المرأة بين حقيها في الخلع والتطليق

مقدمة:

كما نعلم إن الله سبحانه وتعالى خلق الذكر والأنثى ليسكنا إلى بعضهما البعض و ذلك بالمودة و الرحمة لقوله تعالى { يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة و خلق منها زوجها وبث منها رجالا كثيرا و نساء واتقوا الله الذي تساءلون به و الأرحام إن الله كان عليكم رقيبا }الآية 1 من سورة النساء" فمن قدرته سبحانه وتعالى إن خلق من كل شئ حي زوجين لقوله تبارك وعلا:{و من كل شيء خلق زوجين لعلكم تذكرون } وهذا دلالة على إن الله سبحانه وتعالى جعل لنا الزواج وسيلة للاستقرار و السكون وبناء أسرة متماسكة ، لكن لكل أصل عام هناك استثناء وهو انه قد يحدث و إن يصيب بعض الأسر التفكك وقد يحدث إن تنفر الزوجة من زوجها وتصبح العيشة مستحيلة بين الزوجين لأي سبب كان ومن عضمته تبارك وتعالى إن جعل لنا في كتابه الكريم وفي سنة نبيه عليه الصلاة والسلام الحلول و المنافذ لكل المشاكل التي قد تواجه الإنسان ومنها المشاكل الأسرية التي تؤدي إلى استحالة المعيشة والى دمار هذه الأسر فقد يسر الله سبحانه وتعالى هذا في الطلاق الذي أجازه في الأحوال التي تصعب فيها استمرارية الرابطة الزوجية ، رغم انه من ابغض الحلال عند الله لكنه يبقى الوسيلة الوحيدة في العديد من الحالات كما سنرى في لب الموضوع ، وهنا قد يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بان يرمي يمين الطلاق على الزوجة لأي سبب من الأسباب وكما نعلم إن الله سبحانه وتعالى جعل الرجل قواما عن المرأة إذ جعل يمين الطلاق بيده لكن قد يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة إذا ما جلبت لها العلاقة الزوجية أضرار مادية أو معنوية بحيث تصبح لاتطيق معاشرة زوجها وترى في استمرارها زيادة في البغض والكراهية, عندئذ فتح لها المشرع بابا لنوع من الطلاق تتخلص فيه من الرابطة الزوجية إذا ثبت إضرار الزوج لها وعند توافر أحد الأسباب المنصوص عليها شرعا وقانونا وهذا ما يعرف بالتطليق أما إذا لم تستطيع إثبات ذلك الضرر فتح لها باب افتداء نفسها من زوجها في مقابل مال تدفعه له وذلك مايعرف بالخلع.

وقد أقر المشرع الجزائري على غرار أحكام الشريعة الإسلامية طرق فك الرابطة الزوجية في المادتين (47-48) من قانون الأسرة, والطلاق حل عقد الزواج, يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53-54) من قانون الأسرة, وبهذا فانه لم يهدر حق الزوجة من التخلص من الرابطة الزوجية وأصبحت لا تطيقها بسبب إخلال الزوج بواجباته اتجاهها وتضررها من ذلك نتيجة كرهها ونفورها منه, ويكون بذلك قد فتح أمامها الباب للتخلص من عشرة زوجها وذلك باللجوء للقضاء لطلب التطليق, كما فتح لها باب الافتداء بسبب كرهيتها ونفورها من زوجها, إذ فتح لها المشرع أيضا باب الخلع لاسترجاع حريتها مقابل مبلغ من المال.

وبهذا فان كل من الخلع والتطليق يؤديان إلى حل الرابطة الزوجية, فقد تعرضنا في مذكرتنا إلى كل من التطليق والخلع وكان سبب لاختيارنا لهذا الموضوع هو ارتفاع ظاهرة الطلاق بنسبة كبيرة وكوننا في المستقبل إنشاء الله سنكون أساتدة قانون لا يمكننا المرور وعدم توقفنا على هذين الموضوعين لأنهما لهما أهمية بالغة في حياتنا, وتترتب عليهما آتارسلبية كبيرة أكثر مما هي ايجابية فهو يؤدي إلى تفكك الأسري وبتفكك الأسرة يتفكك المجتمع فالأسرة تعتبر نواة المجتمع, كوننا مسلمون يجب المحافظ علي الأسرة الإسلامية وأن نجعل الخلع والتطليق هما الوسيلتين الأخيرتين لمعالجة مشكلتنا ولقد استعملنا المنهج الوصفي والاستدلالي لكي نقف عند جميع النقاط, ورغم أن المشرع لم يهتم كثيرا بهدا الموضوع بحيث أورد مادة واحدة في كل من الخلع والتطليق مما استدعان الرجوع إلي مبادئ الفقه الإسلامي وهدا حسب المادة222 ق أ.فالخلع والتطليق هما الموضوعان اللذان سيكونان محل دراستنا باعتبارهما طريقين استثنائين من الأصل العام لحل الرابطة الزوجية.

كما أنهما يثيران إشكالات عديدة في فقه والقانون والقضاء فماهي ماهية كل من الخلع والتطليق؟ ما هي أحكام كل منهما؟ وللإجابة على هذه الإشكاليتين سنقف عند أراء كبار فقهاء في الشريعة الإسلامية المتعلقة بها و كدي ما توصل إليه الاجتهاد القضائي بشأنها وكل

ذلك ضمن مبحث تمهيدي نتعرض فيه إلى ماهية كل من الخلع والتطليق تم قسمنا عملنا إلى فصلين عنونا الفصل الأول أسباب التطليق والآثار المترتبة عنه حيث يتضمن مبحثين المبحث الأول أسباب التطليق الذي قسمناه الى ثلاثة مطالب المطلب الأول أسباب تتعلق بتخلي عن الالتزامات العائلية الزوجية المطلب الثاني أسباب لحكم بعقوبة شائنة المطلب الثالث الضرر والشقاق أما المبحث الثاني أثار التطليق وقسمناه الى ثلاثة مطالب المطلب الأول التطليق بين الطعن بالاستئناف وعدم طعن بالاستئناف المطلب الثاني ما بثبت للزوجة والمطلب الثالث ما يثبت للأولاد .

أما الفصل الثاني: شروط وأنار المترتبة عن الخلع فقسمناه الى مبحثين المبحث الأول شروط الخلع والذي يتضمن ثلاث مطالب المطلب الأول قيام رابطة الزوجية المطلب الثاني صيغ الخلع والمطلب الثالث بدل الخلع وقسمنا المبحث الثاني الى ثلاثة مطالب المطلب الأول الخلع بين الطعن بالاستئناف وعدم الطعن بالاستئناف المطلب الثاني الآثار النفسية الاجتماعية المطلب الثالث الآثار العامة .

المبحث التمهيدي:

شرع الطلاق لاستحالة تحقيق الهدف من النكاح، و نظرا لخطورته جعله بيد الزوج و في مقابل ذلك وعند تضرر الزوجة من تصرفات زوجها، فتح لها طريقان للخلاص من الرابطة الزوجية وأصبحت لا تطيقها.

أولهما: التطليق وذلك لوجود سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة لطلب التطليق.

ثانيها: الخلع الذي يوجد عند انتفاء الأسباب المسند عليها في المادة 53 من قانون الأسرة.

المطلب الأول: ماهية التطليق.

قبل التطرق إلى أسباب التطليق لا بد من التعرض إلى ماهيته وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم التطليق

1- التعريف اللغوي: التطليق مأخوذ من الفعل طلق، يطلق، طلاقا و تطليقا فهو مأخوذ من الإطلاق ومعناه الترك.[1]

2-التعريف الاصطلاحي : هو تفريق بحكم القاضي ، يمكن المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج وبناءا عن إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون، فإذا كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادتها المنفردة باعتبار العصمة في يده ، فإن حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة مقيد بحالات معينة وردت في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائرية وهذه الحالات التالية :عدم الإنفاق ، العيوب ، الهجر في المضجع ، غياب ، الضرر ، الحكم بعقوبة شائنة وارتكاب فاحشة وذلك ما سنتناوله بتفصيل في الفصل الأول وعليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء بموجب دعوة قضائية وفي حالة استجابة لطلبها تنتج عن أثار انحلال الرابطة الزوجية من عدة ،وثبوتا لنسب الأولاد وحضانتهم وغيرها من الآثار.[2]

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج واستعمل في المادة 48 مصطلح الطلاق للتعبير على كل أنواع الفرق وهذا اعتمادا على ظاهر، غير أنه إذا تعمقنا في أحكام هذه المادة نجد أن هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى تطليقا وذلك استناد إلى أحكام المادة 53 من نفس القانون و الذي جاء فيها " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق ..." مما يدل أن المشرع فرق بين مدلولي الطلاق والتطليق لاختلاف أثارها لاسميا من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما ومن حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما وهو ما سنتكلم عنه عند التطرق لأثار التطليق .

---

[1]/ ابن منظور جمال الدين أبو الفضل ،لسان العود، دار المعرف القاهرة الجزء الرابع ،ص 1283

[2]/ عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،دار الخلد من الطبعة الأولى 2007 ، ص227

الفرع الثاني: دليل مشروعيته

يعتبر الكتاب والسنة وإجماع الأدلة الأصلية لمشروعية وعليه سنتناول سند ودليل مشروعية التطليق من خلالهم فيما يأتي:

1- من الكتاب :

قوله تعالى : {وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللّهُ وَاسِعاً حَكِيماً }[3] أي وأن لم يصطلحا بل تفرقا فليحسن ظنهما بالله، فقد يقبض للرجل امرأة تقر بها عينه وللمرأة من يوسع عليها . وروي عن جعفر بن محمد أن رجلا شكا إليه الفقر ، فأمره بالنكاح فذهب الرجل وتزوج، ثم جاء إليه وشكا إليه الفقر. فأمره بالطلاق، فسئل عن هذه الآية فقال : أمرته بالطلاق فقلت : فلعله من أهل هذه الآية "وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته"[4]

و قوله تعالى: {يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً}[5]بمعنى لأجل عدتهن بأن يطلقها زوجها وهي طاهر في ظهر لم يجمعها فيه فهذا الطلاق هو الذي تكون العدة فيه واضحة بينة بخلاف ما لو طلقها وهي حائض فإنها تحتسب تلك الحيضة التي وقع فيها الطلاق وتطول عليها عدة بسبب ذلك ومدة العدة تلزم بيتها الذي طلقها زوجها وهي فيه ولا يجوز لهم الخروج منها إلا بأمر قبيح واضح موجب لإخراجها" وأن من يتعدى حدود الله " أي تجاوزها أو قصر عنها فقد ظلم نفسه

---

[3]/ سورة النساء الآية 130

[4]/ الجامع لأحكام القران ،لأبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، المجلد الثالث دار الكتب العلمية بيروت ،الطبعة الخامسة 1996، ص 262

[5]/ سورة الطلاق أية 1.

وأضاع نصيبه أي الصلاح في الدنيا والآخرة وقد شرع الله العدة وحدد الطلاق لما لحكم عظيم.[6]

ويقول أيضا في كتابه العزيز: **{الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ}**[7].حرم الله تعالى في هذه الآية ألا يأخذ إلا بعد الخوف ألا يقيم حدود الله.[8]

وبقوله : **{لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء}**[9] بمعنى لا طلب لجميع المهر بل عليكم نصف المفروض لمن فرض لها، فرفع الحرج عن المطلق في وقت التطليق و إن لم يكن في النكاح مهر قال قوم "لا جناح عليكم " معناه ألا ترسلوا الطلاق في وقت الحيض بطلان المد خول بها.[10]

من السنة :

روى حميد ابن عبد الرحمن عن أبي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:«يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين تطلق المرأة من قبل عدتها » وروى محارب بند ثار عن بن عمر أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال : « أبغض الحلال عن الله

---

[6]/ عبد الرحمن بن ناصر السعدي ، تسيير الكريم الرحمن ، مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى 1996، ص205.

[7]/ سورة البقرة الآية 229.

[8]/ الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي ،المجلد الثاني الطبعة الخامسة ص 72.

[9]/ سورة البقرة الآية 236.

[10]/ الجامع لأحكام القران ، المرجع السابق ، ص 130.

الطلاق » ويشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع ولكن بأسبابه ودواعيه[11] و روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ثلاث حدهن وهو لهن جد النكاح والطلاق والعتاق »

من الإجماع :

انعقد الإجماع من عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على جواز الفرقة، وهي محصورة أصلا ولا تباح إلا لحاجة أو لضرورة، و إباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما ذلك أن الحياة الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب ملحة.

وخلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه .[12]

الفرع الثالث : طبيعة التطليق

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

قبل التطرق إلى طبيعة التطليق لا بد لنا التعرض إلى مفهوم كل من فسخ والطلاق

الفسخ :هو نقص عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده أو بسبب طرأ خلل طرأ عليه يمنع بقاءه واستمراره.[13]

---

[11]/ أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ،دار الجامعة الحديثة 2004 ، ص20.

[12]/ محمد كمال إمام– الطلاق عند المسلمين– دراسة فقهية وقانونية– دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية, الطبعة 1997 صفحة30

[13]/ عثمان التكروري ، شرح الأحوال الشخصية ، دار الثقافة سنة 2004 ،ص171.

أما الطلاق هو انحلال رابطة الزواج الصحيح وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب.[14]

اتفق الفقهاء على أن الحياة الزوجية تنتهي بالطلاق أو بالفسخ ولكنهم اختلفوا حول ما يندرج ضمن كل منهما، كما تختلف الآثار المترتبة عنهما، فالطلاق يعد إنهاء لعقد الزواج الصحيح ،في حين الفسخ هو نقص له لخلل رافق نشوءه أو عارض طرأ على الزواج ومنع بقاءه بعد نشوءه صحيحا أو لحادث أصاب أحد الزوجين فأعطى للأخر حق طلب الفسخ، وهذا من حيث الماهية أما من حيث الأسباب فالطلاق لا يكون إلا بناء على عقد صحيح وهو من حقوق الزوج بإرادته المنفردة أما الفسخ إما أن يكون بتراضي الزوجين أو بواسطة القاضي كما يجرد بنا القول أن الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئا من المهر أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى، وإن لم يكن استحقت المتعة.[15]

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

يرى الحنابلة والشافعية أن الفرق الذي يقع بين الزوجين تعتبر طلاق إذ وقعها الزوج أو نائبه وما عدا ذلك يعتبر فسخا والفرقة التي تعد عندهم طلاقا هي:

تطليق الزوج والخلع وتطليق القاضي إن امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الإيلاء ،أما الفرق التي تعد عنهم فسخا هي:

– التفريق لعيب في أحد الزوجين أو بسبب إعسار الزوج أو فساد العقد أو لعدم كفاءة الزوج لزوجته.[16]

بينما ذهب المالكية إلى أن الفرق بين الطلاق والفسخ يكمن في السبب الموجب للفرقة، فإن كانت فرقة

---

[14]/ علي السيد الشرنباصي ،أحكام الأسرة في الإسلام, منشورات الحلبي للحقوق ،ص 07.

[15]/ وهيبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، الجزء السابع، الطبعة الأولى دار الفكر بيروت 1984 ص 513.

[16]/ وهيبة الزحيلي، مرجع سابق ص 523.

من الزواج أو من زواج صحيح وكان سببها لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين. سواء كانت من الزوج أو من يقوم مقامه، أو من قبل الزوجة أو من قبل القاضي عدت طلاق، وأما إذا كانت ناتجة عن زواج فاسد فيعد ذلك فسخا وتعد عندهم الفرقة التالية طلاق(2)

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

وما يعد عندهم فسخا:

التفريق بسبب اللعان أو بسبب فساد عقد الزواج أو بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام أما الظاهرية فيعتبرون كل فرقة تمت بين زوجين طلاقا إلا في الحالات التالية فهي فسخا: التفريق باللعان أو التفريق لاختلاف الدين.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده عرف الطلاق في المادة: 48 على أنه: حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53-54) من هذا القانون، كما أنه استعمل في نص المادة 57 مصطلح ' الطلاق ' الذي يدل على أن المشرع أخذ بالمذهب المالكي واعتبر التطليق طلاقا لا فسخ ، وقد ذكر الفسخ وأحكامه في المواد (32-33-34) من قانون الأسرة ، كما ذكر حالاته تحت عنوان النكاح فاسد وباطل.[17]

ويعاب عليه أنه خالف مفهوم البطلان في القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين (101-102) من القانون المدني وذلك عندما نص في قانون الأسرة على أن البطلان هو اختلال ركنين في العقد، ولكن يترتب البطلان في القواعد العامة باختلاف ركن واحد من أركان العقد وكيفت هذه الحالة في قانون الأسرة على أنه فسخ.[18]

---

[17]/ فصيل سعد شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق- الجزء الأول- 1985 المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ص 278.

[18]/ WWW.BM2CS.COM/VB/SHOWTHREAD.PHP?T

المطلب الثاني : ماهية الخلع

لمعرفة حقيقة الخلع لا بد من تسليط الضوء على تعريفه، ثم الحكمة ودليل من مشروعيته ولنخلص في الأخير إلى طبيعته.

الفرع الأول: تعريفه وألفاظه.

في اللغة: الخلع بالضم- والخلع- بالفتح كلاهما مصدر بمعنى النزع، غير أن الفرق بينهما غالبا: أنه إذا كان المراد النزع الحقيقي[19] يستعمل بالفتح معناه النزع والإزالة ويقال خلع فلان[20] ويقال خلع الرجل ثوبا أزاله عن بدنه ونزعه عنه ويقال خلعت النعل خلعا ونزعته ويقال: خلع الرجل امرأته وخالعت المرأة زوجها خالعة إذا افتدت منه[21] أما الخلع بضم يستعمل في الأمرين (الحسية والمعنوية) غير أنه يستعمل حقيقة في إزالة غير زوجية وقد قال الفقهاء أن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة الزوجة (أمور حسية) والخلع بالضم بالإزالة الزوجية في الأمور المعنوية[22] والزوجان كل منهما لباس لصاحبه قال تعالى " هن لباس لكم وأنتم لباس لهن "[23] وهذه استعارة تصريحية حيث شبه الساتر المعنوي بالساتر الحسي واستعير اسم المشبه به وهو اللباس للمشبه وهو أحد الزوجين، أو من باب المجاز المرسل من باب إطلاق الملزوم وهو لباس وإرادة اللازمة وهو الستر .

في الإصلاح والشرع:

الخلع في الشرع هو إزالة ملك النكاح بأحد المال أو هو إنهاء الرابطة الزوجية نظير مال تدفعه الزوجة لزوجها لتخلص نفسها مما هي فيه بلفظ الخلع[24] أو هو أن يقبل الرجل أن تخلعه زوجته مقابل عوض المال يحصل عليه.[25]

---

[19]/ أبو البصل دراسات في فقه الأسرة-دار القلم- الطبعة الأولى ص 177 سنة 2003.

[20]/ بلحاج العربي-الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-ديوان المطبوعات الجامعية – ص 260.

[21]/ علي أبو البصل -نفس المرجع- ص 112

[22]/ مصطفى شلبي-أحكام الأسرة في الإسلام-الطبعة الرابعة –دار الجامعية لبنان-1983 ص552

[23]/ سورة البقرة الآية 187

[24]/ أحمد فراج حسين ,مرجع السابق ص 110

و عرفه بعض الفقهاء هو أن يتفق الرجل و المرأة على الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها و ذلك كأن تقول الزوجة لزوجها : خالعني على صداقي أو على 5000 دينار فيقول قبلت ، تحقق الخلع . و لا فرق في إيجاب الخلع أن يكون من قبل الزوج أو من قبل الزوجة ، غير أن الفرقة لا تقع إلا بعد القبول لأن الخلع عقد على الطلاق بعوض و لا يستحق العوض بدون قبول.[26]

وقد عرفه الحنفية : هو إزالة ملك النكاح ببذل بلفظ الخلع أو في معناه أما إذا لم يكن الفراق بلفظ الخلع فإنه يكون طلاقا على مال [27]فخرج بكلمة (ملك النكاح) : الخلع في النكاح الفاسد و يعد البينونة و الردة ، فإنه لغوا ، و خرج بكلمة (المتوقف على قبولها) أي المرأة ما إذا قالت خالعتك و لم يذكر المال، ناويا به الطلاق، فإنه يقع بادئا غير مسقط للحق لعدم توقفه على قبول المرأة ، فدل القبول على أن الخلع يكون ببدل،و متى كان على بدل مالي لزم قبولها و خرج بقوله (بلفظ الخلع) : الطلاق على المال فإنه مسقط للحقوق ، أما قوله (أو ما في معناه) فيدخل فيه لفظ (المبارأة) و لفظ (البيع و الشراء) فإنه مسقط للحقوق و منها المهر.[28]

وألفاظ الخلع عندهم سبعة هي :

خالعتك–باينتك–بارأتك–فارقتك–طلقي نفسك على ألف،والبيع كبعث نفسك،الشراء كاشتري نفسك.[29]

---

[25]/ السيد سابق –فقه السنة مجلد ثاني –دار الفتح مصر – ص 191

[26]/ بلحاج العربي – مرجع سابق – صفحة 261.

[27]/ الدكتور عبد الرحمن الجز يري

[28]/ عبد القادر بن حرز الله – الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق – دار الخلدونية– الصفحة 265 لسنة 2007.

[29]/ الدكتور عبد الرحمن الجز يري – مرجع سابق – الصفحة 292.

و قد عرفه المالكية :

الخلع شرعا هو الطلاق بعوض و قد شمل الطلاق عندهم التصريح و الكناية الظاهرة أو أي لفظ آخر إذا كان بنية الطلاق فإذا قالت له زوجته طلقني على مهري أو على مئة ألف دينار مثلا فقال : طلقتك على مئة دينار لزمه طلاق بائن و لزمها العوض ، و كذا إذا أجابها بكناية ظاهرة فإنه يقع الطلاق البائن و كذا إذا أجابها بأي لفظ ناويا به الطلاق البائن و بالتالي فالخلع عند المالكية يشمل فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بعوض أو عبر العوض .

و هذا فقد عرفه بعضهم بأنه عقد معاوضة على البضع تملك الزوجة به نفسها و يملك به الزواج بعوض.[30]

ويدل تعريف المالكية أن الخلع نوعان:

الأول: هو الغالب ما كان في نظير عوض

الثاني: ما وقع بلفظ الخلع ، و لو لم يكن في نظير شيء كأن يقول لها خالعتك أو أنت مخالعة. و بعبارة أخرى هو أن تبدل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقا لها ، فتقع به طلقة بائنة.[31]

و عرفه الشافعية : الخلع شرعا هو لفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض ويكون بكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق البائن

وعرفه الحنافية :هو فراق الزوج عن إمرأته بعوض يأخذه الزوج من أو امرأته غيرها بألفاظ مخصوصة، وهذه الألفاظ تنقسم إلى قسمين :

أولا : الألفاظ الصريحة في الخلع هي : خلعت ،فسخت ،فاديت ،فهذه الألفاظ إذا استعملها الزوج المتوفر فيه الشروط الآتية مع ذكر العوض لو كان العوض مجهولا وقبلت الزوجة صح الخلع وترتب عليه فك الرابطة الزوجية.

ثانيا :ألفاظ الكناية في الخلع تنقسم إلى ثلاثة ألفاظ هي :

---

[30]/ عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق ، ص392

[31]/ عبد القادر بن حرز الله ،مرجع سابق ،ص 265

باريتك ،أبرأتك،أبنتك فهذه الثلاثة يصح بها الخلع بالنية أي ينوي الزوج الخلع أو دلالة الحال فأما الحال فهي يذكر العوض وان يكون الخلع إجابة لها عن سؤالها فالخلع بألفاظ الخلع صريحة كانت أو كناية فسخ بائن والخلع بألفاظ الطلاق صريحة كانت أو كناية طلاق بائن بنقص عدة الطلاق بشرط النية.[32]

الخلع في الشريعة الإسلامية هو إزالة عقدة النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو في معناه ولقد عرفه خليل في مختصره الخلع بأنه :الطلاق بعوض " وقد عرف ابن حزم الظاهري الخلع هو افتداء إذا كرهت المرأة زوجها فيخاف أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها ،فلا يوفيها حقها فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي وإنما يجوز تراضيهما وقد عرف الدكتور عبد الرحمان الصابوني "أن الخلع هو إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها مهرا ".[33]

تعريف قانوني: و لقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة حيث جاء فيها "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم " و عليه يمكن للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع و يكون هذا عن طريق اتفاق الرجل و المرأة على الطلاق لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها و لا يتطلب هذا النوع من الطلاق شكلا خاصا و لا شكلية معينة و إنما يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق و المرأة محلا له و اتفاقهما على الطلاق الرضائي مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها من أجل أن يطلقها دون نزاع و لا مخاصمة و لقد خصص القانون المغربي خمس مواد في حين سكت القانون التونسي عن ذكره.[34]

---

[32]/ عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق ، ص294

[33]/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص262.

[34]/ عمر زرورة،طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيه ، دار النشر أنسكلوبيديا سنة 2003 ،ص 56 .

الفرع الثاني: دليل مشروعيته

إن قضية الخلع من القضايا التي ظهرت أدلتها جلية واضحة من خلال ما جاء في شأنها من آيات القرآن الكريم ، و من الأحاديث النبوية الصحيحة الصريحة فضلا عن تحقق الإجماع فيها[35] و منطق العقل تدل صراحة على جواز و إباحة الخلع لما فيه من مصلحة معتبرة للزوجين ، وإذا وجد الخلاف بين الزوجين

وأصبحت الحياة بينهما جحيما لا تطاق،[36] و سنبين هذه الأدلة كما يلي:

1/ من الكتاب:فقوله تعالى: {الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ}[37] فهذه الآية الكريمة ذات الحكم الواضح أباحت للزوجة متى خشيت ألا يقيم حدود الله تعالى أن تفتد نفسها بما تقدمه لزوجها مقابل طلاقها خلعا ، و في المقابل أباحت الآية الكريمة للزوج قبول هذا المال كعوض عن إيقاع الطلاق الذي لا يريده ولم يسعى إليه أو يتسبب فيه .

ما المقصود بحدود الله ؟هي ما حد الله وفرضه على الزوجين من واجبات وأمر كلا منهما بالقوة عنده وعدم مجاوزته فمن الحقوق التي أمر بها الزوجة طاعة زوجها فيما يريده من استمتاع ومنها إخلاص والمودة إخلاصا تاما فلا يحل لها أن يكون جسمها مع زوجها وقلبها مع الغير ، ومنها أن يقوم بكل ما يصلح الأسرة ، فلا يحل لها أن ترهقه بالإنفاق فيختل نظام الأسرة وسوء حالة المعيشة ومنها عدم خيانة بالمحافظة على ماله وعرضه وأولاده.[38]

2/من السنة: تعد شكوى زوجة ثابت بن قيس بن شماس للرسول عليه الصلاة والسلام هي مناسبة تقرير نظام الخلع شرعا ما رواه البخاري حيث ابن عباس: " أن امرأة ثابت بن قيس

---

[35]/ يوسف عبد الرحمن الفرن – قضايا في قضية معاصرة – دار الفكر العربي – الطبعة الأولى – صفحة 38 لسنة 2004

[36] / الدكتور علي أبو البصل – مرجع سابق – صفحة 118.

[37]/ سورة البقرة الآية 229 .

[38]/ يوسف عبد الرحمن الفرن– مرجع سابق ص 84.

أتت النبي صل الله عليه وسلم _ فقالت : يا رسول الله ثابت لبن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله_ صل الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله صل الله عليه وسلم: " اقبل الحديقة وطلقها تطليقه") رواه البخاري **25273** ويقال أنها كانت تبغضه أشد البغض ، وكان يحبها أشد الحب ، ففرق رسول الله صل الله عليه وسلم بينهما بطريق الخلع، فكان أول خلع في الإسلام وقال ابن حجر في شرح الحديث: قولها ولكني أكره الكفر في الإسلام، أي أكره إن قمت عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر، ويحتمل أن تريد بالكفر كفران العشيرة، إذ هو تقصير المرأة في حق الزوج.

وقال الطيبي: المعنى أخاف على نفسي في الإسلام ما ينافي في حكمة من نشوز وكفر وعند، مما يتوقع من الشابة الجميلة المبغضة لزوجها، إذا كان بالضد منها، فأطلقت على ما ينافي في مقتضى الإسلام الكفر.[39]

3/ من الإجماع:

ولا ريب في أن الإجماع متحقق في هذه المسالة التي وردت فيها نصوص من القرآن والسنة الصحيحة، لم يثبت وجود اختلاف بينهما على شرعيته وقد جاء في تفسير القرطبي أن الحديث السابق أصل في الخلع، وعليه جمهور الفقهاء أن مالكا قال " لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا وهو أن الرجل إذ لم يضر المرأة ولم يسئ إليها ولم تؤت من قبله، وأحبت فراقه فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت ابن قيس ".

وقال ابن قدامه :" وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام، قال ابن عبد البر: " ولا يعلم أحد مخالفة إلا بكر بن عبد الله المزني، فإنه لم يجزه وزعم أن آية الخلع منسوخة في قوله في سورة

[39]/ السيد سابق المرجع السابق ص 200 .

النساء:" وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وأتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا".

والقول بجواز الخلع هو قول عمر، وعلي وعثمان وغيرهم من الصحابة لم نعرف في عصرهم مخالفا، فيكون إجماعا.

وقد رد الطبري والنحاس وابن قدامه وابن حجر وغيرهم رأي بكر المزني التابعي وادعائه نسخ آية الخلع، لأن دعوى النسخ لا تسمح حتى يثبت بعذر الجمع، وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك وبالتالي فالآية محكمة والقول بنسخها لا يصح، وإن جواز الخلع مجمع عليه.[40]

أما المشرع الجزائري فبين مشروعية الخلع في مادته 54 من قانون الأسرة سالفة الذكر.

الفرع الثالث:طبيعة الخلع

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة الخلع من حيث كونه فسخا أو طلاقا وقد نجم عن هذا الاختلاف عدة أراء.

يرى الحنيفة أن الخلع جائز وهو تطليقه بائنة[41] وحجتهم في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديثه "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" لأن النكاح بعد تمامه لا تحل الفسخ ما دام قد نشأ صحيحا وأن الخلع لا يكوم إلا بعد تمام العقد ،فيكون الخلع عبارة عن رفع العقد في حال مجاز ، واعتبروه طلاقا بائحا حتى ولو بطل الخلع ، وأضافوا أنه إذا خالع الزوج زوجته بعد أن طلقها وهي في العدة فإن الخلع لا يصح ، أما إذا طلقها طلاقا رجعيا في العدة على مال فإن الخلع يصح ويلزم المال لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح .

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

---

[40]/ يوسف عبد الرحمن الفرن _ المرجع السابق ص 84-85.

[41]/ يوسف عبد الرحمن الفرن، مرجع سابق ،ص91.

أما الحنابلة قالوا أن الخلع فسخا لا طلاقا ، فلا ينقص عدد الطلاقات ما لم يكن بلفظ الطلاق أو ينوي به الطلاق .

أما المالكية فقالوا أن الخلع طلاق بعوض وتعريف الطلاق عندهم يشمل الطلاق بأنواعه وهو الصريح والكناية الظاهرة أو أي لفظ أخر بنية الطلاق[42] في حين ذهب البعض الأخر إلى اعتبار الخلع طلاقا رجعيا ، وهو رأي الظاهرية فيؤكد ابن حزم أن الطلاق البائن الذي لا رجعية فيه وهو الطلاق الثالث أو قبل الدخول فقط وما سواهما فهو طلاق رجعي.[43]

وفي الأخير ثبت بالنص والإجماع أنه لرجعية في الخلع ، وثبت بالسنة وأقوال الصحابة أن العدة فيه حيضة واحدة وثبت بالنص جوازه بعد طلقتين ، وقوع ثالثة بعدها وهذا ظاهر جدا لكونه ليس بطلاق.[44]

أما موقف المشرع الجزائري فإنه اعتبره طلاق ويحسب ضمن عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ ذلك لأن انحلال الرابطة الزوجية ثارة يكون طلاق وثارة يكون فسخ .

والطلاق هو حل العصمة الزوجية بلفظ الطلاق الصريح أو الكناية. وقد ساير مشرعنا موقف جمهور العلماء من حكم الخلع واعتبره طلاقا ، وبالرجوع إلى موضع النصوص المتعلقة بالفسخ نجده أورد أحكامه في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة المعنون "بالزواج" في المواد 32 وما بعده.[45] بينما أوردت أحكام الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون "بانحلال الزواج" فقد أوردت حكم الخلع في المادة 54 من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق فيكون المشرع الجزائري قد اتجه إلى اعتبار الخلع طلاقا يكون في ذلك مصيبا لأن فسخ سببه وجود عيب يشوب العقد بينما الخلع يرد على علاقة زوجيه صحيحة لا يشوبها

---

[42]/ الدكتور عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق ،ص318.

[43]/ الأستاذ عمر زودة ، مرجع سابق ،ص 61.

[44]/ الدكتور سيد سابق ، مرجع سابق ،ص261.

[45]/ بلحاج العربي ، مرجع سابق ،ص246.

أي عارض يعيب العقد وإنما نتيجة ظروف وعناصر خارجة عنه مست العلاقة الزوجية والتي لا يمكن حلها إلا بالطلاق .

ولقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الموقف حيث جاء القرار المؤرخ في 05 فبراير 1969 بما يلي "لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح "وفي هذا الشأن يقول بعض العلماء "لا يقع الطلاق على المرأة المتزوجة بعقد زواج فاسد لأن الطلاق إنهاء لعقد الزواج الصحيح وعليه فلا طلاق في عقد زواج فاسد بل يجب التفريق حالا بين الزوجين وفسخ العقد بقوة القانون سواء كان هذا الفسخ بسبب وجود حرمة مؤبدة أو غير مؤبدة أم اختلاف في أركانه الأساسية طبقا للمواد (31-32-94) من قانون الأسرة.[46]

وقد يتم الخلع طبقا لإرادة الزوجة وحدها ولكن هذه الإرادة لا تستطيع أن ترتب الأثر وإذ كان يكفي في طلاق أن يعبر الزوج عن إرادته في الشكل المقرر قانونا ،فبحدث الأثر القانوني وهو إنهاء عقد الزواج في حين إنهاء المركز القانوني للزوجين بواسطة الفسخ يتم بصورتين.[47]

الصورة الأولى:يجب أن تجمع إرادة الزوجين

أما الصورة الثانية: فيجب أن تجمع إرادة الزوجة والقاضي حيث تحل إرادة القاضي محل إرادة الزوج وبهذا الحلول يحدث الأثر فيترتب عليه انقضاء المركز القانوني وطبقيا للمعيار الذي اعتمد ناه فإن الفرقة الناجمة عن الخلع تدخل تحت نظام الفسخ.[48]

وقد حسم المشرع الجزائري كما رأيناه الخلاف القائم بين فقهاء الشريعة الإسلامية بحيث لا يعتمد بأية فرقة مهما كان سببها ، ما لم تصدر عن القاضي والقاضي فتصدر عنه أعمال قضائية وقد تصدر عنه أعمال ولائية وقد تصدر عنه أخيرا أعمال إدارية .

---

[46]/ بلحاج العربي ، مرجع سابق ،ص247.

[47]/ عمر زوده، مرجع سابق ، ص 62.

[48]/ عمر زودة ، مرجع سابق ، ص 63.

الفصل الأول: أسباب التطبيق والآثار المترتبة عنه

أن الزوج وبحكم مسؤولية الأسرية ،تقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات المادية المعنوية حتى يتحقق مقاصد الحياة الزوجية ماديا بالإنفاق على زوجته ومعنويا بعفافها وعدم الغياب عنها لان تواجده مطلب ضروري له أثر على كيان الحياة الزوجية فإذا أخل الزوج بهذه الالتزامات أو تضررت الزوجة من جراء ذلك فلها الحق في أن ترفع أمرها للقاضي لطلب التطليق .

فالتطليق ينهي العلاقة الزوجية بطلب من الزوجة وبإرادتها المنفردة ولأسباب عددها المشرع وهذا في المادة 53 من قانون الأسرة وبهذا سنتناول مسألة التطليق في مبحثين المبحث الأول أسباب التي تخول للزوجة طلب التطليق ومبحث الثاني الآثار المترتبة عنه.

المبحث الثاني: أسباب التطليق

إن التفريق القضائي يختلف عن الطلاق من حيث أن الطلاق يقع باختيار الزوج و إرادته، أما التفريق بحكم القاضي لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج إلا إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع

و قد نص المشرع الجزائري على الطلاق بطلب من الزوجة أو التطليق بناءا على إرادتها المنفردة judiciare divorce و انطلاقا من المادتين 53،48 من ق.أ اشترط القانون الجزائري في هذا النوع من التطليق أن يتم بطلب من الزوجة و أمام القضاء في المحكمة و قد أوردت المادة 53 من ق.أ ، أسباب طلب الزوجة الطلاق على سبيل الحصر[49] حيث نصت على مايلي : "يجوز للزوجة أم تطلب التطليق للأسباب التالية :

1- التطليق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوده ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78.79.80 ، من هذا القانون

2 – العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8.

7- ارتكاب فاحشة مبينة

8- الشقاق المستمر بين الزوجين

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

[49]/ الدكتور عبد القادر بن حرز الله – المرجع السابق – ص 277.

10- كل مزر معتبر شرعا.

و لمعرفة هذه الأسباب بنوع من التفصيل ضمن ثلاث مطالب ، نتطرق في المطلب الأول إلى الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية و العائلية ، و المطلب الثاني إلى الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقبا عليها جزائيا و في الأخير إلى التطليق بسبب الضرر و الشقاق على النحو التالي :

المطلب الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية و العائلية

معنى هذا أن الزوج يترتب عنه عدد من الواجبات و تخلي الزوج عنها دون سب جدي أو شرعي يؤدي بالزوجة إلى طلب التطليق و ذلك لإضرار بكيان الأسرة كامتناع عن أداء النفقة بكل مشتملاتها ، أو هجر زوجة في مضجع أو ترك مقر الزوجية فهل هذه أسباب كافية لطلب الزوجة التطليق ؟

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

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق

قبل التعرض إلى التطليق لعدم الإنفاق يجب التطرق إلى تعريف النفقة أولا.

النفقة لغة : مشتقة من النفوق (بضم النون) أي الهلاك أو من النفاق أي الزواج.[50]

أما اصطلاحا: إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته و سمى المال الذي يصرفه الإنسان على غيره نفقة لما في ذلك هلاك المال.[51]

---

[50]/ ابن منظور جمال الدين أبو الفضل – لسان العرب – دار المعارف – القاهرة الجزء 6 – ص 07 - 45

[51]/ بدران أبو العينين – الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة و المذهب الجعفري و القانون – الجزء الأول – الزواج الطلاق – دار الطباعة بيروت – لبنان – ص 295

إن النفقة حق للزوجة يثبت لها بعقد الزواج الصحيح و يسقط بالنشور وينتهي بانفصام العلاقة الزوجية فإذا امتنع الزوج عنها تعسفا أو إعسارا فهل يمكن لها أن تطلب التطليق؟ سوف نتعرض لكلا من موقف الفقهي و التشريعي من التطليق بسبب عدم الإنفاق.[52]

الموقف الفقهي:

نفقة الزوجة واجبة بلا خلاف و هي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح و لكن الزوج قد يمتنع عن أداء واجبه و بهذا الشأن اختلف الفقهاء ما إذا كان عدم الإنفاق سببا لطلب الزوجة التطليق أم لا بحيث ظهرت في آراء

الرأي الأول:

قادة هذا الرأي هم الأحناف بحيث ليس في مذهبهم ما يجيز تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتها أو لامتناعه عنها حتى لو لم يكن له مال ظاهر استند برأيهم من قوله تعالى : {لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً}[53]

الرأي الثاني:

يرى الأئمة الثلاثة : ملك و الشافعي و أحمد مع خلاف في التفصيل أن للزوجة حق طلب التفريق لعدم الإنفاق و على القاضي أن يجيب إلى طلب الزوجة بتطليقها إذا أثبتت له ذلك و استندوا لقوله تعالى:{ فإمساك بمعروف أو تسريح بالإحسان}[54] فليس من الإمساك

---

[52]/ محمد كمال الدين إمام – مرجع سابق ص 116.

[53]/ سورة الطلاق الآية 07.

[54]/ سورة البقرة الآية 299.

بمعروف أن تزعم المرأة على البقاء مع زوج لا ينفق عليها ، فيجب الأخذ بالتسريح بالإحسان و هو إجازة للتفريق[55]

الرأي الثالث:

خلاصته التفريق بين المرأة التي عدد بها الزوج فلما طلب التفريق أما إذا انتفى الغرر فليس لها هذا الحق، وقد ذهب إلى ذلك الإمام ابن القيم الجوزية من فقهاء الحنابلة[56]

الموقف التشريعي:

لقد أباح المشرع الجزائري الزوجة حق طلب التطليق للعيوب إلا أنه لم يعرف المقصود بالعيب ولم يبين نوعه، أهو جنسي أو غير ذلك بل وصفه بأنه كل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، واعتمد بذلك عبارة فضفاضة وعامة وردت في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة دون أن يذكر أي عيب من العيوب ولو على سبيل المثال واكتفى باعتماد معيار موضوعي لتحديدها وهوان تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج[57] وحسنا ما فعل المشرع باعتبار العيوب والعلل والأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة ومتنوعة ومن الصعب حصرها، ويخرج من عدادها حسب مفهومه- كل ما لم يكن عائق في تحقيق أغراضه سواء كان العيب عقليا أو ماديا.

---

[55]/ محمد كمال الدين- مرجع السابق ص 120

[56]/ محمد كمال الدين- نفس المرجع ص 122.

[57]/ الأستاذ فضيل سعد- المرجع السابق ص 275 .

وانطلاقا من نص المادة 1/53 من قانون الأسرة فإن شروط التطليق لعدم الإنفاق هي كالتالي:

1- امتناع الزوج من النفقة الزوجية عمدا أو قصدا، أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل المطالبة بالنفقة، وصدور الحكم من المحكمة يلزمه بذلك، ولكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم وأصدر على عدم الإنفاق.

2- أن لا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، لأن الزوج لا يخلو من أن يكون موسرا أو معسرا، فإن كان معسرا، فلا ظلم لها ولا اعتداءا منه، لأن العسر بيد الله، فلا يطلق عليه القاضي للعسر، أما إذا كان موسرا وله مال ظاهر وادعى العجز فالأمر يختلف ويجب على المحكمة النظر فيه.[58]

3- ألا تكون عالمة بإعساره وفقره وقت الزواج، فإن كانت عالمة بحالته المالية سقط حقها في التطليق لعدم الإنفاق بسبب رضائها بحاله، ويقع عبء الإثبات هنا على عاتق الزوج كافة وسائل الإثبات.[59]

أما إن استطاعت الزوجة أن تثبت حالة تعزيز الزوج أثناء عقد الزواج بحيث انه تظاهر أنه غني ،والحالة أنه فقير أو أن عسره بعد زواجها وأنه عمدي أو أصر الزوج على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال .

ومن هنا المقصود من الأحكام الواردة في المادة 1/53 من قانون الأسرة هو عدم الإنفاق العمدي و انقطاع الزوج نهائيا عن أداتها بكل مشملاتها[60] حيث نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة "بأنه تشمل النفقة الغذاء ،الكسوة، العلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر

---

[58]/ بلحاج العربي –مرجع السابق ص 275

[59]/ عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري – الطبعة الثالثة, دار الثقافة للنشر والتوزيع الجزائر ص 272.

[60]/ بلحاج العربي ،المرجع سابق ،ص 278 .

من الضروريات في العرف والعادة " ولقد أحسن المشرع صنعا عندما نص على أنه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ،في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزوج بلا إسراف وتقصير.[61]

أما تاريخ استحقاق النفقة نص عليها المشرع في المادة 80 ق.أ.ج بأنه"تسحق النفقة من تاريخ رفع الدعوة وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيت لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى "

ويتضح من خلال هذه المادة أن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوة وتسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل الدعوى كقاعدة ن ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما منع القاضي من الحكم للزوجة بكل ما تطلبه من نفقة متراكمة عن مدة سابقة ،بل يجب إن يحكم لها بما تستحقه هي و أولادها في حدود ما بعد رفع الدعوة إلا انه يرد عليها استثناءان هما:

- إمكانية الحكم بنفقة مستقلة لما بعد صدور الحكم بالطلاق وإسناد حضانة الأولاد للمطلقة.
- إثبات عدم الإنفاق بكل الوسائل.[62]

وإن تحققت شروط وجوب النفقة استحقت الزوجة النفقة على زوجها بالتراضي ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء كما تجوز المقاصة، فإذا كان للزوج دين ثابت على زوجته جاز أن يطلب منها إسقاط ما يقابل دبة من النفقة المفروضة.[63]

---

[61]/ بدران أبو العينين ،المرجع سابق ،ص 244.

[62]/ عبد العزيز سعد ،المرجع سابق ،ص229

[63]/ بلحاج العربي – الرجع السابق – ص 112

المطلب الثاني: التطليق للعيوب

يجب التطرق إلى معنى العيب أولا جاء معنى العيب في لسان العرب : ألعاب و العيب و العيبة ، الوصمة و عاب الشيء و الحائط صار ذا عيب و عيبه تعييبه نسبة إلى العيب و جعله ذا عيب.[64]

و جاء في قاموس المحيط : عاب لازم معتد ، وهو معيب و معيوب .

و العيب هو ما وصفه المشرع الجزائري بالعيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج (المادة 53 الفقرة 2 من ق.أ.ج)و بذلك يخرج من عداد العيوب كل ما لم يكن عائقا على أعراضه سواء كان العيب قلي (معنويا) أو ماديا (جسميا)[65] كما هو نقصان بدني أو عقلي في الزوج بمنح من تحصيل مقاصد الزواج و التمتع بالحياة الزوجية الأمر الذي أعطى معه للمرأة حق طلب التطليق.[66]

أنواع العيوب : إن العيوب التي تصيب الإنسان متنوعة و مختلفة قد تكون جنسية أو غير جنسية بل هي عيوب مرضية أخرى ، فالعيوب الجنسية هي التي تصيب الأعضاء التناسلية لكل من الرجل و المرأة و تسبب عائقا في منع المعاشرة الجنسية و لكل جنس عيوبه الخاصة به ، فعيوب الرجل مثل الجب و العنة و الخصاء .

فالجب هو إستئصال عضو التناسل للرجل ، العنة :صغر الذكر بحيث يتأتى منه الجماع و لا يقدر على المباشرة الجنسية ، الخصاء: سبل الخصيتين أي استئصال الخصيتين

أما عيوب المرأة فهي الرتق و القرن و العفن و الإفضاء و البخر ، فيعنى بالرتق : هو انسداد ملك الذكر في الفرج ، القرن : شيء يبرز في فرج المرأة لحما كان أو عظما و العفن : رغوة في الفرج ، الإفضاء : اختلاط مسلك الذكر بمسلك البول.[67]

---

[64]/ ابن منظور جمال الدين أبو الفضل – مرجع سابق – ص 3183-3184.

[65]/ فضيل سعد – مرجع سابق – ص 275

[66]/ عمر عيسى الفقيهي – التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين, المكتب الفني للموسوعة فنية سنة 1998- ص 38.

[67]/ بدران أبو العينين – مرجع سابق- ص 436.

في حين يشترك الجنسان في عيوب مرضية ، قد تصيب المرأة أو الرجل مثل الجنون و الجدام و البرص و الأمور المعدية الأخرى ، فالجدام : داء ينقطع منه اللحم و يتساقط ، أما البرص : بياض يظهر في ظاهر الجسد (فساد الدم)[68] و هذا ما سنتطرق إليه بنوع من التفصيل متعرضين لموقف الفقهي و التشريعي .

الموقف الفقهي : لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى إحراز التفريق بين الزوجين بالعيوب ، و إن اختلفوا في موضعين ، في العدد الموجب للتفريق و من يملك هذا الحق بينهما و بمعنى آخر ما هي العيوب التي تثبت بما حق طلب التفريق ، و هل يثبت الحق لكل من الزوجين أم للزوجة فقط.[69]

للفقهاء أراء في جواز التفريق للعيب

رأي الظاهرية :

قالوا لا يجوز التفريق بأي عيب كان سواء في الزوج أو الزوجة و لا مانع من تطليق الزوج الزوجة إن شاء إذا لم يصح في الفسخ للعيب دليل في القرآن و السنة أولا ثم من الصحابة .

رأي الحنفية :

اتفق علماء الحنفية على أنه لا خيار للزوج في فسخ الزواج بسب عيوب الزوجة مطلقا، و اختلفوا في الخيار بعيوب الزوج ، فقال "أبو حنيفة و أبو يوسف" لا فسخ إلا لعيوب التناسلية الثلاث و هي الحب ، العنة و الخصاء لأنها غير قابلة للزوال ، فالضرر فيها دائم و لا يتحقق معها المقصود الأصلي للزواج.[70]

و شروطهم في ذلك :

- ألا يكون الزوج قد وصل إلى الزوجة ، فإن وصل إليها ولو مرة واحدة في العمر لم يثبت لها حق التطليق .

---

[68]/ عبد القادر حرز الله – مرجع سابق- ص 278.

[69]/ وهبة الزحيلي-مرجع السابق ،ص516.

[70]/ الدكتور رمضان علي السيد – مرجع سابق ص 339

– ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت النكاح ، فإذا كانت على علم به لم يثبت لها حق طلب التطليق.

– ألا ترضى بالعيب بعد علمها به ، فإذا علمت و رضيت ليس لها طلب التطليق بشرط أن تعلن رضاها صراحة ،ى فالسكوت هنا لا يعبر عن رضاها .

– ألا يكون في الزوجة عيب مانع من الاتصال الجنسي فإن كان بها عيب فلا يحق لها في طلب التفريق لأن الأضرار هنا غير متوافر باعتباره أساسا الطلب ذلك.[71]

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

أما المالكية فقد اعتبروا التفريق للعيوب طلاقا لا فسخا و وافق الإمامين أحمد و الشافعي في تلك العيوب ، غير أنهم زادو ا عيوب أخرى في كتبهم مفصلة.[72]

أما الإمامية فقد ذهبوا إلى تعداد العيوب بإحدى عشر عيبا ، أربعة في الرجل و هي الجنون و الخصاء و العنة و الجب ، و سبعة في المرأة هي : الجنون ، الجدام ، البرص ، الاخصاء ، العمى و المرج .

و قال بن قيم الجوزية في زاد الميعاد : " إن القياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه و لا يحقق مقصود النكاح يوجب الخيار".[73]

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

---

[71]/ الدكتور أحمد كمال إمام –كمرجع سابق ص 109

[72]/ الأستاذ عبد الكريم شهيون – مدونة الأحوال الشخصية المغربية – الجزء الأول – الطبعة الثانية –دار النشر المعرفة – الرباط – ص 227، 228.

[73]/ الأستاذ عبد الكريم شهيون – نفس المرجع.ص228

الموقف التشريعي :

لقد أباح المشرع الجزائري الزوجة حق طلب التطليق لعيوب ، إلا أنه لم يعرف المقصود بالعيب و لم يبين نوعه ، أهو عيب جنسي أو غير ذلك ، بل وصفه بأنه كل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، واعتمد بذلك على عبارة عامة و ردت في الفقرة الثانية في المادة 53 من قانون الأسرة دون أن يذكر أي عيب من العيوب و لو على سبيل المثال واكتفى باعتماد معيار موضوعي لتحديدها و هو أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج[74] و حسنا ما فعل المشرع باعتبار العيوب و العلل و الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة و متنوعة و من الصعب حصرها ، ويخرج من عدادها – حسب مفهومه– كل ما لم يكن عائق في تحقيق أغراضه سواء كان العيب عقليا أو ماديا وعليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا بزوجها لم يكن معلوما قبل الزواج أو أطلعت على مرض أصابه بعد الزواج من شأنه الحيلولة دون ممارسته العلاقات الجنسية مثل الخصاء و العنة أو من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد مثل مرض العقم أو من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها و الاشمئزاز منه و اللحاق منه الأذى ، وخطورة تصرفاته مثل أمراض الجذام و البرص و غيرها من الأمراض الخطيرة المعدية و الدائمة كالجنون و الصرع المستمر فإنه من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بالتوجه إلى القضاء لطلب التطليق من زوجها المريض.[75]

---

[74]/) فضيل سعد–كمرجع سابق– ص275 ، 276

[75]/ فضيل سعد – نفس المرجع –ص 261.

موقف المشرع الجزائري:

لقد أخذ المشرع بجواز التطليق للعيوب ، حسب ما يتضح من المادة 2153 حيث أعطى للزوجة حق طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج أخذا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، بجواز التفريق للعيوب شريطة توافر جملة من الشروط التالية:

1- أن يكون العيب في الزواج

2- أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

3- أن يكون العيب من العيوب المستمرة الدائمة التي لا يتوقع الشفاء منها

4- أن تقوم الزوجة برفع دعوى تطليقها إلى القاضي

5- أن القاضي لا يحكم بتطليقها إلا بعد التأكيد من صحة دعواها التي يثبتها بمختلف الوسائل.[76]

و قد ذهبت المحكمة العليا في عدة أحكام لها إلى ذلك منها في هذا الإطار صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 16-02-1999 جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ، و متى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينجب طيلة هذه المدة مما أدى بالزوجة أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب ، و عليه فإن القضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن ".[77]

إن طلب الزوجة التطليق بسبب عيب في زوجها واستجابة القاضي لها معلقات على كون العيب ناتجا عن مرض مستمر و دائم لا يتوقع شفاؤه ، أما إذا كان مرضه من الأمراض التي يمكن علاجها و الشفاء منها خلال أجل يراه الأطباء معقولا لا يتجاوز الشهور فإنه يكون على الزوجة أن تصبر مع زوجها وإذا تقدمت بطلب التطليق فإنه على المحكمة أن تمهله أجلا

---

[76]/ عبد العزيز سعد – مرجع سابق – ص 260.

[77]/ عبد العزيز سعد – نفس المرجع – ص 261..

لمواصلة العلاج أملا في شفائه ، كما يمكن تمديده مرة أو مرتين وعند اليأس يحكم لها بالتطليق من الزوج التحليل .

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

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

1- أن ترفع دعوى التطليق

2- أن يتأكد وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء أو بأية وسيلة أخرى كالإقرار دون أن يرتبط ذلك بزمن معين[78]

و هذا الموقف أسلم من اعتبارها راضية ضمنا لأن مجرد رفع الدعوى يعتبر رفضا و متى حصل ذلك كان البقاء بعده ضررا وجب رفعه ، و بالتالي الاستجابة لطلبها ، فإن تنازلت عنه صراحة أمام القضاء فلا يحق لها أن تطلب التطليق لنفس العيب مرة أخرى إلا لسبب آخر غير العيب الذي تنازلت عنه لأن مدة سكوتها قد تتطلبها طبيعة المرض كما لو كان الضن يغلب على شفائه منه فانتظرته[79] إلا أنه يؤاخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد صراحة مهلة معينة بصحتها للزوج المصاب من أجل العلاج.

---

[78]/ عبد العزيز سعد – كمرجع سابق – ص276 ، 277..

[79]/ د/فضيل سعد- المرجع السابق – ص 277.

وهذا يلاحظ عمليا أنه إذا وجد عيب بالزواج وطلبت على إثره الزوجة التطليق فإن القاضي يؤجل الحكم بالتطليق إلى مدة معينة معلومة لا تتجاوز السنة، إذ جاء فيه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1981/11/19 تحت رقم 437841 حتى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وإن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها، وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه، حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية.[80]

[80]/ القرار الصادر بتاريخ 1981/11/19 – غرفة الأحوال الشخصية– المجلة القضائية لسنة 1989

المطلب الثالث: الهجر في المضجع

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين حل الزوجة والمقاربة بينهما وما يقتضيه الطابع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج وقد قال الله تعالى: { والذين هم لفروجهم حافظون}[81] ومقتضى هذه الآية أن لكل الزوجين حق الاستمتاع بالآخر وعدم الامتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي.[82]

فإذا نشزت الزوجة وعصت زوجها، حال له الحق في تأديبها إذا استوجب ذلك مصداقا لقوله تعالى: { الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبير}.[83]

والهجر في المضجع نوع من أنواع التأديب التي يملكها الزوج على زوجته، وهو أن يناما معا في نفس الفراش ولكن يدليها ظهره، ويمتنع عن تحقيق رغبتها الجنسية هو المقصود بالآية الكريمة سابقة الذكر.

إلا أنه اتفق الفقهاء على عدم شرعية الهجر عن قصد وبدون سبب شرعي، ولنا مدة تريد عن أربع أشهر كاملة فإذا أساء الزوج استعماله حق التأديب عن طريق الهجر في المضجع فلزوجته أن تطلب التطليق للضرر الذي يلحقها من جراء هجره إياه و لقد نص المشرع الجزائري انطلاقا من هذه المبادئ الفقهية في المادة 3/53 من قانون الأسرة بأنه يجوز للزوجة طلب التطليق عند هجر في المضجع فوق أربع أشهر وعليه وعليه يشترط في الهجر في المضجع كمبرر قانوني يخول الزوجة حق التطليق ثلاثة شروط:

---

[81]/ سورة المؤمنين الآية 5.

[82]/ الأستاذ عبد الكريم شهيون – مرجع سابق- ص 243 .

[83]/ سورة النساء الآية 34.

1- هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجة، الإعراض عنها وعدم قرانها

2- أن يكون هذا الهجر عمديا ، ومقصود لذاته، و ليس له ما يبرره من الناحيتين الشرعية أو القانونية و هو ما يسمى بالهجر غير المشروع الذي يتجاوز حدود الحق.

3- أن يتجاوز الأربعة أشهر متتالية و ألا يقع أي اتصال بينهما بين شهر و آخر و هذا ما يدل على أن الهجر ليس هدفه الأصلح لأنه هذه المدة فقد التهديب بمفهومه الإنساني كوسيلة من وسائل التأديب و التهديب ، لتقويم سلوك الزوجة و إعادتها لرشدها محافظة على الحياة الزوجية من التدهور و الانحلال .

أما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو الخدمة العسكرية ، أو في مكان آخر من أجل القيام بوظيفته أم كان الهجر تعبير عن غضب الزوج من سلوك زوجته الطائش، كذا إذا كان الهجر لا يتجاوز الأربعة أشهر و لو بيوم واحد أو كان لعدة أيام و في أوقات مختلفة و متفرقة لا يجوز للمحكمة أن تطلب بحكم تطليقها في محل هذه الحالات ، لأن الهجر شرعي لأسباب معقولة .

إن المشرع الجزائري لم يودع نصا يتعلق بالإيلاء الذي يتفق في الأحكام مع الهجر في المضجع أي في ترك قربان الزوجة و ترك وطئها و جماعها ، و لمدة أربعة أشهر فأكثر على رأي مالك و الشافعي و ابن حنبل.

و الإيلاء في الحقيقة الفقهية هو حلف الزوج بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا كأن يقول " و الله لا أقربك أبدا" أو مدة ستة أشهر أو لا يعين المدة.

و الأصل في الإيلاء قوله تعالى " للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ، و إن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم " سورة البقرة – الآيتان 226 و 227.[84]

[84]/ بلحاج العربي – مرجع سابق الصفحة 289

التطليق لغياب الزوج :

من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف و الاستقرار و باعتبار أن الزوج هو رب الأسرة و المسؤول عن رعايتها ، فإن غيابه بدون أي عذر شرعي يعد يعدد سبب في انهيار الاستقرار و ضياع كيانها فالفراق ضرر يهون أمامه عدم الإنفاق و فرقه به ثابتة حتى ولو للزوج مال ظاهر تنفق منه الزوجة لتعدد مطالب الحياة التي تنحصر فقط في السكن و الغذاء و الكسوة.[85]

فالغائب هو الذي يغادر مكانه دون عودة بحيث تكون حياته معلومة ، فإن جهلت اعتبر مفقود فكيف يعتبر الغياب مبرر لطلب التطليق ؟ و ما هي المدة الواجب انتظارها من قبل الزوجة لطلب ذلك ؟ هذا ما سنجيب عنه في موقفين الفقهي و التشريعي

الموقف الفقهي :

بالرجوع إلى أراء الفقهاء خاصة المذاهب الفقهية الأربعة نجد لهم رأيان في التفريق بين الزوجين إذا غاب الزوج عن زوجته و تضررت من غيبته و خشيت على نفسها الفتنة.[86]

أ/ الحنفية و الشافعية : قالوا بأن الغيبة لا تكون سببا للتفريق بين الرجل و زوجته و إن طالت المدة لانعدام ما يصلح أن يبنى عليه التفريق بينهما و حجتهم عدم قيام دليل شرعي.[87]

ب/ المالكية و الحنابلة : قالوا يجوز طلب المرأة للتطليق بسبب غياب الزوج عنها ، إذا لم تصر عن فراقه ، و تضررت من ذلك و لو ترك لها ما تنفقه على نفسها ، إلا أن القاضي لا يوقع الطلاق عليه إلا بعد أن يكتب إليه إن علم مكانه ، فيطلب منه الحضور لزوجته ، أو يلحقها به ، أو يطلق إن لم يكن له بها شأن ، فإن لم يفعل واحدا من الأمور الثلاثة قام القاضي و طلق عليها.

---

[85]/ عبد القادر بن حرز الله –المرجع السابق – الصفحة 262.

[86]/ وهيبة الزحيلي – المرجع السابق – الصفحة 532.

[87]/ بدران أبو العينين – المرجع السابق– الصفحة 448.

الموقف التشريعي :

جاء في المادة 5/53 ق.أ بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الغياب بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة و عليه فإذا غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة ، كان لها أن تطلب التطليق بينها و بينه سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهول ، لأنها تتضرر من الغيبة ضررا قد يدفعها إلى الإنحراف و يشترط حينئذ مايلي:

1- أن تمضي سنة فأكثر على الغياب ، إبتداءا من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه ، و هذا استمد من الفقه المالكي الذي جعل الغيبة من سنة إلى ثلاثة سنوات

2- أن يكون الغياب لغير عذر مقبول و دون سبب شرعي إن يكون بذلك معتمدا إضرارها و إيذائها ، فقد نص الفقه المالكي على ضرورة إعلام الزوج و إنذاره بالعودة و إلا طلقت زوجته ، فإذا كان معلوم مكان و لم يجب طلق القاضي عليه بلا أعذاره و على هذا مذهب فإن مناط التطليق بين الزوجين للغياب هو ضرره le préjudices الذي يصيب الزوجة من جراء ذلك ، أما إذا كان الغياب لعذر مقبول كما لو كان الزوج غائب الطلب و العيش ، أو لطلب العلم أو لأداء الخدمة الوطنية فلا يجوز مطالبته بالتطليق.[88]

3- أن يكون الزوج غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة و لم يترك لها ما لا يستطيع الإنفاق على نفسها و عن الأولاد، فلو لو ترك لها ما لا يمكنها أن تنفق فلا يجوز لها طلب التطليق و يرى الفقه المالكي بأنه إذا مضت السنة فلها أن تطلب التطليق للضرر عن الغياب ، و لو ترك لها ما لا تنفقه منه

ويخدر الإشارة إلى أن التطليق للغياب يقوم على أساس الضرر الواقع و ليس الضرر المتوقع فقط و من هنا يشترط قصد الزوج الإضرار بزوجته و الإيذاء بتعيين لأنه غاب و لم يعلمها ، فيجب معاقبته بإيقاع الطلاق عليه ، فإن لم يقم به القاضي مقامه فيه ، و لم يشترط المالكية

[88]/ بلحاج العربي-مرجع سابق- ص297

في الغياب أن يكون بغير عذر مقبول ، أما الحنابلة فقد اشترط ذلك لأن ضرر محقق من الغياب ، و على القاضي أن يرفعه بالتطليق ، لأنه لا ضرر و لا ضرر في الفقه الإسلامي.[89]

و الغائب الذي يقصده المشرع الجزائري هنا، هو الذي نص عليه في المادة 110 ق.أ بقوله "الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر الغير...."

فتكون المادة 110 ق.أ قد حددت مفهوم الغائب ، و المادة 112 و 5/53 ق.أ قد خولت الحق للزوجة في طلب التطليق للغياب من جراء الضرر الذي لحقها إذا توافرت الشروط القانونية للغياب ، أما إذا كان الغائب في مكان معروف أمكن الإتصال به و وصول الرسائل إليه ، ضرب له القاضي أجلا و أعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو بنقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل و لم يفعل ، ولم يبد عذرا مقبولا تأكد القاضي من استمرارها على طلب الفراق تم بحكم بينهما بتطليقه و عند أحمد بن حنبل فسخا ، وتعتد المرأة عند الوفاء و عليه ، فإذا طلبت التطليق لضرر الغياب ، فإن كان زوجها غير معلوم المكان أو كان لا تصل إليه الوسائل فرق القاضي بينهما في الحال ، بعد أن يتأكد من الشروط القانونية الواردة في المادة 5/53 ق.أ.[90]

و أخيرا فلو تزوجت الزوجة المطلقة ، بعد انقضاء عدتها ، ثم ظهر زوجها الأول ، لا يفسخ هذا الزواج الثاني ، لأن الزواج الأول انتهى بالطلاق الذي أوقعه القاضي ، أما لو حكم بوفاته ثم تزوجت بآخر ، ثم تحققت حياة زوجها الأول ، انفسخ الزواج الثاني ، لأن الزواج الثاني جاء على أساس أن الأول انتهى بوفاة الأول ، و ظهر هذا الأساس غير صحيح و أن الزواج الأول الباقي .

---

[89]/ عبد العزيز سعد المرجع السابق – الصفحة 269

[90]/ فضيل سعد – مرجع سابق – صفحة 294.

المطلب الثاني : أسباب الحكم بعقوبة و ارتكاب فاحشة

قد يرتكب الزوج بعض الأفعال التي قد تلحق بالزوجة أضرارا معنوية بسبب سلوكات و تصرفات زوجها ، كارتكابه لإحدى الجرائم المعاقب عليها شرعا و قانونا مما يؤثر في كيان الأسرة و تؤدي إلى خلق جو من الثوتر و التنافر و عدم الإنسجام و تؤثر على الحياة الزوجية و استمرارها و استقرارها فهل يحق للزوجة تبعا لذلك طلب التطليق ؟

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

1/ التطليق لحبس الزوج :

قد يرتكب الزوج جريمة يعاقب عليها القانون ، فتضرر الزوجة خاصة و أن العقوبات ما يرغمها على انتظاره سنين طويلة ، فهل يعتبر حبس الزوج سببا مبررا لطلب الزوجة التطليق؟.

للإجابة على هذا التساؤل نتطرق إلى موقفين الفقهي و التشريعي و ما توصل إليه الاجتهادات القضائية .

أولا : الموقف الفقهي :

لم يجز التفريق لحبس الزوج أو اعتقاله أو أسره مهما طالت المدة سواء أكان مكانه معروفا أم لا و لأنه غائب معلوم الحياة و لأنه معذور .

و ذهب المالكية إلى جواز التفريق على المحبوس إذا طلبت زوجته ذلك و ادعت الضرر وذلك بعد سنة من حبسه ، لأن هذا الأخير غياب و هم يجيزون التفريق للغيب سواء كان ذلك بعذر أو بغير عذر ، فإن كانت مدة الحبس سنة فأكثر جاز للزوجة طلب التفريق من القاضي الذي يفرق بينهما بدون كتابة للزوج أو إنذار و في هذه الحالة تكون الفرقة طلاق بائن.[91]

[91]/ الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي – المرجع السابق – الصفحة 136

– أما الحنفية لا يرنوه سببا يوجب التفريق ، طالت المدة أو قصرت.[92]

ثانيا : الموقف التشريعي :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 4/53 من قانون الأسرة : على لأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مماس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية و انطلاقا من هذا النص فإن المشرع يشترط في التطليق الحكم بعقوبة الشروط التالية.[93]

1– الحكم بعقوبة شائنة :

يقصد بالعقوبة الشائنة تلك الأفعال المعاقب عليها و التي تشمئز لها النفوس و أحكام الشريعة الإسلامية و ما يعاب على الفقرة الرابعة من المادة 53 من ق.أ أنها جاءت بصياغة رديئة بحيث و صفت عمل القاضي بالشائن متناسب في ذلك الفعل المحرم المرتكب من قبل الزوج في حين كان على المشرع أن يضعها على النحو التالي :

الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنة عن الأفعال الشائنة..... هذه من ناحية و من ناحية أخرى فإن لفظ شائنة في حد ذاته غير سليم فلو كان وارد في في صيغة الدالة على المبالغة لكان أفضل فيقول : "مشينة" لأن الأفعال بسبب هي التي تقوم بإصدار وصف "الشين" على نفسها و على العقوبة و إنما هي محكوم عليها بهذا الوصف.[94]

كما أن وصف الفعل بالشائن يعتمد على المعيار الأخلاقي من وجهة نظر القانون و التشريع الإسلامي ، و هو ما يتضح من قول المشرع أن تكون العقوبة " فيها مماس بشرف الأسرة "كعقوبة جريمة الزنا أو جريمة الاغتصاب أو جريمة الفحش أو غيرها و المقصود هنا أسرة الزوجين و أقاربهما طبقا لما ورد في المادة 2 من قانون الأسرة.[95]

---

[92]/ الدكتور أحمد فراج حسين – مرجع سابق – صفحة 143

[93]/ بلحاج العربي – المرجع السابق – الصفحة 294.

[94]/ الدكتور فضيل سعد – مرجع سابق – صفحة 289.

[95]/ بلحاج العربي – نفس المرجع – صفحة 295.

و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أنها اعتبرت الزنا فعلا شائنا لقوله تعالى : " لا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة و مقتا و ساء سبيلا ..".

2-أن تكون العقوبة مقيدة للحرية:

أن تتضمن عقوبة بدنية بالسجن أو الحبس، فإذا كانت العقوبة بالحبس مع وقف التنفيذ أو وضع تحت الحراسة أو الحكم و بالغرامة فقط أو الحرمان من الحقوق السياسية ، أو كانت العقوبة متصلة بالحياة التجارية كعقوبة الإفلاس مثلا... فإنه لا يجوز للزوجة في مثل هذه الحالات أن تطلب التطليق .

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

3-أن تكون العقوبة مقيدة للحرية أكثر من سنة :

يجب إثبات صدور الحكم القضائي ضد الزوج يشمل على عقوبة الحبس أو الشجن لمدة تفوق السنة ،حتى يتسنى للزوجة طلب التطليق فلو كانت مدة العقوبة تتراوح بين الشهر وإحدى عشر شهرا فلا يجوز لها أن تطلب التطليق ذلك وهذا عدم توافر المدة المحددة قانونا، رغم توافر الأوصاف الأخرى في الفعل المعاقب عليه لأن المشرع في المادة 04/53 من قانون الأسرة قال " لمدة أكثر من سنة" يفيد أن تكون سن كاملة.

4-أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة:

أن المشرع باستعماله لعبارة "العقوبة الماسة بشرف الأسرة" قد عمم الوصف وجعل المعيار غير دقيق وبالتالي فإن الجرائم والعقوبات التي تمس بشرف الأسرة يصعب علينا حرصها في عدد معين كما يمكن لنا القول أن معظم العقوبات التي تسلط على الزوج بسبب ارتكابه جريمة من الجرائم هي عقوبات تتضمن هذا الوصف لا سيما جريمة الزنا والفاحشة بين المحارم وبالتالي تبقى للقاضي دوما السلطة التقديرية في اعتبار أية جريمة ماسة بشرف الأسرة أو غير ذلك .

صدور حكم قضائي ضد الزوج جائز لقوة الشيء المقضي به ولم يعد يقبل طرق الطعن القانونية العادية وغير العادية في جريمة المرتكبة.[96]

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

أي تعذر الاستمرارية في الرابطة الزوجية بما وصلت إليه من البغض والكراهية والحقد بسبب ما ينشأ بين الزوجين من خلافات وخصومات ،وتباين وجهات النظر مما يسمح للزوجة أن ترفع دعوى أمام المحكمة لطلب التطليق بعد مضي سنة من الحبس أو السجن ، والتطليق للحبس مأخوذ من المذهبين المالكي والحنبلي خلافا للشافعية والحنفية وقد نص ابن تيمية على أن الأسير أو المحبوس كحكم الغائب .

إن فقدنا أحد هذه الشروط تحرم الزوجة قانونا من ممارسة حق طلب التطليق طبقا للمادة 53 الفقرة الرابعة ، ويخضع هذا التطليق للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الطلب أو رفضه .

ولقد جاءت صياغة المادة 4/53 رديئة جعلت الوصف غامضا.منصرفا إلى العقوبة وليس على الفعل المعاقب عليه وبذلك فالمشرع كما يرى الأستاذ فضيل سعد قد وصف عمل القاضي بالشينة والقبح وترك العمل الشائن الذي ارتكبه المجرم .

وهو ما جاء في التقرير التكميلي لمشروع قانون الأسرة الذي قدم للنواب ،من ان المشرع كان يقصد الأفعال التي تنعكس أثارها على الثقة الزوجية .

ومما سبق يتضح لنا بأن المشرع قد أحسن صنعا عندما نص على أن الجرائم المقصودة في هذا الشأن هي الجرائم الماسة بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها وقيمتها الاجتماعية وإن كان

---

[96]/ بلحاج عربي، المرجع السابق ،ص294-295

يصعب جمعها وحصرها وبغير هذا الوصف لا تكون العقوبة شائنة ولا يجوز للزوجة بالتالي أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بالتطليق.[97]

2-إرتكاب الفاحشة مبينة:

يمكن تعريف الفاحشة من خلال تحديد مدلولها اللغوي الشائع وكذا ما ورد في القران الكريم.

فنقول مثلا عن الأمر أنه فاحشة إذا ازداد عن الحد المعقول ونقول عن الخسارة أنها فاحشة إذا كانت كبيرة ، فيصبح المعنى الفحش هو زيادة المبالغ فيها ،فنقول خسر فلان في الصفقة خسارة فاحشة وتعرض الأخر فاحشة في قسمة التركة ....الخ .

أما ما ورد في القران الكريم من آيات عدة ،تصور فاحشة في الأمور تخل بالأنظمة إخلالا كبيرا ومن ذلك قوله تعالى: **{ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا}** [98]وقال أيضا: **{ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا }**[99] وقال أيضا :{ **قل إنما حرم زنى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم و البغى بغير الحق و أن تشركوا بالله مالم ينزل به سلطانا وأن تقولو على الله مالا تعلمون}**[100] وبناء على هذا فعندما ترفع الزوجة طلب التطليق لارتكاب زوجها فاحشة فعلى القاضي ألا يستجيب لطليقها إلا بعد أن يتأكد من انطباق هذا الوصف على الفعل المرتكب وذلك اعتمادا على ثلاثة أمور أساسية تكون معيار الذي يقاس بت الفعل ويكيف على ضوء ما إذ كان فاحش أو غير ذلك

---

[97]/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص295.

[98]/ سورة الإسراء ، الأية 32

[99]/ سورة النساء ،الاية 22

[100]/ سورة الأعراف ،الأية 33.

1/- نظرة الدين إلى الفعل ويعتبر في نظرة الدين فاحشة كل فعل من كبائر كالشرك بالله أو عصيان الوالدين أو الزنا أو الفواحش بين المحارم سواء ظهرت للناس أم لم تظهر .

2/- مقتضى العقل السليم ومفاد أن العقل يرفض الإنحراف ويفر من الخطأ معتمدا في أحكامه هذه على القواعد الإسلامية والعرف وظروف المجتمع.[101]

3/-الإرادة الاجتماعية القاضي ابن البيئة ،فيبني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات وتقاليد وقيم وثقافات وعلى نحو يطابق كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وبالتالي كل فعل تستنكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع العربي يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التطليق.[102]

أما موقف المشرع فقد نص في الفقرة السابعة من المادة53 على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة ، وهي حالة يوشك المشرع الجزائري أن ينفرد بالنص عليها، دون سواه من قوانين البلاد العربية الإسلامية الأخرى، ويتبين أن المقصود بالفاحشة في هذه الفقرة هو فعل الزنا وهناك من يرى أن المقصود بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقة الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها عليها في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات وقد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواحش في ذات القانون لكن يثور التساؤل بالنسبة لجريمة فيما إذا كانت تدخل ضمن الفواحش أم لا ؟ .

إن قانون العقوبات لم يدرج جريمة الزنا ضمن الفواحش بل الشريعة الإسلامية هي من اعتبرها كذلك وبالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني فإنها تنص على ما يلي :"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد

---

[101]/ الأستاذ فضيل سعد ، مرجع سابق ، ص 299

[102]/ الأستاذ فضيل سعد، نفس المرجع ،ص 299

نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية" وبهذا فإن القاضي ملزم بتطبيق القانون الأول قبل اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

كما خص المشرع الجزائري جريمة الفاحشة بحكم خاص ، فلم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية ، ولمدة تفوق السنة، بل اشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش مهما كانت العقوبة ولو لمدة تقل عن السنة ولو كانت غير سالبة للحرية، فيحق للزوجة أن تطلب التطليق.[103]

بعض الصور التي تلحق بالفاحشة المبينة :

سنتعرض لبعض الصور التي تلحق بالفاحشة المبينة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة نتطرق باختصار إلى الزنا وشرب الخمر باعتبارهما من الكبائر والفواحش .

1/–الزنا: لقد دعا الإسلام الحنيف إلى الزواج من جهة و من جهة أخرى فإنه حرم أي اتصال جنسي غير مشروع وشدد العقوبة إلى أقصى درجة واعتبر الزنا من أبشع الجرائم التي ترتكب ضد الشرف والأخلاق والفضيلة والكرامة بل ضد الأسرة والمجتمع ككل ،لأنها تفتت الأسرة وتختلط الأنساب وتقطع العلاقات الزوجية وضياع الأولاد وتشردهم بالإهمال[104]

كما أن كل اتصال جنسي قائم على أساس غير مشروع، يعتبر زنا تترتب عليه العقوبة المقررة من حيث أنه جريمة من الجرائم التي حددت عقوبتها ،شرعا بإقامة الحد وقانونا بالعقوبة المقررة في المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري وثبوت وقوع الجريمة يكون حسب نص المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري إما بمحضر قضائي عن التلبس بهذه الجريمة أو بالإقرار واعتراف المتهم أو بإقرار القضائي.

---

[103]/ الأستاذ عمر زودة، مرجع سابق، ص 54-55.

[104]/ عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق ،ص 49

وإذا ما حدث أن ثبتت الجريمة وطبقت العقوبة فللزوجة حق في طلب التطليق طبقا لفقرة7 من المادة 53 من قانون الأسرة.

2/–شرب الخمر:

ومن بين الصور التي يمكن أن تلحق بالفاحشة المبينة إن ما أردنا نتوسع في مفهوم الفاحشة ، تناول الزوج للخمر وهو ما سمح للزوجة أن تطالب الحكم لها بالتطليق إن استطاعت أن تثبت بالدليل القوي أن زوجها يتعاطى شرب الخمر بشكل مستمر وبصورة تدفعه إلى ارتكاب حماقات مختلفة وإتيان تصرفات يسيء بها إلى الزوجة و الأولاد وإلى سمعة الأسرة والإضرار باقتصادها و أموالها وراحتها وقد يؤدي في الغالب شرب الخمر إلى التخلي عن الواجبات الزوجية فهو مفتاح كل البلايا والانحراف[105].

المطلب الثالث: التطليق للشقاق و الضرر

قد يتعدى الزواج حسن المعاشرة و المعاملة بالحسنى إلى الإضرار بالزوجة فيؤدبها بالضرب المؤلم أو الشتم المقذع أو شقاق المستمر وطعنها في كرامتها ، فهل يحق للزوجة تبعا لذلك طلب التطليق ؟

[105]– السيد السابق ، مرجع سابق ،ص405

هذا ما سنتناوله ضمن هذا المطلب في فرعين الأول التطليق بسبب الشقاق و الثاني للضرر على النحو التالي:

1/ التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين :

المقصود بالشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة .

و لقد أجاز المالكية التفريق للشقاق المستمر بين الزوجين منعا للنزاع ، و حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما ، و عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي ، فإن إثبات الضرر أو صحة دعواها طلقها منه ، و إن عجزت عن إثبات الضرر رفضت دعواها

أما الحنفية و الشافعية و الحنابلة لم يجز التفريق للشقاق مهما كان شديدا.

نوع الفرقة للشقاق الطلاق الذي يوقعه القاضي للشقاق طلاق بائن : لأن الضرر لا يزول إلا به ، لأنه إذا كان الطلاق رجعيا تمكن الزوج من مراجعة المرأة في العدة و العودة للضرر .[106] (قرار رقم 139353 بتاريخ 1994/09/24 مجلة قضائية 1997/2 ص 66).[107]

2/ التطليق للضرر :

أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج لزوجته في المعاملة و لا أن يؤذيها بالقول ، و هذه مبادئ قررها الإسلام ، فقد قال الله عزوجل :" و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف و للرجال عليهن درجة و الله عزيز حكيم "[108] و قوله كذلك " و عاشروهن بالمعروف ".[109]

و لكن مع هذا جعل الإسلام للزوج الحق في تأديب زوجته فله و لا به تأديبها إذا خالفته و لم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعا و قد تقرر ذلك بمقتضى قوله تعالى : "و اللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن و اهجروهن في المضاجع و اضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا "[110]

---

[106]/ الدكتور عبد القادر حرز الله، مرجع سابق ،ص 281.

[107]/ قرار رقم 139353 بتاريخ 1994/09/24 مجلة قضائية 1997/2 ص 66.

[108]/ سورة البقرة ، الآية 228.

[109]/ سورة النساء ، الآية 19.

و لكن لو تجاوز هذا التأديب حده على نحو سيئ للزوجة و يؤذيها في المعاشرة بالقول أو الفعل بأن كان يضربها ضربا مبرحا أو يشتمها شتما مقدعا أو يحملها على فعل غير مباح شرعا فهل يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من المحكمة في مثل هذه الأحوال ؟[111]

هذا ما سنتناوله بتفصيل متعرضين لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية ثم موقف المشرع فيها و ننهي إلى اجتهاد القضائي بشأنها ، ولكن قبل ذلك وجب علينا معرفة المقصود بالضرر ؟

الضرر هو ايذاء الزوج لزوجته بالقول و الفعل كالشتم المقذع و التقبيح المخل بالكرامة و الضرب المبرح و الحمل على ما حرم الله و الهجر من غير سبب يبيحه و هو كل ما يجاوز حق التأديب المباح شرعا و لا تقدر الزوجة الصبر عليه و تستحيل معه دوام العشرة الزوجية.[112]

أولا : الموقف الفقهي :

المذهب الحنفي لا يرى ذلك سببا صحيحا يوجب التفريق ، لأنه لم يتعين طريقا لخلاص الزوجة مما حل بها من أذى ، و على القاضي أن يأمره بحسن العشرة و إلا أدبه بما يراه كفيلا بحمايتها منه.[113]

و لقد سانده الجعفرية و الشافعية و الظاهرية و الشيعة الإمامية و رواية للحنابلة أن المرأة ليس لها الحق في طلب التطليق من زوجها حتى و لو طلبت ذلك بسبب إيذائها بالقول أو بالفعل و معاملتها بما لا يستطاع معه داوم العشرة بين أمثالهما و على القاضي أن يأمر الزوج بحسن المعاشرة و الإحسان في المعاملة ، فإن لم يمتثل عاقبه تعزيزا بحسب مايراه كافيا لزجره حتى يمسكها بالمعروف و قد بنوا رأيهم على ما فهموا من قوله تعالى : **"و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها أن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا "**.[114]

---

[110]/ سورة النساء ، الآية 34

[111]/ دكتور رمضان علي السيد الشرنباصي ، مرجع سابق ص 139.

[112]/ دكتور عبد القادر حرز الله مرجع سابق ص 281.

[113]/ دكتور أحمد فراج حسين مرجع سابق ص 134

[114]/ سورة النساء ، الآية 35 .

و وجه الاستدلال بالآية على عدم التفريق : أن الآية الكريمة نكاد تكون صريحة في أن عمل الحكمين قاصر على أن يبذل الجهد في الإصلاح بين الزوجين و في أن التفريق بين الزوجين ليس من عملهما حيث لم تتعرض الآية للتفريق بينهما ، فلا يملك الحكمين التفريق بين الزوجين إلا بإذنهما و ذلك بتفويض من الزوج و توكيل من الزوجة إذ احتاج الأمر إلى الخلع و الطلاق على المال .

كما أن إضرار الزوج بزوجته يمكن تداركه و إزالته بتعزيز الزوج و عدم إجبار الزوجة على طاعته فلم يتعين الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله تعالى لإزالة الضرر بها فلا يلجأ إليه.[115]

أما المالكية فيرون أن الزوج إذا تعدى على زوجته بالضرب و نحوها كالإكراه على فعل أمر حرام أو كان يضارها بالهجر أو الشتم و رفعت أمرها للقاضي و أثبتت تعديه و كان أن تطلب من القاضي تأديبه ليكف أذاه عنها و ذلك بالسبل التي يتخذها الزوج مع زوجته حين تنشر عن طاعته بأن يعظه إن رأى القاضي ذلك مجديا فإن لم تجد العظة أمرها بهجره فإن لم تفد ضربه ، هذا إذا اختارت البقاء مع زوجها

أما إذا ادعت الضرر و تكررت شكواها و عجزت عن اثبات دعواها فللقاضي أن يعين حاكمين حكما من أهله و حكما من أهلها لأنهما أدرى ببواطن أمور الزوجين و يشترط في الحكمين : أن يكونا رجلين راشدين عدلين عالمين بأحكام الشرع في المهمة التي اختارا من أجلها فإن تعذر عليهما ذلك و تبث لهما أن الإساءة تأتي من الزوج طلقا عليه بلا مال بأخداته منها لظلمة ، و إن كانت الإساءة من الزوجة كان للحكمين أحد الأمرين:

1/ أن يأتمنا الزوج عليها و يأمره بالصبر و حسن العشرة إن رأيا في ذلك إصلاحا

2/ أن يخلعاها منه نظير عوض يأخذانه من الزوجة و يجوز أن يكون العوض أقل من المهر الذي أخذته كما يجوز أن يكون مساويا لمهرها و أن يكون أكثر منه.[116]

---

[115]/ دكتور رمضان علي السيد الشرنباصي ، مرجع سابق، ص 140.

[116]/ دكتور رمضان علي السيد الشرنباصي ،نفس المرجع ، ص 141.

ثانيا : الموقف التشريعي

للزوجة حق تأديب زوجته بمقتضى ولايته و رئاسته في الأسرة المادة 1/39 قانون الأسرة كما أنه يجب عليه نحو زوجته حسن المعاشرة و النفقة الشرعية حسب وسعه أو عدل في حالة تعدد الزوجات (المادة 37 ق.أ) و قد يسيء الزوج استعمال حقه في ذلك فيؤذي زوجته بالقول أو الفعل كما يضربها ضربا غير لائق ، أو يشتمها شتما مهينا ، أو لا يقوم بالواجبات الشرعية المقررة نحوها ، هنا يجوز للزوجة في هذه الحالة رفع الأمر للقاضي و طلب التطليق و هذا حسب المادة 6/53 ق.أ بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الضرر المعتبر شرعا ، و لا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 من قانون الأسرة .

و إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بأي نوع من أنواع الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما و ثبت ما ادعته من الضرر ،عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه .

و يكون الضرر معتبر شرعا إذا لم يوفر الزوج السكن اللائق الشرعي أو إهمال النفقة الشرعية أو إساءة المعاشرة الزوجية عن طريق إهانات خطيرة أو جسمية ، أو قساوة المعاملة أو أنه ترك البيت الزوجي أو تهرب من الواجبات الزوجية بدون سبب شرعي كما أن المشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين تاركا للقاضي سلطة التقدير الضرر في مثل هذه القضايا بكل موضوعية و بدون أي قيد و لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقدير هذا .

و لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما لم يحدد أنواعا معينة من الضرر و لا أسبابا للشقاق بحيث يكون الضرر المعتبر شرعا هو الذي يؤدي إلى النزاع و الشقاق بين الزوجين مما ينتج عنه استحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما فإذا ادعت الزوجة إصرار الزوج بها بما لا

يستطاع معه دوام الحياة الزوجية و قامت بإثبات دعواها يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا عجز عن الإصلاح بينهما .[117]

أما إذا رفض طلب التطليق و تكررت الشكوى ، وعجزت الزوجة عن اثبات الضرر اختارت المحكمة حكمين للتوفيق و الإصلاح بينهما و يشترط في الحكمين أن يكون رجلين من أهل الزوجين ، و عليها أن يتعرف على أسباب الشقاق و النزاع ، ويبدلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين ، على أن يقدما للقاضي تقريرا عن مهمتهما .

و هو ما جاء في المادة 56 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : " إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر و جب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، يعين القاضي حكمين ، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة ، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين "

فعلى الحكمين أن يتفهما أسباب الشقاق و الخصام و التحقق من وجود الضرر و عناصره ، و أن يبذلا جهدهما في التوفيق و الإصلاح بين الزوجين وأن يرفعا تقريرها إلى القاضي و على القاضي أن ينظر في القضية على ضوء هذا التقرير ، و أنه في حالة عجز الحكمين ، و ثبوث الضرر حكم القاضي بتطليقها منه أو لزومه بالتعويض عن الضرر سواء كان ماديا أو معنويا إذا طلبت الزوجة ذلك .

و بالإضافة إلى هذا ، فإن الفقرة 6 من المادة 53 ق.أ تنص بأن المراد هو ضرر معتبر شرعا ، و لا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 ق.أ و قد أشارت المادة 8 ق.أ إلى أنه في حالة تعدد الزوجات ، يجوز لكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد زوج في حالة الغش و المطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا ، كما أن المادة 37 ق.أ

---

[117]/ دكتور بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 300

وضحت واجبات الزوج نحو زوجته بالنفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا أثبت نشوزها، و العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة و على هذا ، فإن الزوج إذا لم يقم بالعدل المطلوب شرعا و قانونا بين الزوجات في حالة تعدد هنا ، أو تهرب من القيام بواجبات الزوجية فإنها أفعال تخول للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي بطلب التطليق للضرر[118].

إلا أن هناك شروط لهذا النوع من التطليق:

1/ أن يكون الضرر حاصلا من الزوج أو راجعا على فعله واقعا على زوجته و على ذلك لا يطلق القاضي الزوجة إلا إذا كان الضرر الواقع من جهة الزوج لأنه حينئذ يكون ظلما و على القاضي رفع الظلم و من الأمثلة للضرر الذي يجيز الطلاق :

أ/ تعدي الزوج على زوجته ضربا و سبا – المقصود منه أن يتعدى عليها ضربا و سبا بأي سبب كما أنه يشترط في الضرب أن يكون مبرحا أي أن يهدد الجسم و حياتها فإذا كانت بغرض التأديب لا يتحقق فيه ضرر موجب التطليق.

ب/ غيبت الزوج عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد إذ هو صورة من صور الهجر المحقق للضرر

و هناك أمثلة لا تعد ضررا موجب للزوجة في طلب التطليق :

أ/ ممارسة الزوج لأعمال الشعوذة و ذلك إذا كان يمارسها خارج منزل الزوجية

ب/ تعاطي الزوج المخدرات ما لم يكن في تعاطيه تأثير على أخلاقه و معاملته لزوجته.

ج/ هروب الزوج من الخدمة الوطنية

د/ مرض الزوج ما لم يكن مريض بإحدى الأمراض التناسلية أو الأمراض التي يتوفر فيها العيب المستحكم الذي لا يمكن البرء منه إلا بعد مدة طويلة

2/ أن يكون الضرر الواقع بسبب إيذاء الزوج لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهم و معنى ذلك أن تكون العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب الضرر و الضرر بهذا المعيار شخصي و تقديره متروك لقاضي

[118]/ دكتور بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 303.

الموضوع وذلك لأن الحياة الزوجية قلما تخلو من إساءة إحدى الزوجين للآخر و إن اتخاذ الإساءة العادية موجب التفريق فيه هدم للأسرة و تهديدها بالانحلال . كما أن الضرر شخصي لا مادي يختلف باختلاف بيئة الزوجين ووسطهما الاجتماعي و على ذلك فسوء السمعة أو حسنها يختلف فيها الناس و ذلك بتفاوتهم في إحساسهم و بيئاتهم كما يراه البعض ضارا بالسمعة و ملحقا للعار ، لا يراه البعض كذلك

3/ أن يعجز القاضي الإصلاح بين الزوجين : المراد بالإصلاح بين الزوجين هو الإصلاح بينهما بما فيه إصلاح حالهم و استمرار حياة الزوجية و حسن المعاشرة أي الإمساك بمعروف.[119]

كيفية إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر :

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

يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج ، و حكما من أهل الزوجة ، م على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين "

و في ذلك صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/01/02 تحت رقم 51906 – غرفة الأحوال الشخصية – جاء فيه : " من المستقر عليه قضاء أن الشخص لا يقوم بإجراء لينفع به غيره، و أن القاضي ملزم بالاعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة التي تقدم إليه ، ويمنع عليه معاملة الخصم بما قد يكون في نيته و إلا كان حكمه قد بناه على أمر غيبي و غير شرعي ، و من ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ بعد انتهاكا صريحا للقانون و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن أقام دعواه طالبا فيها الحكم على زوجته بتأييد الحكم المستأنف لديهم و القاضي يرفع دعوة طاعن ، وقبول طلب الزوجة المتعلق بالتطليق و الحكم بتطليقها فإنهم بقضائهم كما فعلوا

[119]/ المستشار عمر عيسى الفقي – المرجع السابق – ص 23 ، 25

انتهكوا القانون وتجاوزا سلطتهم ، فدعوى الرجوع إذا لم ينتفع بها صاحبها لا تنقلب ضده ، إلا في مسألة التعويض إذا كانت ظالمة ، منتهكا بذلك قواعد التقاضي و خرج من العلم بالظاهر و دخل إلى العلم بالغيب ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ".[120]

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

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

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن مجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه واستحالت الحياة الزوجية ،فإن القضاة لما حكموا طبقوا صحيح القانون . ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن "[121].

القرار الصادر بتاريخ 1996/09/24 تحت رقم 139353 والذي جاء فيه:"من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا.

ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون.ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[122]

---

[120]/ القرار الصادر بتاريخ 1989/01/02 تحت رقم 51906 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الأول – ص 52.

[121] – القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20 تحت رقم 75588 المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الرابع – ص 78.

[122]– القرار الصادر بتاريخ 1996/09/24 تحت رقم 139353 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني – ص 66

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن التطليق

بعد دراسة القاضي لدعوى التطليق المرفوعة من قبل الزوجة والتي تكون لها أحد الأسباب المذكورة في المادة(53) من قانون الأسرة وبقبول القاضي لطلبها يصدر حكمه بالتطليق, ولكن ماهي آثار هذا الحكم؟

المطلب الأول: التطليق بين الطعن الاستئناف وعدم الطعن بالاستئناف

الأصل أن جميع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم بصفة ابتدائية قابلة للاستئناف طبقا للمادة(03) من قانون الإجراءات المدنية إلا ما استثنى بنص خاص.

وجاء في المادة (57) من قانون الأسرة أن الأحكام الطلاق لاتقبل الطعن فيها بالاستئناف أمام المجالس القضائية إلا جوانب المادية لكنها لم تنص على أنها تصدر نهائيا.فهل يندرج أحكام التطليق ضمنها؟ هناك اتجاهين حول هذه المسألة سنتعرض لهما بتفصيل.

الاتجاه الأول: عدم جواز الطعن بالاستئناف

أخد أصحاب هدا الاتجاه بنص المادة (57)من قانون الأسرة و بدلك فهم لا يجزون استئناف الأحكام القضائية الصادرة بالتطليق

ولهدا الرأي ما يدعمه في اجتهاد المحكمة العليا, اذا صدر عليها عدة قرارات في هذا الضمان اعتبرت فيها الأحكام التطليق غير قابلة للاستئناف وذلك عندما قبلت الطعن فيها بنقض مباشرة علما أن الطعن بالنقض لا يجوز إلا في الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية ونهائية تبعا لما تقضي به المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية وما قبول المحكمة العليا للطعن بالنقض مباشرة في أحكام التطليق سوى دليل يؤكد على أنها تعتبرها أحكامها نهائية.[123]

[123]/ عمر زودة، المرجع السابق، ص 142.

ومن قرارات المحكمة العليا بهذا الصدد نذكر القرار الصادر بتاريخ 21-07-1998 تحت رقم(98_2001) والذي جاء فيه" عن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست إجراءات جوهرية,وان لفظ الطلاق أو التطليق يصدر دائما نهائيا.

الاتجاه الثاني: جواز الطعن بالاستئناف

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أحكام التطليق قابلة للطعن فيها بالاستئناف باعتبار هذا الأخير, أحد طرق الطعن العادية في أحكام القضائية والذي يطرح في حد ذاته مبدأ أساسيا من مبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي الجزائري ألا وهو مبدأ التقاضي على درجتين.

فالقاعدة العامة أن جميع الدعاوى ترفع أمام محكمة الدرجة الأولى وجميع أحكامها تكون ابتدائية ومن ثمة قابليتها للاستئناف أمام المجالس القضائية إلا ما استثنى بنص خاص وتلك هي القاعدة المكرسة بمقتض المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية.

وبرروا ذلك بأن إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوج يعد طلاقا,وما عدا ذلك فهو فسخ ويترتب عن هذا التمييز أن الطلاق هو عمل ولائي وليس للقاضي فيه إلا دور الموثق بحيث يكشف عن إرادة الزوج ويكرسها لاغير باعتبار المادة (49) من قانون الأسرة أكدت أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي.[124]

أما التطليق فيعد من صلب القاضي, وبذلك فهو عمل قضائي يختلف في التقدير من قاضي إلى آخر, وبذلك وجبت رقابته من طرف قضاة الاستئناف وعلى هذا الأساس اعتبروا أحكام التطليق قابلة للاستئناف. وحسب رأي بعض الفقهاء فانه إذا رجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فانه يقصد بمصطلح الطلاق ذلك الأثر الذي يترتب على استعمال الزوج حقه الإداري, وينجر عنه حل الرابطة الزوجية في الحال ما لم يكن مكملا للثلاث.

[124]/ عمر زودة، نفس المرجع ص 143.

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

ويفهم من النص المادة(48) من قانون الأسرة أن عبارة" ويتم بإرادة الزوج" تعود على الحل وليس على الطلاق الذي يقع بناء على إرادة الزوج في حين أن التطليق والخلع يعدان أيضا طريقان من طرق حل الرابطة الزوجية ويقعان بطلب من الزوجة.

وبذلك فالأحكام القاضية بحل الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة وبناءا على معيار التمييز بين الطلاق وفسخ هي أحكام بالفسخ وبالتالي لايمكن أن تدخل تحت نص خاص.

ومن هذا تسترجع القاعدة العامة سلطاتها وتصبح الأحكام الفاصلة في مسألة التطليق قابلة للاستئناف.[125]

وقد صدر في هذا الإطار قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1993-04-27 تحت رقم 89635 قضى برفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن المجلس قضاء بسكرة في 1990-06-16 والذي صرح فيه بإلغاء الحكم المستأنف فيه والقضاء من جديد بالتطليق وقد جاء في قرار المحكمة العليا مايلي:' فالقضاء بالتطليق عن طريق المجلس مندرج في اختصاصه ذلك أن المادة(57) من قانون الأسرة لا تجيز الاستئناف في الأحكام الطلاق, والحكم المستأنف لم يقضي بالطلاق و إنما التطليق.[126]:

[125]/ عمر زودة، المرجع السابق، ص 143.

[126]/ قرار المحكمة العليا رقم 89635 بتاريخ 1993/04/27.

المطلب الثاني: ما يثبت للزوجة

إن الآثار الطلاق واحدة ومن بين الآثار التي تبث للزوجة هي العدة, النفقة, السكن والتعويض.

أولا : العدة

العدة لغة: هي الإحصاء, يقال عدد الشيء أي أحصيت مقداره.[127]

أما اصطلاحا: هي مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة فتمتنع عن الزواج فيها وبانقضائها يزول ما بقي من أثار التحريم.[128]

وأجمع العلماء على وجوبها لقوله تعالى:{ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أردوا إصلاحا ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم}.[129]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المادة (58) نصت على أن تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء, واليائسة من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق,أما المطلقة الغير المدخول بها فلا توجب عليها العدة وهذا ما جاء في القرار رقم 137571 المؤرخ في 18 جوان 1996:"من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفي عنها زوجها ولاستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها, لما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول, وأعادت الزوجة ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها فان القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة

---

[127]/ عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 230.

128/ محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص 144.

[129]/ سورة البقرة، الآية 128.

الزواج ورجوع الزوجة إلى بيت الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[130]

وأضافت المادة (60) من قانون الأسرة على أن :"عدة الحامل هو وضع حملها وأقصر مدة الحمل10 أشهر من تاريخ الطلاق.

إذا صدر حكم بالطلاق تدخل المطلقة في عدتها ابتداء من تلك اللحظة وتقع عليها الالتزامات الآتية: – ملازمة بيت الزوجية حيت تبقى في بيت زوجها مدة عدتها.

-لكن ما يجري به العمل بين الناس خلاف ذلك إذا أن المطلقة تأخذ أغراضها وتلتحق بأهلها لتقضي عدتها هناك.

-امتناع الزوجة عن الزواج في فترة العدة برجل أجنبي.

ثانيا:النفقة

تجب النفقة للمرأة بعد الحكم لها بالتطليق وتشمل نفقة العدة ونفقة الإهمال.

أ– نفقة العدة: تستحق المعتدة نفقة من مال زوجها طيلة هذه المدة وتحددها المحكمة إجماليا أو شهريا ويسقط هذا الحق شرعا إذا تركت المطلقة مقر الزوجية ولم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي باعتبارها ناشز وهدا ماجاء في القرار الصادر بتاريخ 22-10-1984 تحت رقم 34327 والذي قضى بأنه:" متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيه قضى به من ذلك تقرير عدة الزوجة فان وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت

130/ القرار الصادر بتاريخ 1996/06/18 تحت رقم 137571 المجلة القضائية من سنة 1997 العدد الثاني، ص 93.

بارتكاب فاحشة الزنا وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع الحقوق الزانية يكون غير مقبول فيها ذهب اله حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[131]

القرار الصادر بتاريخ 25-12-1989 تحت رقم 57752 الذي جاء فيه:" حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها أن تعتد وهي أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج وعلى كل مطلقة أن ينفق على مطلقته".[132]

ب- نفقة الإهمال: لقد أقرت المادة (74) من قانون الأسرة أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها, فإذا لم يقم بالإنفاق عليها يحق لها طلب نفقة إهمال من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم التطليق وللقاضي سلطة تقديرية مبلغ هده النفقة شهريا مراعيا في ذلك حال الزوجين.

ثالثا: حق السكن أودفع أجرته

لقد ورد النص على إسكان الزوجة المطلقة وعلى شروطه في المادة 52 فقرة 02 من قانون الأسرة ومن تحليلها يتضح لنا أن حتى يمكن للمطلقة الحكم بإسكانها أو إبقائها في مسكن الزوجة توافر ثلاثة شروط:

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

وقد صدر في هذا المنوال القرار رقم 105366 بتاريخ 27-04-1993 جاء فيه: من المقرر قانونا أنه إذا كانت الأم حاضنة, ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها فعلى الزوج حسب وسعه أن يضمن حقها في المسكن مع محضونيها, وأن نفقة المحضون وسكناه من مال إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيء له مسكنا وان تعذر فعليه أجرته, لما ثبت في قضية الحال, أن للزوج

131/ القرار الصادر بتاريخ 1984/10/22 تحت رقم 34327.

132/ القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25 ملف رقم 57752 المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول، ص 68.

مسكن آخر بنفس البلدية حسب اعترافه فان قضاة المجلس قد أخطؤوا بقضائهم من جديد برفض طلب الطاعنة بتخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالايواء فيه لاسيما وأن احتمال عدم وجود دولي يقبل إيواءها مع محضونيها قائمة ومتى كان كذلك استوجب نفض قرارهم جزائيا".[133]

المطلب الثالث: مايثبت للأولاد

الأولاد غاية الحياة الزوجية وثمرتها, وبهم تستمر الوجود الإنساني, ولذلك عنيت الشريعة الإسلامية والقانون بالمحافظة عليهم, وقررت لهم حقوقا مختلفة تتدرج معهم مند نشأتهم, وتضمن لهم عيشة كريمة ورعاية صالحة وأهم هذه الحقوق:

أولا: النسب

لأن به يتم إرساء قواعد النبوية على أساس سليم[134]. حيث حرص الإسلام على أن ينسب الولد لأبيه وعد دلك من نعم الوجود لقوله تعالى:" **هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا**"[135]

ونظمه المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 45 من قانون الأسرة وتبعه بمادة خصصها لمعالجة ظاهرن التبني التي حرمها الإسلام فأكد القانون ذلك في المادة 46 منه

ثانيا: الحضانة

الحضانة لغة: مأخوذة من الحضن وهو الجنب وهي الضم إلى الجنب.[136]

شرعا: تربية الولد, لمن له حق الحضانة.[137]

وعرفه المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 بقوله: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا" وقد أسند المشرع الجزائري

---

[133]/ القرار رقم 105366 بتاريخ 1993/04/27.المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثاني، ص 88.

[134]/ عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 249.

[135]/ سورة الفرقان، الآية 54.

[136]/ رمضان علي الشرنباصي، المرجع السابق ،ص 192.

[137]/ أحمد فرج حسين، مرجع سابق، ص 220.

الحضانة للأم وتلاها بأقارب من النساء تم عاد إلى الأب تم أمه وانتقل إلى الأقارب في المادة64 من قانون الأسرة بقوله: " **الأم أولى بحضانة ولدها تم أمها تم الخالة نم الأب فأمه فالأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك"**

وهناك شروط عامة لابد من توافرها في الحاضنة حتى يثبت أهليته لذلك من الإسلام, البلوغ, العقل, الأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانته صحة وخلقا.[138]

وقد اشتملت المادة 62 من فانون الأسرة على هذه الشروط باستعمالها لعبارة "أهلا للقيام بذلك" دون أن تفصل في هذه الشروط.

وتسقط الحضانة بتزوج الأم بغير قريب محرم وبتنازل الحاضنة عن هذا الحق وباختلال الشروط المادة62 ق أ, وإذا لم تطلب في أجلها القانوني المحدد بمدة تزيد عن سنة بدون عذر ونص على هذه الأسباب في المواد 66 الى70ق أ.

ثالثا: نفقة المحضون وسكنه

إن مسألة نفقة المحضون ويكناه قد تضمنتها المادة 72 ق أ حيث نصت على: "نفقة المحضون من ماله إذا كان له مال, وإلا فعلى والده أن يهيء له سكنا وان تعذر فعليه أجرته"

وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 29-11-1994 تحت رقم 112705 الذي قضى:" من المقرر أن نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال, وإلا فعلى والده أن يهيء له سكناه, أما إذا تعذر فعليه أجرته, ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم المنتقد على أن الطاعن لا يحق له المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة أو أجرته, إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فإنهم بذلك قد أساؤو تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام الطعون ضده بتوفر سكن للحاضنة أو تسليم أجرته مما يتعين عليه نقض و إبطال القرار دون إحالة".[139]

---

[138]/ رمضان علي الشرنباصي، المرجع السابق ،ص 177.

[139]/ قرار المحكمة العليا بتاريخ 1994/30/29 تحت رقم 112705.

وقد أعطى القانون للمطلقة الحق في السكن وفق الشروط التي جاءت بها المادة 52 فقرة 02 ق أ.

- أن تكون حاضنة سواء قل أو كثر عدد المحضونين
- أن تتوفر قدرة الزوج على ضمان السكن وان لم يكن ذلك بوسعه سقط حقها

رابعا: حق الزيارة

جاءت المادة 64 فقرة 02 :" على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" وهذا يعني أنه إذا حكم القاضي بالتطليق يتوجب عليه إسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها الحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون وذلك في ساعات وأيام وفي أماكن محدد وفي العطل والمواسم الدينية وإذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره, يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 16 أفريل 1990 تحت رقم 59784 جاء فيه: "متى أوجبت أحكام المادة64 ق أ أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فانه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار, فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم لما بحت دون إليه والتعاطف معه, ومن ثمة فان القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون, ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[140]

[140]/ قرار المحكمة العليا59784 الصادر بتاريخ 1990/04/16.

الفصل الثاني: شروط و آثار الخلع

إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع بل أهملها واكتفي بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال تدفعه الزوجة ويكون متفق عليه من طرف الزوجان, أما إذا اختلفي فقاضي هو الذي يحدد مقداره, بحيث لا يتجاوز مهر المثل,كما أن الخلع يرتب أثرا على كل من: الزوجة والزوج والأولاد وقد تكون ايجابية أو سلبية, وهذا مسنتناوله بتفصيل في الفصل الثاني بحيث نتعرض في المبحث الأول إلى شروط الخلع اعتمادا على قواعد الفقه العامة وفي المبحث الثاني الآثار فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع .

المبحث الأول:

لم يتعرض القانون الجزائري لشروط الواجب توافرها لصحة الخلع واكتفى فقط بإشارة إلى ضرورة وجود اتفاق بين الزوجين حول مبدأ الطلاق بالمخالعة وفي المادة54 من قانون الأسرة وهي المادة الوحيدة التي تعرضت لمسألة الخلع, مما يستوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة, وهذا ما سنتعرض إليه من ثلاثة مطالب المطلب الأول قيام الرابطة الزوجية المطلب الثاني صيغ الخلع والمطلب الثالث بذل الخلع.

المطلب الأول: قيام الرابطة الزوجية

يشترط في الخلع قيام الرابطة الزوجية, فلا يجوز للمرأة إن تخالع رجلا أجنبيا عنها, أي لابد من توافر عقد زواج صحيح, فاذا كانت الرابطة الزوجية فاسدة فلا يقع الخلع.

إذا كانت قائمة في عقد صحيح, ولم يقع دخول أو طلاق, فان الخلع يقطع هذه الرابطة, ولو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها, لأن في هذا الطلاق تبقي زوجتها قائمة من جهة وملكية الاستمتاع بها لم ترفع من جهة أخرى.

فإذا توافرت شروط الرابطة الزوجية فالسؤال المطروح: من يصح خلعه؟وهناك قاعدة اتفق عليها الفقهاء "من يصح طلاقه صح خلعه"

أولا: الموقف الفقهي

رأي الحنفية: قالوا لا يصح للصغيرة أن تلتزم العوض المالي فادا قال لها الزوج "خلعتك على عشرين خنيها" و"قالت قبلت" وهي مميزة تعرف أن الطلاق يوجب الفرقة بينهما ويحرمها من زوجها فإنها تبين منه ولا يلزمها الحال, لأنه تبرع و الصغيرة لبس أهل للتبرعات.

وقد نتساءل هنا:هل للأب اختلاع ابنته الصغيرة؟ و الجواب إذا اختلعها بمالها أو مهرها وقع الطلاق ولا يلزمها شيء كما لا يلزمها الأب شيء في الأصح, ذلك لأنه معلق على قبوله, ولا يلزمها الأب,وبعضهن يري أن معلق يلزم المال فادا لم يلزم فلا طلاق, هذا وإذا اختلعها الأب على مالها وهي صغيرة ثم كبرت وأجازت ذلك صح الخلع ولزمها البدل, أما إذا اختلعها بماله يصح الخلع ويلزمها المال, وكما لا يصح للصغيرة أن تخالع زوجها بمال فكذلك لا يصح للسفيهة, فإذا خالعت زوجها على مال وقع الطلاق ولا يلزمها المال.[141]

أما الكبيرة الراشدة فلا يصح لأحد أن يخالع عنها من مالها بذرن ادنها فإذا خالع عنها الأب من مالها بدون ادنها فانه يصح ويلزمه المال ولا يتوقف على قبولها.

أما إذا كانت مريضة مرضا ماتت فيه وخالعته على مال في ذلك المرض فانه يصح بشرط أن يكون في حدود الثلث لأنه تبرع أما الأهلية الزوج المخالع أو المطلق فهي ضرورية فلا يصح طلاق الصغيرة ولا المجنونة ولا المعتوه بخلاف السفيهة فانه طلاقه يقع لأنه محجور عليه في التصرف المالي فقط, فهل للأب أن يخالع ابنه الصغير؟ والجواب أنه لا يصح فلو قالت الزوجة الصغيرة للأب "خالعني على عشرين جنيها, أو على صداقي نيابة عن ولدك"لها :"خالعتك على ذلك" كان ذلك لغوا من القول لا أثر له, وإذا خالع الصغير زوجته أو طلقها فخلعه أو طلاقه باطل لا يصح, ولا تتوقف صحته على إجازة الوالي أصلا ومثله المجنون و المعتوه.[142]

---

[141] / عبد الرحمن الجزيري- مرجع السابق- صفحة .352.

[142]/ عبد الرحمن الجزيري،/مرجع سابق,ص354_355

رأي المالكية:قالوا لا يصح للصغيرة ولا السفيهة أن يباشرن مخالعة الزوج بعوض مالي, ومثلهن الأجنبية المتصفة بهذه الوصفات, فان خالعهن الزوج على مال وقبضه فلا يصح الخلع ويجب عليه رد المال الذي قبضه إلا إذا أذن الولي أو السيد في الخلع, فإذا أذن فانه يصح الخلع ولزم العوض وهل للمرأة المريضة مخوفا أن تخالع زوجها على مال, و إذا خالعته هل يقع الطلاق ويلزم العوض أم لا؟

والجواب:أنه يحرم على الزوجين أن يتخالعا في زمن المرض, ولكن إذا وقع الخلع بينهما في مرض الزوجة فانه الطلاق البائن ينفد ولا يتوارثان ولو ماتت في العدة, أما الزوج المريض مرضا خطيرا فانه اذا خالع زوجته فانهالخلع ينفد والعوض يلزم ولكنه حرام, إلا أن الزوجة ترث منه إذا مات. سواء كانت في العدة أو انقضت عدتها حتى لو تزوجت غيره من أزواج أما هو فلا يرثها إذا ماتت قلبه لأنه أضاع ما بيده.[143]

أما ما يتعلق بالزوج المخالع فيشترط فيه ما يشترط في المطلق, ومنها أن يكون مسلما مكلفا فلا يصح خلع الصبي والمجنون, فهل لأب الصغير والمجنون أن يخالع زوجتيهما؟

والجواب: نعم يصح بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما, وهل لأب الصغير والمجنون أن يطلق عنها بغير عوض؟ وفي هذا خلاف.فبعضهم يقول أنه يصح, وبعضهم يقول أنه يصح إذا كان في طلاقه عنها مصلحة, كما إذا اظهر ؟أخلاق فساد أخلاق الزوجة.

أما السفيه البالغ فيصح أن يتولى الخلع بنفسه,فإذا كان المال الذي خالع به يساوي المال الذي يخالع به مثله فذاك وان خالع بدونه, فانه يجب على ملتزم العوض أن يملكه له ولكن المال الذي يخالع به السفيه لا يسلم له, بل لابد من تسليمه لوليه حتى تبرأ ذمة الزوجة أو ملتزم العوض منه فلا يجوز لأبيه أن يخالع عنه لأن السفيه البالغ يملك الطلاق.[144]

---

[143] / عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ص 355-356.
[144] / عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 356.

رأي الشافعية: قالوا أنه يشترط في ملتزم العوض المالي أن يكون مطلق التصرف في ماله فلا يكون محجوزا عليه حجز سفه, سواء كانت الملتزمة الزوجة أو غيرها, فإذا كان محجوزا عليه لسفه فانه لايصح التزامه لعوض الخلع ولو بإذن وليه فإذا أذن له وليه وفعل لايلزمه المال في مثل عوض الخلع.

أما ملتزمة العوض المريضة مرض الموت فيصح أن تخالع زوجها في حدود التصرف في مالها بغير تبرع فإذا كان العوض يساوي مهر المثل, فانه ينفد لأن مهر المثل في نظير حل العصمة, فليس فيه تبرع, أما إذا كانت الزيادة على المهر المثل, فذلك يعد تبرعا وفي الحالة ينظر إن كانت الزيادة أقل من الثلث, فانه له أخدها بدون اعتراض وان كانت أكتر وأجاز الورثة فانه يأخذها.[145]

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

أما شروط الزوج المخالع فيشترط فيه أن يكون مكلفا فلا يصح من صبي أو المجنون أو المعتوهالا السكران فيصح خلعه تطليقا عليه أما خلع السفيه المحجور علية فيصح, ولا يبرأ ملتزم العوض بالدفع للوالي إلا إذا قيد أحدهما الطلاق بالدفع له.[146]

رأي الحنابلة: قالوا يشترط في ملتزم العوض أن يكون أهلا للتصرفات المالية فلا يصح الخلع بعوض من الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها لسفه, ولو بإذن الوالي لأن مال الخلع تبرع ولا إذن للوالي في التبرعات وقد أجاز البعض إذا كان في ذلك مصلحة.

---

[145]/ عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ص 359.
[146]/ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، 359.

أما شروط الزوج المخالع فهي شروط المطلق فيصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه فيصح خلع المسلم البالغ والصبي المميز الذي يعرف معني الطلاق ويفعله والرشيد والسفيه لأن كل واحد منهم زوج يصح طلاق فيصح خلعه.[147]

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

لم يرد في نص المادة 54 من قانون الأسرة الشروط الواجب توافرها في كل من الزوجة والزوج و التي سبق وأن تناولناها في الفقه, الا أنه بالرجوع إلى المواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعض من أحكامها, ذلك أن المشرع في نص المادة السابعة من ق أ نص على "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة 18 سنة وللقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة " ولا يكون هذا إلا بأمر من القاضي وهذه المادة تكفينا للتكلم عن شروط الأهلية عند مخالعة الزوج لزوجته أي أن يكون متمتعا بقواه العقلية أو غير محجور عليه طبقا للمادة 85 من ق أ والتي تعتبر تصرفات المجنون والعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه.

إلا وقع باطل, ولا ينتج أي أثر لأن الخلع تصرف قانوني ذي أثر مال يحتاج إلى أهلية التصرف وبغيابها ينوبه وليه طبقا للمادة210 فقرة 2 من ق أ.

ولكن الحال الذي يستدعي النظر هنا هو الزوجة التي أعفاها القاضي من سن الزواج ان أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني. فهل يصح لها ذلك؟ ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية وتصرفات تخضع لإجازة وليها طبقا للمادة83 ق أ.

أما بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت, عرض الزوجة للمخالعة مقبول وتكون ملزمة ببدل الخلع فالمرض لا يوجد الحجر إلا إذا تسبب في إضعاف العقل فيحجر عليها بحكم قضائي, فأما وقوع الخلع فلأنها عاقلة رشيدة وأما لزوم العوض فلأنها قبلت ماخالعها زوجها عليه.

---

[147]/ عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ص 360.

وفي حالة وفاتها فبدل الخلع يكون لازما على أن يتجاوز ثلث التركة,وان زاد على مهر المثل لأنها تملك حق التصرف في مالها ماعدا التبرع أكتر من الثلث.[148]

المطلب الثاني: صيغ الخلع

لا بد للخلع من صيغة وفلا 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 بالقبول لابد منه, أما الفعل الذكور فلا يقع به الخلع, وان نوى به الطلاق, أو كان به الطلاق متعارفا.

وفي صيغة الخلع وشروطها نتعرض لتفصيل الى الموقف الفقهي ثم موقف المشرع الجزائري.

أولا:الموقف الفقهي

رأي الحنفية:قالوا بشأن الأحكام التي تتعلق بالصيغة أن يشترط في صحة القبول من الزوجة أن تكون على علم بمعنى الخلع واعتبروا يمينا من جانب الزوج فلو ابتدأ الخلع بقوله:"خالعتك على مائة" مثلا, فانه لا يملك الرجوع عنه, وكذا لا يملك فسخه ولا نهي المرأة عن قبوله وله أن يعلقه على شرط,ويضيفه إلى وقت.[149]

أما بالنسبة للزوجة فهو معاوضة المال, لأنها تعطي الرجل مالا ملكاله في نظير الطلاق وذلك معنى المعاوضة بين اثنين, أحدهما يعطي مالا لغيرة على سبيل الملك, وثانيها يعطي بدلا في نظير تملك ذلك المال, فإذا كان كذلك يصبح 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 "خالعتك على ذلك", ويبطل بقيام أحدهما عن المجلس قبل القبول, ولا للزوجة أن تعلقه على شرط ولا أن تضيفه إلى وقت.

---

[148]/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 255-256.
[149]/ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 368-369.

ويشترط الحنفية:مطابقة الإيجاب والقبول فإذا قال لها:"أنت طالق أربعا بثلاث مائة" فقالت:"قبلت ثلاثا" لم تطلق لأنه علق الخلع على قبولها الربع فإذا قبلت ثلاثا لم يتحقق المعلق عليه وإذا قال لها:"طلقتك على ألف" فقالت:" قبلت" فانه يقع ثلاث تطليقات بثلاث ألاف, وهدا بخلاف ما إذا قال لها :" خالعتك ولم يذكر", فقالت:" قبلت" ثم أعادلها اللفظ, فقالت:"قبلت" فإذا الثاني لايقع لأن الأول وقع بنائيا 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 فانه لا يحتاج إلى نية على قول وإنما الذي يتوقف على قبول سقوط حقها, وحينئذ يقع الطلاق باللفظ دون قبولها وهو بائن, فاذا كرره فان الثاني لايلحقه هذا إذا بدأ الزوج بالعوض, أما إذا بدأت الزوجة بأن قالت:"خالعتك نفسي منك بألف" وكررتها ثلاثا فقال :"قبلت" فانهلا يقع إلا بواحدة بألف على الصحيح.[150]

رأي المالكية: قالوا إذا عمل عملا يدل على الطلاق عرفا فانه يقع به الطلاق فإذا فرض وأعطت الزوجة لزوجها مالا وكان بيدها حيل فقطعه الزوج, وكان ذلك في عرف القوم طلاق فإنها تطلق بذلك طلاقا بائنا في مقابلة العوض, فإذا لم تغطيه مالا وكان ذلك في عرفهم أن يطلقوا بقطع الحبل, فانه يكون طلاق رجعيا فإذا لم يكن العرف جاريا بذلك وفعل ذلك ناويابه الطلاق, فانه قامت قرينة تدل على الطلاق لزم به الطلاق, مثلا إذا تنازع الزوج مع أهل الزوجة فقالوا: نرد لك ما أخدنا, وترد لنا بنتنا, ففعلوا كان طلاقا بائنا وان لم ينطق بالطلاق ولم يجربه العرف.

[150]/ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 368- 369.

والحاصل أن الطلاق بالفعل يصح بتحقق أحد الأمرين: أحدهما أن يكون الطلاق في عرف القوم بالفعل,كما مثلنا, ومنه ما إذا أغضب الرجل امرأته فخلعت أسورتها وأعطتها إياه فقبلها وخرجت من منزله فلم يمنعها وكان طلاقا في عرفهم, فانه يصح ويكون خلعا, وان لم ينطق بصيغة الطلاق,ثانيها أن تقوم قرينة تدل على الطلاق بالفعل فانه يقع كما سبق الذكر.

ويشترطون في الصيغة ثلاثة شروط هي:

1-أن تكون لفظا بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كانت صريحة أو كناية.

2- أن يكون القبول في المجلس,إلا إذا علقه الزوج بالأداء أو الاقباض فانه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس.

3- أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال.[151]

رأي الشافعية: قالوا: صيغة الخلع في 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 اذا قال:" فسخت نكاحك 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" فانه 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:"ابنتك" فانه لا يقع به الطلاق إلا بالنية وهكذا في كل ألفاظ الكنايات التي تقدمت.[152]

[151]/ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 369.
[152]/ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، 369.

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 :" إذا قبلت دفع العوض, فأنت طالق"وعلى هذا يصح له الرجوع قبل قبولها نظرا لجهة العوض.

أما شروط الصيغة فهي :

- أن يكون كلام واحد منهما مسموعا للأخر ولمن يقرب منه الحاضرين, ومنها أن يكون اللفظ الذي ينطق, فان جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه, فانه لا يصح ومنها أن بين الايجاب والقبول كلام, ومنها أن يتفق الإيجاب مع القبول, فإذا قال لها :"طلقتك بألف" فقالت:"قبلت واحدة بألفين" لا يقع شيء, وإذا قال لها :" طلقتك ثلاثا بألف" فقالت:"قبلت واحدة بألف" فان ثلاث تقع بألف وان ذلك لم يوافق القبول الإيجاب في الطلاق, لكنه وافقه في المال, والزوجة تملك المال والزوج يملك الطلاق وقد وافقته فيما تملك, فتلزم ويلزم بالثلاث.(1)

رأي الحنابلة: يشترط في صيغة الخلع عدة شروط:

1- أن تكون لفظا, فلا يصح الخلع بالمعاطاة واو نوى بها الطلاق, بل لابد فيه من إيجاب وقبول.

2- أن يكون الإيجاب والقبول في المجلس.

3- 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.

4- أن يعلقه على شرط .[153]

[153]/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 266-267.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

لم يتعرض القانون الجزائري للشروط التي يجب توافرها لصحة الخلع, تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقا لنص المادة 222 التي تنص على أنه"كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية", بحيث أنه اكتفي فقط بالإشارة إلى ضرورة وجود الاتفاق بين الزوجين حول مبدأ الطلاق, غير أن المحكمة العليا في قرارها المنشور الصادر بتاريخ 12 مارس 1969 أوضحت أن الخلع لا بتم إلا بالإيجاب والقبول الزوجين, وأنه يشترط اتفاقهما على المبلغ الذي تقدمه الزوجة لزوجها لقاء طلاقها, وأن عدم موافقة الزوج على المخالعة لا يؤثر على بقاء العلاقة الزوجية كما أنه في قرار الصادر 22 مارس 1968 قررت بأنه عندما يتفق الزوجان على مبدأ الطلاق بالمخالعة ويختلفان في بدل الخلع, فانه يمكن للقاضي بصفة المطلقة القيام بمهمة التحكيم.

وتحديد مقابل الخلع انطلاقا من مقدار الصداق المقدم للزوجة و الإضرار الواقعة.

فالخلع شرعا أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة تمكنها من طلب التطليق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه, واستحالة المعاشرة معه ولم يمنحه لها الفقه الإسلامي في صورة حق من الحقوق الزوجية مقابل حق الزوج بالطلاق بالإرادة المنفردة.

وعليه لا يجب الخلط بين الخلع كرخصة للزوجة, وإذا تخاصم الزوجان وحصا المشاقة ولم يتمكنا من إقامة حدود الله الواردة في المادة 53 من ق أ فالخلع كعقد تنائي الطرف أو اتفاق بين الزوج والزوجة لا يتم بالإيجاب وقبول ويشترط فيه ما يشترط في الطلاق من شروط والأركان, وأن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج ليس حقا لها تطليقه متى شاءت وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة.

المطلب الثاني:بدل خلع

ان الخلع سبق وان عرفناه بأنه ازالة ملك النكاح في المقابل مال تفتدي به الزوجة نفسها[154] والعوض هو الجزء الأساسي من مفهوم الخلع, فإذا لم يتحقق العوض لايتحقق الخلع, فأزوج إذا قال لزوجته خالعتك وسكت, ولم يذكر العوض فهذا لايكون خلع,بل انه يكون طلاق ان نوى ذلك.[155]

فما حكم أخد الزوج لبدل الخلع؟ وما يصح أن يكون بدلا؟ وما يشترط غيره؟ وللإجابة عن هذه الإشكاليات نتناول ذلك على ضوء الفقه والقانون وكذا اجتهادات المحكمة العليا.

أولا: الموقف الفقهي

يجوز شرعا أن يأخذ الزوج مالا أو ما يقوم مقامه في نظير خلاص منه, ولا إثم عليه في دلك لقوله تعالى:" فلا جناح عليهما فيما افتدت به"[156] فإذا كان البدل مساويا لما دفع للزوجة من مهر حل له أخده, 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 اختلف الفقهاء.[157]

رأي الحنفية: انقسم الحنفية إلى رأيين أولهما: أن أخد الزيادة جائز, لاشيء فيه انطلاقا من الآية السابقة:" فلا جناح عليهما فيما افتدت به" والتي رفعت الجناح عنهما في الاخد والعطاء من الفداء, من غير فصل بين ما إذا كان البدل مساويا أو زائد على المهر, ولأن الخلع معاوضة والبدل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين فان الزيادة التي تعطيها الزوجة من مالها تكون عن طيب

---

[154]/ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 110.
[155]/ السيد سابق، المرجع السابق، ص 132.
[156]/ سورة البقرة، الآية 229.
[157]/ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 570.

خاطر لقوله تعالى" آتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا".[158]

ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه :

كل ما يصح أن يكون مهرا صح أن يكون بدلا في الخلع, فيصح أن يكون من النقد أو عقار أو منقول, كما يصح أن يكون دينا في ذمة الزوج أو منفعة تقوم بمال, كما يكون بإرضاع الزوجة لولدها منه مدة معينة, أو حضانة المدة المقرر لها دون أن تأجد منه نفقة عليها أو تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة وعليها الوفاء بذلك, فان امتنعت عن القيام بما التزمت أو عجزت عن ذلك كان لمن خالعها الرجوع عليها فيما يقابل المدة الباقية.[159]

وإذا لم يستوف الزوج ما اتفق عليه يرجع إلى الزوجة بقية حقه أو على ورثتها ان ماتت أتناء المدة المتفق عليها, وإذا خالعها على ما يعتقد أنه حلال ويتبين أنه حرام كما لو قالت:اخلعني على ما في هدا الإناء من الخل, فتبين أنه خمر,قال الامامية والحنابلة يرجع عليهما بمثله خلا, وقال الحنفية : يرجع عليه بالمهر المسمى, أما الشافعية: يرجع عليها بمهر المثل, أما إذا خلع على مال باعتقاد أن البدل ملك للزوجة فظهر أنه لغيرها فقال الحنفية والأمامية:"إذا أجاز المالك صح الخلع وأخد الزوج المال وان لم يجز كان البدل له من المثل أو قيمته" كما قال الشافعية استناد إلى ماهو مقرر عندهم من متى ذكر البدل الذي لا يصح بدلا يبطل ويثبت بمهر المثل, وقال المالكية:يقع الطلاق بائن ويبطل العوض, وليس للمطلق شيء ولو أجاز المالك.[160]

وأضافوا أنه يشترط في العوض أن يكون حلالا فلا يصح الخلع على الخمر أو مال معصوب مثل المسروق فإذا خالعته على شيء من ذلك وقع الطلاق بائنا, أما إذا خالعته على

---

[158]/ سورة النساء، الآية 04.
[159]/ مجمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 566.
[160]/ عبد الكريم شهيون، المرجع السابق، ص 268.

شيء بعضه حلال وبعضه حرام, كما إذا خالعته على خمر وثوب فان الخلع ينفد والعوض يبطل, فلا شيء للزوج مطلق.[161]

كما يشترط في العوض أن يكون من النقود, فلا يصح أن يكون منفعة تقابل المال.[162]

وثانيها أن يأخذ الزيادة مكروه للآية السابقة:" فلا جناح عليهما فيما افتدت به" لأن آخر الأيةمردودة إلى أولها والتي تنتهي الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما أتوهن من مهور, واستثنى منها الأخذ في حالة ترك إقامة حدود الله, ويؤيد ذلك ماجاء في الحديث امرأة قيس بن ثابت أن الرسول الله- صلى الله عليه وسلم- قال:" أتردين عليه حديقته؟" فقالت:"نعم وزيادة", فقال:" أما الزيادة فلا" وبذلك نهى الرسول- صلى الله عليه وسلم- عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها.[163]

رأي الشافعية:يري انه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على الصداق أو على بعضه أو على مال آخر ولا فرق أن يكون البدل عينيا أو دينا أو منفعة وضابطه أن كل ما أجاز أن يكون صداقا جاز أن يكون عوضا في الخلع لعموم قوله تعالى:" فلا جناح عليهما فيما افتدت به".[164]

رأي المالكية:يري أنه لايحل شرعا أن يأخذ شيئا من زوجته إذا كان لسبب النشوز منه, وان أخد وجب عليه أن يرده إليها, وان التزمت بشيء في مقابل الخلع سقط عليها التزامها واستدلو في رأيهم بقوله تعالى:"لاتعضلوهن لتنهبوا ببعض ما أتيتموهن"[165] وقال تعالى" ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا".[166]

---

[161]/ عبد الرحمن جزيري، المرجع السابق، ص 362.
[162]/ بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 396.
[163]/ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 570.
[164]/ سورة البقرة، الآية 229.
[165]/سورة النساء، الآية 19.
[166]/ سورة البقرة، الآية 231.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

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

لم تبين هذه المادة ما يصح أن بكون بدلا للخلع وشروطه مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه, لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه المشرعنا,باعتباره أنه استعمل مصطلح"مال ليعبر عن بدل الخلع,والمال يمكن أن يكون من النقود أوالأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذلك الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا, أي كل ما يصح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل الخلع ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع, والذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقرر شرعا ولكنه لايجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا لأن الحضانة حق للمحضون.[167]

أما إذا اتفق الزوجين على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فانه يجوز للقاضي ان يتدخل لحسم الخلاف حول المبلغ المطلوب أداؤه فيحكم بالطلاق خلعا مقابل مال لايتجاوز قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع.

كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 22-04-1985 تحت رقم 36079 جاء فيه"من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فان أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع, باعتبار أن ذلك بعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع ومن ثمة يتعين على القاضي تقدير القيمة الخلع تم الحكم بالطلاق وتأكيد لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا

[167] / بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 271.

طلبت الطلاق بالخلع على مقدار صداقها واشترط مبلغا قدره خمسين ألف دج(50000) رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بالخلع وطلبهما له معا[168]

المبحث الثاني: آثار الخلع

أورد القانون الأسرة الجزائري آثار فك الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان آثار الطلاق ويندرج آثار الخلع في هدا الفصل باعتباره طريقا من طرق حل الرابطة الزوجية وهذا ما سنتعرض إليه في هذا المبحث.

المطلب الأول: الخلع بين الطعن بالاستئناف وعدم الطعن بالاستئناف

تنتهي دعوى الخلع إلى صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية لكن يثار التساؤل حول طبيعة الأحكام الفاصلة فيه, أن يستأنف من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا عند نظر في الطعون المعروضة عليها بشأن الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية الفاصلة في الخلع أنها تنقسم إلى أحكام يقبل الطعن باستئناف وأحكام لا تقبل الطعن باستئناف.

أولا: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع تصدر ابتدائية نهائية استناد إلى المادة 57 ق أ (الأمر02.05):" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف"

وبالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها أن الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للاستئناف وذلك عندما يطعن بالنفض في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه, كما تقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية

[168]/ القرار الصادر بتاريخ 1985/04/22 تحت رقم 36709 المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الأول ، ص 92.

الفاصلة في الاستئناف المرفوعة ضد أحكام الخلع وانتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا ورفضا موضوعها"[169]

وقبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشرة يؤكد أنها تعتبر أحكام الخلع نهائية .

وقد صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ 30 جويلية 1996 تحت رقم 141562 فصل في طعن الزوج بالنقض في القرار الصادر في 14 ديسمبر 1994 عن المحكمة الحراش مجلس القضاء الجزائر العاصمة إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا.[170]

ثانيا: أحكام الخلع قابلة للاستئناف

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالاستئناف, حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التوفيق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالاستئناف انتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع, كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات صادرة عن المجالس القضائية بعضها صدرت تأييد الحكم المحكمة الدرجة الأولى وبعض الأخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى, وصرح من جديد بالتفريق بالخلع وتكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنيا بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين من تلك الدعوى وأن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعوى الخلع يجري على درجة واحدة لتصرحت بنقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة.[171]

[169]/ عمر زودة، المرجع السابق، ص 162.
[170]/ عمر زودة، المرجع السابق، ص 162.
[171]/ عمر زودة، نفس المرجع ، ص 161.

المطلب الثاني: الأثار النفسية والاجتماعية

من خلال تعايشنا مع بعض حالات الخلع سواء أكان داخل المحاكم الشرعية أو من خلال مقابلات مباشرة لهؤلاء الأشخاص, حيث لحضنا أن الخلع يمكن تشبيهه بالسلاح ذو الحدين، ان استخدم في وقته فهو صالح للمرأة والأسرة, وان استخدم بطريق الخطأ, فقد يؤدي إلى تدمير الأسرة وضياع الأولاد, وعى هذا الأساس, فان الخلع آثار نفسية واجتماعية على المرأة والرجل سوف نوضحها كالتالي:

أولا: بالنسبة للمرأة

- يضعف مركز المرأة الاجتماعي, ويثير حولها الكثير من التساؤلات, ويجعلها تحمل لقبا خاصا "المخالعة" إضافة إلى تغير نظرة المجتمع لها نظرة خاصة الرجال.

- شعور المرأة بالقيود الاجتماعية على تصرفاتها, مما قد يؤدي إلى إصابتها بأمراض نفسية صعبة وغير مريحة.

- استنكار المجتمع الأهل للمرأة "المخالعة" باعتبارها عارا على الأسرة.

- الصعوبات والمتاعب النفسية والاجتماعية التي تحملها "المخالعة" بعودتها إلى بيت أهلها في الكثير من الأحيان, حاملة فشل الحياة الزوجية.

-الشعور المرأة التي تخلع زوجها بأنها أقل مرتبة اجتماعية, لرفض المجتمع لها بسبب العادات والتقليد.[172]

- الشعور بالندم وعدم الرضى عند الكثيرات من اللواتي أقبلن على الخلع, نتيجة تسرعهن وعدم إدراكهن عواقب الأمور.

[172]/ منال محمود المشني، قانون الأحوال الشخصية أحكام الخلع و آثاره، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط 1، سنة 2008، ص 153.

– اعتراف الكثيرات من اللواتي حصلن على الخلع بإنهاء مشكلة, وبداية مشكلات عديدة لديهن, وخاصة لمن لديها أولاد حيث تبدأ معاناة الرعاية والنفقة والوضع الاجتماعي الجديد الذي وصف بعدم تقلبه عند الكثير من أولاد النساء اللواتي أقبلن على الخلع.

– الخسارة المادية التي تلحق بعد الدخول, حيث تقوم برد مقدم الصداق والتنازل عن جميع حقوقها الزوجية, أما الزوجة قبل الدخول فالخسارة لديها أكبر وأعظم, حيث أنها تعيد ما استلمته من مهرها إضافة إلى ما تكلف به زوجها من نفقات الزواج.[173]

ثانيا: بالنسبة للزوج

– الشعور بالنقص وامتهان الكرامة بين الأهل والأصدقاء والمعارف والجيران.

– الأثار النفسية والأمراض العصبية التي يتعرض لها الكثير من الأزواج بعد الخلع, مما أثر كثيرا على مستوى أدائهم العملي الوظيفي.

– ومن الأثار الأكثر تأثيرا على الرجل. اضافة إلى هدم أسرته وتشتيت أولاده قد يخسر أمواله وعقاراته, التي كان قد ملكها لزوجته من ماله وجهده, تعبيرا عن حبه الكبير لها وتقته بها.

– كما أنه يؤثر على الأولاد كذلك ويرى المحلل النفسي ' أريك أريكسون' بأن المشاكل الأسرية والاجتماعية التي يتعرض لها الفرد أتناء نموه أكثر أهمية من المشاكل البيولوجية, وبناء على نظريات علماء النفس فمن الأصلح للأبناء أن يعشوا حياة فاسدة, ومناخا مشحونا بالخلافات المستمرة بين الأبويين, حيث يسود فيه عدم الاحترام والكثير من الاهانات.[174]

---

[173]/ منال محمود المشني،المرجع السابق، ص 154.

[174]منال محمود المشني، نفس المرجع، ص 155.

المطلب الثالث: الآثار العامة للخلع

أولا: سقوط الحقوق الزوجية أي تسقط الحقوق المالية لكل من الزوج والزوجة وقت الخلع[175] وقد ظهر رأيين هما :

الرأي الأول: يرى أبو حنبفة أن الخلع يسقط كل حق ثابت الفعل لكل من الزوجين كالمهر والنفقة المعتدة للزوجة, لأن الخلع قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين أما ما لم يثبت كنفقة العدة والسكن فلا تسقط فلا يسقط بالخلع الحضانة وأجرة الرضاعة غير أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزوج الذي وقع فيه الخلع.[176]

الرأي الثاني: يري الجعفرية أن الخلع لا يسقط به أي حق ولا يوجب به إلا ما اتفق عليه الزوجين بأي لفظ وقع لأنه شبيه بالمفاوضة, فلزوجة بعد الخلع المطالبة بالمهر أن تكن قبضته وبنفقتها المتجمدة وغير ذلك من الحقوق.[177]

ثانيا: التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع: أن يلتزم بدل الخلع في ذمة الزوجة, سواء أكان هذا البدل هو المهر أو بعضه أو شيئا آخر غير المهر, لأن الزوج علق طلاقها على قبول البدل, فيكون لازما في ذمتها لأنها رضيت به.[178]

- كما تسقط الحقوق المالية التي تكون ثابتة وقت الخلع لكل واحد من الزوجين قبل الآخر وبذلك تسقط الحقوق الأتية:

- المهر الذي بذمة الزوج, أو الباقي منه, وإذا حصل الخلع بعوض غير المهر فليس للزوجة أن تطالب بشيء من المهر.

---

[175]/ يوسف عبد الرحمن الفرن، مرجع سابق، ص 99.
[176]/ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 572.
[177]/ محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 573.
[178]/ يوسف عبد الرحمن الفرن، نفس المرجع ، ص 98.

– النفقة التي عجلها الزوج لزوجته من مدة مستقبلة لم تمض, فإنها تسقط بالخلع وليس للزوج أن يطالبها برد ما أخدت من نفقة.

– ما يستحقه الزوج من المهر بالطلاق قبل الدخول, إذا خالعها قبل الدخول فانه يسقط بالخلع, وهذا كله إذا كان العوض ليس المهر.

– أما نفقة العدة, وما كان ثابتا بسبب آخر كالديون العادية, فلا يسقط شيء منه بهذا الخلع, إلا إذا نص عليه.

– ولا تسقط حق المختلعة في السكنى, لأن خروجها من بيت الزوج معصية ثم قالوا: ولو ولو أبرأته عن مؤنة السكنى, بأن سكنت في بيت نفسها, أو التزمت مؤنة السكنى من مالها صح ذلك مشروطا في الخلع, لأنه خالص حقها.[179]

[179]/ يوسف عبد الرحمن الفرن، مرجع سابق، ص 99.

الخاتمة:

ان الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الامساك بمعروف أو التسريح بالاحسان وأي اخلال بهذا المبدأ أو أي عدول من الزوج عنه قد يلحق بالزوجة ضررا أيا كان نوعه اذا فعل ذلك لمجرد الحاق الأدى بها فلها الحق في طلب التطليق عليه ان أرادت مفارقته شريطة أن تؤسس طلبها على حالة من الحالات المذكورة على سبيل الحصر في المادة (53) من قانون الأسرة, واذا لم تستطع اتبات ذلك فقد خول لها المشرع مسلك آخر يمكنها من اللجوء اليه ألا وهو الخلع بشرط أن تدفع لزوجها مقابل افتداء نفسها منه وهذا طبقا للمادة(54) من قانون الأسرة.

الا أنه ورغم ما توصلنا اليه ولمسناه من بحثنا المتواضع يمكننا القول بأن المكشرع الجزائري لم يهتم بمسائل انحلال الزواج بالقدر الكافي وخاصة حالتي التطليق والخلع بحيث خص لكل حالة مادة واحدة فقط برغم من أهمية هذين الموضوعين وفائدتهما الكبيرة في المجتمع نظرا لما يترتب عليه من تشتيت للأسرة وتفريق الأولاد وأن اغفاله هذا قد يؤدي الى تضارب في الاجتهادات والأحكام وتناقضها من مجلس لآخر.

ويظهر جاليا اغفال مشرعنا لهذين الموضوعين اذا ما نظرنا الى ما قام به نظراؤه في الدول العربية الآخرى كسوريا ومصر والمغرب الأقصى الذي فصلوا أحكام الخلع والتطليق بشكل لا يترك مجال للبدل والنقاش.

وأمام سكوت المشرع واغفاله فيجب علينا دائما الرجوع الى مبادئ فقه الاسلامي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

وعلى هذا أساس يمكن أن نقدم بعض الملاحضات حول التطليق والخلع التي بامكان المشرع تداركها مستقبلا وتتمتل في :

- على المشرع الجزائري أن يحدد مفهةمي التطليق الخلع حتي لا يقع خلط بينهما كما عليه أن يبين شروط وأثار كل منهما كما هو الحال عليه في التشريعات العربية الأخرى.

- يجب عليه أن يبين التكييف القانوني لكل من الخلع والتطليق وأن يحسم مسألة ما اذا كان الخلع عبارة عن طلاق أم فسخ لأن كل حالة ولها أثارها الخاصة بها.

- وعليه أيضا أن يحسم مسألة كونهما حق اداري للزوجة أم مجرد رخصة تستعملها لكن بقيود.

- ولذلك يجب على المشرع الجزائري أن يضمن قانون الأسرة اجراءات خاصة برفع الدعوى في مادة الأحوال الشخصية توجه القضاة والمتقاضين على حد السواء الى معرفة اجراءات المحاكمة والتقاضي التي بجب عليهم اتباعها.

قائمة المراجع والمصادر:

المراجع:

القرآن الكريم

1/أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي, الجامع لأحكام القرآن,المجلد الثالث, دار الكتب العلمية بيروت, الطبعة الخامسة سنة 1996

2/أحمد فراج حسين, أحكام الأسرة في الإسلام, دار الجامعية الحديثة سنة 2004

3/الأستاذ أبو البصل في فقه الأسرة, دار القلم, الطبعة الأولى سنة 2003

4/بدران أبو العينين, الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون,الزواج والطلاق, الجزء الأول, دار الطباعة بيروت,لبنان.

5/الأستاذ مصطفى الشلبي, أحكام الأسرة في الإسلام, الطبعة الرابعة, دار الجامعية لبنان سنة 1983

6 /الدكتور محمد كمال إمام, الطلاق عند المسلمين, دراسة فقهية قانونية, دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية,سنة 1997

7/الأستاذ بلحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري, الجزء الأول, ديوان المطبوعات الجامعية لسنة2005

8/ الأستاذ عبد الكريم شهبون, مدونة الأحوال الشخصية المغربية, الجزء الأول, الطبعة الثانية, دار النشر المعرفة الرباط.

9/ الأستاذ عمر زودة, طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها, دار النشر أنسكلوبيديا.

10/عثمان تكروري, شرح الأحوال الشخصية, دار الثقافة, سنة 2004

11/الأستاذ فضيل سعد, شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق, الجزء الأول, المؤسسة الوطنية للكتاب,سنة 1986

12/ لسان العرب, لأبن منظور, دار احياد التراث العربي, بيروت لبنان.

13/منال محمود المشني, قانون الأحوال الشخصية أحكام الخلع وآثاره, دار الثقافة للنشر والتوزيع, الطبعة الأولى لسنة 2008

14/ الدكتور رمضان على السيد الشرنباصي, أحكام الأسرة في الإسلام, منشورات الحلبي الحقوقية

15/الدكتور عبد الرحمن الجزيري, الجزء الرابع, كتاب الفقه على المذاهب الأربعة, المكتبة التوفيقية.

16/عبد العزيز سعد, الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري,طبعة الثالثة, دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر

17/الأستاذ عبد القادر حرز الله, خلاصة في أحكام الزواج والطلاق,دار الخلد, الطبعة الأولى سنة 2007

18/عبد الرحمن بن ناصر السعدي, تسيير الكريم الرحمن, مؤسسة الرسالة, الطبعة الأولى سنة 1996

19/ السيد سابق, فقه السنة, الجزء الثاني, مكتبة دار التراث.

20/الدكتور وهبة الزحيلي, الفقه الإسلامي, الجزء السابع, الطبعة الأولى, دار الفكر ببيروت سنة 1984

21/يوسف عبد الرحمن الفرن, قضايا في قضية المعاصرة, دار الفكر العربي, الطبعة الأولى , سنة2004

المجلات:

نشرة القضائية لسنة 1986 عدد الأول

المجلة القضائية لسنة 1986 عدد الأول

-المجلة القضائية لسنة 1989 عدد الثالث

-المجلة القضائية لسنة 1990 عدد الثالث

-المجلة القضائية لسنة 1991 عدد الأول

-المجلة القضائية لسنة 1991 عدد الثالث

-المجلة القضائية لسنة 1991 عدد الرابع

-المجلة القضائية لسنة 1993 عدد الثاني

-المجلة القضائية لسنة 1993 عدد الرابع

-المجلة القضائية لسنة 1994 عدد الثاني

الفهرس

مقدمة .....**(1)**

المبحث التمهيدي: ماهية الخلع والتطليق.....(4)

المطلب الأول : ماهية التطليق.....(5)

الفرع الأول : تعريف التطليق.....(5)

الفرع الثاني: دليل مشروعيته.....(6)

الفرع الثالث : طبيعة التطليق.....(8)

المطلب الثاني: ماهية الخلع..... (11)

الفرع الأول : تعريف الخلع.....(11)

الفرع الثاني : دليل مشروعيته .....**(15)**

الفرع الثالث :طبيعة الخلع.....(17)

الفصل الأول: أسباب التطليق وآثار مترتبة عليه.....(21)

المبحث الأول: أسباب التطليق.....(22)

المطلب الأول: أسباب تتعلق بتخلي عن التزامات العائلية وزوجية...(23)

المطلب الثاني: أسباب لحكم بعقوبة وارتكاب فاحشة.....(40)

المطلب الثالث : الضرر والشقاق.....(47)

المبحث الثاني: آثار المترتبة عن التطليق.....(57)

المطلب الأول: التطليق بين طعن بالاستئناف وعدم طعن بالاستئناف (57)

المطلب الثاني: ما يثبت للزوجة.....(60)

المطلب الثالث: ما يثبت للأولاد.....(63)

الفصل الثاني : شروط الخلع وآثار المترتبة عنه.....(66)

المبحث الأول: شروط الخلع.....(67)

المطلب الأول: قيام رابطة زوجية.....(67)

المطلب الثاني: صيغ الخلع.....(73)

المطلب الثالث: بدل الخلع..... (78)

المبحث الثاني : آثار الخلع.....(83)

المطلب الأول: الخلع بين الطعن بالاستئناف وعدم الطعن بالاستئناف(83)

المطلب الثاني: الآثار النفسية الاجتماعية.....(85)

المطلب الثالث: الآثار العامة.....(87)

الخاتمة.....(90)

المراجع.....(93)