق والضرر مهما كان شديداً، لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها .

أجاز المالكية التفريق للشقاق، حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما وبلاء، لقوله صلى الله عليه و سلم : " **لا ضرر و لا ضرار**"،وبناء عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبتت

صحة دعواها طلقها منه، وإن عجزت رفضت دعواها، فإن كررت الإدعاء بعث القاضي حكمين، حكما من أهلها وحكما من أهل زوجها، لفعل الأصلح من جمع وصلح أو تفريق بعوض أو بدونه ، لقوله تعالى :

" و إِنْ خِفْـتُمْ شِـقَاقَ بَيْنَهُمَـا فَـابْعَثُواْ حَكَمـاً مِـنْ أَهْلِـهِ وَ حَكَمـاً مِـنْ أَهْلِهَـا إِنْ يُرِيْدَآ إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيْماً خَبِيْراً " .

واتفق الفقهاء على أن الحكمين إذا اختلفا لا ينفذ قولهما، واتفقوا على أن قولهما في الجمع نافذ بغير توكيل من الزوجين ، كما اختلف الفقهاء في تفريق الحكمين بين الزوجين إذا اتفقا عليه، إن كان يحتاج إلى إذن من الزوج أم لا، فقال

[1]– أنظر باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص 50.

الجمهور[1]: يعمل الحكم بتوكيل من الزوج، فليس للحكمين أن يفرقا بين الزوجين دون إذنهما.

وقال المالكية :ينفذ قول الحكمين في الفرقة و الإجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما، بدليل ما رواه مالك عن الإمام علي بن أبي طالب– كرم الله وجهه – أنه قال في الحكمين:

"إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع" ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين خبيرين بما يطلب إليهما في هذه المهمة، وأن يكونا من أهل الزوجين أو ممن لهما خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح بينهما[2].

الطلاق الذي يوقعه القاضي بسبب الشقاق طلاق بائن، لأن الضرر لا يزول إلا به.

ثانياً : موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين :

الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق استحدثه المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 ، حيث أمكن للزوجة المتضررة من طول الخصام والشقاق المستمر بينها وبين زوجها وسوء العشرة بينهما أن تلجأ للقضاء وتطلب التطليق.

ومصدر هذه الفقرة المستحدثة هو الإجتهاد القضائي، لاسيما إجتهاد المحكمة العليا والتي جسدت ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار رقم 224655 الصادر بتاريخ1999/06/15 والذي جاء فيه ما يلي:

(من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز تطليق الزوجة لإستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين بإعتباره ضرراً شرعيا ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة

[1]– الحنفية و أحد قولي الشافعية و الحنبلية.

[2]– وهبة الزحيلي ،مرجع سابق ، ص 503، ص 504.

تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون[1].

فبمجرد رفع دعوى التطليق للشقاق للمرة الثانية بعد رفض الدعوى الأولى لعدم إثبات الضرر، يتعين على القاضي تعيين حكمين من أهل الزوجين وجوبا، بغية التوفيق والإصلاح بينهما وهذا طبقا للفقرة الأولى من المادة 56 من ق.أ.ج[2] .

وتنحصر مهمة الحكمين في محاولة الإصلاح بين الزوجين، وعليهما تقديم تقريرهما في ظرف شهرين و هذا طبقا لنص المادة 2/56 من قانون الأسرة ، و سنتناول ينوع من التفصيل التحكيم و إجراءاته لاحقا في الفصل الثاني .

الفرع التاسع :التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج :

قد يحدث أن يدرج الزوجين شروطاً معينة أثناء إبرام عقد الزواج أو في عقد لاحق، فيلتزمان بتنفيذهما لهذه الشروط، فإن أخل الزوج بتنفيذ الشروط و الإلتزامات الواردة في العقد والتي تقع على عاتقه، فهل يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التطليق لإخلال زوجها بما تم الإتفاق عليه من شروط في عقد الزواج أو في عقد آخر لاحق، وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال موقف الفقهاء في هذه المسألة، وكذا موقف المشرع الجزائري بخصوصها.

هذه الفقرة أيضاً استحدثت بموجب التعديل الجديد ، و مصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة هي الأخرى و التى تنص على ما يلي: "

---

[1]– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم 224655 الصادر بتاريخ 1999/06/15 ، المجلة القضائية ،المجلة القضائية ،2001،ص 129/128.

[2]– تنص المادة 56 من ق.أج على أنه : " إذا إشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، يعين القاضي حكمين ، حكما من أهل الزوج ، و حكما من أهل الزوجه ، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين ".

للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية و لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل الزوجة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" و التي كانت كالتالي:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون" .

تجدر الإشارة أن ما أوردته المادة المعدلة في إيضاح الشروط لم يكن على سبيل الحصر ، بل على سبيل المثال ، حيث أن المشرع بذكره لهاذين الشرطين على سبيل المثال إنما لإعتقاده بأنها أساس كل خلاف عائلي و مرد كل علاقة زوجية فاشلة.

والآن يجب علينا أولا بيان ما هو الشرط ، و بعده سنجيب على الإشكال المطروح سابقا.

تعريف الشرط: سنتطرأ لتعريف الشرط لغةً ، ثم إصطلاحاً كالآتي :

لغة:

يعرف الشرط بأنه" إلزام الشيء و إلتزامه في البيع ونحوه"، ويعرف كذلك على أنه ما يشترطه المتعاقد في عقوده و إلتزاماته تجاه نفسه أو غيره، أو ترتيب وقوع أمر على أمر آخر بواسطة أداة ملفوظة نحو" إن زرتني زرتك "أو مقدرة نحو "ادرس تحفظ"[1]

إصطلاحا:

هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ، بأن يوجد عند وجوده و ينعدم بإنعدام الشرط .

أولاً : موقف الفقهاء من التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج:

حتى ندرس موقف الفقهاء من التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج، لابد من بيان هذه الشروط أولا.

[1]– المنجد الأبجدي ، المرجع السابق ، ص 591.

يقصد بالشروط المقترنة بعقد الزواج :أن يقترن العقد أو التصرف بإلتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقد أو التصرف، بناء على إشتراط الطرف الآخر بأية عبارة تفيد ذلك.

والشروط في عقد الزواج أنواع مختلفة :منها ما يجب الوفاء بها بإتفاق الفقهاء، ومنها ما لا يجوز الوفاء بها بإتفاق الفقهاء، ومنها ما هو محل إختلاف بين الفقهاء.

- الشروط الصحيحة بإتفاق الفقهاء:

وهي الشروط التي تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، بأن تكون موجبة لحكم من أحكام العقد، فتجب بالعقد من غير شرط، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن يدفع لها مهراً، أو أن ينفق عليها، أو أن يعاشرها بالمعروف، ونحو ذلك.

أو مؤكدة لحكم يقتضيه العقد، بإشتراط الزوجة أو وليها أن يكون والد الزوج مثلا ضامنا لتنفيذ الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج، بأن يضمن وفاء الزوج بالمهر كاملا، أو يضمن وفاء الزوج بالمهر كاملا ، أو يضمن قيامه أي الزوج بالإنفاق على الزوجة بما يتناسب مع أمثالها .

أو تكون هذه الشروط قد دل على صحتها واعتبارها دليل من الشرع، وهذه الشروط دل على صحتها و إعتبارها دليل شرعي من الكتاب أو السنة أو الإجماع أن تشترط الزوجة على زوجها أن تكمل دراستها بعد الزواج ونحو ذلك[1].

-الشروط غير الصحيحة بإتفاق الفقهاء:

الشروط غير الصحيحة بإتفاق الفقهاء هي:

[1]- راجع محفوظ بن صغير ، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص : فقه و أصوله ، كلية العلوم الإجتماعية و العلوم الإسلامية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، الجزائر ، 2009،ص 456/455.

- **الشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج:**

وهي التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد ما يقتضيه ولم يرد الشرع بجوازها ولم يجر بها العرف، فإذا اقترن عقد الزواج بشرط يناقض مقتضاه، كان هذا الشرط باطلا بإتفاق الفقهاء، وكأن تشترط الزوجة على زوجها حق الخروج من البيت متى شاءت دون استئذان منه، أو أن تكون لها القوامة عليه، أو أنها غير ملزمة بطاعته، أو أن يكون لها أكثر من ضرتها عند القسم.

فهذه الشروط تناقض مقتضى عقد الزواج، ولذا فهي باطلة باتفاق الفقهاء؛ لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلا تصح، وصح عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط؛ لأنها شروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به.

- **الشروط التي ورد نهي الشارع عنها:**

وهي الشروط التي ورد نهي الشارع عنها بنصوص صريحة، مثل أن تشترط الزوجة طلاق ضرتها لقوله صلى الله عليه و سلم : "لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَلَا تَنَاجَشُوا وَلَا يَزِيدَنَّ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبَنَّ عَلَى خِطْبَتِهِ وَلَا تَسْأَلْ أَلْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَسْتَكْفِئَ إِنَاءَهَا" [1]، أو يزوج شخص إبنته أو أخته مثلا لشخص آخر على أن يزوجه هو إبنته أو أخته أو أي إمرأة في ولايته ويجعلا صداق هذه بصداق تلك، وهو ما يسمى بنكاح الشغار، وكأن يشترط الزوج والزوجة تأقيت النكاح وهو ما يسمى بنكاح المتعة أو النكاح المؤقت، وكأن يتزوج مطلقة ثلاثا بشرط إحلالها لزوجها، وهو ما يسمى بنكاح المحلل لما رواه عقبة بن عامر أنه قال :قال رسول

[1]– راجع أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن براهيم بن المغيرة الجعفي البخاري ، الجامع الصحيح و هوالجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه و سلم و سننه و أيامه ، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر ، المجلد الثاني ، الجزء الثالث ، ط1، دار طوق النجاة ، لبنان ، 1422 هـ ،ص 191

الله صلى الله عليه و سلم :ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا:يا رسول الله ، قال : " هو المحلل ، لعن الله المحلل و المحلل له ".

فهذه الأنواع من الأنكحة قد وردت نصوص عن الشارع بالنهي عنها، فتكون باطلة بسبب ذلك النهي، بالإضافة إلى أن البعض منها قد اشتمل على ما يناقض مقتضى عقد الزواج، وما يتعارض مع الحكمة من تشريعه [1].

- **الشروط المختلف فيها:**

وهي ما عدا الشروط الصحيحة بإتفاق الفقهاء وغير الصحيحة بإتفاق الفقهاء كذلك، وهي التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه ولم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ويكون فيها منفعة للمشترط .كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها، أو ألا يسافر بها إلى بلد آخر، أو أن تشترط عليه خروجها إلى العمل بعد الزواج واختلف الفقهاء في مدى صحة هذه الشروط، ومدى إلزامية الوفاء بها على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول :أن هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها، فإن لم يف بها من اشترطت عليه كان من حق المشترط فسخ العقد، وهو مذهب الحنابلة، واستدلوا في ذلك بقوله صلى الله عليه و سلم : " اَلْمُسْلِمُوْنَ عِنْدَ شُرُوْطِهِمْ " ، و قوله صلى الله عليه و سلم : " أَحَقُ اَلْشُرُوْطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا إِسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ اَلْفُرُوْجَ ".

و هذه الشروط لم تحل حراما أو تحرم حلالا ، فتكون صحيحة ، و الوفاء بها واجب بنص الحديث .

المذهب الثاني: أن هذه الشروط باطلة و العقد صحيح ، فبطلانها لا تأثير له في صحة العقد ، وعليه فلا يلزم الوفاء بها، و هو مذهب الحنفية و

[1]– راجع محفوظ بن صغير ، مرجع السابق ، ص 458.

الشافعية ، و إستدلوا على ذلك بما روي عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال: مَا بَالُ رِجَالٍ مِنْكُمْ يَشْتَرِطُوْنَ شُرُوْطاً لَيْسَتْ فِيْ كِتَابِ اللهِ فَأَيُّمَا شَرْطُ اللهِ أَوْثَقُ مَا بَالُ رِجَالٍ مِنْكُمْ يَقُوْلُ أَحَدُهُمْ أَعْتِقْ يَا فُلاَنُ وَلِيَ الْوَلاَءُ إِنَّمَاَ الْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ " [1].

المذهب الثالث : أن هذه الشروط مكروهة، والوفاء بها غير لازم، بل مستحب، ما لم تقترن بما يستلزم الوفاء بها، كاليمين بالطلاق والعتاق والتمليك والحط من الصداق ونحوه، وهو مذهب المالكية، ومما استدلوا به على قولهم هذا ما روي أن رجلا تزوج إمرأة وشرطت عليه ألا يخرجها من دارها، فتخاصما إلى علي كرم الله وجهه فقال: " شرط الله قبل شرطها " ، و لم ير لها شيئا ، و قوله صلى الله عليه و سلم : " ....فَأَيُّمَا شَرطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَ إِنْ كَانَ مَائَةَ شَرْطٍ ..." .

وبعد عرض رأي الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد الزواج، يتبين أن المذهب القائل بصحة هذه الشروط ولزومها ووجوب الوفاء بها هو الأقوى كأصل عام، طالما قبلها الطرف الآخر، فإن لم يف بها من اشْتُرِطت عليه، كان من حق المشترط فسخ العقد، ما دام لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ولم تكن موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه .

ثانياً :موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج

لقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنابلة، في أصل الإشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط، التي يريانها الزوج والزوجة ضرورية في العقد لكونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما .فأجاز المشرع الجزائري للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل ما يريانه ضروريا، ما لم يتنافَ مع أحكام قانون

[1]– راجع أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري ، مرجع السابق ، ص 190.

الأسرة الجزائري، قد خص بالذكر صورتين للإشتراط على سبيل المثال لا الحصر؛ وهما تعدد الزوجات وعمل المرأة ، ورتب على الإخلال بهما منح الحق للمرأة في طلب التفريق.

وجدير بالذكر أن هذا الشرط الأخير لا يتعارض مع مبدأ تعدد الزوجات طالما أن الإتفاق على هذا الشرط أمر جوازي ومتروك لإرادة الزوجين، وطالما أن قانون الأسرة يبيح مبدأ تعدد الزوجات كأصل عام، مع وضع بعض القيود عليه بهدف حماية الزوجتين السابقة و اللاحقة.

الفرع العاشر : التطليق للضرر المعتبر شرعاً

قد يقوم الزوج بأفعال تؤذي زوجته، فتسبب لها ضرراً كضربه لها، أو إجبارها على القيام بما هو محرم شرعاً وقانوناً، فهل تستطيع الزوجة في هذه الحالة أن تطلب التطليق لما لحقها من ضرر من زوجها؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال تبيان موقف الفقهاء والمشرع الجزائري حول هذه المسألة ، لكن لابد أولاً من توضيح المقصود بالضرر و الشروط الواجب توفرها فيه.

أولا : تعريف الضرر و الشروط الواجب توافرها فيه :

لابد في البداية من تعريف الضرر و تحديد المقصود به الذي يمكن أن يكون سبباً من أسباب التطليق ،ثم تحديد الشروط الواجب توافرها في الضرر الذي يكون سبباً من أسباب التطليق .

- **تعريف الضرر :**

لغةً: الضرر من الضّرِ و الضُّر ، و هو ضد النفع و سوء الحال [1].

[1]– أبو الفضل جمال الدين ابن منظور محمد بن مكرم بن علي الأنصاري الرويفعي الإفريقي ، لسان العرب ، تحقيق عبد الل علي الكبير ، محمد أحكم حسب الله ، هتشم محمد الشاذلي ، المجلد الرابع ،الجزء 28 ، باب الضاد ، المرجع السابق ، ص2572.

إصطلاحاً: يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه ، أو بمصلحة مشروعة ، سواء تعلق ذلك الحق أ، المصلحة بسلامة جسده أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك [1].

- **الشروط الواجب توافرها في الضرر :**

حتى يكون الضرر سببا يمكن للزوجة أن تؤسس طلبها في التطليق أمام القضاء ، لابد من توافره على هذه الشروط :

- يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع، أي أن يكون حالا أو وقع فعلا، ويقصد بهذا أن لا يكون الضرر احتماليا أو إفترتضياً ، وشرط تحقق الضرر لا يكون فقط بعد الدخول والبناء، بل يكون كذلك قبل الدخول، وهذا تأسيسا على المذهب المالكي الذي لا يفرق بين المدخول بها، وغير المدخول بها في طلب التفريق للضرر، فتسمع الدعوى في الحالتين.
- يشترط في الضرر الموجب للتفريق أن يكون شخصيا، ومقضى هذا الشرط أن يلحق الضرر بالزوجة شخصيا سواء كان ماديا أو معنويا، ولا ينصرف إلحاق الضرر إلى أسرة أحد الزوجين، كأن يلحق الزوج ضرراً بأسرة زوجته، فهذا لا يعد ضرراً موجبا للتفريق بين الزوجين إذا كان يشترط في الضرر أن يكون شخصيا، بحيث لا يتعدى إلى أسرة الزوج الأخر، فكذلك يجب أن يسند الضرر إلى فعل الزوج، فلا يعتبر الضرر الواقع على الزوجة من أسرة الزوج الآخر ضررا موجبا للتفريق .غير أنه حتى يتحقق هذا الشرط لابد من أن يكون مسكن الزوجية مستقل عن منزل أسرة الزوج، فالزوجة التي فالزوجة التي تسكن مع زوجها في بيت أهله ولحقها ضرر من أسرة الزوج، ولم يستطع رفعه عنها بتوفير مسكن مستقل

[1]– فريحاوي كمال ، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،2001 ، ص 14.

أو بأي إجراء آخر فتطلق عليه للضرر، إلا أن الضرر هنا يؤسس على عدم توفير المسكن الشرعي المستقل.

- أن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية، بحيث تتوتر العلاقة الزوجية، ويستحكم الخلاف والشقاق بين الزوجين[1].

ثانيا: موقف الفقهاء من التطليق للضرر:

لقد اختلف الفقهاء حول جواز التفريق بين للزوجين للضرر بين معارض ومؤيد، فالشافعية والحنفية وأحد قولي الحنبلية يرون عدم جواز التطليق للضرر، لأن الزوجة إذا ادعت الضرر ورفض زوجها تطليقها، فليس من حق القاضي أن يحكم بتطليقها، لأن رفع الضرر ممكن بغير وسيلة الطلاق، فلها أن تطلب إلى القاضي نهيه عما تشكو منه.

وتعزيره، وأن على القاضي أن ينهاه أول مرة، ويأمره بالعدل وحسن العشرة ويعظه، فإن عاد عزره بما يراه رادعا له.

بينما ذهب المالكية وأحد قولي الحنابلة إلى جواز التفريق للضرر، واحتجوا على قولهم بالسنة في قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر و لا ضرار "، حيث يرون أنه يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي حتى يحكم بالتفريق بينهما إذا أصابها ضرر من زوجها، كأن يقوم بضربها أو شتمها وسبها أو هجرها أو إكراهها على فعل محرم، أو يفعل بها ما يوجب القصاص لها منه، وكان شريراً يخاف عليها منه إذا اقتصت منه، وليس من الضروري تكرار الضرر حتى يحكم للمرأة بالطلاق، وإنما يكفي حدوث الضرر ولو مرة واحدة .

ثالثا:موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للضرر:

أجاز المشرع الجزائري التطليق للضرر في المادة 10/53 من قانون الأسرة الجزائري ، معتنقا بذلك ما ذهب إليه المالكية، مستعملا عبارة'' كل ضرر معتبر

[1]– راجع فريحاوي كمال ، المرجع السابق ، ص 25/22.

شرعا ''وهي عبارة واسعة المدلول إذ تشمل كل أنواع الضرر من ضرر مادي وضرر أدبي، تاركا بذلك السلطة التقديرية الواسعة للقاضي لتقدير الضرر، كما أنه يمكن أن تستغرق هذه العبارة كل أسباب التطليق الأخرى.

ولقد وضع المشرع عدة شروط لابد من توافرها حتى يحكم القاضي بالتطليق للضرر، تتمثل هذه الشروط في:

- أن يقع الضرر من الزوج، أي يصدر من الزوج شخصياً، فإن كان صادراً مثلا من عائلته فلا يمكن لها طلب التطليق للضرر لأن الضرر لم يصدر من الزوج.
- أن يكون الزوج متعمدا الإضرار بزوجته، أي يقومبالإضرار بها بإرادته الكاملة.
- أن يكون الضرر الذي أصاب الزوجة معتبر شرعاً، دون تحديد نوع معين للضرر.

فإذا ما توافرت هذه الشروط وقامت الزوجة بإثبات الضرر، أمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق بين الزوجين، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط، أو إن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر رفضت دعواها.

وفيما يلي بعض من أمثلة الضرر الذي يجيز التطليق على سبيل المثال لا الحصر، بإعتبار أن مفهوم الضرر المعتبر شرعاً يتغير حسب البيئات الإجتماعية، ومن عقد إلى آخر، وحتى من زوجة إلى أخرى، فما يكون ضرراً ثقيلاً عند زوجة ما قد لا يكون كذلك عند زوجة أخرى[1] :

1-تعدي الزوج على الزوجة بالضرب أو السب، بشرط ألا يكون الضرب بغرض التأديب وفي الحدود الشرعية لإستعمال هذا الحق.

2-ترك مسكن الزوجية والتهرب من الواجبات الزوجية دون مبرر شرعي.

[1]- راجع اليزيد عيسات ، مرجع السابق ، ص147/146.

3-إكراه الزوجة على إرتكاب المحرمات، مثل إكراهها على ممارسة الدعارة ومجالسة الرجال وماشابه ذلك.

4-إتهام الزوج زوجته تهمة تخدش كرامتها وتمس شرفها، وتطعن في سلوكها وأخلاقها، فإن ذلك يلحق ضرراً كبيراً بها ، ويفسد العشرة الزوجية بينهما.

5-ممارسة الزوج بعض السلوكات الشنيعة الماسة بشرف وسمعة العائلة، كأن يضبط في شقة للقمار مرتكباً فعلاً فاضحاً.

6-إتيان الزوجة كرها في غير موضع الحرث، وهو أمر محرم شرعاً لقوله تعالى[1]: " نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُم فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَ قَدِّمُواْ لِأَنْفُسِكُمْ وَ اتَّقُواْ اللَّه وَ اعْلَمُواْ أَنَّكُم مُلَا قُوهُ وَ بَشِرِ المُؤْمِنِيْنَ ".

و من خلال التمعن فيما سبق من أمثلة عن صور الضرر ، يتبين مدى صعوبة إثبات العديد منها ، كوطء الزوجة في غير محل الحرث ، أو إكراهها على إرتكاب المحرمات ، أو سبها و شتمها ، فيستحيل الإطلاع على بعضها كالوطء ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ12 /1987/01 بقولها :" من المقرر شرعاً أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعاً يعد خرقاً للقواعد الشرعية.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء

[1]- سورة البقرة ، الآية 223.

بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية وحكموا دون دليل .ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

كما قد قررت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ2011/09/15 أنه لا يعد غياب الزوج عن جلسة الصلح دليلا على توفر الضرر المعتبر شرعاً، المبرر للتطليق [2].

فهذه الصور وأمثالها مما يصعب الوقوف على حقيقتها هي التي تستوجب بعث الحكمين.

أما بالنسبة لضرب الزوجة، فإنه لا يشترط أن يتم إثبات الضرب والجرح في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعاً بصدور حكم جزائي نهائي ضد الزوج فقط، بل من الممكن إثباته بتقرير الطبيب الشرعي بعد إجراء الكشف الطبي عند حدوث الواقعة، وتحرير محضر بذلك من قبل المصالح المختصة بذلك، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ:2010/07/15 حيث جاء فيه "من المقرر قانوناً أن الضرر يعتبر حالة من حالات التطليق، و أن الشهادات الطبية إذا كانت تثبت تعرض الزوجة للضرب إلا أنها لا تثبت العلاقة السببية بين هذا الضرب والطاعن، والذي لا يثبت إلا بوجود حكم جزائي نهائي يقضي بإدانته بتهمة الضرب والجرح العمدي .

حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أسست حكمها على الشهادتين الطبيتين المذكورتين فيه، فضلا على أن الطاعن لم ينف واقعة الضرب والجرح التي إدعتها المطعون ضدها كما يظهر من الحكم المطعون فيه، وبالتالي فإن المحكمة لم تكن ملزمة بإثبات الضرب والجرح بحكم جزائي نهائي

[1]– م،ع،غ،أ،ش ، ملف رقم : 43864، الصادر بتاريخ : 1987/01/12، المجلة القضائية ، ع 01، 1991، ص 49.

[2]– م،ع،غ،أ،ش ، ملف رقم:654972،الصادر بتاريخ :2011/09/15 ،المجلة القضائية ، ع01 ، 2011، ص 294.

يدين الطاعن .ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن موضوعاً وتحميل الطاعن المصاريف القضائية.

غير أن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه ليس كل ضرر معتبر شرعا هو ضرر معتبر قانونا، وليس كل ضرر معتبر قانونا هو ضرر معتبر شرعا وإن هذا النقص بطبيعة الحال سيؤدي إلى تعارض الأحكام القضائية بهذا الخصوص.

ومن خلال ما سبق ذكره حول الأسباب المخولة للزوجة طلب التطليق، والتي ذكرها المشرع الجزائري على سبيل المثال لا الحصر، يتبين أنها تقوم على الضرر، فمتى توفرت إحدى تلك الحالات جاز للزوجة أن تطلب التطليق، وذلك باللجوء إلى القضاء متبعة في ذلك إجراءات معينة، وهذا ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني.

المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بالخلع

لقد شرع واضعوا قانون الأسرة على منوال الفقه الإسلامي الطلاق علاجاً للخلافات الزوجية ،حين لا ينفع معه علاج سواه ،ومن ثم نجد أن الزوجة لم تعد تحت رحمة الزوج الذي يملك حق الطلاق ، بل فتحواْ لها منافذ، تنفذ منها إلى حياة الراحة من زوجة شقية بائسة ،فيسرواْ لها إلى جانب التطليق ،أي الطلاق القضائي لأسباب معينة،أن تتفق مع زوجها على الطلاق ،دون المساس بحقوقها الشرعية وحقوق الأبناء ويطلق على هذه الفرقة (الطلاق بالتراضي) ،كما لها أن تقدم لزوجها من مالها ما تخلص به نفسها منه ، حينما لا تطيقه بغضاً دون إيذاء أو ضرر ،وهذا ما يطلق عليه فقهاً وقانوناً تسمية" المخالعة أو الخلع. "ففي ماذا تتمثل الأحكام الخاصة بالخلع ؟

و عليه ، سنتناول في هذا المبحث الأحكام الخاصة بالخلع حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى ماهية الخلع (مفهومه، مشروعيته ،أسبابه) في المطلب الثاني إلى أركان الخلع و تكييفه (شرعاً و قانوناً) .

المطلب الأول: ماهية الخلع

يعتبر الخلع المنفذ الشرعي والقانوني الوحيد الذي تتمسك به المرأة في حالة بغضها لزوجها ،فهي إما أن تتفق مع زوجها على مقدار الخلع وتأخذ ذمتها منه ،وإما أن يحكم القاضي بصداق المثل دون ضرر لأي أحد من الزوجين. فما هو مفهوم الخلع يا ترى؟ ،و ما هي مشروعيته ، و فيما تتمثل أسبابه ؟ .

وعليه تستوجب معالجة موضوع فك الرابطة الزوجية بالخلع من الناحية الموضوعية ،بتحديد مفهومه الدقيق ، و مشروعيته و أسبابه على النحو التالي:

الفرع الأول :مفهوم الخلع

عند التطرق لأي موضوع يجب علينا تعريفه ،حتى يتسنى لنا معالجة الموضوع معالجة شاملة،وعليه فقد تنوعت تعاريف الخلع بين فقهاء القانون ، والشرع.

وللخلع مدلول واسع بالنظر إلى كونه فُرقة قضائية من طرف الزوجة، مما يستدعي تحديد تعريفه وذكر أسبابه.

أولا: تعريف الخلع

تقتضي معالجة موضوع الخلع،التعريف به لغة،وشرعاً ،وقانوناً ،وعليه سنقوم بإيراد تعريف الخلع لدى فقهاء اللغة ،و الشرع ،وفي التقنين الجزائري ،وحصر أسبابه.

1/الخلع لغة:

الخلع مشتق من الفعل خلع ، بمعنى نزع و يقصد بالخلع عند علماء اللغة الإزالة، يقال خلع فلان ثوبه إذا أزاله،وخلعَ الزوج زوجته إذا أزال زوجيتها، وقد

جرى العرف على تسمية الإزالة لغير الزواج بفتح الخاء ،وعلى تسمية الإزالة للزواج بضمها ، وقد سميت إزالة الزوجية بذلك،لأن كل من الزوجين لباسٌ للآخر قال تعالى " هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ و أَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ "[1] فالخلع بفتح الخاء مصدره قياسي ،ويستعمل في الأمور الحسية،فيقال خَلعَ ثوبه أي أزاله عن بدنه ، وفي الأمور المعنوية يقال خلع الرجل امرأته خلعاً ، أي أزال زوجيتها، وخلعت المرأة زوجهامخالعة إذا افتدت منه[2].

2/الخلع إصطلاحا:

هو طلاقٌ على مال بلفظ خاص ، ولهذا عرفوه"إزالة ملك النكاح ببدل ، بلفظ الخلع "،أو ما في معناه كالمبارأة.

كما أن الطلاق يستعمل في حل عقدة النكاح ببدل ،ومن غير بدل يستعمل الخلع أيضاً في حل هذه العقدة ببدل وبغير بدل.

وعلى هذا الأساس فإذا خالع الزوج زوجته من غير بدل ،كأن قال لها : خالعتك ،أو خلعتك ،أو اختلعي ولم يذكر بدلا ، فيعتبر هذا كناية من كنايات الطلاق يقع به طلاق بائن عند الحنفية ،ولا يقع إلا بالنية على ظاهر الرواية ،ولا يقع الطلاق بقوله: اختلعي إلا بقول المرأة : اختلعت أو في ما معناه لأنه كالتفويض يحتاج إلى جواب وقد أجاب فريق من العلماء عن إشكال ضم أول الخلع ،خلافاً للقياس بأنه مصدرٌ ضُمّ أوله للتفرقة بين الإزالة الحسية و المعنوية ، فبالفتح تستعمل في الإزالة الحسية ،وبالضم تستعمل في الإزالة المعنوية.

---

[1]– الآية 187 من سورة البقرة

[2]– يوسفات علي هاشم ، الخلع و الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة ، جامعة تلمسان ، سنة 2009/2008 ، ص 14.

3/الخلع شرعًا:

اختلفت الزوايا التي عالج منها فقهاء الشريعة الخلع ،فقد عرفه الحنفية بأنه "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها الزوجة لفظ الخلع أو في ما معناه." أما عند المالكية فقد عرفه الدردير بأنه" طلاق بعوض أو بلفظه "،غير أن الشافعية،وحسب ما يقول ابن شهاب الدين الرملي في تعريف الخلع" هو فرق بعوض مقصود بلفظ طلاق أوخلع راجع لجهة الزوج" .

وأخيراً فإن فقهاء الحنابلة يرون بأنه "فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة".

وعليه فإستنباطاً من هذه التعاريف ، نجد أن كل منها جعل للخلع تعريفاً خاصاً به،غير أن كل هذه التعاريف تصب في قالب واحد ،هو القاسم المشترك بينها، حيث ذكرت الأركان التي يتفق أغلب الفقهاء على ذكرها ، فذكروا الزوجين و العوض والألفاظ المخصوصة التي هي صيغة الخلع.

4/تعريف الخلع عند المشرع الجزائري:

لقد تناول المشرع الجزائري ،تعريف الخلع في المادة 54 من القانون رقم 84-11 بقوله ":يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثِل وقت الحكم".

من خلال هذه المادة ركز المشرع على أن يكون اتفاق الطرفين منصباً على مال كبدل للزوجة ،وفي حالة عدم الإتفاق بين الزوجين على شيء يرجع الأمر إلى القاضي الذي يحدد البدل نقداً ،على أن لا يتجاوز قيمة صداق المِثْل.

غير أنه بصدور التعديل الجديد لقانون الأسرة بالأمر02/05 المؤرخ 2005/02/27 حيث نص هذا الأمر من خلال المادة 54 على أنه" يجوز للزوجة

دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

كما عرّفت المادة 48 الطلاق أنه" حل لعقد الزواج يتم بإرادة الزوج أو بتراضي "الزوجين، أو بطلب من الزوجة ،في حدود ما ورد في المادتين 54/53 من هذا القانون "

ومن خلال المادتين السالفتي الذكر، يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تلجأ إلى طلب الخلع في حالة كرهها للزوج ،لأن الخلع شرع للكره ،عكس التطليق الذي شرع لرفع الضرر.

الفرع الثاني :مشروعية الخلع

في هذا الفرع سنتناول تحديد مشروعية الخلع في القرآن الكريم ،وفي سنة النبي صلى الله عليه و سلم .وكذلك في إجماع الصحابة والمسلمون من بعد النبي المصطفى عليه أفضل الصلاة و السلام.

أولاً: مشروعية الخلع في القرآن الكريم

لقد وردت آيات كثيرة أخذ منها الفقهاء أحكام الخلع ،واستنبطوا القواعد الفقهية،حيث أن جل الآيات التي جاءت بأحكام الخلع قال تعالى : " الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَ مَن يَتَعَدَ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُون"[1].

من خلال هذه الآية الكريمة ،نرى أن الله تبارك وتعالى لما ذكر الطلاق مرتان ومسألة الإمساك بالمعروف ،أو التسريح بإحسان ،عالج سبحانه وتعالى مسألة أخذ مال الزوجة من طرف الزوج أنه محرم اً شرعاً ، ثم أستثنى من ذلك حالة ،إذا خافا أن لا يقيما حدود الله فيما بينهما ، كبُغض المرأة لزوجها ،أو سوء

[1]– سورة البقرة الآية 229.

سلوكها في بيتها مع زوجها ، ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالاً ليسرحها ،ويسمى هذا" بالخلع"حيث قال تعالى " إِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بيَنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ "[1] وقال أيضا " وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ "[2].

إن أي امرأة خافت من زوجها إعراضاً عنه،أو نفوراً منه،أو كراهة به، أو حباً لغيره، فلا إثم عليهما أن يصّالحا بينهما صلحاً ،والصلح خير من الفراق ،ونشير هنا إلى أن الآية لم تذكر الفِراق ،ولكن إذا لم يتم الصلح فلا بد من الفراق لتعذر الحياة بين الزوجين ،مخافة ألا يقيما حدود الله فيما بينهما.

- **مسألة نسخ آية الخلع:**

قال أبو عبد الله بكر بن عبد الله المزني ،إن الخلع لا يجوز لأن الآية " إِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيْمَا إِفْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُود اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهاَ وَ مَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ " منسوخة بآية " إِنْ أَرَدتُّمُ إِسْتِبْدَالَ زَوْجٍ وَ آتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئاً ".

جاء في تفسير الطبري ،عن عقبة بن أبي الصهباء قال : سألت بكر بن عبد الله عن رجل تريد امرأته منه خلع، فقال :لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً، قُلت : يقول الله تعالى ذكره في كتابه ": فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " قال : هذه الآية نسخت قلت : فإني حفظت ؟...قال حفظت في سورة النساء ،في قول الله تعالى: إِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُّبِيناً"[3].

---

[1]– سورة النساء الآية 128.

[2]– سورة النساء الآية 130.

[3]– سورة النساء الآية 20.

ثانياً: مشروعية الخلع في السنة النبوية الشريفة:

روي عن النبي في كتب الحديث الصحيحة ،روايات كثيرة في مشروعية الخلع، نسرد بعضها كما يلي:

جاء في صحيح البخاري: عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال :جاءت إمرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى الله عليه و سلم ، فقالت يا رسول الله ،ما أنقم على ثابت في دين و لا خلق ،إلّا أني أخاف الكفر[1] ،فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم أفتردين عليه حديقته ؟..قالت :نعم فردت عليه، فأمره ففارقها.

وجاء في سنن البيهقي : من طريق عطاء قال": أتت امرأة للنبي عليه الصلاة والسلام أبغض زوجي وأُحب فراقه قال :أتردين عليه حديقته التي أصدقك ؟ ...قالت نعم وزيادة أما الزيادة فلا".

وروى الحاكم في المستدرك :عن عكرمة أنه قال: كان ابن عباس يقول : إن أول خلع كان في الإسلام ،أخت عبد الله ابن أُبي ، أنها أتت الرسول صلى الله عليه و سلم فقالت : يا رسول الله لا يجمع رأسي و رأسه شيء أبداً ،أني رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل في عدة ، فإذا هو أشدهم سواداً وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجهاً ، قال زوجها :يا رسول الله أني أعطيتها أفضل مالي "حديقة" فإن ردت علي حديقتي .

قال : ما تقولين ؟ ....قالت : نعم وإن شاء زدته قال : ففرق بينهما .

[1]– الكفر هنا معناه كفر العشيرة و ليس كفر الملة ،و معنى كلامها أنها تخشى إن بقيت تحت عصمته ألا تقيم حدود الله ،لأنها لا تستطيع أن تؤدي واجباتها نحو زوجها ، و هذامنا لا يجوز في الإسلام ، فخشيت المرأة المؤمنة ذلك طالبة الفرقة.

هذا من بين الأحاديث التي وردت في الخلع وهي كثيرة ،يستدل من خلالها أن أعطى المرأة حقها ومستحقها وسُواهَا مع الرجل ، فإن هو ملك العصمة فلها حق المخالعة.

ثالثاً: مشروعية الخلع في الإجماع:

مما سبق نستنتج أن هناك آيات كثيرة ،وأحاديث واسعة نظمت مسألة الخلع واتفقت على مشروعيته ،كما تم اتفاق المسلمون على مشروعية الخلع ،ولم يخالف أحد إلا بكر بن عبد الله ،مع أن الإجماع أنعقد قبل خلافه.

قال مالك " لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم ،وهو الأمر المجتمع عندنا ، وهو الرجل إذا لم يضر بالمرأة ،ولم يسئ إليها ولم تؤت من قبله ،وأحبت فراقه ،فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به "[1].

وقال ابن قدامة في الخلع ،وهو قول عمر وعثمان ...ولم نعرف لهم في عمرهم مخالفاً فيكون إجماعاً ،وجاء في فتح الباري : وأجمع العلماء على مشروعيته.

وقد ذكر الشوكاني في فتح القدير،بعد أن حكى رأي المزني قال" :وهو خارج عن الإجماع "وقال ابن عبد البر : ولا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني، إذاً فالإجماع منعقد على مشروعية الخلع [2].

الفرع الثالث:أسباب الخلع

إذا كان الخلع من بين الطرق الشرعية التي تمنح للزوجة حق إنهاء الرابطة الزوجية وفق الآليات المذكورة آنفاً ،وأنتفت أسباب التطليق والطلاق، بأن تعسَّف الزوج في إبقاءه للزوجة ظلماً وعدواناً وإستنباطاً يمكن اختصار أسباب الخلع فيما يلي:

[1]– يوسفات علي هاشم ، مرجع سابق ،ص24.

[2]– يوسفات علي هاشم ، مرجع سابق ،ص 24.

1/ إذا كرهت الزوجة زوجها فالخلع يبنى على سبب نفسي و هو الكراهية دون الحاجة إى وجود شقاق بين الزوجين ، دون أن يبادلهاالزوج الكره ،وترفض عشرته دون أن يرفض عشرتها، فتكون منه ناشز إن بقيت معه ،ستضطر لعصيان ربها ومخالفة أحكام عقد الزواج وما يرتبه من حقوق وواجبات.

2/ إذا انتفت أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 53 المعدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 و إذا كانت الزوجة فارّة من زوجها تحت تأثير واحد من هذه الأسباب فإنها تطلب التطليق دون الخلع ،لأن التطليق بدون مقابل ،في حين أن الخلع بمقابل مالي تقدمه للزوج ، ويمكن هنا إيراد مثالاً عن أول خلع في الإسلام، فقد روي عن ابن عباس أن امرأة ثابت إبن قيس أتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ، و لكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله عليه أفضل الصلاة و التسليم أتردين عليه حديقته؟

قالت: نعم " قال النبي صلى الله عليه و سلم " إقبل الحديقة وطلقها تطليقه "

من خلال هذا المثال يتضح أن المرأة عمدت إلى الخلع عندما انتفت كل مبررات الطلاق والتطليق ،فلمْ ترَ منه ما تعتمد عليه لفراقه ، ولم تفعل ما يدعوه لطلاقها، فالحل الوحيد والأجدر لمثل هذه الحالات هو الخلع.

3/ إذا أبقينا في نزاع الخلع الذي يتم باتفاق الطرفين فقد نزيد الطين بله، وقد يتعسف أحد الطرفين ولا يوافق ، وقد تكون حرية موافقة الزوجين على الخلع تثير إشكالاً وليست حلاً.

حيث أنه قبل التعديل الجديد [1]، تكلم النص عن الموافقة فقط ، و لم يتحدث عن الخلاف في الخلع إلا في الجانب المالي.

[1]– راجع د. بن شويخ الرشيد ،مرجع سابق ،ص 210.

أما التعديل الجديد فقد نص على جواز الخلع و لو دون موافقة الزوج عليه حيث أصبح من حق الزوجة أن تطلب من القاضي إذا تبين لها تعنت الزوج في القبول ، أو فرض عليها مبلغا لا تقدر عليه.

و لإرساء أصول المساواة بين الزوجين، من خلال الأمر 02/05 فقد أباح خلع الزوجة دون موافقة زوجها شريطة أن يرى القاضي المبرر الذي يتكيف مع نوع الفُرقة هاته.

و على المستوى التطبيقي نجد قرارا صادرا عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16 ، أكدت فيه على أن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون[1].

المطلب الثاني: أركان الخلع و تكييفه (شرعاً و قانوناً)

قصد التفصيل في موضوع الخلع ،لا بد من تحديد الأركان أو الأسس التي يقوم عليها كما تجدر بنا الإشارة إلى تكييف الخلع شرعاً و قانوناً و على هذا الأساس سوف نتطرق في الفرع الأول إلى (أركان الخلع)، و في الفرع الثاني إلى (تكييف الخلع).

الفرع الأول: أركان الخلع

يستوجب علينا ذكر أهم الأركان والأسس التي أجمع الفقهاء والشراح على أن الخلع لا يقوم إلا عليها ، من صيغة ، و عوض ، و زوج و زوجة.

أولاً :الصيغة

إن المبدأ العام في صيغة أي عقد من العقود هي الإيجاب و القبول ،أي لابد من تطابق إرادتي المتعاقدين ، إلا أن هناك بعض الاختلافات البسيطة بين فقهاء الشريعة الإسلامية، و مؤصلي القانون ،و القضاء الجزائري هي:

[1]– قرار بتاريخ 1992/07/21 الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ص 134.

أ/ الصيغة عند فقهاء الشريعة:

1/المالكية:

صيغة الخلع بألفاظ غير لفظ الخلع ،كالصلح ،و المبارأة ،و الفدية بإعتبار أن المناط و العلة واحدة[1] ، وهو فك قيد الزواج ،إلا أن فقهاء المالكية قد خصصوا لكل لفظ ما يلزم به من المال، إذ عندهم أن لفظ الخلع يقصد به أن ترد الزوجة لزوجها كل ما أعطاها ، و الصلح ببعضه ،و الفدية بأكثره ،و المبارأة بإسقاطها عنه حق لها عليه.

2/الحنفية:

الصيغة عند الحنفية تكون بلفظ الخلع ،أو في ما معناه كالمبارأة ، والخلع عندهم لم يعطي حكم المعاوضة ، بل أعطي حكم اليمين من جانب الزوج وحكم المعاوضة من جانب الزوجة،فعندهم إذا قال الزوج لزوجته ،إن أعطيتني ألف دينار وأنت طالق فإن هذا التعليق عند الأحناف يأخذ حكم اليمين ، وعليه فإن ألتزمت الزوجة بذلك وقع الطلاق.

3/الصيغة عند الشافعية والحنابلة:

الصيغة عند الشافعية تكون بلفظ الخلع ،أو المبارأة ،أو المفاداة ، وأن الخلع يقع بهذين اللفظين ، إذْ جرى العرف على أن المراد من ذلك الفرقة ، وأنهم يشترطون أن يتطابق الإيجاب بالقبول ،وتترتب على ذلك أحكام الإيجاب والقبول في مجلس العقد. كما نشير أن الحنابلة ،ذهبوا إلى ما ذهب إليه الشافعية ،مع تحقيق الإيجاب والقبول بلفظ الخلع ،أو المفاداة، يلزم الزوجة العوض ،ويقع الطلاق بائناً[2].

[1]– أنظر يوسفات علي هاشم، مرجع سابق، ص 25.

[2]– أنظر يوسفات علي هاشم ،مرجع سابق،ص 26.

ب/ الصيغة في القانون و القضاء الجزائري:

1/ موقف قانون الأسرة من الصيغة:

باستقراء نص المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري ،نجد أن المشرع بموجب الفقرة الأولى منها أعطى للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية ،عن طريق الخلع سواء وافق الزوج أو لم يوافق على ذلك فإرادة الزوج بالقبول أو عدمه لا يعتد بها قانوناً ،إذ يمكن أن تطلق الزوجة عنوةً عن الرجل ، وعليه فقد أصبح الخلع كالطلاق لما كان بيد الرجل فإنه لا ينظر فيه إلى موافقة المرأة ،فهي كذلك لا تنظر إلى موافقة الرجل. وعليه فإن الخلع ليس بعقد تشترط فيه الصيغة كما في العقود ،وأنه لا يختص بلفظ معين ،بل يجوز بأي لفظ كان ،ما دام أن البدل موجود.

موقف القضاء الجزائري من الصيغة:

إن الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ،تنوعت آرائها حول الصيغة في الخلع، وهذا ما يتضح من المثالين التاليين:

1/ القرار الصادر بتاريخ 1984/06/11 و الذي يقضي : " من المقرر شرعاً أن الخلع يعتبر عقد رضائي ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالفهذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع"[1].

[1]– المجلس الأعلى ، غرفة الأحوال الشخصية ،1984/06/11،ملف رقم 33650، م ق ،عدد 03،سنة 1989،ص 38.

2/ القرار الصادر بتاريخ 1988/11/21 والذي يقضي" أنه من المقرر فقهاً وقضاءاً قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه "[1].

من هاتين القرارين ،نجد أن الاجتهاد القضائي فيهما أعتبر الصيغة الإيجاب والقبول في الخلع وجوبي ، إذ يجب موافقة الزوج على مبدأ الخلع ،وهذا ما يتفق مع نص المادة54 ق. أ. ج قبل التعديل.

غير أن هناك قرارات قضائية إتجهت عكس ذلك،حيث تشترط فيه رضا الزوج فهو حق للزوجة تستعمله متى شاءت ،ولا عِبرة فيه لقبول الزوج هذا ما يتضح من خلال القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 :" من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم ،وأن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه ،كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم إتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة ،لأن ذلك يفتح الباب للإبتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقواْ صحيح القانون "[2]. وهذا الحكم كان مؤشراً نحو الاتجاه الذي أخذ به المشرع في التعديل،بل كان تمهيداً له.

[1]– المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية ،1988/01/21،ملف رقم 51728،م ق ،عدد 03 ، سنة 1990،ص 72.

[2]– الإجتهاد القضائي ، المجلة الصادرة عن المحكمة العليا، عدد خاص 2001، ص 134.

ثانياً :الزوجان

لقيام فرقة الخلع لابد من توافر أركان ،ومن بين هاته الأركان الزوجان، اللذان هما عماد قيام الحياة الزوجية ، إلى غير ذلك من الشروط المتعلقة بالزوج أو الزوجة.

- **الزوج:**

يجب أن يقع الخلع من زوج يصح طلاقه ، وهو الذي توفرت فيه الأهلية ،فلا يصح الخلع من الصغير ،والمجنون ،والمعتوه ، لأن الطلاق لا يصح منهم فلا يصح الخلع منهم كذلك، يصح الخلع من البالغ العاقل لأنه إذا ملك الطلاق ،وهو إسقاط لا تحصيل فيه ، فإنه يملك الخلع الذي يحصل من ورائه على المال من باب أولى .

- **الزوجة:**

إذا كان العقد بين الزوجين صحيحاً ، فكذلك يجب على الزوجة أن تكون كاملة الأهلية خصوصاً في مجال التصرفات المالية[1].

أما فيما يخص المرأة التي بها عيب من العيوب، التالية: المرأة عديمة ،أو ناقصة الأهلية ، المرأة الصغيرة ، السفيهة ، المجنونة فقد وردت فيها آراء لدى الفقهاء وهي كما يلي[2] :

- **خلع الصغيرة :**

قال خليل "ولا من صغيرة وسفيهةٍ وذات رقٍ ،ورُدّ المال وبانت كما يرد يتبين كونها بائناً منه قبل ذلك الخلع ، أو فاسدة النكاح المجمع على فساده كخامسة أَو معتدة أو متصفةٍ بعيب موجب للخيار من غير شرط ، وما قيل من

[1]– تنص المادة 40 من ق.أ.ج : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، و لم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.
سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة.

[2]– يوسفات علي هاشم ، المرجع السابق ، ص 28 .

أن العيب المطَّلع عليه بعد الموت ،أو الطلاق كالعدم غيرُ مُعولٍ عليه على ما بينه الأهجوري في شرح خليل ، وقيدنا الضرر بغير الشرعي للاحتراز عما لو ضربها على ترك الصلاة ،أو الغسل الواجب أو شتمته فإنه يخير في إمساكها مع تأديبها ،أو يفارقها ولو بشيء يأخذه منها فإنه يحل له أخذه ولا ترجع به ،أما عند الحنفية فإنهم يرون أن المرأة الصغيرة المميزة ،هي التي تعقل معنى النكاح والطلاق ، يقولون أن الطلاق يقع بالخلع ،ولكن لا يلزمها العوض باعتبار أن الخلع تبرع ،وهي ليست أهلاً لذلك، أما إذا كان البدل من مال الولي فإن الخلع صحيح والبدل صحيح ،وبالمقابل فإن المالكية يرون أنه إذا خالع الولي من ماله فالخلع جائز ، وإذا كان من مالها وكانت ممن تجبر على الزواج ،فالخلع كذلك جائز والبدل جائز[1].

- **خلع المعتوهة[2] أو المجنونة[3]:**

عند فقهاء الشريعة تأخذ حكم ناقص الأهلية،أما في نظر المشرع الجزائري فإنها تأخذ حكم المجنونة ،فتعتبر فاقدة الأهلية ،طبقاً لنص المادة 42 من القانون المدني ، أما بالنسبة لأهلية التبرع ،فإنه لا يعتد بالأهلية الناقصة ولا بالأهلية المعدومة ،إلا بعد تمام الأهلية.

[1]– يوسفات علي هاشم ، مرجع سابق ، ص 29.

[2]– العته هو آفة تصيب العقل فتجعله مختلاً ، فهي لا تذهب العقل كالجنون ، فيكون تصرف المعتوه مختلا يشبه العقلاء أحيانا و تصرف المصابين بالجنون أحيانا أخرى.http://www.startimes.com

[3]– الجنون : هو آفة تصيب العقل فتذهب به ، إذ يؤدي إلى فقد التمييز سواء كان الجنون مطبقاً أو متقطعاً.
http://www.startimes.com

- **خلع السفيهة**[1] **و المغفلة** [2]:نص القرآن الكريم في قوله عز وجل"إن كان الذي عَلَيْهِ الحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيّهُ بِالْعَدْلِ "[3].

حيث جعل للسفيه ولياً يتصرف عنه ، وهذا ما جاء به القانون المدني ،حيث نصت المادة 43 من ق.م.ج[4] على أن السفيه ناقص الأهلية ، وناقص الأهلية ليس له أهلية التبرع وعلى ذلك فلا يجوز خلع السفيهة.

وعليه تأخذ المغفلة في تصرفاتها حكم السفيهة، حيث يتم الحجر عليها وتمنع من التصرفات في أموالها ،وعليه فالبدل لا يلزمها لأنها لا تتوافر على شروط التبرع.

- **خلع المريضة** : إذا ماتت المرأة في ذلك المرض ،فإن الخلع يصح إذا كان في حدود ثلث التركة ، لأنه تبرع وليس لها أن تتبرع بأكثر من الثلث.

أما الشافعية يرون أنه إذا كان العوض سيساوي مهر المثل ،فإنه ينفذ وذلك لأنه في نظير العصمة وليس تبرع، أما إن كان يزيد على مهر المثل ،فإنه يأخذها بدون اعتراض ،وإن كان أكثر فإن أجازها الورثة فُقِدت ،وإن لم يجزها فسخ العوض ورجع إلى مهر المثل غير أن الحنابلة يأخذون بالعوض في الخلع، فإن كان العوض أكثر من الميراث فإنه يرجع إلى مقدار الميراث ، وإن كان أقل من الميراث فإنه يأخذ العوض[5].

---

[1]– السفيه : و هو من يبذر المال على غير مقتضى العقل و الشرع و لو كان في سبيل الخير .
http://www.startimes.com

[2]– المغفل: هو من لا يهتدي للتصرفات النافعة ، حيث أنها حالة قد تصيب الإنسان حتى بعد فواته سن الرشد.

[3]– سورة البقرة،الآية 282.

[4]– تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري : " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد ، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها ، أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

[5]– يوسفات علي هاشم، مرجع سابق،ص 30.

أما بالنسبة لخلع مريض مرض الموت ، فقد إتفق الفقهاء الأربعة على جواز الخلع من المريض مرض الموت و انه نافذ قياسا على طلاقه، فمن جاز طلاقه جاز خلعه لأن الخلع طلاق. لكن المالكية مع قولهم بصحة الخلع قضاءًا، ذهبوا إلى عدم جوازه، لأنه يؤدي إلى إخراج وارث من الميراث في مرض موته ولكنه إذا أقدم عليه في هذه الحالة صح قضاءًا.

وقد خالف الإمام مالك الأئمة الثلاثة في مسألة ما إذا خالع الزوج ثم توفي قبل أن يبرأ من مرضه، فإنها ترثه عند مالك خلافاً للأئمة الثلاثة. وسواء في ذلك وفاته أثناء عدتها أم بعد انتهائها. وسواء تزوجت بغيره أم لم تتزوج، وذلك لإقدام الزوج على ما يتسبب عنه إخراج وارث من تركة كان له فيها حق، والمدخول بها وغير المدخول بها سواء في هذا الحكم عنده.

قال ابن نجيم من الحنفية: "ولو اختلعت صحيحة والزوج مريض، فالخلع جائز بالمسمى قَلَ أو كثر". وقال المزني من الشافعية: "ويجوز الخلع في المرض كما يجوز البيع، فإن كان الزوج هو المريض فخالعها بأقل من مهرها ثم مات، فجائز لأن له أن يطلقها من غير شيء". ومن الحنابلة قال الخرقي: "ولو خالعها في مرض موته، وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث، فللورثة أن يعطوها أكثر من ميراثها". أما الظاهرية فأجازوا خلع المريض في مرض موته لأنهم لم يفرقوا بين المريض مرض الموت وغيره في سائر التصرفات[1].

و بالنسبة لعرض المريضة مرض الموت المخالعة ، فهو مقبول وتكون ملزمة ببدل الخلع، لأنها أهل لجميع التصرفات المالية، فالمرض لا يوجب الحجر إلا إذا

[1]- راجع، الأستاذة مديحة بن ناجي ، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى الدولي ، الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات المنظم من كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة في 5 و 6 ماي 2014، ص 13.

تسبب في إضعاف العقل فيحجر عليها عندئذ بحكم قضائي، فأما وقوع الخلع فلأنها عاقلة رشيدة وأما لزوم العوض فلأنها قبلت ما خالعها زوجها عليه[1].

وفي حالة وفاتها فبدل الخلع يكون لازما على أن لا يتجاوز ثلث التركة وإن زاد على مهر المثل، لأنها تملك حق التصرف في مالها ما عدا التبرع بأكثر من الثلث، فإذا كان عوض الخلع يساوي مهر المثل فإنه ينفذ ولو زاد على الثلث، لأن الأصل في بدل الخلع أن يساوي قيمة الصداق وأما إذا كان أكثر من ذلك فلا ينفذ، لكون بدل الخلع بالنسبة للزوجة يأخذ حكم الهبة، وتطبيقا للمادة 204 من قانون الأسرة الجزائري[2] التي تحيلنا إلى المادة 185 من نفس القانون [3]فإن الثلث يلزم وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة.

ثالثا:البدل (العوض):

بدل الخلع هو العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها منه ويعرفه الدكتور عبد العزيز عامر في كتابة الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية بأنه: "تعويض الخلع أو بدل الخلع هو ما تفتدي به المرأة نفسها لفك الرابطة الزوجية قضاءً ،من غير ضررٍ تشتكيه ،والقاعدة أن كل ما يصلح أن يكون مهراً يصلح بأن يكون بدل الخلع ، لكن ليس كل ما يصلح بدل خلع ،يصلح لكي يكون مهراً [4] وسيرد تفصيل البدل كما يلي:

[1]– راجع الأستاذة مديحة بن ناجي، المرجع السابق ، ص 22.

[2]– تنص المادة 204 من ق.أ.ج كمايلي : " الهبة في مرض الموت ، الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية .

[3]– تنص المادة 185 من ق.أ.ج كما يلي : " تكون الوصية في حدود الثلث التركة ، و ما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة ".

[4]– راجع يوسفات علي هاشم ، المرجع السابق ، ص 30.

أ/مشروعية أخذ العوض:

إذا تعذر أداء الحقوق الزوجية لكل من الزوجين قِبَل الآخر ،بسبب شدة البغض الذي طرأ على قلب المرأة فكرهت زوجها أو أبغضته ،وأرادت أن تخلص نفسها من عصمته ، فيجوز أخذ البدل منها في هذه الحالة ،هذا ما أخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية حالياً وأغلب قوانين الغرب ،وهذا مأخوذ من قوله تعالى " : وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهنَّ شَيْئاً إِلا أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ[1]" .

كذلك قوله عليه الصلاة و السلام لإمرأة ثابت بن قيس ": أتردين عليه حديقته؟قالت: نعم وزيادة فقال :أما الزيادة فلا فأمره النبي صلى الله عليه و سلم أن يأخذ البدل و لا يزداد ، و من هنا أبغض الفقهاء أن أخذ الزيادة على المهر ، فهي لا تجوز و يجب على الزوج أن يردها إلى زوجته.

ب/ مقدار العوض:

على الرغم من اختلاف آراء أئمة الفقه الإسلامي ،حول مقدار مقابل الخلع، حيث أن منهم من قال بأنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة أكثر مما أصدقها ، ويأخذ هذا مدلوله الشرعي من قوله تعالى ": وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ " ومنهم من قال بأنه يجوز له أن يأخذ أكثر مما أعطاها إذا تراضيا على ذلك [2].

أما إذا نظرنا إلى مقدار العوض في التشريع الجزائري ،تنص المادة 2/54 "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي يحكم القاضي بما لا يتجاوز فيه صداق المثل " فمن خلال نص هذه المادة ،يمكن القول أنه إذا اتفق الزوجان على مقدار الخلع ،فليس هناك أية مشكلة وما على القاضي هنا إلا توثيق إرادة الطرفين.

---

[1]– سورة البقرة ، الآية 229.

[2]– يوسفات علي هاشم،مرجع سابق،ص 31.

أما إذا لم يتفق الطرفان على مقدار العوض ،فتثور إشكالية إلى من يرجع تقدير العوض يا ترى ؟ إن المشرع قد حسم المسألة ،حيث أوكل الأمر للقاضي هو الذي يحدد مقدار العوض بما لا يتعدى صداق المثل[1] وقت الحكم.

ج / نوع العوض:

العوض في الخلع يجوز أن يكون من النقود المتداولة بين الناس ، ويجوز أن يكون شيئاً آخر غيرها ،كالعقار وسكنى الدار وعلى هذا يصح بكل ما يسمى بالمال المتقوم في نظر الإسلام ، ويصح كذلك بكل منفعة تقابل بمال ،وذلك يشمل المكيلات والموزونات ،وزراعة الأرض مدة معلومة، وأجرة الرضاع ،وأجرة الحضانة ،وغير ذلك.هذا في نظر فقهاء الشرع.

أما بالنسبة لفقهاء القانون والقضاء ،فكانت مواقفهم مختلفة في المسألة ،في حالة أن تحيل الزوجة حقوقاً شخصية ،متعلقة بها وبأطفالها فتدفع حق هؤلاء ثمناً لهذا التحرر[2]،بحجة أنها تصرفت في شيء لا تملكه،وهي مسألة تتعلق بالنظام العام ،فإذا كان البدل صحيحاً صح الخلع وترتبت عليه آثاره وإن كان البدل غير صحيح مثلا وقعت الفرقة بين الزوجين.

أما إذا نظرنا إلى التشريع والقضاء الجزائري نفهم من قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/07/21 والذي جاء فيه" من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء

---

[1]– مهر المثل هو: الصداق المقدر للمرأة بأمثالها من ذوي قراباتها، من جهة أبيها كأخواتها ثم عماتها، وهكذا، باعتبار المماثلة في الصفات والمكانة، ويفرض مهر المثل في بعض الحالات، التي لا تكون غالبا إلا بعد عقد النكاح الحاصل في السابق، بسبب ما قد يحدث من خلاف بين الزوجين حول المهر، فهو لا يفرض ابتداء، بل عند الحاجة إلى تحديد مهر المرأة التي لم يحدد مهرها، بصورة شرعية صحيحة .ويسمى مهر المثل؛ لأنه يقدر بمهر النساء المماثلات للمرأة .
https://ar.wikipedia.org/wiki

[2]– يوسفات علي هاشم، مرجع سابق ،ص 32.

يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم."من خلال هذا القرار يفهم أنه يحق للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه.

كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده ، على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم[1].

الفرع الثاني: تكييف الخلع

يعتبر الخلع فقهاً، عقداً بين الزوجين على خلاص المرأة من زوجها ، نظير بدل فهو طلاق يشترك فيه الزوجين ، و لا يتم من جانب واحد، كالطلاق المجرد الذي يوقعه الزوج ، أو توقعه الزوجة بتفويض من زوجها ، و عليه قد تختلف حتما أراء الفقهاء القانونيين و الشرعيين حول تكييفهم للخلع هل هو فسخ أم طلاق؟

و بعد تحديد مفهوم الخلع ، و أسبابه وبيان أركانه ،يجدر بنا التطرق إلى تكييف الخلع من الجانبين ، و عليه سنتناول أولاً (التكييف الشرعي للخلع)، ثانيا(التكييف القانوني للخلع).

أولاً: التكييف الشرعي للخلع:

في هذا الفرع سنحاول مناقشة آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة الخلع كل على حدى كما يلي:

أ/ الخلع عند المالكية:

يرى المالكية أن الخلع معاوضة بين الجانبين، فهو عقد ملزم للجانبين ،وبناء على ذلك يكون الحكم فيه من حيث الإيجاب والقبول ،كالحكم في سائر المعاوضات فيجب أن يكون القبول في مجلس العقد، فإذا قامت الزوجة من مجلسها بطل .

كما يجوز في الخلع عندهم التعليق على شرط ،والإضافة إلى زمن مستقبل فإذا قال الزوج لزوجته" إذا أقبضتني مبلغ كذا ...طلقتك لم يخص إقباضها

[1]– يوسفات علي هاشم، مرجع سابق ، ص 32.

للمبلغ...بنفس المجلس ، فمتى أقبضته ولو بعد المجلس طُلقت منه وهنا علق الزوج الإيجاب على الأداء."

وكذلك لو قال لها : طلقتك غداً بألف ، فقالت في الحال ، فإنهاا تطلق في الحال ويلزمها المسمى ومثله إذا قالت له :طلقني غداً ولكَ ألف ،فإذا طلقها غداً أو قبله إستحق الألف هذا إذا فهم من مقصودها الطلاق ، وإن فهم منها تخصيص اليوم ، لم يلزمها إن طلقها قبله ولا يلزمها كذلك إن طلقها بعده[1].

ب/الخلع عند الشافعية:

اختلفت الشافعية في تكييف الخلع ، وهذا الاختلاف يُرد إلى اختلافهم حول تكييف طبيعة الخلع ،فهل هو يا ترى فسخ أم طلاق؟ فمنهم من ذهب إلى اعتباره فسخاً ،فهو بذلك يعتبر معاوضة ، في حين البعض الآخر يعتبره طلاق ، فهو إذاً معاوضة فيه شبه تعليق.

فهو معاوضة ،لأن الزوج يأخذ من الزوجة بدلاً مقابل الطلاق، وشبه تعليق،لأن الزوج علق الطلاق على أخذ المال ،وبالتالي يسري على الخلع أحكام العقود من حيث أنه منجز أو معلق أو مقترن بشرط ،وكذلك تسري تلك الأحكام على الإيجاب والقبول وتتمثل هذه الشروط فيما يلي[2]:

- ليس له حق الرجوع قبل قبولها.
- القبول يكون في المجلس ،فإذا انفضّ المجلس فلا قبول.
- أن يطابق الإيجاب قبول الزوج.

أما من زاوية أنه معاوضة يحق للزوج أخذها ويجب على الزوجة دفعها، ولهذا فهي ترتب الأحكام التالية:

- للزوجة الحق في الرجوع قبل قبول زوجها.

[1]– راجع عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ،الجزائر،2003،ص 58.

[2]– عمر زودة ، المرجع السابق ،ص 59.

- يلزم أن يكون القبول في مجلس الإيجاب.
- مطابقة الإيجاب للقَبول.

أما إذا كان الخلع من جانب الزوج بصيغة التعليق ،فلا يعتبر من المعاوضات، بل هو تعليق محض من جانبه.وقد جاء في مُ غني المحتاج :وإذا بدأ الزوج بصيغة معاوضة كطلّقتك أو خالعتك بكذا فَقبِل ،حينئذٍ يُكيّف الخلع أنه طلاق كما هو الراجح فهو معاوضة لأخذه عوضاً في مقابلة ما يخرجه عمن ملكه ، وفيها شوب تعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول المال.

أما إذا قلنا أن الخلع فسخ، فهو معاوضة محضة من الجانبين، إذ لا مدخل للتعليق فيها، بل هو كإبتداء البيع ، وعلى المعاوضة فإنه له الرجوع قبل قبولها ،لأن هذا شأن المعاوضات ويشترط قبولها ،فتقول: قبلت أو اختلعت[1].

ج/ الخلع عند الحنفية

يرى أبو حنيفة ،أنه يعتبر يميناً من جانب الزوج ،لأن الزوج الذي يقول لزوجته خالعتك على مائة دينار ،يكون هذا القول تعليقاً منه للطلاق على قَبولها دفع المائة وكأنه قال لها إن دفعت مائة دينار خالعتك ، والتعليق يسمى يميناً في اصطلاح

الفقهاء،ولهذا يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج ،ويكون معاوضة من جهة الزوجة ،لأنها ألتزمت بما أوجبه الزوج نضير افتداء نفسها، وخلاصها من قيود الزوجية،وكأنها قالت ":رضيت أن أَشتري عصمتي منك بهذا البدل".

غير أنها ليست معاوضة خالصة ،بل لها شبه بالتبرعات ،لأن المعاوضات الخالصة يكون كل من البدلين مالاً أو شيئاً يقوم بالمال ، وما يخلص للمرأة في

[1]– راجع يوسفات علي هاشم، مرجع سابق،ص 37.

نضير المال ليس إلا خلاص نفسها ،وهو ليس بمال ولا في حكم المال ، ولهذا يأخذ الخلع أحكام المعاوضات بالنسبة للزوجة [1]ويرتب الأحكام الآتية:

1-أن الزوجة لو ابتدأت بالخلع فقالت اختلعت نفسي منك بكذا ،كان لها أن ترجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوج.

2-أن الزوجة ،لو كانت حاضرة بالمجلس فلا بد من قَبولها فيه ، وإن كانت غائبة عنه فلا بدّ من قَبولها في المجلس الذي تعلم فيه بالخلع ، فإن سمعت كلمة المخالعة من الزوج بعد المجلس بطل الإيجاب فلو قبلت بعد ذلك لا يقع الطلاق، لأن المعاوضات المالية تبطل إذا تفرق المتعاقدان بعد الإيجاب والقبول.

3-يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار في مدة معلومة يكون لها فيها الحق في القبول أو الرفض، فإذا قالت الزوجة لزوجها خالعتك على خمسين دينار على أن لي الخيار ثلاثة أيام وقبل الزوج ذلك ،صح هذا الشرط وكان لها في أثناء المدة أن تقبل الطلاق على هذا المال أو ألا تقبل، فإن قبلت وقع الطلاق ولزمها المال ،لأن الخلع من جانبها معاوضة ،و المعاوضات يصبح فيها الشرط الخيار.

4-لا يصح للزوجة أن تعلق الخلع على شرط ،ولا أن تضيفه إلى زمن المستقبل لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك، والتمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة.

5-إن بدل الخلع لا يلزم الزوجة ،إلا إذا كانت أهلاً للتبرع ،بأن كانت بالغة عاقلة ورشيدة ،لأن الخلع وإن أُعتبر معاوضة من جانب الزوجة ،إلا أنه فيه شِبْهاً بالتبرعات ،فإذا لم تكن الزوجة أهلاً للتبرع لا يلزمها المال[2].

هذا ويترتب على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج الأحكام الآتية:

---

[1]- راجع يوسفات علي هاشم، المرجع سابق ،ص 37.

[2]- أنظر ، عبد المجيد محمود مطلوب ، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ،مؤسسة المختار للنشر و التوزيع،القاهرة سنة 2005،ص291/292.

1-لا يجوز للزوج إذا ابتدأ بالخلع ،أن يرجع فيه قبل قبول الزوجة لأنه تعليق والتعليق لا يجوز الرجوع فيه، فلو قال الزوج لزوجته خالعتك على مؤخر الصداق فلا يجوز له أن يرجع عن هذا الإيجاب ،قبل أن تقبل الزوجة، كما أنه لا يجوز له أن يمنع الزوجة عن القبول.

2-لو صدر إيجاب بالخلع من الزوج في المجلس ،ثم قام منه قبل قبول الزوجة له ،لا يبطل الخلع بقيامه من المجلس، فلو قبلت الزوجة الخلع بعد قيام الزوج ،كان قبولها صحيحاً ويقع الطلاق، لأن القيام من المجلس يعتبر رجوعاً عن الإيجاب دلالة، وإن كان الزوج لا يملك الرجوع عن الإيجاب صراحة ،فلا يملك الرجوع عنه دلالة من باب أولى ، لأن التعليق لا يمكن الرجوع فيه.

3-إيجاب الزوج في الخلع يجوز تعليقه على شرط ،مثل قول الزوج لزوجته إن خرجت من البيت خالعتك على كذا ، ويجوز إضافته إلى زمن مستقبل كقوله":خالعتك على100 دينار بداية شهر جانفي المقبل "، فإن قبلت عند وجود الشرط المعلق عليه ،أو عند حلول الوقت المضاف إليه وقع الطلاق ،ولزمها المال وترتبت آثار الخلع على كل الطرفين.

4-لا يصح للزوج أن يشترط لنفسه الخيار في مدة معلومة ،لأن الزوج لا يملك الرجوع عن الخلع ،واشتراط الخيار يجعل له الحق في الرجوع عنه في مدة الخيار ،وهذا يخالف مقتضى التصرف الذي صدر منه، والشرط إذا خالف مقتضى التصرف لا يكون صحيحاً ، فإذا اشترط كان الشرط باطلاً ،لكن لا يبطل الخلع به لأن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة ،فلو خالع الزوج زوجته على أن له الخيار ثلاثة أيام ،وقبلت الزوجة ،وقع الطلاق في الحال ولزمها المال المتفق عليه [1].

[1]- راجع يوسفات علي هاشم، مرجع سابق ،ص 39.

د/ الخلع عند الحنابلة:

الخلع عند الحنابلة ،معاوضة من الجانبين مالم يكن الإيجاب بالخلع صادراً من الزوج بصورة تعليق ،فإنه حينئذ يكون تعليقاً ونفرق هنا بين حالتين:

الحالة1:إذا لم يوجب الزوج في البداية بصيغة التعليق ،أُعتبر معاوضة وتنطبق على ذلك سائر أحكام المعاوضات التالية:

- لكل من الزوجين الرجوع عن الإيجاب قبل قبول الآخر.
- القبول يكون في نفس مجلس الإيجاب.
- مطابقة الإيجاب بالقبول.

الحالة2: وأما التعليق ،على الرأي الراجح بأن الخلع فسخ عند الحنابلة ،ففيه خلاف حول قابلية الخلع للتعليق على الفسخ ،والراجح أنه لا يجوز، وعلى القول بصحة التعليق في الخلع:

- لا يجوز للزوج الرجوع قبل قبول الزوجة.
- لا يتقيد القبول بالمجلس.
- موافقة الإيجاب للقبول.

مما سبق، يتضح لنا بأن كل من المالكية والشافعية والحنابلة كيّفواْ العلاقة بين الزوجين في عقد الخلع أنها معاوضة بين الجانبين، عكس ما ذهب إليه الحنفية في تكييفهم له باعتبارها يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة[1].

في حين ذهب إتجاه فقهي آخر، في مسألة تكييف العلاقة بين الزوجين في الخلع،منهم الظاهرية على أساس أن الخلع ليس عقد بين الزوجين ،لتقرير المصير بالنسبة للزوجة لخلعها من عدمه ، بل هو حق أصيل للزوجة ،تلجأ إليه متى

[1]– راجع يوسفات علي هاشم، مرجع سابق،ص 40.

شاءت في حالة عدم القدرة على مواصلة الحياة الزوجية ،وهي بذلك لا تحتاج لمجلس عقد ولا إيجاب في مخالعتها[1].

ثانياً:التكييف القانوني للخلع

من خلال هذا الفرع ،سنتطرق إلى تحديد التكييف القانوني للخلع في التشريع الجزائري رأينا مما سبق ،أن قانون الأسرة الجزائري نص على مشروعية الخلع، ويتجلى ذلك واضحاً من خلال المادة 54 من القانون 11/84 و الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 و أكد على قانونيته ، مثبتاً ما سبق من أحكام قضائية حكمت بالخلع.

كما نصت المادة 48 من الأمر 02/05 على أنه " الطلاق حل لعقد الزواج يتم بإرادة الزوج ، بتراضي الزوجين ، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

و إنطلاقاً من هذا النص القانوني ،يمكن اعتبار أن التكييف القانوني للخلع كالطلاق على مال ، رغم الاختلاف الشرعي في المسألة ، فهو يُعتبر يميناً في جانب الزوج ، لأنه علق طلاق الزوجة على شرط قبول المال، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع ،من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغاً من المال ،في مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية ،وسلطان زوجها ،التي أصبحت لا تطيق الحياة المشتركة معه.

وعليه لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته لتدفع له مبلغاً من المال لقاء طلاقها ، أو تبرئته من مؤخر صداقها، كما يفعل بعض الجهلة في عصرنا الحاضر طمعاً في أموال زوجاتهم[2].

[1]– أنظر باديس ذيابي، مرجع سابق،ص 65.

[2]– أنظر بالحاج العربي ،مرجع سابق، ص 264/263.

كما يؤخذ على المشرع الجزائري، تأثره الواضح بالمذهب الظاهري ،في اعتباره الخلع حقاً أصيلاً للزوجة، يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، يُمَكِّنها من اللجوء إليه في أي وقت شاءت ،إذا ما تبين لها أن مواصلة العشرة مستحيلة.

أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أو طلاق ، فإن المشرع الجزائري كان واضحاً من الوهلة الأولى بتبيينه للاتجاه القائل بأن الخلع يعد طلاقاً ،لا فسخاً ،وذلك واضحاً من خلال ترتيب قانون الأسرة[1] فقد ورد الطلاق في الباب الثاني ،تحت عنوان "انحلال الزواج "من المادة 47 إلى 57 مكرر ،وخص الفصل الثالث تحت عنوان " النكاح الفاسد والباطل"وذلك من المادة 32 إلى 35.

[1]– أنظر باديس ذيابي ، المرجع السابق، ص 68.

الفصل الثاني
الأحكام المشتركة بين التطليق والخلع

الفصل الثاني: الأحكام المشتركة بين التطليق و الخلع

إلى جانب الأحكام الخاصة بكل من التطليق و الخلع هناك \احكام مشتركة بينهما، أي أن كليهما يخضع لها إلا في بعض التفاصيل الدقيقة التي سنبينها في حينها إن شاء الله، ويتعلق الأمر عند الحديث عن الأحكام المشتركة، بآثار فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، وبالإجراءات المقررة قانونا لفك تلك الرابطة، وهذا ما سنتعرض له تباعا وفقا لمبحثين منفصلين.

المبحث الأول : آثار فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة

أورد قانون الأسرة الجزائري آثار فك الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان آثار الطلاق و تندرج آثار الخلع و التطليق في هذا الفصل بإعتباره طريقا من طرق حل الرابطة الزوجية.

يشترك الخلع مع الطرق الأخرى لفك الرابطة الزوجية (التطليق) في الآثار حيث تخضع هذه الأخيرة لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه ، و على القاضي الإتجاه لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام كالحضانة ، و نفقة المحضون و سكناه التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه ، مع إختلافات ينفرد بها الخلع و تتمثل هذه الآثار في إلتزام المختلعة بتسديد بدل الخلع و إعتدادها و نفقة عدتها و سقوط الحقوق الزوجية بالخلع.

المطلب الأول : الأثار العامة لفك الرابطة الزوجية بالتطليق و الخلع

إن الآثار القانونية لإنحلال عقد الزواج بطلب الزوجة كثيرة و متنوعة ، لقد ذكرها قانون الأسرة في مواد متفرقة ، فهناك آثار تتعلق بالزوجين و أخرى تتعلق بالأولاد و قد تطرأ بعض الآثار على الغير .

و بعد دراسة القاضي لدعاوى التطليق أو الخلع المرفوعة من قبل الزوجة إستناداً إلى أحد الأسباب المذكورة في المادة 53 من ق.أ.ج ،أو المادة 54 من نفس القانون و بقبول طلبها يصدر حكمه بفك الرابطة الزوجية .

إذن ما هي الآثار التي تنجم عن هذا الحكم ؟ و للإجابة عن هذا السؤال سوف نتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين ، حيث يتضمن المطلب الأول (الآثار العامة لفك الرابطة

الزوجية بالتطليق و الخلع) ، حيث ينقسم هذا المطلب إلى فرعين تناولنا في الفرع الأول آثار التطليق بالنسبة للزوجين (مايثبت للزوجة) ، و الفرع الثاني آثار التطليق بالنسبة للأولاد (ما يثبت للأولاد) .أما المطلب الثاني

الفرع الأول: آثار فك الرابطة الزوجية من الزوجة بالنسبة للزوجين (ما يثبت للزوجة)

تتمثل آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للزوجة المطلقة في:

العدة (أولاً) ، النفقة (ثانياً) ، التعويض (ثالثاً)، إسترجاع متاع البيت (رابعاً)

أولاً: العدة

إن الحديث عن العدة هو في اللغة الحديث عن المدة أو المهلة ، و هي مصدر الفعل "عدّ" بمعنى " أحصى" "يحصي" وردت بهذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى : " وَ إِنْ تَعْتَدُواْ نِعْمَةَ اللّهِ لاّ تُحْصُوهَا إِنَّ اللّهَ لَغَفُورٌ رَّحِيْمٌ" [1] و قد تفيد مجمل عدد الشيء في قوله تعالى :" **وَ إِن عِدَّةَ الشُّهُورِ عِندَ اللّهِ إِثْنَا عَشَرَ شَهْراً فِي كِتَابِ اللهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَات وَ الأَرضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ذَلِكَ الدِّينُ القَيِّمُ فَلاَ تَظْلَمُواْ فِيْهِنَّ أَنفُسَكُم وَ قَاتِلُواْ الْمُشْتَرِكِينَ كَآفَةً وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ المُتَقِيْنَ**"[2]

أما إصطلاحاً فهي " مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة فتمتنع عن الزواج فيها، و بإنقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم "

و أجمع العلماء على وجوبها لقوله تعالى : " **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ وَ لاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَنَ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤمِنَّ بِاللّهِ وَ الْيَومِ الآخرِ وَ بُعُولَتُهُنَ أَحَقُ بِرَدِّهِنَّ فِي ذلكَ إِنْ أَرَادُوْاْ إِصْلاَحاً وَ لَهُنَ مِثْلُ الّذي عَلَيْهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَ اللهُ عَزِيْزٌ حَكِيْمٌ** "[3].

---

[1]– سورة النحل الآية 18.

[2]– سورة التوبة الآية 36 .

[3]– سورة البقرة الآية 228.

و قوله صلى الله عليه و سلم لفاطمة بنت قيس : " إعتدي في بيت أم مكتوم " والحكمة من وجوب العدة هي التأكد من براءة الرحم لتفادي إختلاط الأنساب من جهة وإعطاء الزوج متسع من الوقت ليتمكن من خلاله التفكير في مراجعة المعتدة من جهة أخرى.

و عليه نستنتج أن العدة تعرف على أنها الأجل الذي أوجبه الشرع والقانون على الزوجة التي إنحل عقد زواجها بالطلاق، الفسخ، التطليق، الخلع، أو بوفاة زوجها، لإنقضاء ما بقي من آثار الزواج، وأن تتربص ولا تتزوج إلا بعد انتهاء الأجل المحدد شرعاً وقانون .

وعدة المطلقة بالنسبة للمدخول بها هي ثلاثة قروء، أي ثلاث حيضات أو ثلاثة طهور مصداقا لقوله تعالى : " **وَالْمُطَلَقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ وَ لاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَنَ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إن كُنَّ يُؤمِنَّ بِاللّهِ وَ الْيَومِ الآخرِ وَ بُعُولَتُهُنَ أَحَقُ بِرَدِّهِنَّ فِي ذلكَ إنْ أَرَادُوْاْ إِصْلاَحاً وَ لَهُنَ مِثْلُ الّذي عَلَيْهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَ اللهُ عَزِيْزٌ حَكِيْمٌ**".[1]

وهذا ما ورد في المادة 58 من ق.أ.ج التي نصت على أنه:" **تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، و اليائس من المحيظ بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق**" .

أما إذا كانت المطلقة غير مدخول بها ، فإنه لا تجب عليها العدة مطلقاً ، إذا لم تكن هناك خلوة صحيحة إثر عقد صحيح .

وتكتمل عدة الحامل بوضع حملها ، مصداقاً لقوله عزوجل :" **وَ اللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيْضِ مِن نِسآئِكُمْ إن آرْتَبْتُم فَعِدَّتُهُنَ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَ الَّى لم يَّحِضْنَ وَ أُوْلَتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَّضَعن حَمْلَهُنَّ وَ مَن يَتَقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْراً**[2].

[1]– سورة البقرة الآية 228.

[2]– سورة الطلاق الآية 04.

و أقصى مدة حمل هي 10 أشهر من تاريخ الحكم بالتطليق ، و هذا طبقاً للمادة 60 من ق.أ.ج[1] .

أما اليائسة من الحيض هي التي لا تحيض لكبر سنها أو لمرض يمنعها من الحيض ، فتعتد حسب المادة 2/58 من ق.أ.ج بثلاثة أشهر من تاريخ الحكم بالتطليق ، و هذا تطبيقا لقوله سبحانه و تعالى:" **وَ آلَّىء يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيْضِ مِن نِسآئِكُمْ إن آرْتَبْتُم فَعِدَّتُهُنَ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَ الَّى لم يَّحِضْنَ وَ أُوْلَتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَّضّعن حَمْلَهُنَّ وَ مَن يَتَقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا**[2].

حيث جاء في القرار رقم 137571 المؤرخ في 18 جوان 1996 : " من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة و المتوفى عنها زوجها و لا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها ، و لما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها طُلقت من زوجها الأول قبل الدخول ، و أعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول و الحكم بصحة الزواج و رجوع الزوجة إلى بيت الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"[3].

وما يجدر الإشارة له انه و أثناء دراستنا لموضوع العدة في الشريعة الإسلامية و القانون وجدنا إختلافا بينهما ، حيث تحسب العدة في الشريعة الإسلامية من تاريخ التلفظ بالطلاق.

---

[1]– تنص المادة 60 من ق.أ.ج على : " عدة الحامل وضع حملها ، و أقصى مدة حمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ".

[2]– سورة الطلاق الآية 04.

[3]– القرار الصادر بتاريخ 1996/06/18 تحت الرقم 137571 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني صفحة 93.

أما ما جاء به قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 58 أنه تحسب العدة من تاريخ التصريح بالطلاق و الذي لا يثبت إلا بحكم قضائي حسب المادة 49 من ق.أ.ج .

و إذا صدر حكم بالطلاق تدخل المطلقة في عدتها من تلك اللحظة و تقع عليها الإلتزامات التالية:

- ملازمة بيت الزوجية ، حيث تبقى في بيت زوجها مدة عدتها مصداقا لقوله تعالى :

" **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَ أَحْصُوا الْعِدَّةَ وَ إِتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لاَ تُخْرِجُوْهُنَّ مِن بُيُوْتِهِنَ وَ لاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَ تِلْكَ حُدُوْدُ اللهِ وَ مَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نفْسَهُ لاَ تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً** " و هو ما جاءت به المادة 61 من ق.أ.ج .

لكن ما يجري به العمل بين الناس خلاف ذلك إذ أن المطلقة تأخذ أغراضها و تلتحق بأهلها لتقضي عدتها هناك .

- إمتناع الزوجة عن الزواج في فترة العدة برجل أجنبي.

ثانياً: النفقة

ليست العدة وحدها أثر للحكم بالتطليق ، وإنما كذلك للمطلقة الحق في النفقة عليها أثناء فترة العدة ، و هي ما يعرف "بنفقة العدة" ، حيث يقع على عاتق الزوج أن ينفق عليها طيلة هذه المدة ، و القاضي هو الذي يحدد مبلغ النفقة .

و تستحق المطلقة هذه النفقة طالما لم تترك مقر الزوجية طيلة مدة العدة ، و هذا ما نصت عليه المادة 61 من ق.أ.ج[1] تماشياً مع القاعدة الشرعية " من حبس من أجل غيره وجبت نفقته عليه ".

وتجب نفقة العدة لكل إمرأة فارقها زوجها بغير وفاة، بسبب من عنده كالطلاق، وكل إمرأة كان سبب افتراقها عن زوجها من جهتها بشرط أن يكون هذا السبب مشروعا، كأن تختار نفسها بعد البلوغ، وكل إمرأة طلقها القاضي على زوجها بموجب المادة 53 من ق.أ.ج.

والجدير بالذكر أن المطلقة غير المدخول بها لا نفقة لها بإعتبار أنها لا تعتد.

أما المطلقة طلاقا رجعيا، فلها الحق في النفقة طيلة مدة العدة، بكل مشتملاتها من مأكل ومشرب وسكن وعلاج وكسوة، ولقد إتجهت أحكام القضاء إلى هذا الإتجاه.

فلا لبس أو شك في موقف القضاء من نفقة العدة ويتضح هذا من خلال قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/10/22 تحت رقم 34327 الذي جاء فيه مايلي " متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية "[2].

فكما يمكن للقاضي أن يحكم بنفقة المطلقة بعد الحكم بالتطليق و إلى غاية إنقضاء عدتها، يمكنه كذلك أن يحكم بنفقتها قبل الحكم بالتطليق وهي ماتعرف" بنفقة الإهمال "إذا ما طالبت الزوجة بها .

وباعتبار أن من مشتملات النفقة، السكن، فإنه حق ثابت للزوجة أو المطلقة، واجب على الزوج.

---

[1]– تنص المادة 61 من ق.أ.ج على أنه : " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في العدة في الطلاق".

[2]– م،ع،غ،أ،ش، ملف رقم 34327 الصادر بتاريخ 1984/10/22 ، المجلة القضائية ، ع 03، 1989،ص69 .

غير أنه حتى تستحق المطلقة السكن لابد أن يكون قد صدر لصالحها حكما بحضانة الأبناء ، و يقع على عاتق الزوج الإلتزام بتوفير مسكن ملائم للحضانة و إن تعذر ذلك ، و عليه أن يقوم بدفع بدل الإيجار.

وتبقى المطلقة في مسكن الزوجية طالما لم يقم الأب بتنفيذ الحكم القضائي بإلزامه بتوفير مسكن ملائم للحضانة ، و هذا طبقا للمادة 72 من ق.أ.ج .[1]

ثالثاً:التعويض

حسب المادة 53 مكرر من ق.أ.ج يمكن للقاضي عند حكمه بالتطليق، أن يحكم للزوجة بالتعويض عما أصابها من ضرر.

والتعويض هو ما يعطى للمضرور لجبر الضرر الذي لحق به، أو هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على الغير، وقد يتداخل مفهوم التعويض مع المتعة، هاته الأخيرة يدفعها الزوج للزوجة إذا وقع الطلاق منه، وهي عبارة عن تعويض لما أصابها من ضرر، وجبر لخاطرها لما قام به من هدم لميثاق غليظ، غير أنه إذا كان الطلاق من جهة الزوجة فلا متعة لها.

غير أن حكم القاضي بالتعويض للزوجة، يكون على أساس الضرر الذي يلحق بها من زوجها، وعلى الزوجة أن تثبت الضرر الذي لحق بها بكافة وسائل الإثبات، حتى يحكم القاضي لها بالتعويض عنه، وهذا ماذهب إليه القضاء الجزائري حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 135435 بتاريخ 1996/04/23:

" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض إستناداً على وجود ضرر معتبر شرعاً ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن

[1]– تنص المادة 72 من ق.أ.ج على أنه : " في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر ، لممارسة الحضانة، و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار .
و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها، ويبرر التعويض الممنوح لها مما يتعين رفض الطعن "[1].

وأساس الحكم بدفع التعويض للزوجة يكون على أساس الضرر الناشئ عن إرادة الزوج، وطالما لم يكن لإرادة الزوج أي دخل فيما أصاب الزوجة من ضرر لا يحكم القاضي لها بأي تعويض، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2011/01/13 حيث جاء فيه[2]:

"من المقرر قانوناً أن مرض العقم وعدم القدرة على الإنجاب، وإن كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطليق، طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، ويخول الزوجة الحق في المطالبة به، فهو لا يحمل الزوج المصاب به أية مسؤولية عن دفع التعويض لها عنه، ذلك أنه لا دخل لإرادته فيه، ومن ثمة فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإلزام الطاعن بدفع مبلغ 80000 دج تعويضا عن التطليق للمطعون ضدها إستناداً فقط إلى مجرد الضرر الناتج عن ذلك العقم بغض النظر عن مصدره سواء كان بإرادة الطاعن أم بغير إرادته ، يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون وعجزوا عن إعطاء تسبيب مقنع لقرارهم، الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض جزئيا فيما يخص مسؤولية التطليق والتعويض عنه "

وتجدر الإشارة أنه هناك تشابه بين مصطلحي التعويض ، و المتعة ، هذه الأخيرة هي ما يعطيه الزوج لزوجته جبرا لخاطرها و تعويضا لها عما لحقها من ضرر و هي واجبة لها كلما تحقق هذا السبب " الضرر" لقوله تعالى: وَ لِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوْفِ حَقّاً عَلَى المُتَقِيْنَ" .[3]

[1]–م،ع،غ،أ،ش قرار رقم 135435 الصادر بتاريخ 1996/04/23 المجلة القضائية لسنة 1998 العدد الأول ص 129.

[2]– م،ع،غ،أ،ش قرار رقم 596191، الصادر بتاريخ 2011/01/13، المجلة القضائية ، ع 02، 2011،ص 271.

[3]– سورة البقرة الآية 236.

بإستقرائنا لهذه الآيات يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية أوجبت على الرجل تمتيع المطلقة ،و ذلك بتعويضها جراء ما أصابها بسبب فك الرابطة الزوجية مستعملة مصطلح "المتعة"، في حين أن القوانين الوضعية أوجبت على القاضي إلزام الزوج بدفع مبلغ من المال نقدا أو عينا يخضع لسلطته التقديرية تحت تسمية

" التعويض " .

رابعاً: إسترجاع متاع بيت الزوجية:

من بين آثار الحكم بالتطليق ، إسترجاع متاع[1] بيت الزوجية ، غير أنه قد ينشأ نزاع بين الزوجين حوله ، فيدعي كل منهما ما يثبت صحة ما يدعيه كل منهما من وصولات الشراء أو أي سند آخر من شأنه فض النزاع بين الزوجين .

حيث توضح المادة 73 من ق.أ.ج[2] أن النزاع حول متاع البيت و أثاثه ينتهي لصالح من له بينة ، و هذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء ، أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع من المعتاد للرجال ، فإن الزوج يُكلف بأداء اليمين كذلك، و له أن يأخذه طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية .

و من يمتنع عن أداء اليمين يسقط حقه فيما طلب ، و يجوز لأحد الخصمين أن يوجه للآخر ، و تعتبر في هذه الحالة يمينا حاسمة لأنها تحسم النزاع.

[1]– يقصد بالمتاع كل ما يوجد بمسكن الزوجية من أثاث و أواني و لباس و حلي http://www.almaany.com

[2]– تنص المادة 73 من ق.أ.ج على أنه : " إذا وقع نزاع بين الزوجين في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو لورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال .

أما إذا كان النزاع حول متاع و ليس لأي من الخصمين بينة على دعواه ، و لم يتمكن القاضي من التفريق بين ما يصلح لإستعمال الرجال ، و ما يصلح لإستعمال النساء ، فإنه في هذه الحالة قد يكون الحل الأنسب هو تقسيم محل االنزاع مناصفة بينهما .

و في هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 1983/01/14 جاء فيه : " إذا إختلف الزوجان على متاع ،و كان مما يصلح عادة للنساء يُقضى بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين ، و عليه يستوجب نقض القرار الذي فصل في نزاع متعلق بالبيت خاص بالنزاع و حكم على الزوج بتأدية اليمين ".[1]

أما عند إشتراك الشيء بين الزوجين ، تقضي المحكمة بقسمته بينهما مع تحليفها اليمين.

غير أنه في حالة عدم وجود المتاع نميز بين حالتين :

الحالة1: إذا كان المتاع غير موجود أصلا :

ففي الحالة الأولى تطالب الزوجة بما لها من متاع الزوجين إلا أن الزوج ينكر وجوده ، فعندئذ تلجأ إلى القواعد العامة للإثبات ، و ذلك بتطبيق المادة 323 ق.م.ج و تطبيقا لقاعدة : " البينة على من ادعى ، و اليمين على من كذب ".

الحالة2: إذا كان المتاع غير موجود لأن الزوجة أخذته كاملا:

أما في الحالة الثانية فيدعي الزوج أن زوجته أخذت المتاع إلى بيت أهلها عند مغادرتها بيت الزوجية ، سواء برفعه دعوى يطلب فيها إسترداد ما يراه من الأثاث ، أو يكون بمثابة دفع يقابل به طلب الزوجة ، و عليه يقع عبىء إثبات ما يتذرع به ، فإذا عجز عن تقديم دليل على ذلك خسر دعواه.

[1]– نشرة القضاة لسنة 1986 العدد الأول ص 50.

و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/07/18 تحت رقم 50075 و الذي جاء فيه [1]:

" متى كان من مقررا شرعا أن البينة على من إدعى ، و اليمين على من أنكر ، و من ثمة فإن إدعاء الزوج أن زوجته أخذت مصوغها و أثاثها و ملابسها ، يصير مكلفا بإثبات دعواه ، فإذا عجز فالقول للزوجة مع يمينها ، و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية .

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الخلاف حول متاع البيت لم يكن حول وجوده بمنزل الزوجية ، بل كان حوا إدعاء الزوج أن زوجته أخذته مع فإن قضاة الموضوع حينما عكسوا الأمر ووجهوا اليمين للزوج و هو مدع ، و تلقوها منه مباشرة ، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية ، و متى كان كذلك أستوجب نقض القرار المطعون فيه "

فحسب قرار المحكمة العليا كان على الزوج الذي إدعى أن زوجته أخذت المتاع إلى بيت أهلها إثبات إدعائه ، و إلا خسر دعواه ، و عليه يبقى الوضع الظاهر قائما و هو وجود المتاع إلى ببيت أهلها إثبات إدعائه ، إلا خسر دعواه ، و عليه يبقى الوضع الظاهر قائما و هو وجود المتاع ببيت الزوجية ، إذا كان على القضاة أن يوجهوا للزوجة اليمين القانونية الواردة بالمادة 73 من ق.أ.ج ، لكي تستحق الأثاث الذي يشهد لها الظاهر و العرف بملكيته ، وليس توجيهها للزوج كما فعلوا.

[1]– غ،أ،ش،م،ع، الفرار الصادر بتاريخ 1988/07/18 تحت رقم 50075، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 4،ص 64.

الفرع الثاني :آثار فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة بالنسبة للأولاد (ما يثبت للأولاد)

لا تقتصر آثار الحكم بالتطبيق على الزوجين فقط ، و إنما تمتد كذلك للأبناء فتترتب عنه آثار هامة بالنسبة للأبناء، إن كان للزوجين أبناء مشتركين ، إذ تتمثل هذه الآثار في :

النسب (أولا) ، الحضانة (ثانيا) ، و النفقة (ثالثا) .

أولا : النسب :

إن الزواج ميثاق تماسك شرعي بين الرجل و المرأة على وجه البقاء، غايته إنشاء أسرة تحت رعاية الزواج ، تكفل للمتعاقدين تحمل الأعباء في طمئنينة و سلام .

حيث تتسرب حقوق عن هذه الرابطة الشرعية أهمها ثبوت نسب كل فرد لأبيه الحقيقي وهذا لعدم إختلاط الأنساب و ضياع الأولاد و عليه لابد من معرفة معنى النسب .

فالنسب لغة[1]: يعني القرابة و يجمع على الأنساب ، يقال نسبه في بني فلان أي هم منهم، و النسبة صلة و قرابة لقوله تعالى:" **وَ هُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ اَلْمَاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَ صِهْراً وَ كَانَ رَبُّكَ قَدِيْراً** "[2].

و إصطلاحا: هو صلة الأبناء بمن ينتمي إليهم من الآباء و الأجداد و هو معنى الأسرة في اللغة.

نظم المشرع الجزائري النسب في المواد من 40 إلى 45 من ق.أ.ج ، و تبعه بمادة خصصها لمعالجة ظاهرة التبني التي حرَّمها الإسلام ، و هذا حسب المادة 46 من نفس القانون .

---

[1] – http://www.ahlalhdeeth.com/ المطلع عليه بتاريخ 2016/03/22

[2] – سورة الفرقان الآية 54.

و يثبت نسب الولد لأمه بمجرد ولادته سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو غير ذلك، في حين يثبت نسب الولد لأبيه في الحالات التالية : الفراش مصداقا لقوله صلى الله عليه و سلم " **الولد للفراش و للعاهر الحجر** " ، إضافة إلى الإقرار و البينة و نكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 34/33/32 من ق.أ.ج و هو ما جاءت به المادة 40[1] من ق.أ.ج .

أما في حالة إدعاء الزوجة أنها حامل بعد تطليقها ، فهل ينسب الولد مباشرة إلى الزوج دون قيد أم هناك شروط يجب توفرها لذلك ؟

و للإجابة على هذا الإشكال نتوجه إلى المادة 43 من ق.أ.ج " **ينسب الولد إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة** " .

و بهذا النص يكون المشرع قد وضع شرطا واحداً لإلحاق الولد بالزوج المطلق و هو ولادة الطفل قبل عشرة أشهر كاملة من يوم التفريق الفعلي بين الزوجين ، و علية فإذا وقعت الولادة خلال هذه المدة ينسب المولود إلى الزوج دون خلاف ، في حين إذا وقعت ولادته بعد مرور أكثر من عشرة أشهر من تاريخ التطليق فإن المولود لا يلحق بالزوج لإحتمال نسبه لشخص آخر، و بالتالي يحق لكل ذي مصلحة من الورثة أو من ممثلي النيابة العامة أو غيرهما أن يطعن في هذا السبب و يرفع دعوى أمام القضاء ليطلب نفيه.

[1]– تنص المادة 40 من ق.أ.ج على مايلي: يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و34 من هذا القانون .
يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

ثانيا: الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم الآثار التي تترتب عن الطلاق بصفة عامة بالنسبة للأبناء و تعرف الحضانة لغة: أنها مصدر حضن ، و يقال حضن الطائر بيضه أي ضمه إلى جناحه .

أما إصطلاحا: فإنها تعرف على أنها رعاية الولد و تعليمه و تربيته و السهر على حمايته و حفظه خلقاً صحةً ، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 62 من ق.أ.ج .

إذ عرف المشرع الحضانة إنطلاقا من أهدافها ، التي تعتبر من الواجبات التي تقع على عاتق الحاضن ، لكن هذا لا يعني أن الحاضنة هي حق خالص للطفل ، فكما تعتبر واجب يقع على عاتقا الحاضنة ، فإنها تعتبر حقا لها أيضاً[1].

و حماية للمحضون ، لابد من توفر شروط معينة في الحاضن ، رغم أن المشرع لم يبينها بوضوح مكتفياً فقط بالنص في الفقرة الثانية من المادة 62 من ق.أ.ج ، و هو أن يكون الحاضن أهلا لتولي الحضانة ، حيث أن السلطة التقديرية للقاضي .

و الأهلية التي قصدها المشرع في نص المادة هي قدرة الحاضن على القيام بمصالح المحضون و العناية بتربيته وإعداده ليصبح عضواً نافعاً في المجتمع .

و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن هناك شروط عامة يشترك فيها الرجال و النساء و شروط تتعلق بالنساء ، و أخرى تتعلق بالرجال.

[1]– أنظر سلامي دليلة ، حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2008، ص 35.

- **الشروط العامة في النساء و الرجال لحضانة الطفل :**

و هي [1]:

أ/ البلوغ و العقل : و معناه أن يكون الحاضن بالغاً سن الرشد 19 سنة ، دون أن يكون محجورا عليه، حيث لا يمكن إسناد الحضانة إلى شخص صغير هو نفسه في حاجة إلى رعاية و عناية .

ب/ القدرة : أي الإستطاعة على تربية المحضون و رعايته و الإعتناء بشؤونه و السهر على سلامته الجسدية و الخلقية.

ج/الأمانة : أي أن يكون أمينًا في خلقه و سلوكه مع المحضون .

- **الشروط الخاصة بالنساء لإستحقاق الحضانة :**

تتمثل هذه الشروط في :

أ/ أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير ، و بالتالي فزواجها بأجنبي عن الصغير يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها أو عدم حصولها على الحضانة أصلاً و هذا طبقاً للمادة 66 من ق.أ.ج [2].

ب/ أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير ، أي أن تكون الحاضنة رحماً محرماً للمحضون ، كأمه أو أخته أو جدته ، فلا حق لبنات العم و بنات الخال و بنات الخالة بحضانة الذكور لعدم المحرمية ، و لهن الحق في حضانة الإناث.

[1]– راجع نذير سعاد التطليق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ،ص 82/81.

[2]– تنص المادة 66 من ق.أ.ج على أنه : " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ".

كذلك الأمر بالنسبة لإبن الخال و إبن العمة ، لا يحق لهم حضانة الإناث، لكن لهم حضانة الإناث ، لكن لهم الحق في حضانة الذكور .

ج/ أن لا تقيم مع المحضون في بيت من يبغضه ، و هذا مراعاة لمصالح المحضون في منزل من يبغض الصغير أو يعرضه للأذى أو الضياع ، حيث يؤدي غياب هذا الشرط إلى إسقاط الحضانة[1].

د/ أن لا تكون قد إمتنعت عن حضانة الصغير مجاناً ، و كان الأب معسراً.

- **الشروط الخاصة بالرجال لإستحقاق الحضانة:**

بالإضافة إلى الشروط العامة يشترط في الرجل الحاضن :

أ/ أن يكون محرماً للمحضون إن كان أنثى ، و هذا تفادياً للخلوة بها لعدم المحرمية.

ب/ إتحاد الدين بين الحاضن و المحضون ،لأن حق لرجل في الحضانة مبني على الميراث ، و لا توارث بين المسلم و غير المسلم .

فإن كان الولد غير مسلم و كان ذو الرحم المحرم مسلماً ، فليس له حق الحضانة ، بل حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه .

أما إذا كان الولد مسلماً و ذو رحمه غير مسلم ، فلا تستند الحضانة إليه ، لأنه لا توارث بينهما ، إذ قد يبنى حق الحضانة المسندة إلى الرجال على الميراث[2].

أما بالنسبة لترتيب أصحاب الحق في الحضانة فقد قدم الفقهاء الحواضن بعضهم على بعض بحسب مصلحة المحضون فجعل الإناث أليق بها لأنهن أشفق و أصبر على

[1]– راجع صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، ص 76.

[2]– راجع نذير سعاد ، مرجع سابق ، ص83.

القيام بها ، ثم الرجال العصبات ثم المحارم و إختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب المصلحة و مستحقو الحضانة إما إناثا فقط أو ذكورا فقط و إما الفريقان معا .

و ذلك في سن معينة فإذا إنتهت تلك السن كان الرجال أقدر على تربية الطفل.

و قد أسند المشرع الجزائري الحضانة للأم و تلاها بأقاربها من النساء ثم عاد إلى الأب ثم أمه ثم إنتقل إلى الأقارب في المادة 64 من ق.أ.ج [1].

و يتضح من النص أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب و ذلك مايبرره شرعا و عقلا ، و دليل ذلك ما روي عن إمرأة جاءت إلى الرسول صلى الله عليه و سلم فقالت له : يا رسول الله إن إبني هذا كان بطني له وعاء و ثديي له سقاء ، و حجري له حواء و إن أباه طلقني و أراد أن ينزعه[2] مني فقال : " **أنت أحق به ما لم تنكحي** " و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " **من فرق بين والدة و ولدها، فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة** ".

كما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق زوجته أم عاصم ثم أتى عليها و في حجرها عاصم و أراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فإنطلق إلى أبي بكر رضي الله عنه فقال له أبا بكر : مسحها و حجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار بنفسه ".

و إذا أهملت الأم المطالبة بحقها في الحضانة ، أو إذا ليست أهلا له تعود الحضانة إلى الأشخاص الآتية وفق الترتيب التالي :

أب الطفل ، الجدة (أم الأم) ، الجدة (أم الأب) ،الخالة ، العمة ، الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون. حسب المادة 64 من ق.أ.ج .

---

[1]– تنص المادة 64 على ما يلي : " الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب فأمه فالأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ".

[2]– راجع عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة ، دار هومة سنة 1996، ص 294.

أما فيما يخص مدة الحضانة ، فنجد أن المادة 65 من ق.أ ج ، جعلت حضانة الولد الذكر تنتهي ببلوغه 10سنوات ، مع إمكانية تمديد مدة حضانة الذكر إلى غاية بلوغه سن 16 سنة بشروط :

- أن تكون الحاضنة هي أمه [1].
- أن لا تكون قد تزوجت بغير ذي محرم للمحضون.
- أن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون، حيث لا يكون التمديد إلا بحكم صادر عن المحكمة العليا ، بناءاً على طلب الأم.

و تنتهي حضانة الأنثى عند بلوغها سن الزواج ، أي ببلوغها سن 19 سنة كاملة.

أما بالنسبة لمكان ممارسة الحضانة ، فإن الزوج ملزم بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة أو بدفع أجرته إذا تعذر عليه و الهدف من ذلك هو حماية المحضون ، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى يوفر المحضون له مسكناً ملائماً للحضانة ، أو يدفع بدل إيجاره و هذا طبقا للمادة 72 من ق.أ.ج .

و تسقط الحضانة بالإخلال بالشروط الواردة في المادة 62 من ق.أ.ج. كما تسقط كذلك بزواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون ، أو بإقامة الحاضنة إذا كانت الجدة أو الخالة مع أم المحضون المتزوجة بغير ذي رحم للمحضون حسب ما جاء في المادة 70 من ق.أ.ج [2]،كما تسقط الحضانة بالتنازل عنها حسب المادة 66 من ق.أ.ج و إذا لم تطالب لأم الحاضنة لمدة سنة من تاريخ الحكم بالتطليق ، دون عذر سرعي ، طبقا للمادة 68 من ق.أ.ج ، غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون أولاً عند الحكم بإسقاط الحضانة .

[1]– راجع عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ،ص299/298.

[2]– تنص المادة 70 من ق.أ.ج على أنه : " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

إن إسناد الحضانة إلى مستحقيها الذين غالبهم من جهة الأم ، يؤدي حتماً إلى الإبتعاد عن الوالد ، مما يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على توازن الطفل من جهة ، و عدم الإضرار بالولد من جهة أخرى و ذلك بتمكينه من رؤية المحضون و زيارته .

و حق الزيارة من الحقوق التي عمل القانون على حمايتها لما لها من أهمية بالغة في رعاية المحضون[1] ، و كل من يخل بهذا الحق يتعرض لعقوبات جزائية ، طبقا للمادة 328 من ق.ع.ج[2].

و على القاضي أن يحكم بحق الزيارة عند حكمه بإسناد الحضانة ، طبقا للمادة 64 من ق.أ.ج ، كما له السلطة التقديرية في تحديد مدة الزيارة و المواعيد إظافة إلى الأماكن التي تتم فيها.

و قد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ أفريل 1990 رقم 59784 جاء فيه : " متى أوجبت أحكام المادة 64 من ق.أ.ج على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار ، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعدهم لما يحتاجون إلية و التعاطف معهم.

و من ثم فإن القرار المطعون فيه للقاضي بترتيب زيارة للأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ، و متى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه [3].

---

[1]– بالحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 386.

[2]– تنص المادة 328 من ق.ع.ج على أنه : "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 500إلى 5000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به و كذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أوعنف .

[3]– أنظر القرار رقم 59784 الصادر بتاريخ 1990/04/16 ، المجلة القضائية سنة 1991 العدد الرابع ،ص 126.

ثالثا: النفقة

حق الأبناء في النفقة في الأصل إلتزام يقع على عاتق الأب أثناء قيام الرابطة الزوجية ويستمر إلى مابعد الطلاق، ويظل الحق قائماً طالما لم يستغنوا عنه بالكسب .

فيقع على عاتق الأب توفير إحتياجات الطفل من مأكل ومشرب وملبس وكذا علاجه، وغيرها من الأمور التي جرى العرف على إعتبارها ضرورية، وهذا حسب المادة 78 من ق.أ.ج[1] و إلتزام الأب بالنفقة إلتزام مؤقت، حيث يتوقف على الإنفاق على الذكر ببلوغه سن الرشد، أما الأنثى فيبقى ينفق عليها إلى غاية زواجها والدخول بها.

غير أنه يلتزم بالإستمرار في النفقة على الولد حتى ولو كان بالغاً سن الرشد، إذا كان عاجزاً عن الكسب لآفةٍ في العقل كالجنون أو العته، أو لآفةٍ في البدن كالشلل، أو لإنشغاله عن الكسب بالدراسة وطلب العلم، وهذا طبقاً للمادة 75 من ق.أ.ج [2]، فإن كان غائباً أو مفقوداً أو معسراً و عاجزاً عن الإنفاق على أولاده، فإن النفقة في هذه الحالة تجب على الأم، وهذا حسب المادة 76 من ق.أ ج [3]،إذا كان بإستطاعتها ذلك.

أما إذا رفض الأب الإنفاق على أبنائه، فلهم الحق في مطالبته بالنفقة عليهم أمام القضاء، وتمثل الأبناء القاصرين أمهم، وهنا يقوم القاضي بتقدير قيمة النفقة مراعياً في ذلك حال الطرفين وظروف المعيشة حسب المادة 79 من ق.أ.ج[4].

---

[1]– تنص المادة 78 من ق.أ.ج على أنه : " تشمل النفقة : الغذاء و الكسوة و العلاج ، و السكن و أجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة.

[2]– تنص المادة 75 ق.أ.ج على أنه : "تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالإستغناء عنها بالكسب."

[3]– تنص المادة 76 من ق.أ.ج على أنه : " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ".

[4]– تنص المادة 79 من ق.أ.ج على أنه : " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ".

وإستحقاق النفقة يكون من تاريخ رفع دعوى المطالبة بالنفقة، على أن لا يحكم القاضي بالنفقة لمدة تتجاوز سنة قبل رفع هذه الدعوى، وهذا ما جاء في المادة 80 من ق.أ.ج[1] ويمكن للقاضي طبقا للمادة 79 من ق.أ.ج أن يراجع مقدار النفقة لكن بعد مرور سنة من تاريخ صدور الحكم في دعوى النفقة وقد يتعرض الأب الممتنع عن أداء النفقة إلى عقوبات جزائية منصوص عليها في المادة 1/331 من ق.ع.ج [2].

ومن خلال ما تم ذكره سالفاً، يتضح أن التطليق ما هو إلا رخصة منحها الشارع للزوجة لرفع الضرر عنها إذا ما توافر أحد الأسباب التي تجيز لها ذلك، والمنصوص عليها في المادة53 من ق.أ.ج، وأن التطليق لا يكون إلا بحكم من القاضي، له أحكامه الخاصة المختلفة التي تميزه عن غيره من الأحكام القضائية، لا تقتصر آثاره على الزوجين فقط إنما تمتد لتشمل الأبناء كذلك .

و مع مدى إهتمام الدولة بالأسرة ، و مواكبة القوانين المنظمة للدولة لإحتياجات الأفراد عامة و ضمان حقوق الأولاد خاصة، و لعدم إلحاق الضرر بالأطفال بعد إنفصال الزوجين و بخصوص الآثار الثابتة للأولاد بما فيها النفقة ، أصدرت الدولة صندوق النفقة .

صندوق النفقة يعد بمثابة آلية كفيلة بعلاج العديد من المظاهر، أهمها حالات الهروب من دفع النفقة والتي تؤدي أحيانا إلى تراكم مبالغ مالية كبيرة، تنتهي بصاحبها خلف قضبان السجون، ذلك لأن قانون الأسرة يقر عقوبة الحبس في حق كل زوج يتهرب من دفع نفقة أبنائه، مهما كان العذر الذي يقدمه.

---

[1]– تنص المادة 80 من ق.أ.ج على أنه :" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناءاً على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ".

[2]– تنص المادة 1/331 من ق.ع.ج على أنه :" يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات و بغرامة من 50000 إلى 300000 ديناراً جزائري كل من إمتنع عمداً ، و لمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته ، و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو فروعه ، و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

كما أن استحداث صندوق النفقة سيعالج مشكلة التكفل بمصاريف الأبناء في حالات الإهمال العائلي، ومعلوم أن صندوق النفقة شكل أحد تعهدات الرئيس بوتفليقة في حملته الانتخابية الأخيرة.

الفرع الثالث: ما يثبت للغير من آثار التطليق

قد ينجم عن التطليق آثار تلحق بغير الزوجين ، فبعد فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة لا يبقى الحال على حاله ، حيث هناك عددا من النساء يحرم الزواج معهن بصفة مؤقتة عند قيام الزوجية فقط و هذا لسبب شرعي قائم يتعلق بالزوجة أو بالزوج.

و في هذه الحالة ، و بعد تطليق الزوجة أو وفاتها يزول السبب و المسبب ، أي أن المرأة المحرم الزواج بها لسبب معين يمكن أن يحل الزواج معها بمجرد زوال ذلك السبب. حيث نصت المادة 30 من ق.أ.ج[1] على المحرمات من النساء مؤقتا ، و بما أننا في صدد التحدث عن آثار الغير فبعد زوال السبب يمكن للرجل الزواج بأختها ، عمتها ، خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاعة.

المطلب الثاني: الآثار التي ينفرد بها الخلع عن التطليق

يتفق الخلع و التطليق في الآثار العامة إلا أنه للخلع ما ينفرد به و هذا ما سنبينه كالتالي:

[1]– تنص المادة 30 من ق.أ.ج على أنه : " يحرم من النساء مؤقتا :
–المحصنة – المعتدة من طلاق أو وفاة – المطلقة ثلاثا كما يحرم مؤقتا :
– الجمع بين الأختين أو بين المرأة و عمتها أو خالتها ، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع
– زواج المسلمة مع غير المسلم ".

الفرع الأول :إلتزام المختلعة تسديد بدل الخلع:

متى حكم القاضي بالمخالعة إلتزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء كان البدل المتفق عليه أو المحكوم به قضاءاً أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق و أقل العموم قوله تعالى :

" فَلاَّ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيْمَا إفْتَدَتْ بِهِ " ، فهذا على يشمل عموما كل ما تعطيه الزوجة فداء لزوجها قليلا كان أو كثيراً زائداً عن المهر أو أقل منه.

الفرع الثاني :إعتداد المختلعة:

إختلف الفقهاء على عدة المختلعة على قولين[1] :

القول الأول: إن المختلع تعتد بثلاثة قروء لعدة المطلقة و به قال "أبو الحنيفة" و "مالك" و "الشافعي" و "أحمد" في رواية لهم و إستندوا على ذلك بما يلي:

قوله تعالى: " **وَ الْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ**[2] ". و ما دام الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية.

قال أبو داود حدثنا القصبي عن مالك عن شافع عن عمر أنه قال : " عدة المختلعة عدة المطلقة".

القول الثاني: المختلعة تعتد بحيضة واحدة ، و ذهب إليه إبن تيمية و إبن القيم و هي رواية معتمدة عن أحمد و إستدلوا في ذلك :

[1]– مذكرة حول (حق المرأة في فك الرابطة الزوجية)، جامعة قالمة ، كلية الحقوق ، دون تحديد السنة و صاحب المذكرة ، ص 83 ، *old.univ-guelma.dz/faculte-droit-sp/ar/droit/mem100.pd*.

[2]– سورة البقرة الآية 228.

روى أبو داود عن إبن عباس أنه قال :" إن إمرأة ثابت إبن قيس إختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه و سلم فأمرها أن تعتد بحيضه".

و روى عن " الربيع بنت معود بن عفراء " : أن ثابت بن قيس ضرب إمرأته فكسر يدها و هي جميلة بنت عبد الله بن أبي فجاء أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فأرسل رسول الله إلى ثابت فقال : " **خذ التي لك عليها و خل سبيلها ، قال نعم فأمرها الرسول أن تتربص حيضة واحدة و تلحق بأهلها**".

و من خلال القولين[1] يمكن القول رجح الفقهاء الإعتداد بثلاثة حيضات و ذلك لعموم الآية الكريمة " وَ الْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ" ، و الحكمة من هذا هو الإحتياط لماء المطلق حتى يغلب على الظن بتكرر الحيض ثلاثة مرات أن الرحم لا يشتمل على حمل منه و دلالة ثلاثة حيضات أبلغ من دلالة حيضة واحدة.

و كذا المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري نصت أن المشرع جعل من عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء لإعتبارها في حكم المطلقة تطبيقا لعموم النص ، و كما أن اليائس من المحيض تعتد بثلاثة أشهر و الحامل بوضع الحامل .

الفرع الثالث :سقوط الحقوق الزوجية:

تسقط الحقوق المالية الثابتة لكل من الزوج و الزوجة وقت الخلع بمقتضى الزواج الذي حدث فيه الخلع ، و لا أثر لهذا الأخير في الحقوق الثابتة الأخرى التي لا علاقة لها علاقة لها بهذا الزواج و في سقوط هذه الحقوق المالية من عدم سقوطه ثلاثة أراء[2]:

[1]– مذكرة (حق المرأة في فك الرابطة الزوجية) ، مرجع سابق ، ص 84.

[2]– نفس المرجع ، ص 84.

الرأي الأول:

يرى" أبو حنيفة" أن الخلع يسقط به كل حق ثابت الفعل لكل من الزوجين على الآخر،كالمهر و النفقة المتجمدة للزوجة ، سواء كان الخلع بهذا اللفظ أو بلفظ المباراة و مشتقاتها ، لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة و المنازعة بين الزوجين و هذا لا يتحقق إلا بإسقاط كل حق يتعلق بالزواج فليس للزوجة المطالبة بمهرها التي لم تقبضه و ليس لزوجها المطالبة بالمهر الذي قبضته إلا إذا كان الخلع واقعا عليه ، أما مالم يثبت كنفقة العدة و السكن ، فلا تسقط بالخلع بالإنفاق و مثل ذلك حق الطفل في الحضانة و أجرة الرضاعة غير أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزوج الذي وقع فيه الخلع.

الرأي الثاني :

ترى الجعفرية أن الخلع لا يسقطبه أي حق و لا يجوب به إلا ما إتفق عليه الزوجين ،بأي لفظ وقع لأنه شبيه بالمفاوضة ، و لأن كلا من لفظي الخلع و المباراة صريحا في الدلالة على سقوط تلك الحقوق ، فللزوجة بعد الخلع المطالبة بالمهر إن لم تكن قبضته و بنفقتها المتجمدة و غير ذلك من الحقوق .

الرأي الثالث:

يفرق أبو يوسف بينما إذا وقع الخلط بلفظ الخلع ، و بينما إذا وقع بلفظة المبارأة ففي الأول لا يجب إلا ما إتفقنا عليه و في الثاني لا تسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجة ، مع ما إتفق عليه فهو في الأول مع الجعفرية و في الثاني مع الحنفية ووجه التفرقة أن المباراة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه و هي لم تقيد شيء دون غيره فتحمل على الإيذاء كل ما يتعلق بالزواج ، أما لفظ الخلع و ما إشتق منه فلا يدل على المعنى إن إقتصر فيه على ما إتفق عليه.

يتضح مما سبق أن المسألة إجتهادية لعدم ورود نصوص شرعية أو قانونية تخصصها و لكن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع لأن هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه ، و لا يسقط غيره و في حالة المخالعة عن طريق القضاء فإن المادة 54 من ق.أ.ج تجعل فترة تقدير العوض من سلطة القاضي في حالة عدم إتفاق الزوجان عليه ، و هنا ورد إجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 1968/05/22 جاء فيه " من المقرر شرعاً أنه إذا إتفق الزوجان على مبدأ الخلع ، و ليس مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة التقديرية لتحديده بناءاً على الصداق المعجل و ما ثبت لديهم من الظلم"[1].

المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية لفك الرابطة الزوجية بالتطليق و الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري رغم معالجته للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والقواعد الأساسية المنظمة للأسرة وأحكامها إلا أنه لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب إتباعها في حالة إثارة نزاع بين الزوجين وخاصة في دعاوى فك الرابطة الزوجية الأمر الذي يستوجب معه الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية الإدارية لمعرفة طرق رفع الدعوى إلى المحكمة وإختصاصها وطرق الطعن في هذه الأحكام وآثارها وهذا ما سنبيّنه في هذا الفصل.

المطلب الأول: الأحكام الإجرائية الخاصة برفع الدعوى وقواعد الإختصاص

هناك جملة من الإجراءات يجب على الزوجة أن تراعيها عند رفعها دعوى التطليق ، حيث يجب عليها أن تراعي إجراءات و شروط معينة عند رفع الدعوى و عليه سنتطرق في هذا المبحث لطرق التقاضي في دعاوى فك الرابطة الزوجية و قواعد الإختصاص .

الفرع الأول: رفع الدعـوى

لرفع الدعوى في مسائل فك الرابطة الزوجية لابد من إتباع خطوات مهمة للوصول لنتيجة نهائية و تعتبر هذه الخطوات كشروط لتقبل الدعوى و يكون لها أساس قانوني

[1]– مذكرة (حق المرأة في فك الرابطة الزوجية) ، مرجع سابق ، ص 85.

للوصول في النهاية لحكم يفصل في الخصومة و عليه سنتطرق في الفرع الأول إلى شروط قبول الدعوى و في الفرع الثاني إلى قواعد الإختصاص و كيفية تسيير الجلسة.

أولاً: شروط قبول الدعوى

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية الملغى وخاصة المادة 459 منه التي تشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة أن ترفع من شخص له صفة وأهلية ومصلحة في ذلك، فإن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد و في المادة 13 منه حصر شروط قبول الدعوى في شرطين فقط هما[1] : الصفة و المصلحة ، و لكنه نظم أحكام الأهلية و يجب العرض لها.

حيث أن المشرع لم يعتبر الأهلية شرطا من شروط الدعوى كما كان عليه القانون قبل التعديل إلا أنه تطرق للأهلية حين حديثه عن الدفع بالبطلان بإعتباره نوع من الدفوع الشكلية.

حيث نص في المادة 65 على أنه : " يثير القاضي تلقائيا إنعدام الأهلية ، و يجوز له أن يثير تلقائيا إنعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي ".

بعدما نص في المادة 64 من نفس القانون على حالات بطلان العقود غير القضائية و الإجرائية و هذا على سبيل الحصر ، حيث تمثلا في إنعدام أهلية الخصوم و إنعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

وبالإضافة إلى الشروط العامة الواجب توفرها لرفع أي دعوى قضائية فهناك شرط خاص يجب توفره في دعاوى التطليق والخلع وهو أن تقدم الزوجة رفقة العريضة الإفتتاحية نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية بالبلدية لم يمض على إستخراجها أكثر من عام وذلك لإثبات العلاقة الزوجة القائمة بين الطرفين وهذا يمكن إعتباره شرط شكلي وهو إلزامي في كل دعوى الطلاق. وسنتطرق إلى دراسة هذه الشروط بنوع من الإيجاز ، مع

[1]– راجع عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة الثانية،منشورات بغدادي ، الجزائر ،2009،ص33 .

الإشارة إلى أن ق.إ.م.إ حصر شروط قبول الدعوى في شرطين فقط هما : الصفة و المصلحة .

- **شرط الصفة:**

والمقصود بالصفة أنه يجب أن يكون كلا من الزوجين يتمتعان بصفة التقاضي بحيث يجب أن تكون المدعية هي الزوجة والمدعي عليه هو الزوج بناءًا على عقد زواج صحيح شرعا و قانونا ،بحيث لا يمكن رفع الدعوى من أب الزوجة أو أخيها كما لا يمكن أن ترفع على أب الزوج أو أخيه بحيث إذا حصل ذلك فلا تقبل الدعوى لإنعدام الصفة، إلا أنه يمكن رفع الدعوى من طرف الممثل القانوني للزوجة كالمدافع القضائي أو المحامي أو الولي بالنسبة لمن لم يبلغ سن الرشد المدني.

- **شرط المصلحة:**

والمقصود بالمصلحة هنا أن يكون الهدف من اللجوء إلى القضاء هو الحصول حكم يضمن حماية مصلحة شرعية أو فائدة عملية مشروعة.

و هذا لا يعني الحكم لصالحه فقد يحكم لغير صالحه و رغم ذلك فالمصلحة متوفرة لأن مسألة القبول سابقة على الفصل في موضوع الدعوى [1]. حيث يجب أن تكون هذه المصلحة إما :

قانونية و مشروعة : و تكون كذلك متى إستندت الدعوى إلى حق أو مركز قانوني يحميه القانون أيا كان نوع هذه المصلحة .

شخصية مباشرة : يكون فيها رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته ، أو من يقوم مقامه ، فتتداخل الصفة بالمصلحة الشخصية المباشرة في هذه الحالة .

قائمة أو محتملة: و تكون قائمة بمجرد الإعتداء على الحق المطالب بحمايته ، و تكون محتملة إذا كان الخطر وشيكا و الضرر محتمل الوقوع.

[1]– راجع حميدي محمد أمين ، شروط رفع الدعوى و آجالها في تقديم المستندات ، مداخلة في إطار شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مجلس قضاء الشلف ، محكمة عين الدفلى،2009/2008.

فمثلا: في دعوى التطليق يكون هدف الزوجة من رفع هذه الدعوى هو الحصول على حكم يطلقها من زوجها الذي سبب لها ضررا ، حيث أن هدف الدعوى هو الحصول على حكم لحماية مصلحة مشروعة و شرعية و إقرارها و هو التطليق ، وإلا لن تقبل الدعوى.

- **شرط تقديم نسخة من عقد الزواج :**

ويعتبر هذا الشرط من الشروط الخاصة التي تتطلبها إجراءات رفع دعوى التطليق والخلع لأنه يعتبر الدليل الفعلي على وجود زواج رسمي بين هذين الزوجين المتنازعين وهذا يعني أنه إذا أرادت الزوجة أن ترفع دعوى التطليق ضد زوجها فإنه الزواج يتعين عليها أن تقدم إلى المحكمة رفقة عريضة إفتتاح الدعوى نسخة من عقد و إلا حكم لها بعدم قبول الدعوى، لأن نسخة عقد الزواج تبين صفة الزوجين وتمنح لهما الحق في اللجوء إلى القضاء.

كما نلاحظ أنه يجب لكي تقبل دعوى الزوجة ألا يكون قد سبق وأن حكم في موضوع نزاعها ولنفس الأسباب لأنه إذا كان قد صدر حكم في ذلك ودفع الزوج بسبق الفصل فإن القاضي يحكم بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها كما يجب أن لا يكون قد وقع صلح بين الطرفين أو إتفقا على التحكيم بشأن موضوع النزاع .

ثانياً: قواعد الإختصاص القضائي وكيفية تسيير الجلسة

تنص المادة 32 من ق.إ.م.إ أنه على المحكمة أن تنظر في جميع القضايا لا سيما المدنية و التجارية و البحرية و الإجتماعية و العقارية و قضايا شؤون الأسرة ، و على هذا سنتناول الإختصاص القضائي بشقيه النوعي و الإقليمي ، إظافة إلى كيفية تسيير الجلسة فيما يخص قضايا فك الرابطة الزوجية.

أ/ الإختصاص النوعي و الإقليمي:

أصبح لمرفق القضاء ضرورة وجوده لحماية الحقوق و الحريات و الفصل بين المتخاصمين ، حيث تختص السلطة القضائية لفض النزاعات و النظر فيها سواء كان هذا

الإختصاص نوعي أو إقليمي و عموما يقصد به ولاية جهة قضائية معينة للفصل في الدعوى دون غيرها .

و من هنا سوف نتطرق في هذا الفرع إلى الإختصاص النوعي ثم الإختصاص الإقليمي.

1/ الإختصاص النوعي:

يقصد بالإختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية على إختلاف درجاتها في نوع محدد من الدعاوى ، فقسم شؤون الأسرة حسب المادة 1/423 من ق.إ.م.إ.ج[1] ، يختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع إلى بيت الزوجية و إنحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب المجالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة ، و بإعتبار أن دعاوى كل من التطليق و الخلع تدخل ضمن دعاوى فك الرابطة الزوجية ، فهي من إختصاص قسم شؤون الأسرة.

2 /الإختصاص الإقليمي:

الإختصاص الإقليمي هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها إستنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي[2] ، و يختلف الإختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة بإختلاف طبيعة النزاع ، فقد حددته المادة 426 من ق.إ.م.إ.ج [3]إما لموطن المدعى عليه أو موطن المدعي ، أو بناءا على إختيار الطرفين أو بناءا على مكان وجود

---

[1]– تنص المادة 1/423 من ق.إ.م.إ.ج على أنه : " ينظر قسم الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية : الدعاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع إلى بيت الزوجية و إنحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة ...

[2]– راجع عبد الرحمن بربارة ،مرجع السابق ، ص83.

[3]– تنص المادة 426 من ق.إ.م.إ.ج على أن الإختصاص الإقليمي للمحكمة يختل بإختلاف موضوع الدعوى:
" العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه ، إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه ، الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي ، و في الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب إختيارهما ، في الحضانة و حق الزيارة و الرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة ، النفقة الغذائية بموطن الدائن بها ، متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي ، الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص، المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه ، الولاية بمكان ممارسة الولاية ".

مسكن الزوجية ، و بالرجوع إلى المادة السالفة الذكر في الفقرة الثالثة منها ، نجد أن المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان وجود مسكن الزوجية هي المختصة إقليمياً بالنظر في دعاوى "الطلاق" ذلك أن هذا المصطلح جاء عاماً ليشمل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و التطليق و الخلع .

ب/ تسيير الجلسة

بعد التطرق للقواعد العامة في اللجوء إلى القضاء و تبيان شروط قبول الدعوى و قواعد الإختصاص القضائي ، و بإعتبار أن الدعوى تبدأ من تقديم عريضة إفتتاحية لدى كتابة ظبط المحكمة، يجب الإشارة لهذا الإجراء .

فتقديم عريضة إفتتاح الدعوى مكتوبة و مؤرخة و موقعة هو أول إجراء يتطلبه القانون حتى تحصل الزوجة على التطليق أو الخلع ، تودع العريضة لدى أمانة ضبط المحكمة الواقع بدائرة إختصاصها مسكن الزوجية إذ يجب أن تكون عدد نسخها يساوي عدد الأطراف حسب المادة 14 من ق.إ.م.إ.ج ، حيث حدد لها جملة من البيانات تحت طائلة عدم قبولها شكلاً حسب المادة 15 من ق.إ.م.إ[1].

[1]– تنص المادة 15 من ق .أ.ج كما يلي : يجب أن تتضمن عريضة إفتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلاً ، البيانات التالية:

1. الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى
2. إسم و لقب المدعي و موطنه
3. إسم و لقب و موطن المدعي عليه ،فإن لم يكن له موطن معلوم ، فآخر موطن له
4. الإشارة إلى تسمية و طبيعة الشخص المعنوي، و مقره الإجتماعي و صفة ممثلة القانوني أو الإتفاقي
5. عرض موجزا للوقائع و الطلبات و الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى
6. الإشارة عندالإقتضاء إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى.

و على القاضي التأكد منها و أخذ التدابير اللازمة كالمعاينة ، التحقيق أو الخبرة و هذا حسب المادة 451 من ق.إ.م.إ.ج[1].

أما إذا كانت الزوجة ناقصة الأهلية فيجب أن يقدم الطلب بإسمها من قبل وليها و هذا حسب المادة 437 من ق.إ.م.إ.ج[2]،كما يجب أن تبلغ زوجها عن طريق المحضر القضائي حسب المادة 16 من ق.إ.م.إ.ج[3] و أن تبلغ النيابة العامة عن طريق أمانة ظبط المحكمة الواقع بدائرة إختصاصها مسكن الزوجية ، و التي رفعت الدعوى أمامها ،بإعتبارها طرفا أصيلاً في الدعاوى المرفوعة أمام قسم شؤون الأسرة طبقا للمادة 438 من ق.إ.م.إ.ج[4].

أما بالنسبة لتسيير جلسة الأحوال الشخصية فهي عادية ولا تختلف عن الجلسات الأخرى والإختلاف الوحيد يكمن في أنه يمكن لأحد الزوجين أن يطلب من المحكمة أن تكون مرافعاتهما في جلسة سرية لا يمكن حضورها إلا الطرفين والقاضي وأمين الضبط كما يمكن للقاضي ومن تلقاء نفسه أن يجعل الجلسة سرية إذا رأى ضرورة لذلك.

---

[1]– تنص المادة 451 من ق.إ.م.إ.ج على أنه : " يعاين القاضي و يكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة . و يفصل في مدى تأسيس الطلب ،آخذا بعين الإعتبار الظروف التي قدم فيها..

يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة ، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الإنتقال للمعاينة .

يتعين على القاضي تسبيب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية".

[2]– تنص المادة 437 من ق.إ.م.إ.ج على أنه : " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية ، يقدم الطلب بإسمه ، من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة".

[3]– تنص المادة 16 من ق.إ.م.إ.ج على أنه : " تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها،مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم و رقم القضية و تاريخ أول جلسة.

يسجل أمين الضبط رقم القضية و تاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الإفتتاحية ،و يسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم.

يجب إحترام أجل عشرين (20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور ، و التاريخ المحدد لأول جلسة ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

يمدد الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى (3) أشهر،إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج ".

[4]– تنص المادة 438 من ق.إ.م.إ.ج على أنه :" يجب على المدعي في دعوى الطلاق ، ان يبلغ رسميا المدعي عليه و النيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليه في المادة 436 أعلاه".

بعدما يقوم كاتب الضبط بتسجيل القضية في السجل الخاص وبعد تعيين تاريخ الجلسة الأولى فيحضر الزوجين في هذا اليوم إما شخصيا أو عن طريق ممثليهما القانونيين ويشرح كل واحد منهما طلباته ومزاعمه بالإثبات والأدلة.

كما يجوز لكل من الطرفين أن يحضروا شهودهم إلى المحكمة ويقدمهم مباشرة للقاضي أثناء الجلسة. فيبدأ القاضي أولا بسماع المدعي الذي يعرض طلباته إلى المحكمة مع تقديم أدلته وبعد الانتهاء من ذلك يعطي الكلمة للمدعي عليه للرد على طلبات المدعي وذلك بتقديم دفوعه.

وبعد ذلك يمنح الكلمة إلى محامي المدعي ثم محامي المدعي عليه قبل إقفال باب المرافعة.

هذا من الناحية القانونية لكن وما جرى عليه العمل في الميدان أن القاضي يكتفي بالعرائض المقدمة له فقط أي يبادل الأطراف العرائض للرد عليها وكفى.

وبناء على ما تقدم يمكن أن نستخلص بأن قانون الأسرة لم يتطرق إلى إجراءات رفع الدعوى وهذا ما يعاب عليه بحيث كان عليه أن يتضمن إجراءات خاصة به توجه القضاة والمتقاضين إلى معرفة إجراءات المحاكمة وإجراءات التقاضي التي يجب عليهم مراعاتها ولهذا يجب علينا الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لمعرفة هذه الإجراءات .

الفرع الثاني :الإجراءات السابقة لصدور الحكم (الصلح والتحكيم)

إجراءات الصلح والتحكيم هي من المسائل الهامة التي تعرضت لها قوانين الأحوال الشخصية وخاصة منها في البلدان العربية والإسلامية وقد جاء النص على هذه المسألة في القرآن الكريم وذلك بقوله في سورة النساء " **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما، إنّ الله كان عليما خبيرا** "[1] . سنحاول أن نتحدث عن الصلح والتحكيم بإيجاز.

[1]– سورة النساء الآية 35.

أولاً :إجراءات الصلح :

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الإجراء في المادة 49 ق.أ بقوله " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر** ".

و يتبين من خلال هذه المادة أنه لا يمكن وجود الطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، ويتم إجراء الصلح باستدعاء القاضي للزوجين المتنازعين إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط وذلك في جلسة سرية حسب المادة 439 من ق.إ.م[1] إ التي يحاول من خلالها أن يجمع شمل الزوجين ويبين لهما محاسن المحبة والتفاهم ويصلح بينهما فإذا نجح في ذلك فينبغي عليه أن يحرر محضرا بما تصالح عليه الزوجان . كما يمكن إجراء محاولة صلح جديدة على أن لا تتجاوز محاولات الصلح (3 أشهر) من تاريخ رفع الدعوى حسب المادة 442 من ق.إ.م.إ[2] و المادة 49 من ق.أ.ج. ، و إذا إشتد الخصام بين الزوجين و عجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما .

أما إذا فشل في ذلك فيحرر أيضا محضر عدم الصلح ، و بعد تحرير المحضر من طرف كاتب الظبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي و أمين الظبط و الزوجين.

لكن إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات الصلح دون عذر ، عُدَّ ذلك إمتناعاً و رفضاً ضمنياً لمحاولات الصلح ، فيحرر القاضي محضرا بفشل محاولات الصلح ، مشيراً فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر.

وإجراء الصلح قد أثار إشكالا يكمن في هل أنه إجراء إجباري يترتب على عدم احترامه بطلان الإجراءات أم أنه إختياري يجوز الإستغناء عنه ؟

---

[1]– تنص المادة 439 من ق.إ.م.إ على أنه : " محاولات الصلح وجوبية ، و تتم في جلسة سرية "

[2]– تنص المادة 442 من ق.إ.م.إ على أنه :يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة الصلح جديدة ، كما يجوز له إتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن .
في جميع الحالات ، يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق".

وفي هذا الشأن صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا تعتبر فيها أن إجراء الصلح هو إجراء إجباري وعدم إحترامه يعتبر خطأ في تطبيق القانون منها القرار المؤرخ في 1991/06/18 الذي جاء فيه أنه [1]" **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 يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون".

وهناك قرار آخر مؤرخ في 1994/01/18 جاء فيه[2] " **إن الحكم بفك الرابطة الزوجية لا يصدر إلا بعد إتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين عملا بأحكام المادة 49 ق.أ** ".

ومن خلال هذين القرارين نستنتج بأن إجراء الصلح هو إجراء إجباري يتعين القيام به في أي طريقة من طرق إنحلال الرابطة الزوجية على أساس أن القاعدة المنصوص عليها في المادة 49 ق.أ هي إجرائية وشكلية لا يقوم عليها أي إستثناء.

ثانياً :إجراءات التحكيم :

يعتبر التحكيم إستثناء يأخذ به القاضي في حالة فشل الصلح فاللجوء إلى التحكيم يكون بعد محاولات الصلح ،التحكيم منصوص عليه في المادة 56 ق.أ بقولها " **إذا إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين** ".

و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 57812 الصادر بتاريخ 1989/12/25 : (أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي و

[1]– المحكمة العليا قرار بتاريخ 1991/06/18 ، ملف رقم 75141 ص 75.

[2]– المحكمة العليا قرار بتاريخ 1994/01/18 ملف رقم 75141 ص 75.

إذا إشتد الخصام بين الزوجين و عجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، و القضاء دون إحترام المادة 49 من ق.أ.ج يشكل مخالفة للقانون).

فلم يتطرق المشرع الجزائري إلى الشروط الواجب توفرها في الحكمين ولذلك علينا الرجوع إلى الفقه الإسلامي حيث حصرها الفقهاء في الإسلام والتكليف والعدالة والذكورية وفهم المقصد الذي وجه إليه [1]، و الحكم الذي يباشر هذه المهمة لا يكون حكما ناجحا إلا إذا توفرت فيه هذه الشروط.

فرغم أن هذا الإجراء هو قليل العمل به في الجهات القضائية إلا أنه وحسب ما اطلعنا عليه فإن تعيين هذين الحكمين يكون بناء على أمر كتابي من القاضي المكلف بالأحوال الشخصية على أن يراعي في إختيارهما درجة القرابة من كلا الزوجين كأن يكون الجد أو العم أو الخال أو الأخ حيث لا يجوز بعث أجنبيين مع وجود الأهل أما فيما يخص المهلة الممنوحة لهما للقيام بهذه المهمة فحسب نص المادة هي شهرين.

كما يشترط الحكمين الإسلام ، البلوغ ،العقل لأن مهمتهما تحتاج إلى إعمال النظر و التقوى و عدم إفشاء الأسرار، و إشترط المالكية و الحنابلة في الحكمين أن يكونا فقيهين ، عالمين بالأحكام الشرعية المتعلقة بالنشوز و ضرر الزوجين[1].

وتنحصر مهمتهما اساسا في التعرف على أسباب الشقاق بين الزوجين ثم بذل قصارى جهدهما في رفع هذا الخلاف والشقاق وزرع الألفة والوفاق بينهما واستعمال كل ما يؤدي إلى عودة الصفاء والمودة بينهما.

وبعد إنتهاء المحكمين من هذه المهمة فعليهما أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما بحيث يقدم على نسختين الأولى توضع بالملف والثانية بكتابة الضبط لإطلاع الطرفين عليهما وعلى القاضي أن يأخذ بعين الإعتبار ما هو مدون

[1]– راجع عدنان علي النجار ، التفريق القضائي بين لزوجين ،دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني ، مذكرة تخرج للحصول على شهادة الماجيستير في القضاء الشرعي كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية ،غزة 2004 ،ص 168،169.

في هذا التقرير وأن يحكم بمقتضاه. وتستند هذه الأحكام المستمدّة من الفقه المالكي إلى قوله تعالى " **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا** " [2] .

من خلال هذه الآية نفهم بأن الله تعالى شرع التحكيم كإجراء وقائي يلجأ إليه قبل وقوع الكارثة وهي التطليق أو الخلع أو الطلاق وما ينجم عنهم من آثار سلبية وخطيرة.

فبالنسبة لطبيعة التحكيم فإنه وإن كان جوازي في المواد المدنية فإنه إجباري في مسائل أحوال الشخصية ولاسيما فيما يتعلق بدعاوى الطلاق إلا أنه لا يعمل به في الميدان العملي إلا نادرا وهذا راجع لكون أن القضاة لا يريدون إطالة الإجراءات ويكتفون بالصلح فقط وذلك من أجل التخلص من الملفات بسرعة.

المطلب الثاني: الأحكام القضائية لدعوى التطليق و الخلع

بعدما تطرقنا في المبحث الأول إلى الإجراءات المتعلقة برفع الدعوى والقواعد العامة والخاصة بها فينبغي علينا الآن أن نحدد ونبين طرق الطعن في الأحكام الصادرة بالتطليق أو الخلع وما هي طبيعة هذه الأحكام.

الفرع الأول :الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

إن الأحكام القضائية بصفة عامة تقسم إلى أحكام تقريرية وأحكام منشئة وأحكام إلزام ولذلك يجب أن نتطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع ثم ندرس آثار هذه الأحكام.

أولاً :طبيعة هذه الأحكام

كل دعوى ترفع أمام القضاء لابد أن يصدر في شأنها حكم قضائي أو قرار ، و بما أن دعاوى فك الرابطة الزوجية كغيرها من الدعاوى ،لابد أن يصدر القاضي حكمه فيها إستناداً إلى ما قدم إليه من مستندات و إثباتات سلبية أو إيجابية ، فما طبيعة الحكم الصادر في دعاوى الطلاق ؟ وقبل التطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة بالخلع والتطليق يتعين علينا أن نشير إلى أنواع هذه الأحكام بنوع من الإيجاز.

أ/الحكم الملزم:

حكم الإلزام هو ذلك الحكم الذي يتضمن إلزام المدعي عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري[1] ولذلك فإن حكم الإلزام يهدف إلى تقرير مصدر الإلزام ولكي تتحقق هذه الصورة فلابد أن يكون هناك تنفيذ جبري يهدف إلى إعادة مطابقة المركز الواقعي مع المركز القانوني للشخص فمتى نقول بأننا أمام حكم ملزم ؟ فنكون أمام حكم ملزم إذا كان هناك حق يقابله إلتزام ويكون هذا الحكم قابلا للتنفيذ الجبري .

ب/الحكم المقرر:

هو ذلك الحكم الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني وهذا الحكم لا يمكن تنفيذه جبرا وهذا عكس الحكم الملزم لأنه بمجرد صدوره تتحقق الغاية منه مثل: الحكم الصادر بالتطليق فبمجرد صدوره تشبع الحاجة منه أي تخلص الزوجة من الزوج.

والأحكام المقررة لا يساهم القضاء إلا في الكشف عنها وتقريرها، والدعوى التقريرية لا تواجه إعتداء ظهر في شكل مخالف للإلتزام لأن الحق أو المركز القانوني لا يقابله إلتزام وإنما يواجهه مجرد إعتراض.

ج/الحكم المنشئ:

هو ذلك الحكم الذي يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني[2]، وهو مثل الحكم المقرر فبمجرد صدوره تتحقق الغاية منه بدون حاجة إلى تنفيذه جبرا.

وتختلف الأحكام التقريرية عن الأحكام الإنشائية في كون أن الأولى تكون فيها السلطة التقديرية للقضاء محدودة، بينما في الأحكام الإنشائية تكون السلطة التقديرية للقضاء

[1]– راجع عبد الفتاح تقية ، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية ، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة ، منشورات ثالة ، الجزائر ، 2007، ص 197.

[2]– راجع عبد الفتاح تقية ، مرجع سابق ، ص 198 .

أوسع. و عليه نطرح الإشكال التالي : ضمن أي صنف يمكن أن ندرج الحكم الصادر في دعاوى الطلاق ؟

ونستخلص من كل ما سبق أن الحكم الصادر بإنهاء العلاقة الزوجية سواء تعلق الأمر بالطلاق أو بالتطليق أو الخلع هو حكم منشئ من جهة بحيث تترتب عنه إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج.

كما له طابع إنشائي ، بحيث ينشئ مراكز قانونية جديدة للزوجين ، فيصبح كل منهما أجنبياً عن الآخر، فوضع كل منهما هو زوج مطلق.

وبعد معرفة أنواع الأحكام القضائية فإننا نقوم أولا بدراسة الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالتطليق وثانيا الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالخلع.

1/ الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالتطليق:

من المبادئ المتفق عليها بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن الطلاق في الأصل حق للزوج وذلك طبقا لنصوص القرآن الكريم و السنة النبوية التي أسندته إلى الرجل إلا أن الشريعة الإسلامية فتحت باب للزوجة فأعطت لهذه الأخيرة حق اللجوء إلى القضاء لطلب تطليقها ونجد أن المشرع قد منح للزوجة طلب التطليق إذا توفرت حالة من الحالات المذكورة في المادة 53 ق.أ كما سبق وأن شرحناها.

وقد جاءت فقرتها العاشرة بالقاعدة العامة التي مضمونها أنه يجوز للزوجة طلب التطليق إذا حصل لها ضرر معتبر شرعا، وتقدير هذا الضرر يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي فله الحق في الإستجابة إلى طلبها وتطليقها ومن ثم تخضع مسألة وقوع الضرر اللاحق بالزوجة للسلطة التقديرية وأن هذه الأخيرة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

ويتبين من كل ما سبق ذكره أن أحكام التطليق تختلف من حيث طبيعتها عن أحكام الطلاق بحيث الأولى هي أحكام إنشائية، أما الثانية فهي أحكام تقريرية.

2/ الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالخلع:

لقد جعلت الشريعة الإسلامية للزوجة منفذاً لإنهاء العلاقة الزوجية بحيث منحتها حقا إراديا في التفريق لقاء بدل تدفعه للزوج إذا لم تستطيع أن تثبت إخلال الزوج بأحد إلتزاماته، أما إذا تمكنت من إثبات ذلك فيفرق بينهما بدون دفع أي مقابل.

ونتيجة لكل ما تقدم فإن الحكم الصادر بالخلع لا يختلف من حيث طبيعته القانونية عن الحكم الصادر بالطلاق في كون أنه من الأحكام التقريرية إذ لا دخل لإرادة القاضي في خلق هذا الحكم لأن هذا الحق هو إرادي وتستطيع الزوجة إستعمال حقها في أي وقت تريد بشرط أن تدفع مقابل لقاء تخليصها من حياة زوجية أصبحت لا تطيقها غير أنه يختلف عنه من حيث تكييف الفرقة الناتجة عنه فهي تدخل تحت نظام الفسخ لأنه لم تقع بناء على إرادة الزوج وتعتبر فرقة بائنة بينونة صغرى[1].

ثانياً :طرق الطعن في الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع

الأصل أن طرق الطعن الخاصة بالأحكام الصادرة بالتطليق أو الخلع مثلها مثل غيرها من الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى ومن ثم فإنها كأصل عام تقبل الطعن بجميع طرق الطعن العادية و غير العادية كقاعدة عامة.

حيث أثار نص المادة 57 من ق.أ.ج و التي كانت تنص قبل تعديلها على : " الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية " ، خلافا و تناقضاً كبيراً بين الأحكام و الإجتهادات القضائية ، حول مدى قابلية أحكام التطليق و الخلع لإستئنافها ، نظراً للبس الذي وقع فيه رجال القانون حول ما المقصود بعبارة " الأحكام بالطلاق" إن كان يقصد بها أحكام الطلاق دون أحكام التطليق و الخلع أو أنها تشملهم جميعاً.

لكن بعد التعديل أصبحت تنص على مايلي : " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للإستئناف ، فيما عدا جوانبها المادية.

---

[1]– راجع عزيزية يوسف ، مذكرة حول التطليق و الخلع على ضوء قانون الأسرة و إجتهادا المحكمة العليا ، المعهد الوطني للقضاء " مديرية التربصات" ، سنة 2003–2003 ،ص 42/41.

" تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف ".

و بإستقراء هذه المادة نجد أنه لا يمكن إستئناف أحكام التطليق إلا في الجوانب المادية لما يتعلق بالموضوع ، غير أنه يمكن الطعن فيها بالنقض أمام المحكمة العليا.

فإلى أي مدى يمكن أن ينطبق ذلك على الأحكام الصادرة في مسائل الطلاق بما فيها التطليق و الخلع ؟ و كيف يكون الحال إذا توفى أحد الزوجية و للإجابة على هذا الإشكال سنتناول طرق الطعن في أحكام فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة بالطرق العادية (أولا)، ثم الطعن بالطرق غير العادية(ثانيا) ، و (ثالثا) سنتطرق إلى حالة وفاة أحد الزوجين.

1/ طرق الطعن العادية

طرق الطعن العادية هي الإستئناف و المعارضة

- **المعارضة** :هي طريق طعن عادي محله حكم قضائي غيابي صادر عن المحكمة

ويهدف إلى إعادة طرح موضوع الدعوى محل الحكم المطعون فيه أمام الجهة التي أصدرته ، فيمكن للزوج أن يطعن في الحكم الصادر في دعوى التطليق إذا صدر غيابياً في حقه بالمعارضة أمام نفس الجهة التي أصدرته، في الجوانب المادية للدعوى، غير أنه وطبقاً للمادة 329 من ق.إ.م.إ.ج[1] يجب عليه مراعاة أجل المعارضة، فعليه أن يطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي خلال أجل شهر من تاريخ تبليغ الحكم الغيابي[2].

- **الإستئناف** :وهو طريق عادي للطعن في الأحكام الصادرة ابتدائياً عن محاكم الدرجة الأولى، وبالرجوع إلى المادة 57 من ق.أ.ج نجد أن أحكام التطليق غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية، لكن السؤال المطروح هل الحكم برفض دعوى التطليق أيضاً غير قابل للإستئناف؟

[1]– تنص المادة 329 من ق.إ.م.إ.ج على أنه : " لا تقبل المعارضة إلا في أجل شهر واحد (1) إبتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي".

[2]– راجع نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الطبعة الأولى ،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر 2008، ص 330.

في هذا المجال انقسم القضاء إلى إتجاهين:

إتجاه يرى بأن الحكم برفض دعوى التطليق لعدم التأسيس، حكم إبتدائي قابل للإستئناف لكونه لم يصدر حكماً بالتطليق، وأنه حكم عادي يخضع لمبدأ التقاضي على درجتين، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا) ملف رقم 216850 بتاريخ (1999/02/16).[1]

و إتجاه ثاني: يرى أن دعاوى الطلاق والتطليق والخلع يجب أن يكون التقاضي فيها على درجة واحدة، حيث يصدر الحكم نهائيا غير قابلا للإستئناف، لكنه يقبل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

وعليه إذا وقع الطعن بالإستئناف في الحكم الصادر في دعوى التطليق أو الطلاق أو الخلع، سواءا إنتهت هذه الدعوى إلى نتيجة إيجابية أو سلبية، فإنه يجب أن ينتهي الإستئناف إلى عدم القبول.

هذا فيما يخص الشق الموضوعي للدعوى، أما إذا تعلق الأمر بإستئناف الحكم بالتطليق في جوانبه المادية فقط، فإنه يمكن ذلك أمام مجلس القضاء، وفق

ا للقواعد العامة للإستئناف، حيث يجب أن يرفع الإستئناف طبقا للمادة 336 من ق.إ.م.إ.ج[2] خلال أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم للشخص ذاته، أما إذا تم التبيلغ في الموطن الحقيقي أو المختار، فيمدد الأجل إلى شهرين.

2/ طرق الطعن غير العادية:

طرق الطعن غير العادية هي الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا،إعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر.

---

[1]– م.ع،غ.أ.ش ، ملف رقم 216850 الصادر بتاريخ 1999/02/16 ، المجلة القضائية ، ع.خ،2001، ص 100.

[2]– تنص المادة 336 ن ق.إ.م.إ.ج على أنه : " يحدد أجل الطعن بالإستئناف بشهر (1) واحد إبتداءا من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته.

و يمدد أجل الإستئناف إلى شهرين (2) إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار .

لا يسري أجل الإستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد إنقضاء أجل المعارضة".

- **الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا :**

الطعن بالنقض طريق غير عادي للطعن، ولقد حددت المادة 358 من ق.إ.م.إ.ج[1] الأسباب التي يمكن للزوج أو الزوجة الطعن بالنقض في الحكم الصادر في دعوى التطليق على أساسها، والملاحظ أنه لم يتم ذكر الحكم الصادر في دعوى التطليق كسبب منفرد للطعن بالنقض فيه، وفي هاته الحالة يمكن تأسيسه بناءً على ما يتناسب وطبيعة

[1]– تنص المادة 358 من ق.إ.م.إ.ج على أنه :" لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية :

1) مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.
2) إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات .
3) عدم الإختصاص.
4) تجاوز السلطة.
5) مخالفة القانون الداخلي.
6) مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.
7) مخالفة الإتفاقيات الدولية.
8) إنعدام الأساس الداخلي.
9) إنعدام التسبيب.
10) قصور التسبيب.
11) تناقض التسبيب مع المنطوق
12) تحريف المضمون الواضح و الدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم و القرار.
13) تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة ، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثيرت بدون جدوى ، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ ، و إذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول .
14) تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي ، في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا ،ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق إنتهى بالرفض ، و في هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه ، و يجب توجيهه ضد الحكمين ، و إذا تأكد التناقض ، تقضي المحكمة العلي بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا .
15) وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار.
16) الحكم بما يطلب أو بأكثر مما طلب.
17) السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية .
18) إذا لم يدافع عن ناقصي الاهلية.

الحكم من الأسباب المذكورة في المادة السالفة الذكر، وميعاد الطعن بالنقض هو شهرين من تاريخ تبليغ الحكم القضائي إذا تم شخصياً، ويمدد إلى ثلاثة أشهر إذا تم في الموطن المختار أو الحقيقي.

والطعن بالنقض قد يكون في القرار الصادر عن مجلس القضاء عند إستئناف الحكم الصادر في دعوى التطليق في جوانبه المادية، كما يمكن الطعن بالنقض في الحكم الصادر في دعوى التطليق سواء في جوانبه المادية أو الموضوعية.

غير أن الطعن بالنقض في الحكم القضائي القاضي بالتطليق قد يثير عدة إشكالات في الواقع، خصوصاً من ناحية المواعيد.

فمثلاً تعتبر العدة من آثار الحكم بفك الرابطة الزوجية ، وأن أجل العدة يبدأ من تاريخ صدور الحكم بالتطليق أو الخلع ، فقد تنتهي العدة دون أن يتم تبليغ الزوج بالحكم بالتطليق أو الخلع، أو قد يتم تبليغه لكن بعد إنتهاء العدة، أو بعد إعادة زوجته الزواج ثانيةً، وهنا يحدث اللبس، فقد يطعن بالنقض في الحكم الصادر خلال الميعاد القانوني لذلك بعد تبليغه بالحكم، لكن قد يكون ذلك بعد إنقضاء العدة، وتكون زوجته قد أعادت الزواج ثانيةً، فما أثر ذلك على زواجها؟

إذا رفضت المحكمة العليا الطعن بالنقض في الحكم الصادر، لا إشكال يثار هنا، ويستمر زواجها الثاني بصفة عادية، لأن الحكم الصادر أنهى المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج الأول.

أما إذا قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض، وقامت بنقض الحكم الصادر ، ويترتب على ذلك إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم محل الطعن بالنقض، وعليه فإن زواجها الثاني يعتبر باطلاً، غير أن الإشكال يظهر إن أثمر هذا الزواج الثاني بإنجاب الأولاد ، فما هو الحل في هذه الحالة، كون هذا الزواج يعتبر باطلاً ؟

- **إعتراض الغير الخارج عن الخصومة :**

يهدف إعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الإستعجالي الذي فصل في أصل النزاع طبقاً للمادة 380 من ق.إ.م.إ.ج [1].

الإعتراض يباشره من لم يكن خصماً في الدعوى إنما له مصلحة في إعادة النظر في القضية أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته.

وبإعتبار أن آثار الحكم القاضي بالتطليق لا تشمل سوى الزوجين ولا تمتد للغير، فإنه من غير المتصور أن يعترض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم القاضي بالتطليق.

- **إلتماس إعادة النظر:**

هو ثالث طريق في طرق الطعن غير العادية يمارسه الخصم أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر الإستعجالي المطعون فيه الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، وبإعتبار أن الحكم الصادر في دعوى التطليق غير قابل للإستئناف فيما يتعلق بجوانبه الموضوعية فقط، فيمكن لأحد الخصمين أن يلتمس إعادة النظر فيه شرط أن تستغرق طرق الطعن العادية[2].

وطبقا للمادة 392 من ق.إ.م.إ.ج لا يقدم الإلتماس بإعادة النظر إلا لسببين هما:

1-إذا بني الحكم على شهادة شهود أو وثائق ومستندات تم الإعتراف بتزويرها أو ثبت ذلك قضائياً بعد حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي فيه.

2-إذا إكتشفت بعد صدور الحكم وحيازته قوة الشيء المقضي فيه، أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة لدى الخصم.

---

[1]- تنص المادة 380 من ق.إ.م.إ.ج على أنه :" يهدف إعتراض الغير الخارج عن الخصومة ،إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الإستعجالي الذي فصل في أصل النزاع .
يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع و القانون".

[2]- راجع عبد الرحمن بربارة ، مرجع سابق،ص 290.

ويسري أجل تقديم الإلتماس بإعادة النظر خلال أجل شهرين من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشهود أو تزوير المستندات أو إكتشاف الأوراق المحتجزة طبقاً للمادة 293 من ق.إ.م.إ.ج.

3/ أثر وفاة أحد الزوجين في دعوى فك الرابطة الزوجية:

تنص المادة 210 من ق.إ.م.إ.ج على أن وفاة أحد الخصوم في الدعوى يؤدي إلى إنقطاع الخصومة ووقف السير فيها، فهل الأمر ذاته ينطبق على دعوى التطليق في حال وفاة أحد أطرافها ؟

للإجابة على هذا السؤال لابد أولا من التمييز بين المراحل التي تكون عليها الدعوى، أي التمييز بين ما إذا كان صدر الحكم أم لا.

أ –قبل صدور الحكم:

الهدف من رفع الزوجة دعوى التطليق أو الخلع هو الحصول على حكم قضائي يقضي بإنهاء الرابطة الزوجية بينهما، فإذا حدث وأن توفي الزوج قبل الفصل في الدعوى أوقبل صدور الحكم في الدعوى، فإن الفرقة في هذه الحالة قد تحققت بالوفاة، ولا داعي للحصول على الحكم القضائي القاضي بالتطليق أو الخلع، فتنقطع الخصومة ويوقف السير فيها.

وهنا نشير إلى أن الزوجة في هذه الحالة تعتبر أرملة تعتد عدة الوفاة، كما أنه ترث زوجها المتوفى .ونفس الشيء بالنسبة للزوج في حال ما إذا توفت الزوجة، أي أنه يرثها.

ب – بعد صدور الحكم:

في هذه الحالة نميز بين حالتين :إذا كان الطلاق بائناً أو رجعياً.

فإذا طلقت الزوجة طلاقا بائنا ، وتوفي زوجها وهي في العدة، تتم عدة الطلاق البائن، ولا توارث بينهما عند وفاة أحدهما.

أما إذا طلقت طلاقا رجعيا وهي في العدة، فإن عدة الطلاق الرجعي تنهدم فتعتد عدة الوفاة لأنها في حكم الزوجة، كذلك أما إذا توفيت الزوجة فإن زوجها يرثها أيضاً.

ولا إشكال يطرأ في حال وفاة الزوج أو الزوجة بعد إنتهاء العدة، سواء كان نوع الفرقة طلاقاً بائناً أو طلاقاً رجعياً، ذلك أنه سواء في الطلاق البائن أو عند إنتهاء العدة في الطلاق الرجعي تصبح الزوجة في حكم المطلقة ولا مجال لزوجها أن يرجعها إلا بعقد جديد كما في الطلاق البائن.

الفرع الثاني: تنفيذ حكم فك الرابطة الزوجية

إن التنفيذ هو مطلب أساسي يسعى إليه المتقاضي من وراء لجوئه إلى القضاء ، و هذا للحصول على حكم يحمي حقوقه ، و لهذا يكتسي التنفيذ أهمية بالغة من عدة نواحي ،إذ تكمن أهميته القانونية في إعطاء طابع السمو و السيادة للأحكام التي تصدر مطابقة للقانون فتنفذ الأحكام القضائية و هي سبيل للحفاظ على هيبة القانون و نجاعته.

و يصطلح على هذه الأحكام "السندات التنفيذية" ، و هي كل عمل قانوني يتخذ شكلاً معينا يؤكد على حق الدائن في التنفيذ الجبري للحكم .

إن المشرع الجزائري هو من وضع "السند التنفيذي" و نص على أنواعه حسب المادة 600 من ق.إ.م.إ.ج " لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي ".

و بما أننا في صدد التحدث عن حكم فك الرابطة الزوجية ، فهو يصدر إبتدائيا نهائيا إذ لا يمكن الطعن فيه بالإستئناف في أصله حيث أنه يتضمن شقين:

- الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية في حد ذاتها و هو الذي يصدر إبتدائيا نهائيا.
- الشق المتعلق بالجوانب المادية لفك الرابطة الزوجية و يصدر إبتدائيا قابلا للإستئناف[1] ، و لتنفيذ الحكم يجب تبليغ المدعى عليه به و هذا ما سنتطرق

[1]– راجع قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية ، مذكرة تخرج لنيل إجاز المعهد الوطني للقضاء ، وزارة العدل ، 2004/2001 ، ص 12.

له (أولاً) ، كما يجب تسجيل حكم فك الرابطة الزوجية في سجلات الحالة المدنية و هذا سنتناوله (ثانياً).

أولاً : تبليغ الحكم للمدعى عليه:

بعد صدور الحكم بفك الرابطة الزوجية يكون على صاحب المصلحة السعي لتبليغه إلى الطرف الآخر ، و منه يجب على المعني أن يقوم بإستخراج نسخة من الحكم بالتطليق أو الخلع ثم يقوم بتبليغها إلى الخصم اللآخر و ذلك عن طريق محضر قضائي ، وبعد فوات آجال الطعن بالنقض و التي تقدر بشهرين (02) من تاريخ التبليغ الرسمي إذا كان شخصيا ، و ثلاثة أشهر (03) إذا كان التبليغ في الموطن المختار حسب نص المادة 354 من ق.إ.م.إ.ج ، بعدها يتقدم المعني إلى أمانة الضبط مرفق بالوثائق التالية:

1) نسخة من عقد الزواج.
2) حكم (الطلاق، التطليق ،الخلع) مثلا.
3) محضر التبليغ.
4) شهادة تخص الطعن في الحكم سواء تعلق الأمر بعدم الطعن بالنقض أو مرور الأجل أو رفض الطعن .

و سبب ذلك الأخير هو أن المشرع الجزائري نص إستثناءا على أن الطعن بالنض أو ممارسة آجاله فيما يخص أحكام الطلاق لها أثر موقف حيث أنها من الحالات التي يتوقف فيها التنفيذ رغم أن وسيلة الطعن تدخل ضمن طرق الطعن غير العادية[1] .

بعد ذلك يقوم أمين الضبط بتحرير إخبارا بالطلاق أو الخلع و الذي يوقع من طرف رئيس كتاب الضبط.

[1]– راجع بربارة عبد الرحمن ،مرجع سابق ، ص 260.

ثانياً: تسجيل حكم فك الرابطة الزوجية في سجلات الحالة المدنية :

بعد تحرير أمين الظبط الإخبار بفك الرابطة الزوجية يقوم بإرساله إلى البلدية التي أبرم عقد الزواج بدائرتها ليقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطلاق بما فيه التطليق و الخلع على السجل المخصص للزواج و على عقد زواجهما و بسجلات الميلاد إذا كان المطلقين قد ولدا بدائرة إختصاصها و إلا فإنها ترسل إشعارات إلى البلديات المختصة التي ولدا بدائرتها ، ثم يعيد ضابط الحالة المدنية الإشعار أو الإشهاد بالتسجيل إلى المحكمة موقعا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي.

و يعنى بالتسجيل العملية التي بواسطتها ينقل ضابط الحالة المدنية في سجلاته عقد الحالة المدنية [1] الواردة إليه من مكان آخر غير دائرته أو حكما قضائيا يتعلق بالحالة المدنية وفقا للمادة 58 من ق.ح.م [2].

و يكون هذا التسجيل على شكل هامش أو إشارة موجزة يضعها ظابط الحالة المدنية على هامش عقد الزواج و عقود ميلاد الزوجين أما إذا كانا مسجلين ببلدية أخرى فيجب عليه إخطار ضابط الحالة المدنية لمكان ميلاد المعنيين بهذه العقود و المختص إقليميا بهذا التأشير للقيام بهذا الإجراء الإلزامي، و التسجيل لا يتضمن إلا منطوق الحكم أو القرار دون الأسباب حسب المادة 59 ق.ح.م.

و سعيا منا إلى تفادي أي إشكال تراود في أذهاننا تساؤل و هو كالتالي : كيف يتصرف ظابط الحالة المدنية إذا كان العقد مسجلا في الخارج ؟

و للإجابة على هذا الإشكال يجب إستقراء نص المادة 60 من ق.ح.م :

---

[1] – http://www.djelfa.info/vb/showthread.php?t=152769 تم الإطلاع عليه يوم 2016/04/04 على الساعة 19:38

[2] – الجريدة الرسمية 21، المؤرخة في 27-02-1970 ، الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.

" ضابط الحالة المدنية المحرر و المسجل للعقد الذي يستدعي ملاحظة يضعها خلال مهلة ثلاثة أيام من تاريخ إستلامه الوثيقة التي يجب تسجيلها في السجلات التي بحوزته و يجب عليه أن يوجه إشعارا إلى النائب العام إذا كانت النسخة موجودة على مستوى كتابة الضبط .

و إذا كان العقد الذي يستدعي ملاحظة محررا أو مسجلا في الخارج فإنه يجب على ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد أن يقوم بإشعاره وزارة الشؤون الخارجية خلال ثلاثة أيام.[1]

[1]– راجع عثامنة محمد الأمين ،إجراءات فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري ، جامعة بسكرة ، سنة 2015/2014، ص 75/74 .

خاتمة

خاتمة :

مـن خـلال دراسـتنا لموضـوع فـك الرابطـة الزوجيـة مـن طـرف الزوجـة بشـقيه التطليـق و الخلـع تتضـح جليـا الأهميـة البالغـة لهـذا الموضـوع و مـدى تـأثيره علـى الفرد و المجتمع .

فكـل مـن التطليـق والخلـع يخـولان الزوجـة فـك الرابطـة الزوجيـة بـاللجوء إلـى القضـاء ، حيـث يكـون التطليـق بتـوفر أحـد الأسـباب المنصـوص عليهـا فـي المـادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

أمـا الخلـع بإعتبـاره صـورة مـن صـور فـك الرابطـة الزوجيـة بطلـب الزوجـة يعـد منفـذاً للمـرأة إذا لـم تثبـت سـبباً مـن أسـباب التطليـق ، و يكـون الخلـع مقابـل عـوض مالي و دون موافقة الزوج حسب قانون الأسرة الجزائري .

و لأن المحافظـة علـى الأسـرة و مـن خلالهـا المحافظـة علـى المجتمـع تعتبـر مـن أهـم وظـائف الدولـة و المشـرع و المجتمـع علـى السـواء ، كـان علـى واضـعي القـانون و القاضـي وضـع موازنـة علميـة ممنهجـة بـين هـذا الهـدف السـامي و حـق المرأة في فك الرابطة الزوجية عندما يستحيل الإستمرار مع الزوج .

لـذلك وجـب علـى واضـعي القـانون وضـع إسـتقرار الأسـرة بالحسـبان عنـد إقـرار حـق الزوجـة فـي فـك الرابطـة الزوجيـة ، و هـذا يقتضـي التضـييق قـدر المسـتطاع مـن أسـباب فـك الرابطـة الزوجيـة بوضـع أسـباب دقيقـة تغلـق بـاب التأويـل و التفسـير و التوسع ، كما ينبغي الإبتعاد عن الأسباب العامة المطاطة .

و علـى القضـاء أيضـا العمـل قـدر المسـتطاع مـن خـلال السـلطة التقديريـة الممنوحـة لـه فـي فـك الرابطـة الزوجيـة بطلـب مـن الزوجـة علـى التضـييق مـن قبـول الطلبـات الراميـة إلـى إنهـاء الـزواج و عليـه أن يحـاول بجـد و نيـة صـادقة تفعيـل دور

الصلح و العمل دائما على تحقيقه و تجسيده واقعا. فعلى القضاة أن ينظروا للصلح كعمل إجتماعي أساسي و ليس مجرد إجراء شكلي يقوم به لتفادي أن يكون حكمه مخالفا للقانون .

و بالنتيجة فإن حق المرأة في فك الرابطة الزوجية حق ثابت شرعا و قانوناً، لكن لابد من إحاطته بضمانات عدم إساءة إستعماله أو التوسع فيه ، ففك الرابطة الزوجية يجب أن ينظر إليه كحتمية و ليس كهدف تتباهى به المرأة لتحقيق حريتها المزعومة .

و بالنسبة لأسباب التطليق ينبغي مراجعة بعضها و التدقيق فيها من خلال وضع شروط واضحة و إستعمال عبارات دقيقة و إن كان ليس في دور القانون تعريف المصطلحات فإنه ليس من العيب في علم الصياغة القانونية أن يقدم القانون تعريفا لبعض المصطلحات لتفادي أي لبس بشأنها.

أما بالنسبة للخلع فكان من الأفضل في نظرنا الإبقاء على موافقة الزوج عليه لتفادي تعسف الزوجة لاسيما و أن الشرع و القانون على السواء يعطيها الحق في طلب التطليق طالما أصابها ضرر من رفض الزوج للخلع .

و عليه لابد من إعادة النظر في المواد المتعلقة بفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة بما فيه التطليق و الخلع و أحكام و آثار كل منهما ، و هذا اللبس و إستبدال النصوص الفضفاضة بنصوص دقيقة لا تجسد حرية المرأة المزعومة على حساب الرجل و تزيل كل مجالات الشك في أحكام كل من التطليق و الخلع و آثارهما.

أما فيما يخص الجانب الإجرائي لفك الرابطة الزوجية نجد أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد نظم إجراءات التقاضي أمام قسم

شـؤون الأسـرة و أزال اللـبس الـذي كـان قائمـا فـي ظـل قـانون الإجـراءات المدنيـة الجزائري الملغى .

و يبقـى التطليـق و الخلـع حـلان لـبعض المشـاكل التـي تقـع بـين الـزوجين بمـا تسـتحيل معـه إسـتمرار العلاقـة الزوجيـة ،فالعيـب لـيس فـي الوسـيلتين السـابقتين و إنمـا العيب في إساءة إستعمالهما .

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولا: المصادر

I. **القرآن الكريم**

II. **السنة النبوية الشريفة**

ثانيا:المعاجم

1)أبو الفضل جمال الدين إبن منظور محمد بن مكرم بن علي الأنصاري الرويفعي الإفريقي ، لسان العرب ، تحقيق عبد الله علي الكبير أحكام حسب الله ، هاشم محمد الشاذلي ، المجلد الرابع الجزء 3 ، باب العين دون طبعة ، دار المعارف ، مصر ، دون تاريخ النشر .

2)المنجد الأبجدي ، الطبعة الثامنة ، دار المشرق، بيروت لبنان ، توزيع المؤسسة الوطنية للكتب ، الجزائر.

ثالثا:الكتب

1/ الكتب الفقهية

1)أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن براهيم بن المغيرة الجعفي البخاري ، الجامع الصحيح و هوالجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه و سلم و سننه و أيامه ، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر ، المجلد الثاني ، الجزء الثالث ، ط1، دار طوق النجاة ، لبنان ، 1422 هـ .

2)إبن حزم ، محمد علي إبن حزم الأندلسي الظاهري ، مراتب الإجماع في العبادات و المعاملات و الإعتقادات ، دار الكتب العلمية بيروت.

3)ابن حزم أبو محمد علي ابن احمد بن سعيد بن حزم المحلى 456هجري تحقيق احمد محمد شاكر مطبعة النهضة – مصر.

4)ابـن رشـد،محمد بـن احمـد بـن رشـد القرطبـي 520-595هـ بدايـة المجتهـد و نهاية المقتصد دار المعرفة 1402هـ-1982م .

5)إبـن عابـدين ، محمـد أمـين إبـن عابـدين ، حاشـية ر المحتـار علـى الـدر المختـار، شـرح تنـوير الأبصـار ، تحقيـق الشـيخ عـادل أحمـد عبـد الموجـود ، الشـيخ علي محمد عوض ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 1423 هـ - 2003 م.

6)إبـن قدامـة ، موفـق الـدين أبـي محمـد عبـد الله بـن أحمـد بـن قدامـة المقدسـي ، الكـافي فـي فقـه إبـن حنبـل ، تحقيـق د.عبـد الله بـن عبـد المحسـن التركـي بالتعـاون مـع مركـز البحـوث و الدراسـات الإسـلامية بـدار الهجـر ، جمهوريـة مصـر العربيـة1415هـ -1997 م.

7)إبـن قدامـة ، موفـق الـدين أبـي محمـد عبـد الله بـن أحمـد بـن قدامـة المقدسـي ، المغنـي شـرح مختصـر الخرقـي لأبـي القاسـم محمـد بـن الحسـين بـن عبـد الله 334 هـ تحقيـق د. عبـد الله عبـد المحسـن التركـي و د. عبـد الفتـاح محمـد الحلـو ، دار عـالم الكتب ، الرياض .

8)ابـن قـيم الجوزيـة ،محمـد بـن أبـي بكـر الزرعـي ، زاد المعـاد فـي هـدى خيـر العباد، ج4 ، مكتبة المنار الإسلامية ، لبنان 1997.

9)البغوي،أبـو محمـد بـن حسـين بـن مسـعود البغـوي ، شـرح السـنة تحقيـق شـعيب الأرنـاؤوط ،محمـد شـاوش ،ط2 ،المكتـب الإسـلامي دمشـق ابـن همـام شـرح فـتح القدير.

10) البهـوتي، الشـيخ منصـور بـن يـونس بـن إدريـس البهـوتي 1051 هـ ، كشـاف القنـاع عـن مـتن الإقنـاع ، تحقيـق محمـد أمـين الصـناوي الطبعـة الأولـى، عـالم الكتـب للطباعة و النشر بيروت لبنان 1997 م.

11) الحطاب ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب الرعيني ، 954 هـ ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ظبط و خرج آياته و أحاديثه الشيخ زكرياء عميرات ، دار عالم الكتب.

12) الدسوقي، شمس الدين محمد عرفه الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية / مصر.

13) الدردير ، أبو البركات سيد أحمد الدردير ، الشرح الكبير ، دار إحياء الكتب العربية .

14) الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي مختار الصحاح(571/1)،تحقيق : محمود خاطر مكتبة لبنان ، ناشرون ، بيروت ، 1415 هـ -1995 م .

15) الزبيدي ، محمد بن محمدبن عبد الرزاق الحسيني ، تاج العروس ، دار الهداية .

16) السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي 911 هـ الأشباه و النظائر في قواعد و فروع الشافعية حققه و علق عليه محمد محمد تامر حافظ عاشور حافظ الطبعة 2 دار السلام للطباعة و النشر 1424 هـ – 2001م.

17) الفيومي ، أحمد بن محمد علي المقري الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان .

18) الكاساني ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي 517 هـ ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية .

19) وهبة الزحيلي ،موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة ،الجزء الثامن، الطبعة الثالثة ،دار الفكر ، سوريا 2012 .

2/ الكتب القانونية

1) باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التسريعات العربية ، دار الخلدونية ، 2008.

2) بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، الزواج و الطلاق ، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية الجامعية ، الجزائر ، 2005.

3)د. بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، 2008.

4) طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، الجزائر ، 2009.

5) عبد المؤمن بالباقي ، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،2000 .

6)عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة ، دار هومة ، سنة 1996.

7) عبد المجيد محمود مطلوب ، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ، مؤسسة المختار للنشر و التوزيع ، القاهرة ، سنة 2005.

8) عبد الرحمن بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ط 2 ، منشورات بغدادي الجزائر ، الجزائر ، 2009.

9) عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، الجزائر ، 2003.

10) الأستاذ فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، الجزء الأول ، 1986.

11) نـور الـدين أبـو لحيـة ، حـل العصـمة الزوجيـة بواسـطة القضـاء ، دار الكتـاب الحديث ، الطبعة الأولى ، القاهرة.

رابعاً:الرسائل والمذكرات الجامعية

1)اليزيـد عيسـات ، التطليـق بطلـب مـن الزوجـة فـي قـانون الأسـرة الجزائـري ، مـذكرة لنيـل شـهادة الماجيسـتير فـي القـانون الخـاص فـرع عقـود و مسـؤوليات كليـة الحقـوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر 2003.

2)تركمـاني نبيلـة ، أسـباب الطـلاق و آثـاره القانونيـة و الإجتماعيـة ، مـذكرة لنيـل شـهادة الماجيسـتير فـي القـانون الخـاص فـرع عقـود و مسـؤولية ، كليـة الحقـوق بـن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2001.

3)تهـاني رمضـان أبـو جـزر ، أحكـام إنفـراد المـرأة فـي إنهـاء عقـد النكـاح ، مـذكرة ماجيسـتير ، كليـة الشـريعة و القـانون بالجامعـة الإسـلامية بغـزة سـنة 2012-1433هـ .

4)سـلامي دليلـة ، حمايـة الطفـل فـي قـانون الأسـرة الجزائـري ، مـذكرة لنيـل شـهادة الماجيسـتير فـي القـانون الخـاص ، كليـة الحقـوق جامعـة بـن يوسـف بـن خـدة الجزائـر 2008.

5)صـالح بـوغرارة ،حقـوق الأولاد فـي النسـب و الحضـانة علـى ضـوء التعـديلات الجديـدة فـي قـانون الأسـرة ، مـذكرة لنيـل شـهادة الماجيسـتير فـي القـانون الخـاص ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر.

6) عـدنان علـي النجـار (التفريـق القضـائي بـين الـزوجين) ، دراسـة للحصـول علـى درجة الماجيستير في القضاء الشرعي ، كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بغزة .

7) عثامنـة محمـد أمـين ، إجـراءات فـك الرابطـة الزوجيـة فـي التشـريع الجزائـري ، جامعة بسكرة ، سنة 2014 /2015 .

8)فريحاوي كمال ، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،2001.

9)قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية ، مذكرة لنيل إجاز المعهد الوطني للقضاء ، وزارة العدل 2004/2001 .

10) محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية جامعة الحاج لخضر باتنة ، الجزائر ، 2009.

11) مذكرة تخرج بعنوان ، التطليق و الفرق بينه و بين الخلع ، المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة الثالثة عشر ، سنة 2005/2004 ، سيدي بالعباس .

12) مذكرة حق المرأة في فك الرابطة الزوجية ،جامعة قالمة ،كلية الحقوق ، دون السنة ، دون صاحب المذكرة .

13) نعيمة تبودشت ، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 2000.

14) نعيمة زيتوني ، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ، في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر سنة 2005.

15) نذير سعاد ، التطليق في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون سنة 2013/2012.

16) يوسفات علي هاشم ، الخلع و الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة ، جامعة تلمسان ، سنة 2009/2008 .

خامساً:المقالات و الندوات و المحاضرات

1) بالحاج العربي ، صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية عدد 3 ، الجزائر.

2) حميدي محمد أمين ، شروط رفع الدعوى و آجالها في تقديم المستندات ، مداخلة في إطار شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،مجلس قضاء الشلف ،محكمة عين الدفلى 2009/2008.

3) عبد الفتاح تقية ، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية ، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة ، منشورات ثالة ، الجزائر ، 2007 .

4) الأستاذة مديحة بن ناجي ، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى الدولي ، الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات المنظم من كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة في 5 و 6 ماي 2014.

سادساً: النصوص القانونية

1)أمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15، الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

2)أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1328 هـ الموافق ل 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 84 ، الصادر بتاريخ 21 ديسمبر 2006.

3)قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، الجريدة الرسمية ، العدد 21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

4)قانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق ل 9 غشت 2014، يعدل و يتمم الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 19 فبراير سنة 1970 و المتعلق بالحالة المدنية.

سابعا: القرارات القضائية

1) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 12/03/ 1984 ، ملف رقم 35026، المجلة القضائية ،عدد4، سنة 1998 .

2) قرار المحكمة العليا ، الصادر بتاريخ 1984/11/19 ، ملف رقم 437841 ، المجلة القضائية ، سنة 1989.

3) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية،القرار الصادر بتاريخ 1984/06/11 ، المجلة القانونية ،عدد 3 ، سنة 1989.

4) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ، القرار الصادر بتاريخ 1984/10/22 ،ملف رقم 34327 ، عدد 3، سنة 1989.

5) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية،القرار الصادر بتاريخ 1987/01/12 ،ملف رقم 43864 ، عدد 1 ، سنة 1991.

6) المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية ، القرار الصادر بتاريخ 1988/01/21 ، ملف رقم 51728 ،المجلة القانونية ،عدد 3، سنة 1990.

7) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،القرار الصادر بتاريخ 1988/07/18 ،رقم 50075 ، المجلة القضائية ، عدد 4، سنة 1990.

8) المجلة القضائية ،قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، سنة 1990.

9)المحكمة العليا، القرار الصادر بتاريخ 1990/04/16 ، رقم 59784 ، المجلة القضائية ، العدد 4،سنة 1991.

10) المحكمة العليا ، القرار الصادر بتاريخ 1991/06/18 ،ملف رقم 75141.

11) المحكمة العليا، القرار الصادر بتاريخ 1994/01/18 ، ملف رقم 75141.

12) المحكمة العليا ، القرار الصادر بتاريخ 1996/06/18 ، تحت رقم 137571 ، العدد 2، سنة 1997.

13) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، القرار الصادر بتاريخ 1996/04/23، رقم 135435 ،المجلة القضائية ، العدد 1 ،سنة 1998.

14) المحكمة العليا، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، الصادر بتاريخ 1999/05/18، رقم 222134.

15) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ 1999/02/16 ، رقم 216850، المجلة القضائية ، عدد خاص ، سنة 2001.

16) المحكمة العليا،الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،الصادر بتاريخ 2000/07/21 ، رقم 192665.

17) المحكمة العليا ،القرار ، الإجتهاد القضائي لفرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ ،1992/07/21، عدد خاص ، سنة 2001.

18) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية،القرار الصادر بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 437841 ، المجلة القضائية ، سنة 2001.

19) المحكمة العليا ، الإجتهاد القضائي ، المجلة الصادرة عن المحكمة العليا ، عدد خاص ، سنة 2001.

20) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، القرار الصادر بتاريخ 2011/09/15، رقم 654972 ، المجلة القضائية ، عدد 1،سنة 2001.

21) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، القرار الصادر بتاريخ 2011/01/13 ، رقم 596191 ، المجلة القضائية ، العدد 2 ، سنة 1997.

سابعاً:

ثامناً:مواقع الأنترنيت

1) **www.almaany.com**

2) **https://ar.wikipedia.org/wiki/.**

3) **http://mawdoo3.com**

4) **http://www.al3ez.com**

5) **http://www.startimes.com**

6) **http://www.ahlalhdeeth.com/**

الفهرس

العناصر	العنوان	الصفحة
الفصل الأول	**الأحكام الخاصة بالتطليق و الخلع**	06
المبحث الأول	الأحكام الخاصة بالتطليق	08
المطلب الأول	ماهية التطليق	08
الفرع الأول	تعريف التطليق	08
أولا	التطليق شرعا	08
ثانيا	التطليق قانونا	11
ثالثا	تمييزه عن ما يشابهه (التفويض)	12
الفرع الثاني	مشروعية التطليق	18
أولا	مشروعيته من الكتاب	19
ثانيا	مشروعيته من السنة	20
ثالثا	مشروعيته من الإجماع	20
الفرع الثالث	طبيعة التطليق	21
أولا	الطبيعة الشرعية للتطليق	21
المطلب الثاني	أسباب التطليق	26
الفرع الأول	التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من قانون الأسرة الجزائري	27
أولا	موقف الفقهاء من التطليق لعدم الإنفاق	29
ثانيا	موقف قانون الأسرة الجرائري من التطليق لعدم الإنفاق	32
الفرع الثاني	التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج	36
أولا	المقصود بالعيوب و أنواعها	36
ثانيا	موقف الفقهاء من التفريق للعيوب	37
ثالثا	موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للعيوب	54
الفرع الثالث	التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر	57
أولا	موقف الفقهاء من التطليق للهجر في المضجع	57

ثانيا	موقف المشرع الجزائري من الهجر في المضجع	59
الفرع الرابع	التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية .	61
أولا	موقف الفقهاء من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ما	61
ثانيا	موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة	62
الفرع الخامس	التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة	64
أولا	موقف الفقهاء من التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة	65
ثانيا	موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة	66
الفرع السادس	التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري	68
أولا	موقف الفقهاء من التطليق لزواج الزوج من إمرأة أخرى	68
ثانيا	موقف قانون الأسرة من التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة	69
الفرع السابع	التطليق لإرتكاب الزوج فاحشة مبينة	71
أولا	المقصود بالفاحشة المبينة	71
ثانيا	موقف الشريعة الإسلامية من الفاحشة المبينة	72
ثالثا	موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لإركتاب الزوج فاحشة مبينة	73
الفرع الثامن	التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين	74
أولا	موقف الفقهاء من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين	75
ثانيا	موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين	76
الفرع التاسع	التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج	77
أولا	موقف الفقهاء من التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج	78

ثانيا	موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لمخالفة الشروط الواجبة في عقد الزواج	82
الفرع العاشر	التطليق للضرر المعتبر شرعا	83
أولا	تعريف الضرر و الشروط الواجب توفرها فيه	83
ثانيا	موقف الفقهاء من التطليق للضرر	85
ثالثا	موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للضرر	85
المبحث الثاني	**الأحكام الخاصة بالخلع**	89
المطلب الأول	ماهية الخلع	90
الفرع الأول	مفهوم الخلع	90
أولا	تعريف الخلع	90
الفرع الثاني	مشروعية الخلع	93
أولا	مشروعية الخلع في القرآن	93
ثانيا	مشروعية الخلع في السنة النبوية	95
ثالثا	مشروعية الخلع في الإجماع	96
الفرع الثالث	أسباب الخلع	96
المطلب الثاني	أركان الخلع و تكييفه (شرعا و قانونا)	98
الفرع الأول	أركان الخلع	98
أولا	الصيغة	98
ثانيا	الزوجان	102
ثالثا	البدل(العوض)	106
الفرع الثاني	تكييف الخلع (شرعا و قانونا)	109
أولا	التكييف الشرعي للخلع	109
ثانيا	التكييف القانوني للخلع	115
الفصل الثاني	**الأحكام المشتركة بين التطليق و الخلع**	118
المبحث الأول	آثار فك الرابطة الزوجية بالتطليق و الخلع	118
المطلب الأول	الآثار العامة لفك الرابطة الزوجية بالتطليق و الخلع	119

الفرع الأول	آثار فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة بالنسبة للزوجين (ما يثبت للزوجة)	119
أولا	العدة	119
ثانيا	النفقة	122
ثالثا	التعويض	124
رابعا	إسترجاع متاع بيت الزوجية	126
الفرع الثاني	آثار فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة بالنسبة للأولاد (ما يثبت للأولاد)	129
أولا	النسب	129
ثانيا	الحضانة	131
ثالثا	النفقة	137
الفرع الثالث	ما يثبت للغير من آثار التطليق	139
المطلب الثاني	الآثار التي ينفرد بها الخلع عن التطليق	139
الفرع الأول	إلتزام المختلعة تسديد بدل الخلع	139
الفرع الثاني	إعتداد المختلعة	140
الفرع الثالث	سقوط الحقوق الزوجية	141
المبحث الثاني	الأحكام الإجرائية لفك الرابطة الزوجية بالتطليق و الخلع	143
المطلب الأول	الأحكام الإجرائية الخاصة برفع الدعوى و قواعد الإختصاص	143
الفرع الأول	رفع الدعوى	143
أولا	شروط قبول الدعوى	144
ثانيا	قواعد الإختصاص القضائي و كيفية تسيير الجلسة	146
الفرع الثاني	الإجراءات السابقة لصدور الحكم (الصلح و التحكيم)	150
أولا	إجراءات الصلح	151
ثانيا	إجراءات التحكيم	152

المطلب الثاني	الأحكام القضائية لدعوى التطليق و الخلع	154
الفرع الأول	الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة	154
أولا	طبيعة هذه الأحكام (الملزم – المقرر–المنشىء)	154
ثانيا	طرق الطعن في الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع	157
الفرع الثاني	تنفيذ حكم فك الرابطة الزوجية	164
أولا	تبليغ الحكم للمدعي عليه	165
ثانيا	تسجيل حكم فك الرابطة الزوجية في سجلات الحالة المدنية	165