وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة

معهد الحقوق قسم القانون الخاص

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ل.م.د

شعبة الحقوق

تخصص قانون الأسرة

تحت عنوان:

حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري

من إعداد الطلبة:

. نقادي الهامل

. سعادة محمد سعيد

تحت إشراف:

الأستاذ : د. محمد دربال

المناقشة من طرف اللجنة المكونة من :

الاسم و اللقب	الرتبة	الصفة
عليوة كريمة	أستاذ محاضر ب	رئيسا
دربال محمد	أستاذ محاضر أ	مشرفا مقررا
سنينات عبد الله	أستاذ مساعد أ	مناقشا

السنة الجامعية : 2023/2022

شكر و عرفان

أشكر الله العلي القدير الذي انار لي درب العلم و مكنني من إنجاز هذا العمل المتواضع اساله عز وجل ان يجعله في ميزان حسناتي .

أتقدم بجزيل الشكر للأستاذ الفاضل و مؤطر هذا العمل الدكتور دربال محمد الذي كان قدوة و مثالا حسنا لي بأخلاقه و جهوده ادامه الله ذخرا لنا و لجامعتنا .

كما نشكر السادة أعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا علينا ب مناقشة و قراءة هذا العمل كما لا يفوتني ان أتقدم بالشكر و العرفان الى كل من قدم لي يد العون و المساعدة لإنجاز هذا البحث سواء من قريب أو بعيد.

كما لا يفوتني ان أشكر الأخين الفاضلين : بويهي بوجمعة و الاخ تاج بشير على ما قدماه لي من مساعدة .

و في الأخير أشكر المركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة التي احتضنتني طيلة مشواري الجامعي و الى كل أساتذة قسم الحقوق، و الى كل من اعانني طيلة مسيرتي العلمية و التعليمية الى يومنا هذا .

الطالب: نقادي . ه

الإهـــداء :

الحمد لله رب العالمين و الشكر لجلاله سبحانه وتعالى
الذي أعانني على انجاز هذه المذكرة اهدي ثمرة جهدي المتواضع
إلى من قال فيهما المولى عز وجل (و بالوالدين إحسانا)
إلى معنى الطهر و السمو إلى من رسمت لي درب النجاح إلى من اشترت
راحتي وسعادتي بتعبها و شقائها إلى أغلى اسم نطق به لساني.....
أمي الغالية حفظها الله أطال في عمرها .
إلى من كان سببا في وصولي إلى ما أنا عليه و جاد علي بكل موجود ،
و تحد لأجلي كل الصعاب إلى من كان بمثابة الشمعة التي تحترق لتنير
طريق دربي .....أبي الغالي حفظه الله و أطال في عمره .
إلى زوجتي و قرة عيني التي كانت دائما سندا و عونا لي بتوجيهاتها
و تحفيزاتها أدامها الله في صحبتي..
دون أن أنسى شموع حياتي و صناعة ابتسامتي في جميع أوقاتي
إخوتي : إبراهيم ، خير الله ، شيماء ، نوال .
إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا البحث .

الطالب: نقادي . هـ

الإهـــداء :

الحمد لله رب العالمين و الشكر لجلاله سبحانه وتعالى الذي أعانني على انجاز هذه المذكرة اهدي ثمرة جهدي المتواضع

إلى زوجتي و قرة عيني التي كانت دائما سندا و عونا لي بتوجيهاتها و تحفيزاتها أدامها الله في صحبتي..

دون أن أنسى شموع حياتي و صناعة ابتسامتي في جميع أوقاتي ابنتي : دليلة و تيزيري .

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا البحث .

الطالب : سعادة محمد سعيد

قائمة المختصرات :

د ت ن	دون تاريخ النشر.
د ط	دون طبعة.
ص	الصفحة.
ع	العدد.
ع خ	عدد خاص.
غ ا ش	غرفة الأحوال الشخصية.
ق ا س	قانون الأسرة الجزائري.
ق ا م ا ج	قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
ق ع ج	قانون العقوبات الجزائري.
ق ح م ج	قانون الحالة المدنية الجزائري.
ق م ع	قرارات المحكمة العليا.

مقدمة

مقدمة :

يعد الزواج من أهم المواضيع التي تولاها الشارع الحكيم بالرعاية وأفضى عليه قدسية خاصة ،ما جعله أكثر العقود أهمية بين سائر العقود الأخرى ،وذلك لما يترتب عليه من آثار لا تقتصر فقط على الزوج أو الزوجة إنما تمتد إلى المجتمع بأكمله ،فأولى له الإسلام عناية كبيرة واعتبره ميثاقا غليظا لقوله تعالى ﷻ ﴿ **وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا**﴾.[1]

فالله سبحانه وتعالى ﷻ شرع الزواج أساسا للبقاء و الاستمرار ،ولتحقيق مقاصد سامية وأهداف نبيلة أهمها تكون الأسرة على وجه يحقق سعادتها وهنائها.

غير وأنه ورغم الأهمية التي يحظى بها الزواج إلى أن الحياة الواقعية والعملية تثبت بين الحين والآخر أن هناك حالات لا يمكن معها تحقيق هذه المقاصد ،فيمكن للحياة الزوجية أن تصاب بما لا يستطيع معه دوام العشرة وبالتالي تصبح جحيم بعدما كانت مصدراً للراحة ،ولذلك شرع الله الطلاق وجعله آخر الحلول بعد استنفاد كل فرص المصالحة بين الزوجين.

والطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص صريح أو كناية والأصل فيه أنه ملك الزوج وحق من حقوقه فله أن ينهي العلاقة الزوجية بمحض إرادته طبقاً لمشيئته في أي وقت عندما يوجد ما يقتضيه ،لكن قد يحدث أن تلقى الزوجة من زوجها ما يصعب عليها تحمله وتتضرر من بقاء الحياة الزوجية واستمرارها لأنه لا يوفيها حقوقها الشرعية والزوجية ،إذا حدث ذلك كله أو بعضه ،وامتنع الزوج عن المفارقة بالمعروف ،فقد جعل الإسلام للزوجة مخرجا وفتح لها باب الخلاص وأثبت لها حق الالتجاء إلى القضاء طالبة تطليقها.

[1] – سورة النساء الآية 21

كما شرع لها طريقا آخر إذا كرهت زوجها و ملأ البغض قلبها ووجدت أن حياتها معه لا تجد فيها راحتها واستقرارها فجعل لها أن تفتدي نفسها بمال تدفعه له تعويضا عما دفعه إليها حتى لا يضار هو الآخر وهو ما يسمى بالخلع ، وقد أشار المشرع الجزائري في مادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر 02/05 للزوجة الحق في طلب حل عقد الزواج بالطلاق في حدود ما ورد النص عليه في المادتين 53-54 من قانون الأسرة الجزائري.

حيث نصت المادة 53 على أسباب التطليق ،بينما نصت المادة 54 على الخلع.

فالخلع و التطليق يكونان بطلب من الزوجة ،وكلاهما حق لها لحل الرابطة الزوجية غير أن التطليق يكون عند توفر سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة بينما الخلع عندما ينتفي سبب من أسباب التطليق فيكون بمقابل مالي تدفعه الزوجة لزوجها.

ويكتسي موضوع التطليق والخلع أهمية كبيرة حيث قضت حكمة الشريعة الإسلامية أن يكون الطلاق بيد الزوج ،غير أنها وباعتبارها شرع الله الذي يتميز بالعدل فإنها لم تهمل حق الزوجة في المطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق والخلع من أجل التخلص من الحياة الزوجية لا تطيقها ،بالإضافة إلى منع التعسف في استعمال الحق الطلاق من طرف الزوج.

و بناءا على ما تقدم فإن تناول مسألتي التطليق والخلع يتم إدراجهما تحت عنوان حل الرابطة الزوجية بناءا على إرادة الزوجة وقد حاولنا في دراسة هذا الموضوع تحديد دور الزوجة في فك الرابطة الزوجية وفق قانون الأسرة الجزائري آخذين بعين الاعتبار ما جاء به الفقه الإسلامي في ذلك ومدى توافقهما واختلافهما فارتأينا أن يحمل موضوع بحثنا عنوان :

حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الأسرة الجزائري ؟

أهمية البحث :

تكمن أهمية هذا الموضوع في الآتي :

– كونه يعالج مسألة من مسائل فقه الأسرة ،هذه الأسرة التي اهتم بها الإسلام اهتماما بالغا وشرع لها من الأحكام ما يضمن صلاحها وبقاءها على الوجه الذي أراده الله لها ،واعتبر ما يجمعها رباطا مقدسا ،لا يجوز إنهاؤه إلا عند الضرورة القصوى التي قد تستفحل معها الحياة الزوجية ،ولذلك جعل الإسلام الطلاق كآخر حل ،وشرعه لكل طرف لا يستطيع الاستمرار في هذه العلاقة ،لأن استمرارها قد يؤدي إلى نتائج لا يحمد عقباها.

– وتتجلى أهمية هذا الموضوع أيضا من حيث التأصيل الشرعي لآراء الفقهاء المتباينة في مسألتي التطليق و الخلع و أحكامهما.

– محاولة تسليط الضوء على قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 05-02 وخاصة المادتين 53 و54 منه المتعلقتين بموضوع الدراسة ،وما طرأ عليهما من تعديل.

أسباب اختيار البحث :

يرجع سبب اختيارنا لهذا الموضوع لجملة من الأمور وهي :

– طبيعة التخصص في مسائل شؤون الأسرة.

– شغفنا الكبير بالمسائل الخاصة بالأسرة ،وخصوصا في مجال الطلاق ،وأثره الكبير على الأسرة والمجتمع.

– التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 الذي كان سببا في تفشي ظاهرة الطلاق بشكل كبير في المجتمع الجزائري.

– إن اختيارنا لموضوع حق الزوجية في فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الأسرة الجزائري دون غيره من المواضيع هو جمعه لمسألتي التطليق و الخلع اللتين مسهما التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري ،و رغبتنا في معرفة الفرق بينهما على الرغم أنهما تَتمان بناء على طلب من الزوجة ،فأردنا أن نتناولهما بشيء من التفصيل و الدراسة.

– جمع ما يتعلق بهذا الموضوع من ناحية قانون الأسرة الجزائري ،ومقارنته بموقف الفقه الإسلامي ،وإخراجه في مذكرة جامعية ،ليستفيد منه طلبة العلم ،والباحثين سواء في المجال الفقهي أو القانوني خصوصا ،وذلك لحداثة التعديل الذي اعترى قانون الأسرة الجزائري.

أهداف البحث :

يمكن إجمال أهداف دراسة هذا الموضوع فيما يأتي :

– محاولة استقراء و تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع ،وبحث مدى موافقتها مع أحكام الفقه الإسلامي.

– تبيان الأمور المستجدة في التطليق و الخلع حسب التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري.

– كما سنحاول من خلال دراستنا هذه الإتيان بجديد لإثراء المكتبات القانونية حتى يسهل الرجوع إليها من طرف الطلبة و الباحثين.

إشكالية البحث :

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا لقانون الأسرة الجزائري ،ومن ثم سنحاول من خلال موضوع البحث الإجابة عن إشكالية أثيرت حول حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة وهي :

– هل ما انتهجه المشرع الجزائري في إعطاء الزوجة الحق في طلب حل الرابطة الزوجية بناء على إرادتها المنفردة موافق لأحكام الفقه الإسلامي ؟ وما هي الضوابط التي تخضع لها السلطة التقديرية للقاضي في ذلك ؟

المنهج المتبع في البحث :

اعتمدنا في بحثنا منهجين الوصفي والتحليلي وذلك بتحليل آراء الفقهاء ومختلف المواد القانونية الواردة في الموضوع ،وقرارات المحكمة العليا في مسألتي التطليق والخلع للوصول إلى الرأي الأنسب في ذلك.

الدراسات السابقة :

بعد البحث و الإطلاع على ما كتبه الباحثون في مجال الدراسة فإننا لم نجد في حدود إطلاعنا كتابا أو مذكرة جامعية مفصلة لحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الأسرة الجزائري.

وما عثرنا عليه سوى أحكام إجمالية متفرقة ومتناثرة لمسألتي التطليق و الخلع في كتب مختلفة وعامة ،نذكر منها على سبيل المثال :

- كتاب الطلاق والتطليق وآثارهما ،المستشار أحمد نصر الجندي.
- كتاب الخلع و الطلاق ،الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي.
- كتاب تنبه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار ،الشيخ على أحمد عبد العال الطهطاوي.
- كما اطلعنا على كتب أخرى في شرح قانون الأسرة الجزائري ،وقد تناولت الموضوع من الناحية القانونية و الشرعية بشكل موجز منها :
  - كتاب قانون الأسرة في ثوبه الجديد للدكتور عبد العزيز سعد.
  - كتاب الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق للدكتور عبد القادر بن حرز الله.
  - كتاب شرح قانون الأسرة المعدل للدكتور بن الشويخ الرشيد.
  - كتاب التطليق والخلع وفق القانون و الشريعة للدكتورة منصوري نورة.
  - كتاب الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري للدكتور بلحاج العربي.

صعوبات البحث:

- قد واجهتنا عدة صعوبات في إعداد هذا البحث أهمها :
- صعوبة جمع أمهات الكتب ،والحصول عليها من مختلف المكتبات قد أخذ منا وقتا كبيرا.
- صعوبة التعامل مع أمهات الكتب، و استنباط المعلومات منها.
- عدم تخصيص القانون نصوصا خاصة لشرح المسائل المتعلقة بأحكام التطليق والخلع ،وإنما جاءت بصفة عامة ،مما جعلنا نستنبط هذه الأحكام من بعض المواد الأخرى التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري ،كما رجعنا في بعض المسائل إلى قانون العقوبات ،وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ،والقانون المدني ،وكذا بعض قرارات المحكمة العليا.
- ندرة الدراسات القانونية المتخصصة والمتعلقة بموضوعي التطليق و الخلع.

خطة البحث :

- قد تم تقسيم موضوع المذكرة إلى فصلين ،وذلك تبعا لعنوانها الذي يقتضي تقسيمه إلى فصلين بالإضافة إلى مقدمة و خاتمة.
- فتناولنا في الفصل الأول : انحلال الرابطة الزوجة بالتطليق ،حيث اشتمل على مبحثين ؛ ضم :
- المبحث الأول مفهوم التطليق ،مشروعيته و حكمته ،والطبيعة القانونية للتطليق أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه إلى الأسباب المبررة لطلب التطليق.
- أما الفصل الثاني فتناولنا فيه انحلال الرابطة الزوجة بواسطة الخلع ،حيث قسمناه إلى مبحثين : المبحث الأول تضمن مفهوم الخلع ،مشروعيته و حكمته ،أما المبحث الثاني فخصصناه لأركان الخلع ،ونوع الفرقة بسببه ،وطبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن التطليق و الخلع.
- و في الأخير خاتمة تطرقنا فيها لأهم النتائج المتوصل إليها في البحث وكذا بعض الاقتراحات.

الفصل الأول :

انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق

تمهيد :

إذا كان القانون قد منح للزوج فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة باعتبار ان العصمة بيده، إلا أنه قد منح للزوجة هي الأخرى حقها في إنهاء العلاقة الزوجية سواء رضي الزوج أو لم يرضى وذلك عن طريق القضاء والمتمثل في طلب الزوجة التطليق وعدد لها الأسباب التي تخول لها طلب التطليق من خلال المادة 53 ق.أ.ج ،على أن يكون طلبها وجيها وله ما يبرره قانونا.

وانطلاقا من هذا التقديم جاز لنا التحدث في هذا الفصل عن المقصود بالتطليق وموضوعه (مشروعيته ، حكمته و الطبيعة القانونية له) في مبحث أول

والأسباب المخولة للزوجة حق طلب التطليق في مبحث ثاني.

المبحث الأول :

أعطى المشرع الجزائري للزوجة في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حق طلب التطليق من زوجها و إنهاء الرابطة الزوجية القائمة بينهما وهذا بناءا على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون ،غير أن الملاحظ أن المشرع إذا كان قد منح للزوجة حق طلب الحكم بحل الرابطة دون قيد معين ،ومن غير أن يشترط عليه أي شرط خاص فان حق المرأة في طلب حل الرابطة الزوجية بمقتضى إرادتها المنفردة قد قيد بحالات معينة ورد النص على سبيل الحصر في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.[1]

ومن ثم فان التطليق قد جاء كوسيلة او حق للزوجة من أجل إزالة الضرر الذي لحقها من زوجها فهو ينهي الرابطة او العلاقة الزوجية والأسباب حددها الشرع والقانون وبالتالي تنصب دراستنا في هذا المبحث إلى ثلاث مطالب :

المطلب الأول : نتناول فيه مفهوم التطليق

المطلب الثاني : مشروعية التطليق وحكمته

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية للتطليق

[1]– عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحام الزواج والطلاق ،في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ،دار الخلدونية سنة 2007 ،الطبعة الأولى ،ص 277.

المطلب الأول: مفهوم التطليق

نجد ان المشرع الجزائري من خلال أحكام قانون الأسرة قد عالج موضوع فك الرابطة الزوجية في الباب الثاني انحلال الزواج من خلال 13 مادة ،وعالج حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية من خلال التطليق المنصوص عليه في المادة 53 و أحكام الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

تعريف التطليق :التطليق حق أعطاه المشرع للزوجة لتطلب الفرقة بينها وبين زوجها ،وهو طلاق بالإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له ،طالما أنها متضررة ،فهي لا تملك أن تطلق نفسها بنفسها من زوجها لذا اجازت لها الشريعة الالتجاء الى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج.

وعلى هذا الأساس يتوجب علينا التطرق الى تعريف التطليق لغويا (أولا) ،اصطلاحا (ثانيا) ،فقهيا (ثالثا) و إلى التعريف القانوني (رابعا).

أولا: التعريف اللغوي للتطليق: التطليق في اللغة لا يختلف عن لفظ الطلاق حيث يعود أصلها إلى طلق ،تطليقا إذ يقال تطلقت الخيل أي مضت إلى غاية لم تحبس[1] ،أي طلقت المرأة زوجها بمعنى تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته و تطليق الرجل من قومه يعني تركهم و مفارقتهم.[2]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي: هو منح الزوجة حق الفرقة من زوجها بناءا على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون عن طريق القضاء ،ويمكن القول أيضا أنه فك الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية.

و بذلك فالتطليق هو التفريق بمعرفة القاضي أمر نص القانون عليه بعد طلب الزوجة له.

فقد أعطى الشرع الطلاق بيد الرجل الذي سعى إلى بناء الحياة الزوجية ،وفي نفس الوقت شرع التطليق الأخذ بنصر من يلحقه الضرر من الزوجات إذا كانت الإساءة والأذى من الزوج حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر والتنافر ويكون التفريق خير من الإمساك مع الضرر ،فإذا ثبت الضرر أمام القاضي وجب التفريق.[3]

---

[1]– المنجد الأبجدي ،الطبعة الأولى ،دار الشرق ،لبنان ،سنة 1967 ،ص 259.

[2]– ابن منظور جمال الدين ،لسان العرب ،ط 01 ،دار الصادر بيروت ،لبنان ،سنة 1990 ،ص 229.

[3]– أحمد صر الجندي ،الطلاق والتطليق وآثارهما ،د ط ،دار الكتب القانونية ،سنة 2004 ،ص 167.

إضافة و من خلال استقراء آراء الفقهاء والأئمة فيما يتعلق بحق القاضي في حل الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة نجد هناك اختلاف و اتساع في الأمر ،لذلك نجد كل من المالكية و الحنابلة منحوا للقاضي الحق في تلبية طلب الزوجة و ذلك لوجود أسباب كثيرة مثل عدم الإنفاق ،كذا العيوب المتصلة بالزوج و الغياب و التفريق للضرر و السجن وغيرها إلا أنه خالفهم الأحناف في منح هذا الحق للقاضي إلا من خلال وجود عيب في الزوج فقصره الإمام أبو حنيفة على العيوب التناسلية في الرجل بالإضافة إلى الجنون و الجذام والبرص.[1]

ثالثا: التعريف الفقهي : ورد مصطلح التطليق عند الفقهاء بـ "التفريق القضائي" والتفريق **في اللغة** : الفرقة مصدر الافتراق ،" قال الأزهري الفرقة اسم يوضع موضع المصدر الحقيقي من الافتراق و فارق الشيء مفارقة و فراقا : باينه ،والاسم الفرقة ،وتفارق القوم : فارق بعضهم بعضا و فارق فلان امرأته مفارقة و فراقا باينها.[2]

أما في اصطلاح الفقهاء : فإنه لم يرد تعريف معين للتفريق القضائي لكن بعد تناول أو دراسة بعض كتب الفقه على المذاهب الأربعة ،يمكن القول أن التفريق القضائي هو أن تتقدم الزوجة بطلب التطليق إلى القضاء ،و تثبت الضرر اللاحق بها بكل الطرق القانونية وعلى التحقق من وقوع الضرر بالزوجة و إيقاع الطلاق بعد ذلك .

فقد جاء في كتاب الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي بأن : التفريق يختلف عن الطلاق أن الطلاق يقع باختيار الزوج و إرادته ،أما التفريق فيقع بحكم قضائي ،لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج ،إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية.[3]

يعتبر التطليق حق منحه القانون للمرأة و بالتالي و رجوعا إلى الشريعة الإسلامية لا نجد نصوصا واضحة عن مفهوم التطليق عكس الخلع الذي أورد فيه الله آيات من القرآن الكريم و لقد جاء في مذهب أبو حنيفة أن القاضي لم يكن يملك إلا الطلاق لعيب في الزوج وقصر

---

[1]– محفوظ بن صغير ،قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05–02 ،دار الوعي الجزائر ،سنة 2012 ،ص229.

[2]– زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ،مختار الصحاح ،د ط ،مؤسسة الرسالة ،سنة 1989 ،ص 209.

[3]– وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته ،د ط ،الجزائر ،دار الفكر ،سنة 1992 ،ج 07 ،ص500.

العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية و هي الجب ،الخصاء و العنة و الجنون والبرص والجذام.

أما غير أبي حنيفة من الأئمة فقد وسعوا في الطلاق الذي يملكه القاضي و لعل أكثر الأئمة أصحاب المذاهب توسعة في ذلك مالك و أحمد ذلك بحيث جعلوا التفريق لعدم الإنفاق والتفريق للعيوب المستحكمة من غير التقيد بعدد معين والتفريق لضرر وللغياب والسجن.[1]

أما فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعطوا تعريف شامل و دقيق للتطليق و إنما كل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات و الأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطليق ويكون ذلك أمام القضاء الذي يثبته بحكم.

رابعا: التعريف القانوني : هو طلاق بناءا على الإرادة المنفردة للزوجة و يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة و يفرق بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف.[2]

ومن خلال نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري يستشف أنه لم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر انحلال الزواج بالطلاق فقد أصبح بإمكان الزوجة أن تفك الرابطة الزوجية عن طريق القاضي إذا ما أثبت سببا مشروعا يجعل الحياة الزوجية مستحيلة ،وذلك تيسيرا على الناس و تجنبا للحرج و تماشيا مع مقتضيات الشريعة الإسلامية ،ومقارنة بما جاء في المادة نفسها قبل التعديل فإن المشرع قد وسع من دائرة الأسباب التي تخول للمرأة طلب التفريق القضائي "التطليق" وهذا يعتبر ارتقاء او تقدما تدريجيا لتكريس حق الزوجة في التطليق بإيجاد رخص لها في إمكانية فك الرابطة الزوجية عن طريق القاضي بعد تقديم الأسباب و العلل الشرعية لذلك.

والملاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد جاء بأسباب أكثر مرونة وليونة فيما يتعلق بهذا الشأن ،وذلك بمنحه فرصا جديدة للزوجة في حال مطالبتها للتطليق ،غير أن بعض ما جاء به قانون الأسرة من أسباب للتطليق يعد توسعة للزوجة في طلب التفريق بحقها في الخلع تارة ،أو بسبب مخالفة الزوج أيضا للأحكام المنصوص عليها في المادة 8 من قانون الأسرة

---

[1]– محمد أبوا زهرة ،الأحوال الشخصية ،دار الفكر العربي ،ط 03 ،د ن ،د ب ت ن ،سنة 1957 ،ص 347.

[2]– العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مقدمة الخطبة ،الزواج ،الطلاق ،الميراث ،الوصية ،ج 01 الزواج و الطلاق ،ديوان المطبوعات الجامعية ،ط 2004 ،ص273.

الجزائري وغير ذلك وعلى العكس من ذلك فإن الشريعة الإسلامية ،وحفاظا لاستقرار العلاقة الزوجية ،اتجهت إلى التضييق في كل ما من شأنه زعزعة وهدم الحياة الزوجية.

كما يلاحظ على المادة نفسها انها لم تبين حكم التطليق عند وقوعه هل يقع طلاقا رجعيا أم بائنا ،إلا أنه يفهم من المواد 49 50 51 أنها تشمل جميع صور حل الرابطة الزوجية بخصوص إجراءاتها عن طريق الطلاق.

غير أن ما تم تعديله للمادة 53 من قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 ويتمثل ذلك بالتحديد في الفقرات 6، 8 و9 من نفس المادة يتطلب الوقوف عندها لمعرفة مدى توافق ما ذهب إليه المشرع مع مبادئ الشريعة الإسلامية ،ذلك لأن المشرع الجزائري قد نص في الفقرة 6 من المادة 53 أنه من حق المرأة أن تطلب التطليق عند مخالفة الزوج للأحكام الواردة في المادة الثامنة من قانون الأسرة ،كما اقر التطليق للشقاق المستمر وفق الفقرة الثامنة من نفس المادة ،في حين اعتبر الفقه الإسلامي الشقاق نوع من أنواع الضرر الذي يستوجب التفريق عند استمرار و فشل الحكمين ،كما أجاز للمرأة أن تطلب التطليق إذا لحقها ضرر بسبب الزواج عليها ،لا بمجرد تعدد زوجها في الزواج ، كما ذهب المشرع الجزائري إلى منح الحق للمرأة في طلب التطليق عند مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج وفق الفقرة التاسعة التي يعتبر مصدرها الأساسي للمادة 19 من قانون الأسرة.[1]

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق وحكمته

لقد شرع الله سبحانه وتعالى ﷻ فك الرابطة الزوجية إذا استحالت استمرارها بين الزوجين لتكون وسيلة لدرء الضرر الذي قد يحصل لكليهما ،ولكن لا يكون ذلك إلا عند الحاجة ولأسباب مشروعة ،ومع ذلك فإن الشارع الحكيم قد أبغضه وقيده بإجراءات قصد التقليل منه.

والتطليق يعتبر كحق للزوجة بناءا على أسباب مشروعة ،وقد تناوله الفقهاء على اختلاف مذاهبهم وأخذت به جل التشريعات في البلاد الإسلامية ،ومنها قانون الأسرة وبالرجوع إلى كتاب الله عز وجل وسنة المصطفى صل الله عليه وسلم نجد بأن الآيات القرآنية والأحاديث

[1]– محفوظ بن صغير ،الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ،رسالة دكتوراه ،كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ،جامعة الحاج لخضر باتنة ،ص 239 ،640.

النبوية التي كانت تتحدث عن تلك الرابطة الزوجية كانت تستعمل عبارة "الطلاق" فقط سواء كان طلب انحلال العقد بناءا على رغبة الزوج أو الزوجة ،ومن هنا يمكن استخراج الدليل من الكتاب والسنة والحكمة من مشروعيته.

الفرع الأول : دليل مشروعية التطليق

لقد شرع الله تعالى الطلاق ليكون وسيلة لفض الخلاف بين الزوجين ،يلجأ إليها عند الحاجة ومع ذلك فإن الشارع الحكيم أبغضه وأخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته رغم مشروعيته.[1]

بوصفه حق يقرر للزوجة بحل الرابطة الزوجية بناءا على أسباب مشروعة وهي الأدلة التي تناولها الفقهاء بالتفاصيل ،وأخذت منه أغلب التشريعات في الدول الإسلامية ومنها قانون الأسرة الجزائري كما تناول الفقه تحديد طبعته هذا الأخير.

1- دليل مشروعية التطليق في الشريعة الإسلامية

يجيزها الكتاب والسنة والإجماع كأدلة أصلية لمشروعية التطليق وعليه سنتناول سند ودليل مشروعية التطليق من خلالهم.

أ- دليل مشروعية التطليق في القرآن الكريم

* قال تعالى ﷻ ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾.[2]

وجه الدلالة: الأصل في العلاقة بين الزوجين أن تقوم على المعاشرة بالمعروف وأن تقوم على تبادل الحقوق المشروعة بينهما ،فإذا انتهى أهم هذه الحقوق وهو الإمساك بالمعروف بعين التسريح لرفع الضرر على الزوجة ،فإن قام الزوج استجابة لأمر الشارع فعل خيرا وإن لم يقم بذلك فإن القاضي هو الذي يوقع الفرقة لرفع الضرر عن الزوجة.[3]

---

[1]– منصوري نورة ،التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ،دار الهدى الجزائر ،سنة 2010 ،ص 13.

[2]– سورة البقرة الآية 229.

[3]– نايف محمد الجندي ،عضوا إنشاء والتفريق للشقاق بين التشريع والقانون ،الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان سنة 2010 ،ص 205.

* قال تعالى ﷻ:﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَه**﴾.[1]

وجه الدلالة: إن الإمساك بالمعروف هو القيام بما يجب للزوجة من حقوق على الزوج فإذا فاق ذلك انتقلنا إلى البديل وهو التسريح بالمعروف ،ثم جاءت الآية بصريح النهي عن الإمساك الذي يلحق الضرر بالمرأة بدون تفصيل في أنواع الضرر ،فدل ذلك على أن التسامح مع الضرر ،والإمساك بالمعروف ،نقيضان لا يجتمعان ،ثم يبين الحق تبارك وتعالى ﷻ أن الذي يمسك زوجته ضررا يعتبر ظالما نفسه لاعتدائه على زوجته وعلى أحكام الله فيكون السبيل لرفع الضرر عن الزوجة هو التفريق ،عقوبة دنيوية تقع على الزوج.

* قوله تعالى: ﴿ **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاء** ﴾[2] هذه الآية تنفي الجناح عن فعل الطلاق إذا تم في حدود مشروعيته.

ب-دليل مشروعية التطليق في السنة:

حديث ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ : " **أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة** "[3] ،وهذا الحديث يتكلم عن حق الزوجة في طلب الطلاق ،ويكون هذا الحق مشروعا إذا وجد سبب يبرر اللجوء إليه ،أما إذا لجأت إليه الزوجة دون وجه حق فتوعدها الرسول ﷺ بأن الجنة عليها حرام.

- روى البخاري عن ابن أنس رضي الله عنهما أن زوجة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت له يا رسول الله ﷺ ،ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ،ولكنني أكره

[1]- سورة البقرة الآية 231.

[2]- سورة البقرة الآية 236.

[3]- أخرجه أحمد بن محمد بن حنبل ،241 هجري ،مسند الإمام أحمد بن حنبل ،تحقيق : شعيب الأرنؤوط ،ج 37 ،ط 01 بيروت ،مؤسسة الرسالة ،سنة 2001.

الكفر في الإسلام ،فقال رسول الله ﷺ أتردين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم ،قال رسول الله ﷺ أقبل الحديقة وطلقها تطليقا.[1]

- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ،قال رسول الله ﷺ أفضل الصدقة ما ترك قيس واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ لمن تعول المرأة إما أن تطعمني وإما تطلقني ويقول العبد أطعمني واستعملني ووجه الدلالة دل هذا الحديث على جواز التفريق لعدم الاتفاق وكذلك لأي عذر يضر بالحقوق الزوجية.

ج – دليل مشروعية التطليق من الإجماع :

أجمع علماء الأمة منذ عهد الرسول ﷺ حتى اليوم على جواز الفرقة ،وهي محظورة أصلا ولا تباح إلا للحاجة أو الضرورة ،والإباحة مقيدة بقيود تكفل الصالح العام ،وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين و واجباتهما ،ذلك أن العلاقة الزوجية ميثاق غليظ لا ينحل إلا لأسباب ملحة ،أي الطلاق مشروع باعتباره ضرورة والضرورة تقدر بقدرها ،وعند الحاجة إليه فحرام طلبه.

لذلك قال جماعة من العلماء: " إن من الإمساك بالمعروف أن الزوج الذي لم يجد ما ينفق على زوجته أو يطلقها فإن لم يفعل خرج على حد المعروف ،فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها و الجوع لا صبر عليه وبهذا قال مالك و الشافعي و أحمد و إسحاق وقاله من الصحابة عمر و علي و أبو هريرة رضي الله عنهم ومن التابعين سعيد بن المسيب.

د– دليل مشروعية التطليق في قانون الأسرة الجزائري :

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بالفقه المالكي لاعتبارهم أن فك الرابطة الزوجية تكون لكلا الزوجين ،بحيث تكون الزوجة سبب وجود الضرر كالغيبة وعدم النفقة وغيرها ،وكذا ما يستشف من المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: "... مع مراعاة المادة هو

[1]– ماجد توفيق حمادة سمور ،التفريق بين الزوجين للردة وإيباء في الإسلام وتطبيقاتها ،رسالة الماجيستار في القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية ،غزة ،سنة 2010 ،ص 10.

يحل عقد الزواج بالطلاق ،ويتم بإرادة الزوج أو بالتراضي بين الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون.[1]

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية التطليق

اعتبرت الشريعة الإسلامية أن الزواج هو وسيلة لبناء الأسرة والمجتمع ويشترط في الزواج الاستقرار والدوام ،ولكن هذا لا يعني أن يصبح هذا الزواج سجنا لكلا الزوجين خاصة بعد استحالة الأمور بينهما.

فالله سبحانه وتعالى ﷻ أمر بالإبقاء على الحياة الزوجية ،والصبر على ما يصيب أحد الزوجين قدر الاستطاعة في كتابه العزيز مصداقا لقوله تعالى ﷻ: ﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كثيرا** ﴾.[2]

شرع الإسلام علاجا للحالات التي ينشأ عنها الشقاق والنزاع بين الزوجين وهو أن يختار الزوجين شخصا من أهله وتختار الزوجة شخصا من أهلها ويحاول الحكمان التوفيق بين الزوجين حرصا على استمرار الحياة الزوجية بينهما.

أما إذا لم تجد المحاولات منفذا بين الزوجين ،و تتضرر الزوجة أو الزوج من أذى يلحقه أحدهما بالآخر ،فقد أعطى الإسلام الزوجين الحق في الطلاق ،كما لم يحرم الزوجة من ذلك فجعل له طريقا إذا ما أرادت توقيف استمرار الحياة الزوجية ذلك عن طريق طلب التطليق وهو التفريق بين الزوجين بناءا على حكم قضائي.

ومن خلال ذلك يمكن إبراز الحكمة من مشروعية التطليق بما يلي :

1- يظهر ذلك في أن الحاجة إلى الخلاص من تباين الأخلاق وانتشار البغضاء الموجبة لعدم إقامة حدود الله تعالى ﷻ فكان تشريعه رحمة منه جل جلاله.

2- فالتطليق علاج حاسم وحل نهائي أخير ،لما استعصى حله على الزوجين ،وأهل الخير والحكمين بسبب تباين الأخلاق وتنافر الطباع غالبا ،وتعقد مسيرة الحياة المشتركة بين الزوجين أو بسبب الإصابة بمرض لا يرجى شفاؤه أو عقم استعصى علاجه مما يؤدي إلى

[1]- انظر الأمر 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة.

[2]- سورة النساء الآية 19.

ذهاب المحبة والمودة وتوليد الكراهية والبغضاء ،فيكون التطليق منفذا للخلاص من المفاسد والشرور الحادثة.

3- كما شرع التطليق للمرأة لرفع الضرر عنها بمختلف أشكاله عند توفر سبب من أسباب التطليق ،واستطاعة إثباته ،فجعل لها الإسلام منفذا ،وهو اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق وذلك للتخلص من تسلط الزوج واستعماله لحق القوامة على الأسرة ولا يبقى الطلاق حكراً على الرجل فقط ،يستعمله كيف ووقت ما شاء ،ولذلك فإن رفع الظلم واجب والضرر حرام.

4- فالتطليق إذا ضرورة لحل مشكلة الأسر ومشروع للحاجة ويكره عند عدم الحاجة لقوله ﷺ : "**ليس شيء من حلال أبغض إلى الله من الطلاق**" وقوله :"**أيما إمرة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة**"[1].

وما يترتب على التطليق من أضرار تمس الأولاد خاصة ،يحتمل في سبيل دفع ضرر أشد وأكبر ،عملا بقاعدة أخف الضررين.

ومن ذلك فإن نظام تطليق خاصة في الإسلام علاج لكل أسرة نشأ الشقاق والخلاف بينهما ،وقد شرع لرفع الضرر عن الزوجة مما قد يصيبها من جراء عدم التوافق والانسجام بينها وبين زوجها ،أو حال غياب زوجها ... منعا للظلم شرع نظام التطليق ففيه دفع مفسدة كبرى وهي أن العلاقة بين الطرفين صارة جحيما لا يطاق لمفسدة صغرى وهي الفراق وأن يتفرقا يغني الله كل من سعته.

5- تغيير نظرة الرجل للمرأة لا باعتبارها منفعة مادية ،وإنما وصلة إنسانية تقوم على المودة والتراحم الأسري.

6- حصانة حقوق الأطفال وما قد ينجر عنه من تهاون الآباء اتجاههم.

[1]- مالك بن أنس ،الموطأ ،الطبعة الأولى ،دار الفكر ،سنة 1989 ،ص 489.

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية للتطليق

يعتبر التطليق حق منحه المشرع للزوجة لتطلب الفرقة بينها وبين زوجها مستندة في ذلك إلى أسباب محددة ،وللقاضي في هذه الحالة السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها المتمثل في التفريق أو التطليق ومن هنا نتساءل حول طبيعة التطليق هل هو فسخ أم طلاق؟

الفرع الأول : الطبيعة الشرعية للتطليق وفقا للفقه الإسلامي

اعتبر الفقهاء على أن الفرقة إما أن تكون طلاقا أو تكون فسخا ولكن اختلفوا فيما يدخل في الطلاق وفيما يدخل في الفسخ.

ذكر الشافعية والحنابلة أن الفرقة لأجل النفقة لا تجوز إلى بحكم الحاكم لأنه فسخ مختلف فيه فاقتضى إلى الحاكم كالفسخ بالعنة ،ولا يجوز التفريق إلى بطلب المرأة بذلك لأنه لا يجوز من غير طلبها فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ ولا رجعة للزوج فيه.[1]

وعن التفريق الواقع للعيب فالحنفية والمالكية يرون أنه طلاق بائن ،لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج كأنه طلقها بنفسه وإنما جعله بائناً لأن المقصود منه دفع الضرر عن المرأة ولا يحصل ذلك إلى بالطلاق البائن ،والشافعية ذهبوا بالقول على أنه فسخ لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة لذا هي فسخ ليس بطلاق وكان العيب في الزوج ،أما إذا كان فيها (الزوجة) والزوج هو الذي طلب الفرقة فقد كانت هي السبب في طلبه والفرقة إذا جاءت من قبل الزوجة تعتبر فسخ لا طلاق.

ولقد فرق الإمام مالك بين الفسخ والطلاق وذلك في قولين :

أولهما : الفرقة طلاق لا فسخ في النكاح المختلف فيه بين المذاهب

وثانيهما : إذا كانت الفرقة من الشرع لا برغبة الزوجين كان فسخاً أما إذا كان السبب في ذلك هو رغبة الزوجين فهو طلاق.[2]

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للتطليق وفقا للتشريع

[1]– رمضان علي السيد ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،سنة 2002 ،ص 535.

[2]– وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته ،ج 07 ،ط 02 ،دار الفكر ،دمشق ،سنة 1989 ،ص 510.

جاءت المادة 48 قانون الأسرة في نصها على أنه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو تراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون ،كما تنص المادة 57 من القانون سالف الذكر على أنه "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا في جوانبها المادية" ومن خلال استقراء هذه المواد يمكن القول أن المشرع الجزائري ذهب أو أخذ بالمذهب المالكي اعتبر التطليق طلاقاً ليس فسخاً لاستعماله مصطلح الطلاق ،أما عن الفسخ نجد أن المشرع قد أشار إليه في المواد 32 ،33، 34 قانون الأسرة في الفصل الثالث منه تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل.

المبحث الثاني : الأسباب المبررة للتطليق

جعلت الشريعة الإسلامية الأصل في الطلاق أنه بيد الرجل أي لم يوكله ذلك ،إلا أن هذا لا يعني أن الزوجة لا يمكنها أن تبادر بطلب إنهاء أو حل الرابطة الزوجية من طرف القاضي " التطليق " و ذلك إلا في حالات محددة على سبيل الحصر حتى لا يتعسف الزوج في الإمساك بالعصمة ،وللزوجة الحق أن ترفع أمرها للقاضي طالبة تطليقها إذا تضررت من البقاء مع الزوج لسبب من الأسباب التي سيأتي بيانها " و أوجب على القاضي أن يجيبها على طلبها إذا ثبت لديه مضرة الزوجة وأثبتت الزوجة ذلك بأي طريقة من طرق الإثبات ،ما يسوغ شرعا تطليقها من زوجها ،حكم القاضي بتطليقها بناء على طلبها ".[1]

وهذا ما منحته المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري من حق للزوجة لفك العلاقة أو الرابطة الزوجية بالتطليق و ما حددته لطلب ذلك.

فما المقصود من الأسباب الواردة في المادة 53 ق أ ج التي تجيز حق التطليق للزوجة كيف يمكن أن تستند إليه الزوجة لمطالبة بحقها في فك الرابطة الزوجية ؟

[1]– بدران أبوا العينين بدران ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية ،د. ط ،بيروت ،دار النهضة العربية ،ج 01 ،ص 429.

و هذا ما سيتم الإجابة عنه من خلال هذا المبحث بمعالجة الأسباب التي ذكرتها المادة 53 ق أ ج من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : الأسباب المتعلقة بإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية و العائلية.

المطلب الثاني : التطليق لارتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا.

المطلب الثالث : التطليق للعيوب و التطليق للضرر المعتبر شرعا.

المطلب الأول : الأسباب المتعلقة بإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية و العائلية

لقد أوردت المادة 53 من ق أ ج الأسباب التي تعتمد عليها الزوجة لطلب التطليق من القاضي و سيتم دراسة هذه الأسباب من خلال ثلاثة جوانب و التي تتعلق بتخلي الزوج عن التزاماته الزوجية ،إذ أن الحياة الزوجية مبنية على حقوق و واجبات متبادلة بين الطرفين تلزم كلا الزوجين القيام بها و أي إخلال بها يهدد استقرار الأسرة ،إن كان التقصير من الزوجة فللزوج حق المطالبة بالطلاق و إن كان التقصير من الزوج فللزوجة حق المطالبة بالتطليق مادام التقصير عن أداء الالتزامات الزوجية و الامتناع عنها دون سبب شرعي.

و من خلال ذلك يمكن التساؤل عن كيفية استعمال الزوجة حقها في طلب التطليق لدفع الضرر عنها و لما لحقها جراء إخلال الزوج بتلك الالتزامات الزوجية.

وهو ما سيتم الإجابة عنه في هذا المطلب من خلال معالجة التطليق لامتناع الزوج بالتزاماته الزوجية.

الفرع الأول : التطليق لعدم الإنفاق و الغيبة.

الفرع الثاني : التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر وللشقاق المستمر بين الزوجين.

الفرع الثالث : التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 و الشروط الواردة في عقد الزواج.

الفرع الأول : التطليق لعدم الإنفاق و الغيبة

1- التطليق لعدم الإنفاق :

نصت المادة 74 من ق أ ج أن النفقة الزوجية واجبة ،إذ تعتبر بذلك حق للزوجة و التي تثبت لها بمجرد العقد عليها بموجب عقد زواج صحيح و لا تسقط عنها إلا بنشوزها أو

بانحلال الرابطة الزوجية و على الزوج الوفاء بها ما دامت العلاقة الزوجية قائمة ومتى تخلف عن ذلك جاز المطالبة بالتطليق مستعملة في ذلك حقها المشروع شرعا و قانونا.

و سيتم معالجة هذا الفرع من خلال تبين موقف الفقهاء و المشرع الجزائري من ذلك.

و قبل تبيين ذلك سنتناول تعريف النفقة و أنواعها.

النفقة لغة : هي ما ينفق من الدراهم ونحوها وفي الحديث الشريف نفقة الرجل على أهله صدقة ... ما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام ،والكساء ،والسكن والحضانة ".[1]

أما اصطلاحا : إخراج الشخص مؤونة لمن تجب عليه نفقته ،وهي كل ما يخرجه الرجل و يقدمه لزوجته في شكل أدوات إشباع حاجة مادية أو معنوية ،وهي بالمعنى العام إخراج الرجل جزءا من ماله لصالح زوجته[2] ،وتعتبر النفقة من الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح المستوفي لجميع أركانه و شروطه و عليه يترتب حق الزوجة على زوجها بأن ينفق عليها.

أما الحكم الذي توصف به النفقة هو الوجوب لقوله تعالى ﷻ : ﴿ **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[3] ،والمراد بالمولود له هو الأب والرزق في هذا الحكم الطعام الكافي و الكسوة و اللباس.

أما في السنة : فقال رسول الله ﷺ :"**اتقوا الله في النساء فإن أخذتموهن بأمر الله و استحللتم فروجهن بكلمة الله و لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه ،فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف** " كما روي أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال ما حق امرأة على زوجها ؟ فقال له : يطعمها إذا طعم و يكسوها إذا اكتسى.

أما في الإجماع : فقد اتفق جمهور العلماء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بحكم الشرع بمقتضى عقد الزواج ،فهي بهذا لا يتيسر لها الخروج لطلب الرزق

---

[1]– علي بن هادية ،بلحسن البليش ،الجيلاني بن الحاج يحي ،القاموس الجديد للطلاب ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر سنة 1991 ،ص 1241.

[2]– فضيل سعد ،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ،الجزء لأول ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،سنة 1986 ،ص 176.

[3]– سورة البقرة ،الآية 233.

فاستحقت النفقة لذلك مثلها مثل العامل الأجير فمقابل تفرغه لخدمة يستحق أجرة تكفيه وتكفي من يعول ،وهذا ما تقرره إحدى قواعد الشريعة " فمن حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه".

أنواع النفقة :

نصت المادة 78 ق أ ج على ما يلي : " تشمل النفقة الغذاء ، الكسوة ، العلاج و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة " و لقد وفق المشرع عندما نص على أنه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة في إطار مستوى الحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزوج بلا إسراف و لا تقصير ،ذلك أن ما اعتبره المشرع الجزائري من الضروريات في العرف والعادة يتغير حسب الزمن و التطور و الأحوال ،أما بالنسبة لتقدير النفقة فقد نصت المادة 79 ق أ ج على :" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم "[1] ،ومنه فلا مانع إن تبين للقاضي بعد فرضه النفقة أن يعدلها و لكن بعد مضي سنة كاملة من الحكم حسب المادة 79 المذكورة آنفا بعد طلب صاحب المصلحة في ذلك.

. **موقف الفقهاء و المشرع الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق :**

1 . الموقف الفقهي من التطليق لعدم الإنفاق.

أ . المالكية و الشافعية و الحنابلة : اتفقوا على أنه يجوز للمرأة أن تطلب التطليق أو الفرقة للامتناع عن النفقة.[2]

و أدلتهم قوله تعالى ﷻ : ﴿ **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾[3] ،أي أن عدم النفقة تدخل في عدم الإمساك بالمعروف فإذا تخلف الإمساك بالمعروف يتعين التسريح بالإحسان لأن العجز عن النفقة هو خروج عن حدود المعروف الذي أمر الله به.

---

[1]– المادة 79 من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[2]– خليل عمرو ،انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ،دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ،د .ط ،سنة 2015 ص 31.

[3]– سورة البقرة ،الآية 229.

كذلك ما روي عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ " أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى و اليد العليا خير من اليد السفلى و ابدأ بما تعول ،تقول المرأة إما أن تطعمني و إما أن تطلقني.

وجه الاستدلال : أن للزوجة حين الإعسار إما تطلب الإنفاق أو الطلاق مع بعض الاختلافات الطفيفة.

. **بالنسبة للإعسار** :

- **قال المالكية** : يثبت الإعسار بالبينة أو إقرارها هي به ويؤجل المعسر مدة يراها القاضي كافية لليأس من قدرته في المستقبل على الإنفاق وبعضهم قدرها بشهر وإن كانت عالمة بإعساره قبل الزواج ورضيت فليس لها الحق في طلب التفريق.
- **أما الشافعية** : يرون أنه يثبت الإعسار بالبينة أو إقراره هو ولا يؤجل إلا ثلاثة أيام.
- **و عند الحنابلة** : لا يؤجل و يتفقان في علم الزوجة للإعسار قبل الزواج ،وهذا لا يسقط حقها في التفريق لأن النفقة تتجدد كل يوم ،و لا يصح إسقاط ما لم يجب بعد.

. بالنسبة للتطليق (التفريق) :

مع اتفاقهم على أنه إن كان للزوج مالا ظاهرا لا يفرق بينه و بين زوجته و اختلفوا في حالة ما إذا كان ممتنعا لم يدع الإعسار ،أي لم يثبته بالبينة.

حيث قال الشافعي لا يفرق بينه و بين زوجته إذا طلبت التطليق لأن مظنة الرجوع غير ثابتة ،و بالبحث و التحري يمكن معرفة ماله و تنفيذ حكم النفقة فيه.

و المالكية و الحنابلة يفرقون بين الممتنع عن الإنفاق و بين زوجته إن طلبت التطليق ولو لم يكن له مال ظاهر لعدم الإنفاق عليه.

طبيعة التطليق (الفرقة) :

تعد عند المالكية : إن كل طلاق يوقعه القاضي يكون بائنا ،إلا الطلاق الذي يكون بالإيلاء ،وطلاق المعسر فهما رجعيان ،ففي الطلاق بالإعسار ،للزوج حق أن يراجع زوجته مادامت في العدة و لكن حق الإرجاع هذا ليس على الإطلاق بل لابد من تحقيق أمرين فيه يجب أولا أن يتحقق إيساره أن ينفق عليها فعلا.

اتفق الشافعية والحنابلة على أن التطليق لأجل النفقة لا يجوز إلا بحكم القاضي عند طلب امرأة ذلك ،فإن فرق بينهم فهو فسخ لا رجعة فيه ولا يحتسب من عدد الطلقات ومن هذا أجاز المشرع الجزائري التفريق لعدم الإنفاق.

أما الحنفية فقد ذهبوا بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق لأنه إن كان معسرا فلا ظلم منه بعدم الإنفاق لقوله تعالى ﷻ :" **لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يسْرًا** "[1] ،فلا نظلمه بإيقاع الطلاق عليه ،أما إذا كان موسرا فهو ظالم بعدم الإنفاق ،و لكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق بل بوسيلة أخرى.

2 . موقف المشرع الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق :

أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق طبقا للفقرة الأولى من المادة 53 ق أ ج واضعا لها عدة شروط لابد من توفرها.

*يجب على الزوجة أن ترفع دعوى ضد الزوج لاستصدار حكم يأمره بالنفقة ،و أن لا يمتنع عن تنفيذ الحكم ، فإن رفعت دعواها لأول مرة تطالب بالنفقة فإن القاضي يحكم لها بذلك و يأمرها للعودة إلى المقر الزوجية ،إلا إذا ثبت امتناعه بعد الحكم ،فإن رفعت دعوى بعد ذلك ،فعلى القاضي الاستجابة لطلبها في هذه الحالة.[2]

*أن تكون غير عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج ،فإن كانت عالمة بذلك و وافقت على الزواج به سقط حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق.

*امتناع الزوج عن الإنفاق عمدا و قصدا و يقتضي هذا أن الزوج يتعسف ولا يقوم بالإنفاق على زوجته في إطار النفقة الزوجية الواجبة عليه قانونا بموجب عقد الزواج ،وذلك بدون أي سبب وجيه إذ يتعمد عدم الإنفاق وذلك قصد إلحاق الضرر بالزوجة.

و هو ما يتضح جليا في القرار المؤرخ في 1998.07.21 الذي جاء فيه ما يلي "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ،ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق ،حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

---

[1]– سورة الطلاق الآية 07.

[2]– نبيل بن عائشة ،إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية التطليق ،مجلة تحولات ،العدد الأول ،يناير 2018 ،ص 23.

ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع الأولاد وعدم الإنفاق عليهم ،الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها ،وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون".[1]

*مراعاة أحكام المواد 78 ، 79 و 80 من قانون الأسرة الجزائري حيث أن هذا الشرط تكميلي للشروط السابقة ،إذ لا تكفي وحدها لطلب التطليق بل لابد من مراعاة ما تضمنته المواد والتي تفيد أن الإنفاق يتعلق بمشتملات النفقة من غذاء ،لباس ،علاج و سكن أو أجرته.[2]

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

إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد مقدار النفقة التي أعسر بها الزوج ،فلم يقف عند الحد الأدنى لإعسار الزوج والذي يصلح كسبب لتأسيس دعوى التطليق.

كذلك أنه لم ينص على إثبات عدم الإنفاق فقد أشار إلى وجود حكم يقضي بإلزام الزوج بالنفقة أما القضاء فإنه لم يشترط على الزوجة إثبات الضرر اللاحق بها لعدم الإنفاق.

لم يفرق المشرع بين الزوجة الغنية والزوجة الفقيرة في حالة عدم إنفاق الزوج ،كما أنه لم ينص على طبيعة التطليق هل يعد طلاقا رجعيا أو بائنا.

2- التطليق للغيبة :

لقد أعطى الشرع للزوجة حق طلب الحكم بتطليقها من زوجها في حالة الغياب وذلك ما نصت عليه أو تضمنته المادة 53 في فقرتها الخامسة والتي نصت على أنه :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة " وغياب الزوج إما يكون الغرض منه سليما كسفره لطلب العلم أو لأجل التجارة والعمل أو يكون القصد منه

[1]- أنظر الملف رقم 192665 المؤرخ في 2000/07/21 ،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية الصفحة 116.

[2]- بلحاج العربي ،صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،الجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ،العدد 03 ،الجزائر ،ص 573، 574.

إلحاق الضرر بالزوجة وذلك ببعده عنها ،كما يكون الغائب معلوم مكان تواجده وبالتالي إمكانية الاتصال به ،أو يكون خبره منقطع ،مكان تواجده مجهول ،أخباره انقطعت فلا يعلم موته من حياته ،وبالتالي يأخذ حكم المفقود.

و لدراسة هذه المسألة سنحاول التعرض لموقف الفقهاء و المشرع الجزائري في هذه المسألة ،لكن قبل ذلك لابد من تحديد المقصود بالغياب.

1/2. المقصود بالغياب :

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

غيبة الزوج عن زوجته بإقامته في بلد آخر غير الذي تعيش فيه ،وأما الغيبة عن بيت الزوجية و عيشه في بيت آخر في نفس البلد فهو من الأحوال التي تدخل في الضرر.

أما المقصود بها قانونا : فقد عالج قانون الأسرة حكم الغائب في الفصل السادس وأعطى تعريفا له في المادة 110 بنصها " الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود".

أ. موقف الفقهاء من التطليق للغيبة :

اختلف الفقهاء في التطليق بسبب الغياب فالشافعية و الحنفية لا يرونها سببا للتفريق وإن طالت مدة الغياب ،لانعدام ما يصلح أن يكون سببا لذلك ولعدم وجود دليل شرعي يجيز ذلك بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التطليق بسبب الغيبة الطويلة التي تستوحش منها الزوجة وتتضرر منها ،وتخشى فيها على نفسها من الوقوع في الحرام حتى وإن تيسرت لها النفقة ،لكن هؤلاء اختلفوا في نوع الغيبة و مدتها و في التفريق حالا و في نوع الفرقة.

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

و يفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة إن كان مكان الزوج مجهولا ،وينذره إما بالحضور أو الطلاق أو إرسال النفقة ،و يحدد له مدة بحسب ما يرى إن كان مكان الزوج معلوما و يكون الطلاق بائنا.

و في رأي الحنابلة : تجوز الفرقة للغيبة إلا إذا كانت لعذر ،فإن كانت لغير عذر فلا يجوز التفريق بينهما ،و حد الغيبة ستة (06) أشهر فأكثر ،استقراءا من فعل عمر بن الخطاب رضي الله عليه حيث كان يأمر الجيش بالعودة إلى نسائهم كل أربعة أشهر ويفرق القاضي في الحال متى أثبتت الزوجة ما تدعيه ،وتكون الفرقة فسخا لا طلاقا ،لأنها فرقة من جهة الزوجة و الفرقة من جهة الزوجة تكون عندهم فسخا.

ب . موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للغياب :

أجاز المشرع للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها وفق ما جاء في المادة 53 من ق أ ج غير أنه وضع شروطا لذلك.

*أن تكون الغيبة لمدة سنة على الأقل بدءا من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى في حين لا يجوز لها ذلك إذا لم يمضي على غيابه هذه المدة التي يجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية ،ولكن القانون الجزائري لم يحدد هذه الكيفية وجرى العمل بالاعتماد على السنة الميلادية آخذا بموقف الإمام مالك الذي جعل مدة الغيبة بين السنة وثلاث سنوات.

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

*أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه ،و هذه الحالة يقدرها القاضي ويتأكد منها بجميع الطرق حيث ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب والبلد الذي يتواجد به والوضعية التي آل إليها خلال الغياب والإجراءات 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 تنفقه فإن القاضي يحفظ مصير الأسرة ومتى رفعت إليه

طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من مصادر النفقة ويحكم 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 بها نفس البلد أو بلد أجنبي.

الفرع الثاني : التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر و لشقاق المستمر

1. التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر :

من الأسباب التي أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة طلب التطليق من زوجها ما ورد النص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 53 من ق أ ج و هو الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر[1] ،فمن الواجب على الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها ،لأن ذلك يعد من أهم الأسباب الدافعة له ،وقال فقهاء الإسلام أن الرجل مفروض عليه مجامعة زوجته ،وقد اعتبر المشرع الجزائري الهجر في المضجع فوق أربع أشهر من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق وذلك في الفقرة الثالثة من المادة 53 ق أ ج ،فلابد لنا من معرفة ما المقصود بالهجر في المضجع.

المقصود بالهجر في المضجع :

. الهجر لغة : يقال هجر أي حرم و قطع ، و يقال : هجر الشيء بمعنى تركه و أعرض عنه ،و يقال هجر الزوجة أي اعتزل عنها و لم يطلقها.[2]

الهجر في الفقه الإسلامي :

*. **الهجر في المضجع عند الحنابلة :** هجرها في المضجع ، بفتح الجيم ،والمراد أن يهجر فراشها فلا يصاحبها فيه ،وبمعنى لا يجامعها ولا يضاجعها على فراشها ويوليها ظهره.

*. **عند الشافعية :** و هو هجرها لفراشها فلا يضاجعها فيه أي ترك مضاجعتها فيه بوطء أو غيره.

---

[1]– بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول ،بن عكنون الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية سنة 2005 ،ص 285.

[2]– المنجد الأبجدي ،الطبعة السادسة ،بيروت –لبنان– ،دار الشرق ،سنة 1998 ،ص 1109.

الهجر في قانون الأسرة الجزائري :

لم يورد المشرع الجزائري أي تعريف للهجر في المضجع بل اكتفى بذكره كسبب من أسباب طلب التطليق و ذلك في المادة 53 من ق أ ج الفقرة 3 بنصه أنه :" يجوز للزوجة أن تطلب للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر".

و قد عرفه الأستاذ عبد العزيز سعد بقوله : " أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج ،فلا يعتبرها زوجة موجودة بجانبه وقد يترك فراش الزوجية أو غرفة نوم الزوجية لينام في فراش آخر أو غرفة أخرى و يتركها قصد ودون سبب شرعي و ذلك لمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الإضرار بها أو تعذيبها أو تأديبها ".[1]

و لقد أوجب المشرع جملة من الشروط كي يكون الهجر مشروعا و هي كالتالي :

. هجر الزوج لزوجته من المبيت معها في فراش الزوجية و الإعراض عنها وعدم قربانها أو ترك فراش الزوجية و ينام الزوج في فراش آخر أو غرفة أخرى فلا يعتبرها زوجة له.

. أن يكون هذا الهجر عمديا ،أما إذا كان الهجر لابد فيه للزوج كأن يكون مريضا طريح الفراش للعلاج في المستشفى أو وجوده بالخدمة العسكرية أو قيامه بمهمة خاصة في إطار وظيفته أو عمله فالمبرر هنا شرعي و قانوني و بالتالي لا يجوز للزوجة رفع دعوى التطليق بناء على الهجر في المضجع ،و منه يجب توفر نية الإضرار بالزوجة وليس نية الإصلاح و التأديب.

. أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر وأن لا يقع أي اتصال بين الزوجين طيلة هذه المدة وهو ما لا يقبله الشرع إذ لا ضرر و لا ضرار.

كما اعتمد المشرع في نص المادة 3/53 على ما جاء به الشرع حول الإيلاء[2] لقوله

---

[1]– عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق ،ص 263.

[2]– الإيلاء لغة هو الحلف مطلقا سواء تعلق الحلف بعدم قربان الزوجة أو كن الحلف على شيء آخر ،وكلمة إيلاء جاءت من كلمة آل أي حلف.

ومعناه في الاصطلاح أن يحلف الزوج بأن لا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر فقد كان الإيلاء والظهار طلاقا في الجاهلية يستعمله العرب للإضرار للزوجة ولما جاء الإسلام حرمهما.

تعالى ﷻ :" **لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيم وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** "[1] ،وهنا وإن أخذ المشرع مدة الهجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر من حكم الإيلاء و أيضا عن الظهار ،ولعل أن إبعاد الإيلاء من نصوص ق إ ج جاء تضيقا لدائرة الطلاق و تخفيضا لنسبة تطوره عن طريق التقليل من أسبابه ،ولقد نص العلماء على أن الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به الطلاق.

2. التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين :

لابد في كل اجتماع مستمر صغر أم كبر من اختلاف بين أطرافه و قد يكون الاختلاف يسيرا ،فيتغلب عليه المختلفون فيما بينهم ،و قد يشتد فيحتاج إلى تدخل خارجي لمحاولة الحل ،وهذا هو المسمى بالشقاق الذي نقصد منه نشوز بين الزوجين و هو إستحدام العداء والخلاف ،والخلاف الذي يعرض الحياة الزوجية للانهيار ،بحيث لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق أن تحرص الزوجة عليها ،لما ينشأ عن ذلك من مفاسد شتى[2] ،يقول الحق تباركت أسماؤه : ﴿ **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا. وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا . وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا** ﴾.[3]

أ. موقف الفقهاء من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين :

ذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة على عدم جواز التفريق للشقاق مهما كان الضرر شديدا ،لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق ،عن طريق رفع الأمر إلى القاضي والحكم على الزوج بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار.

---

[1]– سورة البقرة ،الآيتين 226 و 227.

[2]– أحمد نصر الجندي ،شرح قانون الأسرة الجزائري ،دار الكتب القانونية ،مصر ،سنة 2009 ،ص120.

[3]– سورة النساء ،الآية 128 ،129 ،130.

أما المالكية فقد أجازوا التفريق للشقاق منعا للنزاع ،حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما وعليه ترفع الزوجة أمرها للقاضي ،فإن أثبتت الضرر طلقها منه ،ورفض دعواها إن عجزت في إثبات صحتها ،فإن كررت الادعاء بعث القاضي حكمين من أهليهما لفعل الأصلح للجميع بالصلح أو تفريق بعوض أو بدونه لقوله تعالى ﷻ ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾.[1]

و اتفق الفقهاء على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما ،واتفقوا على أن قولهما في الجمع نافذ بغير توكيل من الزوجين.

و اختلف الفقهاء في تفريق الحكمين بين الزوجين إذا اتفقا عليه ،إن كان يحتاج إلى إذن من الزوج أو لا يحتاج إليه فقال الجمهور ،يعمل الحكم بتوكيل من الزوج ،فليس للحكمين أن يفرقا بين الزوجين دون إذنهما ،وقال المالكي ينفذ قول الحكمين في الفرقة والإجماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما.

ب . موقف قانون الأسرة الجزائري : الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق استحدثه المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة الجزائري حيث أمكن للزوجة المتضررة من طول الخصام و الشقاق المستمر بينها و بين زوجها و سوء العشرة بينهما أن تلجأ للقضاء و تطلب التطليق.

و مصدر هذه الفقرة المستحدثة هو الاجتهاد القضائي ،لا سيما اجتهاد المحكمة العليا والتي جسدت ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار رقم 224655 الصادر تاريخ 1999/06/15 و الذي جاء فيه " من المستقر عليه قضاءا أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام و طول مدته بين الزوجين باعتباره ضرر شرعيا و متى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج و أن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام

[1]– سورة النساء ،الآية 35.

وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون[1] ،فبمجرد رفع دعوى التطليق للشقاق للمرة الثانية بعد رفع الدعوى الأولى لعدم إثبات الضرر ،يتعين على القاضي تعيين حكمين من أهل الزوجين وجوبا بغية التوفيق والإصلاح بينهما طبقا للفقرة الأولى من المادة 56 ق إ ج[2] و تنحصر مهمة الحكمين في محاولة الإصلاح بين الزوجين وعليهما تقديم تقريرهما في ظرف شهرين و هذا طبقا لنص المادة 56 الفقرة الثانية من ق أ ج.

الفرع الثالث : التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 ق أ ج والشروط الواردة في عقد الزواج

إن عقد الزواج كغيره من العقود يولد التزامات ،حيث وجب على الزوج احترامه ،وأي إخلال به ولأحكام القانون ،يتسنى للزوجة بالمواجهة للحفاظ على حقوقها بمطالبتها بالتطليق لدراسة هذه الحالة يجب دراسة سببين من أسباب التطليق الذي نص عليهما المشرع الجزائري أولهما التطليق لخالف الأحكام الواردة في المادة 08 ق أ ج و ثانيهما مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

1. التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من ق أ ج :

من بين الحالات التي تطرق إليها المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 53 الفقرة السادسة من قانون الأسرة ،هي حالة تعدد الزوجات المنصوص عليها في المادة الثامنة من ق أ ج والتي من خلالها وضع المشرع أحكام وقواعد وشروط وجب على الزوج احترامها وعدم مخالفتها ،ولتوضيح ذلك سنحاول تبين موقف الفقهاء وموقف المشرع الجزائري حول هذه المسألة.

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

[2]– تنص المادة 56 ق أ ج "على أنه إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي حكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

أ. الموقف الفقهي :

الجدير بالذكر أن الإسلام على خلاف ما يدعيه مهاجموه لم يشرع تعدد الزوجات ،ولم ينشئه نظاما جديدا جاء به ،وإنما وضع له من الأحكام ما يضبطه و يعطي للمرأة فيه كرامة فلا تقبل زوجا لا ترضاه ،ولا زوجا في عصمته امرأة أخرى.

لقد أباح الإسلام تعدد الزوجات ، والدليل قوله تعالى ﷻ **﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾**[1] ،ولكن قيدت الشريعة هذا التعدد على أنه في حالة الزواج بأكثر من واحدة يستلزم وجود نية العدل إذ أن شريعة التعدد تكون لمن استطاع ذلك و لم يخف الجور.

إذ نجد أن هناك اتفاق بين الفقهاء على تعدد الزوجات و لإتاحة التعدد شرطان هما :

. توفير العدل بين الزوجات : ونعني به المساواة بين الزوجات من حيث الملبس ،المسكن والنفقة وحسن المعاشرة لقوله تعالى ﷻ : **﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا ﴾**[2] ،فإذا خشي الزوج التعسف في العدل والمساواة بين زوجاته فإن الله تعالى ﷻ أمره بالاقتصار على واحدة.

. القدرة على النفقة : فلا يصح للزوج الإقدام على التعدد إلا بعد التأكد من القدرة على توفير مؤن الزواج والتكاليف اللازمة ،وعدم التوقف على أداء النفقة الواجبة للزوجة الأولى لقوله ﷺ " **يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج** ".

و من خلال ذلك فإذا تبين انعدام العدل بين الأزواج أو قصد إلحاق الضرر بإحداهن فيمكن للزوجة التي وقع الضرر عليها أن ترفع أمرها إلى القاضي للمطالبة بالتفريق.

ب . موقف قانون الأسرة من التعدد :

أباح المشرع الجزائري التعدد كمبدأ عام و لكنه قيد الأمر بضرورة توفر شروط معينة تتضح من خلال نص المادة 08 من ق أ ج التي تقضي بما يلي :" يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط و نية العدل

[1]– سورة النساء ،الآية 03.

[2]– سورة النساء ،الآية 03.

و يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

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

من خلال استقراء نص المادة نستشف الشروط الواجب توفرها حتى يتمكن الزوج من الزواج بأكثر من واحدة و هي :

. وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى و هو معيار مرن و شخصي و واسع كأن يكون من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى ورغبة زوجها في الإنجاب ،مع تعلق كل واحد بالآخر أو مرضها وعدم قدرتها على القيام بشؤون البيت فيكون من الحكمة ألا تمنعه من الزواج بغيرها.

. ضرورة توفر شرط النية والعدل بين الزوجات في الحقوق والوجبات حيث يقول الله تعالى ﷻ : ﴿ **فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاع فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا** ﴾.[1]

و يلاحظ أنه لا تعارض بين ما أوجبه الله تعالى ﷻ من العدل في هذه الآية المذكورة أعلاه و بين ما نفاه الله في الآية من سورة النساء و هي قوله تعالى ﷻ : ﴿ **وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ** ﴾.[2]

. ضرورة إخبار الزوجة السابقة التي هي في عصمته برغبته في الزواج بالثانية كما يجب أن يحيط علما المرأة الثانية التي ينوي العقد عليها بوجود ضرة لها ،ومن واجب الزوج إخبارهما معا أو إخبارهن إن تعددن وإذا لم يفعل ذلك فإن المشرع الجزائري قد جعل ذلك سببا يسمح من خلاله للزوجة السابقة و كذا اللاحقة بطلب التطليق من القاضي ،بناء على غش الزوج لهما أو لأحدهما.

[1] – سورة البقرة الآية 229.

[2] – سورة النساء الآية 129.

. و قد أضاف المشرع الجزائري في تعديل 05-02 تقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية ويمكنه أن يرخص بالزواج الجديد ،إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

و من خلال ما سبق ذكره في المادة 08 من ق أ ج و التي اشتملت على مجموعة من القيود والضوابط التي يجب على الزوج مراعاتها عند زواجه بالأخرى ،وفي حالة مخالفة لهذا الشرط رتبت جزاء لهذا الإخلال وهذا ما يتضح من نص المادة 08 مكرر و 08 مكرر 1.

المادة 08 مكرر:" في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق ".

المادة 08 مكرر 1 :" يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه.

و يستخلص من النصين أن المشرع قد رتب جزاءا صريح على مخالفة القانون فيما يتعلق بعدم إخبار الزوجة السابقة بأنه مقبل على الزواج بامرأة لاحقة ،وبعدم إخبار الزوجة المقبل على الزواج بها بأنه متزوج مع غيرها زواجا مازال قائما.

2. التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج :

إن المشرع الجزائري استحدث هذه الفقرة بموجب الأمر 02/05 حيث نصت المادة 53 في فقرتها 09 على :" يجوز للزوجة أن تطلب تطليق لأسباب التالية :

. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج " و يرجع مصدر هذه الفقرة في الأساس إلى المادة 19 من ق أ ج المعدل هي الأخرى والتي تنص على " للزوجين أن يشترطان في عقد الزوج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ،و لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ".

و من خلال هذه المادة يتضح جليا أن المشرع قد فتح مجال للاشتراط أمام الزوجين في عقد الزواج ،لكنه قيده بشرط عدم مخالفة القانون.

فهذه الشروط يجب على الزوج أن يفي بها ،و يسعى لتنفيذها فإن لم يحترمها ،جاز للزوجة إما المطالبة بتنفيذها إذا لم يحصل الدخول وجاز للزوجة المطالبة بفسخ العقد.

أما بعد الدخول فلا يبقى أمام الزوجة سوى المطالبة بالتطليق إذا رأت ضرورة لذلك والمسألة تقديرية للقاضي بحسب المعطيات المعروضة أمامه.[1]

و في الواقع ما جاء به المشرع في المادة 19 المعدلة إيضاح للشروط لم يكن على سبيل الحصر ،بل كان على سبيل المثال ،لأن القاعدة أن للزوجين أن يشترطان في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية ،وهذه العبارة الأخيرة لا يمكن حصرها فقط في تعدد الزوجات أو عمل المرأة ويبدوا أن المشرع الجزائري بذكره لهذين الشرطين على سبيل المثال إنما لاعتقاده بأنهما أساس كل خلاف عائلي وسبب كل علاقة زوجية فاشلة وبالتالي فقد أضاف المشرع الجزائري الإخلال بالشرط كسبب قانوني موجب للتفريق بين الزوجين بطلب من الزوجة إذا أخل الزوج بالشروط المتفق عليها وهو ما يدعونا بالرجوع إلى نص المادة 19 من نفس القانون التي تقضي بأن لكل الطرفين الحق في الاشتراط بما لا يتنافى مع القانون.[2]

لقد أبيح الاشتراط في عقد الزواج غير أن الإباحة ليست على إطلاقها ومن هنا كان للفقهاء مجال واسع في البحث عن تلك الشروط غير أننا يمكننا تقسيم آراء الفقهاء بشكل عام في الشروط التي تتراوح بين التضييق والتوسيع والمنع.

. المانعون لهذه الشروط وهم الظاهرية : فالأصل عند الظاهرية أنه لا يجوز اشتراط شيء في العقود إلا ما ورد به النص في الكتاب أو السنة لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال المتعاقدين و إرادتهم.

. المجيزون والمضيقون و هم الشافعية و الحنفية :

. المجيزون المتوسطون و هم الملكية : ذهب المالكية مذهبا وسطا بين المضيقين والموسعين فأجازوا كل الشروط إلا ما كان منافيا لمقتضى العقد.

. المجيزون المتوسعون و هم الحنابلة : يعتبر هذا الفريق من أكثر المذاهب توسعا في إجازة الشروط الجعلية ذلك أن الشروط عندهم ما يكون صحيحا و منها شروط ليست من

---

[1]– بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،دار الخلدونية ،الطبعة الأولى سنة 2008 ،ص207.

[2]– سميرة معاش ،مجلة المنتدى القانوني ،دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة بتاريخ أبريل 2009 ،العدد السادس ،ص 209.

مقتضيات العقد و بالتالي فإن الاشتراط في العقد بصفة عامة أمر جائز شرعا و قانونا مادام يحقق مصلحة أو منفعة لأحد الطرفين ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين حيث أخذ المشرع بمذهب الحنابلة في أصل الاشتراط في عقد الزواج و وجوب الوفاء بالشروط التي يريانها ضرورية في العقد كونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كلاهما[1] ،وهو ما نصت عليه الفقرة 09 المادة 53 ق أ ج كتأكيد خاص للمادة 19 من نفس القانون.

المطلب الثاني :التطليق لارتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا

الزواج هو ذلك الميثاق الغليظ القائم على حفظ وصون كرامة كل من الزوجين من خلال سعيهما للحفاظ على سمعة وشرف الطرف الآخر وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا بحرص كل واحد منهما على الابتعاد عن كل سلوك أو فعل قد يشكل مساسا بسمعة أو شرف الطرف الآخر من جهة وكيان الأسرة ككل من جهة أخرى ،ومن هذا المنطلق فإنه يتعين شرعا وقانونا للزوجة طلب الانفصال عن زوجها بداعي ارتكابه لأفعال تشكل مساسا بشرف وسمعة الأسرة ،وتحول دون إمكانية استمرار العلاقة الزوجية.

الفرع الأول : التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة

قد يرتكب الزوج جريمة يعاقب عليها القانون فتتضرر زوجته خاصة وأن من العقوبات ما يرغمها على انتظاره السنين الطوال والتي سيكون لها انعكاسات سلبية على الزوجة ،وقدرتها على تقبل استمرار العلاقة الزوجية ،فلها رفع الأمر للقاضي وطلب التطليق ،فما هو موقف الفقه و التشريع الجزائري من ذلك ؟

أ . موقف الفقه من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة.

هناك اختلاف بين الفقهاء في إجازة طلب التطليق لارتكاب الزوج الجرائم تمس بشرف الأسرة ،فمنهم من أجازها و منهم من لم يجزها.

[1]– محفوظ بن صغير ،الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في ق إ ج (أطروحة دكتوراه) ،تخصص فقه وأصوله ،جامعة باتنة كلية العلوم الإسلامية والاجتماعية ،ص 470.

فالحنفية يرون أن إدانة الزوج بالحبس لا يعد سببا للتفريق مع زوجته مهما كانت مدة الحبس ،فمن خلالها لا تعتبر الغيبة سببا للتفريق حتى بدون عذر.

و الرأي الراجح عند الحنابلة هو عدم التفريق بين الزوجين ،لأن الغيبة جاءت في هذه الحالة على الرغم من أن العذر غير مشروع.

أما المالكية فقد أجازوا التفريق بين الزوجين بسبب الحكم على الزوج بالحبس ،لأن الغيبة عندهم سواء كانت بعذر أو بدون عذر تجيز للزوجة طلب التطليق ،والسبب من إجازة الطلب هو ما قد يصيب الزوجة من ضرر مادي أو معنوي من تلك الغيبة.[1]

ب . موقف التشريع الجزائري من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة :

عند تحليلنا لنص المادة 53 الفقرة 4 من ق أ ج 02/05 نلاحظ أن المشرع الجزائري قد منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بسبب الحكم عليه بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة ،وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ويبدو من خلال المادة أنها لا تعتبر الغياب لحبس أو للسجن كسبب للتفريق وإنما اتجهت إلى اعتبار الأسباب التي لأجلها حبس أو سجن الزوج بغض النظر عن مدة الحبس.[2]

و لم يبين النص مقدار العقوبة المقيدة لحرية الزوج وليس هذا فحسب ،بل ينبغي أن تكون الجريمة تؤثر على سمعة الأسرة وتستحيل مواصلة العشرة والحياة الزوجية معه وبالتالي حق لها طلب التطليق.[3]

و انطلاقا من هذا النص فإن المشرع الجزائري يشترط في التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة شروط يجب توافرها حتى تتمكن الزوجة في الاستناد إليها في طلبها للتطليق.

. الشرط الأول : صدور حكم قضائي ضد الزوج في جريمة ارتكبها حائزا لقوة الشيء المقضي به ،ولم يعد يقبل أن يطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن العادية أو غير العادية

---

[1]– محمد كمال الدين إمام ،الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ،الطبعة أولى ،المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع مصر ، سنة 1996،ص 273.

[2]– قد كانت هذه الفقرة قبل التعديل تشترط أن تكون العقوبة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة.

[3]– بن شويخ الرشيد ،المرجع السابق ،ص 199.

و عليها أن تقدم الزوجة نسخة من الحكم كحجة قانونية تدعم بها طلبها ،ويستوي في ذلك أن تكون الجريمة من جرائم القانون العام أو غيرها والملاحظ هنا أن الجريمة جاءت عامة (جناية ، جنحة و مخالفة) المادة 27 قانون العقوبات.[1]

. الشرط الثاني : أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة أي أن تكون الأفعال التي ارتكبها الزوج من تلك التي تمس شرف الأسرة و سمعتها.

و الإشكال الذي يثور هو ما هي الجرائم الماسة بشرف الأسرة ؟ فعبارة "شرف الأسرة" واسعة المعنى ،و يمكن أن يندرج تحتها الجرائم الأخلاقية كالاغتصاب وهتك العرض مثلا ولعل هذا ما كان يقصده المشرع من خلال عبارة " جريمة ماسة بشرف الأسرة".[2]

و خاصة و أنه لا يوجد تصنيف معين للجرائم التي تمس بشرف الأسرة في قانون العقوبات الجزائري ولقد وفق المشرع حين تدارك الوضع وعدل هذه الفقرة بحذف عبارة " عقوبة شائنة " حيث أنه كان قبل التعديل يصف العقوبة التي يحكم بها القاضي على الزوج بالشائنة ،تاركا الفعل المرتكب من قبل الزوج ،وكان من الأجدر به أن يصف الفعل المرتكب من الزوج لا العقوبة التي يحكم بها القاضي.

. الشرط الثالث : أن تستحيل مع هذه الجريمة مواصلة العشرة والحياة الزوجية ،فتتغير العلاقة بين الزوجين وتتوتر بسبب هذا الحكم و يتحول الحب والمودة إلى بغض وكراهية وتستحدم الخلافات الحادة بينهما ،فيستحيل استمرار الحياة بينهما .[3]

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

الفرع الثاني : التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

الفحش والفحشاء والفاحشة هو ما عظم من الأفعال والأقوال ومن الصعب تحديد الأفعال التي توصف بالفاحشة المبينة غير أنه وردت عدة آيات في القرآن الكريم تصور الفاحشة في

---

[1]– المادة 27 ق ع : "تقسم الجرائم تبعا لخطورتها إلى جنايات وجنح ومخالفات وتطبق عليها العقوبات المقررة للجنايات أو الجنح أو المخالفات".

[2]– بن شويخ الرشيد ،المرجع السابق ،ص 199.

[3]– عبد العزيز سعد ،المرجع السابق ،ص 267.

مسائل ،تخل بالسلوك والأنظمة إخلالا كبيرا كالزنا لقوله تعالى ﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا** ﴾.[1]

و لعل أول ما يخطر إلى الذهن عند ذكر عبارة فاحشة مبينة هو الزنا غير أن الفاحشة إنما تتعداها إلى الجرائم التي في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا وأقر لها الشارع الكريم عقوبات محددة ومعينة تسمى الحدود وهذه الجرائم بالإضافة إلى الزنا هي القذف ،السرقة ،السكر ،الردة و البغي و هي أيضا تسمى بالفواحش.

نصت الفقرة 07 من المادة 53 ق أ ج على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لارتكاب فاحشة مبينة غير أن هذه الفقرة لم تبين المقصود بالفاحشة المبينة فقد تنصرف إلى الجرائم الأخلاقية أو الخيانة الزوجية ،فمصطلح الفاحشة المبينة جاء بصيغة النكرة في هذه الفقرة لذلك لابد من إحالتها إلى الشريعة الإسلامية التي فصلت في ذلك على النحو السالف ذكره ولكي تقبل دعوى التطليق في هذه الحالة لابد من توافر شروط معينة تتمثل في :

. نوع الفعل المرتكب : أن يكون هذا الفعل مخلا بالحياء والآداب العامة ،أي كل فعل مناف لمبادئنا الإسلامية ويعتبر فاحشة من الكبائر مع أن المادة لم تحدد نوع الفعل وإنما أعطت له وصف الفحش.

. العلاقة الزوجية : أي يجب أن يكون هذا الفعل مرتكبا من طرف الزوج الذي يربطه بالزوجة رافعة دعوى التطليق للفاحشة المرتكبة عقد زواج صحيح و يكون عقدا شرعيا ورسميا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه وقت رفع الزوجة دعوى التطليق وبذلك فلا تقبل دعواها إذا كان عقد زواجها باطلا أو انتهت عدة طلاقها الرجعي فأصبح طلاقها بائنا وبالتالي فهي أجنبية عن زوجها لا يحق لها المطالبة بالتطليق لانتهاء العلاقة الزوجية بينهما.

. أن يكون الفعل المرتكب بينا واضحا : أي يجب أن يكون للفاحشة المرتكبة المدعى بها من طرف الزوجة دليل يثبت ارتكاب الزوج تلك الفاحشة ،وبعد اكتشاف الفعل يتم تصنيف الفعل هل هو خيانة زوجية المتمثلة في جريمة الزنا أو الجرائم الأخلاقية الأخرى لذا جاء في الفقرة 07 مصطلح " فاحشة مبينة " غير أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يبين

[1]– سورة الإسراء ،الآية 32.

إذا ما كان الأمر يتطلب صدور حكم بالإدانة بالفاحشة المبينة التي ارتكبها الزوج حتى يحكم بالتطليق وفقا للمادة 53 فقرة 07 ق أ ج يكفي اكتشاف الزوجة ارتكاب زوجها الفاحشة خاصة أن عبء الإثبات يقع على الزوجة[1] ،وخصوصا إذا كان هذا الفعل هو زنا فالمشرع لم يحدد الطرق والوسائل التي تثبت بها الزوجة ارتكاب زوجها هذه فاحشة أي هل تقبل دعواها دون تطبيق القاعدة الشرعية الواردة في قوله تعالى ﷻ : ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ** ﴾[2] أم أنه يجب عليها أن تأتي بأربعة شهود.

المطلب الثالث : التطليق للعيوب و للضرر المعتبر شرعا

قد يصاب الزوج بعيب ما من شأنه أن يمنع تحقيق المقصد الشرعي الذي من أجله شرع الزواج ،ويجعل الحياة الزوجية غير مثمرة ،فهل يمكن للزوجة أن تطلب التطليق في هذه الحالة ؟

كما قد يقوم الزوج ببعض التصرفات تلحق الضرر بزوجته ،وتؤذيها كأن يتجاوز الزوج ما حدده له الشرع عند تأديبه لزوجته قولا أو فعلا ،فهل يمكن للزوجة في مثل هذه الحالة أن تطلب التطليق أمام القاضي ؟

الفرع الأول : التطليق للعيوب

لا شك أن العيوب في أحد الزوجين توهن الحياة الزوجية ،وقد تقضي على الألفة بين الزوجين ،وهي تؤثر لا شك على مقاصد الزواج ،وإلزام الزوج والزوجة كلاهما بضرورة إبقاء الزواج قد يكون فيه الإرهاق لهما ،فلا بد من سبيل إلى الفرقة ،ولان الزوج هو الذي يملك الطلاق ،فالقاضي هو الذي يرفع الغبن عن الزوجة في مثل هذه الأحوال.[3]

فما هي هذه العيوب التي قد تلجأ الزوجة بسببها إلى طلب التطليق أمام القضاء ؟

---

[1]– بن شويخ الرشيد ،المرجع السابق ،ص205.

[2]– سورة النور ،الآية 04.

[3]– محمد أحمد سراج ،محمد كمال الدين إمام ،أحكام الأسرة في الإسلام ،دار المطبوعات الجامعية ،مصر ،د.س.ن ،الصفحة 106.

وما موقف الفقهاء من التطليق للعيوب ؟ وما موقف القانون الجزائري من التطليق للعيوب؟

وسنحاول الإجابة على هاته الأسئلة :

أولا / المقصود بالعيوب وأنواعها :

سنحاول هنا التطرق للعيوب التي من شأنها أن تؤثر على الحياة الزوجية ،وتدفع الزوجة بطلب التطليق بسببها ذلك بتبيان ما المقصود بالعيوب وذكر أنواعها :

1- المقصود بالعيوب :

- **لغة** : العيوب جمع عيب والعيب والعيبة : الوصمة ،ويقال عيبه : أي نسبه إلى عيب وجعله ذا عيب ،ويقال شيء معيب ومعيوب أي فيه عيب.[1]

- **اصطلاحا** : هو نقصان بدني أو عقلي ،في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة لا استقرار فيها وينفر أحد الزوجين من الآخر.[2]

2- **أنواع العيوب** : يمكن تقسيم العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج إلى :

أ- عيوب جنسية تحول دون الاستمتاع ،وممارسة الحياة الزوجية بشكل عادي ،يمتنع الدخول وبالتالي الإنجاب ،وهذه العيوب بعضها يصاب بها الرجل مثل : الجب العنة الخصاء ،وبعضها تصاب بها المرأة مثل : الرتق ،القرن.

ب-عيوب جسدية غير جنسية لا تحول دون الاستماع ،ولا تمنع الدخول ،ولكنها عيوب منفرة ضارة ،تضر المصاب بها وغير ،وهذه العلل يشترك فيها الرجل والمرأة مثل : الجنون الجذام و البرص.

وبما أننا بصدد دراسة موضوع التطليق فإننا سنقتصر على دراسة العيوب الخاصة بالرجال ومدى جواز التفريق بسببها :

ولقد اختلف الفقهاء في عدد العيوب ،حيث قال المالكية أنها ثلاثة عشر.

وقال الشافعية و الحنابلة أنها سبعة.

أما الحنفية إنها علتان فقط وحصروهما بالجب و العنة ،وأضاف البعض الخصاء أيضا.

---

[1]- أبوا الفضل جمال الدين بن منظور محمد بن مكرم بن علي الأنصاري ،لسان العرب ،تحقيق عبد الله علي الكبير ،المجلد الرابع ،جزء 31 ،باب العين ،دار الطباعة ،دار المعارف ،مصر ،الصفحة 3184.

[2]- طاهري حسين ،الأسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ،دار الخلدونية ،الجزائري ،الصفحة 113.

أما ابن القيم الجوزي فتوسع إلى أكثر مما ذهب إليه المالكية ،حيث قال أن كل عيب ينفر الزوج الآخر ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة ،يوجب الخيار ،أن الاقتصار على عيبين ،أو ستة ،أو سبعة ،أو ثمانية ،دون ما هو أولى منها أو مساوي لها فلا وجه له.

فالعمى والخرص والطرش ،وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما ،أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات ،والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش ،والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة ،فهو كالمشروط عرفا.

وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له أخبرها أنك عقيم وخيرها، وما ألزم الله ورسوله ﷺ مغرور قط ،ولا مغبونا بما غرر به أو غبن به.[1]

ثانيا /موقف الفقهاء من التطليق للعيوب :

لقد اختلف الفقهاء في مسألة جواز التفريق لعيوب من عدمه :

فالظاهرية يرون بأن العيوب لا أثر لها على عقد الزواج ،ويستوي في ذلك عيوب الرجل وعيوب المرأة ،فإذا ما تم عقد الزواج صحيحا ،لا يجوز فسخه بجذام ولا برص ولا جنون ولا عنة ولا خصاء ولا جب.

فإن وجدت الزوجة بزوجها أحد هذه العيوب ،ليس لها الحق في طلب التفريق ،سواء كان العيب حادثاً قبل العقد أو بعده ،وليس على القاضي التفريق بينهما ،ولا أن يضرب أجلا ،بل هي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق.[2]

بينما يذهب شريح وأبو ثور وابن شهاب الزهري إلى جواز التفريق مطلقا ،وأن كل عيب بأحد الزوجين ينفر الآخر منه ،ويحول دون المقصد من النكاح ،يثبت به حق الطلب التفريق من الرجل والمرأة.[3]

---

[1]– محمد سمارة ،أحكام وآثار الزوجين شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ،الطبعة الأولى ،دار العلية الدولية للنشر والتوزيع الأردن ،سنة 2002 ،الصفحة 322.

[2]– محمد أحمد سراج ،محمد أحمد كمال الدين إمام ،المرجع السابق ،الصفحة 107.

[3]– محمد كمال الدين إمام ،المرجع السابق ،الصفحة 255.

واختلاف الفقهاء لم يقتصر فقط حول جواز التفريق بسبب العيوب وحول العيوب التي يثبت بها حق التفريق ،إنما اختلفوا كذلك في من يثبت له الحق في التفريق ،هل يثبت لكلا الزوجين أم لزوجة فقط ؟

المالكية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى جواز التفريق لعيب الرجل والمرأة على سواء وأن التفريق حق لهما على السواء وأنه عند وجود عيب مماثل أو غير مماثل في الآخر،فإن هذا لا يمنع من حق طلب التفريق الثابت لأحد الزوجين لأن كلا منهما يتضرر بهذا العيب ،أما اللجوء إلى الطلاق فيؤدي إلى الالتزام بكل من المهر بعد الدخول وبنصفه قبل الدخول.

وفي التفريق بسبب العيب يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول ،وبعد الدخول لها المسمى بالاتفاق ،لكن يرجع الزوج بالمهر بعد الدخول إلى ولي الزوجة لتدليسه بكتمان العيب ،ولا سكنى لها ولا نفقة ،وقد اختلفوا هؤلاء عن الأحناف في عدم قصر حق التفريق على المرأة وحدها.[1]

ويرى الإمام أحمد بن حنبل أنه لا يمكن لامرأة مجبوب أن تطلب التفريق إذا قام بها مانع يمنع مباشرتها كالرتق ،كما يشترط الشافعي في امرأة العنين إذ طلبت التفريق أن لا يكون بها ما يمنع من مباشرتها.[2]

والفرقة بسبب العيب لا تكون إلا بادعاء صاحب المصلحة وبحكم من القاضي ،ولأن الزوجين يختلفان في ادعاء وجود عيب من عدم وجوده ،فالقول قول منكر العلم بالعيب مع يمينه في عدم علمه بالعيب لأنه الأصل.

ومن بين شروط الفقهاء لثبوت حق التفريق بسبب العيب شرطين هما :

1- أن لا يكون طالب التفريق عالما بالعيب وقت العقد أو قبله ،لأن العلم به في العقد يسقط الحق في طلب التفريق للعيب ،لأن قبول التعاقد رغم علمه بالعيب يعد رضا منه بالعيب.

2- أن لا يرضى بالعيب بعد العقد حال اطلاعه عليه ،فإن كان طالب التفريق جاهلا بالعيب ،ثم بعد العقد علم به و رضي به ،سقط حق في طلب التفريق.[3]

---

[1]- وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ،الصفحة 493.

[2]- محمد كمال الدين إمام ،المرجع السابق ،الصفحة 254 ،255.

[3]- وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ،الصفحة 498.

لكن إذا حدث العيب بعد الزواج ،هل يمكن التفريق في هذه الحالة كذلك ؟

ويرى الشافعية والحنابلة أنه يجوز التفريق للعيب سواء كان العيب قائما قبل العقد أو بعده لحصول الضرر به ،واستثنى الشافعية والحنابلة من العيوب طروء العنة بعد الدخول ،فإنها لا تجيز لطلب الفسخ لحصول مقصود النكاح واستفائه حقها منه بمرة واحد.

أما الحنفية فقالوا أنه إذا جب الرجل أو أصبح عنينا بعد الزواج ،وكان قد دخل بزوجته ولو مرة واحدة لا يحق لها طلب الفسخ ،لسقوط حقها بالمرة الواحدة قضاء.

أما المالكية فقالوا أنه إذا كان العيب بالزوجة فلا يحق للزوج طلب التفريق ،أما إذا كان بالزوج فيحق لها طلب التفريق إذا كان هذا العيب جنون أو جذاما أو برصا ،لشدة التأذي بها وعدم الصبر عليها وليس لها الحق في طلب التفريق لعيوب التناسلية الأخرى من جب أو عنة أو خصاء.

موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للعيب :

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

1- أن يكون العيب موجودا بالزوج فقط دون الزوجة ،لأن العيوب إذا كانت في الزوجة فالزوج يملك طلاقها في أي وقت يريد بإرادته المنفردة.

2- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج ،أي تمنع الدخول والاستمتاع ،أو الأمراض الضارة المنفرة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على المودة والألفة.

3- أن لا تكون عالمة بحال زوجها قبل التعاقد ،فإن تزوجته وهي تعلم بوجود العيب سقط حقها في طلب التطليق ،لأن زواجها منه حين علمها يعتبر بمثابة رضا منها بالعيب واسقاطا لحقها في طلب التطليق.[1]

4- أن يتم إثبات ما تدعيه الزوجة بكافة وسائل الإثبات بالخبرة أو شهاد الشهود ،أو الإقرار و غيرها.

[1]- بلحاج العربي ،صور الطلاق قانون الأسرة الجزائري ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ،المرجع السابق ،الصفحة 570 ،571.

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

و رغم أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص على منح أجل أو مهلة للزوج من أجل العلاج و الشفاء من العيب ،خاصة إن كان العيب قابلا للزوال و الشفاء ،إلا أنه جرى القضاء في الجزائر على منح مثل هذه المدة للزوج و انتظار انتهائها و مدى شفاء الزوج من العيب المثار بسببه دعوى التطليق من طرف زوجته ،وما يؤكد ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/11/10 حيث جاء فيه :

(من المقرر في الفقه الإسلامي كل ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته ،يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج ،وأن الاجتهاد القضائي استقر أن تكون الزوجة أثناء المدة بجانب زوجها وبعد انتهاء هذه المدة ،فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم لزوجته بالتطليق ،وعليه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية).[1]

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يحدد العيوب التي يمكن لزوجة المصاب ولم يبين حكم القانون بالنسبة لهذه الحالة.

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

[1]– م.ع ،غ.أ.ش ،ملف رقم : 34784 ،الصاد بتاريخ : 1984/11/10 ،المجلة القضائية ،ع 03 ،1989 ،الصفحة 73.

الفرع الثاني : التطليق للضرر المعتبر شرعا

أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق ذلك لأي الضرر معتبر شرعا ،وهذا ما كدته الفقرة الأخيرة نص المادة 53 قانون الأسرة الجزائري ،وعلى هذا يمكن لنا تعريف الضرر على أنه إيذاء الزوج للزوجته بالقول ،أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثله ،والإيذاء بالقول مثل القذف ،والسب ،أما الإيذاء بالفعل مثل سرقة مال الزوجة.[1]

وكما يجب أن يكون الضرر راجعا إلى فعل الزوج ،ومقصودا منه سواء كان هذا الضرر إيجابيا أو سلبي[2] ،فإذا أثبتت الزوجة أن زوجها لم ينفق عليها ،أو ترك البيت الزوجي ،أو أساء إليها فأصابها ضرر يحكم القاضي بالتطليق لأنه لا الشريعة ولا القانون يسمح بوقوع ضرر ،لأن هذا محرم شرعا.

وكذلك الضرر الذي قد يلحقه الزوج بزوجته يكون من أهم الأضرار نظرا للنتائج الوخيمة التي تلحق بالزوجة ،الأسرة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة ،ويقول سبحانه وتعالى في الآية الكريمة ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا** ﴾.[3]

من المقرر شرعا ،وقانونا أن تقدم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر الذي لحق بالزوجة من أجل طلب التطليق ،فالطبيب الشرعي لم يشاهد الضرب ،وإنما هو يشهد بما يراه من علامات الضرب على جسم المرأة.[4]

كما سبق و أن ذكرنا إذا أثبتت الزوجة أن زوجها ألحق الضرر بها سواء كان هذا الضرر مادي ،أو معنوي يحكم القاضي لها بالتطليق ،والمشرع الجزائري لم يحدد نوع الضرر الذي يستوجب التطليق ،بل ترك المجال مفتوح ،و قال كل ضرر معتبر شرعا ،و إذا توفر الضرر فعلا يحكم إذا عجز عن الإصلاح بينهما.

---

[1]– وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ،الصفحة 108.

[2]– أنور العمروسي ،أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ،د.ط ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،سنة 2003 ،الصفحة 595.

[3]– سورة البقرة ،الآية 231.

[4]– عمر بن سعيد ،الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة ،د. ط ،دار الهدى الجزائر سنة 2004 ،الصفحة 34.

أما إذا رفض طلب التطليق لأي سبب يراه مناسبا ،وتكررت الشكوى ،وعجزت الزوجة على إثبات الضرر تقوم المحكمة باختيار حكمين للتوفيق بينهما ،وهؤلاء عليهما ببذل أقصى جهدهما من أجل الإصلاح بينهما ،وإذا عجزا عن الصلح ،وثبت الضرر يحكم القاضي بالتطليق للضرر.[1]

في حالة ما إذا حكم القاضي بالتطليق للزوجة يحكم معه بالتعويض وذلك طبقا لأحكام المادتين 53 مكرر و 55 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

أما من الناحية الفقهية قد أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة و قد أعطوا الحق للزوج في تأديب زوجته ، و ذلك لاستدلالهم بقوله تعالى ﷻ : ﴿ **وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا** ﴾[3] ،ولكن لو تجاوز هذا التأديب حدوده ،وأضر بالزوجة فهل للزوجة طلب التطليق من المحكمة ؟

نجد في هذه المسألة اختلاف ما بين الفقهاء ،فالحنفية ،والجعفرية ،والشافعية ،والحنابلة لا يجيزون لها طلب التطليق لأن رفع الضرر عن الزوجة يمكن أن يكون بطرق أخرى غير التفريق ،فيمكن أن يأمر القاضي مثلا الزوج بحسن المعاشرة.

أما المالكية ،والإمام أحمد ذهبوا إلى أن الزوجة يجوز لها طلب التطليق إذا ألحق الزوج بها ضرر معين مثل ضربها ، هجرها...

---

[1]– العربي بلحاج ،المرجع السابق ،الصفحة 302.

[2]– دلاندة يوسف ،قانون الأسرة مدعما باجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث ،د.ط ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر،سنة 2003 ،الصفحة 47.

[3]– سورة النساء ،الآية 34 .

خلاصة الفصل الأول :

إن الشارع الحكيم والمشرع الجزائري لما منح للزوج حق إنهاء العلاقة الزوجية بناء على إرادته المنفردة ،ولا يحتاج إلى موافقة الزوجة ،فإنه لم يهمل حق الزوجة بحيث أجاز لها اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق إذا توفرت مجموعة من الأسباب والتي نص عليه المشرع على سبيل الحصر في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ،وقد تكون هذه الأسباب مقيدة لسلطة القاضي كعدم الإنفاق والتطليق للعيوب ،وللحكم على الزوج بعقوبة أو الغيبة أكثر من سنة ،ومنها ما قد تجعل سلطته واسعة كهجر الزوج لزوجته في المضجع والتطليق للضرر أو ارتكاب فاحشة مبينة وذلك لصعوبة إثبات ذلك من طرف الزوجة.

وقد منح المشرع الجزائري المرأة الحق في التطليق من زوجها بناء على تلك الأسباب التي ذكرها في القانون القديم 11/84 ،والتي أضاف إليها أسباب أخرى بموجب الأمر 02/05 فأصبحت عشرة كاملة.

وكان الدافع من ذلك هو تسهيل مهمة المرأة في طلب التطليق من جهة وحماية حقوقها من جهة أخرى ،وهذا إذا توالت أسباب والمبررات التي تسمح لها باستعمال هذه الرخصة واستطاعت الزوجة إثباتها بكل الوسائل.

وللقاضي السلطة التقديرية في دراسة الأدلة التي قدمتها الزوجة ،فقد يحدث أن يرفض طلب الزوجة بالتطليق ،فقد أصبح التطليق نادرا نتيجة لمواجهة الزوجة صعوبات في إثبات الضرر.

الفصل الثاني :

انحلال الرابطة الزوجية بالخلع

المبحث الأول : مفهوم الخلع

نحاول من خلال هذا المبحث الخوض في مفهوم الخلع، بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة وإلى أحكام الشريعة الإسلامية ،وهذا من خلال بيان تعريفه لغة واصطلاحا (كمطلب أول) ثم بيان التكييف القانوني للخلع وتمييزه عن باقي صور انحلال الرابطة الزوجية (كمطلب ثاني).

المطلب الأول: تعريف الخلع

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري ،نجد أن المشرع تناول الخلع في نص وحيد من دون أن يعطي تعريفا له ،وهو نص المادة 54 منه[1] المعدلة بموجب الأمر 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة : " "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" ،ولذلك وعملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري " ،فإنه يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإيجاد تعريف للخلع وعليه سوف نورد تعريف الخلع في اللغة (كفرع أول) ثم تعريفه اصطلاحا (كفرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف الخلع لغة

الخلع في اللغة هو التجريد و الإزالة ،ويقال خلع الشيء يخلعه خلعا و أتخلعه أي نزعه إلا أن في الخلع مهلة ،وسوى بعضهم بين الخلع والنزع ،وخلع الثوب والنعل والرداء يخلعه خلعا بمعنى جرده ،وفي حديث كعب : إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة أي أخرج منه جميعه و أتصدق به و أعرى منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه.

و خلع امرأته خلعا بالضم ،وخلاعا فاختلعت و خالعته أي أزالها عن نفسه و طلقها على بدل منها له ،فهي خالع و مختلعه.[2]

و لقد و رد تعريفه في مدونة الإمام مالك بأنه" الخلع في اللغة الإزالة و الإبانة ،من خلع الرجل ثوبه أزاله و أبانه- والزوجان كل منهما لباس لصاحبه-".[3]

---

[1] – كانت صياغة المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديل 2005 كما يلي :" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

[2] – ابن منظور،لسان العرب ،الطبعة الأولى ،المجلد الثاني ،دار صادر بيروت ،1997 ،ص 297.

[3] – الإمام مالك بن أنس الأصبعي ،المدونة الكبرى ،الجزء الرابع ،سنة 1422هـ ،ص 156.

كما عرفه في فتح القدير بأنه " هو النزع ،خلع ثوبه و نعله ،ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال ،وخالعها وتخالعا صيغ منها المخالعة ملاحظة لملابسة كل الآخر كالثوب".[1]

الفرع الثاني: تعريف الخلع اصطلاحا

سنتناول في هذا الفرع التعريف القانوني للخلع (أولا) ثم بيان التعريف الشرعي له (ثانيا).

أولا: التعريف القانوني للخلع

لم يعط قانون الأسرة الجزائري تعريفا محددا للخلع ولم يبين حتى الأسباب التي تؤدي إليه من خلال ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 05/02 في المادة 54 منه على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ،إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع في قانون الأسرة الجزائري بين أن الخلع هو أحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون حاجة إلى موافقة الزوج ،مقابل مبلغ من المال.

و هذا يتفق مع ما قاله الإمام ابن رشد في كتابه " بداية المجتهد و نهاية المقتصد" عندما قال" و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من طلاق ،فإنما لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة (أي كره المرأة) ،جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل (أي كرهته).[2]

ثانيا: التعريف الشرعي للخلع

عرف الفقهاء الخلع شرعا بتعريفات شتى حسب نظرة و تصور كل مذهب لمسألة الخلع وسنتعرض لبعض هذه الآراء فيما يلي:

[1] – الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي ،شرح فتح القدير ،الطبعة الأولى ،دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان ،سنة 1995 م ،ص 188.

[2] – باديس ديابي ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ،دار الهدى، –عين مليلة–الجزائر،سنة 2007 ،ص 60.

1. تعريف الخلع عند المالكية:

عرف بعض المالكية الخلع بأنه طلاق بعوض وقولهم" بعوض" ،أي معاوضة فلو أحال عليها الزوج فماتت أخذ من تركتها أو أتبعت به".[1]

2. تعريف الخلع عند الحنفية :

عرف فقهاء الحنفية الخلع بأنه " إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها- الزوجة- بلفظ الخلع أو ما في معناه.[2]

وقد خرج بقوله "ملك النكاح" الخلع في النكاح الفاسد، وبعد البيونة والردة ،وخرج بقوله "المتوقفة على قبولها" ما لو قال لها : خلعتك وهو ينوي الطلاق ،فإنه يقع بائنا غير مسقط للحقوق.

وخرج بقوله "بلفظ الخلع" الطلاق على مال ،وزاد قوله "أو ما في معناه" ليدخل لفظ المبارأة أو المفارقة والمباينة فكلها من ألفاظ الخلع.

وأفاد التعريف صحة خلع المطلقة رجعيا ،لكون ملك النكاح ما زال باقيا عند المطلقة رجعيا.[3]

3. تعريف الخلع عند الشافعية:

عرف فقهاء الشافعية الخلع بأنه "هو فرقة بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج" [4] ،قوله "فرقة" أي بلفظ طلاق سواء كان صريحا أو كناية.

قوله "أو خلع" المراد به لفظه وما في معناه كالمبارأة والمفاداة.

قوله "بعوض" قيد أول ،لأن الفرقة إذا خلت من العوض كان طلاقا رجعيا.

---

[1]- سلطان بن محمد بن دعيلج ،دعوى الخلع في القضاء السعودي ،دراسة تطبيقية ،رسالة ماجستير ،في قسم العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي ،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ،كلية الدراسات العليا ،الرياض 1434هـ/ 2013م ،ص 35.

[2] – ابن نجيم ،البحر الرائق ،الجزء 4 ،ص 77 مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزيباري ،أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى ،دار ابن حزم ،بيروت ،1997 ،ص49.

[3] – ابن عابدين حاشية رد المختار،الجزء الثالث ص 439 ،مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزباري ،مرجع سابق ،ص 50.

[4] – ابن شهاب الدين الرملي ،شمس الدين ابن أبي العباس أحمد بن حمزة المنوفي المصري الأنصاري المشهور بالشافعي الصغير،نهاية المحتاج للرملي ،الجزء الثاني ،ص 393 ،مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزباري ،مرجع سابق ،ص 50.

وقوله "لجهة الزوج" قيد ثاني لأن العوض إنما يكون للزوج أو سيده ،وقوله "مقصود" أي ذو منفعة تقصد منه ولو كمنفعة تعليم القرآن ،وخرج بهذا القيد الأعواض التي لا منفعة فيها مقصودة كالحشرات الضارة مثلا.[1]

4. تعريف الخلع عند الحنابلة :

عرف فقهاء الحنابلة الخلع بأنه " فراق الزوج لزوجته على عوض منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة".[2]

يعني فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها زوجها بألفاظ معينة وهي قسمان :

1- صريحة في الخلع : كالمفاداة والخلع والفسخ.

2- كناية في الخلع : المبارأة والمباينة والمفارقة.[3]

فالخلع إذا باتفاق الفقهاء طلاق بعوض – أي حل رباط الزوجية- أو ما في معناه نظير عوض.[4]

وعرف الخلع شرعا بأنه : إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالمبارأة في مقابل بدل مع قبول الزوجة.[5]

وعليه تشترك تعريفات الفقهاء الأربعة فيما يلي:

أ- أن الخلع لا بد فيه من عوض : فالخلع مفارقة بين الزوجين على عوض يأخذه الزوج من المرأة أو من غيرها ،وبدا يفرق عن الطلاق الذي يحصل به انحلال عقد الزوجية من غير عوض.

---

[1] – حاشية الشرقاوي ،على التحرير الجزء الثاني ،ص287 ،شرح البهجة ،زكريا الأنصاري ،الجزء الثاني،ص266 ،مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزباري ،مرجع سابق ،ص50 ،51.

[2] – عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين ،الخلع بطلب الزوجة لعدم الوئام مع زوجها ،الطبعة الأولى ،دار ابن فرحون الرياض سنة 2010 ،ص 19.

[3] – المغني لابن قدامة ،الجزء السابع ،ص67 ،مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزيباري ،مرجع سابق ،ص 51.

[4] – أحمد نصر الجندي ،شرح قانون الأسرة الجزائري ،دار الكتب القانونية ،مصر ،سنة 2009 ،ص127.

[5] – بدران أبو العينين بدران ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون "الزواج والطلاق" ،دار النهضة العربية ،بيروت ،ص392-391.

ب-أن الخلع لا بد فيه من الصيغة : فالخلع عند الجمهور يكون بلفظ الخلع أو ما كان بمعناه مما يدل على فراق الزوج زوجته على بدل.

ج- أن الخلع عقد رضائي بين الطرفين: فلا بد فيه من الاتفاق بين الزوج وملتزم العوض من زوجة أو غيرها ،فلا يجبر الزوج عليه ،كما لا تجبر الزوجة على دفع العوض فيه ،فهو بذلك كسائر العقود الرضائية التي لا تتم إلا بالإيجاب والقبول الرضائي ،لكن لو التزم بالعوض أجنبي وخلعها الزوج عليه صح ،وبانت الزوجة، ولزم الأجنبي العوض ،لأنه يجوز للزوج طلاق المرأة ابتداء بغير عوض ،فجازت مفارقتها بعوض يبذله الأجنبي.

د- أثر الخلع وأنه فراق: بالخلع تحصل الفرقة بين الزوجين ،فهو فرقة من فرق النكاح التي يحصل بها انحلال عقد النكاح وانهاؤه بحيث يصير الزوجان بعده أجنبيين لا علاقة زوجية بينهما.[1]

وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أنها تكون مجتمعة في معنى واحد، ومتفقة على أن الخلع من قبل الزوجة يكون بمعاوضة [2] ،تدفعها للزوج مقابل مفارقتها له ،وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 54 المعدلة بالأمر 02/05.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للخلع وتمييزه عن بعض صور انحلال الرابطة الزوجية

إذا كان الخلع طريقا من طرق فك الرابطة الزوجية تلجأ إليه الزوجة للتخلص من رابطة زوجية لا تريدها ،هذا يدفعنا للبحث في تمييز الخلع عن غيره من طرق انحلال الرابطة الزوجية لكن قبل ذلك لابد من الوقوف عند التكييف القانوني للخلع في الفرع الأول إلى جانب الفرق بين الخلع و بعض حالات الانحلال الأخرى في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التكييف القانوني للخلع بين الفسخ والطلاق

نظرا لما يرافق الخلع من عوض ،وما اشترط بعض الفقهاء فيه أن يكون لدى القاضي وأنه يكون بطلب من الزوجة ،كل هذا كان سبب الاختلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذه الفرقة

[1] - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين ،مرجع سابق ،ص 19-21.

[2] - ربيحة إلغات ،التفريق بين الزوجين ،دراسة نموذجية للخلع والظهار والإيلاء- رسالة ماجستير حقوق وعلوم قانونية وإدارية- جامعة الجزائر ،سنة 1998 - 1997 ،ص 40.

وفي هذا الصدد سنبين الاختلاف الفقهي حول اعتبار الخلع طلاقا أم فسخا (أولا) و موقف المشرع الجزائري من اعتبار الخلع طلاق أم فسخ (ثانيا).

أولا: الاختلاف الفقهي حول اعتبار الخلع طلاق أم فسخ

انقسمت الآراء الفقهية إلى اتجاهين ،فهناك اتجاه يرى أن الخلع فسخ للنكاح واتجاه آخر يرى بأن الخلع يقع به طلاق بائن ،فما ثمرة الخلاف وما فائدته ؟

1/ الاتجاه القائل بأن الخلع فسخ:

و هو رواية عن أحمد بن حنبل و الشافعي في أحد أقواله ،وقول ابن عباس وعكرمة وإسحاق وطاووس وأبو ثور ،واستدلوا بالكتاب و السنة.

أ / من الكتاب:

قوله تعالى﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾.[1]

و قول الله تعالى ﷻ ﴿ **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ** ﴾.[2]

و وجه الاستدلال أن الله تعالى ﷻ عندما ذكر الطلاق ذكره مرتين " **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ** " ثم ذكر بعده الافتداء " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " ثم ذكر الطلقة الثالثة " **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَه** " فلو كان الخلع طلاقا ،لكان عدد الطلقات هنا حسب ما ورد في الآية الكريمة أربعا ،وهذا غير صحيح لأن الطلاق مرتان تحل بعدهما المرأة لزوجها ،أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج زوجا أخر ،فإن هو دخل بها دخولا شرعيا ثم طلقها ،فتحل لزوجها الأول.[3]

---

[1] – الآية 229 من سورة البقرة.

[2] – لآية 230 من سورة البقرة.

[3] – منال محمود المشني ،الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وأثاره – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون – الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2008 ص 64.

ب/ من السنة النبوية الشريفة:

و استدلوا من السنة النبوية أنه فسخ عندما أمر النبي ﷺ ثابت بن قيس بن شماس أن يطلق امرأته و أمرها أن تعتد بحيضة واحدة ،وهذا دليل أخر على أنه فسخ لا طلاق ،فلو كان طلاقا لأمرها أن تعتد ثلاث حيضات ،لقوله تعالى ﷻ : ﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** ﴾.[1]

و استدلوا برواية عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأل النبي ﷺ ،فقال: رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أيتزوجها ؟ قال صلى الله عليه و سلم" نعم لينكحها ليس الخلع بطلاق" و ذكر الله الطلاق في أول آية و أخرها و الخلع فيما بين ذلك، فليس الخلع بشيء.[2]

و روى نافع مولى عن عمر أنه سمع الربيع بن معوذ ابن عفراء تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان، فجاء عمها إلى عثمان بن عفان، فقال: أن ابنة معوذ إختلعت اليوم أفتنتقل ؟ فقال عثمان ": لتنتقل و لا ميراث بينهما و لا عدة عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل" فقال ابن عمر:" عثمان اخبرنا و أعلمنا".[3]

كما يجوز وقوع الخلع في الحيض، فلو كان طلاقا لم يصح وقوع الخلع فيه ،فقد أجازه الرسول ﷺ بينما أمر الذي طلق في الحيض بمراجعة زوجته ،واستندوا كذلك أنه لو كان طلاقا لصحت الرجعة فيه بعد الطلقة الأولى والثانية فلما لم تصح الرجعة فيه ،دل على أنه فسخ و ليس طلاقا.[4]

---

[1] – أبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ،الجزء الثالث ،المجلد الأول ،دار الفكر للطباعة ص 133 –134.

[2] – ابن همام ،شرح فتح القدير ،ص190–191 ،مشار إليه عند أمينة بن جناحي ،مرجع سابق ،ص29.

[3] – بلبولة بختة ،أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله ،رسالة ماجستير ،فرع عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق بن عكنون ،جامعة الجزائر ،سنة 2005/2004 ،ص133.

[4] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي ،الخلع في الشريعة الإسلامية ،دراسة فقهية مقارنة ،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية مصر ،2003 ،ص 111–112.

2/ الاتجاه القائل بأن الخلع طلاق:

قال جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والأحناف أن الخلع يقع به الطلاق بائنا ،واستدلوا بقوله تعالى ﷻ: ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ وقوله أيضا ﷻ: ﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾ ثم قال الله تعالى ﷻ ﴿ **فإن طلّقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره**﴾ ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى ذكر الخلع بين طلاقين فعلم أنه ملحق بهما.[1]

واستدلوا كذلك من السنة بما رواه البخاري في صحيحه ،عن عكرمة ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت " يا رسول الله ﷺ ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام " فقال رسول الله ﷺ " أتردين عليه حديقته" فقالت نعم ،فقال الرسول ﷺ: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" فقد جعله الرسول ﷺ طلاقا حيث قال لثابت بن قيس اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ،فهذا دل أن الخلع طلاق. واستدلوا بالمعقول بأن الزوج أخذ العوض على ما يملكه والذي يملكه الطلاق دون الفسخ.[2]

3/ ثمرة الخلاف وفائدته:

وتظهر ثمرة هذا الخلاف بين الفقهاء وفائدته في النقاط التالية :

أ- من قال بأن الخلع فسخ : فإن للرجل المخالع أن يعيدها بعقد نكاح ومهر جديدين وان تكرر منه الخلع ،لأن الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وعلى هذا فهي تعود إليه بعد نكاح جديد بما كان يملكه عليها قبل الخلع.

أما إذا قلنا أن الخلع طلاق بائن فإنه ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج عليها:

- إن كان قد طلقها واحدة ،ثم خالعها ،ثم عقد بنكاح جديد عليها ،فإنها تعود إليه وهو يملك عليها طلقة واحدة فقط.

[1] – جلال الدين السيوطي ،سنن النسائي ،الجزء الخامس ،دار الفكر بيروت ،ص 168.

[2] – اديس ديابي ،المرجع السابق ،ص 68-69.

– إن لم يكن قد طلقها قبل الخلع ،ثم خالعها ،ثم أعادها بعقد نكاح جديد فإنها تعود إليه وهو يملك عليها تطليقتين ،لأن مخالعته لها قد اعتبرت تطليقة بائنة أنقص من عدد الطلقات الثلاث التي كان يملكها واحدة فبقيت له عليها طلقتان، فتعود إليه وهو يملك عليها طلقتين.

ب–الفرقة التي قالت هو طلاق: إذا كانت قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة ،توجب للزوجة نصف المهر أو المتعة ،أما الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها، فلا توجب لها أي شيء سواء كانت من جانب الزوج أو من جانب الزوجة.

ت–معظم الذين جعلوا الخلع طلاقا: قالوا أن عدة المختلعة هي عدة الطلاق ،ومن جعلوه فسخا قالوا بأن عدة المختلعة حيضة إلا الإمام بن حنبل الذي قال أن عدة المختلعة ثلاث حيضات رغم كون الخلع فسخا.[1]

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من اعتبار الخلع طلاق أم فسخ

فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق ،فإن المشرع الجزائري اعتمد على الموقف القائل بأن الخلع طلاقا لا فسخ ،وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به المشرع في قانون الأسرة الجزائري ،بحيث خصص المشرع الجزائري في الفصل الثالث الفسخ تحت عنوان "النكاح الفاسد والباطل" وذلك من خلال المادة 32 إلى غاية المادة 35 منه.

كما ورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان "انحلال الزواج وذلك في المادة 47 منه والتي تنص على: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة" ،ثم تطرق لطرق انحلال الرابطة الزوجية من خلال المادة 48 من الفصل الأول من قانون الأسرة المعنون بالطلاق والتي تنص: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

ونجد أن المادة 54 التي تعرضت للخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق ،وهو يؤكد التأثر الواضح وتبني المشرع الجزائري للرأي القائل بأن الخلع طلاق لا فسخ ،ويكون في ذلك مصيبا ،لأن الفسخ في مفهوم المشرع

[1] – أحمد شامي ،قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ،دراسة فقهية ونقدية مقارنة ،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ،سنة 2010 ،ص 222–221.

الجزائري يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد ،ويتمثل أساسا في اختلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته ،وبينما الأمر يختلف عليه في الخلع ،إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعتريها أي عارض يعيب العقد ،وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة عن العقد تستهدف حل الرابطة الزوجية.[1]

الفرع الثاني : المقارنة بين الخلع و بعض حالات انحلال الرابطة الزوجية

نحاول من خلال هذا الفرع بيان أوجه التشابه والاختلاف بين الخلع وغيره من طرق انحلال الزواج ونركز على التطليق والطلاق على مال.

أولا: المقارنة بين الخلع و التطليق

نص المشرع على التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة ،ومن ثم فان الخلع والتطليق طريقان متمايزان ،ونبين فيما يلي أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما :

1/ أوجه الاتفاق بين الخلع و التطليق: يتفق الخلع مع التطليق على النحو الأتي:

- يتفق الخلع و التطليق في أن الفرقة بمبادرة من الزوجة ،حيث أقرت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في طلب المفارقة سواء عن طريق الخلع[2] ،أو التطليق وما جاء في قانون الأسرة الجزائري 84/11 المعدل و المتمم بالأمر 05/02 وذلك في نص المادتين 53 و 54 منه فأوجب المشرع على القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة في المفارقة و العمل على إنصافها طبقا لما تقرره العدالة.

- ووجه الاتفاق أيضا بين الخلع و التطليق في أن الفرقة بين الزوجين تتم بحكم قضائي فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء تطلب الخلع من زوجها حكم القاضي لها بالفرقة دون حاجة إلى موافقته ،وكذلك نفس الحال في التطليق إذا أثبتت الزوجة الضرر الحاصل لها من زوجها طبقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05/02.

- نفقة الأطفال واجبة على الزوج في حالة التطليق أما في الخلع فقط تسقط إذا كان هناك اتفاق بين الزوجين على أن يكون العوض هو التزام الزوجة بالنفقة على الأولاد.

---

[1] – سليم سعدي ،الخلع بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي ،رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق والعلوم الإدارية ،جامعة الجزائر ،ص 54-53.

[2] – سلطان بن محمد بن دعيلج ،مرجع سابق ،ص 41.

– كما يتفق الخلع و التطليق في أن الفرقة فيهما طلاق بائن وفقا للقاعدة الفقهية "الطلاق الذي يوقعه القاضي طلاق بائن "حيث يترتب على التطليق و الخلع أن تحتفظ الزوجة بنفقة العدة و لا يجوز التوارث بينهما.

– كما يتفقان في أن الأحكام الصادرة في التطليق والخلع غير قابلة للاستئناف إلا ما يتعلق بالجانب المادي، طبقا لنص المادة 57 قانون الأسرة الجزائري.[1]

ب/ أوجه الاختلاف:

يختلف الخلع عن التطليق على النحو التالي : الخلع يسقط كل حق ثابت لأحد الزوجين على الزوج الأخر ما عدا تلك التي أنشأت بعد الفرقة فيسقط الحق في المهر المؤجل و في النفقة الغذائية بخلاف التطليق حيث تحتفظ الزوجة بحقها في طلب النفقة.

– **من حيث الأسباب :** ينبني التطليق على أسباب مادية محضة ذكرتها المادة 53 من قانون الأسرة المعدلة و هي: " 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 على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5– الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6– مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7– ارتكاب فاحشة مبينة.

8– الشقاق المستمر بين الزوجين.

9– مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10– كل ضرر معتبر شرعا.

[1] – سليم سعدي ،مرجع سابق ،ص 40.

بينما الخلع سببه ذاتي و معنوي يكمن في بغض الزوجة لزوجها ،وعدم رغبتها في العيش معه ،فهذا السبب كاف في حقها في طلب الفرقة ،فهي غير ملزمة بإثبات هذا البغض والكراهية[1] ،إلا أن ذلك لا يستقيم من الناحية الشرعية فإذا كان الخلع من حقوق الزوجة تفتدي نفسها من رباط الزوجية فهو ليس على الإطلاق بل هناك أسباب :

الشقاق والضرر : قالت طائفة كثيرة من أئمة الخلف أنه لا يجوز الخلع إلا أن يكون الشقاق من جانب المرأة ،فيجوز للرجل حينئذ قبول الفدية وهذا في قوله تعالى ﷻ: ﴿**وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** ﴾[2] ،ويحقق نشوز الزوجة بتوفر المعاشرة بالمعروف من ناحية الرجل لقوله تعالى ﷻ : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا** ﴾[3] ،وقد يكون النشوز من جانب الرجل فالرجل قد يحصل منه النشوز والإعراض عن الزوجة لأسباب راجعة إليها لمرضها مرضا مزمنا أو لدمامتها وقلة جمالها ولأسباب أخرى إتيان الزوجة بفاحشة مبينة: فإذا ارتكبت الزوجة فاحشة الزنا فللزوج أن يسترجع منها الصداق ،الذي أعطاه إياها[4] ،قال الله تعالى ﷻ : ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ**﴾.[5]

[1] – سليم سعدي ،مرجع سابق ،ص 42– 41.

[2] – سورة البقرة الآية 229.

[3] – سورة النساء الآية 19.

[4] – سلطان بن محمد دعيلج ،مرجع سابق ،ص 32–30.

[5] – سورة البقرة الآية 229.

كما أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومما ثبت من الأحاديث النبوية الشريفة يمكن إجمال أسباب طلب الزوجة للخلع فيما يلي[1]:

- طلب المرأة الخلع لعدم الوئام مع زوجها وما يعارضها.
- خشية المرأة من تقصيرها في حقوق زوجها : وذلك ظاهر مما ورد من قول المرأة في زوجها "ثابت بن قيس": "ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام" ،فهي تخشى كفران العشير والتقصير فيما يجب له وخافت أن تأتي بما تؤثم به.
- عدم إطاقة المرأة زوجها: وذلك ظاهر مما جاء في قول الزوجة": يا رسول الله ﷺ إني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني لا أطيقه" ،أي أنها لا تطيق معاشرته.
- كراهية الزوجة زوجها : وقد جاء في قصة جميلة بنت سلول قولها : "لا أطيقه بغضا" فهي تخبر بأنه قد استقر بغضه في نفسها.
- دمامة خلق الزوج : قد جاء في قصة حبيبة بنت سهل : "كانت حبيبة بنت سهل تحت ثابت بن قيس بن شماس وكان رجلا دميما فقالت : يا رسول الله ﷺ ،والله لولا مخافة الله لدخل علي لبصقت في وجهه".
- شدة الزوج وجفاؤه في معاملة زوجته : وقد جاء ذلك مصرحا به في حديث حبيبة بنت سهل رضي الله عنها "أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها".[2]

ثانيا: المقارنة بين الخلع والطلاق على مال

لم ينص المشرع الجزائري على فكرة الطلاق على مال في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05/02 مكتفيا بالنص على الخلع كنوع من أنواع الطلاق على مال في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05/02 ونورد فيما يلي أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما :

أ/ أوجه الاتفاق: يتفق الخلع مع الطلاق على مال على النحو الآتي :

- أنه لابد من قبول المرأة في كليهما لأن كلا من الخلع والطلاق على مال معاوضة والمعاوضة لابد فيها من قبول من يلتزم بدفع العوض فإن وجه القبول وقع الطلاق وألزم البدل للزوجة وإن لم يكن قبولا فلا يقع الطلاق ويلزم البدل.

[1] – عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين ،مرجع سابق ،ص 51-37.

[2] – عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين ،مرجع سابق ،ص 49 -37.

– تقع الفرقة في الخلع أو الطلاق على مال طلاقا بائنا من غير قبول الزوجة دفع البدل لأن الزوجة تتحمل دفعه للتخلص من الزوج ولا خلاص لها إلا بأن يكون الطلاق بائنا ولو كان رجعيا و انفصلت من سلطات الزوج إلا بعد انقضاء العدة لأنه في أثناء العدة يملك مراجعتها.

ب/ أوجه الاختلاف: يختلف الخلع عن الطلاق على مال على النحو الآتي :

– الخلع تكون صيغته لفظ الخلع أو ما في معناه أما الطلاق على مال فإن صيغته لفظ الطلاق أو ما في معناه ،كقول الرجل لزوجته طلقتك على مبلغ كذا ،أو ابنتك في مقابل كذا إذا بطل البدل في الخلع بأن لم يكن مالا متقوما كالخمر والخنزير مثلا وقع الطلاق بائنا ،أما في الطلاق على مال إذا بطل البدل و قع الطلاق رجعيا ،لأن لفظ الطلاق يكون صريحا في الطلاق على مال فيقع به طلقة رجعية أما لفظ الخلع فهو كناية في الطلاق و ليس صريحا فيقع به الطلاق بائنا.

– أن الخلع يسقط كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الطرف الآخر إذا تم ،أما الطلاق على مال فإنه لا يسقط أي حق من الحقوق الثابتة لأحد الزوجين على الزوج الأخر إلا ما اتفق الزوجان على سقوطه مقابل الخلع.[1]

– الطلاق على مال اتفق الفقهاء ،على أنه يقع به طلاق بائن فينقضي به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته ،أما الخلع فقد اختلف فيه الفقهاء هل هو فسخ أم طلاق ،فقال الحنابلة أنه فسخا لعقد الزواج فلا ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته فإذا أعادها إلى عصمته يكون ذلك بعقد جديد و ترجع إليه ما كان يملكه عليها من الطلقات وذهب الحنفية إلى اعتباره طلاق تنقضي به عدد الطلقات.[2]

[1] – بدران أبو العنين بدران ،مرجع سابق ،ص412–411.

[2] – أحمد محمود خليل ،عقد الزواج العرفي ،أركانه وشروطه وأحكامه ،سنة 2006 ،دار الكتب القانونية ،ص 99– 100.

المبحث الثاني : أركان الخلع

سنتطرق في هذا المبحث إلى أركان الخلع في مطلبين الأول متعلق بطرفي الخلع ،وأما الثاني فيبين صيغة الخلع و العوض.

المقصود بالركن ما يتوقف الشيء على وجوده ،وكان جزءا من حقيقته ،وأركان الخلع عند جمهور الفقهاء ،ما عدا الحنفية خمسة.[1]

أما الجمهور يعتبرون أن الأركان خمسة ،وهي الموجب ،القابل ،العوض ،المعوض والصيغة.

والجدير بنا ذكره في موضوع أركان الخلع أن هناك من أطلق عليها عبارة أركان ،وهناك من سماها شروطا ،لذا ارتأينا وصفها بالأركان لأهميتها ولأنها تدخل في حقيقة الخلع الذي لا يصح إلا بها.

المطلب الأول : طرفي الخلع

سنعالج في هذا المطلب طرفي الخلع لأهميتهما ،فقد اشترط الفقهاء مجموعة من الشروط في كل منهما وكذا المشرع الجزائري ،وعليه سنتطرق في بادئ الأمر للزوج المخالع أولا ثم الزوجة المختلعة ثانيا.

الفرع الأول : الزوج المخالع

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج ركن من أركان الخلع لهذا لابد أن يكون ممن يصح طلاقه أي أن يكون أهلا للطلاق فمن لا يصح طلاقه لا يصح خلعه ،ويرى المالكية أنه يشترط في الزوج المخالع الشروط التي تشترط في الطلاق ،ومنها أن يكون مسلما ومكلفا ،فلا يصح خلع الصبي ،والمجنون ،ويصح حسبهم خلع الأب والوصي للغير أو المجنون لزوجتهما بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما[2] ،كما لا يقع خلع السكران والهازل ،ولا يقع خلع المكره عند جمهور الفقهاء ،ولم يجز أبو حنيفة ،والشافعي ،وأحمد خلع الأب لزوجة الابن الصغير

[1] – عبد الرحمن الجزائري ،الفقه على المذاهب الأربعة ،المكتبة العصرية ،بيروت ،سنة 2004 ،ص 9.

[2] – منال محمد زيد الأبياني ،المرجع السابق ،ص 253.

والمجنون ،ولا طلاقهما فمن لا يجوز أن يطلق على الصغير ،والمجنون لا يجوز أن يخالع عليهما.[1]

غير أنه إذا كان المخالع مريضا مرض الموت وقت الخلع ثم توفي قبل أن يبرأ لم ترثه زوجته ،ولو كانت وفاته أثناء عدتها عند الحنفية ،والشافعية ،والحنابلة وترثه عند المالكية إذا توفي في مرضه الذي خالعها فيه سواء أكانت وفاته في أثناء عدتها أم بعد انتهائها ،وسواء أتزوجت بغيره أم لم تتزوج، وذلك لإقدام الزوج على ما يتسبب عنه إخراج وارث من تركة كان له فيها حق ،وذلك غير جائز ،والمدخول بها وغير المدخول بها في هذا الحكم سواء ،أما الزوج فلا يرث زوجته المختلعة عند الجميع لأنه هو الذي أسقط ما كان له من حق ،واذا أقر المخالع لمن خلعها في مرض الموت بمال ،أو أوصى لها بوصية نفذ ذلك في ثلث تركته عند الحنفية ،والشافعية لصيرورتها أجنبية عنه بالخلع ،وذهب الحنابلة إلى أن ذلك إنما ينفذ في حدود إرثها منه ،فما زاد عليه لا تعطاه إلا بإجازة الورثة إذ قد يتخذ ذلك وسيلة لزيادة ما تأخذه من تركته".[2]

الفرع الثاني : الزوجة المختلعة

أجمع الفقهاء على أن الزوجة ركن من أركان الخلع يشترط أن تكون في زواج صحيح شرعي ،وإذا كانت هي التي تجري الخلع بنفسها فيشترط فيها البلوغ ،والعقل والرشد بمعنى أن تكون أهلا للتبرع ،وشرط الزواج الشرعي أمر لازم لان الزوجة فيه تطلب خلاصها من قيد الزوجية ،ولذلك خرج النكاح الفاسد من الخلع لأن المرأة لا تعتبر زوجة في النكاح الفاسد كما أنها ليست طرفا في عقد زواج شرعي.

أولا: مخالعة المرأة المعتدة

1. **المعتدة من طلاق رجعي** : هذه المعتدة باتفاق الفقهاء زوجة حكما وهي في عدة هذا الاتفاق ،ولذلك تجوز مخالعتها في العدة ،ولذلك يقول الأحناف أن لزوجها أن يطلقها على جعل بعد الطلاق الرجعي ما دامت في عدتها ،ولزمها الجعل متى اتفقا على ذلك ،وهذا ما ذهب إليه الشافعية والمالكية ،والحنابلة.

[1] – د. وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ،ص 49.

[2] – الشيخ علي الخفيف ،فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ،دار الفكر العربي ،سنة 2008 ،ص 672.

2. **المعتدة من طلاق بائن:** في خلعها رأيان

الرأي الأول : يقول به الأحناف ،وهو أن الطلاق على مال يلحق المعتدة من طلاق رجعي ويجب المال ،ويلحق المعتدة من طلاق بائن ولا يلزم المال ،بمعنى أن الرجل إذا طلق امرأته بائنا ،ثم طلقها في العدة على مال وقع الطلاق الثاني أي الطلاق على مال وسبب ذلك أن إعطاء المال قصد به تخليصها الخلاص المنجز من العصمة ،وهذا حاصل في الطلاق البائن ،ومن ثم فلا حاجة منها لدفع المال ،وهذا بخلاف المعتدة في الطلاق الرجعي فهي زوجة حكما في خلال أجل العدة ،ويجوز للزوج مراجعتها في العدة ولزوم المال هنا سببه شراء عصمتها من خلال العدة الرجعية.

الرأي الثاني: ذهب المالكية ،والشافعية إلى أن المطلقة بائنا لا يلحقها الخلع في العدة إذ لا يملك الرجل بضع امرأته بعد الطلاق البائن يقول الدردير في الشرح الصغير"ورد المال الذي خالعها به أيضا بائنا أي ثبوت كونها وقت الخلع كانت مطلقة طلاقا بائنا إذ الخلع لم يصادف محلا حال البينونة.[1]

يقول الدكتور عبد الكريم زيدان " ويبدوا لي أن الخلع ،وان لم يقع مستوجبا بدل الخلع إلا أنه يقع طلقة بائنة ،واستخلص هذا من قول الدردير : ورد المال الذي خالعها به أيضا..". فهم قالوا يرد المال ،ولم يقولوا ببطلان المخالعة كلها بما فيها إيقاع الطلاق وبذل المال ،ولكن الظاهر أنه يقول : "رد المال الذي خالعها به.... إذا الخلع لم يصادف محلا حالة البينونة منه" ،وبذلك يكون الرأي عند المالكية متفق مع الحنابلة ،والشافعية ،ويشترط في الزوجة أن تكون أهلا للتبرع لأن الخلع في حقها يعتبر معاوضة فيها شبهة التبرع ،لأن فيها بذل المال فيها لا يعتبر مالا ،وهو ملكها لعصمتها من أجل ذلك اشترط الفقهاء في الزوجة أهلية التبرع وبما أنه أشترط في الزوجة المخالعة أهلية التبرع فإنها تكون أهلا للتبرع إذا اجتمع فيها أربعة شروط.

الأول: أن تكون بالغة فلا يتحقق الخلع إذا كانت الزوجة صغيرة مميزة كانت أو غير مميزة.

الثاني: أن تكون عاقلة فلا يتحقق الخلع إذا كانت الزوجة مجنونة أو معتوهة.

[1]– أحمد نصر الجندي ،شرح قانون الأسرة الجزائري ،دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات ،مصر ،سنة 2009 ص381.

الثالث: ألا تكون مريضة مرض الموت.

الرابع: ألا تكون محجور عليها لسفه.[1]

وسنتكلم على حكم إختلاع الصغيرة ،والمريضة ،والمحجور عليها والمكرهة باختصار في ما يلي :

ثانيا: خلع الصغيرة :

الصغيرة إما أن تكون مميزة ،وأما أن تكون غير مميزة، وعلى كل حال إما أن يجري الخلع بينها وبين زوجها ،و أما أن يجري بين زوجها ،و وليها فإما أن يضمن وليها بدل الخلع لزوجها ،أو ما ألا يضمن ذلك.

فإن كانت الزوجة صغيرة غير مميزة ،وخالعت زوجها بنفسها لم يقع عليها الطلاق ولم يلزمها شيء ،أما عدم وقوع الطلاق عليها فلأن الزوج قد علق طلاقه إياها على قبولها دفع البدل ،والقبول إنما يكون معتبرا الشريعة إذا حصل ممن هو أهل له والصغيرة غير المميزة ليست أهلا للقبول البتة فالمعلق عليه لم يحصل على الوجه المعتد به شرعا ،فلا يحصل المعلق الذي هو الطلاق ،وان كانت الزوجة صغيرة مميزة وخالعت زوجها بنفسها فإن كان بلفظ الطلاق ،فإنه يقع عليها طلاق رجعي ،ولا يلزمها شيء من المال.

ثالثا: خلع المحجور عليها لسفه

السفه ضد الرشد ،هو كون الإنسان مصلحا في ماله لا يبذر فيه ،ولا يضيعه على خلاف ما يرتضيه الشرع ،إذا خالعت الزوجة زوجها ،وهي سفيهة على مهرها ،أو على شيء من مالها فإن كان إختلاعها منه بلفظ الطلاق وقع عليها طلاق رجعي ،ولم يلزمها البدل لأن وقوع الطلاق يعتمد القبول ،وقد تحقق منها ،ولأن لزوم المال يعتمد كونها أهلا للتبرع ،وليست أهلا له.[2]

رابعا: خلع المكرهة :

إذا أكرهت الزوجة على الخلع فلا يلزمه المال لأن الالتزام بالمال بالإكراه لا يصح باتفاق فقهاء المذاهب الإسلامية ،ويقع الطلاق عليها لأنه علق على مجرد قبولها وقد قبلت.

---

[1]– أحمد نصر الجندي ،المرجع السابق ،ص 382.

[2] – محمد محي الدين عبد الحميد ،الأحوال الشخصية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى ،بيروت لبنان ،سنة 2007 ص 343 ،344.

قد ورد عن الإمام مالك قوله في الموطأ إن المرأة التي تخالع زوجها ثم يتبين أن الدافع إلى الخلع هو أن زوجها كان يضربها فيلزمه أن يرد لها ما دفعته له و يمضي الطلاق الذي أوقعه عليها.

خامسا: خلع المريضة مرض الموت :

اختلفت المذاهب الفقهية في أثار هذا الخلع : يرى الحنفية أن هذا الخلع صحيح ،ويقع به طلاق بائن ،و يثبت به البدل ،وأن ذلك البدل يخضع في نظرهم لأحكام الوصية فينفذ في حدود ثلث التركة ،وإذا توفت الزوجة في مرضها أثناء عدتها ،وجب للزوج الأقل من الأمور الثلاثة "بدل الخلع ،وثلث الخلع أو نصيبه من الميراث" وهذا كله لو افترض بقاء الزوجية وورثها بالفعل ،ولقد وجب له الأقل من الأمور الثلاث احتياطيا ومحافظة على حقوق ورثتها لاحتمال أن يكون الزوجان قد اتفقا على الخلع في هذا المرض ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث لو استمر زواجه إلى وقت وفاتها ،وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تحابيه بطريق التبرع لأنه وصية ،والوصية لا تجوز للوارث عند الجمهور ،وإذا ماتت بعد أن شفيت من مرضها الذي حصل فيه الخلع استحق الزوج المخالع بدل الخلع كله لظهور أن الخلع تم في حالة الصحة.

ويرى المالكية أن الزوج إذا خالع زوجته هي مريضة مرضا مخوفا، فإن الطلاق منفذ ولا يتوارثان عند المالكية ،ولو ماتت أثناء العدة.[1]

المطلب الثاني : الصيغة والعوض

الفرع الأول : الصيغة

لابد للخلع من صيغة ولا يصح بالمعاطاة، كأن تعطيه مالا وتخرج من داره بدون أن يقول لها : "اختلعي على كذا" ،فتقول له :"اخلعني على كذا" ،فيقول لها "خلعتك على ذلك" فالإيجاب والقبول بالقول لا بد منه ،أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع ،وان نوى به الطلاق أو كان به الطلاق متعارفا.

[1] – أحمد أباش ،الأسرة بين الجمود والحداثة ،منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الأولى ،سنة 2001 ،ص 266-265.

وفي صيغة الخلع وشروطها نتعرض لتفصيل المذاهب في ذلك ثم موقف المشرع الجزائري وما توصل إليه الاجتهاد القضائي.

أولا: الموقف الفقهي

1. **رأي الحنفية:** قالوا بشأن الأحكام التي تتعلق بالصيغة أنه يشترط في صحة القبول من الزوجة أن تكون عالمة بمعنى الخلع واعتبروا يمينا من جانب الزوج ،فلو ابتدأ الخلع بقوله : "خالعتك على مائة" مثلا ،فإنه لا يملك الرجوع عنه ،وكذا لا يملك فسخه،ولا نهي المرأة عن قبوله ،وله أن يعلقه على شرط ،ويضيفه إلى وقت.

أما الخلع بالنسبة للزوجة فهو معاوضة المال ،لأنها تعطي الرجل مالا ملكا له في نظير الطلاق ،وذلك معنى المعاوضة بين اثنين ،أحدهما يعطي مالا لغيره على سبيل الملك وثانيهما يعطي بدلا 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 ونفقة عدتي" فلها أن ترجع قبل أن يقول الزوج: "خالعت على ذلك" ،ويبطل بقيام أحدهما عن المجلس قبل القبول ،ولا يصح للزوجة أن تعلقه على شرط ولا أن تضيفه إلى وقت.[1]

ويشترط الحنفية : مطابقة الإيجاب للقبول ،فإذا قال لها: "أنت طالق أربعا بثلاث مائة" فقالت :" قبلت ثلاثا " ،لم تطلق ،لأنه علق الخلع على قبولها الأربع ،فإذا قبلت ثلاثا لم يتحقق المعلق عليه وإذا 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 ألاف ،وهذا بخلاف ما إذا قال لها :" خالعتك ولم يذكر بدلا " فقالت: " قبلت" ،ثم أعاد لها اللفظ ،فقالت: " قبلت" ،فإن الثاني لا يقع لأن الأول وقع بائنا فلا يلحقها الثاني.

والفرق بين العبارتين أن الأول مذكور فيه العوض ،فلا يقع إلا إذا قبلت ولما 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.

[1] – عبد الرحمان الجزائري ،الفقه على المذاهب الأربعة ،المكتبة التوفيقية ،الجزء الرابع ،دار الأرقم للنشر والتوزيع ،بيروت لبنان ،ص 368.

وانما الذي يتوقف على قبولها سقوط حقها ،وحينئذ يقع الطلاق باللفظ دون قبولها وهو بائن.

فإذا كرره فإن الثاني لا يلحقه ،هذا إذا بدأ الزوج بالعوض ،أما إذا بدأت الزوجة بأن قالت : "خالعت نفسي منك بألف" وكررتها ثلاثا ،فقال : "قبلت" ،فإنه لا يقع إلا بواحدة بألف على الصحيح.

2. **رأي المالكية:** قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط :

الشرط الأول: أن تكون لفظا – بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحا أو كناية فإذا عمل عملا يدل على الطلاق بدون نطق ،فإنه لا يقع به الطلاق ،إلا إذا جرى به العرف.[1]

الشرط الثاني: أن يكون القبول في المجلس ،إلا إذا عّلقه 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 ،ومتى 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 بها فلو قامت من المجلس بطل الخلع فلا تملك طلاق نفسها بالبدل.

الشرط الثالث: أن يكون بين الإيجاب والقبول 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" ،وهذا بخلاف ما إذا قالت له: " طلقني ثلاثا بألف" فطلقها " واحدة بألف" فإن الطلاق ينفذ والعوض يلزم ،وذلك لأنها تملك نفسها بهذا وتبين به فما زاد عليه لم يتعلق به غرض الشارع ولا فائدة لها منه وكذا إذا قالت له: " طلقني واحدة بألف" فطلقها ثلاثا فإنه يصح لحصول عرضها وزيادة.[2]

3. **رأي الشافعية:** قالوا: صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية ومن كناياته لفظ : بيع وفسخ ،فإذا قال لها: " بعتك نفسك بألف" ناويا بذلك الطلاق ،فقالت: " قبلت" ،كان خلعا صحيحا تبين به ،ويلزمها العوض ومثل ذلك ما إذا قال: " فسخت نكاحك

[1] – عبد الرحمان الجزائري ،المرجع السابق ،ص 369.

[2] – عبد الرحمان الجزائري ،المرجع السابق ،ص370–371.

بألف" ،وفي هذه الحالة يكون لفظ الفسخ طلاقا ينقص عدد الطلقات ومثال 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 ،وهكذا في كل ألفاظ الكنايات التي قدمت ،هذا وإذا بدأ الزوج بالطلاق على مال فذكر العوض كان الخلع عقد معاوضة مشوب ومعلق على دفعها للعوض ،فلا يقع به الطلاق إلا إذا قبلت ،فكأنه قال لها : " إذا قبلت دفع العوض فأنت طالق" وعلى هذا يصح له الرجوع قبل قبولها نظرا لجهة العوض أما شروط الصيغة فهي : أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر ولمن يقرب منه من الحاضرين ومنها أن يكون قبول ممن صدر معه الخطاب ،ومنها أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق.

فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه ،فإنه لا يصح ومنها أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام ،ومنها أن يتفق الإيجاب مع القبول ،فإذا قال لها :" طلقتك بألف" فقالت: "قبلت بألفين لا يقع شيء" ،وإذا قال لها " طلقتك ثلاثا بألف" فقالت: " قبلت واحدة بألف" فإن الثلاث تقع بألف ،وذلك وان لم يوافق القبول الإيجاب في الطلاق ،لكنه وافقه في المال ،والزوجة تملك المال والزوج يملك الطلاق وقد وافقته فيما تملك ،فتلزم به ويلزم بالثلاث.[1]

4. **رأي الحنابلة:** يشترط في صيغة الخلع عدة شروط :

أولها: أن تكون لفظا ،فلا يصح الخلع بالمعاطاة ولو نوى بها الطلاق ،بل لا بد فيه من إيجاب وقبول.

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

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

[1] – عبد الرحمان الجزائري ،المرجع السابق ،ص371–372.

رابعها: أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها: " إن بذلت لي كذا فقد خالعتك" فإن الخلع لا يصح ولو بذلت له ما سماه ،بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه ،وإذا اجتمع شرطا مع الخلع فإن الخلع يصح ،والشرط يبطل مثل ذلك ما إذا اشترط الخيار ،كما قال لها: " خالعتك بكذا على أن لي الخيار أو لك ثلاثة أيام".

فإن 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 والقبول في مبدأ الخلع بحد ذاته؟ أو تطابق ذلك على البدل؟ وبالتالي 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 عقدا وهناك من يعتبره مكنة للزوجة ولكل في ذلك حججه.

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

وقد عرفه الأستاذ" غوتي بن ملحة" على أنه : " عقد اتفاقي يستلزم عرض الزوج وقبول 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] ،وجاء في شرح الزرقاني ما نصه": فإن تعذر الإصلاح فإن أساء الزوج طلق بلا خلع إن لم ترض بالمقام

[1] – نورة منصوري ،المرجع السابق ،ص 130.

معه وبالعكس فإن كانت هي المسيئة فقد ائتمانه عليها وخالعناه 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" وبهذا اعتبر أن للمرأة حق فك الرابطة الزوجية بالخلع في مقابل حق الطلاق الذي منح للزوج.

وعليه 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 ،ومن ثمة فلا يملك القاضي حق رفض طلب التفريق بالخلع وليس له أية سلطة تقديرية في ذلك[1] ،وهذا استنادا لقوله سبحانه وتعالى ﷻ :" **فلا جَناح عليهما فيما افتدت به**" الآية 229 من سورة البقرة ولقوله – صلى الله عليه وسلم– :" **.... اقبل الحديقة وطلقها تطليقه**" والذي جاء بصيغة الأمر ومما يدل أن الخلع حق للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض في المادة 54 منه ،لمسألة الصيغة وشروطها تاركا 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 دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ،إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

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 ومنهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضا ،وقد انقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين :

[1] – عمر زودة ،طبيعة الأحكام لإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ،دار انكسلوبيديا ،ص 60.

الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع :

هذا الاتجاه يشرط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات عن المحكمة العليا أهمها :

- **القرار الصادر بتاريخ 21/12/1988 تحت رقم 51728** والذي جاء فيه": من المقرر فقها و قضاءا أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي إنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما 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 ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالته".[1]
- **القرار الصادر بتاريخ 03 /04/1991 وتحت رقم 73885** جاء فيه: " من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقًا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون".[2]

الاتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج بالخلع :

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

- **القرار الصادر بتاريخ 21/07/1992 تحت رقم 83603** والذي 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 وقدره وفي 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 والتعسف الممنوعين شرعا.

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

[2] – القرار الصادر في 1991-04-03 المجلة القضائية لعام 1993 ،العدد الثاني ،ص55.

وعليه فإن قضاة الموضوع – في قضية الحال– لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن".[1]

❖ **القرار الصادر بتاريخ 16/03/1999 تحت رقم 216239** والذي جاء فيه : "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[2]

من خلال العرض السابق للآراء الفقهية ،وسكوت المشرع الجزائري وعدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضا الزوج جاءت المادة 54 بعد تعديل 2005 صريحة في هذا الصدد ،وعليه فإن الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج كرسته الشريعة الإسلامية وهو ما اهتدى إليه المذهب المالكي المعتمد في القانون الجزائري والذي سبق وأن وضحنا رأيه في المسألة من جواز الخلع دون الأخذ برضا الزوج ،وقد صدر عن المحكمة العليا –غرفة الأحوال الشخصية– قرار تحت رقم 141262 ،المؤرخ في 30/07/1996 والذي قضى: "أن طعن الزوج بالخلع انتهى إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا ،استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء ،وليس عقدا رضائيا بين الزوجين.[3]

وبالتالي وجب استجابة القاضي لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع ،وتعذر إعادة الوفاق بين الطرفين ويبقى دوره فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالعين.

---

[1] – قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 21/07/1992 ملف رقم 83603 ،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 ،العدد الخاص ،ص 134.

[2] – قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/03/1999 ملف رقم 216239 ،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 ،العدد الخاص ،ص 813.

[3] – القرار الصادر بتاريخ 30/07/1996 تحت رقم 1141262 ،غير منشور مأخوذ عن كتاب الأستاذ عمر زودة ،المرجع السابق،ص 159.

الفرع الثاني : العوض

إن الخلع كما سبق : هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدى به الزوجة نفسها. فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع، وبدونه لا يتحقق، فإن قال الزوج لزوجته: "خالعتك" وسكت لم يكن ذلك خلعا، وإن نوى الطلاق كان طلاقا رجعيا.

واذا 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 وخلاص نفسها منه ،فما حكم أخذ الزوج لبدل الخلع ؟ وما يصح أن يكون بدلا ؟ وما يشترط غيره ؟

وللإجابة عن هذه الإشكاليات نتناول ذلك على ضوء كل من الفقه ،والقانون ،وكذا اجتهادات المحكمة العليا.

أولا: الموقف الفقهي

1- حكم أخذ الزوج لبدل الخلع

يجوز شرعا أن يأخذ الزوج مالا أو ما يقوم مقامه في نظير خلاص الزوجة منه ،ولا إثم عليه في ذلك لقوله تعالى ﷻ : ﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾ فإذا كان البدل مساويا لما دفع للزوجة من مهر حل له أخذه ،أما إذا كان أقل من قيمة المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى وهذا بإجماع الفقهاء.

إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان البدل أكثر مما قدم إليها من مهر وفي هذا الشأن كان لكل مذهب رأيه.

- **رأي الحنفية:** انقسم الحنفية إلى روايتين

<u>أولهما:</u> أن أخذ النيابة جائز، لا شيء فيه ،لإطلاق الآية السابقة : "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" والتي رفعت الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء ،من غير فصل بين ما إذا كان هذا البدل مساويا للمهر أو زائدا عليه ،واستدلوا على رأيهم بقوله تعالى ﷻ : ﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** ﴾ [1] ،إذ أن الآية نفت الجناح (الإثم) عن الرجل فيما يأخذ من فدية (بدل الخلع) قل أو كثر ،واستدلوا بقصة الربيعة بنت معوذ – رضي الله عنها – فقد شكت إلى

[1] – سورة البقرة ،الآية 229.

عثمان – رضي الله عنه– زوجها وأنها انفلتت منها كلمة "أنا أفتدي بمالي كله" ،فقال الزوج: "قد قبلت" قال عثمان : "خذ منها" فأخذ مالها كله ،وفي رواية أخرى أنه ورد عن الربيعة بنت معاذ قالت : "قلت له لك كل شيء وفارقني" ،فقال: "قد فارقت"، فأخذ و الله كل شيء ،فجئت وهو محصور فقال: "الشرط أملك خذ حتى عقاس رأسها".

ولأن الخلع معاوضة والبدل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين فإن الزيادة التي تعطيها الزوجة من مالها تكون عن طيب خاطر لقوله تعالى ﷻ : ﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا** ﴾.[1]

وثانيهما: أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة: ﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾[2] لأن آخر الآية مردود إلى أولها والتي تنهى الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما أتوهن من مهور ،واستثنى منها الأخذ في حالة ترك إقامة حدود الله و يؤيد ذلك ما جاء في حديث امرأة قيس بن ثابت أن رسول الله ﷺ قال : "أتردين عليه حديقته ؟ فقالت :" نعم وزيادة" ،فقال: "أما الزيادة فلا" وبذلك نهى الرسول ﷺ عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها.[3]

- **رأي الجعفرية** : يرى الجعفرية أنه إذا كانت الكراهة من قبل الزوج وحده وبذلت له الزوجة المال ليخالعها "لا يصح الخلع كما لا يحل له البدل ،وعند وقوع النزاع 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 معا لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها".[4]

- **رأي الشافعية:** يرى الشافعية أنه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على صداق أو على بعضه أو على مال آخر ،لا فرق أن يكون البدل عينا أو دينا أو منفعة وضابطه أن كل

---

[1] – سورة النساء ،الآية 4.

[2] – سورة البقرة ،الآية 229.

[3] – محمد مصطفى شلبي ،فقه المذاهب السنية ،والمذهب الجعفري ،والقانوني ،أحكام الأسرة في الإسلام ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،الطبعة الرابعة ،ص 570–571.

[4]– محمد مصطفى شلبي ،المرجع السابق ،ص 571.

ما جاز أن يكون صداقا جاز أن يكون عوضا في الخلع لقوله تعالى ﷻ : ﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾.[1]

رأي المالكية : يرى المالكية أنه لا يحل للزوج شرعا أن يأخذ شيئا من زوجته إذا كان سبب النشوز منه ،وإن أخذ وجب عليه أن يرده إليها ،وإن التزمت بشيء في مقابل الخلع سقط عنها التزامها[2] ،واستدلوا في رأيهم بقوله تعالى ﷻ : ﴿ **وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ** ﴾[3] وقوله تعالى ﷻ : ﴿ **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا** ﴾[4].

ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه : كل ما صح أن يكون مهرا صح أن يكون بدلا في الخلع، ولا تقدير فيه باتفاق جمهور الفقهاء ،فيصح أن يكون من النقد أو العقار أو المنقول ،كما يصح أن يكون دينا 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 وعليها الوفاء بذلك ،فإن امتنعت عن القيام بما التزمت أو عجزت عن ذلك كان لمن خالعها الرجوع عليها فيما يقابل المدة الباقية.[5]

واذا لم يستوف الزوج ما اتفق عليه يرجع على الزوجة ببقية حقه أو على ورثتها إن ماتت أثناء المدة المتفق عليها أو إذا خالعها على ما يعتقد أنه حلال وتبين أنه حرام كما لو قالت له: اخلعني على ما في هذا الإناء من الخل ،فتبين أنه خمر ،قال الأمامية والحنابلة : يرجع عليهما بمثله ،وقال الحنفية : يرجع عليها بالمهر المسمى ،كما أضاف الشافعية : يرجع عليها بمهر المثل.

– أما إذا خالعته على مال باعتقاد أن البدل ملك للزوجة ،فظهر أنه لغيرها ،قال الحنفية والأمامية " إذا أجاز المالك صح الخلع وأخذ الزوج المال وان لم يجز كان البدل له من المثل أو القيمة" ،كما قال الشافعية : له مهر المثل استنادا إلى ما هو مقرر عندهم من متى ذكر

---

[1] – سورة البقرة ،الآية 229.

[2] – أحمد محمود الشافعي ،الطلاق وحقوق الأولاد ،ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية ،دار الهدى للمطبوعات ،الإسكندرية سنة 1997 ،ص 77.

[3] – سورة النساء ،الآية 19.

[4] – سورة البقرة ،الآية 231.

[5] – محمد مصطفى شلبي ،المرجع السابق ،ص 566 –565.

البدل الذي لا يصح بد لا يبطل ويثبت بمهر المثل ،قال المالكية : يقع الطلاق بائن ويبطل العوض.

وليس للمطلق شيئا حتى ولو أجاز المالك[1] ،وأضافوا أنه يشترط في العوض أن يكون حلالا ،فلا يصح الخلع على خمر أو خنزير أو مال مغصوب مثل المسروق فإذا خالعته على شيء من ذلك وقع الطلاق بائنا ،ويبطل العوض ،فإن كان مغصوبا وجب عليه أن يرده إلى صاحبه ،فإن كان خمرا وجبت عليه إراقته ،وان كان خنزيرا وجب قتله وقيل يسرح ولا شيء للزوج على الزوجة في مقابل ذلك.

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

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

لقد نصت المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري :" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ،إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" ،لم تبين هذه المادة ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه ،لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا ،باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع ،والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا وبعبارة فقهية أكثر دقة: "أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل خلع" ،ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع والذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعا وقانونا.

ولكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا ،لأن الحضانة هي حق للمحضون ،وليس للزوجة حق الغير بدلا للخلع للحصول على طلاقها من زوجها

[1] – عبد الكريم شهبون ،مدونة الأحوال الشخصية المغربية ،الجزء الأول ،الطبعة الثانية ،دار النشر المعرفة ،الرباط ص268.

[2] – عبد الرحمن الجزائري ،المرجع السابق ،ص 362.

الذي لم تعد ترغب في الحياة معه ،وفي جميع الأحوال يجب أن يكون في مقابل الخلع معلوما ومتفقا عليه بين الزوجين.

– أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين ،حول المبلغ المطلوب أداؤه في حكم بالطلاق خلعا مقابل مال لا تتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة ،وقد 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 ،والذي جاء فيه: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناءا على صداق مؤجل وما ثبت لهم من ظلم يراه المجلس الأعلى أنه ينجر عنه الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج بدون حاجة إلى اشتراط أدائه فورا ،إذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعه كما يسوغ أن يكون الشيء غير موجود وقت الاتفاق".[1]

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

وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغا قدره خمسين ألف دج (50.000 دج) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا.[2]

[1] – قرار 1985–04–22 تحت رقم 36709 ،مجلة المحكمة العليا منشور في مجموعة الأحكام القضائية ،الجزء 1.

[2] – القرار الصادر بتاريخ 22/04/1985 تحت رقم 36709 ،المجلة القضائية لسنة 1989 ،العدد الأول ، ص92.

خلاصة الفصل الثاني :

نستخلص من خلال ما استعرضناه في الفصل الثاني :

أن المشرع الجزائري تبنى الرأي القائل بأن الفرقة التي تكون عن طريق الخلع تعتبر طلاقا لا فسخا وذلك أن المادة 54 منه موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق ،في حين هناك اختلاف في الشريعة حول اعتبار الخلع طلاق أم فسخ إلى اتجاهين : اتجاه يرى أن الخلع فسخ للنكاح واتجاه أخر يرى بأن الخلع يقع به طلاق بائن.

وأن المشرع الجزائري من خلال التعديل الذي أحدثه على قانون الأسرة المؤرخ في 27 فيفري 2005 في المادة 54 منه بين صراحة أن الخلع حق شخصي وإرادي للزوجة في فك الزوجية من دون البحث عن الأسباب على خلاف الشريعة الإسلامية التي اعتبرته عقدا رضائيا يستوجب استيفاء شروط معينة لوقوعه.

خاتمة

خـاتـمـة :

كنا قد عالجنا في هذه الأطروحة موضوع حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري وجانب بسيط من الشريعة الاسلامية ،ونخلص إلى أن الزوجة قد كفل لها الشرع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حقها في فك الرابطة الزوجية بالتطليق أو الخلع متى توفرت أسبابها وقامت لها ضوابطها، كما كفل حقها في الآثار المترتبة عن التطليق والخلع فارتكزت الدراسة على بيان كيفية ممارسة الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية وذكر أحكامها وإجراءاتها شرعا وقانونا وقضاء وبالمقابل التعرض للإشكالات المتعلقة بهذا الموضوع محل الدراسة ومحاولة الإجابة عنه ،ومن خلال ما تقدم كنا قد خلصنا إلى مجموعة من النتائج ومجموعة من الاقتراحات تكون في مجملها إجابة على إشكالية الأطروحة التي انطلقنا من خلالها في موضوع البحث، نوجزها فيما يلي :

. على المشرع من خلال أحكام قانون الأسرة المنظمة لموضوع الطلاق قد ضمن للزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية، بمنحها الحق في التطليق المنصوص عليه في المادة 53 وحقها في الخلع المنصوص عليه في المادة 54 ،إلا أنه بعد البحث تبين أن هاتين المادتين غير كافيتين لتنظيم أحكام الفرقة من جانب الزوجة، و وجود العديد من الإشكالات القانونية و القضائية، دفع بنا إلى معالجة أهمها ضمن هذه الأطروحة.

. أجاز قانون الأسرة للزوجة التطليق بسبب إخلال زوجها بالالتزامات الزوجية أو الشقاق المستمر بينهما وكذا بسبب العيوب التي تحول دون حصول الهدف من الزواج ،أو بسبب مخالفة بعض الأحكام المنصوص عليها قانونا.

. أجاز قانون الأسرة للزوجة أن تطالب بالتطليق بسبب غياب زوجها عنها لمدة سنة كاملة و كان غيابه غير مبرر دون عذر و لم يترك لها نفقة تعيش بها في تلك الفترة.

. الملاحظ أن المشرع لم يتكلم عن حق الزوجة في التطليق لغياب الزوج دون عذر مع وجود النفقة ،فهنا يمكن أن نكيف هذا الفعل الذي قام به الزوج أنه حالة الهجر في المضجع، لأن غياب الزوج عن زوجته فوت عنها فرصة المعاشرة الزوجية التي تحصن بها الزوجة نفسها ،رغم أن الزوج ترك لها النفقة لكن هذا لا يعوض لها حقها في المضاجعة.

. قد تكون الزوجة عالمة بالعيب في الزوج و رضيت بالزواج، فلا يحق لها المطالبة بالتطليق للعيب لأنها أسقطت حقها في الاستمتاع ،ولا يمكن تظليم الزوج نتيجة ذلك ،فكان على المشرع إضافة هذا في فقرة العيب فتصبح (العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ما لم تكن عالمة به وقت العقد) ،فيسقط حقها في التطليق نتيجة سوء تقديرها للضرر ،إلا أنه يبقى حقها في الخلع ،متى تبين لها استحالة استمرار الحياة الزوجية.

. أعطت الفقرة 7 من المادة 53 للزوجة حقها في التطليق بسبب ارتكاب زوجها فعل الفاحشة المبينة ،إلا أن التساؤل الذي تبادر إلى أذهاننا ،لماذا أخرج المشرع الجزائري جريمة الفاحشة المبينة في فقرة لوحدها منفصلة عن الفقرة 4 ،والتي اعتبرت ارتكاب الزوج جريمة ماسة بشرف الأسرة من أسباب التطليق ،مع أن جريمة الفاحشة أيضا تمس بشرف الأسرة فالذي قلناه أنه كان على المشرع أن يكتفي بالفقرة 4 وتكون جريمة الفاحشة المبينة من ضمنها ،فإذا أبقينا على الفقرة 7 فالتفسير الأقرب للصواب هو ما نص عليه قانون العقوبات الجزائري في المادة 337 مكرر والذي اعتبر الفعل الوحيد الذي سماه بالفاحشة المبينة هو زنا المحارم ،وبالتالي فإذا زنى الزوج بأحد محارمه يحق للزوجة المطالبة بالتطليق نتيجة هذا الفعل الشنيع ،وكذا وجدنا أن شرب الخمور من الفعل الفاحش كونه غير معاقب عليه وبالتالي لا تنطبق عليه الفقرة 4 فيمكن أن نعتبره ضمن الفقرة 7 ،وللقاضي السلطة التقديرية في تكييف الأفعال بالفقرة 4 أو 7.

. ترك المشرع الجزائري للزوجين حرية الإنفاق على مقابل العوض في الخلع ،وفي حالة الاختلاف يحكم القاضي بقيمة لا تتجاوز صداق المثل في عقد الزواج ،لكن صداق المثل قد يقع فيه ظلم للزوج أو الزوجة، فقد يظلم الزوج فيه إذ تتعمد الزوجة الرفض لأنها تعلم أن زوجها أعطاها أكثر من مهر المثل ،وقد تظلم الزوجة إذا تعمد الزوج عدم الرضا بما قدمته الزوجة من عوض لأنه يعلم أنه أعطاها أقل من مهر المثل وقت الزواج، وبالتالي يكون الحل لهذا الإشكال هو إعطاء للقاضي سلطة تقديرية أوسع بتحديد قيمة العوض وفق معايير معينة بحيث يتم تقدير العوض مع مراعاة مبلغ الصداق المدفوع في الزواج ،وفترة الزواج وأسباب الخلع ،والحالة المادية للزوجة، وهذا الذي يحقق المصلحة للطرفين فلا ضرر ولا ضرار.

الاقتراحات :

قد ذكرنا في النتائج بعض الاقتراحات المتعلقة بتعديل بعض المواد كونها متعلقة بتلك النتيجة ،ونضيف اقتراحات أخرى من خلال ما يلي :

. إعطاء الزوج الحق في التعويض إضافة إلى البدل إذا ثبت التعسف الحقيقي في الخلع عملا بمبدأ المساواة بين الزوجين حيث تمنح للزوجة التعويض في الطلاق التعسفي والتطليق للضرر.

. إعادة النظر في مادة الخلع رقم 54 من قانون الأسرة بوضع أسباب جدية لقبول خلع الزوجة.

. على المشرع أن يحدد التكييف القانوني لكل من التطليق والخلع حتى لا نكون أما اجتهادات قضائية واراء فقهية متناقضة.

. تضمين قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصوص خاصة بشؤون الأسرة حتى يسهل على القضاة المتقاضين معرفة الإجراءات الواجب عليهم إتباعها.

قائمة المصادر و المراجع

❖ القرآن الكريم برواية ورش حفص

المصادر الأصلية :

1- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المراجع :

قائمة المؤلفات العامة :

1. ابن منظور جمال الدين ،لسان العرب ،ط 01 ،دار الصادر بيروت ،لبنان ،سنة 1990.

2. ابن منظور ،لسان العرب ،الطبعة الأولى ،المجلد الثاني ،دار صادر بيروت ،سنة 1997.

3. ابن نجيم ،البحر الرائق ،الجزء 4 ،مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزيباري أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،الطبعة الأولى ،دار ابن حزم ،بيروت ،سنة 1997.

4. أبوا الفضل جمال الدين بن منظور محمد بن مكرم بن علي الأنصاري ،لسان العرب تحقيق عبد الله علي الكبير ،المجلد الرابع ،جزء 31 ،باب لعين ،دار الطباعة ،دار المعارف ،مصر.

5. أنور العمروسي ،أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ،د.ط دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،سنة 2003.

6. أبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ،الجزء الثالث المجلد الأول ،دار الفكر للطباعة.

7. أحمد شامي ،قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ،دراسة فقهية ونقدية مقارنة ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،سنة 2010.

8. أحمد محمود خليل ،عقد الزواج العرفي ،أركانه وشروطه وأحكامه ،الطبعة ،سنة 2006 ،دار الكتب القانونية.

9. أحمد محمود الشافعي ،الطلاق وحقوق الأولاد ،ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية دار الهدى للمطبوعات ،الإسكندرية ،سنة 1997.

10. الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي ،شرح فتح القدير ،الطبعة الأولى دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان ،سنة 1995 م.

11. المنجد الأبجدي ،الطبعة الأولى ،دار الشرق ، لبنان ، سنة 1967.

12. الشيخ علي الخفيف ،فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ،دار الفكر العربي ،سنة 2008.

13. بدران أبوا العينين بدران ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية ،د. ط ،بيروت ،دار النهضة العربية ،ج 01.

14. بن شويخ الرشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،دار الخلدونية ،الطبعة الأولى ،سنة 2008.

15. جلال الدين السيوطي ،سنن النسائي ،الجزء الخامس ،دار الفكر بيروت.

16. دلاندة يوسف ،قانون الأسرة مدعما باجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث ،د.ط ،دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ،سنة 2003.

17. رمضان علي السيد ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،سنة 2002.

18. زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ،مختار الصحاح ،د ط ،مؤسسة الرسالة ،سنة 1989.

19. طاهري حسين ،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ،دار الخلدونية الجزائري.

20. عبد الرحمن الجزائري ،الفقه على المذاهب الأربعة ،المكتبة العصرية ،بيروت سنة 2004.

21. عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

22ـ علي بن هادية ،بلحسن البليش ،الجيلاني بن الحاج يحي ،القاموس الجديد للطلاب ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر ،سنة 1991.

23ـ مالك بن أنس ،الموطأ ،الطبعة الأولى ،دار الفكر ،سنة 1989.

24ـ محمد أبوا زهرة ،الأحوال الشخصية ،دار الفكر العربي ،ط 03 ،د ن ،د ب ت ن ،سنة 1957.

25ـ محمد أحمد سراج ،محمد كمال الدين إمام ،أحكام الأسرة في الإسلام ،دار المطبوعات الجامعية ،مصر ،د.س.ن.

26ـ محمد سمارة ،أحكام وآثار الزوجين شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ،الطبعة الأولى ،دار العلية الدولية للنشر والتوزيع الأردن ،سنة 2002.

27ـ محمد كمال الدين إمام ،الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ،الطبعة أولى المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،مصر ،سنة 1996.

28ـ محمد مصطفى شلبي ،فقه المذاهب السنية ،والمذهب الجعفري ،والقانوني ،أحكام الأسرة في الإسلام ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،الطبعة الرابعة ،ص 570-571.

29ـ مسند الإمام أحمد بن حنبل ،تحقيق : شعيب الأرنؤوط ،ج 37 ،ط 01 ،بيروت مؤسسة الرسالة ،سنة 2001.

30ـ وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته ،ج 07 ،ط 02 ،دار الفكر ،دمشق ،سنة 1989.

31ـ وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته ،د ط ،الجزائر ،دار الفكر ،سنة 1992 ،ج 07.

32ـ عمر بن سعيد ،الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة ،د. ط ،دار الهدى الجزائر سنة 2004.

قائمة المؤلفات المتخصصة :

1. أحمد نصر الجندي ،الطلاق والتطليق وآثارهما ،د ط ،دار الكتب القانونية ،سنة 2004.

2. العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مقدمة الخطبة ،الزواج الطلاق ،الميراث ،الوصية ،ج 01 ،الزواج والطلاق ،ديوان المطبوعات الجامعية ،ط 2004.

3 ـ باديس ديابي ،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر،سنة 2007 ،دار الهدى –عين مليلة– الجزائر.

4. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي ،الخلع في الشريعة الإسلامية ،دراسة فقهية مقارنة ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية مصر ،سنة 2003.

5. خليل عمرو ،انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في لفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ،دراسة مقارنة ،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ،د .ط ،سنة 2015.

6. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين ،الخلع بطلب الزوجة لعدم الوئام مع زوجها، الطبعة الأولى، دار ابن فرحون الرياض،2010.

7. عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ،دار الخلدونية ،سنة 2007 ،طبعة الأولى.

8. عمر زودة ،طبيعة الأحكام لإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ،دار انكسلوبيديا.

9. فضيل سعد ،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ،الجزء لأول المؤسسة الوطنية للكتاب ،سنة 1986.

10. محفوظ بن صغير ،قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05–02 ،دار الوعي ،الجزائر ،سنة 2012.

11. منال محمود المشني ،الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه و أثاره – دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون– ،الطبعة الأولى ،دار الثقافة ،الأردن ،سنة 2008.

12ـ منصوري نورة ،التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ،دار الهدى الجزائر ،سنة 2010.

13ـ نايف محمد الجندي ،عضل إنشاء والتفريق للشقاق بين الشريع والقانون ،الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،سنة 2010.

الرسائل و المذكرات :

مذكرات الماجستير و مذكرات الدراسات المعمقة :

1ـ بلبولة بختة ،أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله ،رسالة ماجستير،فرع عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق بن عكنون ،جامعة الجزائر ،سنة 2005/2004.

2ـ ربيحة إلغات ،التفريق بين الزوجين ،دراسة نموذجية للخلع والظهار والإيلاء– رسالة ماجستير حقوق وعلوم قانونية وإدارية– جامعة الجزائر،سنة 1998–1997.

3ـ سلطان بن محمد بن دعيلج ،دعوى الخلع في القضاء السعودي ،دراسة تطبيقية رسالة ماجستير ،في قسم العدالة الجنائية ،تخصص التشريع الجنائي ،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ،كلية الدراسات العليا ،الرياض 1434هـ/ 2013م.

4ـ سليم سعدي ،الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ،رسالة ماجستير فرع عقود و مسؤولية ،كلية الحقوق والعلوم الإدارية ،جامعة الجزائر.

5ـ ماجد توفيق حمادة سمور ،التفريق بين الزوجين للردة وإيباء في الإسلام وتطبيقاتها رسالة الماجيستار في القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية ،غزة ،سنة 2010.

المجلات :

المجلات القانونية :

1ـ سميرة معاش ،مجلة المنتدى القانوني ،دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة بتاريخ أبريل 2009 ،العدد السادس.

2ـ نبيل بن عائشة ،إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية التطليق ،مجلة تحولات ،العدد الأول ،يناير 2018.

المجلات القضائية:

ـ المحكمة العليا ،المجلة القضائية العدد 1 ،السنة 1989.

ـ المحكمة العليا ،المجلة القضائية العدد 3 ،السنة 1989.

ـ المحكمة العليا ،المجلة القضائية العدد 3 ،السنة 1990.

ـ المحكمة العليا ،المجلة القضائية العدد 2 ،السنة 1993.

ـ المحكمة العليا ،المجلة القضائية ،العدد الخاص للاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،2001.

الانترنت:

- www.almaany.com
- http://mawdoo3.com
- http://www.al3ez.com
- http://www.startimes.com

الفهـــــرس

الفهرس :

مقدمة : .....أ

الفصل الأول : انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق

تمهيد : 1

المبحث الأول : 1

المطلب الأول: مفهوم التطليق 2

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق وحكمته..... 5

الفرع الأول : دليل مشروعية التطليق..... 6

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية التطليق..... 9

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية للتطليق.....11

الفرع الأول : الطبيعة الشرعية للتطليق وفقا للفقه الإسلامي 11

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للتطليق وفقا للتشريع.....11

المبحث الثاني : الأسباب المبررة للتطليق.....12

المطلب الأول : الأسباب المتعلقة بإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية و العائلية.....13

الفرع الأول : التطليق لعدم الإنفاق و الغيبة 13

الفرع الثاني : التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر و لشقاق المستمر 21

الفرع الثالث : التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 ق أ ج والشروط الواردة في عقد الزواج 25

المطلب الثاني :التطليق لارتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا 30

الفرع الأول : التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة.....30

الفرع الثاني : التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة 32

المطلب الثالث : التطليق للعيوب و للضرر المعتبر شرعا 34

الفرع الأول : التطليق للعيوب.....34

الفرع الثاني : التطليق للضرر المعتبر شرعا.....40

خلاصة الفصل الأول :.....42

الفصل الثاني : انحلال الرابطة الزوجية بالخلع

المبحث الأول : مفهوم الخلع.....44

المطلب الأول: تعريف الخلع..... 44
الفرع الأول: تعريف الخلع لغة 44
الفرع الثاني: تعريف الخلع اصطلاحا..... 45
المطلب الثاني: التكييف القانوني للخلع وتمييزه عن بعض صور انحلال الرابطة الزوجية 48
الفرع الأول: التكييف القانوني للخلع بين الفسخ والطلاق 48
الفرع الثاني : المقارنة بين الخلع و بعض حالات انحلال الرابطة الزوجية..... 53
المبحث الثاني : أركان الخلع..... 58
المطلب الأول : طرفي الخلع..... 58
الفرع الأول : الزوج المخالع..... 58
الفرع الثاني : الزوجة المختلعة 59
المطلب الثاني : الصيغة والعوض..... 62
الفرع الأول : الصيغة..... 62
الفرع الثاني : العوض 70
خلاصة الفصل الثاني : 75
خـاتـمـة : 77
قائمة المصادر و المراجع..... 80