المقدمة

استخلف الله الإنسان في الأرض و جعل منه زوجين، ذكرا و أنثى و أودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم الإزدواج بينهما، و يكون من ثمرته التناسل ليبقى النوع الإنساني يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله، و لكن المولى سبحانه و تعالى كرم بني آدم و لم يتركهم إلى ما تمليه عليهم طبيعتهم في أمر الازدواج كبقية المخلوقات الأخرى، بل سن لهم طريقة خاصة تتفق و منزلتهم بين سائر المخلوقات هي الزواج.

فالزواج أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته لذلك تولاه الشارع الحكيم بالرعاية، فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على الرجل و المرأة، و لا على الأسرة التي توجد بوجوده، بل يمتد إلى المجتمع، حيث لم تخل شريعة من الشرائع السماوية من الإذن به و تنظيمه.

و لقد أولى الإسلام الزواج عناية كبرى و جعله من أوثق العرى بين الناس و المتتبع لنصوص التشريع في القرآن و السنة يجد أن هذا العقد ظفر بعدد كبير منها، و وصفه القرآن بأنه ميثاق غليظ في قوله تعالى: **{ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقاً غَلِيظاً}** [1]

و بأنه أكثر النعم التي أنعم الله بها على الإنسان في معرض امتنانه بنعمه فيقول جل شأنه: **{ وَاللّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ}** [2]

---

[1] - **سورة النساء الآية 21.**

[2] - **سورة النحل الآية 72**

و في آية أخرى اعتبره آية من آيات قدرته لقوله تعالى : **{وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}** [1]

و قد جعله الرسول -صلى الله عليه و سلم- مكملا لدين المسلم حيث يقول عليه الصلاة و السلام:"**من تزوج فقد أحرز شطر دينه، فليتق الله** في **الشطر الآخر**" و قال أيضا "**يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه اغض للبصر و أحصن للفرج، و من** لم **يستطع فعليه بالصوم فإن له وجاءٌ**" كما روى مسلم عن عمرو ابن العاص أن رسول الله -صلى الله عليه و سلم- قال:"**الدنيا متاع و خير متاعها المرأة الصالحة**"

و قد عرفه الشيخ الإمام محمد أبو زهرة تعريفا دقيقا يكشف المقصود منه بقوله:"إنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة و تعاونهما وحدد ما لكليهما من حقوق و ما عليه من واجبات" و الحقوق و الواجبات التي تستفاد من هذا التعريف هي من عمل الشارع لا تخضع لما يشترطه العاقدان، فالزواج عماد الأسرة تلتقي الحقوق و الواجبات فيه، بتقديس ديني باعتباره رابطة مقدسة و علاقة روحية تليق برقي الإنسان، و لعل هذه الناحية النفسية الروحية هي المودة التي جعلها الله سبحانه بين الزوجين.

و لقد شرع الزواج على سبيل الدوام و البقاء لقوله عز و جل: **{ و عاشروهن بالمعروف}** و لكن قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمور تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق و الخصام المستمر بين الزوجين بدل أن تكون سببا للائتلاف و الوئام، فتصبح الرابطة الزوجية جحيما و نقمة، بعد أن كانت نعمة و سعادة، فشرع الطلاق في الإسلام للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها فإن كان الزواج يهدف أساسا إلى تنظيم العلاقة الزوجية و حفظ أعراض الناس، و إثبات نسب كل مولود، فإن الزوجين يستطيعان التخلص من الرابطة الزوجية إذا تبين أنها مصدر شقاء، وأنه لا يمكنهما التعاشر بالمعروف، و لا أن يقوم كل منهما بحقوق الزوجية و واجباتها و ذلك بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق.

---

[1] **- سورة الروم الآية 21.**

المقدمة

و الطلاق شرعاً هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص صريح أو كناية، فرفع قيد النكاح في الحال يكون بالطلاق المكمل للثلاث و في المآل يكون بالطلاق الرجعي، و اللفظ الصريح هو ما كان مشتقا من مادة "ط ل ق" و الكناية هي اللفظ الذي لم يوضع لخصوص الطلاق فحسب بل وضع لمعنى يتعلق بالطلاق أو لمعنى آخر.

و قد جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق خاضعا لشروط تجعل إيقاعه من جانب الرجل و هو يعقد الزواج و ينوي بقاءه قائما مستمرا مدى الحياة، فلا تصح مفارقة أي زوج لزوجته إلا لأسباب خطيرة يقدرها هو حسبما يمليه عليه ضميره و ما توجبه العقيدة الدينية و القيم الإسلامية، فالإسلام لا يبيح استعمال حق الطلاق إلا عند الضرورة و في الحالة التي يصعب معها إجراء وفاق بين الزوجين لوجود شقاق و نفرة بينهما.

وإذا استعمل بغير سبب أصبح بمثابة التعدي على حدود الله ، كما أنه مبغوض و مكروه لقول النبي -صلى الله عليه و سلم-:"**إن أبغض الحلال عند الله الطلاق**" و قوله أيضا:"**تزوجوا و لا تطلقوا فإن الطلاق يهتز منه العرش**"

و جعله الشارع الحكيم بيد الزوج يستقل بإيقاعه دون اشتراط رضى الزوجة لأن الشأن و الأمر الغالب في النساء بحسب طبيعتين التي جِبِلْنَ عليها سرعة التأثر و الإنفعال و الإنقياد للعاطفة و الخضوع لها أكثر من انقيادهن و خضوعهن لما يقتضيه العقل و التفكير السليم، بخلاف الرجال فإن الأمر الغالب فيهم الأناة و ضبط النفس عند الغضب و التبصر في عواقب الأمور قبل الإقدام عليها فلو جعِل الطلاق بيد الزوجة لما استقرت الحياة الزوجية و كانت معرضة لهدمها لأقل الأسباب.

ولم يشترط في الطلاق أن يكون برضى الزوجين و إتفاقهما كما في عقد الزواج إذ لو اشترط ذلك قلما يمكن إنهاء الزوجية التي لا خير في بقائها.

و بذلك قررت الشريعة الإسلامية حق الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية بمحض إرادته و طبقا لمشيئته، إلا أنها لم تهمل حق المرأة في خلاصها من العلاقة الزوجية إذا ما جلبت لها أضرارا مادية أو معنوية بحيث تصبح لاتطيق معاشرة زوجها و ترى في استمرارها زيادة في البغض و الكراهية، عندئذ فتح لها الشرع بابا لنوع من الطلاق تتخلص فيه من الرابطة الزوجية إذا أثبتت إضرار الزوج بها عند توافر

أحد الأسباب المنصوص عليها شرعا و قانونا، و هذا ما يعرف بالتطليق أما إذا لم تستطع إثبات ذلك الضرر فتح لها باب افتداء نفسها من زوجها في مقابل مال تدفعه له و ذلك ما يعرف بالخلع.

و قد أقر المشرع الجزائري على غرار أحكام الشريعة الإسلامية طرق فك الرابطة الزوجية في المادتين (47-48)من قانون الأسرة اللتان تنصان على التوالي:"تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"

و الطلاق حل عقد الزواج، يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53 و 54) من هذا القانون.

و يتبين من استقرائنا للمادة (47) أن الرابطة الزوجية تنحل إما لظروف خارجة عن إرادة الزوجين، تكون من صنع الله و هي الطريقة الطبيعية لانحلال العلاقة الزوجية والمتمثلة في الوفاة، و إما لظروف تتعلق بالزوجين و إرادتهما معاً أو بأحد منهما.

و عليه فان أول طريقة ينحل با عقد الزواج هي وفاة أحد الزوجين، فإذا توفى أحدهما فإن عقد الزواج القائم بينهما ينحل تلقائيا و بقوة القانون ، فلا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانحلاله أو انقضائه، و أن سبب انحلال الزواج هذا يعتبر من صنع الله وحده و لا دخل لإرادة الزوجين فيه.

أما عند استقرائنا للمادة(48) يتضح أن المشرع قد كرس حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، طبقا لأحكام القرآن و السنة، تحقيقا للاستقرار و توفيراً لأسباب الراحة الزوجية فكان من الحكمة أن يملك الرجل أمر الطلاق حين يحكّم العقل و المنطق فهو الذي يدفع الصداق و يقوم بالإنفاق على الزوجة و الأولاد و يتحمل التبعات المالية في حالة الطلاق و غير ذلك، مما يجعله يتروى كثيراً و يحكّم التفكير قبل الإقدام على الطلاق، فلا يقدم عليه إلا بعد أن يزنه بميزان العقل غير متأثر برغبة عارضة أو غضبة ثائرة لأنه أكثر إدراكاً و تقديراً لعواقب الأمور خاصة إذا كان له أولاد من زوجته.

و هناك طريق آخر منح للزوجين لفك الرابطة الزوجية طبقا للمادة(48) المذكورة أعلاه، فسمح القانون للزوجين أن يتفقا على الطلاق وينهيان بذلك العلاقة الزوجية بينهما بإرادتهما المجتمعة و هو

المقدمة

منطق سليم لا يجافي الشرع و لا مقتضى العقل السليم، حيث ما أوجدته الإرادتان باتفاقهما، يمكن لهما إزالته، رغم أن الاتفاق على الزواج أسهل بكثير من الاتفاق على الطلاق، و لأن الزوجية بوصفها تلبية حاجة الطرفين تكون متوفرة لديهما معا عند إنشاء العقد، لأن كل منهما يعمل على شاكلته لتحقيق استمرار الزواج ، خلافا للطلاق الذي هو استحالة لوضعية خاصة و تلبية لحاجة قد لا تتوفر عند الزوجين معاً.

و الاتفاق على الطلاق يكون أكثر صدقا على عدم جدوى استمرار العشرة إذ لا يتفقان إلا عند قناعتهما معا و في وقت واحد على أن بقائهما معا، لم يعد يفيد شيئا و لا يخدم مصلحتهما المشتركة، و هذا طلاق لا ظلم فيه لأحد.

ولم يهدر حق الزوجة من التخلص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها إما بسبب إخلال الزوج بواجباته اتجاهها و تضررها من ذلك نتيجة كرهها و نفورها منه، و يكون بذلك قد فتح لها طريقين لحل تلك الرابطة الزوجية و فتح أمامها الباب للتخلص من عشرة زوجها و ذلك باللجوء للقضاء لطلب التطليق. كما فتح لها باب الافتداء بسبب كراهيتها و نفورها من زوجها، إذ فتح لها المشرع أيضا باب الخلع لاسترجاع حريتها مقابل مبلغ مالي.

و هما الموضوعان الذان سيكونان محل دراستنا باعتبارهما طريقتين استثنائيتين من الأصل العام لحل الرابطة الزوجية.

كما أنهما يثيران إشكالات عديدة في الفقه و القانون و القضاء، فما أحكام كل من التطليق و الخلع؟

و ماهي أوجه التفرقة بينهما؟

للإجابة عن هاتين الإشكاليتين سنقف عند آراء كبار فقهاء الشريعة الإسلامية كما نتعرض لأحكام قانون الأسرة المتعلقة بـا و كذا ما توصل إليه الإجتهاد القضائي بشأنهما، كل ذلك ضمن فصلين تتناول في الأول أحكام التطليق و نتعرض في الثاني لأحكام الخلع والفرق بينه وبين التطليق ، وفقا للخطة التالية.

إن الزوج و بحكم مسؤوليته الأسرية، تقع على عاتقه مجموعة من الإلتزامات المادية و المعنوية حتى يحقق مقاصد الحياة الزوجية ماديا بالإنفاق على زوجته، و معنويا بإعفافها و عدم الغياب عنها، لأن تواجده مطلب ضروري له أثره على كيان الحياة الزوجية، فإذا أخل الزوج بذه الإلتزامات، أو تضررت الزوجة من جراء ذلك، فلها الحق في أن ترفع أمرها للقاضي لطلب التطليق.

فالتطليق ينهي العلاقة الزوجية بطلب من الزوجة و بإرادتها المنفردة و لأسباب عددها المشرع، لذلك تتناول مسألة التطليق في ثلاثة مباحث، بادئين بماهيته لنتعرض بعدها لأسبابه و ننتهي في الأخير بالآثار المترتبة عنه.

المبحث الأول : ماهية التطليق

قبل التطرق إلى أسباب التطليق، لابد من التعرض لماهيته و ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول : تعريف التطليق

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق و اقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، و بالرجوع إلى معناه في اللغة نجد أصل كلمة "تطليق" يعود إلى (طلق-تطليقا) أي طلقت المرأة زوجها، و تطليقها منه، بمعنى خلاّها من قيد الزواج، و تطليق الرجل من قومه يعنى تركهم و مفارقتهم[1]

أما في الإصطلاح فهو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناءا على إرادتها المنفردة و إستنادا إلى القانون.

فالأصل أن الطلاق أنه يكون للزوج وحده ، و قد يقوم به غيره بإنابته كما في الوكالة و التفويض، أو بدون إنابة كالقاضي في بعض الأحوال كحالة التطليق.

فإذا كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، فإن حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة مقيد بحالات معينة و رد النص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة، و هذه الحالات هي عدم الإنفاق، العيوب، الهجر في المضجع، الغياب، الضرر، الحكم بعقوبة شائنة و ارتكاب فاحشة، و ذلك ما سنتناوله تفصيلا في المبحث الثاني.

و عليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء، و بموجب دعوى قضائية، و في حالة الإستجابة لطلبها تنتج عنه آثار انحلال الرابطة الزوجية من عدة، و ثبوت نسب الأولاد و حضانتهم و غيرها من الآثار.

---

[1]- المنجد الأبجدي، الطبيعة الثامنة- دار المشرق- بيروت- لبنان- توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر- صفحة 665.

و قد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "التطليق" في المادة (53) من قانون الأسرة للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، على غرار المشرع المغربي الذي أورد نفس العبارة في الفصل (53) و ما بعده من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، خلافا للمشرع السوري الذي استعمل مصطلح "التفريق" في المادة (105) من قانون الأحوال الشخصية، أما المشرع التونسي فلم يورد هذين المصطلحين بل عبر عن ذلك بانحلال عقد الزواج بناءا على رغبة الزوجة، و بالرجوع إلى جميع الآيات القرآنية التي تتكلم عن انحلال الرابطة الزوجية، فلم يرد فيها إلا كلمة "الطلاق" سواء كان طلب حل عقد الزواج صادرا عن الزوج أو الزوجة أو عنهما معا.

و نجد أن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج، استعمل في المادة (48)[1] منه، مصطلح الطلاق للتعبير على كل أنواع الفُرَق، و هذا اعتمادا على ظاهر النص، غير أنه إذا تعمقنا في أحكام هذه المادة نجد أن هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج، أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى تطليقا و ذلك إستنادا إلى أحكام المادة (53) من نفس القانون و التي جاء فيها "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق..." مما يدل على أن المشرع فرق بين مدلولي الطلاق و التطليق لاختلاف آثارهما، لاسيما من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما و من حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما و هو ما سنتكلم عنه في حينه عند التطرق لآثار التطليق.

المطلب الثاني : دليل مشروعية التطليق

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

و يعتبر الكتاب و السنة و الإجماع الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل و عليه سنتناول سند و دليل مشروعية التطليق من خلالهم فيما يأتي:

---

[1]- **نصت المادة 48 من قانون الأسرة على أن "الطلاق حل عقد الزواج"، و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة** في **حدود ما ورد** في **المادتين(53-54) من هذا القانون.**

من الكتاب :

قوله تعالى : **{وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللّهُ وَاسِعاً حَكِيماً}** [1]

و قوله تعالى: **{يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً}** [2]

و هو خطاب عام موجه للرسول -صلى الله عليه و سلم- في الأصل و لجميع أمته.

و يقول أيضا في كتابه العزيز: **{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 وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ}** [3]

و هذه الآية الكريمة فيها تنظيم الطلاق و دليل مشروعيته في آن واحد و يقول تعالى: **{لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء}**[4]فهذه الآية تنفي الجناح و الإثم عن فعل الطلاق إذا تم في حدوده الشرعية.

من السنة:

روى حميد ابن عبد الرحمان عن أبي موسى قال: قال رسول الله -صلى الله عليه و سلم- "**يقول أحدكم لإمرأته قد طلقتك قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين تطلق المرأة من قبل عدتها**"

---

[1] -سورة النساء الآية 130

[2] -سورة الطلاق الآية 1

[3] - سورة البقرة الآية 229

[4] -سورة البقرة الآية 236.

وهذا التنظيم عن رسول الله للطلاق و التفرقة بين طلاق المسلمين و طلاق غيرهم هو دليل مشروعية الطلاق.

و روى محارب بندثار عن بن عمر أن النبي -صلى الله عليه و سلم- قال:"**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**" و يشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع و لكن بأسبابه و دواعيه- و روى أن النبي -صلى الله عليه و سلم- قال:"**ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و العتاق**"

و روي عنه أنه 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.

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

و خلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة، و الضرورة تقدر بقدرها و عند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه و حرام على الزوجة طلبه.[1]

المطلب الثالث: طبيعة التطليق

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

---

[1]- الدكتور "محمد كمال إمام" - الطلاق عند المسلمين-دراسة فقهية و قانونية-دار المطبوعات الجامعية -الإسكندرية- طبعة 1997 صفحة 30.

إتفق الفقهاء على أن الحياة الزوجية تنتهي بالطلاق أو بالفسخ و لكنهم اختلفوا حول ما يندرج ضمن كل منهما،كما تختلف الآثار المترتبة عنهما، فالطلاق يعد إنهاءا لعقد الزواج الصحيح، في حين الفسخ هو نقض له لخلل رافق نشوءه أو عارض طرأ على الزواج منع بقاءه بعد نشوئه صحيحا أو لحادث أصاب أحد الزوجين فأعطى للآخر حق طلب الفسخ، هذا من حيث الماهية، أما من حيث الأسباب فالطلاق لا يكون إلا بناءا على عقد صحيح لازم و هو من حقوق الزوج يوقعه بإرادته المنفردة، أما الفسخ فإما أن يكون بتراضي الزوجين أو بواسطة القاضي.

و من حيث الآثار المترتبة عنه، فالفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أما الطلاق يحدث هذا الأثر.

كما يجدر بنا القول أن الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئا من المهر أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى، و إن لم يكن استحقت المتعة.[1]

و ترتيبا على ذلك يرى الأحناف أن كل فرقة من جانب الزوج هي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء مثلا، و كل فُرقة من قبل الزوجة هي فسخ كالفُرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته، و بناءا على ذلك فإن أهم الفُرق التي تعد طلاقا عند الأحناف هي تطليق الزوج بسبب الإيلاء أو الخلع أو اللعان، و التفريق لعيب جنسي أو التفريق بسبب أباء الزوج الإسلام.

أما الفُرق التي تعد عندهم فسخا فهي: التفريق لردة أحد الزوجين و لفساد الزواج أو التفريق لعدم كفاءة الزوج لزوجته أو الفُرقة بسبب حرمة المصاهرة.

في حين يرى الحنابلة و الشافعية أن الفُرق التي تقع بين الزوجين تعتبر طلاق إذا وقعها الزوج أو نائبه و ما عدا ذلك تعتبر فسخا و الفُرق التي تعد عندهم طلاقا هي:

---

[1] - **الدكنور "رمضان علي السيد الشرنباصي" - أحكام الأسرة** في **الشريعة الإسلامية - منشورات الحلبي الحقوقية صفحة 226 - 227.**

تطليق الزوج و الخلع و تطليق القاضي إن امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الإيلاء، أما الفرق التي تعد عندهم فسخا هي:

- التفريق لعيب في أحد الزوجين أو بسبب إعسار الزوج أو فساد العقد أو لعدم كفاءة الزوج لزوجته.

بينما ذهب المالكية إلى أن الفَرق بين الطلاق و الفسخ 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 عدت طلاق، و أما إذا كانت ناتجة عن زواج فاسد فيعد ذلك فسخا.

و تعد عندهم الفُرق التالية طلاق :

- تطليق الزوج بسبب الخلع، أو لعيب في أحدهما أو إعسار الزوج عن نفقة زوجته أو التفريق للضرر أو بسبب الإيلاء أو عدم الكفاءة.

و ما يعد عندهم فسخا:

- التفريق بسبب اللعان أو بسبب فساد عقد الزواج أو بسبب أباء أحد الزوجين الإسلام.

أما الظاهرية فيعتبرون كل فُرقة تمت بين زوجين طلاقا إلا في الحالات التالية فهي فسخا: التفريق باللعان أو التفريق لاختلاف الدين.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده عرف الطلاق في المادة (48) منه على أنه:حل عقد الزواج، و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53-54) من هذا القانون،كما أنه استعمل في نص المادة(57) مصطلح "الطلاق" الذي يدل على أن المشرع أخذ بالمذهب المالكي و اعتبر التطليق طلاقا لا فسخا، و قد ذكرالفسخ و أحكامه في المواد (32-33-34) من قانون الأسرة. كما ذكر حالاته تحت عنوان النكاح الفاسد و الباطل.

و يعاب عليه أنه خالف مفهوم البطلان في القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين (101-102)من القانون المدني و ذلك عندما نص في قانون الأسرة على أن البطلان هو اختلال ركنين

في العقد، لكن يترتب البطلان في القواعد العامة باختلال ركن واحد من أركان العقد و كيفت هذه الحالة في قانون الأسرة على أنها فسخ.

بعدما عرفنا التطليق، و تطرقنا لدليل مشروعيته و الحكمة منه و تناولنا طبيعته، ننتقل الآن إلى عرض أسبابه بالتفصيل كون المشرع اشترط لقبول دعوى التطليق تأسيسها على أحد الأسباب الوارد ذكرها في المادة (53) من قانون الأسرة و ذلك على النحو التالي:

المبحث الثاني : أسباب التطليق

نص المشرع في المادة (53) من قانون الأسرة على ما يلي:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1. "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة 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 بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة، فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية.
5. الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة.
6. كل ضرر معتبر شرعا و لا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين (8 و 37) أعلاه.
7. ارتكاب فاحشة مبينة"

و باستقراء هذه المادة نجدها تضمنت أسبابا تستند إليها الزوجة لطلب التطليق من القاضي الذي تبقى له السلطة التقديرية في قبول طلبها أو رفضه و لمعرفة هذه الأسباب بنوع من التفصيل.

ضمن أربعة مطالب، نتطرق في الأول إلى الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الإلتزامات الزوجية و العائلية، و في الثاني إلى التطليق للعيوب، و في الثالث للأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقبا عليها جزائيا، و في الأخير إلى التطليق للضرر المعتبر شرعا على النحو الآتي بيانه:

المطلب الأول : الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الإلتزامات الزوجية و العائلية:

إن أي زواج شرعي يترتب عنه عدد من الواجبات و الحقوق المتبادلة، و إخلال أحدهما بالتزاماته الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان الأسرة ككل، فإذا كان الإخلال من جانب الزوجة، حَق للزوج تطليقها باعتبار العصمة بيده، أما إذا تخلى الزوج عن القيام بواجباته و التزاماته الزوجية و العائلية دون سبب جدي أو شرعي، كالإمتناع عن أداء النفقة بكل مشتملاتها، أو هجر زوجته في المضجع مدة لا تطليقها، أو ترك مقر الزوجية دون أن يترك مالا تنفق منه هي و أولادها. فهل للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق لدفع الضرر عما لحقها جراء إخلال الزوج بتلك الإلتزامات؟

هذا ما سنجيب عنه ضمن هذا المطلب في ثلاثة فروع نتناول في الأول التطليق لعدم الإنفاق و في الثاني التطليق للهجر في المضجع و في الثالث التطليق لغياب الزوج.

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق

تعد النفقة حق للزوجة يثبت لها بعقد الزواج الصحيح و تسقط بنشوزها و ينتهي بانفصام العلاقة الزوجية، فإذا امتنع الزوج عن أداء هذا الإلتزام تعسفا أو إعسارا فهل يحق للزوجة طلب التطليق لهذا السبب؟

هذا ما سنتناوله فيما يأتي متعرضين للموقفين الفقهي و التشريعي و اعتمادا على ما توصل إليه الإجتهاد القضائي في هذا الإطار.

أولا: الموقف الفقهي:

لقد انقسم الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات و لكل في ذلك حججه من الكتاب و السنة.

الرأي الأول:

يقول بعدم التفريق بين الزوجة و زوجها الذي لا ينفق عليها، حتى ولو أعلنت عدم رضاها بذلك، و تمردت على الوضع القائم و طلبت من القاضي فك الرابطة الزوجية بينهما.

و الأحناف هم قادة هذا الرأي، و ليس في مذهبهم ما يجيز تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتها أو لامتناعه عنها، حتى و لو لم يكن له مال ظاهر، و دليلهم في ذلك:

من القرآن الكريم:

قوله سبحانه تعالى: **{لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً{7}**[1]

من السنة:

أن مسلم روى في صحيحه من حديث "أبي الزبير" عن "جابر" قال:"دخل أبو بكر الصديق و عمر –رضي الله عنهما- على رسول الله - صلى الله عليه و سلم- فوجداه جالسا و حوله نساؤه واجما ساكنا فقال أبو بكر الصديق:يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة، فقمت إليها فوجأت عنقها فضحك رسول الله -صلى الله عليه و سلم- و قال: من حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام "أبو بكر الصديق" –رضي الله عنه- إلى عائشة يجأ عنقها و قام عمر –رضي الله عنه- إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول: تسألن رسول الله -صلى الله عليه و سلم- ما ليس عنده فقلن و الله لا نسأل رسول الله - صلى الله عليه و سلم- شيئا أبدا ليس عنده، ثم اعتزلهن رسول الله صلى الله عليه و سلم شهرا. و لم ينقل عن الرسول -صلى الله عليه و سلم- أن التفريق في هذه الحالة حق للزوجة.

من المعقول:

---

[1] **-سورة الطلاق الآية 7.**

من المقرر شرعا إذا اجتمع ضرران اختير أخفهما فالضرر المترتب على التفريق يؤدي إلى ضياع حق الزوج، أما الضرر المترتب على عدم التفريق يؤدي إلى تأخير حق الزوجة، و عملا بذه القاعدة فعدم التفريق هو أخف الضررين.

كما أن إبقاء الزواج مع الإعسار يفَوت المال و هو من التوابع، أما إنهاء الزواج بالإعسار فيؤدي إلى فوات التناسل و هو مقصود أصلي من الزواج، و لا يعقل ضياع المقصود الأصلي ليبقى المقصود التبعي"[1]

الرأي الثاني:

يرى الأئمة الثلاثة: مالك، الشافعي، و أحمد مع خلاف في التفاصيل أن للزوجة حق طلب التفريق لعدم الإنفاق و على القاضي أن يستجيب لطلبها إذا أثبتت له ذلك، و هم أيضا يستدلون بالكتاب و السنة.

من القرآن:

"قوله تعالى في أمره للزوج:"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" و قوله أيضا:"و لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"

من السنة:

فقد روي عن أبي هريرة –رضي الله عنه- أن النبي -صلى الله عليه و سلم- قال:"**خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غني و اليد العليا خير من اليد السفلى و أبدأ بمن تعول فقيل من أعول يا رسول الله قال:امرأتك ممن تعول، تقول أطعمني و إلا فارقني**" فهذا الحديث جعل للمرأة الفراق عند الإمتناع عن الإنفاق.

من المعقول:

---

[1] **- الدكتور"محمد كمال إمام"-كمرجع سابق- صفحة 99.**

إن العجز عن الإنفاق بسبب الإعسار كالعجز عن الجماع بسبب الجب أو العنة، فإذا ثبت جواز الفسخ بالعنة و الجب ثبت جواز الفسخ بالإعسار و عدم الإنفاق، بل الفسخ هنا أولى لأن النفقة لا يقوم البدن با أما لذة الجماع فيقوم البدن بدونها[1]

و مع إتفاقهم في ذلك كله إلا أنهم اختلفوا في التفاصيل:

- **بالنسبة للإعسار**: فقد قرر مالك أنه لا يثبت إلا بالدليل، أو بإقرار الزوج به، أما الشافعي فرأى أنه يثبت بالبينة أو إقرار الزوج به، فإذا إدعاه كان ذلك كافيا للتفريق.

و لايؤجل المعسر عند الشافعي إلا ثلاثة أيام و لا يؤجل قط عند أحمد، و يؤجل عند مالك مدة يراها القاضي مدة كافية لليأس من قدرته في المستقبل عن الإنفاق، و بعض المالكية قدرها بشهر، و الرضى بالبقاء مع الإعسار يسقط طلب التفريق عند مالك لأن طلبها من بعد ذلك نقض لما تم من جهتها، و لذا لو تزوجته و هي عالمة بإعساره فليس لها طلب التفريق بعد ذلك بخلاف الشافعي و أحمد اللذان قررا أن رضاها بالإعسار وقتا لايستلزم رضاها في كل الأوقات.

- **بالنسبة للتفريق**: مع اتفاقهم على أنه إن كان للزوج مال ظاهر لا يفرق بينه و بين زوجته، اختلفوا في حالة ما إذا كان ممتنعا لم يدعي الإعسار، أي لم يثبته ببينة، فقال الشافعي لا يفرق بينه و بين زوجته إذا طلبت التطليق، لأن مظنة الرجوع غير ثابتة، و قال مالك و أحمد يفرق بين الممتنع عن الإنفاق و بين زوجته إن طلبت التفريق، و لو لم يكن له مال ظاهر لعدم الإنفاق عليها كحال الإعسار، و لأنه ظالم بالإمتناع وجب عليه تطليقها فإن لم يفعل طلق القاضي عنه[2].

- **الرأي الثالث** :

---

[1] - **الدكتور"محمد كمال إمام" - كمرجع سابق - صفحة 100.**

[2] - **"الإمام محمد أبوزهرة" –الأحوال الشخصية - دار الفكر العربي - مطبعة المدني - القاهرة صفحة 352 - 353.**

و خلاصته التفرقة بين المرأة التي غر بها الزوج فلها طلب التفريق، أما إذا انتفى الضرر فليس لها هذا الحق، وقد ذهب إلى ذلك الإمام ابن قيم الجوزية.

ثانيا: الموقف التشريعي:

لقد استمد المشرع الجزائري موقفه في شأن التطليق لعدم الإنفاق من موقف جمهور الفقهاء (مالك، أحمد و الشافعي) و قد نص على ذلك في الفقرة الأولى من المادة (53) من قانون الأسرة:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد: (78، 79، 80) من هذا القانون ..."

فعدم الإنفاق هو امتناع الزوج نهائيا عن النفقة بكل أجزائها و مشتملاتها، حسب نص المادة (78) من قانون الأسرة، الأمر الذي يلحق بالزوجة أضرارا و يبرر رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق، بشرط توافر العناصر التالية:

1. يجب على الزوجة أولا أن ترفع دعوى ضد الزوج لاستصدار حكم يأمره للنفقة، و امتنع عن تنفيذ هذا الحكم، فإن رفعت دعواها لأول مرة تطالب بالنفقة، فإن القاضي يحكم لها بذلك و يأمرها للعودة إلى مقر الزوجية، إلا إذا ثبت امتناعه بعد الحكم، فإن رفعت دعوى التطليق بعد ذلك، فعلى القاضي الإستجابة لطلبها في هذه الحالة.

و في هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1995/05/02 تحت رقم 118475 و الذي قضى بأنه:"لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال و عدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، و أن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك."

2. ألا يكون امتناعه عن النفقة بسبب عسره، لأن هذا الأخير بيد الله، و لا يعتبر مبررا لطلب التطليق، مصداقا لقوله تعالى : **{اللّهُ يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ وَفَرِحُواْ**

بِالْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا فِي الآخِرَةِ إِلاَّ مَتَاعٌ }[1] و قال في آية أخرى: **{وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ }**[2]

فالزوج في هذه الحالة ليس بظالم حتى يطلق عليه القاضي و يرفع ظلمه عن زوجته.

3. ألا تكون عالمة بإعساره وقت زواجهما، فإن كانت عالمة بمصدر دخله، و جهده اليومي، أو أنه بدون عمل، أو أن مهنته غير مطلوبة اجتماعيا مما يجعله يعيش انفراجا ماليا أحيانا و يفتقده أحيانا أخرى، فإن رضيت بالزواج به على هذا الحال فهي على علم بعسره فإن رفعت دعواها للقاضي تطلب التطليق للعسر، رفضت دعواها لورود النص :"...ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج..."

و يقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الزوج فإن استطاعت الزوجة إثبات أنه عسره هذا حصل بعد زواجهما، فإنه ينتظر إلى ما بعد صدور الحكم بالنفقة، فإن لم ينفق و طال عسره إلى مدة تضر بالزوجة، طلق عليه القاضي.

و يكون الحكم بالنفقة وفقا لأحكام المادتين (78 و 80) من قانون الأسرة، حيث يراعى في تقديرها حالة الزوجين، و ألا يتجاوز القاضي مدة سنة قبل رفع الدعوى عند الحكم بما إن ثبت لديه ما يدعو لذلك. و إلا فتقديرها يكون ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى إلى أن يزول مبررها.

وقد صدر في هذا الإطار قرار عن مجلس قضاء سيدي بلعباس –غرفة الأحوال الشخصية- بتاريخ 13 أكتوبر2001 قضى بإلغاء الحكم المستأنف فيه و التصدي من جديد بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه و بإلزام هذا الأخير بأدائه لها مبلغ ثلاثة آلاف دينار جزائري (3000 دج) شهريا كنفقة إهمال تسري سنة قبل دفع الدعوى، و تستمر إلى غاية النطق بالتطليق و مبلغ عشرة آلاف دينار جزائـري (10 000دج) نفقة عدة و أسند حضانة البنت لأمها، جاء في أسبابه:

---

[1] **-سورة الرعد الآية 26.**

[2] **-سورة البقرة الآية 280.**

"عن طلب المستأنفة بإلغاء الحكم المستأنف فيه و القضاء بالتطليق لعدم الإنفاق، حيث أن هذا الطلب جاء مؤسسا كون أن المستأنف عليه أهمل زوجته منذ سنة 1990و تركها بدون نفقة و غادر الجزائر متوجها لفرنسا و لم يقم بواجباته نحو زوجته و أنه طبقا للمادة (37) من قانون الأسرة فإن النفقة واجبة شرعا على الزوج اتجاه زوجته مما يجعل من طلب التطليق طلبا مؤسسا و يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف فيه و تصديا الحكم بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه"

و صدر في ذلك حكم عن محكمة سيدي بلعباس بتاريخ 2004/09/29 قضى نهائيا بتطليق المدعية من المدعى عليه، جاء فيه:

"حيث ثبت للمحكمة من خلال موضوع المطالبة القضائية التي عجز فيها المدعى عليه عن إثبات قيامه بواجباته الزوجية المتمثلة في الإنفاق على زوجته و رعايتها خلال فترة فراره من الإلتزام العسكري، فإنه و أمام غيابه عن جلسة الصلح التي من خلالها أعلنت المدعية عن رغبتها في التطليق بسبب غياب الزوج عنها مدة ثلاث سنوات و ثمانية أشهر و ذلك منذ فراره من الجيش الوطني الشعبي الوطني الذي كان عضوا فيه كطيار و أنه تم القبض عليه في الفترة الأخيرة، فإنه و بتفحص أوراق الملف لاسيما طلب الشطب من السجلات و التي ثبت من خلالها الإجراء التأديبي الذي تعرض إليه المدعى عليه بسبب فراغه لمدة طويلة منذ 2000/05/30 و أن المدعية قدمت الدليل القاطع على ثبوت غياب الزوج عنها لمدة طويلة تجاوزت الثلاث سنوات فإنه يتعين الإستجابة لطلبها الرامي إلى التطليق لتأسيسه قانونا"

و يطرح التساؤل بشأن المدة التي يجب أن تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة و أثر ذلك على سقوط حقها في طلب التطليق؟

و في هذا اختلف الفقهاء المسلمون، فجعلها الإمامان "الشافعي" و "أحمد" تتراوح ما بين ثلاثة أيام و شهر بدءا من تاريخ التصريح بالحكم بالنفقة، على خلاف "مالك" الذي جعلها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحدد هذه المدة بحسب مقتضى حال الزوجين، و مصدر عيشهما و الظروف المحيطة بما، على ألا تتجاوز هذه المدة سنة في جميع الأحوال، و قال أيضا أن بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره و بعد صدور الحكم عليه للنفقة جائزا و يسقط حقها في طلب التطليق.

و المشرع الجزائري لم يعر إهتماما للمهلة التي يمكن أن تمنح للزوج و لا للحالة التي يكون عليها من يسر أو عسر، و إنما اشترط فقط أن يكون لدى الزوجة حكم بوجوب النفقة صادر ضده و أن الزوج امتنع عن الإنفاق رغم ذلك، كما أنه لم يشر إلى أي أجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة و تاريخ إقامة الدعوى، مما يحملنا على الإعتقاد بضرورة مراعاة ما نصت عليه المادة (331) من قانون العقوبات و هو أجل شهرين متتاليين و هذا ما استقر عليه الإجتهاد القضائي في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 34791 و الذي جاء فيه:

"متى كان من المقرر فقها و قضاءا في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها، و ذلك وفقا لما نص عليه الفقيه"ابن عاصم" بقوله: الزوج إن عجز عن الإنفاق في أجل شهرين استحق بعدهما الطلاق، و أن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إذا كان من الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي، و حكم عليه غيابيا بسنة حبس نافذة، فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خلقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن".[1]

الفرع الثاني : الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين حل الزوجية و المقاربة بينهما و ما يقتضيه الطابع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج و قد قال تعالى:[2] **{وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ}** و مقتضى هذه الآية أن لكلا الزوجين حق الإستمتاع بالآخر و عدم الإمتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي.[3]

---

[1]- القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 34791 –المجلة القضائية العدد الثالث لسنة 1989- مأخوذ من كتاب قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق للدكتور "نصر الدين مروك" صفحة 103.

[2]- سورة المؤمنين الآية 5.

[3]-"الأستاذ عبد الكريم شهبون"-كمرجع سابق- صفحة 243.

فإذا نشزت الزوجة و عصت زوجها، صار له الحق في تأديبها إذا استوجب ذلك مصداقا لقوله تعالى :**{الرِّجَالُ قوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً }**[1]

و الهجر في المضجع نوع من أنواع التأديب التي يملكها الزوج على زوجته، وهو أن يناما معا في نفس الفراش و لكن يدليها ظهره و يمتنع عن تحقيق رغبتها الجنسية و هو المقصود من الآية الكريمة المذكورة أعلاه.

فما حكم ذلك؟ و هل يحق للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الهجر؟

قبل كل ذلك يتعين علينا التعرض لمسائل : الهجر العادي، و الهجر المقترن بالحلف و المسمى بالإيلاء، و كذا الهجر الناتج عن تشبيه الزوجة بمن تحرم على الزوج مجامعتها و المسمى بالظهار، متناولين الموقفين الفقهي و التشريعي و ما توصلت إليه الإجتهادات القضائية.

أولا : الموقف الفقهي :

1. الهجر العادي:

يرى الحنفية:"أن الرجل إذا كان متزوجا بامرأة واحدة و لم يضاجعها لاشتغاله بالعبادة أو لاستمتاعه بجواريه، فإنه يكون من حقها المطالبة بمبيت الزوج عندها، و لا يقدر المبيت لمدة معينة في الأسبوع، و إنما يأمره القاضي أن يبيت عندها من وقت لآخر، بحيث لا تشعر بالغيبة الطويلة عنها، أما حق المواقعة فليس من حق المرأة المطالبة به إلا مرة واحدة، لكن يجب عليه في الدين أن يكرر ذلك حتى يعف الزوجة ويمنعها من التطلع الممقوت لغيره و إلا كان آثما.

---

[1] **- سورة النساء الآية 34.**

يرى المالكية : إنه إذا حصل للزوجة ضرر من ترك الجماع فلها أن تطلب التطليق لذلك، و لو كان ترك الزوج للجماع بسبب تبتله و انقطاعه عن العبادة أو بسبب التعب في العمل أو غير ذلك و إذا رفعت دعواها هذه و أقر الزوج بما تدعيه زوجته من كونه لا يجامعها، فإن القاضي يأمره بمجامعتها و يضرب له أجلا بحسب اجتهاده، فإن رجع إلى معاشرتها والقيام بحقها فذاك، و إلا حكم لها بالتطليق.

و إذا تمكنت الزوجة من إثبات أن زوجها لا يجامعها، فلا تكلف بإثبات تحقق الضرر من ذلك بل يكفيها أن تدعي أنه لحقها من ترك جماع زوجها لها ضرر،فتصدق في ذلك.

2. الإيلاء:

الإيلاء لغة هو الحلف مطلقا سواءا كان على ترك قربان زوجته أو على شيء آخر[1]

أما اصطلاحا فقد عرفه كمال الدين بن همام في "فتح القدير" بأنه الحلف على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القرب على ما يشق".[2]

فالحلف بالله تعالى ألا يقرب زوجته خمسة أشهر إيلاء، فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مواليا عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى : **{لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَآؤُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ{226} وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ{227}**[3]

و اليمين التي تقع بها الإيلاء، هي اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته و لهذا قال الشافعي و مالك أن الإيلاء يقع بكل يمين للعموم، فإن حلف الزوج بغير الله أو على قربان زوجته أمر ليس فيه مشقة على النفس كإطعام مسكين أو صلاة ركعتين فلا يكون مواليا و حنث اليمين يستوجب الكفارة و سقوط الإيلاء.

---

[1] - "الأستاذ عبد الكريم شهبون" كمرجع سابق- صفحة 245

[2] - "الإمام محمد أبو زهرة"- الأحوال الشخصية –دار الفكر العربي- مطبعة المدني- القاهرة صفحة 343.

[3] - سورة البقرة الآيتان 226-227.

و يطرح التساؤل بشأن وقت وقوع الطلاق بالإيلاء؟

يرى الحنفية أنه بمجرد مضي المدة و هي أربعة أشهر يكون الطلاق بائنا مستدلين بأن الزوج يمنعها حقها فاستحق من الشرع أن تبين منه عند مضي هذه المدة.

و يرى المالكية و الشافعية و الحنابلة أنه لا يقع عليها طلاق لمجرد انقضاء مدة أربعة أشهر بل لابد من تطليق الزوج أو التطليق من القاضي [1] مستدلين بقوله تعالى: **{فَإِنْ فَآؤُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}**

3. الظهار :

الظهار لغة: هو المقابلة بالظهر، نقول ظاهرته إذا قابلت ظهرك بظهره، و ظاهر من امرأته إذا قال لها أنت علي كظهر أمي.

و الظهار اصطلاحا تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا بنسب أو رضاع أو مصاهرة [2].

و الظهار كان طلاقا في الجاهلية، فأبطل الإسلام هذا الحكم، و جعله محرما للمرأة حتى يكفر زوجها و قد أجمع العلماء على حرمته، فلا يجوز الإقدام عليه لقوله عز و جل: **{ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ{2} وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ{3}**[3]

و هاتان الآيتان الكريمتان تبينان حكم الإسلام في الظهار حيث صار محرما للزوجة على زوجها إلا بعد الكفارة و لا يعد طلاقا كما كان في الجاهلية.

---

[1] -"رمضان علي السيد الشرناصي"-كمرجع سابق- صفحة310.

[2] -"رمضان علي السيد الشرناصي"-كمرجع سابق- صفحة 320.

[3] -سورة المجادلة الآيتان 2-3

و قد اختلف الفقهاء في بيان متى يتحقق العود في الظهار، في تفسير قوله تعالى: **{ثم يعودون لما قالوا}** حيث فسره الأحناف و الحنابلة و المالكية في الرأي الراجح عندهم بأن العود في الظهار إنما يتحقق بالعزم على كل من الإمساك و الوطء معا.

و قال الشافعية : إنه يتحقق بنفس الإمساك و ذلك بأن يمضي وقت يمكن أن يطلق فيه و لم يطلق، لأن إقامته زمانا يمكنه أن يطلق فيه دون أن يفعل ذلك يقوم قيام إرادة الإمساك.

و قال الظاهرية: إنه لا يترتب تحريم أثر على قول الرجل لزوجته "أنت علي كظهر أمي" إلا إذا كرر هذه العبارة مرة أخرى، فإذا قالها مرة ثانية، وجبت عليه كفارة الظّهار، و هذه الأخيرة أن يعتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، عملا بما تضمنته الآيتان القرآنيتان المذكورتان أعلاه.

ثانيا: الموقف التشريعي:

لقد تطرقنا آنفا إلى الهجر بوصفه أسلوب تأديب ضمن الموقف الفقهي و نتطرق إليه الآن بوصفه سببا شرعيا و مبررا قانونيا يخول الزوجة حق طلب فراق زوجها الذي لم تعد تطيق عشرته، فمتى رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي، عليه أن يحكم لها بالتطليق، إذا تجاوزت مدة الهجر أربعة أشهر لأنها المدة التي يفقد فيها التأديب معناه الإنساني كوسيلة لتقويم سلوك الزوجة و ما زاد عن ذلك يعتبر تعسفا يستوجب تدخل القاضي لرفعه.

لذلك جعل المشرع الجزائري الهجر في المضجع من بين الأسباب المبررة لطلب التطليق عملا بنص المادة (53) الفقرة الثالثة و التي جاء فيها: ".... الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر...".

و على ذلك فالهجر المشروع هو الذي تتوفر فيه الشروط التالية:

1. أن يهجرها و يدير لها ظهره و لا يعاملها في الفراش معاملة الأزواج.
2. أن يدوم هذا الهجر مدة من الزمن تفوق أربعة أشهر متتالية لا يقع بين الشهر و الآخر أي إتصال بينهما.

3. أن يكون هذا الهجر عمديا نكاية بالزوجة و ليس له ما يبرره شرعا و قانونا.

4. أن يحافظ فيه على الطابع الذي أعطاه إياه الله عز وجل" لقوله تعالى: **{وَاصْبِرْ عَلَى مَا يَقُولُونَ وَاهْجُرْهُمْ هَجْراً جَمِيلاً }**[1]فإذا ذهبت صفة الجمال عنه كان ظلما.

أما إذا وقع الهجر و كان لعدة مرات و في أوقات مختلفة و متفرقة أو أنه وقع لعذر شرعي مثل أن يكون هجر فراش الزوجة قد وقع بسبب وجوده في مستشفى للعلاج أو في مكان آخر من أجل الوظيفة، فالقانون لا يجيز لها طلب التطليق بسبب الهجر في الفراش و لو تجاوزت المدة أربعة أشهر و إذا طلبته فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به في مثل هاتين الحالتين.

و ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد هو أن الهجر في المضجع مشار إليه في قانون الأسرة الجزائري كسبب من الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطليق و الذي يتفق مع الإيلاء المعروف في الفقه الإسلامي، فكليهما هو ترك وطء الزوجة و عدم الاقتراب منها لمدة أربعة أشهر فأكثر، حرام شرعا و غير جائز قانونا لما يتضمنه من حرمانها من حق تملكه بموجب عقد الزواج و مقتضياته، و لكنهما يختلفان من عدة جوانب منها:

أن الإيلاء يمين أو قسم على عدم الاقتراب من الزوجة و ترك وطئها و جماعها، بينما الهجر في المضجع لا يفيد هذا المعنى صراحة بالقدر الذي يفيده معنى الإيلاء الذي يشترط أن يكون الهدف المبتغى من ورائه الإضرار با، على خلاف الهجر في المضجع لمدة أربعة أشهر، إذ منح قانون الأسرة الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للهجر دون أن يشترط نية الإضرار با.

و يؤاخذ على المشرع الجزائري أنه أغفل ذكر الإيلاء الذي يكثر بين الناس لدواعيه المتعددة، فضلا عن أنه قاعدة شرعية ورد ذكرها بالقرآن الكريم.

هذا و يرى الأستاذ "فضيل سعد" أن المشرع أهمل الإيلاء و اعتبره يمينا معلقا على شرط، فاستبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع و لكن ذلك لا يتم على حساب قاعدة شرعية جعلها الله سبحانه

---

[1] - **سورة المزمل الآية 10.**

و تعالى تعالج أحوالا خاصة، فذكرها لا يعني بالضرورة حصولها، كما أن إهمالها لا يعني عدم الحصول" خاصة أن المشرع الجزائري قد جعل من الشريعة مصدرا للأحكام التي لم يرد بشأنها نص قانوني.[1]

و نشاطره الرأي في ذلك، باعتبار المادة (222) من قانون الأسرة نصت على ذلك صراحة، بقولها "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" إضافة إلى أن المادة الأولى من القانون المدني تنص على أنه:"....و إن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية....."

و بالرجوع إلى ظاهر النص فإن الزوجة إذا أثبتت واقعة الهجر لمدة أربعة أشهر على الأقل يحكم لها القاضي بالتطليق دون أن يبحث عن توفر أو عدم توفر نية الإضرار با أو نية الإصلاح أو سبب الهجر شرعيا كان أو قانونيا[2].

إلا أن التطبيق السليم للفقرة الثالثة من المادة (53) من قانون الأسرة يستوجب من القاضي عندما تطرح عليه دعوى التطليق للهجر أن يتأكد من توافر العناصر الأساسية و هي العنصر المادي المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول و العنصر الزمني المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية غير متقطعة والعنصر المعنوي المتمثل في نية الإضرار بالزوجة.

وقد صدر قرار عن مجلس قضاء سيدي بلعباس –غرفة الأحوال الشخصية- بتاريخ 2004/12/26 قضى بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه بسبب هجر هذا الأخير لها ، وفقا للفقرة الثالثة من المادة (53) ، جاء في عرض أسبابه ما يلي:

"حيث أن المستأنفة تلتمس المصادقة على محضر أداء اليمين و إلغاء الحكم المستأنف و من جديد الحكم بتطليقها من المستأنف عليه طبقا للمادة (53) من فقرة 3 من قانون الأسرة و إلزامه بأدائه لها مبلغ ثلاثين ألف دينار جزائري (000 30دج) نفقة عدة و مبلغ ألفين دينار جزائري (000 2دج) شهريا نفقة إهمال من يوم رفع الدعوى الأولى.

---

[1] - الدكتور"فضيل سعد" –كمرجع سابق صفحة 280

[2] -الأستاذ"عبد العزيز سعد" –كمرجع سابق صفحة 265.

حيث أن المستأنف عليه يلتمس مواصلة الحياة الزوجية و احتياطيا الطلاق بظلم منها و حرمانها من توابع العصمة ماعدا العدة.

حيث أنه بعد الإطلاع على أوراق الملف يتبين بأنه صدر حكم بتاريخ 2000/04/23 أمر المستأنفة بالرجوع إلى البيت الأصلي و أنه بعد الإستئناف أصدر المجلس قرارا بتاريخ 2001/01/31 وجه اليمين إلى الزوجة على أن المستأنف عليه هجرها في المضجع أكثر من أربعة أشهر.

حيث أن المستأنفة قامت بتنفيذ هذا القرار و أدت اليمين حسب المحضر المؤرخ في 2001/06/08 و بالتالي فإن دفوع المستأنف عليه غير مؤسسة، و يتعين الإشهاد للمستأنفة عن أدائها اليمين الموجه لها بقرار 2001/01/31 ومن ثمة الحكم بتطليقها.

الفرع الثالث : التطليق لغياب الزوج

من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف و الإستقرار و بما أن الزوج هو رب الأسرة و المسؤول عن رعايتها، فإن غيابه بدون عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الإستقرار و اهتزاز كيانها فالفُراق ضرر يهون أمامه عدم الإنفاق و الفُرقة به ثابتة حتى و لو كان للزوج مال ظاهر تنفق منه الزوجة لتعدد مطالب الحياة التي لا تنحصر فقط في السكن و الغذاء والكسوة.

فالغائب هو الذي يغادر مكانه دون عودة بحيث تكون حياته معلومة ، فإن جهلت اعتبر مفقودا.

فكيف يعتبر الغياب مبررا لطلب التطليق؟ و ماهي المدة الواجب انتظارها من قبل الزوجة لطلب ذلك؟ و هو ما سنجيب عنه متعرضين لموقف الفقه و التشريع.

أولا: الموقف الفقهي:

انقسم الفقهاء المسلمون إلى اتجاهين أحدهما يجيز التفريق للغيبة و الآخر يحضره.

الرأي الأول:

و يقول به "الأحناف" و "الشافعية" و "الظاهرية" و "الشيعة الزيدية" و "الجعفرية" و هو رأي يمنع التطليق بسبب غيبة الزوج سواء كانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر.

الرأي الثاني:

يقول به "المالكية" و "الحنابلة" و يعطي الحق للزوجة في طلب التطليق لغياب زوجها مع اختلافهما في التفاصيل.

بحيث يفرق الحنابلة بين الغيبة بعذر التجارة، أو طلب العلم، و بين الغيبة بعذر أوبغير عذر، و جعلوا هذه الأخيرة سببا لطلب التطليق الذي يقبله القاضي إذا تجاوزت غيبة الزوج ستة أشهر.

و قد روي أن "عمر ابن الخطاب" دخل على ابنته حفصة أم المؤمنين و سألها قائلا:"أي بنية؟! كم تصبر المرأة عن زوجها؟ قالت: "شهرا أو اثنين أو ثلاثة و في الرابع ينفذ الصبر..." و هذا القول يطابق التشريع الإلاهي للنفس البشرية المنصوص عليه في الآية و هي مدة تسمح للزوجة بالإنحراف فجعل "عمر ابن الخطاب" أقصى مدة لغياب الزوج عن زوجته أربعة أشهر.[1]

و ذهب المالكية إلى أنه إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة تتضرر منها، و كانت تتراوح بين سنة و ثلاثة سنوات و الراجح سنة سواء كانت الغيبة بذر و بغير عذر أرسل إليه القاضي إعلانا بأن يحضر إلى البلد الذي تقيم فيه زوجته أو ينقلها إلى البلد الذي هو فيه، إذا كان متواجدا في مكان يصل إليه ذلك الإعلان و إلا طلقها منه، كما قد يعطيه القاضي أجلا فإذا امتثل لأمره فلا تطليق، و إذا امتنع و انتهى الأجل و أصرت الزوجة على التطليق إستجاب إلى دعواها.

و عليه نخلص إلى القول أنه إذا كان الزوج في مكان مجهول أو لا يصل إليه الإعلان فإن القاضي يطلق الزوجة دون إمهال لعدم جدوى التأخير، فأساس التفريق بين الزوجين هو الضرر الذي يصيب الزوجة لذا يجب على القاضي دفعه فلا ضرر و لا ضرار في الإسلام.

---

[1] - **"الدكتور فضيل سعد" كمرجع سابق صفحة 281-282.**

ثانيا: الموقف التشريعي:

من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها ما تضمنته الفقرة الخامسة من المادة (53)من قانون الأسرة و ذلك بنصها:"...الغيبة بعد مضي سنة دون عذر و لا نفقة..."

و الغائب حسب نص المادة (110) من قانون الأسرة هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة على أن يسبب غيابه ضررا للغير.

و من تحليل مضمون الفقرة الخامسة من المادة(53) من قانون الأسرة و الوارد ذكره أعلاه، يتضح بأنه لا يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة الحكم لها بالتطليق إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

1/ أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل بدءا من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى، في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمض على غيابه رفع الدعوى في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمضي على غيابه هذه المدة التي يجري حسابا عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية، و لكن القانون الجزائري لم يحدد هذه الكيفية و جرى العمل بالإعتماد على السنة الميلادية أخذا بموقف الإمام مالك الذي جعل مدة الغيبة بين سنة و ثلاث سنوات.

2/ أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج بدون عذر شرعي كما لو سافر لمجرد السفر و لم يعد، و يختلف الأمر لو غاب سنة أو أكثر من أجل إتمام دراسته أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقاءه في الخارج لمدة تفوق السنة، أو لأي سبب جدي آخر، فإن طلب الزوجة التطليق في هذه الحالات يكون مصيره الرفض.

3/ أن يغيب عنها و لا يترك لها نفقة، خلال مدة غيابه، و هذه الحالة يقدرها القاضي، و يتأكد منها بجميع الطرق، حيث ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب، و البلد الذي يتواجد به و الوضعية التي آل إليها خلال الغياب و الإجراءات الإدارية و الظروف السياسية المحيطة به، و ما إذا كان التحويل النقدي ممكنا، فإن كانت وضعية الزوج المالية حسنة و له مصادر في الداخل دون أن يترك للزوجة ما ينفقه فإن القاضي يحفظ مصير الأسرة، و متى رفعت إليه طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد

من مصادر النفقة و يحكم لها بأخذ النفقة من ماله الموجود بحوزتها أو تحت حيازة الغير، و تكون الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل.

إن المشرع الجزائري باستعماله "محل الإقامة" لم يكن دقيقا لتوضيح ما إذا كان يقصد با نفس البلد أو بلد أجنبي، فإذا كان الغياب مثلا داخل الوطن بأن وجد الزوج في تمنراست و الزوجة في سيدي بلعباس بدون نفقة، فهذا التطليق يجب أن يؤسس على الضرر لا على الغياب. و يعاب عليه أيضا أنه لم ينص على الفقدان كسبب من أسباب طلب التطليق.

فالمفقود غائب و حياته مجهولة، و لهذا يكون لزوجته ما يكون لزوجة الغائب، و الذي عرفته المادة (109) من قانون الأسرة على أنه:"الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، و لا تعرف حياته أو موته، و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم" إذ يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، أما في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي هذه المدة، و هو مستنبط من رأي المالكية الذين اعتمدوا التقسيم الخاص الذي نبينه فيما يأتي:

أولا: إذا فقد في حالة السلم في دار الإسلام فإن زوجته تؤجل أربع سنوات ثم تعتد عدة وفاة، و تحل للأزواج بعدها، إن دامت نفقتها من ماله، و إلا طُلقت لعدم النفقة.

ثانيا: إذا فقد في دار الشرك كالأسير لا يعلم له خبر، فإن زوجته تبقى مدة التعمير، أي موت أقرانه متى يغلب على الظن عندها موته ثم تعتد عدة وفاة، و تحل للأزواج، و قد رأوا ذلك ببلوغه السبعين و قيل الثمانين و قيل غير ذلك، إن دامت نفقتها من ماله و إلا طلقت عليه.

ثالثا: إذا فُقد في حالة حرب بين طائفتين من المسلمين فإنها تعتد عقب انفصال الصفين و خفاء حاله، و تحل بعدها للأزواج.

رابعا: إذا فُقد في حرب بين طائفة مؤمنة و أخرى كافرة، فإنه يكشف عن أمره ويسأل عنه، فإن خفي حاله أُجلت زوجته سنة ثم اعتدت للوفاة، ثم حلت للأزواج[1].

لكن ما الحكم إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته؟

- إذا كانت زوجته لم تتزوج غيره بعد عدتها فهي له، و إن تزوجت غيره، فإن كان الزواج غير صحيح، أو كان الزوج الجديد يعلم بحياة الأول فكذلك، و إن كان الزواج صحيحا، و لا يعلم الزوج الثاني بحياة الأول فهي للثاني إن دخل بها عند الجمهور و إلا فهي للأول أيضا[2]

وفي إطار تربصنا الميداني بمحكمة مقر المجلس بسيدي بلعباس عاينا صدور حكم بتاريخ 2004/04/13 –قسم الأحوال الشخصية- قضى بتطليق المدعية من المدعى عليه بسبب غياب هذا الأخير عنها مدة تفوق السنة تاركا إياها وابنتها بدون نفقة وفقا للفقرة الخامسة من المادة (53) ، جاء فيه ما يلي :

"حيث أن المحكمة سعت لإصلاح ذات البين بجلسة 2004/03/30 إلا أن محاولتها باءت بالفشل إذ أصرت المدعية على طلب التطليق.

حيث ثبت للمحكمة أن طلب المدعية الرامي إلى التطليق مؤسسا قانونا كون المدعى عليه سافر في شهر جوان 2000 إلى فرنسا تاركا إياها و ابنتها دون رعاية و لا نفقة لذا تستجيب له المحكمة."

المطلب الثاني: التطليق للعيوب

قد يوجد بأحد الزوجين عيبا بدنيا كان أو عقليا يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة، لا استقرار فيها نتيجة عدم إنجاب الأولاد، و قد اتفق الفقهاء المسلمون على أن المرأة إذا وجدت زوجها معيبا بعيب من العيوب، التي تحول دون تحقيق الهدف من الزوج ثبت لها الخيار بين الفُرقة و بين بقاء عقد النكاح.

---

[1] -"الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي"-كمرجع سابق-صفحة 360-361.

[2] -"الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي"-كمرجع سابق-صفحة 360-361

إذا كانت الحياة الزوجية تنبني أساسا على التآلف و التعاون و من أهدافها تنظيم العلاقات الجنسية و إنجاب الأولاد و بناء أسرة منسجمة، فإن هناك عيوبا و عللا و أمراضا تقضي عليها و تؤثر على مقاصد الزواج، و لذلك منح القانون للزوجة حق طلب التطليق بسبب وجود عيب في الزوج لم تعلمه قبل أو أثناء أو بعد عقد الزواج و هو السبب الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (53) من قانون الأسرة بقولها "...العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج...".

و المقصود بالعيب هو كل نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحقيق مقاصد الزواج و التمتع بالحياة الزوجية، الأمر الذي أُعطي معه للمرأة حق طلب التطليق.[1]

من هذا التعريف يتبين أن كل عيب في أحد الزوجين له تأثيره على مسار الرابطة الزوجية لدرجة أنه قد يؤدي إلى حلها، فقد ثبت في السنة النبوية الشريفة رواية عن الإمام أحمد في مسنده أن الرسول -صلى الله عليه و سلم- تزوج امرأة من بني غفار و لما دخل عليها وضع ثوبه و قعد على الفراش أبصر على كشحها بياضا و هو مرض جلدي فأنحاز على الفراش، ثم قال:خذي ثيابك، و لم يأخذ مما أتاها شيئا".

و في الموطأ عن عمر -رضي الله عنه- أنه قال:"أيما امرأة غُر بها رجل، بها جنون أو جذام[2] أو برص[3] فلها المهر لما أصاب منها و صَداق الرجل على من غره".

أما في شأن ثبوت حق التطليق للعيب، فقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة و الإمامية على التفريق للعيوب التناسلية التالية:

---

[1]-"المستشار عمر و عيسى الفقي"-التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين-المكتب الفني للموسوعات القانونية-مطبعة المجموعة المتحدة سنة 1998 صفحة38.

[2]- الجذام هو داء معروف بتجذم الأصابع و تقطعها، و رجل أجذم و مجذم نزل به الجذام و قد جذم الرجل بضم الجيم فهو مجذوم، و في حديث الرسول –صلى الله عليه و سلم-"من تعلم القرآن ثم نسيه لقي الله يوم القيامة و هو أجذم" قال أبو عبيد "الأجذم مقطوع اليد".(من لسان العرب لابن منظور)

[3]-البرص داء معروف نسأل الله العافية منه و من كل داء، و هوم بياض يقع في الجسد برص برصا و الأنثى برصاء. (من لسان العرب لابن منظور)

الجب[1]، العنة[2]، و الخصاء (و هو مقطوع الخصيتين)، و لكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك من العيوب و هذا ما سنتطرق إليه بنوع من التفصيل متعرضين للموقفين: الفقهي و التشريعي و ما توصل إليه الإجتهاد القضائي.

أولا : الموقف الفقهي

اتفق علماء الحنفية على أنه لا خيار للزوج في فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقا، و اختلفوا في الخيار بعيوب الزوج, فقال "أبوحنيفة" و "أبويوسف":لا فسخ إلا للعيوب التناسلية الثلاثة و هي الجب، العنة و الخصاء لأنها غير قابلة للزوال، فالضرر فيها دائم و لا يتحقق معها المقصود الأصلي للزواج[3].

و شروطهم في ذلك:

- ألا يكون الزوج قد وصل إلى الزوجة، فإن وصل لها و لو مرة واحدة في العمر لم يثبت لها حق طلب التطليق.
- ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت النكاح، فإذا كانت على علم به لم يثبت لها حق طلب التطليق.
- ألا ترضى بالعيب بعد علمها به، فإذا علمت و رضيت، ليس لها طلب التطليق بشرط أن تعلن رضاها صراحة، فالسكوت هنا لا يعبر عن رضاها.

---

[1]- جبه، يجبه و جبابا والمجبوب الخصي الذي قد استؤصل ذكره و خصياه، و قد جب جباً فالمجبوب أي مقطوع الذكر (من لسان العرب لابن منظور)

[2]- العنة و هو ما تقدم كأنه اعترضه ما يحبسه عن النساء، و امرأة عنينة لاتريدالرجال و لا تشتهيهم و العنين الذي لا يأتي النساء و لا يريدهم ((من لسان العرب لابن منظور)

[3]-"الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي "–كمرجع سابق صفحة 339.

- ألا يكون في الزوجة عيب مانع من الإتصال الجنسي فإن كان با عيب، فلا حق لها في طلب التفريق لأن الإضرار هنا غير متوافر باعتباره أساسا لطلب ذلك.[1]

و ذهب الشافعي و أحمد إلى أن العيوب التي يجوز للزوجة أن تطلب الفسخ بسببها هي الجب، العنة، الجنون، الجُذام و البرص، فإذا كان بزوجها واحد من هذه العيوب كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي و تطلب منه فسخ النكاح.

أما المالكية فقد اعتبروا التفريق للعيوب طلاقا لا فسخا و وافقوا الإمامين أحمد و الشافعي في تلك العيوب، غير أنهم زادوا عيوبا أخرى مفصلة في كتبهم.[2]

---

[1]- "الدكتور أحمد كمال إمام"- كمرجع سابق- صفحة 109.

[2]- "الأستاذ عبد الكريم شهبون"- مدونة الأحوال الشخصية المغربية- الجزء الأول- الطبعة الثانية- دار النشر المعرفة- الرباط- صفحة227- 228.

أما الإمامية فقد ذهبوا إلى تعداد العيوب بإحدى عشر عيبا، أربعة في الرجل و هي:الجنون، و الخصاء و العنة و الجب، و سبعة في المرأة هي :الجنون، الجذام، البرص، القُرن[1]- الإفضاء، العمى و المرج[2].

و قال بن قيم الجوزية في زاد المعاد:"إن القياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه و لا يحقق مقصود النكاح يوجب الخيار"[3]

و قد نقل عن "الزهري" أنه قال:"يرد النكاح من كل داء عضال" و هذا رأي أبي ثور و شريح.

و قال الظاهرية:"لا خيار للزوج و للزوجة إذا وجد أحدهما في صاحبه عيبا من العيوب، جذاما أو برصا أو قرنا أو غيرها حدث قبل العقد أو بعده". [4]

ثانيا: الموقف التشريعي :

لقد أباح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للعيوب، إلا أنه لم يعرف المقصود بالعيب و لم يبين نوعه، أهو عيب جنسي أو غير ذلك، بل وصفه بأنه كل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و اعتمد بذلك عبارة فضفاضة و عامة وردت في الفقرة الثانية من المادة(53) من قانون الأسرة دون أن يذكر أي عيب من العيوب و لو على سبيل المثال و اكتفى باعتماد معيار موضوعي لتحديدها و هو أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج[5]. و حسنا ما فعل المشرع باعتبار العيوب و العلل و الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة و متنوعة و من الصعب حصرها، و يخرج من عدادها-حسب مفهومه- كل ما لم يكن عائق في تحقيق أغراضه سواءا كان العيب عقليا أو ماديا.

---

[1]- القُرن شبيه بالعلفة و هو نتوء في الرحم (من لسان العرب لابن منظور)

[2]-الفساد و الخلط(من لسان العرب لابن منظور)

[3]-"الأستاذ عبد الكريم شهبون"- كمرجع سابق-صفحة228.

[4]-"الأستاذ عبد الكريم شهبون"- كمرجع سابق

[5]-"الدكتور فضيل سعد"- كمرجع سابق- صفحة275-276.

و عليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا بزوجها لم يكن معلوما قبل الزواج أو اطلعت على مرض أصابه بعد الزواج من شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية مثل الخصاء و العنة أو من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد مثل مرض العقم أو من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها و الإشمئزاز منه أو الخوف من آذاه، و خطورة تصرفاته مثل أمراض الجذام و البرص و غيرها من الأمراض الخطيرة المعدية و الدائمة كالجنون و الصرع المستمر، فإنه من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بالتوجه إلى القضاء لطلب التطليق من زوجها المريض[1].

و في هذا الإطار صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 جاء فيه:"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، 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 استوجب رفض الطعن"[2].

إن طلب الزوجة التطليق بسبب عيب في زوجها و استجابة القاضي لها معلقان على كون العيب ناتجا عن مرض مستمر و دائم لا يتوقع شفاؤه، أما إذا كان مرضه من الأمراض التي يمكن علاجها و الشفاء منها خلال أجل يراه الأطباء معقولا لا يتجاوز الشهور فإنه يكون على الزوجة أن تصبر مع زوجها و إذا تقدمت بطلب التطليق فإنه على المحكمة أن تمهله أجلا لمواصلة العلاج أملا في شفائه، كما يمكن تمديده مرة أو مرتين، و عند اليأس يحكم لها بالتطليق من الزوج العليل.

و إذا كان المرض الذي أصاب الزوج ليس من شأنه الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج مثل ما يصيب الزوج جراء حادث مرور و يمنعه من الحركة أو الصرع الطارئ المتقطع الذي يأتي الزوج حينا و يتركه أحيانا، فإنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق بسببه لأن مثل هذا المرض لا يحول دون تحقيق الغرض من الزواج.

---

[1]-الأستاذ"عبد العزيز سعد"-كمرجع سابق- صفحة 261.

[2]-الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة2001- صفحة119.

و يطرح التساؤل بشأن المدة التي تنتظرها الزوجة لطلب التطليق للعيب و في هذا اختلف الفقهاء المسلمون، فقال مالك والشافعي أن مرور مدة من الزمن على سكوتها يسقط حقها في طلب التطليق، لأنه بمثابة الرضى الضمني بالعيب الموجود، أما الإمامين أبو حنيفة و أحمد فيشترطان الرضى الصريح، و في هذا لم يحدد المشرع الجزائري مدة معينة يسقط خلالها حق الزوجة في طلب التطليق، بل أباح لها أن ترفع دعواها التي يجب قبولها متى توافرت الشروط التالية:

1. أن ترفع دعوى التطليق.
2. أن يتأكد وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار دون أن يرتبط ذلك بزمن معين.[1]

و هذا الموقف أسلم من اعتبارها راضية ضمنا لأن مجرد رفع الدعوى يعتبر رفضا و متى حصل ذلك كان البقاء بعده ضررا وجب رفعه، و بالتالي الإستجابة لطلبها، فإن تنازلت عنه صراحة أمام القضاء، فلا يحق لها أن تطلب التطليق لنفس العيب مرة أخرى إلا لسبب آخر غير العيب الذي تنازلت عنه، لأن مدة سكوتها قد تتطلبها طبيعة المرض، كما لو كان الظن يغلب على شفائه منه، فانتظرته.[2]

إلا أنه يؤاخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد صراحة مهلة معينة يمنحها للزوج المصاب من أجل العلاج.

هذا و يلاحظ عمليا أنه إذا وجد عيب بالزوج و طلبت على إثره الزوجة التطليق، فإن القاضي يؤجل الحكم بالتطليق إلى مدة معينة معلومة لا تتجاوز السنة، إذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/11/19 " تحت رقم 437841 متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، و أن الإجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها، وبعد انتهائها فإن لم

---

[1] -الدكتور "فضيل سعد" -كمرجع سابق- صفحة276-277.

[2] -الدكتور "فضيل سعد" كمرجع السابق صفحة 277.

تتحسن حالة مرضه، حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية"[1].

كما جاء في ذات القرار أنه "إذا كان من الثابت أن قضاة الإستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية و اعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جنسيا تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، و الحال أن الإجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها، فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا به، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن".

كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق:

يثبت العيب بكافة الأدلة و الوسائل القانونية الممكنة مثل شهادة الشهود و الشهادات الطبية المعتمدة و ذلك سواءا تعلق الأمر بوجود المرض أو بخطورته على الحياة الزوجية و على الزوجة نفسها، كما يجوز للقاضي أن يأمر بعرض الزوج المدعى عليه على طبيب خبيرمن تلقاء نفسه إذا كانت الزوجة قد عجزت عن إثبات ذلك بالوسائل الأخرى، و كان القاضي لا يستطيع الوصول إلى معرفة الحقيقة بغير ذلك ثم يصدر حكمه بالتطليق أو برفضه حسب ما هو موجود بين يديه من دلائل و حجج.

و تجدر الملاحظة أن السيدا يعتبر من الأمراض الحديثة التي تبيح طلب التطليق.

المطلب الثالث :الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها جزائيا

انتهينا فيما سبق إلى أنه يحق للزوجة طلب التطليق في حالة إخلال الزوج بالتزاماته الزوجية و العائلية، لاسيما ما يتعلق منها بالجانب المادي و ما يترتب عنه من أضرار للأسرة ككل كالنفقة،

---

[1]- القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 43784- غرفة الأحوال الشخصية - المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثالث- صفحة79.

و كذا الحال إذا تعلق الأمر بوجود عيب بالزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، قد تلحق أيضا بالزوجة أضرارا معنوية بسبب سلوكات و تصرفات زوجها، كارتكابه لإحدى الجرائم المعاقب عليها شرعا و قانونا يهتز لها كيان الأسرة و تؤدي إلى خلق جو من التوتر و التنافر و عدم الإنسجام، و تؤثر على استقرار الحياة الزوجية و استمرارها. فهل يحق للزوجة تبعا لذلك طلب التطليق؟

هذا ما سنتناوله ضمن هذا المطلب في فرعين نتعرض في الأول إلى التطليق للحكم بعقوبة شائنة مقيدة للحرية، و في الثاني إلى التطليق لارتكاب فاحشة مبينة، على النحو التالي :

االفرع الأول: التطليق للحكم بعقوبة مقيدة للحرية.

قد يرتكب الزوج جريمة يعَاقب عليها القانون، فتتضرر زوجته خاصة و أن من العقوبات ما يرغمها على انتظاره السنين الطوال، و هذا ما ينافي مقاصد التشريع، فهل يعتبر حبس الزوج سببا مبررا لطلب الزوجة التطليق؟

للإجابة على هذا التساؤل نتطرق إلى الموقفين: الفقهي و التشريعي و ما توصل إليه الإجتهاد القضائي في هذا الإطار.

أولا: الموقف الفقهي:

لم يجز الجمهور التفريق لحبس الزوج أو اعتقاله أو أسره مهما طالت المدة سواء كان مكانه معروفا أم لا، كونه غائب معلوم الحياة و له عذر.

في حين ذهب "المالكية" إلى جواز التفريق لحبس الزوج إذا طلبت زوجته ذلك، و ادعت الضرر بعد سنة من حبسه، لأن هذا الأخير غياب و هم يجيزون التفريق للغيبة سواء كان ذلك بعذر أم بغير عذر، فإذا كانت مدة الحبس سنة فأكثر جاز للزوجة طلب التفريق من القاضي الذي يفرق بينهما بدون كتابة للزوج أو إنذار و في هذه الحالة تكون الفُرقة طلاقا "بائنا".

بينما ذهب الإمام "ابن تيمية" في فتاويه إلى هذا القول في امرأة المفقود و هو بذلك يقترب من الفقه المالكي.

ثانيا: الموقف التشريعي:

إن من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها، هو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (53) و التي جاء فيها :"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية...".

و عليه يتبين من تحليل ما تضمنته هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد أباح للزوجة حق طلب التطليق بسبب حبس الزوج لأكثر من سنة، و هذا دفعا للضرر الذي قد يلحقها جراء غيابه عنها و وفقا لأحكام هذا النص لابد من توافر شروط سنبينها فيما يلي:

1. الحكم بعقوبة شائنة:

يقصد بالعقوبة الشائنة تلك الأفعال المعاقب عليها و التي تشمئز لها النفوس، و تأباها الأخلاق، و أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء و ما يعاب على الفقرة الرابعة من المادة (53) من قانون الأسرة أنها جاءت بصياغة رديئة، بحيث وصفت عمل القاضي بالشائن متناسية في ذلك الفعل المجرم المرتكب من قبل الزوج، في حين كان على المشرع أن يصفها على النحو التالي:"الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنة عن أفعال شائنة..." هذا من ناحية، و من ناحية أخرى فإن لفظ شائنة في حد ذاته غير سليم، فلو كان واردا في صيغته الدالة على المبالغة لكان أفضل فيقول "مشينة" لأن الأفعال ليست هي التي تقوم بإصدار وصف "الشين"على نفسها و على العقوبة و إنما هي محكوم عليها بذا الوصف.[1]

[1] -"الدكتور فضيل سعد"-كمرجع سابق صفحة 289.

ضف إلى ذلك يطرح التساؤل حول المقصود بالعقوبة "الشائنة"فهل حددها قانون العقوبات تحت هذا الوصف أم حددتها الشريعة الإسلامية؟ و ما هو المعيار الذي يمكن اعتماده من طرف القاضي ليصل به إلى اعتبار الجريمة شائنة أو غير ذلك و من ثمة يقبل طلب التطليق أو يرفضه؟

لقد حدد قانون العقوبات الجرائم و العقوبات المقررة لها و جعل بعضها جرائم أخلاقية تتعلق بالآداب العامة و النظام العام و البعض الآخر يتعلق بالأشخاص أو الأموال، فأين وصف الشين في كل ما سبق؟ و هل يتعلق بجميع هذه الأصناف أم يخص فقط الجرائم الأخلاقية؟

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجدها اعتبرت جريمة "الزنا" فعلا شائنا مصداقا لقوله تعالى:"لا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة و مقتا و ساء سبيلا"

لكن قانون العقوبات جرم فعل الزنا المرتكب من قبل أحد الزوجين و هكذا يصبح نص الفقرة الرابعة المذكورة أعلاه يتضمن فكرة مرنة تسمح للقاضي أن يدخل ما يشاء من الأفعال تحت هذا الوصف "الشين".

2. أن تكون العقوبة مقيدة للحرية:

يشترط القانون أن تكون العقوبة سالبة للحرية، و يتم تنفيذها دون الإستفادة من منحة العفو كليا أو جزئيا، أما إذا حكم على الزوج بعقوبة موقوفة التنفيذ لمدة أكثر من سنة أو سبق له أن أُودع الحبس المؤقت، فالعقوبة في هذه الحالة غير سالبة للحرية و لا تصلح أن تكون سببا لطلب التطليق حسب مفهوم هذه الفقرة.

و تجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يبين طبيعة الحكم القاضي بالعقوبة إن كان نهائيا أم لا، على خلاف القانون المصري الذي جعله نهائيا.

3. أن تكون العقوبة لمدة أكثر من سنة :

يجب إثبات صدور حكم قضائي ضد الزوج يشتمل على عقوبة الحبس أو السجن لمدة تفوق السنة، حتى يتسنى للزوجة طلب التطليق فلو كانت مدة العقوبة تتراوح بين الشهر و إحدى

عشر شهرا فلا يجوز لها أن تطلب ذلك، و هذا لعدم توافر المدة المحددة قانونا، رغم توافر الأوصاف الأخرى في الفعل المعاقب عليه، لأن تعبير المشرع في المادة (53) للفقرة الرابعة من قانون الأسرة "لمدة أكثر من سنة" يفيد أن سنة كاملة قد لا تسمح برفع طلب التطليق.

4. أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة:

إن المشرع باستعماله لعبارة "العقوبة الماسة بشرف الأسرة" قد عمم الوصف و جعل معياره غير دقيق، كما هو الحال بالنسبة لما أسلفنا ذكره بمناسبة تطرقنا للشرط الأول و المتمثل في كون العقوبة شائنة و بالتالي فإن الجرائم و العقوبات التي تمس بشرف الأسرة، يصعب علينا حصرها في عدد معين، لدرجة يمكن معها القول أن معظم العقوبات التي تسلط على الزوج بسبب ارتكابه جريمة من الجرائم هي عقوبات تتضمن هذا الوصف لاسيما جريمة الزنا و الفاحشة بين المحارم. و بالتالي تبقى للقاضي دوما السلطة التقديرية في اعتبار أية جريمة ماسة بشرف الأسرة أو غير ذلك.

5. أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية:

لقد بالغ المشرع الجزائري في استعماله لمصطلح "الإستحالة" إذ أن الحكم على الزوج بعقوبة شائنة مقيدة للحرية و لمدة تفوق السنة و فيها مساس بشرف الأسرة، لا يؤدي حتما إلى استحالة مواصلة الحياة الزوجية، و إنما قد يخلق جوا من التوتر يصعب معه استمرار الحياة بين الزوجين، لذا أعطي للزوجة حق طلب التطليق و للقاضي في ذلك السلطة التقديرية الكاملة، مستعينا بالمعيار الموضوعي لتقدير درجة التوتر و الضرر ومدى إمكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها لقبول طلب الزوجة أو رفضه.

و كما أسلفنا القول يجب أن يقضي الحكم بعقوبة مقيدة للحرية و نافذة، و هذا أمر منطقي لارتباط الحبس بغيبة الزوج، و إلا فلا مبرر لطلب الزوجة التطليق عندما تكون العقوبة موقوفة التنفيذ، و هذا ما نعيبه على المشرع الجزائري الذي لم يحدد نوع العقوبة بدقة.

وفي إطار تربصنا بمجلس قضاء سيدي بلعباس عاينا صدور قرار عنه بتاريخ 2004/05/25 قضى بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه بسبب الحكم عليه بعقوبة شائنة مقيدة للحرية المتمثلة في إدانته من مجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2001/10/14 بجرم المتاجرة بالمخدرات 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 ، والحكم من جديد بتطليقها من المستأنف عليه طبقا للفقرة الخامسة من المادة (53) من قانون الأسرة.

و حيث أن هذه العقوبة مشينة تمس بالشرف فإن طلب المدعية يكون مؤسسا لاستحالة العشرة في هذه الحالة، ومن ثمة إلغاء الحكم المستأنف فيه المؤرخ 2000/04/23 و من جديد الحكم بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه طبقا للمادة (53) فقرة 4 من قانون الأسرة، و الأمر بتسجيل هذا القرار على هامش وثائق الحالة المدنية للطرفين".

الفرع الثاني : التطليق لارتكاب فاحشة مبينة

يمكن تعريف الفاحشة من خلال تحديد مدلولها اللغوي الشائع و كذا ما ورد في القرآن الكريم.

فنقول مثلا عن الأمر أنه فاحش، إذا زاد عن الحد المعقول و نقول عن الخسارة أنها فاحشة إذا كانت كبيرة، فيصبح معنى الفُحش هو الزيادة المبالغ فيها، فنقول خسر فلان في الصفقة خسارة فاحشة و تعرض الآخر لغبن فاحش في قسمة التركة ...إلخ.

و في غياب آراء الفقهاء بذا الشأن، لا يبقى لنا سوى الإستدلال بخير دليل و هو ما ورد في القرآن الكريم من آيات عدة، تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة إخلالا كبيرا، و من ذلك قوله تعالى: **{ وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاء سَبِيلاً}**[1] و قال أيضا: **{وَلاَ تَنكِحُواْ مَا**

[1] **-سورة الإسراء الآية 32.**

نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتاً وَسَاء سَبِيلاً }[1] يصف ما كان يرتكبه الناس في الجاهلية من الأخطاء التي تمس صلب النظام الإجتماعي بعد أن حرم العودة إلى مثل هاته الأفعال و قد حدد الله تعالى طبيعة الفاحشة بأنها متعلقة بخطورة الفعل في حد ذاته لا من حيث سريته و علانيته و حرم إتيانه حتى لو أخفاه صاحبه عن الناس مصداقا لقوله تعالى **{قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَن تُشْرِكُواْ بِاللّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَاناً وَأَن تَقُولُواْ عَلَى اللّهِ مَا لاَ تَعْلَمُونَ }**[2] و بناءا عليه فعندما ترفع الزوجة طلب التطليق لارتكاب زوجها الفاحشة فعلى القاضي ألا يستجيب لطلبها إلا بعد أن يتأكد من انطباق هذا الوصف على الفعل المرتكب و المؤسس عليه الدعوى و ذلك اعتمادا على ثلاثة أمور أساسية تكون المعيار الذي يقاس به الفعل و يكيف على ضوئه ما إذا كان فاحشا أو غير ذلك:

---

[1] - سورة النساء الآية 22

[2] - سورة الأعراف الآية33

1. **نظرة الدين إلى الفعل :**

يعتبر في نظر الدين فاحشة كل فعل من الكبائر كالشرك بالله أو عصيان الوالدين أو الزنا أو الفواحش بين المحارم سواء ظهرت للناس أم لم تظهر.

2. **مقتضى العقل السليم :**

و مفاده أن العقل يرفض الإنحراف و يفر من الخطأ معتمدا في أحكامه هذه على القواعد الإسلامية و العرف و ظروف المجتمع.

3. **الإرادة الإجتماعية:**

القاضي ابن بيئته، فيبني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات و تقاليد و قيم و أعراف و ثقافات و على نحو يطابق كتاب الله و سنة رسوله –صلى الله عليه و سلم- و بالتالي فكل فعل تستنكره القيم الإسلامية و أخلاق المجتمع العربي، يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التطليق[1]

أولا: الموقف التشريعي :

نصت الفقرة السابعة من المادة (53) من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة، و هي حالة يوشك المشرع الجزائري أن ينفرد بالنص عليها، دون سواه من قوانين البلاد العربية الإسلامية الأخرى.

هذا و يلاحَظ أن هذه الفقرة تشملها الفقرتان الرابعة و السادسة من ذات المادة و استنادا إلى الآيات الكريمة المذكورة أعلاه، يتبين أن المقصود بالفاحشة في هذه الفقرة هو فعل الزنا.

---

[1] -"الأستاذ فضيل سعد" -كمرجع سابق –صفحة 299.

و هناك من يرى أن المقصود بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم و المنصوص عليها بالمادة (337) مكرر من قانون العقوبات، و قد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في ذات القانون و منه فهو في غير حاجة إلى إعادة ذكر ما يَعَد فاحشة ضمن قانون الأسرة، باعتبار كلا القانونين صادرين عن نفس المشرع لكن يثور التساؤل بالنسبة لجريمة الزنا فيما إذا كانت تدخل ضمن الفواحش أم لا؟

و باعتبار أن قانون العقوبات لم يدرج جريمة الزنا ضمن الفواحش بل الشريعة الإسلامية هي من اعتبرتها كذلك، فما هو القانون الواجب التطبيق لما تعرض المسألة على القاضي؟ فهل يطبق الشريعة الإسلامية أم النصوص التشريعية؟

بالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني، نجدها تنص على ما يلي:"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"

و طبقا لمبدأ تدرج القوانين فإن القاضي ملزم بتطبيق القانون أولا قبل اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

كما خص المشرع الجزائري جريمة الفاحشة بحكم خاص، فلم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية، و لمدة تفوق السنة، بل اشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش مهما كانت العقوبة و لو لمدة تقل عن السنة، و لو كانت غير سالبة للحرية،فيحق للزوجة أن تطلب التطليق[1].

و حسنا ما فعل المشرع لما أتاح للزوجة حق طلب التطليق إذا تعلق الأمر بارتكاب الزوج لفاحشة مبينة دون حاجة لاستصدار حكم يقضي بإدانة هذا الأخير.

---

[1] -"الأستاذ عمر زودة" –طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها- الصفحتين 54-55

بعد أن تعرضنا لكافة الأسباب التي أوردتها المادة (53) من قانون الأسرة يمكن القول أنه يبدو لأول وهلة أن المشرع جاء بها على سبيل الحصر، إذ لا يمكن للزوجة أن تؤسس طلبها للتطليق إلا على أحدها و ذلك ما ورد بالقرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1987/01/12 تحت رقم 43864، الذي جاء فيه "من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها و من غير أن تثبتها بأدلة و حجج تقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية. و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها أقامت دعوى بدف تطليقها من زوجها بناءا على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية و حكموا دون دليل.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1]

لكن عبارة "كل ضرر معتبر شرعا" الواردة بالفقرة السادسة من ذات المادة توحي أن هذه الأسباب ذكرت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، نظرا لطابعها العام و الشامل، و بذلك تبقى للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في الموضوع يوظفها بحسب ظروف و خصوصيات كل حالة .

المطلب الرابع: التطليق للضرر:

أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة و لا أن يؤذها بالقول، و هذه مبادئ قررها الإسلام، فقد قال عز وجل : **{ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ }**[2] و قوله كذلك: **{وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}**[3]

لكن مع هذا جعل الإسلام للزوج الحق في تأديب زوجته فله ولاية تأديبها إذا خالفته و لم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعا، و لكن إذا تجاوز هذا التأديب حده على نحو يسيء للزوجة و يؤذيها في

---

[1]-القرار الصادر بتاريخ 1987/01/12 ملف رقم 43864 المجلة القضائية لسنة 2001 العدد 91 الصفحة 46.

[2]-سورة البقرة الآية 228.

[3]-سورة النساء الآية 19.

المعاشرة بالقول أو بالفعل بأن كان يضربا ضربا مبرحا، أو يشتمها أو يحملها على فعل غير مباح شرعا، فهل يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة التطليق في مثل هذه الأحوال؟

ذلك ما سنتناوله تفصيلا متعرضين لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذه المسألة، لنمر بعدها إلى موقف المشرع منها، و ننتهي في الأخير إلى ما توصل إليه الإجتهاد القضائي بشأنها. لكن قبل ذلك وجب علينا معرفة المقصود بالضرر، وما هي المعايير المعتمدة لتقديره؟

الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، و هو كل ما يجاوز حق التأديب المباح شرعا، و لا تقدر الزوجة الصبر عليه، و يستحيل معه دوام العشرة الزوجية.

أما معيار تقدير تضرر الزوجة فهو معيار شخصي يختلف من امرأة لأخرى، باختلاف البيئة و الثقافة و العمل و الوسط الإجتماعي، و لا يشترط تكراره، إذ يكفي أن يتسبب فيه الزوج و لو لمرة واحدة، و كل ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع.

أولا: الموقف الفقهي:

انقسم بذا الشأن إلى اتجاهين نعرضهما فيما يأتي:

الرأي الأول:

يرى الحنفية والجعفرية و الشافعية و الظاهرية والشيعة الإمامية و رواية للحنابلة أن المرأة ليس لها الحق في طلب التطليق من زوجها حتى و لو طلبت ذلك بسبب إيذائها بالقول أو بالفعل و معاملتها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، و على القاضي أن يأمر الزوج بحسن المعاشرة و الإحسان في المعاملة، فإن لم يمتثل عاقبه تعزيرا بحسب ما يراه كافيا لزجره حتى يمسكها بالمعروف، و قد بنوا رأيهم هذا على ما فهموه من قوله تعالى: [1] **{ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً}**

---

[1]- **سورة النساء الآية 35.**

فالضرر الحاصل للزوجة يمكن تداركه و إزالته بتعزير الزوج، و عدم إجبارها على طاعته، فلا يعد الطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله طريقا لإزالة الضرر عنها، فلا يلجأ إليه.

الرأي الثاني :

يرى المالكية أن الزوج إذا تعدى على زوجته بالضرب و نحوه كالإكراه على فعل أمر حرام، أو كان يضارها بالهجر أو الشتم و رفعت أمرها للقاضي و أثبتت تعديه، كان لها أن تطلب منه تأديبه و زجره للكف عن إيذائها و ذلك بالسبل التي يتخذها الزوج مع زوجته حين تمتنع عن طاعته بأن يعظه إن رأى القاضي ذلك مجديا، فإن لم تجد العظة أمرها بهجره، فإن لم تفد ضربه، هذا إن اختارت البقاء معه[1] و إذا ادعت الضرر و تكررت شكواها و عجزت عن إثبات دعواها عين لها القاضي حَكَما من أهلها، و حَكَما من أهله، يسعيان للإصلاح بينهما، فإن عجزا عن ذلك، فأكثر فقهاء المالكية يجيزون طلاق الزوجة نظير مال تدفعه لزوجها، أما البقية فيجيزون تطليقها دون عوض.

فالضرر عند المالكية هو كل ما لا يجوز شرعا، و يثبت بالبينة التي يكفي فيها مجرد سماع الشاهد من بين النساء و الرجال في أن الزوج يضار زوجته،كما يثبت أيضا بالإقرار، و منهم من يعتمد فقط على قرائن الأحوال.[2]

ثانيا: الموقف التشريعي:

إذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع و أهداف عقد الزواج فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق، فقد جاء في نص المادة (53) فقرة سادسة أن للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:كل ضرر معتبر شرعا و لاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين(08 و 37).

---

[1]- الدكتور "رمضان علي السيد الشرنباصي" كمرجع سابق صفحة 364.

[2]- قال الشيخ "النفراوي" في فواكه الدواني في شرح رسالة ابن زيد القيرواني للمرأة التطليق بالضرر الثابت و لو بقول الأحوال.

و بذلك يكون المشرع قد أورد عبارة عامة و شاملة:"كل ضرر معتبر شرعا" ولم يتقيد بضرر معين تاركا للقاضي سلطة تقديرية و موضوعية مطلقة لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا التي تضطلع برقابة مسائل القانون دون الواقع، و حَسَنا ما فعل لأنه ما يعتبر ضررا بالنسبة لزوجة ما قد لا يكون كذلك في نظر أخرى، كما أن الضرر المعتبر شرعا في زمن ما لدى جماعة ما، قد لا يكون كذلك في زمن آخر و بالنسبة لجماعة أخرى، خاصة أن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر،و بذلك أمكن القول أن المشرع اعتمد معيارا شخصيا لتحديد الضرر اللاحق بالزوجة جراء تصرفات زوجها.

و إذا كان المشرع قد فتح المجال واسعا لتفسير معنى الضرر، إلا أنه خص من جهة أخرى المادتين (08) و (37) من قانون الأسرة، حيث جعل إخفاء الزوج عن زوجته الأولى زواجه بثانية سببا مبررا لطلب التطليق دون أن يحدد مدة أو أجلا لممارسة هذا الحق، و حبذا لو أن المشرع الجزائري حدد مهلة لتقادم دعوى التطليق في مثل هذه الحالة، حتى لا تتعسف الزوجة في استعماله.

هذا و نصت المادة (37) من قانون الأسرة المذكورة آنفا على حقين للزوجة هما: النفقة الشرعية و العدل بين الزوجات في حال تعددهن. فهل أراد المشرع بذلك تأكيد الفقرة الأولى من المادة (53) من قانون الأسرة المتعلقة بعدم الإنفاق كسبب لطلب التطليق، أم أنه أراد ربط المادة الثامنة من ذات القانون بما ورد في الفقرة الثانية من المادة (37) أي العدل بين الزوجات في حال تعددهن؟ و نعتقد أنه قصد هذه الأخيرة.

فضلا عن ذلك فإن عبارة "كل ضرر معتبر شرعا" واسعة يمكنها أن تستغرق كل الأسباب التي تضمنتها المادة (53) من قانون الأسرة كما يعتبر نشوز الزوج المنصوص عليه بالمادة (55)[1] من قانون الأسرة سببا لطلب الزوجة التطليق، و ذلك ما يدعمه القرار الصادر عن المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية- تحت رقم 648 181 بتاريخ 1997/12/23 جاء فيه: "و من المقرر أيضا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، و من المقرر أيضا أنه: في حالة الطلاق يحكم القاضي

[1]- تنص المادة (55) من قانون الأسرة على أنه :"عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، و بالتعويض للطرف المتضرر"

بالتعويض للطرف المتضرر، و لما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر، و تعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بـا، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة (55) من قانون الأسرة، قد طبقوا صحيح القانون، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

كيفية إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر:

لقد اعتنق المشرع الجزائري بذا الشأن المذهب المالكي، و يتجلى ذلك من خلال إتاحته للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة، لاسيما البنية و الإقرار، فإن عجزت عن إثبات ذلك، و عجز القاضي عن الصلح، عين للزوجين حكمين واحد من أهله و الآخر من أهلها للإصلاح بينهما، و هو ما نصت عليه المادة (56) من قانون الأسرة إذ جاء فيها:"إذا اشتد الخصام بين الزوجين وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج، و حكما من أهل االزوجة، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين".

و في ذلك صدر قرار عن المحكمة العليا تاريخ 1989/01/02 تحت رقم 51906 –غرفة الأحوال الشخصية- جاء فيه:"من المستقر عليه قضاء أن الشخص لا يقوم بإجراء لينتفع به غيره، و أن القاضي ملزم بالإعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة التي تقدم إليه، و يمنع عليه معاملة الخصم بما قد يكون في نيته، و إلا كان حكمه قد بناه على أمر غيبي و غير شرعي، و من ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد انتهاكا صريحا للقانون.

و لما كان من الثابت في -قضية الحال- أن الطاعن أقام دعواه طالبا فيها الحكم على زوجته الرجوع إلى بيت الزوجية فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم و القاضي برفض دعوى الطاعن، و قبول طلب الزوجة المتعلق بالتطليق، و الحكم بتطليقها فإنهم بقضائهم كما

---

[1]-القرار الصادر بتاريخ 1997/12/23 تحت رقم 181648 المجلة القضائية لسنة 1997 –العدد الأول- صفحة 49

فعلوا انتهكوا القانون و تجاوزوا سلطتهم، فدعوى الرجوع إذا لم ينتفع بها صاحبها لا تنقلب ضده، إلا في مسألة التعويض إذا كانت ظالمة، منتهكا بذلك قواعد التقاضي و خرج من العلم بالظاهر و دخل إلى العلم بالغيب، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

و قد صدرت عن المحكمة العليا أيضا عدة قرارات في شأن التطليق للضرر نذكر منها:

- القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 تحت رقم 75588، جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا و لاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة و لا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية و أخذت كل أثاثها منه و استحالت الحياة الزوجية، فإن القضاة لما حكموا طبقوا صحيح القانون. و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[2]

- القرار الصادر بتاريخ 1996/09/24 تحت رقم 139353و الذي جاء فيه:

"من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا.

و لما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب و أصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون.و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[3]

---

[1] - القرار الصادر بتاريخ 1989/01/02 تحت رقم 51906 - المجلة القضائية لسنة 1991 - العدد الأول - صفحة52

[2] - القرار الصادر بتاريخ1991/02/20 ملف رقم 75588 المجلة القضائية لسنة1993 العدد الرابع صفحة 78

[3] - القرار الصادر بتاريخ 1996/09/24 تحت رقم 139353 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني صفحة 66.

وفي هذا الصدد صدر حكم عن محكمة سيدي بلعباس بتاريخ 2004/08/10 قضى بتطليق المدعية من المدعى عليه بسبب الضرر اللاحق بها وفقا للفقرة السادسة من المادة (53) من قانون الأسرة، ألزم المدعي عليه بأدائه لها نفقة عدة قدرها عشرة آلاف دينار جزائري (000 10دج)، نفقة متعة قدرها ثلاثون ألف (000 30) دينار جزائري، و نفقة إهمال شهرية قدرها ثلاثة آلاف (3000) دينار جزائري يبدأ حسابا من تاريخ 2004/04/12 و لغاية تاريخ النطق بالحكم، كما قُضي بإسناد حضانة الولد "عز الدين" لأمه، جاء في حيثياته ما يلي:

حيث أنه بتاريخ 2004/04/27 سعت المحكمة لإصلاح ذات البين غير أن الزوجة أصرت على طلب التطليق.

و حيث ثبت للمحكمة أن المدعي أُحيل على محكمة الجنايات بتهمة محاولة القتل العمدي على المدعى عليها و أن القضية هي أمام غرفة الإتهام حاليا و كان المدعى عليه قد أقر بجلسة الصلح باعتدائه على المدعى عليه بالخنجر بسبب رفضها الرجوع إلى البيت.

و حيث ثبت للمحكمة إستحالة مواصلة العشرة الزوجية في هذه الظروف و قد ثبت اعتداء المدعي على المدعى عليها و هو ما يعد ضررا معتبرا شرعا يخول الحق في طلب التطليق.

المبحث الثالث الآثار المنجرة عن التطليق

بعد دراسة القاضي لدعوى التطليق المرفوعة من قبل الزوجة استنادا إلى أحد الأسباب المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة و بقبول طلبها يصدر حكمه بالتطليق.

لكن ماهي آثار هذا الحكم من الناحيتين الإجرائية و الموضوعية؟

هذا ما سنراه فيما يأتي، متناولين من الناحية الإجرائية طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في شأن التطليق، كما سنتناول بالدراسة و التمحيص توابع التطليق باعتبارها آثارا له من الجانب الموضوعي.

المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في شأن التطليق

الأصل أن جميع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم بصفة ابتدائية، قابلة للإستئناف طبقا لنص المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية إلا ما استثني بنص خاص.

و جاء في المادة (57) من قانون الأسرة أن الأحكام بالطلاق لا تقبل الطعن فيها بالإستئناف أمام المجالس القضائية إلا في جوانبها المادية لكنها لم تنص على أنها تصدر نهائية.

فماذا يقصد بأحكام الطلاق، و هل تندرج أحكام التطليق ضمنها ؟

لقد اختلفت آراء و وجهات نظر رجال القانون في مدى قابلية أحكام التطليق للطعن فيها بالإستئناف، و انقسموا في ذلك إلى فريقين، ينادي الأول بعدم جواز الطعن بالإستئناف في هذا النوع من الأحكام، بينما ينادي الثاني بقابليتها له، و لكل فريق منهما حججه و أسانيده و ذلك ما سنستعرضه تباعا فيما يلي:

الإتجاه الأول: عدم جواز الطعن بالاستئناف

أخذ أصحاب هذا الإتجاه بحرفية نص المادة (57) من قانون الأسرة، و بذلك فهم لا يجيزون استئناف الأحكام القضائية الصادرة بالتطليق، و لا يفرقون بين الأحكام الصادرة بالطلاق بناءا على الإرادة المنفردة للزوج و لا بالطلاق بالتراضي بين الزوجين و لا بالتطليق بطلب من الزوجة، و جعلوها كلها غير قابلة للإستئناف، مستندين في ذلك على المادة (48) من قانون الأسرة. التي نصت على أن الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب الزوجة في حدود ما ورد في المادتين(53 و 54) من نفس القانون.

و لهذا الرأي ما يدعمه في اجتهاد المحكمة العليا، إذ صدر عنها عدة قرارات في هذا المضمار اعتبرت فيها الأحكام بالتطليق غير قابلة للإستئناف و ذلك عندما قبلت الطعن فيها النقض مباشرة علما أن الطعن بالنقض لا يجوز إلا في الأحكام الصادرة عن المحاكم ابتدائيا و نهائيا تبعا لما تقضي به المادة (231) من قانون الإجراءات المدنية و ما قبول المحكمة العليا للطعن بالنقض مباشرة في أحكام التطليق سوى دليل يؤكد على أنها تعتبرها أحكاما نهائية.

و من قرارات المحكمة العليا بذا الصدد نذكر القرار الصادر بتاريخ1998/07/21 تحت رقم (2001/98) و الذي جاء فيه "عن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست الإجراءات الجوهرية و أن لفظ الطلاق أو التطليق يصدر دائما نهائيا" وهو الاتجاه الذي تبناه قضاة محكمة مقر المجلس بسيدي بلعباس ويتبين ذلك من خلال الفصل في قضايا التطليق، من بينها :

الحكم الصادر بتاريخ 2004/09/29 والذي قضى نهائيا بتطليق المدعية من المدعى عليه، جاء فيه:

"حيث ثبت للمحكمة من خلال موضوع المطالبة القضائية التي عجز فيها المدعى عليه عن إثبات قيامه بواجباته الزوجية المتمثلة في الإنفاق على زوجته و رعايتها خلال فترة فراره من الإلتزام العسكري، فإنه و أمام غيابه عن جلسة الصلح التي من خلالها أعلنت المدعية عن رغبتها في التطليق بسبب غياب الزوج عنها مدة ثلاث سنوات و ثمانية أشهر و ذلك منذ فراره من الجيش الوطني الشعبي الوطني الذي كان عضوا فيه كطيار و أنه تم القبض عليه في الفترة الأخيرة، فإنه و بتفحص أوراق الملف لاسيما طلب الشطب من السجلات و التي ثبت من خلالها الإجراء التأديبي الذي تعرض إليه المدعى عليه بسبب فراغه لمدة طويلة منذ 2000/05/30 و أن المدعية قدمت الدليل القاطع على ثبوت غياب الزوج عنها لمدة طويلة تجاوزت الثلاث سنوات فإنه يتعين الإستجابة لطلبها الرامي إلى التطليق لتأسيسه قانونا"

الإتجاه الثاني : جواز الطعن بالاستئناف

يرى أنصار هذا الإتجاه أن أحكام التطليق قابلة للطعن فيها بالإستئناف باعتبار هذا الأخير، أحد طرق الطعن العادية في الأحكام القضائية و الذي يطرح في حد ذاته مبدأ أساسيا من المبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي الجزائري ألا و هو مبدأ التقاضي على درجتين.

فالقاعدة العامة أن جميع الدعاوى ترفع أمام محكمة الدرجة الأولى و جميع أحكامها تكون ابتدائية و من ثمة قابليتها للإستئناف أمام المجالس القضائية إلا ما استثني بنص خاص و تلك هي القاعدة المكرسة بمقتضى المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية.

و برروا ذلك بأن إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوج يعد طلاقا، و ما عدا ذلك فهو فسخ و يترتب عن هذا التمييز أن الطلاق هو عمل ولائي و ليس للقاضي فيه إلا دور الموثق بحيث يكشف عن

إرادة الزوج و يكرسها لا غير باعتبار أن المادة (49) من قانون الأسرة أكدت أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي.

أما التطليق فيعد من صلب عمل القاضي، و بذلك فهو عمل قضائي بحت يختلف في التقدير من قاضي إلى آخر، لذلك وجبت رقابته من طرف قضاة الإستئناف و على هذا الأساس اعتبروا أحكام التطليق قابلة للإستئناف.

و بحسب رأي الأستاذ "زودة عمر" فإنه إذا رجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فإنه يقصد بمصطلح الطلاق ذلك الأثر الذي يترتب على استعمال الزوج لحقه الإرادي، و ينجر عنه حل الرابطة الزوجية في الحال ما لم يكن مكملا للثلاث.

أما الفرقة التي لا تكون نتيجة استعمال الحق الإرادي للزوج فهي غير مشمولة بمصطلح الطلاق بل يطلق عليها مصطلح الفسخ فعندما يمارس الزوج حقه الإرادي يترتب عليه حل الرابطة بإرادته.

و يفهم من سياق نص المادة (48) من قانون الأسرة أن عبارة "و يتم بإرادة الزوج" تعود على الحل و ليس على الطلاق الذي يقع بناءا على إرادة الزوج في حين أن التطليق و الخلع يعدان أيضا طريقان من طرق حل الرابطة الزوجية و يقعان بطلب من الزوجة.

و بذلك فالأحكام القاضية بحل الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة و بناءا على معيار التمييز بين الطلاق و الفسخ هي أحكام بالفسخ و بالتالي لا يمكن أن تدخل تحت نص خاص.

و من ثمة تسترجع القاعدة العامة سلطانها و تصبح الأحكام الفاصلة في مسألة التطليق قابلة للإستئناف.

و قد صدر في هذا الإطار قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/04/27 تحت رقم 89635 قضى برفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة في 1990/06/16 و الذي صرح بإلغاء الحكم المستأنف فيه و القضاء من جديد بالتطليق و قد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي:

"فالقضاء بالتطليق عن طريق المجلس مندرج في اختصاصه ذلك أن المادة(57) من قانون الأسرة لا تجيز الإستئناف في الأحكام بالطلاق، و الحكم المستأنف لم يقض بالطلاق و إنما بالتطليق"[1]

كما صدر في هذا الصدد عدة قرارات عن مجلس قضاء سيدي بلعباس –غرفة الأحوال الشخصية- منها:

- القرار الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 2001 والذي قضى بإلغاء الحكم المستأنف فيه و التصدي من جديد للحكم بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه و بإلزام هذا الأخير بأدائه لها مبلغ ثلاثة آلاف دينار جزائري (3000 دج) شهريا كنفقة إهمال تسري سنة قبل دفع الدعوى، و تستمر إلى غاية النطق بالتطليق و مبلغ عشرة آلاف دينار جزائري (000 10دج) نفقة عدة و أسند حضانة البنت لأمها، جاء في أسبابه:

"عن طلب المستأنفة بإلغاء الحكم المستأنف فيه و القضاء بالتطليق لعدم الإنفاق، حيث أن هذا الطلب جاء مؤسسا كون أن المستأنف عليه أهمل زوجته منذ سنة 1990و تركها بدون نفقة و غادر الجزائر متوجها لفرنسا و لم يقم بواجباته نحو زوجته و أنه طبقا للمادة (37) من قانون الأسرة فإن النفقة واجبة شرعا على الزوج اتجاه زوجته مما يجعل من طلب التطليق طلبا مؤسسا و يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف فيه و تصديا الحكم بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه"

- القرار الصادر بتاريخ 2004/12/26 قضى بتطليق المدعية من المدعى عليه جاء في عرض أسباب مايلي:

"حيث أن المدعية تلتمس المصادقة على محضر أداء اليمين و إلغاء الحكم المستأنف و من جديد الحكم بتطليقها من المدعى عليه طبقا للمادة (53) من فقرة 3 من قانون الأسرة و إلزامه بأدائه لها مبلغ ثلاثين ألف دينار جزائري (000 30دج) نفقة عدة و مبلغ ألفين دينار جزائري (000 2دج) شهريا نفقة إهمال من يوم رفع الدعوى الأولى.

---

[1]- "الأستاذ عمر زودة" -كمرجع سابق- صفحة 143.

حيث أن المدعى عليه يلتمس مواصلة الحياة الزوجية و احتياطيا الطلاق بظلم منها و حرمانها من توابع العصمة ماعدا العدة.

حيث أنه بعد الإطلاع على أوراق الملف يتبين بأنه صدر حكم بتاريخ 2000/04/23 أمر المدعية بالرجوع إلى البيت الأصلي و أنه بعد الإستئناف أصدر المجلس قرارا بتاريخ 2001/01/31 وجه اليمين إلى الزوجة على أن المدعى عليه هجرها في المضجع أكثر من أربعة أشهر.

حيث أن المدعية كانت بتنفيذ هذا القرار و أدت اليمين حسب المحضر المؤرخ في 2001/06/08 و بالتالي فإن دفوع المدعى عليه غير مؤسسة، و يتعين الإشهاد للمدعية عن أدائها اليمين الموجه لها بقرار 2001/01/31 .

و في رأينا لا يمكن التسليم بأن الحكم بالتطليق تطبيقا لنص المادة (53) من قانون الأسرة غير قابل للإستئناف، فإذا كان دور القاضي في حالة الطلاق مقصورا على الحكم بما طلبه الزوج دون أن يكون من حقه طلب توضيح الأسباب و لا يسبب حكمه إلا بسبب واحد و هو طلب الزوج و إصراره على الطلاق، أما في التطليق فإن دوره يتطلب تحقيقا جديا و مطابقة الوقائع على النص، بالإضافة إلى موازنته بين طلبات الزوجة و دفوع الزوج، و أن يسبب حكمه تسبيبا كافيا ليس فقط استنادا إلى طلبات الزوجة و إنما اعتمادا على ماله من سلطة تقديرية تحتمل الصواب أو الخطأ، لذلك ينبغي أن تكون هذه السلطة قابلة للرقابة بالطعن فيها بالإستئناف.

و يثور الإشكال بالنسبة للإتجاه الأول الذي يرى أن احكام التطليق تصدر بصورة نهائية، فيما يخص أحكام التطليق الغيابية، فهل تصدر بصورة ابتدائية أم أنها تصدر بصورة ابتدائية نهائية؟

فإذا قلنا أنها تصدر بصورة إبتدائية نهائية فإننا نقع في تناقض مع أحكام المادة (98) من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن الأحكام الغيابية تصدر بصفة إبتدائية. و لهذا فأحكام التطليق الغيابية يجب أن تكون قابلة للإستئناف حتى تتماشى مع أحكام المادة (98) من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكر.

المطلب الثاني:توابع التطليق

إن الآثار القانونية لكل من الطلاق و التطليق واحدة و قد أوردها قانون الأسرة في مواد متفرقة تنحصر بين المادتين(58 و 76) منه، منها ما يثبت للزوجة، و يتمثل في العدة، النفقة، السكن و التعويض، و منها ما يثبت للأولاد، و يتمثل في:الحضانة و النسب و النفقة و تفصيلا لهذه الآثار نتناولها ضمن فرعين كما يلي:

الفرع الأول: ما يثبت للزوجة

أولا : العدة

العدة في اللغة هي مصدر للفعل "عدّ "يعد" بمعنى "أحصى" "يحصي" وردت بذا المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى: **{وَإِن تَعُدُّواْ نِعْمَةَ اللّهِ لاَ تُحْصُوهَا إِنَّ اللّهَ لَغَفُورٌ رَّحِيمٌ }** [1] و قد تفيد مجمل عدد الشيء في قوله تعالى: **{ إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِندَ اللّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْراً فِي كِتَابِ اللّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ فَلاَ تَظْلِمُواْ فِيهِنَّ أَنفُسَكُمْ وَقَاتِلُواْ الْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَآفَّةً وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ{36}** (2)

أما اصطلاحا فهي "مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة فتمتنع عن الزواج فيها، و بانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم"[3]

و أجمع العلماء على وجوبا لقوله تعالى: **{وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ وَلاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ**

---

[1] -سورة النحل الآية 18

[2] - سورة التوبة الآية 36

[3] -"الدكتور محمد كمال إمام" -كمرجع سابق- صفحة144

وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُواْ إِصْلاَحاً وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ{228}[1]

و قوله -صلى الله عليه و سلم- لفاطمة بنت قيس:"**اعتدي** في **بيت أم مكتوم**" و الحكمة من وجوب العدة هي التأكد من براءة الرحم لتفادي اختلاط الأنساب من جهة و إعطاء الزوج متسع من الوقت ليتمكن خلاله من التفكير في مراجعة معتدته من جهة أخرى، كما أشار الله سبحانه تعالى لذلك بقوله: **{ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً{1}**[2]

و قوله عز و جل: **{وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ وَلاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُواْ إِصْلاَحاً وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ{228}**[3]

و بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المادة (58) نصت على أن تعتد المطلقة المدخول با غير الحامل بثلاثة قروء، و اليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق، أما المطلقة الغير المدخول با فلا توجب عليها العدة و هذا ما جاء في القرار رقم 137571 المؤرخ في18 جوان 1996 : "من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة و المتوفى عنها زوجها و لا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها، ولما 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 استوجب رفض الطعن"[4]

---

[1] - سورة البقرة الأية 228

[2] -سورة الطلاق الآية 1

[3] -سورة البقرة الآية 228

[4] -القرار الصادر بتاريخ 1996/06/18 تحت رقم 137571 -المجلة القضائية لسنة 1997 –العدد الثاني صفحة 93

و أضافت المادة (60) من قانون الأسرة على أن "عدة الحامل هو وضع حملها و أقصر مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق"

و يبدأ حساب مدة العدة من تاريخ التلفظ بالطلاق في الشريعة الإسلامية، و جاء نص المادة (58) المذكورة أعلاه مخالفا لهذه الأخيرة بحيث أنها قضت بأن العدة يبدأ احتسابا من تاريخ التصريح بالطلاق و الذي لا يثبت إلا بحكم قضائي وفقا للمادة (49) من قانون الأسرة.

و إذا صدر الحكم بالطلاق تدخل المطلقة في عدتها ابتداء من تلك اللحظة و تقع عليها الالتزامات الآتية:

- ملازمة بيت الزوجية حيث تبقى في بيت زوجها مدة عدتها مصداقا لقوله تعالى: **{ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً{1}**[1] و هو ما جاءت به المادة (61) قانون الأسرة.
- لكن ما يجري به العمل بين الناس خلاف ذلك إذ أن المطلقة تأخذ أغراضها و تلتحق بأهلها لتقضي عدتها هناك.

- امتناع الزوجة عن الزواج في فترة العدة برجل أجنبي.

ثانيا: النفقة :

تجب النفقة للمرأة بعد الحكم لها بالتطليق و تشمل نفقة العدة و نفقة الإهمال.

[1] - سورة الطلاق الآية 1

1. نفقة العدة:

تستحق المعتدة نفقة عدتها من مال زوجها طيلة هذه المدة و تحددها المحكمة إجماليا أو شهريا و هذا ما نصت عليه المادة (61) من قانون الأسرة[1]، و يسقط هذا الحق شرعا إذا تركت المطلقة مقر الزوجية و لم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي باعتبارها ناشز.

و في هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات منها :

- القرار الصادر بتاريخ 1984/10/22 تحت رقم 34327 و الذي قضى بأنه:"متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

- إذا كان من الثابت أن قضاة الإستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيه قضى به و من ذلك تقرير عدة الزوجة فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارأن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، و أنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن"

القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25 تحت رقم 57752 الذي جاء فيه:"حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها أن تعتد و هي أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج و على كل مطلق أن ينفق على مطلقته.

فالنفقة حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها سواء طلبتها الزوجة أم لم تطلبها، و لا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع، و المجلس له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول فالوجه سديد و يتعين رفضه"[2]

---

[1] - **نصت المادة 61 من قانون الأسرة على ما يلي:"لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق"**

[2] - **القرارالصادر بتاريخ 1989/12/25 ملف رقم 57752 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد 1 صفحة 68**

2. نفقة الإهمال:

لقد أقرت المادة (74) من قانون الأسرة أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها، فإذا لم يقم بالإنفاق عليها يحق لها طلب نفقة إهمال تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم التطليق و للقاضي سلطة تقدير مبلغ هذه النفقة شهريا مراعيا في ذلك حال الزوجين.

ثالثا:حق السكن أو دفع أجرته

لقد ورد النص على إسكان الزوجة المطلقة و على شروطه في المادة (52) الفقرة 2 من قانون الأسرة [1] و من تحليلها يتضح لنا أنه حتى يمكن للمطلقة الحكم بإسكانها او إبقائها في مسكن الزوجية توافر ثلاثة شروط:

- أن تكون المطلقة محكوم لها بالحضانة قل عدد المحضونين أو أكثر.
- ألا يكون لها ولي يستقبلها و يؤمن لها المسكن.
- أن يكون في استطاعة الزوج توفير السكن.

و قد صدر في هذا المنوال القرار رقم223834 بتاريخ 1999/06/15 جاء فيه "للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت أن للزوج مسكن آخر و هذا نظرا لمصلحة المحضونين و لما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها تمارس حضانة الأولاد في المسكن المتنازع عليه منذ إحدى عشر سنة، أي من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، و أن محضر إثبات حالة يثبت أن الطاعن يملك سكن آخر، و عليه فإن القضاة بقضائهم برفض دعوى الطاعن لعدم التأسيس في حق الزوجة في البقاء في مسكن الزوجية نظرا لمصلحة الأولاد المحضونين الأربعة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون"

---

[1]- **نصت المادة 2/52 قانون أسرة على أنه "...و إذا كانت حاضنة و** لم **يكن** لها ولي **يقبل إيوائها يضمن حقها** في **السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج، و يستثني من القرارمن السكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا تفقد المطلقة حقها** في **السكن** في **حالة زواجها أو يكون انحرافها."**

كما صدر أيضا القرار رقم 105366 بتاريخ 1993/04/27 جاء فيه:"من المقرر قانونا أنه إذا كانت الأم حاضنة، و لم يكن لها ولي يقبل إيواءها فعلى الزوج حسب وسعه أن يضمن حقها في المسكن مع محضونيها، و أن نفقة المحضون و سكناه من مال إذا كان له مال و إلا فعلى والده أن يهيء له مسكنا و إن تعذر فعليه أجرته، و لما ثبت في قضية الحال، أن للزوج مسكن آخر بنفس البلدية حسب اعترافه فإن قضاة المجلس قد أخطؤوا بقضائهم من جديد برفض طلب الطاعنة بتخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء فيه لا سيما و أن احتمال عدم وجود ولي يقبل إيواءها مع محضونيها قائما و متى كان كذلك استوجب نقض قرارهم جزئيا"[1]

و نصت المادة (467) من القانون المدني على أنه "ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر و المستأجر و في حالة الطلاق، يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزواج من أجل حضانة الأولاد خاصة"

و يتضح من هذه المادة أنها أعطت الحق للقاضي أن يعين من يستفيد من مسكن الزوجية في حالة الطلاق.

رابعا: التعويض :

لقد منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للأسباب التي أوردتها المادة (53) من قانون الأسرة و إستنادا لأحدها يحكم لها القاضي بالتطليق.

فهل يعد هذا الحكم في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصابها، أم أنها تستحق تعويضا إلى جانب ذلك؟

في غياب النص القانوني حول هذه المسألة، و بالرجوع إلى الواقع العملي نجد تطبيقات مختلفة فهناك من يعتبر أن الحكم بالتطليق في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصاب الزوجة، فلا يمكن الحكم لها بالتعويض إلى جانب ذلك، و منهم من يعتبر انها تستحق النعويض بعد الحكم لها بالتطليق ، و تدعيما لمن يحكم بالتعويض إلى جانب الحكم بالتطليق صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات من أهمها:

---

[1]-**القرار رقم 105366 الصادر بتاريخ 1993/04/27 المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الثاني صفحة 88.**

- القرار الصادر بتاريخ 1996/04/23 تحت رقم 135435 و الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض إستنادا على وجود ضرر معتبر شرعا، و لما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج كامل الأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة خمس (05) سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها و يبرر التعويض الممنوح لها ، مما يتعين رفض الطعن"[1]

- القرار رقم 181648 الصادر بتاريخ 1997/12/23 و الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا و من المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، و لما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة مبالغ فيه و متعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر و تعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بـا، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة (55) قانون الأسرة، قد طبقوا القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2]

و تجدر الإشارة أنه يدق التشابه 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" و ذلك عملا بقوله تعالى : **{ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ{241}**[3] و قوله أيضا: **{لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَآؤُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ{226}**[4] و قوله أيضا: **{يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً{49}**[5]

باستقرائنا لهذه الآيات يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية اوجبت على الرجل تمتيع مطلقته، و ذلك بتعويضها جراء ما أصابا بسبب فك الرابطة الزوجية مستعملة مصطلح "المتعة" في حين أن القوانين

---

[1] - قرار رقم 135435 الصادر بتاريخ 1996/04/23 المجلة القضائية لسنة 1998 العدد الأول ص 129

[2] - قرار رقم 181648 الصادر بتاريخ 97/12/23 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول ص 49

[3] - سورة البقرة الآية 241

[4] - سورة البقرة الآية 236

[5] - سورة الأحزاب الآية 49

الوضعية أوجبت على القاضي إلزام الزوج بدفع مبلغ من المال نقدا أو عينا يخضع لسلطته التقديرية تحت تسمية "التعويض".

و قد ورد في كتاب الموطأ للإمام مالك في رواية "أبو يحي الليثي" له قال :بلغني عن "مالك" عن "أبي شهاب" أنه قال:لكل مطلقة متعة و قد بلغني عن ابن القاسم ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها أو كثيرها".

و في الحقيقة أن المصدر الشرعي لمصطلح التعويض هو كلمة متعة حيث طغى استعمال المصطلح الأول على الثاني في القوانين الوضعية[1] و بالتالي يمكن القول أن التعويض و المتعة وجهان لعملة واحدة و عليه لا يمكن للقاضي الحكم بما تطبيقا لمبدأ عدم جواز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد.

خامسا:النزاع حول متاع البيت

قد يتنازع الزوجان في بعض متاع[2] البيت أو كله، بأن يزعم أحدهما أن المتاع ملكا له، بينما ينكر الطرف الثاني هذه الملكية.

و قد نصت المادة (73)من قانون الأسرة على أنه "إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال و المشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

يتضح من خلال هذه المادة 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 في متاع البيت، و ليس لأحدها بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء، أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع من المعتاد للرجال، فإن الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك، و له أن يأخذه طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية.

---

[1] - المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري

[2] -يقصد بالمتاع كل ما يوجد بمسكن الزوجية من أثاث و أواني و لباس و حلي.

و في هذا الإطار صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات نذكر منها:

- القرار الصادر بتاريخ 1983/01/14 جاء فيه :

"إذا اختلف الزوجان على متاع البيت، و كان مما يصلح عادة للنساء يقضى 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]

- القرار الصادر بتاريخ 1989/01/16 تحت رقم 52212 و الذي جاء فيه:

"من المستقر عليه قضاءا و شرعا أن أثاث البيت المخصص للإستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها، فإن لم يكن هذا، فالزوج أحق به مع يمينه، و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية.

و لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الزوج اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإنه استثنى منها أشياءا ادعاها لنفسه، فإن المجلس القضائي الذي اعتبرها استثناء الزوج داخلا في أمتعة زوجته وحكم لها به دون أن يطالبها بإقامة البينة على أشياء هي للرجل يأخذها بعد حلفه، يكون بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[2]

أما عند إشتراك الشيء بين الزوجين، تقضي المحكمة بقسمته بينهما مع تحليفهما اليمين.

غير أنه في حالة عدم وجود المتاع فنميز بين حالتين:

الأولى: إذا كان المتاع غير موجود أصلا

الثانية:إذا كان المتاع غير موجود لأن الزوجة أخذته كاملا.

---

[1]-نشرة القضاة لسنة 1986 –العدد الأول- صفحة 50.

[2]-القرار الصادر بتاريخ1989/01/16 تحت رقم 52212 –المجلة القضائية- لسنة 1991-العدد الثالث- صفحة 55.

ففي الأولى تطالب الزوجة بما لها من متاع الزوجية إلا أن الزوج ينكر وجوده، فعندئذ تلجأ إلى القواعد العامة للإثبات، و ذلك بتطبيق المادة (323) من القانون المدني و تطبيقا لقاعدة: "البينة على من ادعى، و اليمين على من أنكر."

أما الحالة الثانية فيدعي الزوج أن زوجته أخذت المتاع إلى بيت أهلها عند مغادرتها بيت الزوجية، سواء برفعه دعوى يطلب فيها استرداد ما يراه من الأثاث، أو يكون بمثابة دفع يقابل به طلب الزوجة، و عليه يقع عبء إثبات ما يتذرع به، فإذا عجز عن تقديم دليل على ذلك خسر دعواه.

و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/07/18 تحت رقم 50075 و الذي جاء فيه:

"متى كان مقررا شرعا أن البينة على من ادعى، و اليمين على من أنكر، و من ثمة فإن ادعاء الزوج أن زوجته أخذت مصوغها و أثاثها و ملابسها، يصير مكلفا بإثبات دعواه، فإن 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 لمنزل الزوجية، بل كان حول ادعاء الزوج أن زوجته أخذته معها، فإن قضاة الموضوع حينما عكسوا الأمر و وجهوا اليمين للزوج و هو مدع، و تلقوها منه مباشرة، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1]

فحسب قرار المحكمة العليا كان على الزوج الذي ادعى أن زوجته أخذت المتاع إلى بيت أهلها إثبات إدعائه، و إلا خسر دعواه، و عليه يبقى الوضع الظاهر قائما و هو وجود المتاع ببيت الزوجية، إذ كان على القضاة أن يوجهوا للزوجة اليمين القانونية الواردة بالمادة (73) من قانون الأسرة، لكي تستحق الأثاث الذي يشهد لها الظاهر و العرف بملكيته، و ليس توجيهها للزوج كما فعلوا.

---

[1]- القرار الصادر بتاريخ 1988/07/18 تحت رقم 50075 –المجلة القضائية لسنة 1990- العدد الرابع - صفحة 64.

الفرع الثاني : ما يثبت للأولاد

أولا: النسب :

حرص الإسلام على أن ينسب الولد لأبيه و عد ذلك من نعم الوجود لقوله تعالى : **{وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاء بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصِهْراً وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيراً{54}**[1] كما حرم على الآباء أن ينكروا نسب أولادهم، فقد روي عن الرسول -صلى الله عليه و سلم- أنه قال:"**أيما رجل جحد ولده و هو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة و فضحه على رؤوس الخلائق**"

فالنسب هو إلحاق الولد بأبيه دينا و قانونا و اعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد.

و نظمه المشرع الجزائري في المواد من (40) إلى (45) من قانون الأسرة و تبعه بمادة خصصها لمعالجة ظاهرة التبني التي حرمها الإسلام، فأكد القانون ذلك في المادة (46) منه.

و يثبت نسب الولد لأمه بمجرد ولادته سواءا 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 (32)-(33)-(34) من قانون الأسرة و هو ما تضمنته فحوى المادة (40) من ذات القانون.

لكن إذا ادعت الزوجة بأنها حامل بعد تطليقها، فهل ينسب هذا الولد مباشرة إلى الزوج دون قيد أو شرط أم أنه هناك شروط يجب توافرها لذلك؟

لقد نصت المادة (43) من قانون الأسرة على أنه "ينسب الولد إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة" و بذا النص يكون المشرع قد وضع شرطا واحدا لإلحاق الولد بالزوج المطلق و هو ولادة الطفل قبل عشرة أشهر كاملة من يوم التفريق الفعلي بين

---

[1] - سورة الفرقان الآية 54

الزوجين، و عليه 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 لاحتمال نسبه لشخص آخر، و بالتالي يحق لكل ذي مصلحة من الورثة أو من ممثلي النيابة العامة أو غيرهما أن يطعن في هذا النسب و يرفع دعوى أمام القضاء ليطلب نفيه.

ثانيا: الحضانة:

الحضانة مأخوذة من الحِضَن و هو ما دون الإبط إلى الكشح و حِضن الشيء جانباه، و حَضَنَ الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا ضمت ولدها.

و عرفها الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز و لا يستقل بأمره و تعهده بما يصلحه و وقايته مما يؤذيه و يضره و تربيته جسميا و نفسيا و عقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة و الإضطلاع بمسؤولياتها و الحضانة بالنسبة للصغير أو الصغيرة واجبة، لأن الإهمال فيها يعرض الطفل للهلاك و الضياع.

و على نهج مقارب سار المشرع الجزائري في المادة (62) عندما عرف الحضانة بقوله :"الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا".

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 القيام بها، ثم الرجال العصبات ثم المحارم و اختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب المصلحة و مستحقوا الحضانة إما إناثا فقط أو ذكورا فقط و إما الفريقان معا. و ذلك في سن معينة فإذا انتهت تلك السن كان الرجال أقدر على تربية الطفل.

و قد أسند المشرع الجزائري الحضانة للأم و تلاها بأقاربا من النساء ثم عاد إلى الأب ثم أمه و انتقل إلى الأقارب في المادة (64) من قانون الأسرة بقوله "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب فأمه فالأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك" و يتضح من النص أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب و ذلك ما يبرره شرعا وعقلا و الدليل على هذا التقديم من السنة ما روي أن امرأة جاءت إلى الرسول -صلى الله عليه و سلم- فقالت له يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء

و ثديي له سقاء، و حجري له حواء و إن أباه طلقني و أراد أن ينزعه 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 روى 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 فانطلق إلى أبي بكر -رضي الله- عنه فقال له أبا بكر:مسحها و حجرها و ريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار بنفسه"

و هناك شروط عامة لابد من توافرها في الحاضنة حتى تثبت أهليته لذلك، و هي: الإسلام، البلوغ العقل الأمانة و القدرة على تربية المحضون وصيانته صحة وخلقا.

و قد اشتملت المادة (62) من قانون الاسرة على هذه الشروط باستعمالها لعبارة "أهلا للقيام بدلك" دون أن تفصل في هذه الشروط.

كما حدد القانون مدة الحضانة القصوى في المادة (65) منه بالنسبة للأنثى بسن الزواج وجعلها للذكر كقاعدة عامة بعشر سنوات، و يجوز في حالات استثنائية تمديدها إلى أكثر من ذلك على أن تتجاوز في كل الأحوال سن التمييز الذي هو ستة عشر (16) سنة طبقا للمادة (42) من القانون المدني.

و إذا رغب الحاضن في الإستمرار في حضانة المحضون تعين عليه التمسك بذا الحق طبقا لشروط معينة و هي:

- أن يرفع طلبه إلى المحكمة لإصدار حكم بتمديد مدة الحضانة إلى أكثر من عشر سنوات و ذلك حسب ما جاء في المادة(68) من قانون الأسرة و التي جاء فيها "أن صاحب الطلب ملزم بتقديم الطلب خلال سنة من تاريخ نهاية الحضانة و إلا رفض طلبه لفوات الأجل القانوني"

- إن حق تمديد الأجل للحضانة ثابت للأم وحدها.

- أن تكون الأم غير متزوجة لأن الزواج سبب مسقط لحقها في الحضانة إلا إذا كان زوجها من محارم المحضون.

- أن يأخذ القاضي بعين الإعتبار في تمديد تلك الفترة أمرين و هما:

- ألا يتجاوز فيها ستة عشر سنة.
- أن ينظر إلى مصلحة المحضون.

و تسقط الحضانة بتزوج الأم بغير قريب محرم و بتنازل الحاضنة عن هذا الحق و باختلال شروط المادة (62) من قانون الأسرة، و إذا لم تطلب في أجلها القانوني المحدد بمدة تزيد عن سنة بدون عذر.

و قد تم النص على هذه الأسباب بمقتضى المواد من (66) إلى (70 من قانون الأسرة.

ثالثا: نفقة المحضون و سكنه:

إن مسألة نفقة المحضون و سكناه قد تضمنتها المادة (72) من قانون الأسرة حيث نصت على:"نفقة المحضون من ماله إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيء له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته "

من استقراء هذه المادة يتبين لنا بروز ثلاث حالات .

1. إذا كان للمحضون مال خاص به تكون نفقته من ماله لا من مال أبيه.
2. إذا لم يكن المحضون مال تكون نفقته و مسكنه واجبة على أبيه من مال غيره إذ على الأب أن يضمن النفقة و المسكن معا.
3. يجب على الأب أن يتحمل مسؤولية الإنفاق على المحضون و إذا لم يوفر له مسكن يجب عليه أن يوفر له أجرته و المبلغ المقرر للنفقة، و تكون هذه الأخيرة شهرية تسري ابتداءا من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا.

و قد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1994/11/29 تحت رقم 112705 الذي قضى:"من المقرر أن نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيء له سكنا، أما إذا تعذر فعليه أجرته، و لما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم المنتقد على أن الطاعن لا يحق له المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين

فإنهم بذلك قد أساؤوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام الطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته مما يتعين عليه نقض و إبطال القرار دون إحالة"[1]

و قد أعطى القانون للمطلقة الحاضنة الحق في السكن وفق الشروط التي جاءت بها المادة (2/52) من قانون الأسرة.

- أن تكون حاضنة سواء قل أو كثر عدد المحضونين.

- أن تتوفر قدرة الزوج على ضمان السكن و إن لم يكن ذلك بوسعه سقط حقها.

رابعا: حق الزيارة

بعد أن رتب المشرع أصحاب الحضانة في المادة (64) من قانون الأسرة، نص في الفقرة الثانية منها:"على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" و هذا يعني بكل وضوح أنه عندما يحكم القاضي بالتطليق يتوجب عليه عند إسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها الحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون و ذلك في ساعات و أيام و في أماكن محددة و في العطل و المواسم الدينية و الوطنية، و إذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره، يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة كذلك.

و ما يمكن ملاحظته في هذه المسألة أن المشرع أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين بحق زيارة المحضون من تلقاء نفسه و لو لم يطلب ذلك لأن الحضانة و ما يترتب عنها من نفقة و حق الزيارة من النظام العام.

و قد صدر في هذا الشأن قرار عنالمحكمة العليا بتاريخ 16 أفريل 1990 تمت رقم 59784 جاء فيه :"متى أوجبت أحكام المادة (64) من قانون الأسرة 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 لتعهدهم لما يحتاجون إليه و التعاطف معهم.

---

[1]- قرار رقم 112705 الصادر بتاريخ 94/11/29 المجلة القضائية العدد الأول سنة 1994 صفحة 140

و من ثمة فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1]

[1]- قرار رقم 59784 الصادر بتاريخ 1990/04/16 المجلة القضائية سنة 1991 العدد الرابع صفحة 126.

شرع الطلاق لاستحالة تحقيق الهدف من النكاح، و نظرا لخطورته جعل بيد الزوج، و في مقابل ذلك و عند تضرر الزوجة من تصرفات زوجها، فُتح لها طريقان للخلاص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها، **أولهما** : **التطليق** الذي تناولناه في الفصل الأول، و **ثانيهما: أحكام الخلع والفرق بينه و** بين **التطليق** الذي سنتناوله بالدراسة في هذا الفصل، ووجد الخلع عند انتفاء الأسباب المستند عليها في المادة (53) من قانون الأسرة لطلب التطليق، و شروطه تختلف عن شروط هذا الأخير، و قد اختلف الفقهاء المسلمون بشأنه، كما تذبذب قضاء المحكمة العليا بصدد انعقاده، و لتحليل كل ذلك ارتأينا دراسة موضوع الخلع في أربعة مباحث، نستهلها بماهيته، ثم شروطه، ثم آثاره لتنتهي في الأخير إلى الفرق بين التطليق و الخلع.

المبحث الأول : ماهية الخلع:

لمعرفة حقيقة الخلع لا بد لنا من تسليط الضوء على تعريفه لغة و اصطلاحا و ألفاظه في المطلب الأول، ثم لحكمه و دليل مشروعيته و الحكمة منه كمطلب ثان، لنخلص في الأخير إلى طبيعته ضمن المطلب الثالث.

المطلب الأول : تعريفه و ألفاظه.

- في اللغة :

الخَلع بفتح الخاء مصدر قياسي "**خلع**" و يستعمل في الأمور الحسية فيقال : خلع الرجل ثوبه خلعا، أي أزاله عن بدنه و نزعه عنه، و يقال : "خلعت النعل خلعا" أي نزعته مصداقا لقوله تعالى:

{فَلَمَّا أَتَاهَا نُودِيَ يَا مُوسَى{11} إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى{12}[1] و في هذه الآية الخلع بمعنى النزع و في الأمور المعنوية "كخلع الرجل امرأته خلعا" إذ أزال زوجيتها
و خلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتقدت منه.

و الخُلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضا لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل و بالعكس **{هن لِباس لكُم و أنتم لِباس لهن}**، هذا و قد قال الفقهاء: إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، و الخلع بالضم في إزالة الزوجية.[2]

1- سورة طه الآية 11-12.

2 -"الدكتور محمد مصطفى شلبي" – فقه المذاهب النسبية و المذهب الجعفري و القانوني- أحكام الأسرة في الإسلام - الدار الجامعية للطباعة و النشر- الطبعة الرابعة – صفحة 551-552 لسنة 1983.

في **اصطلاح الشرع:**

عرفه بعض الفقهاء بأنه:"حل لعقدة الزوجية بلفظ الخلع فيما معناه، في مقابل عوض تلتزم به المرأة" كما عرف بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض عن التطليق"[1]

وقد عرفه الحنفية:بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه.

وألفاظه عندهم خمسة:

أولها: ما اشتق من الخلع كأن يقول لها :"خالعتك"، "اختلعي"، "اخلعي نفسك"، "أخلعتك". لهذا قالوا: إنه يقع به الخلع بدون نية لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيرا فأصبح كالصريح، فإذا قال لامرأته: "خالعتك" وذكر مالا فالأمر ظاهر، وإذا لم يذكر فإنه يقع به الطلاق سواء نوى أو لم ينو، قبلت أو لم تقبل.

ثانيها: لفظ"بارأتك" فإذا قال لها :"بارأتك على عشرين جنيها" وقَبِلَت وقع طلاقا بائنا، ولزمها العشرون وسقط مهرها، فإذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء باتفاق، أما إذا لم يذكر البدل و قال لها "بارأتك" وقالت"قبلت" وقع الطلاق البائن وسقط حقها في المهر، فهل يتوقف إيقاع الطلاق بذا اللفظ على النية أم لا؟ والجواب إذا كثر استعمالها في الطلاق كالخلع يقع با الطلاق بدون نية.

ثالثها :لفظ"باينتك" فإنه موضوعاً للخلع، فإن لم يذكر مالاً و قبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق، و إن لم تقبل و نوى به الطلاق طُلقَتْ و إلا فلا، لأن المباينة لا يقع با الطلاق إلا بالنية. أما إذا قال لها "باينتك على عشرين ريالاً" و لم تقبل لا يقع به الطلاق قولا واحداً و لا يلزمها البدل لأنه علق إبانتها على المال.

---

[1] -"عبد الكريم شهبون"- مدونة الأحوال الشخصية المغربية- صفحة 260

رابعها: لفظ "فارقتك" فإنه إذا ذكر مالاً فقال: "فارقتك على مائة ريال" و قبلت بانت منه،و لزمتها المائة و سقط حقها في المهر، و إن لم تقبل لا يقع طلاق و لا يلزمها مال.

و إن لم يذكر مالا و قبلت سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع إن نوى به الطلاق أو قامت قرينة على إرادة الطلاق و إن لم تقبل، فإن نوى به الطلاق لزمه طلاقا بائنا لأنه كناية و إلا فلا يلزمه شيء.

خامسها: لفظ طلاق على مال فإذا قال لها "طلقي نفسك على عشرين جنيها" فقالت "قبلت" وقع الطلاق بائنا و لزمها العشرون. أما إذا قال لها "طلقي نفسك" و لم يذكر مالا كان ذلك تمليكا للطلاق لا من باب الخلع.

و يضيف الحنفية لفظين آخرين: ما اشتق من لفظ البيع و ما اشتق من لفظ الشراء.[1]

و عرّف المالكية الخلع بأنه طلاق بعوض بكل ما يشمل الطلاق من ألفاظ صريحة أو كناية ظاهرة أو أي لفظ آخر إذا كان بنية الطلاق، فإذا قالت له زوجته "طلقني على مهري أو على مائة ريال مثلا" فقال "طلقتك على ذلك" لزمه طلاق بائن و لزمها العوض و كذا إذا أجابا بكناية ظاهرة من كنايات الطلاق، فإنه يقع الطلاق البائن و يلزمها العوض.

و كذا إذا أجابا بأي لفظ ناويا به طلاقها فإنه يلزمه طلاق بائن و لفظا من ألفاظ الطلاق الصريح، فإذا أجابا بقوله "خالعتك" أو "اختلعتك" كان بمنزلة قوله لها "أنت طالق" و إذا قال لها "خالعتك" " أو "اختلعتك" بدون ذكر العوض لزمه طلاق بائن. و قد عرفه بعضهم بأنه عقد معاوضة على البضع تملك الزوجة نفسها و يملك به الزوج العوض.[2]

و عرّف الشافعية الخلع بأنه اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض و يكون بكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعاً يقع به الطلاق البائن.

---

[1] - **"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" – كمرجع سابق- ص 343، 344، 345، 346.**

[2] - **"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" – كمرجع سابق- صفحة 396.**

و عرّفه الحنابلة بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة تنقسم إلى قسمين: صريحة في الخلع و كناية فيه. فأما الصريحة فهي خالعت و فسخت و فاديت، فإن استعملها الزوج مع ذكر العوض و لو جهل و قبلته الزوجة صح الخلع و يترتب الفراق و إن لم ينوه، فإن لم يذكر العوض أو ذكره و لم تقبله الزوجة لا يقع الخلع و إذا ذكر العوض و قبلت الزوجة كان ذلك فسخاً بائناً تملك به الزوجة نفسها و لا ينقص عدد الطلقات الثلاث، أما إذا نوى الزوج الطلاق فيكون له ذلك و ينقص به عدد الطلقات التي يملكها.

أما ألفاظ الكناية عندهم فهي اثنان: باريتك، ابنتك، فهذان اللفظان يصح بما الخلع بالنية أو دلالة الحال، و الحاصل عندهم أن الخلع بألفاظه المخصوصة سواء صريحة أو كناية، فسخ لا ينقص من عدد الطلقات بخلاف الطلاق على عوض بلفظ الطلاق فإنه يكون طلاقا بائنا ينقص من عدد الطلقات بشرط النية و قبول الزوجة.

فالخلع بألفاظ صريحة كانت أو كناية فسخ بائن و الخلع بألفاظ الطلاق صريحة كانت أو كناية طلاق بائن ينقص عدد الطلقات بشرط النية.[1]

و قد عرفه "خليل دردير" في مختصره بأنه طلاق بعوض.

و عرفه "ابن حزم الظاهري" بأنه الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فيخاف ألا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، فلها أن تفتدي منه و يطلقها إذا رضي هو و إلا لم يجيز و إنما يجوز بتراضيهما".

و قد عرفه "الدكتور عبد الرحمن الصابوني": "بأنه إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهراً.

---

[1] - **"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" – كمرجع سابق- صفحة 396.**

و قد عرفه المشرع الجزائري في المادة (54) من قانون الأسرة بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها و استعمل لفظ الخلع صراحة دون غيره من الألفاظ الدالة عليه.

المطلب الثاني: حكم الخلع و دليل مشروعيته.

اختلف الفقهاء في حكم الخلع، فإذا خالعت الزوجة زوجها مع استقامة الحال كُره لها ذلك، و يصح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة و الثوري و مالك و الأوزاعي والشافعي ويحتمل كلام أحمد تحريمه إذ قال:"الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهو خلع"، وهذا يدل على أن الخلع لا يكون صحيحا إلا في هذه الحال وذاك أيضا قول ابن المنذر وداود، وقال ابن المنذر وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم وذلك لأن الله قال في كتابه العزيز:"ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[1] فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال:"تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن اعتدى حدود الله فاولئك هم الظالمون".

وروى ثوبان قال:"قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم- أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة".وروى أبوداود وعن أبي هريرة عن النبي-صلى الله عليه وسلم- قال:**"المختلعات والمنتزعات هن المنافقات"**. رواه أبو حفص، ورواه أحمد في مسنده، وذكره محتجا به وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة، لأنه إضرار با وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة فحرمه لقوله عليه الصلاة والسلام"لاضرر ولا ضرار".

واحتج من أجازه بقوله سبحانه وتعالى:"فإن طبن عن شيء منه فكلوه هنيئا مريئا".

---

[1] - سورة البقرة-الآية 221

و قال "ابن المنذر":"لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة، بدليل الربا، حرمه الله في العقد و أباحه في الهبة و الحجة مع من حرمه، و خصوص الآية في التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز.[1]

فإن عضل زوجته و ضارها بالضرب و التضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة و نحو ذلك لتفتدي نفسها منه، ففعلت، فالخلع باطل و العوض مردود. روى ذلك عن ابن عباس و عطاء و مجاهد و الشعبي و النخاعي و القاسم بن محمد و عروى بن شعيب و حميد بن عبد الرحمن و الزهري وبه قال مالك و الثوري و قتادة و الشافعي و إسحاق و قال أبوحنيفة: العقد صحيح و العوض لازم و أثم عاص. [2]

و قال الشافعية أن الأصل في الخلع الكراهة، ويكون مستحبا إذا أساءت المرأة المعاشرة ولا يوصف بغير ذلك فلا يكون حراما ولا يكون واجبا.

فبعد أن ذكر الله تعالى في سورة البقرة أن الطلاق مرتان وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وأضاف –عز وجل- أن أخذ المال من الزوجة مما أعطاها محرم، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي إذا ما خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما، كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها. ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا وهذا ما يعرف بالخلع.

وحكم الخلع إذا استوفى شروطه الجواز ودل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع.

من الكتاب:

فقوله 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**

---

[1] -"الدكتور عبد الرحمن الجزيري"-كمرجع سابق - صفحة 396- 397

[2] - الإمامان موفق الدين بن قدامى و شمس الدين بن قدامى المقدسي- المغني و يليه الشرح الكبير – دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع- الجزء الثامن -177 -178 .

اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ{229} [1]

و وجه الدلالة من الآية :"لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته ما لا تملكه إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله و أداء الحقوق الزوجية بينهما مثل بغض الزوجة لزوجها و كراهيتها له، ففي هذه الحالة التي استفحل فيها الشقاق و النشوز، إذا تعذر الإصلاح و التوفيق، أجاز الإسلام للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها.

من السنة :

ما رواه البخاري و النسائي عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت ابن قيس بن شماس إلى رسول الله - صلى الله عليه و سلم- فقالت: يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق و لا دين و لكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله -صلى الله عليه و سلم- : أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله - صلى الله عليه و سلم-: " **اقبل الحديقة و طلقها تطليقة**" و هذا أول خلع في الإسلام. و معنى الحديث أن جميلة بنت عبد الله بن أُبيٍّ، ذكرت لرسول الله -صلى الله عليه و سلم- أنها تكره زوجها ثابت بالرغم من أنه لا يسيء إليها و لا يقصر فيما يفرضه عليه الإسلام نحوها و أنها تخشى أن تؤدي كراهيتها له إلى التقصير في الحقوق التي أوجبها الله على الزوجة نحو زوجها.

من الإجماع:

فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع و لم يخالفهم إلا بكر ابن عبد الله المزيني و لكن الإجماع انعقد قبل خلافه.

---

[1] - سورة البقرة الآية 229

و قال الإمام مالك بذا الصدد: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم و هو الأمر المجمع عندنا و أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة و لم يسئ إليها و لم تأت من قبله و أحبت فراقه فيحل له أن يأخذ منها ما افتدت به، كما فعل النبي -صلى الله عليه و سلم-.

و أساس مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري هو المادة (54) منه التي نصت: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم".

المطلب الثالث: طبيعة الخلع

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة الخلع من حيث كونه فسخا أو طلاقا وقد نجم عن هذا الاختلاف عدة آراء، نوردها بالتفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: الموقف الفقهي

يرى الحنفية أن الخلع جائز وهو تطليقة بائنة، وحجتهم في ذلك ما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- في حديثه:"إقبل الحديقة وطلقها تطليقة" لأن النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ مادام قد نشأ صحيحا وأن الخلع لا يكون إلا بعد تمام هذا العقد، فيكون لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال مجازا، واعتبروه طلاقا بائنا حتى ولو بطل الخلع، وأضافوا أنه إذا خالع الزوج زوجته بعد أن طلقها وهي في العدة فإن الخلع لا يصح، أما إذا طلقها طلاقا رجعيا ثم خالعها في العدة على مال فإن الخلع يصح، ويلزم المال لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح.

وفي مسألة الزواج الفاسد قالوا: أنه إذا نكح امرأة نكاحا فاسدا فإن الخلع لا يصح له لأنه فاسد إذ هو إزالة ملك النكاح والعقد الفاسد لا يترتب عليه ملك النكاح [1]

أما الشافعية فقد صنفوا الخلع ضمن فرق النكاح بالطلاق والتي تنقسم إلى:

---

[1] -"االدكتور عبد الرحمن الجزيري"-كمرجع سابق-صفحة 388

- ألفاظ الطلاق صريحة كانت أو كناية.

- الخلع.

- فرقة الايلاء.

- فرقة الحكمين.

أما المالكية فقالوا أن الخلع طلاق يعوض، وتعريف الطلاق عندهم يشمل الطلاق بأنواعه وهو الصريح والكناية الظاهرة أو أي لفظ آخر بنية الطلاق.

أما الحنابلة، فقد اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع ، ففي إحدى الروايتين أنه فسخ، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور، وأحد قولي الشافعي.

وفي الرواية الثانية أنه طلقة بائنة، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيسة وشريح والمجاهد وأبي سلمى ابن عبد الرحمن والنخاعي والشعبي والزهري وابن مسعود. لكن ضعف أحمد الحديث عندهم فقال:"ليس في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس لقوله تعالى:"الطلاق مرتان"، ثم قال:" فلا جناح عليهما فيما افتدت به"، ثم قال:"فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره".

فذكر تطليقتين والخلع تطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكان فسخاكسائر الفسوخ.

ووجه الثانية أنها بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا، ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصدا فراقها فكان طلاقا لا خلعا".

و فائدة الروايتين أنه إذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة فينقص با عدد طلقاته وإن خالعها ثلاثا، طلقت ثلاثا.فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، وإن قلنا هو فسخ لم تحرم عليه وإن خالعها مائة مرة وهذا بخلاف إن كان خالعها بغير لفظ الطلاق ولم َينوه، فأما إن بذلت له العوض فهو

طلاق لا اختلاف فيه، وإن وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ نوى به الطلاق فكانت كذلك كما لو كان بغير عوض فإن لم ينو به الطلاق فهو الذي في الروايتين.[1]

ويساند الرواية الأولى لأحمد ابن القيم في كون الخلع فسخا، ودليله في ذلك أن الله سبحانه وتعالى رتب الطلاق بعد الدخول الذي لم يستوف عدده ثلاثة أحكام كلها مختلفة عن الخلع وهي:

-أن الزوج أحق بالرجعة فيه.

-أنه محسوب من الثلاث فلا تحل بعد استيفاء العدد إلا بعد دخول الزوج وإصابته.

- أن العدة فيه ثلاثة قروء.

في حين ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع، وثبت بالسنة وأقوال الصحابة أن العدة فيه حيضة واحدة، وثبت بالنص جوازه بعد طلقتين، ووقوع ثالثة بعدها وهذا ظاهر جدا لكونه ليس بطلاق. [2]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

يترتب عن الخلع طلاق، ويحسب ضمن عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ ذلك لأن انحلال الرابطة الزوجية تارة يكون طلاقا وتارة يكون فسخا.

والطلاق هو حل عصمة تالزوجية بلفظ الطلاق الصريح أو الكناية.

وقد ساير مشرعنا موقف جمهور العلماء من حكم الخلع واعتبره طلاقا. وبالرجوع إلى موضع النصوص المتعلقة بالفسخ نجده أورد أحكامه في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة المعنون "بالزواج" في المواد (32) وما بعدها.

---

[1] -الإمامان "موفق الدين ابن قدامى" و"شمس الدين ابن قدامى المقدسي"- كمرجع سابق-صفحة180-181 .

[2] -"الدكتور سيد سابق"-كمرجع السابق- صفحة261.

بينما أوردت أحكام الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون "بانحلال الزواج "، وقد أورد حكم الخلع في المادة (54) من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق.

فيكون المشرع الجزائري قد اتجه إلى اعتبار الخلع طلاقا ويكون في ذلك مصيبا لأن الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد بينما الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة ، لا يشوبا أي عارض يعيب العقد وإنما نتيجة ظروف وعناصر خارجة عنه مست العلاقة الزوجية، والتي لا يمكن حلها إلا بالطلاق. ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الموقف حيث جاء القرار المؤرخ في 5 فبراير 1969 بما يلي: "لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح".

وفي هذا الشأن يقول الدكتور "العربي بلحاج":" لا يقع الطلاق على المرأة المتزوجة بعقد زواج فاسد لأن الطلاق إنهاء لعقد الزواج الصحيح وعليه فلا طلاق في عقد الزواج الفاسد، بل يجب التفريق حالا بين الزوجين، وفسخ العقد بقوة القانون سواء كان هذا الفسخ بسبب يوجب حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة أم اختلال في أركانه الأساسية طبقا للمواد (31-32-33-34) من قانون الأسرة".[1]

ويضيف أنه يشترط لصحة الخلع ما يشترط في إنشاء الطلاق، وعليه فما سبق ذكره عن الطلاق ينطبق على الخلع إذ حسب الدكتور بلحاج العربي ما هو إلا طلاق بدون نزاع ولا مخاصمة.

يعد تطرقنا لماهية الخلع ودراستنا لمختلف ألفاظه الصريحة والكناية التي يقع با، والوقوف على اجماع الجمهور على جوازه في حالة كره الزوجة لزوجها ونفورها منه.

فالسؤال الذي يطرح نفسه : هل للزوجة الحرية التامة في ممارسة هذا الحق أم هناك شروط تقيدها؟

هذا ما سوف نوضحه في المبحث الثاني متطرقين لهذه الشروط وكذا موقف المشرع الجزائري من كل شرط.

---

[1] -**"الأستاذ بلحاج العربي" –الوجيز** في **شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الأول. صفحة 246-247.**

المبحث الثاني: شروط الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع بل أهملها واكتفى بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان أو يحدده القاضي عند خلافهما على مقداره، بحيث لا يتجاوز مهر المثل، ولهذا ستعالج هذه الشروط اعتمادا على قواعد الفقه العامة وذلك في ثلاثة مطالب، نتناول فيها: قيام الرابطة الزوجية، الصيغة والبدل.

المطلب الأول: قيام رابطة الزوجية و الشروط الواجب توافرها في ملتزم البدل والزوج :

يشترط في الخلع قيام رابطة الزوجية، فلا يجوز للمرأة أن تخالع رجلا أجنبيا عنها أو تربطها به رابطة غير الزوجية، بل لا بد من توفر عقد زواج صحيح، فإذا كانت رابطة الزوجية فاسدة، فلا يقع الخلع وكذلك لو انفصمت عرى الزوجية بسبب الفسخ أو الطلاق البائن.

وإذا كانت قائمة من عقد صحيح، ولم يقع دخول أو طلاق، فإن الخلع يقطع هذه الرابطة. ولو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها، لأن في هذا الطلاق تبقى زوجيتها قائمة من جهة وملكية الاستمتاع بما لم ترفع من جهة أخرى.

فإذا توافر شرط الرابطة الزوجية فالسؤال المطروح حينها:من يصح خلعه؟ لا سيما أن الخلع تصرف يحتمل النفع والضرر وآثاره خطيرة ولهذا فهو لا يقع من كل زوج ولا في كل الأحوال، بل لابد لصحة إيقاعه وجوازه قانونا أن يكون من يصدر عنه بالغا عاقلا، لأنه بالعقل والبلوغ تكتمل أهلية الأداء التي تتوقف عليها صحة التصرفات وهناك قاعدة اتفق عليها الفقهاء وهي:"كل من صح طلاقه صح خلعه".[1]

[1] - "الدكتور عامر الزبياري" - أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية - صفحة93.

ولأن الخلع طلاق بعوض فإذا جاز الطلاق بلا عوض فمن باب أولى جوازه بالعوض وعلى هذا اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المخالع ما يشترط في المطلق فإذا كان الزوج لا يمكنه إيقاع الطلاق فبالتبعية لا يمكنه أن يخالع زوجته مادام لا يتمتع بالأهلية الكاملة للطلاق.[1]

ولكون الخلع في أصله تصرفا قانونيا يصدر من الزوج والزوجة فهو مركب يصح تجزئته فكما يشترط في الزوج أن يكون أهلا للطلاق، يشترط في الزوجة الملتزمة بالعوض أن تكون أهلا للتصرف المالي وهو ما سنتعرض إليه بشيء من التفصيل في الفقه والقانون.

الفرع الأول: الموقف الفقهي :

اختلف الفقهاء حول شروط ملتزم العوض وبذلك نجم عن هذا عدة آراء:

رأي الحنفية:

قالوا لا يصح للصغيرة أن تلتزم العوض المالي فإذا قال لها الزوج:"خلعتك على عشرين جنيها" وقالت:"قبلت" وهي مميزة تعرف أن الطلاق يوجب الفرقة بينهما ويحرمها من زوجها فإنها تبين منه ولا يلزمها المال، لأنه تبرع والصغير ليس أهلا للتبرعات.

وقد نتساءل هنا: هل للأب أن يختلع ابنته الصغيرة؟ والجواب: أنه إذا اختلعها بمالها أو بمهرها وقع الطلاق و لا يلزمها شيء كما لا يلزم الأب شيء في الأصح، ذلك لأنه معلق على قبوله، ولا يلزمها الأب، وبعضهم يرى أنه معلق بلزوم المال فإذا لم يلزم فلا طلاق، هذا وإذا اختلعها الأب على مالها وهي صغيرة ثم كبرت وأجازت ذلك صح الخلع ولزمها البدل، أما إذا اختلعها بماله فإنه يصح الخلع ويلزمه المال، وكما لا يصح للصغيرة أن تخالع زوجها بمال فكذلك لا يصح للسفيهة، فإذا خالعت زوجها على مال وقع الطلاق ولا يلزمها المال.

---

[1] -"الدكتورعبد الرحمن الجزيري"- كمرجع سابق- صفحة 352

أما عن الكبيرة الراشدة فلا يصح لأحد أن يخالع عنها من مالها بدون إذنها فإذا خالع عنها الأب من ماله بدون إذنها فإنه يصح ويلزمه المال ولا يتوقف على قبولها.

أما إذا كانت مريضة مرضا ماتت فيه وخالعته على مال في ذلك المرض، فإنه يصح بشرط أن يكون في حدود الثلث لأنه تبرع.

أما اشتراط أهلية الزوج المخالع أو المطلق فهي ضرورية فلا يصح طلاق الصغير ولا المجنون ولا المعتوه بخلاف السفيه فإن طلاقه يقع لأنه محجور عليه في التصرف المالي فقط، فهل للأب أن يخالع عن ابنه الصغير؟ والجواب: أنه لا يصح، فلو قالت زوجة الصغير للأب: "خالعني على عشرين جنيها، أو على صداقي نيابة عن ولدك" فقال لها: "خالعتك على ذلك" كان ذلك لغوا من القول لا أثر له، وإذا خالع الصغير زوجته أو طلقها فخلعه أو طلاقه باطل لا يصح، ولا تتوقف صحته على إجازة الولي أصلا ومثله المجنون والمعتوه".[1]

رأي المالكية:

قالوا:لا يصح للصغيرة ولا للسفيهة ولا للرقيقة أن يباشرن مخالعة الزوج بعوض مالي، ومثلهن الأجنبية المتصفة بذه الصفات. فإن خالعهن الزوج على مال وقبضه فلا يصح الخلع ويجب عليه رد المال الذي قبضه إلا إذا أذن الولي أو السيد في الخلع، فإذا أذن فإنه يصح الخلع ولزم العوض .

وهل للمرأة المريضة مرضا مخوفا أن تخالع زوجها على مال، وإذا خالعته هل يقع الطلاق ويلزم العوض أم لا؟

والجواب: أنه يحرم على الزوجين أن يتخالعا في زمن المرض، ولكن إذا وقع الخلع بينهما في مرض الزوجة فإن الطلاق البائن ينفذ ولا يتوارثان ولو ماتت هي في العدة. أما الزوج المريض مرضا خطيرا فإنه إذا خالع زوجته فإن الخلع ينفذ والعوض يلزم ولكنه حرام. إلا أن الزوجة ترث منه إذا مات، سواء

[1] - "الدكتورعبد الرحمن الجزيري" –كمرجع سابق- صفحة- 352-353-354-355.

كانت في العدة أو انقضت عدتها حتى لو تزوجت غيره من أزواج أما هو فلا يرثها إن ماتت قبله لأنه أضاع ما بيده.

أما ما يتعلق بالزوج المخالع فيشترط فيه ما يشترط في المطلّق، ومنها أن يكون مسلما، مكلفا فلا يصح خلع الصبي والمجنون، فهل لأب الصغير والمجنون أن يخالع زوجتيهما؟ والجواب:نعم، يصح بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما، وهل لأب الصغير والمجنون أن يطلق عنهما بغير عوض؟ وفي هذا خلاف. فبعضهم يقول أنه لايصح، وبعضهم يقول أنه يصح إن كان في طلاقه عنهما مصلحة، كما إذا ظهر أخلاق فساد أخلاق الزوجة.

أما السفيه البالغ فيصح أن يتولى الخلع بنفسه، فإن كان المال الذي خالع به يساوي المال الذي يخالع به مثله فذاك وإن خالع بدونه، فإنه يجب على ملتزم العوض أن يكمله له ولكن المال الذي يخالع به السفيه لا يسلم له، بل لا بد من تسليمه لوليه، حتى تبرأ ذمة الزوجة أو ملتزم العوض منه، فلا يجوز لأبيه أن يخالع عنه لأن السفيه البالغ يملك الطلاق.[1]

رأي الشافعية:

قالوا أنه يشترط في ملتزم العوض المالي أن يكون مطلق التصرف في ماله فلا يكون محجوزا عليه حجر سفه، سواء كانت الملتزمة الزوجة أو غيرها. فإذا كان محجوراً عليه لسفه فإنه لا يصح التزامه لعوض الخلع ولو بإذن وليه فإن أذن له وليه وفعل لا يلزمه المال في مثل عوض الخلع.

أما ملتزمة العوض المريضة مرض الموت فيصح أن تخالع زوجها في حدود التصرف في مالها بغير تبرع. فإن كان العوض يساوي مهر المثل، فإنه ينفذ لأن مهر المثل في نظير حل العصمة، فليس فيه تبرع، أما إذا كانت الزيادة على مهر المثل، فذلك يعد تبرعا وفي هذه الحالة ينظر إن كانت الزيادة أقل من الثلث، فإن له أخذها بدون اعتراض وإن كانت أكثر وأجاز الورثة فإنه يأخذها.

---

[1] - **"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" – كمرجع سابق- صفحة 355-356.**

ولهذا يقال أن المريضة مرض الموت مطلقة التصرف في العوض الذي يساوي مهر المثل وما زاد عن ذلك تجري عليه أحكام الوصية.

أما شروط الزوج المخالع فيشترط فيه أن يكون مكلفا فلا يصح الخلع من صبي أو مجنون أو معتوه إلا السكران فيصح خلعه تغليظا عليه أما خلع السفيه المحجور عليه فيصح، ولا يبرأ ملتزم العوض بالدفع للولي إلا إذا قيد أحدهما الطلاق بالدفع له.[1]

رأي الحنابلة:

قالوا يشترط في ملتزم العوض أن يكون أهلا للتصرفات المالية، فلا يصح الخلع بعوض من الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها لسفه، ولو بإذن الولي، لأن مال الخلع تبرع ولا إذن للولي في التبرعات و قد أجازه البعض إذا كان في ذلك مصلحة.

أما شروط الزوج المخالع فهي شروط المطلق فيصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه، فيصح خلع المسلم والبالغ والصبي المميز الذي يعرف معنى الطلاق ويفعله والرشيد والسفيه لأن كل واحد منهم زوج يصح طلاقه فيصح خلعه.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

لم يرد في نص المادة (54) من قانون الأسرة الشروط الواجب توافرها في كل من الزوجة والزوج والتي سبق وأن تناولناها في الفقه، إلا أنه بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضا من أحكامها، ذلك لأن المشرع في نص المادة السابعة من قانون الأسرة نص على أن:"تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة" ولا يكون هذا إلا بأمر من القاضي وهذه المادة تكفينا للتكلم عن شروط الأهلية عند مخالعة الزوج لزوجته أي أن يكون متمتعا بقواه العقلية، وغير محجورٍ عليه طبقا لنص المادة (85) من قانون

[1] -"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" –كمرجع سابق- صفحة 356-357-358-359.

الأسرة والتي تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه، وإلا وقع تصرفه باطلا، ولا ينتج أي أثر لأن الخلع تصرف قانوني ذي أثر مالي يحتاج إلى أهلية التصرف وبغيابا ينوبه وليه طبقا للمادة (2/210) من قانون الأسرة[1].

كما يرى الأستاذ "فضيل سعد" أن الخلع هو:" تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة (203) من قانون الأسرة" [2]، لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه رغم أن الزوجة تفتدي نفسها مقابل هذا الدفع، و لكن ما تملكه بعد ذلك لا يقوّم بمال فهو ليس عوضا لما دفعته. و بالتالي لا يصح اعتباره عقد معاوضة و بذلك فإذا كانت سفيهة محجوراً عليها، فلا تستطيع الالتزام بمبلغ من المال لاعتبار السفيهة في قانون الأسرة الجزائري عديمة الأهلية، كالمجنونة و المعتوهة و الصغيرة عديمة التمييز فإن أرادت أن تخالع نفسها و هي على هذا الحال فإن أباها هو الذي يتكفل بذلك ، و في حالة غياب هذا الأخير، يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له.

و لكن الحال الذي يستدعي النظر هنا هو الزوجة التي أعفاها القاضي من سن الزواج إن أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني – فهل يصح لها ذلك؟ ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية و تصرفاتها تخضع لإجازة وليها طبقا للمادة (83) من قانون الأسرة الجزائري.[3]

كما يجوز للقاضي أن إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج، إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذا بالمذهب المالكي، فمن لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن و باعتماد القاعدة الفقهية "كل من صح طلاقه صح خلعه" فإن من لا يملك الزواج إلا بإذن، لا يملك الخلع إلا بإذن.

---

[1] - تنص المادة 2/210 من قانون الأسرة "وإن كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

[2] - تنص المادة 203 قانون الأسرة "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسعة عشرة (19) سنة و غير محجور عليه".

[3] - تنص المادة 83 "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة(43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له و باطلة إذا كانت ضارة له و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"

أما بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت-هنا عرض الزوجة للمخالعة مقبول – وتكون ملزمة ببدل الخلع، لأنها أهل لجميع التصرفات المالية، فالمرض لا يوجب الحجر إلا إذا تسبب في إضعاف العقل فيحجر عليها عندئذ بحكم قضائي، فأما وقوع الخلع فلأنها عاقلة رشيدة وأما لزوم العوض فلأنها قبلت ما خالعها زوجها عليه.

وفي حالة وفاتها فبدل الخلع يكون لازما على أن لا يتجاوز ثلث التركة و إن 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، و تطبيقا للمادة 204 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى المادة 185 من نفس القانون فإن الثلث يلزم وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة.

المطلب الثاني: صيغة الخلع

لا بد للخلع من صيغة و فلا يصح بالمعاطاة، كأن تعطيه مالاً و تخرج من داره بدون أن يقول لها: "اختلعي على كذا"، فتقول له: "اخلعني على كذا"، فيقول لها: "خلعتك على ذلك"، فالإيجاب و القبول بالقول لا بد منه، أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع، و إن نوى به الطلاق، أو كان به الطلاق متعارفاً.

و في صيغة الخلع و شروطها نتعرض لتفصيل المذاهب في ذلك ثم موقف المشرع الجزائري و ما توصل إليه الإجتهاد القضائي.

الفرع الأول: الموقف الفقهي.

رأي الحنفية:

قالوا بشأن الأحكام التي تتعلق بالصيغة أنه يشترط في صحة القبول من الزوجة أن تكون عالمة بمعنى الخلع و اعتبروا يمينا من جانب الزوج ، فلو ابتدأ الخلع بقوله: "خالعتك على مائة" مثلاً، فإنه لا يملك الرجوع عنه، و كذا لا يملك فسخه، و لا نهي المرأة عن قبوله. و له أن يعلقه على شرط، و يضيفه إلى وقت.

أما الخلع بالنسبة للزوجة فهو معاوضة المال، لأنها تعطي الرجل مالاً ملكاً له في نظير الطلاق، و ذلك معنى المعاوضة بين اثنين، أحدهما يعطي مالاً لغيره على سبيل الملك، و ثانيهما يعطي بدلاً في نظير تمليك ذلك المال، فإذا كان كذلك يصح لها أن ترجع قبل القبول، فلو بدأت الخلع هي، فقالت: "اختلعت نفسي منك بألف"، أو "خالعني على صداقي و نفقة عدتي" فلها أن ترجع قبل أن يقول الزوج: "خالعت على ذلك"، و يبطل بقيام أحدهما عن المجلس قبل القبول، و لا يصح للزوجة أن تعلقه على شرط و لا أن تضيفه إلى وقت.

و يشترط الحنفية: مطابقة الإيجاب للقبول، فإذا قال لها: "أنت طالق أربعاً بثلاث مائة"، فقالت: "قبلت ثلاثاً"، لم تطلق، لأنه علق الخلع على قبولها الأربع، فإذا قبلت ثلاثا لم يتحقق المعلق عليه و إذا قال لها: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، ثم قال: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، ثم قال لها: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، فإنه يقع ثلاث تطليقات بثلاثة آلاف، و هذا بخلاف ما إذا قال لها: "خالعتك و لم يذكر بدلاً"، فقالت: "قبلت"، ثم أعاد لها اللفظ، فقالت: "قبلت"، فإن الثاني لا يقع لأن الأول وقع بائنا فلا يلحقها الثاني.

و الفرق بين العبارتين أن الأول مذكور فيه العوض، فلا يقع إلا إذا قبلت و لما كرره لها بالعوض قبلت، فيقع الثلاث جملة واحدة بالعوض المكرر، أما الثاني فلم يذكر فيه العوض، فلا يتوقف وقوع الطلاق على قبولها متى نواه أو كان بلفظ خالعتك فإنه لا يحتاج إلى نية على قول. و إنما الذي يتوقف على قبولها سقوط حقها، و حينئذ يقع الطلاق باللفظ دون قبولها و هو بائن. فإذا كرره فإن الثاني لا

يلحقه، هذا إذا بدأ الزوج بالعوض، أما إذا بدأت الزوجة بأن قالت: "خالعت نفسي منك بألف" و كررتها ثلاثا، فقال: "قبلت"، فإنه لا يقع إلا بواحدة بألف على الصحيح. [1]

رأي المالكية:

قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن تكون لفظا – بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحاً أو كناية فإذا عمل عملاً يدل على الطلاق بدون نطق، فإنه لا يقع به الطلاق، إلا إذا جرى به العرف.

الشرط الثاني: أن يكون القبول في المجلس، إلا إذا علّقه الزوج بالأداء أو الاقباض فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس. فإذا قال لها: "إن أقبضتني عشرين جنيها أو أديت إلي كذا فأنت طالق"، فإن لها أن تقبضه بعد المجلس، و متى فعلت ذلك بانت منه، إلا إذا طال الزمن بعد الانصراف عن المجلس، بحيث تمكث مدة، يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها على أنه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تقبضه في المجلس فإنه يعمل با فلو قامت من المجلس بطل الخلع فلا تملك طلاق نفسها بالبدل.

الشرط الثالث: أن يكون بين الإيجاب و القبول توافق في المال، فإذا قال لها: "طلقتك ثلاثا بألف" فقالت: "قبلتها واحدة بثلث الألف"، لم يلزمه طلاق، فإن له أن يقول: "إنني لم أرض بطلاقها إلا بألف"، و هذا بخلاف ما إذا قالت له: "طلقني ثلاثا بألف" فطلقها "واحدة بألف"، فإن الطلاق ينفذ و العوض يلزم، و ذلك لأنها تملك نفسها بذا و تبين به فما زاد عليه لم يتعلق به غرض الشارع و لا فائدة لها منه و كذا إذا قالت له: "طلقني واحدة بألف"، فطلقها ثلاثا، فإنه يصح لحصول عرضها و زيادة.[2]

---

[1] - "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" –كمرجع سابق- صفحة 368-369

[2] - "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" –كمرجع سابق- صفحة 370-371

رأي الشافعية:

قالوا: صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية و من كناياته لفظ: بيع و فسخ، فإذا قال لها: "بعتك نفسك بألف" ناويا بذلك الطلاق، فقالت: "قبلت"، كان خلعا صحيحا تبين به، و يلزمها العوض و مثل ذلك ما إذا قال: "فسخت نكاحك بألف"، و في هذه الحالة يكون لفظ الفسخ طلاقا ينقص عدد الطلقات و مثال صريح الطلاق في الخلع أن تقول له: "طلقني على عشرين"، فقال: "طلقتك على ذلك" فإنه يكون طلاقا صريحا بائنا يقع بدون نية، فإذا نوى به أكثر من واحدة لزمه ما نواه، أما إذا قالت له: "أبني على عشرين"، فقال لها: "أبنتك"، فإنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية، و هكذا في كل ألفاظ الكنايات التي تقدمت.

هذا و إذا بدأ الزوج بالطلاق على مال فذكر العوض، كان الخلع عقد معاوضة مشوب و معلق على دفعها للعوض، فلا يقع به الطلاق إلا إذا قبلت، فكأنه قال لها: "إذا قبلت دفع العوض، فأنت طالق" و على هذا يصح له الرجوع قبل قبولها نظراً لجهة العوض.

أما شروط الصيغة فهي:

- أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر و لمن يقرب منه من الحاضرين، و منها أن يكون قبول ممن صدر معه الخطاب، و منها أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق. فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه، فإنه لا يصح، و منها أن لا يتخلل بين الإيجاب

و القبول كلام، و منها أن يتفق الإيجاب مع القبول، فإذا قال لها: "طلقتك بألف"، فقالت: "قبلت بألفين لا يقع شيء"، و إذا قال لها "طلقتك ثلاثا بألف" فقالت: "قبلت واحدة بألف" فإن الثلاث تقع بألف، و ذلك و إن لم يوافق القبول الإيجاب في الطلاق، لكنه وافقه في المال، و الزوجة تملك المال و الزوج يملك الطلاق و قد وافقته فيما تملك، فتلزم به و يلزم بالثلاث.[1]

[1] -"الدكتور عبد الرحمن الجزيري" –كمرجع سابق- صفحة 371-372

رأي الحنابلة:

يشترط في صيغة الخلع عدة شروط:

أولها: أن تكون لفظا، فلا يصح الخلع بالمعاطاة و لو نوى با الطلاق، بل لا بد فيه من إيجاب و قبول.

ثانيها: أن يكون الإيجاب و القبول في المجلس، فإذا قال لها: "خالعتك بكذا" و قام من المجلس قبل قبولها، فإنه لا يصح و كذا إذا قامت هي و لم تقبل.

ثالثها: ألا يضيف الخلع إلى جزء منها، فإذا قال لها: "خالعتك يدك أو رجلك بكذا" و قبلت كان لغواً، و ذلك لأن الخلع فسخ لا طلاق، بخلاف الطلاق الذي يقع عندما يضاف إلى جزء المرأة.

رابعها: أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها: "إن بذلت لي كذا فقد خالعتك" فإن الخلع لا يصح و لو بذلت له ما سماه، بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه، و إذا اجتمع شرطا مع الخلع فإن الخلع يصح، و الشرط يبطل مثل ذلك ما إذا اشترط الخيار، كما قال لها: "خالعتك بكذا على أن لي الخيار أو لك ثلاثة أيام"، فإن الخلع يصح و الخيار يبطل فيقع الخلع فوراً و له الحق في العوض.[1]

من خلال ما سبق تبين لنا إجماع الفقهاء على ضرورة تطابق الإيجاب مع القبول، فيما يخص صيغة الخلع.

إلا أنه لم يتضح لنا في شأن ماذا يتم هذا التطابق، هل يقصد به تطابق الإيجاب و القبول في مبدأ الخلع بحد ذاته؟ أو تطابق ذلك على البدل؟ و بالتالي هل يكون للخلع صفة العقد يستلزم قبول الزوج، أم هو مكنة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟ أم هو حق إرادي تمارس من خلاله الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة؟

اختلفت الآراء حول طبيعة الخلع، فهناك من يعتبره عقداً و هناك من يعتبره مكنة للزوجة و لكل في ذلك حججه.

---

1 - "الدكتور عبد الرحمن الجزيري" - كمرجع سابق- صفحة 373

أما بالنسبة لمن يعتبر الخلع عقد فنجد الدكتور "محمد أبو زهرة" يقول أنه:"عقد ينعقد بالإيجاب و القبول" أي أنه يخضع لمبدأ العقد شرعية المتعاقدين، و في هذه الحالة فلا يوجد إشكال بالنسبة للقاضي لأن دوره ينحصر في تثبيت ما اتفق عليه الزوجان و هذا يأخذ حكم الطلاق بالتراضي و هو ما ذهب إليه الدكتور "عبد الرحمن الصابوني" في تعريفه للخلع على أنه:"إنهاء للحياة الزوجية بين الزوجين أو بالتراضي أو بحكم القاضي، على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغ من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهراً".

و قد عرفه الأستاذ" غوتي بن ملحة" على أنه:"عقد اتفاقي يستلزم عرض الزوج و قبول الزوجة".

أما بالنسبة لمن يعتبر الخلع مكنة للزوجة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فقد ذهب الإمام مالك في مدونته في جزئها الخامس إلى شرح الحالة التي تستطيع فيها الزوجة الكارهة أن تلجأ إلى القاضي للمطالبة بالخلع، هذا الأخير يعين حكمين للصلح بين الزوجين فإن لم يتوصلا إلى الإصلاح ، فرق القاضي بينهما بغير رضا الزوج. [1]

و جاء في شرح الزرقاني ما نصه:"فإن تعذر الإصلاح فإن أساء الزوج طلق بلا خلع إن لم ترض بالمقام معه و بالعكس فإن كانت هي المسيئة فقد ائتمانه عليها و خالعناه منها، بقدر المخالع له ولو زاد على الصداق."

في حين ذهب ابن رشد في بداية المجتهد إلى أن:"الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من طلاق" و بذا اعتبر أن للمرأة حق فك الرابطة الزوجية بالخلع في مقابل حق الطلاق الذي منح للزوج.

و عليه فإن الزوجة تتمتع بحق خالص في إنهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه للزوج، فإذا قبل ذلك انعقد الاتفاق بينهما، أما إذا رفض فينشأ تبعا لذلك حق إرادي يسمح لها بإنهاء العلاقة الزوجية، و من ثمة فلا يملك القاضي حق رفض طلب التفريق بالخلع و ليس له أية سلطة تقديرية في ذلك. [2]

1- موطأ "الإمام مالك"- الجزء الخامس -صفحة 05.

2-"الأستاذ زودة عمر"-كمرجع السابق- صفحة 60.

و هذا استنادا لقوله سبحانه و تعالى: **{لا جناح عليهما فيما افتدت به}** و لقوله -صلى الله عليه و سلم-: "**.... اقبل الحديقة و طلقها تطليقة**" و الذي جاء بصيغة الأمر و مما يدل أن الخلع حق للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج.

موقف المشرع الجزائري:

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض في المادة (54) منه، لمسألة الصيغة و شروطها تاركاً ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له، تطبيقا لنص المادة (222) التي تنص على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

حتى أن المادة (54) بنصها على أنه "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإذا لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم" لم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عمليا، فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط لإيقاع الخلع.و منهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضى.

و قد انقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين:

1. الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

هذا الاتجاه يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا و قد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها:

- القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 تحت رقم 51728 و الذي جاء فيه:" من المقرر فقهاً و قضاءاً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و أنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج و من ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقه، و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق و لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها

دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرق للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع و متى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالته". [1]

- القرار الصادر بتاريخ 1991/04/03 و تحت رقم 73885 جاء فيه:"من المقرر شرعا و قانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع و خطأ في تطبيق القانون"[2].

2. الاتجاه الذي لا يشترط رضى الزوج بالخلع:

هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع و قد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها:

- القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 و الذي جاء فيه:"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع المال و قدره و في حالة عدم اتفاقهما 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 للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعا. و عليه فإن قضاة الموضوع –في قضية الحال- لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك رفض الطعن"[3]

- القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 216239 و الذي جاء فيه :"الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، و من ثمة فإن قضاة

---

[1] **-القرار الصادر** في **21-12-1988 رقم الملف 51728 المجلة القضائية لعام 1990 – العدد الثالث- الصفحة 32.**

[2] **-القرار الصادر** في **03-04-1991 المجلة القضائية لعام 1993 – العدد الثاني- الصفحة 55.**

[3] **- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 92/07/21 ملف رقم 83603- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 – العدد الخاص صفحة 134**

الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن" [1]

- من خلال العرض السابق للآراء الفقهية و سكوت المشرع الجزائري و عدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضى الزوج، فإننا نرى أن الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج كرسته الشريعة الإسلامية، و هو ما اهتدى إليه المذهب المالكي المعتمد في القانون الجزائري و الذي سبق و أن وضحنا رأيه في المسألة من جواز الخلع دون الأخذ برضى الزوج، وقد صدر عن المحكمة العليا –غرفة الأحوال الشخصية- قرار تحت رقم 141262 المؤرخ في 1996/07/30 و الذي قضى :" أن طعن الزوج بالخلع إنتهى إلى قبوله شكلا و رفضه موضوعا، إستنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء، و ليس عقدا رضائيا بين الزوجين"[2] و بالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع و تعذر إعادة الوفاق بين الطرفين، و يبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين.

المطلب الثالث: بدل الخلع.

إن الخلع كما سبق: هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدى به الزوجة نفسها. فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع. و بدونه لا يتحقق، فإن قال الزوج لزوجته: "خالعتك" و سكت لم يكن ذلك خلعاً، و إن نوى الطلاق كان طلاقاً رجعياً. و إذا لم ينو شيئا "لم يقع به شيء لأنه من ألفاظ الكناية التي تفتقر إلى النية".

فبدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها و خلاص نفسها منه.

---

[1] - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 99/03/16 ملف رقم 216239- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 – العدد الخاص صفحة 138

[2] -القرار الصادر بتاريخ 1996/07/30 تحت رقم 1141262 –غير منشور – مأخوذ عن كتاب الأستاذ "زودة عمر" – المرجع السابق- صفحة 159.

فما حكم أخذ الزوج لبدل الخلع؟ و ما يصح أن يكون بدلا؟ و ما يشرط غيره؟

و للإجابة عن هذه الإشكاليات نتناول ذلك على ضوء كل من الفقه و القانون و كذا اجتهادات المحكمة العليا.

الفرع الأول: الموقف الفقهي.

1. حكم أخذ الزوج لبدل الخلع:

يجوز شرعاً أن يأخذ الزوج مالاً أو ما يقوم مقامه في نظير خلاص الزوجة منه، و لا إثم عليه في ذلك لقوله تعالى:"فلا جناح عليهما فيما افتدت به" فإذا كان البدل مساوياً لما دفع للزوجة من مهر حل له أخذه. أما إذا كان أقل من قيمة المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى و هذا بإجماع الفقهاء. إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان البدل أكثر مما قدم إليها من مهر، و في هذا الشأن كان لكل مذهب رأيه.

رأي الحنفية:

انقسم الحنفية إلى روايتين أولاهما: أن أخذ الزيادة جائز، لا شيء فيه، لإطلاق الآية السابقة:"فلا جناح عليهما فيما افتدت به" و التي رفعت الجناح عنهما في الأخذ و العطاء من الفداء، من غير فصل بين ما إذا كان هذا البدل مساوياً للمهر أو زائدا عليه.

و استدلوا على رأيهم بقوله تعالى**{ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}**[1] إذ أن الآية نفت الجناح (الإثم) عن الرجل فيما يأخذ من فدية (بدل الخلع) قل أو كثر، و استدلوا بقصة الربيع بنت معوذ-رضي الله عنها- فقد شكت إلى عثمان -رضي الله عنه- زوجها و أنها انفلتت منها كلمة "أنا أفتدي بما لي كله"، فقال الزوج: "قد قبلت" قال عثمان:"خذ منها" فأخذ مالها كله، و في رواية أخرى أنه ورد عن الربيع بنت معوذ قالت: "قلت له لك كل شيء و فارقني"، فقال: "قد فارقت"، فأخذ و الله كل شيء ، فجئت و هو محصور فقال:"الشرط أملك خذ حتى عقاس رأسها" [2]

---

[1] - سورة البقرة الآية 229

[2] - العقاس: جمع عقسة و هو ما يربط شعر الرأس بعد جمعه

ولأن الخلع معاوضة والبدل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين فإن الزيادة التي تعطيها الزوجة من مالها تكون عن طيب خاطر لقوله تعالى: **{وَآتُواْ النِّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً }** "[1]

وثانيهما: أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة:"فلا جناح عليهما فيما افتدت به" لأن آخر الآية مردود إلى أولها والتي تنهى الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما آتوهن من مهور، واستثنى منها الأخذ في حالة ترك إقامة حدود الله. ويؤيد ذلك ما جاء في حديث امرأة قيس بن ثابت أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم- قال:"أتردين عليه حديقته؟" فقالت: "نعم وزيادة"، فقال: "أما الزيادة فلا" وبذلك نهى الرسول –صلى الله عليه وسلم- عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها.[2]

رأي الجعفرية:

يرى الجعفرية أنه إذا كانت الكراهة من قبل الزوج وحده و بذلت له الزوجة المال ليخالعها "لا يصح الخلع كما لا يحل له البدل، و عند وقوع النـزاع بينهما يجوز الخلع على بدل تدفعه الزوجة، لكن إذا كانت الكراهة من جانبهما جاز له أن يخالعها على أكثر مما أعطاها من المهر، و إن كانت منهما معاً لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها" [3].

رأي الشافعية:

يرى الشافعية أنه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على صداق أو على بعضه أو على مال آخر. و لا فرق أن يكون البدل عيناً أو ديناً أو منفعة و ضابطه أن "كل ما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون عوضاً في الخلع لعموم **قوله تعالى: { فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}**[4]

---

[1] - سورة النساء الآية 4

[2] - "الدكتور محمد مصطفى شلبي"- كمرجع سابق- ص 570-571

[3] - الدكتور " محمد مصطفى شلبي"- كمرجع سابق- ص 571

[4] - سورة البقرة الآية 229

رأي المالكية:

يرى المالكية أنه لا يحل للزوج شرعاً أن يأخذ شيئاً من زوجته إذا كان سبب النشوز منه، و إن أخذ وجب عليه أن يرده إليها، و إن التزمت بشيء في مقابل الخلع سقط عنها التزامها [1] و استدلوا في رأيهم بقوله تعالى: **{وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُن}** [2] و قوله تعالى: **{ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا}** [3].

1. ما يصح أن يكون بدلاً للخلع و شروطه:

كل ما صح أن يكون مهرا صح أن يكون بدلاً في الخلع، و لا تقدير فيه باتفاق جمهور الفقهاء، فيصح أن يكون من النقد أو العقار أو المنقول، كما يصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج أو منفعة تقوم بمال، كما يصح أن يكون بإرضاع الزوجة لولدها منه مدة معينة، أو على حضانته المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها أو تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة و عليها الوفاء بذلك، فإن امتنعت عن القيام بما التزمت أو عجزت عن ذلك كان لمن خالعها الرجوع عليها فيما يقابل المدة الباقية.[4]

و إذا لم يستوف الزوج ما اتفق عليه يرجع على الزوجة ببقية حقه أو على ورثتها إن ماتت أثناء المدة المتفق عليها.

و إذا خالعها على ما يعتقد أنه حلال و تبين أنه حرام كما لو قالت له: اخلعني على ما في هذا الإناء من الخل، فتبين أنه خمر، قال الإمامية و الحنابلة: يرجع عليهما بمثله خلاً، و قال الحنفية: يرجع عليها بالمهر المسّمى، كما أضاف الشافعية: يرجع عليها بمهر المثل.

---

[1] -"الدكتور أحمد محمود الشافعي"- الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الاسلامية- دار الهدى للمطبوعات- الإسكندرية. 1997 صفحة 77

[2] - سورة النساء الآية 19 .

[3] - سورة البقرة الآية 231.

[4] -" الدكتور محمد مصطفى شلبي"- كمرجع سابق- ص 565-566

أما إذا خالعته على مال باعتقاد أن البدل ملك للزوجة، فظهر أنه لغيرها، قال الحنفية و الامامية: "إذا أجاز المالك صح الخلع و أخذ الزوج المال و إن لم يجز كان البدل له من المثل أو القيمة"، كما قال الشافعية: له مهر المثل استنادا إلى ما هو مقرر عندهم من متى ذكر البدل الذي لا يصح بدلاً يبطل و يثبت بمهر المثل، و قال المالكية: يقع الطلاق بائن و يبطل العوض.

و ليس للمطلق شيئاً حتى و لو أجاز المالك [1] و أضافوا أنه يشترط في العوض أن يكون حلالاً، فلا يصح الخلع على خمر أو خنزير أو مال معصوب مثل المسروق فإذا خالعته على شيء من ذلك وقع الطلاق بائنا، و يبطل العوض، فإن كان مغصوباً وجب عليه أن يرده إلى صاحبه، فإن كان خمراً وجبت عليه إراقته، و إن كان خنزيراً وجب قتله و قيل يسّرح و لا شيء للزوج على الزوجة في مقابل ذلك.

- أما إذا خالعته على شيء بعضه حلال و بعضه حرام، كما إذا خالعته على خمر و ثوب فإن الخلع ينفذ و العوض يبطل، فلا شيء للزوج مطلقا [2] أما لو علمت الزوجة بالحرمة دون الزوج فلا يلزمه الخلع.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

لقد نصت المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري: " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

لم تبين هذه المادة ما يصح أن يكون بدلاً للخلع و شروطه مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه، لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا، باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، و المال يمكن أن يكون من النقود و الأوراق المالية المعروفة و المتداولة و كذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقداً أو عيناً، و بعبارة فقهية أكثر دقة:"أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل

---

[1] -"الدكتور عبد الكريم شهبون" – كمرجع سابق – ص 268.

[2] -" الدكتور عبد الرحمن الجزيري" – كمرجع سابق – ص 362.

خلع"، و لهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع و الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعاً و قانوناً.

و لكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا، لأن الحضانة هي حق للمحضون، و ليس للزوجة حق الغير بدلاً للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه.

و في جميع الأحوال يجب أن يكون في مقابل الخلع معلوماً و متفقاً عليه بين الزوجين.

- أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع و لم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب آداؤه فيحكم بالطلاق خلعاً مقابل مال لا تتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة.

و قد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع من خلال عدة قرارات منها ما ورد في القرار المؤرخ في 26 ماي 1968 عن المجلس الأعلى سابقا، و الذي جاء فيه:

"إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع و ليس على مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناءاً على صداق مؤجل و ما ثبت لهم من ظلم يراه المجلس الأعلى أنه ينجر عنه الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج بدون حاجة إلى اشتراط أدائه فوراً، إذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعه كما يسوغ أن يكون الشيء غير موجود وقت الاتفاق" [1]

- كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 22-04-1985 تحت رقم 36709 جاء فيه:"من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع و من ثمة يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق.

---

[1] - **قرار منشور** في مجموعة **الأحكام القضائية – الجزء 1**

و تأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها و اشترط الزوج مبلغاً قدره خمسين ألف دج (000 50دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع و طلبهما له معاً" [1]

و خلال تربصنا الميداني لدى محكمة سيدي بلعباس و مجلسها القضائي عاينا بعض التطبيقات حول الخلع من أمثلتها:

- الحكم الصادر في 2000/06/04 و الذي تتلخص وقائعه فيما يلي:

رفعت المدعية (ع م) دعوى في 2000/04/02 ضد (ق م) جاء فيها أنها تزوجت به في 1998/07/08 و صدر حكم بشع ضدها عن محكمة سيدي بلعباس في 2000/01/16 قضى بإرجاعها إلى بيت الزوجية و لم يسع الزوج إلى إرجاعها و طلبت في دعواها التطليق.

و في عريضة إضافية اقترحت أن تدفع للمدعى عليه قيمة صداقها المقدرة بـ عشرين ألف دينار جزائري بدلا للخلع (000 20دج) في حين طلب المدعي عليه الرجوع إلى بيت الزوجية و احتياطيا في حالة تمسكها بالخلع فله الحق في صداقها المتمثل في سلسلة ذهب قيمتها ألفي دينار جزائري (2000دج) و تعويضا قيمته خمسة آلاف دينار جزائري (5000دج) و سبعيات بـ ثلاثين ألف دينار جزائري (30.000دج) و سلسلة قيمتها سبعمائة دينار جزائري (700دج).

و في جلسة الصلح تم الاتفاق بين الزوجين على مبلغ عشرين ألف دينار جزائري(000 20دج) كبدل للخلع و سلسلة كتاب.

فحكم قاضي الأحوال الشخصية لمحكمة سيدي بلعباس المرفوعة أمامه الدعوى حضوريا علنيا ابتدائيا نهائيا بالطلاق بالتراضي بين الطرفين على أساس الخلع، و الإشهاد أن المطلق تسلم مبلغ قدره

---

[1]- القرار الصادر بتاريخ 1985/04/22 تحت رقم 36709- المجلة القضائية لسنة 1989- العدد الأول- صفحة 92

عشرين ألف دينار جزائري (000 20دج) نقدا و سلسلة كتاب مقابل خلعها و سلمتها المطلقة بالجلسة و بحضور دفاعها و الإشهاد بأنها تنازلت عن باقي حقوقها.[1]

وفي قضية أخرى عرضت على محكمة سيدي بلعباس في سنة 1991 و تتلخص وقائعها فيما يلي:

رفعت السيدة (ع ز) أمام محكمة سيدي بلعباس في 1991/06/15 دعوى مخالعة ضد المدعى عليه (ع ق) الذي كانت تزوجت به في 1990/08/08 و عرضت عليه مقابل خلع قدره عشرة آلاف دينار جزائري (000 10دج) و طلبت نفقة إهمال شهرية قدرها ستمائة دينار جزائري (600دج) تسري من تاريخ 1990/10/18 إلى غاية النطق بالحكم و نفقة عدة قدرها ثلاث آلاف دينار جزائري (3000دج) والتمست تمكينها من أثاثها و ذكرت قائمة الأثاث المتروك في بيت الزوجية مؤسسة طلبها على فساد أخلاق المدعى عليه و سوء طباعه في مضجع الزوجية.

في حين فند المدعى عليه أقوال المدعية بخصوص فساد أخلاقه، و تمسك برجوعها إلى بيت الزوجية و التمس احتياطيا قبول طلبها المتعلق بالخلع لكن بمقابل قدره ستين ألف دينار جزائري (000 60 دج).

و لم تفلح محاولة الصلح بين الطرفين إذ تمسكت الزوجة بمخالعة نفسها و تغيب المدعى عليه عن حضور هذه الجلسة، و جاءت حيثيات الحكم كما يلي:

"حيث أن الخلع عقد رضائي بين الطرفين و قد عرفه الفقهاء بأنه عقد إتفاقي و ثنائي الأطراف يكون عادة بعرض الزوجة لمبلغ من مال معلوم ممن تقوم شرعا، مقابل طلاقها و بقبول صريح من الزوج لهذا العرض و قد ورد ذكره في المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري بدون تفصيل تاركا المشرع للمحكمة إمكانية الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة(222) من قانون الأسرة "

فعرف هذا الحكم الخلع و كيفه فقها و قضاءاً ثم بين أصله في القرآن و في السنة كما يلي:

---

[1] - **حكم محكمة سيدي بلعباس صادر** في **2000/06/04**

"حيث أن أصل الخلع ما جاء في قوله تعالى: **{ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ }**[1]

حيث أن أصل الخلع ما جاء في أحاديث الرسول -صلى الله عليه و سلم- منها حديث الحافظ الذي أخرجه "البراز" من حديث "عمر" و كذا في موطأ "الإمام المالك" عن" يحيى بن سعيد" عن" عمرة بنت عبد الرحمن بن زرارة".

كما عرفه و كيفه على ضوء المذهب المالكي في إحدى حيثياته: "حيث أنه جاء في بداية المجتهد للفقيه المالكي "ابن رشد" ما يلي: و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من طلاق فأنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذ فرك المرأة جعل الخلع للمرأة.

ثم رجع إلى القضية المعروضة عليه و كّيف الوقائع على أن عرض الزوجة لمقابل الخلع و إبداء الزوج معارضته في طلب الرجوع قدم طلبا احتياطيا مبينا رغبته في الخلع بمقابل ستين ألف دينار جزائري (000 60دج) أي ست مرات (6) ما عرضته زوجته و هو ما جعل القاضي يستنتج قرينة على أن الطرفين متفقين على مبدأ المخالعة، لكنهما اختلفا حول مقدار بدل الخلع، ثم رجع إلى أحكام الشريعة لتعريف و تحديد مقابل الخلع فجاء في إحدى حيثياته:" حيث أنه ثبت عن الرسول -صلى الله عليه و سلم- أن مبلغ المخالعة يكون في حدود مقدار الصداق الذي أداه الزوج لزوجته يوم الزواج منها، و إن كان هناك أقوال بأخذ الزيادة. إلا أن معظم الفقهاء كرهوا ذلك.

ثم رجع إلىالمادة (54) من قانون الأسرة التي منحت للمحكمة سلطة تقدير البدل في حالة عدم الإتفاق عليه بما لا يجاوز صداق المثل وقت الحكم، و بالتالي فإن طلب الزوج لمبلغ ستين ألف دينار جزائري (000 60دج) كبدل للخلع، مبالغ فيه و عرض الزوجة لمبلغ عشرة آلاف دينار جزائري (000 10دج) مجحف في حقه مما أدى إلى تقديره بما يعادل صداق المثل، و حدده القاضي آنذاك بمبلغ عشرين ألف دينار جزائري (000 20دج) تلتزم الزوجة بأدائه مقابل خلع نفسها منه.

---

[1] **-سورة البقرة الآية 229.**

و بالنسبة لتوابع الخلع حكم القاضي بعدم استحقاق الزوجة المختلعة لمؤخر الصداق و النفقة الواجبة، و رفض طلبها المتعلق بنفقة الإهمال و نفقة العدة لبينونة المدعية، و إلزام الزوج المخالع بتمكين مخالعته من الأثاث، لأنه أقر قائمته.

المبحث الثالث: آثار الخلع

إن الخلع اعتباره أحد طرق فك الرابطة الزوجية لطلب من الزوج يرتب آثارا منها ما يتعلق الجانب الإجرائي المتمثل في طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأنه و منها ما يتعلق بالجانب الموضوعي المتمثلة في توابع الخلع و تتناول هذا المبحث ضمن مطلبين

المطلب الأول :طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع

تنتهي دعوى الخلع إلى صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية لكن يثار التساؤل بشأن طبيعة الأحكام الفاصلة فيه، إن يستشق من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا عند نظر الطعون المعروضة عليها بشأن الأحكام و القرارات الصادرة عن المحاكم و المجالس القضائية الفاصلة في الخلع انقسامها إلى اتجاهين :الأول يقبل الطعن بالإستئناف في أحكامها و الثاني لا يقبل الطعن فيها بذلك.

الإتجاه الأول:أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أحكام الخلع تصدر إبتدائية نهائية إستنادا إلى المادة (57) من قانون الأسرة التي تنص :"الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدافي جوانبها المادية" إضافة إلى ما أوردته المادة(48) أيضا و التي اعتبرت الخلع طلاقا و بذلك فهو غير قابل للإستئناف.

و بالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوي الخلع غير قابلة للإستئناف و ذلك عندما يطعن بالنقض في الأحكام الإبتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه، كما تقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الإستئنافات المرفوعة ضد أحكام الخلع وانتهت تلك الطعون بالنقص إلى قبولها شكلا و رفضها موضوعا.

و قبول المحكمة العليا الطعن بالنقص مباشرة يؤكد أنها تعتبر أحكام الخلع نهائية.

و قد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30 جولية 1996 تحت رقم 141562 فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر في 14 ديسمبر 1994 عن محكمة الحراش مجلس قضاء الجزائر

العاصمة إلى قبوله شكلا و رفضه موضوعا، إستنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الإقتضاء و ليس عقد رضائيا بين الزوجين [1]

لكن على جانب هذا الإتجاه يوجد اتجاه معاكس لذلك و هو ما سنراه فيما يلي:

الإتجاه الثاني: أحكام الخلع قابلة للإستئناف

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالإستئناف، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالإستئناف إنتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بالتفريق بالخلع.

كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم محكمة الدرجة الأولى و بعضها الآخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى و صرح من جديد بالتفريق بالخلع و تكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنيا بجواز الطعن بالإستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى إلى اللافت للإنتباه أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعاوى الخلع يجري على درجة واحدة لتصرحت بنقض القرار المطعون فيه و بدون إحالة.[2]

و نحن نرجع هذا الإتجاه باعتباره الأقرب إلى الصواب ذلك أن كه الزوجة لزوجها في فترة ما و لظروف مؤقتة يجعلها تبغضه و لا تطيق عشرته تدفعها لمخالعته إلا أنه و بزوال تلك الظروف قد تتدارك خطأها و تندم على طلبها عندما يبرز لها جليا تفاهة تلك الأسباب التي دفعتها لطلب الفرقة و الإنفصال و هذا نظرا للفطرة الإنسانية التي زرعها الله في نفس الرجل و المرأة لاسيما هذه الأخيرة التي تغلب عليها العاطفة و الرجعة أشد لها حفاظا على تكامل الأسرة هذا من جهة و من جهة أخرى فقد أجمع الفقهاء المسلمون على اعتبار الخلع طلاقا بائنا استنادا إلا قوله -صلى الله عليه و سلم- **:"إقبل**

---

[1]-الأستاذ "عمر زودة" -كمرجع سابق صفحة 162.

[2]-الأستاذ "عمر زودة"-كمرجع سابق صفحة 161.

الحديقة و طلقها تطليقة" و اعتبروها بينونة كبرى لتناقض البدل مع الرجعة حتى و لو اشترط الزوج الرجعة في الخلع، فإنه في نظر الفقهاء يصح الخلع و الشرط يبطل و في رأينا أن البينونة المقصودة هي البينونة الصغرى إذ يمكن للزوج مراجعة مختلعته بمهر و عقد جديدين لكل هذا جعل حكم الخلع ابتدائيا قابلا للإستئناف.

أما البينونة الكبرى فتكمن فقط في التفريق باللعان و كذا الطلاق المكمل للثلاث.

المطلب الثاني:توابع الخلع

أورد قانون الأسرة الجزائري آثار فك الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان آثار الطلاق و تندرج آثار الخلع في هذا الفصل باعتباره طريقا من طرق حل الرابطة الزوجية مع اختلافات ينفرد با الخلع و تتمثل هذه الآثارفي التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع و اعتدادها و نفقة عدتها و سقوط الحقوق الزوجية بالخلع.

الفرع الأول :الآثار التي ينفرد بها الخلع

1. إلتزام المختلعة تسديد بدل الخلع:

متى وقع الإيجاب و القبول على المخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به إلتزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء كان البدل المتفق عليه أو المحكوم به قضاءا أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق و أقل العموم قوله تعالى: **{ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ }** إن هو عام في كل ما تعطيه الزوجة فداء لزوجها قليلا كان أم كثيرا زائدا عن المهر أو أقل منه.

2. اعتداء المختلعة:

اختلف الفقهاء على عدة المختلعة على قولين:

القول الأول: أن المختلعة تعتد بثلاثة قروء لعدة المطلقة و به قال "أبو حنيفة" و "مالك" و "الشافعي" و "أحمد" في رواية لهم و استدلوا على ذلك بمايلي:

قوله تعالى**{وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ }**[1] و ما دام الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية.

قال أبو داود حدثنا القصنبي عن مالك عن شافع عن ابن عمر أنه قال:عدة المختلعة عدة المطلقة"

القول الثاني: المختلعة تعتد بحيضة واحدة، و ذهب إليه ابن تيمية و ابن قيم و هي رواية معتمدة عن أحمد واستدلوا في ذلك :

- روى أبو داود عن ابن عباس أنه قال:"إن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي -صلى الله عليه و سلم- فأمرها أن تعتد بحيضة.
- و روى عن "الربيع بنت معودبن عفراء": أن ثابت بن قيس ضرب امرأته 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**".

من خلال القولين يمكن أن نقول أن الأرجح هو الإعتداد بثلاث حيضات و ذلك لعموم الآية الكريمة المذكورة أعلاه، ما أن الحكمة من جعل العدة ثلاث حيضات هو الإحتياط لماء المطلق حتى يغلب على الظن بتكرر الحيض ثلاث مرات أن الرحم لا يشتمل على حمل منه، و دلالة ثلاثة حيضات أبلغ من دلالة حيضة واحدة.

و كذا المادة (558) من قانون الأسرة الجزائري نصت أن المشرع جعل من عدة المطلقة المدخول با ثلاثة قروء و ما دام لم يرد استثناء في ذلك على المختلعة فإنها تعتد هي أيضا بثلاثة قروء لاعتبارها في حكم المطلقة تطبيقا لعموم النص، و و يستتبع ذلك أن اليائس من المحيض تعتد بثلاثة أشهر و الحامل بوضع الحامل.

---

[1] - **سورة البقرة الأية 228**

3. 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 بذا الزواج، و في سقوط هذه الحقوق المالية من عدم سقوطه ثلاثة آراء:

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 بذا اللفظ أو بلفظ المبارأة 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 بالإتفاق و مثل ذلك حق الطفل في الحضانة و أجرة الرضاعة غير أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع[1].

[1] - "الدكتور محمد مصطفى شلبي" - المرجع السابق صفحة 572.

الرأي الثاني :

ترى الجعفرية أن الخلع لا يسقط به أي حق و لا يوجب به إلا ما اتفق عليه الزوجين، بأي لفظ وقع لأنه شبيه بالمفاوضة، و لأن كلا من لفظي الخلع و المبارأة 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 الخلع بلفظ الخلع، و بينما إذا وقع بلفظة المبارأة ففي الأول لا يجب إلا ما اتفقنا عليه و في الثاني لا تسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجة، مع ما اتفق عليه فهو في الأول مع الجعفرية و في الثاني مع الحنفية و وجه التفرقة أن المبارأة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه و هي لم تقيد شيء دون غيره فتحمل على الإيداء كل ما يتعلق بالزواج، أما لفظ الخلع و ما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى إن اقتصر فيه على ما اتفق عليه[1]

يتضح مما سبق أن المسألة اجتهادية 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 قانون الأسرة تجعل فترة تقدير العوض من سلطة القاضي في حالة عدم اتفاق الزوجان عليه، و هنا ورد اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 1968/05/22 جاء فيه "من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، و ليس مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة التقديرية لتحديده بناءا على الصداق المعجل و ما ثبت لديهم من الظلم".

[1] - ا"الدكتور محمد مصطفى شلبي"-المرجع السابق صفحة 573.

ورد في حكم محكمة النقض السوري "يجب أن يحد الإبراء في عقد المخالعة الحقوق التي يشملها و لا يصح استنتاج ذلك استنتاجا .

و يتضح ن اجتهاد المحكمة العليا و محكمة النقض السورية يتماشى و الفقه الحالي الذي يرى أن الخلعه لا يسقط حق من الحقوق إلا ما اتفق عليه باعتباره كالطلاق على مال.

الفرع الثاني: الآثار العامة

و هي الآثار التي يشترك فيها الخلع مع الطرق الأخرى لفكم الرابطة الزوجية فهذه الآثار تخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه، و على القاضي الإيتجابة لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام كالحضانة، و نفقة المحضون و سكناه التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه و نظرا سبق التفصيل فيه نتعرض لها بإيجاز و هي:

1. نفقة العدة:

كل مختلعة معتدة تستحق نفقة من مال مخالعها طيلة مدة عدتها و يجب على الخالع أن يتحمل نفقة العدة و على المحكمة أن تحكم با و تحدها إجماليا أو شهريا إذا طلبت ازوجة ذلك و لمتنازل عن حقها هذا صراحة أمام القاضي طبقا لنص المادة من قانون الأسرة "و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق" و على القاضي أن يراعي في تقدير نفقة العدة حال الزوجين و تجدر الإشارة إلى أن نفقة العدة يمكن أن تكون بدلا للخلع و بالتالي يسقد هذا الحق و ليس المطالبة به.

2. نفقة الإهمال :

نصت المادة (74) من قانون الأسرةبأن نفقة الزوجة واجبة علىزوجها الدخول با فإذا قدمت المختلعة ما يثبت أن مخالعها لم ينفق عليها يحق لها طلب نفقة الإهمال، تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع و تقدر نفقة الإهمال حسب مقدور الزوجين و هي شهرية.

3. الحضانة:

عرفت المادة (62) من قانون الأسرة الحضانة بأنها "رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته ةوحفظه صحة و خلقا" و يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق بين الزوجين ينشأ حق الأم في طلب حضانة الأولاد لأنها أولى، ثم يليها من هم أحق بالحضانة و بعدها حسب نص المادة (64) من قانون الأسرة و على القاضي ذكر بقاء الحضانة إلى حين سقوطها قانونا لسبب من الأسباب أو وجوب مانع و تنتهي حضانة الولد ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج ما لم تتزوج الأم ثانية.

4. نفقة المحضون:

إن مسألة نفقة المحضون و سكناه تضمنتها المادة (72) من قانون الأسرة "نفقة المحضون و سكناه من ماله الخاصة إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيء له سكنا" فإذا كان للمحضون مال خاص به فذلك، و إلا تعين على القاضي الحكم للوالد بالنفقة على محضونه، كما يجب على الأب توفير مسكن له فإذا لم يستطع ذلك، يقوم بدفع أجرة السكن حسب مقدور الأب، تبدأ من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا.

5. حق الزيارة:

في مقابل الحكم للأم بالحضانة، يحكم القاضي بحق الزيارة للأب، تلقائيا دون أن يطلبها، لأنها من النظام العام، و يحدد في الحكم أوقات و أماكن الزيارة.

المبحث الرابع: الفرق بين التطليق و الخلع.

يتحد التطليق و الخلع في كونهما طريقان لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أقرهما الشرع و القانون، إذ يجد كليهما أساسه في الشريعة الإسلامية السمحاء بكل مصادرها، كما كرّسهما التشريع الجزائري على غرار باقي تشريعات الدول العربية و الإسلامية، و يعد كل منهما طلقة بائنة، تنقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج، و لا يثبتان إلا بحكم قضائي ابتدائي يفصل في طلب الزوجة المرفوع أمام القضاء و يحدد الآثار و التوابع المنجرة عن إنهاء العلاقة الزوجية بواسطتهما، إلا أنهما يختلفان من أوجه عدة نبينها ضمن هذا المبحث الذي يشتمل على أربعة مطالب و هي:

المطلب الأول: من حيث الماهية:

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرّف كل من التطليق و الخلع ضمن المادتين (53) و (54) منه، كما أنه لم يحدد صيغة أو ألفاظ خاصة بالتطليق على عكس الخلع الذي اشترط فيه لفظ المخالعة دون الألفاظ الأخرى الدالة عليه و الواردة في الشريعة الإسلامية، كالمبارأة و المفاداة و المباينة و الصلح و المفاسخة، فإذا لم تستعمل الزوجة لفظ المخالعة لا يقع الخلع، و إنما تكون في وضعية قانونية أخرى، فاعتبر البعض أن غياب لفظ "الخلع" مع وجود المال لا يعتبر خلعاً، و إنما يكون طلاقاً على مال، في حين ذهب المالكية و الشافعية إلى أن وجود المال مهما كان اللفظ المستعمل من أحد الزوجين هو خلع، و زاد المالكية عن ذلك بأن الخلع يتحقق و لو لم يذكر المبلغ المالي.

فالخلع تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، و عليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة (203) من قانون الأسرة لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمها، رغم أن الزوجة تملك نفسها مقابل دفعه و هذا ما لا يشترط في التطليق.

و لقد شرع التطليق لرفع الضرر عن الزوجة بحكم من القاضي، في حين شرع الخلع لها لافتداء نفسها مقابل عوض مالي نتيجة كراهتها لزوجها، و خشيتها من عدم إقامة حدود الله مصداقا لقوله تعالى:"**فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله، فلا جناح عليهما فيما افتدت به**" [1].

المطلب الثاني: من حيث الأساس:

نص المشرع الجزائري في المادة (53) قانون الأسرة ، على جواز طلب التطليق من طرف الزوجة و لكن قيدها بأسباب منصوص عليها في ذات المادة و هي سبعة:

- التطليق لعدم الإنفاق.
- التطليق للعيب.
- التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- التطليق للحكم بعقوبة شائنة مقيدة للحرية لمدة أكثر من سنة.
- التطليق للغيبة.
- التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً.
- التطليق لارتكاب فاحشة مبينة.

بينما اكتفى في المادة (54) من نفس القانون بالنص على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون أن يقيدها بأية أسباب أو شروط- لكن بالرجوع إلى الفقه نجده قد حدد هذه الشروط و هي ثلاثة لا يصح الخلع إلا بـا.

1- قيام الرابطة الزوجية و الشروط المتعلقة بالزوجين.

---

[1] **سورة البقرة- الآية 229**

2- الصيغة.

3- البدل.

و من خلال ما سبق يتبين لنا أن أساس التطليق هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب إخلال الزوج بأحد التزاماته أو أكثر بينما يجد الخلع أساسه في كراهة الزوجة لزوجها و نفورها منه و بذا يكون للزوجة طريقين لفك الرابطة الزوجية، فإذا انتفت أسباب الطريق الأول المتمثل في التطليق، يفتح لها الطريق الثاني لافتداء نفسها مقابل مبلغ مالي و هو ما يعرف بالخلع.

المطلب الثالث: من حيث السلطة التقديرية للقاضي.

تختلف السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بحسب ما إذا كان طلب الزوجة منصب على التطليق أو الخلع.

حيث تتسع في الأول بقدر كبير و هذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي و مطابقة الوقائع على النصوص و تمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة و دفوع الزوج، حتى يتسنى له الحكم لها بالتطليق أو يرفضه، اعتماداً على الأسباب المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة، بينما تضّيق سلطته في الثاني.

حيث لا يبقى له إلا تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه، بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم و ليس له رفض طلب الزوجة للخلع الذي لا يشترط قبول الزوج حسبما استقرينا عليه سابقا.

بالإضافة إلى مراقبته لمدى شرعية و صحة مقابل الخلع إذ لا يجوز أن تكون الحضانة مقابلاً الخلع، في مقابل التنازل عنها للأب لأن ذلك يعد باطلاً.

المطلب الرابع: من حيث الآثار.

يشترك كل من الخلع و التطليق في الآثار العامة الناجمة عن فك الرابطة الزوجية و المتمثلة في العدة و نفقتها، نفقة الإهمال، النزاع حول متاع البيت، النسب، حضانة الأولاد و نفقتهم و سكناهم و حق زيارة المحضون، و ما يميز التطليق عن الخلع هو التعويض الذي يحكم به للمطلقة جبرا للضرر اللاحق بها جراء إخلال الزوج بالتزاماته اتجاهها عند توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة إلى جانب الحكم لها بالتطليق، في حين ينفرد الخلع بآثار متعلقة به و المتمثلة في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع و سقوط الحقوق الزوجية، فيعتبر بدل الخلع شرطاً أساسيا لصحة الخلع و تبقى المختلعة ملتزمة بتسديده، ووجب في ذمتها أداءه، فيكون دينا عليها حتى تسدده ما لم يضمنه عنها غيرها، و يعد بمثابة التعويض في مقابل خلاصها من العشرة التي أصبحت لا تطيقها.

أما بالنسبة لسقوط الحقوق الزوجية و رغم اختلاف آراء الفقهاء بصددها فإنه و أخذا بالفقه المالكي المعتنق من قبل القانون الجزائري ذهب إلى عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع باعتبار هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزاد على ما تراضيا عليه، وبالتالي فلا يمكن إسقاط أي حق من هذه الحقوق إلا بنص أو اتفاق.

وعلاوة على ما قيل فإن من الحقوق المتعلقة بالنفقة والحضانة لا يمكن الاتفاق على إسقاطها كونها من النظام العام وعلى القاضي الحكم بها تلقائيا.

الخـــــــاتمة

و في ختام بحثنا نخلص إلى القول أن قانون الأسرة الجزائري و بحسب موضوعاته التي تضمنتها نصوصه أخذ جل أحكامه من قواعد الشريعة الإسلامية و هذا ما توصلنا إليه و لمسناه جليا من خلال معالجتنا لكل من موضوعي: التطليق و الخلع.

جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الزوج و أعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته و مشيئته و بالمقابل لم يهمل جانب المرأة في ذلك، بل شرع لها طريقين للخلاص من هذه الرابطة بطلب منها إذا ما استحالت العشرة الزوجية بينهما و ساد الشقاق. و على غرار ذلك سار المشرع الجزائري في المادتين (53-54) من قانون الأسرة و اللتين تناولتا موضوعي التطليق و الخلع. فالأول يتم بحكم القاضي طالما أن الزوج متضررة من العشرة معه و حقوقها مهضومة و ذلك استنادا على أسباب أوردها المشرع على سبيل الحصر في المادة (53) من قانون الأسرة و في غيابا يرفض القاضي دعوى التطليق لعدم التأسيس، و لا يبقى لها سوى اللجوء إلى الطريق الثاني المتمثل في الخلع في حالة كرهها لزوجها خوفها من عدم إقامة حدود الله، لتفتدي نفسها مقابل مبلغ من المال تدفعه له كتعويض عما دفعه لها من مهر حتى لا يضار هو الآخر من تلك الفُرقة.

فبالرغم من كون التطليق و الخلع طريقين لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة إلا أنهما يختلفان من عدة نواح كما سبق و أن فصلنا آنفا، إذ يشترط في الخلع صيغة معينة تتم بلفظ الخلع و ذكر البدل، بينما لا يشترط هذا في التطليق، بل يكفي توافر الأسباب المنصوص عليها في قانون الأسرة و التي يمنح فيها للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في مدى مطابقة الوقائع للقانون و الموازنة بين طلبات الزوجة و دفوع زوجها و من ثمة منحها التطليق، بينما تضيق سلطته في الخلع لتقتصر فقط على تقدير بدله في حالة اختلاف الزوجين على تحديده.

و بعد الوقوف عندكل العناصر و النقاط الأساسية لموضوعي التطليق و الخلع تبين لنا أن المشرع الجزائري و بالرغم من نصه عليهما إلا أنه ترك الكثير من الأمور المتعلقة بما في حالة إبام و غموض، مما نتج عنه تذبذب الإجتهاد القضائي علىمستوى المحكمة العليا و تناقض أحكام المحاكم والمجالس القضائية، لهذا وجب على المشرع أن يتخذ أمرا حاسما بشأن هذه المسألة نظرا لخطورة الأمر المتعلق

بفك الرابطة الزوجية و ذلك بالنص صراحة على كل المبادئ و الأحكام المتعلقة بالتطليق، و توضيح الأسباب المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة بدقة.

فعلى سبيل المثال و كما سبق ذكره أن عبارة "العقوبة الشائنة" في غير محلها، فما المقصود بها؟

و كان على المشرع توضيح ذلك، بالإضافة إلى أنه أورد عبارة "كل ضرر معتبر شرعا لاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين (8 و 37) من قانون الأسرة".

إذ أن المادة (8) من قانون الأسرة منحت أصلا الحق للزوجة في طلب التطليق و المادة (37) من ذات القانون تضمنت الفقرة الأولى منها النفقة و التي نص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة كفقرة أولى، فكان عليه حذف هاتين المادتين من الفقرة السادسة من المادة (53) لتفادي التكرار و الغموض و ذلك بتركها تتعلق فقط بكل ضررمعتبر شرعا لتشمل كل الأسباب بما فيها المادة (37) فقرة 2.

و كان على المشرع الجزائري فيما يخص الخلع تبيين أن حق الزوجة في طلب الخلع يتم دون موافقة الزوج و لا يكون للقاضي سوى تقدير بدله بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم في حالة اختلافهما في تحديده و لا يكون له إلا الإستجابة لطلبها، لأنه على الرغم من نصه في المادة (54) من قانون الأسرة على ذلك إلا أن هذه المادة أثارت العديد من الإشكالات و التأويلات في فهم مقصود المشرع من وراء ذلك، مما أدى إلى عدم استقرار الإجتهاد القضائي في هذا الشأن، فتارة يتجه نحو اشتراط موافقة الزوج و تارة أخرى يتجه إلى عدم اشتراط ذلك ليتم الخلع.

و لهذا السبب وجب على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة (54) من قانون الأسرة بطريقة تسمح للزوجة بممارسة حقها في طلب الخلع الذي منحته لها الشريعة الإسلامية دون موافقة زوجها والقول بعكس ذلك يعتبر إجحافا في حقها.

أما فيما يتعلق بالمادة (57) من قانون الأسرة و التي نصت على أن أحكام الطلاق تصدر بصورة إبتدائية نهائية و كان على المشرع أن يوضح لرجال القانون بأن الطلاق وحده غير قابل للإستئناف دون غيره من طرق فك الرابطة الزوجية المنصوص عليا في المادة (48) من قانون الأسرة لاسيما التطليق و الخلع لما في ذلك من حكمة و أسباب قانونية و شرعية.

و أخيرا نأمل من المشرع أن يأخذ بعين الإعتبار كل هذه الإقتراحات في المشروع الجديد لقانون الأسرة حتى يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية و يمنح المرأة مكانتها و حقوقها الأساسية في المجتمع.

تمت بـــحمــد الله.

قال تعالى:

{وَقُلِ اعْمَلُواْ فَسَيَرَى اللّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَى عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ }

التوبة الآية 105

الفهـــــرس

مقدمة.....Erreur ! Signet non défini.

الفصل الأول : التطليق و أحكامه

المبحث الأول : ماهية التطليق.....**7**

المطلب الأول : تعريف التطليق.....**7**

المطلب الثاني : دليل مشروعية التطليق.....**8**

من الكتاب :.....**9**

من السنة:.....**9**

من الإجماع:.....**10**

المطلب الثالث: طبيعة التطليق.....**10**

المبحث الثاني : أسباب التطليق.....**14**

المطلب الأول : الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الإلتزامات الزوجية و العائلية:.....**15**

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق.....**15**

أولا: الموقف الفقهي:.....**15**

ثانيا: الموقف التشريعي:.....**19**

الفرع الثاني : الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.....**22**

أولا : الموقف الفقهي :.....**23**

1- الهجر العادي:.....**23**

2- الإيلاء:.....**24**

3- الظهار :.....**25**

ثانيا: الموقف التشريعي:.....**26**

الفرع الثالث : التطليق لغياب الزوج.....**29**

أولا: الموقف الفقهي:.....**29**

ثانيا: الموقف التشريعي:.....**31**

المطلب الثاني: التطليق للعيوب.....**33**

أولا : الموقف الفقهي.....**35**

ثانيا: الموقف التشريعي :.....**37**

الفهـــــرس

كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق: 40

المطلب الثالث :الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها جزائيا 40

االفرع الأول: التطليق للحكم بعقوبة مقيدة للحرية. 41

أولا: الموقف الفقهي: 41

ثانيا: الموقف التشريعي: 42

1- الحكم بعقوبة شائنة:..... 42

2- أن تكون العقوبة مقيدة للحرية: 43

3- أن تكون العقوبة لمدة أكثر من سنة : 43

4- أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة:..... 44

5- أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية:..... 44

الفرع الثاني : التطليق لارتكاب فاحشة مبينة 45

أولا: الموقف التشريعي :..... 47

المطلب الرابع: التطليق للضرر:..... 49

أولا: الموقف الفقهي: 50

ثانيا: الموقف التشريعي: 51

كيفية إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر: 53

المبحث الثالث الآثار المنجرة عن التطليق..... 55

المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في شأن التطليق..... 56

الإتجاه الأول: عدم جواز الطعن بالاستئناف..... 56

الإتجاه الثاني : جواز الطعن بالاستئناف 57

المطلب الثاني:توابع التطليق 61

الفرع الأول: ما يثبت للزوجة..... 61

أولا : العدة 61

ثانيا: النفقة :..... 63

1- نفقة العدة: 64

2- نفقة الإهمال:..... 65

الفهـــــرس

ثالثا:حق السكن أو دفع أجرته.....65

رابعا: التعويض : 66

خامسا:النزاع حول متاع البيت 68

الفرع الثاني : ما يثبت للأولاد.....71

أولا: النسب : 71

ثانيا: الحضانة:.....72

ثالثا: نفقة المحضون و سكنه:.....74

رابعا: حق الزيارة 75

الفصل الثاني :أحكام الخلع و الفرق بينه و بين التطليق

المبحث الأول : ماهية الخلع:.....78

المطلب الأول : تعريفه و ألفاظه. 78

في **اللغة :.....78**

في **اصطلاح الشرع: 79**

من الكتاب:.....83

من السنة :.....84

من الإجماع:.....84

المطلب الثالث: طبيعة الخلع.....85

الفرع الأول: الموقف الفقهي 85

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري: 87

المبحث الثاني: شروط الخلع 89

المطلب الأول: قيام رابطة الزوجية و الشروط الواجب توافرها في ملتزم البدل والزوج : ...89

الفرع الأول: الموقف الفقهي : 90

رأي الحنفية:.....90

رأي المالكية: 91

رأي الشافعية:.....92

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري 93

الفهـــــرس

المطلب الثاني: صيغة الخلع 95
رأي الحنفية:..... 96
رأي المالكية: 97
رأي الشافعية:..... 98
رأي الحنابلة: 99
موقف المشرع الجزائري:..... 101
1-الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:..... 101
2-الاتجاه الذي لا يشترط رضى الزوج بالخلع: 102
المطلب الثالث: بدل الخلع. 103
الفرع الأول: الموقف الفقهي. 105
1-حكم أخذ الزوج لبدل الخلع: 105
رأي الحنفية:..... 105
رأي الجعفرية: 106
رأي الشافعية:..... 106
رأي المالكية: 107
1-ما يصح أن يكون بدلاً للخلع و شروطه: 107
المبحث الثالث:آثار الخلع 114
المطلب الأول :طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع 114
الإتجاه الأول:أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف 114
الإتجاه الثاني: أحكام الخلع قابلة للإستئناف..... 115
المطلب الثاني:توابع الخلع..... 116
الفرع الأول :الآثار التي ينفردبها الخلع 116
1-إلتزام المختلعة تسديد بدل الخلع:..... 116
2- اعتداء المختلعة: 116
3- سقوط الحقوق الزوجية: 118
الفرع الثاني: الآثار العامة 120
1-نفقة العدة: 120

الفهـــــرس

2- نفقة الإهمال : 120
3- الحضانة : 121
4- نفقة المحضون: 121
5- حق الزيارة: 121
المبحث الرابع: الفرق بين التطليق و الخلع. 122
المطلب الأول: من حيث الماهية: 122
المطلب الثاني: من حيث الأساس: 123
المطلب الثالث: من حيث السلطة التقديرية للقاضي. 124
المطلب الرابع: من حيث الآثار. 125
الخاتمة 131

الخطة

مقدمة

الفصل الأول : التطليق و أحكامه

المبحث الأول : ماهية التطليق

المطلب الأول : تعريف التطليق

المطلب الثاني : دليل مشروعية التطليق

المطلب الثالث: طبيعة التطليق

المبحث الثاني : أسباب التطليق

المطلب الأول : الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الإلتزامات الزوجية و العائلية:

المطلب الثاني: التطليق للعيوب

المطلب الثالث :الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها جزائيا

المطلب الرابع: التطليق للضرر:

المبحث الثالث الآثار المنجرة عن التطليق

المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في شأن التطليق

المطلب الثاني:توابع التطليق

الفصل الثاني :أحكام الخلع و الفرق بينه و بين التطليق

المبحث الأول : ماهية الخلع:

المطلب الأول : تعريفه و ألفاظه.

المطلب الثالث: طبيعة الخلع

المبحث الثاني: شروط الخلع

المطلب الأول: قيام رابطة الزوجية و الشروط الواجب توافرها في ملتزم البدل والزوج :

المطلب الثاني: صيغة الخلع

المطلب الثالث: بدل الخلع.

المبحث الثالث:آثار الخلع

المطلب الأول :طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع

المطلب الثاني:توابع الخلع

المبحث الرابع: الفرق بين التطليق و الخلع.

الخطة

المطلب الأول: من حيث الماهية:

المطلب الثاني: من حيث الأساس:

المطلب الثالث: من حيث السلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الرابع: من حيث الآثار.

الخاتمة

قائمة المراجع

أولا: المصادر.

📖الإمامان موفق الدين بن قدامى و شمس الدين بن قدامى المقدسي- المغني و يليه الشرح الكبير – دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع- الجزء الثامن.

📖لسان العرب -لابن منظور-دار إحياء التراث العربي –بيروت-لبنان.

ثانيا: المراجع.

1. "أشرف نورا" – الدليل في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين – المكتب الفني للموسوعات القانونية.

2. "الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج"/ "الدكتور محمد كمال إمام- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية" – 1999- دار...

3. "الأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبي" – فقه المذاهب النسبية و المذهب الجعفري و القانوني- أحكام الأسرة في الإسلام- الدار الجامعية للطباعة و النشر- الطبعة الرابعة .

4. "الأستاذ العربي بلحاج"- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الأول- الزواج و الطلاق- ديوان المطبوعات الجامعية.

5. "الأستاذ عبد الكريم شهبون"-مدونة الأحوال الشخصية المغربية-الجزء الأول-الطبعة الثانية- دار النشر المعرفة-الرباط.

6. "الأستاذ عمر زودة" –طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها- دار النشر أنسكلوبيديا.

7. "الأستاذ فضيل سعد"- شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق- الجزء الأول

1986- المؤسسة الوطنية للكتاب.

8. "الإمام محمد أبو زهرة"- الأحوال الشخصية- دار الفكر العربي.

9. "الدكتور أحمد محمود الشافعي"- الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية- دار الهدى للمطبوعات- الإسكندرية.

10."الدكتور حسن علي السمني"- الوجيز في الأحوال الشخصية في الزواج و الطلاق و العدة و المتعة و ما يتعلق با من أحكام – أستاذ القانون 1998- 1999م.

11."الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي"-أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية-منشورات الحلبي الحقوقية.

12."الدكتور عامر الزيباري"- أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية – ديوان المطبوعات الجامعية.

13."الدكتور عبد الرحمن الجزيري"- الجزء الرابع – كتاب الفقه على المذاهب الأربعة- المكتبة التوفيقية.

14."الدكتور محمد كمال إمام" - الطلاق عند المسلمين-دراسة فقهية و قانونية-دار المطبوعات الجامعية -الإسكندرية- 1997.

15."المستشار حسن منصور"- المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية- المؤسسة الوطنية للطباعة و النشر و التوزيع 1997.

16.-"المستشار عمرو عيسى الفقي"-التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين- المكتب الفني للموسوعات القانونية.

17."عبد العزيز سعد" - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري- طبعة ثالثة مدعمة

بالاجتهادات القضائية- دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع- الجزائر.

18.السيد سابق – فقه السنة- الجزء الثاني- مكتبة دار التراث

ثالثا: القوانين.

- المستشار الدكتور نصر الدين مروك-2004- قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق- دار الهلال للخدمات الاعلامية.
- الأستاذ "دلاندة يوسف" – قانون الأسرة مدعم بإحدى مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث- دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع- الجزائر.
- قانون الاجراءات المدنية
- القانون المدني.

رابعا: المجلات القضائية.

- نشرة القضاة لسنة 1986 العدد الأول.
- المجلة القضائية لسنة 1986 العدد الأول.
- المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثالث.
- المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الثالث
- المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الأول
- المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الثالث
- المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الرابع
- المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الثاني

- المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الرابع
- المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الأول
- المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الثاني
- المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول
- المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني
- المجلة القضائية لسنة 1998 العدد الأول
- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا- الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.
- مجموعة الأحكام القضائية- الجزء الأول.