



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة سعيدة : "د/مولاي الطاهر"

مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في  
العلوم القانونية و الإدارية  
بعنوان

# التطبيق و الخلع

تحت إشراف الأستاذة :

بن عودة حوية

من إعداد:

+ سليمان محو

+ سعيدي بغداد .

الموسم الجامعي 2010 - 2011



## مقدمة:

كما نعلم أن 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 و اتقوا الله الذي تسائلون به و الأرحام إن الله كان عليكم رقيبا" و شرع الله سبحانه وتعالى الزواج و جعله وسيلة للاستقرار و السكون وبناء أسرة متماسكة لقوله تعالى : "مَنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ " ، لكن قد تعترض الحياة العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمور تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق و الخصام المستمر بين الزوجين بدل أن تكون سببا للثلاث و الوئام، و تصبح العيشة مستحيلة بين الزوجين لأي سبب كان و من عظمته تبارك و تعالى أن جعل لنا في كتابه الكريم وفي سنة نبيه عليه الصلاة و السلام الحلول و المنافذ لكل المشاكل التي قد تواجه الإنسان و منها المشاكل الأسرية التي تؤدي إلى استحالة المعيشة و الى دمار هذه الأسر فقد يسر الله سبحانه و تعالى هذا في الطلاق الذي أجازة في الأحوال التي تصعب فيها استمرارية الرابطة الزوجية ، رغم أنه من أبغض الحلال عند الله لكنه يبقى الوسيلة الوحيدة في العديد من الحالات كما سنرى في لب الموضوع ، وان كانت العصمة في يد الزوج يستطيع أن يطلق زوجته في أي وقت، فللزوجة أيضا طرق من أجل حل الرابطة الزوجية و هنا قد يكون اما بطلب التطلاق للأسباب المذكورة في المادة 53 أو أن تخالع نفسها و هذا حسب المادة 54 .

وإن السبب الرئيسي وراء اختيارنا لموضوع التطلاق و الخلع يتمثل في نقطتين أساسيتين:

- 1- الرغبة الذاتية للإطلاع على أحكام التطلاق و الخلع، والإلمام بها.
  - 2- جهل كثير من الناس لأحكام التطلاق و الخلع و التي تعتبر حق من حقوق المرأة.
- وللدراسة و التعمق في هذا الموضوع اعتمدنا على جملة من المصادر و الكتب التي نذكر منها على سبيل المثال :
- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري للدكتور بلحاج العربي الذي اعتمدنا عليه خاصة في موضوع التطلاق.
  - كذلك الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري للدكتور عبد العزيز سعد، الذي كان ملما بموضوع التطلاق من كل جوانبه و لكن أخذنا منه ما يهم دراستنا، كالمعرفة موقف المشرع الجزائري اتجاه أسباب التطلاق و ما يخص التوابع المنجزة عن الخلع.
  - وكذلك أحوال شخصية للإمام محمد أبو زهرة و الفقه على المذاهب الأربعة للدكتور عبد الرحمن الجزيري، الذي كان له الفضل الكبير في معرفة الموقف الفقهي اتجاه كل سبب من أسباب التطلاق و شروط الخلع.
- ولكن بالرغم من اعتمادنا الكبير على هذه المصادر و الكتب، لكن هذا لم يمنع من الأخذ بمجموعة كثيرة و متنوعة من المراجع و يمكن تلخيصها على سبيل المثال فيما يلي :
- الطلاق عند المسلمين-دراسة فقهية و قانونية للدكتور "محمد كمال إمام" والذي تعرضنا إليه عندما تطرقنا إلى دليل مشروعية التطلاق من الإجماع .
  - فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون للدكتور محمد مصطفى شبلي للمعرفة موقف الفقهي اتجاه أحكام الخلع.
  - التطلاق في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين لعمر و عيسى الفقهي لتعريف بعض المفردات الصعبة فيما يخص العيوب.

ولكي نتعرض بالتفصيل لهذين الموضوعين و هما التطلاق و الخلع ارتأينا أن تكون الإشكالية كالتالي:

ما حكم الطلاق لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 ، وهل أن المشرع قد ألم بها كلها أم انه قصر في بعضها ؟ وما رأي الفقه في ذلك؟ وهل للزوجة أن تخالع نفسها على عوض بمجرد كرهها لزوجها ؟ وما حكم الخلع وما شروط وقوعه لكي يكون صحيحا ؟

إن الدراسة التي اعتمدها لمعالجة هذا الموضوع هي دراسة كل عنصر من عناصر الموضوع من الناحية القانونية النظرية وفي حالة ما إذا كان فيه اختلاف نتعرض إليه وذلك بالتطرق إلى موقف وآراء الباحثين وكذا موقف فقهاء الشريعة ثم بعد ذلك نعالجه من الناحية القضائية أي موقف المحكمة العليا بالنسبة إليه وذلك بتدعيمه بقرارات وأحكام قضائية إن وجدت.

لكن عند معالجتنا لهذا الموضوع واجهتنا بعض الصعوبات والعراقيل من بينها، قلة المراجع الجديدة بعد التعديل الجديد. وكذلك الصعوبة في التوفيق بين المقاييس الفصلية والبحث، وتكاليف البحث.

### أما خطة البحث:

فقد تم تقسيم المذكرة إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول التطبيق وأحكامه وضمناه ثلاث مباحث فالمبحث الأول خصصناه لماهية التطلق، وعالجناه في ثلاث مطالب فالمطلب الأول تطرقنا إلى تعريف التطلق و دليل مشروعيته أما المطلب الثاني تعرضنا إلى طبيعة التطلق وشروطه أما المبحث الثاني فتعرضت فيه إلى أسباب التطلق، وعالجناه في مطلبين فالمطلب الأول تطرقنا إلى الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية و العائلية أما المطلب الثاني تعرضنا إلى الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها جزائيا أما المطلب الثالث فتناولنا فيه التطلق للضرر أما المبحث الثالث فتعرضنا فيه إلى الآثار المنجرة عن التطلق ففي المطلب الأول تطرقنا إلى طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في شأن التطلق أما المطلب الثاني تعرضنا إلى توابع التطلق.

أما في الفصل الثاني فعالجنا مسألة الخلع و أحكامه وقد قسمته إلى ثلاث مباحث فخصصنا المبحث الأول لماهية الخلع ، أما المبحث الثاني فتعرضت فيه إلى شروط الخلع وعالجناه في ثلاث مطالب فالمطلب الأول تطرقنا إلى قيام رابطة الزوجية و الشروط الواجب توافرها في ملتزم البديل والزوج أما المطلب الثاني تعرضنا إلى صيغة الخلع أما المطلب الثالث فتناولنا فيه بدل الخلع، أما المبحث الثالث فتعرضنا فيه إلى الآثار المنجرة عن الخلع وعالجناه في مطلبين فالمطلب الأول خصصناه لطبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع ، والمطلب الثاني خصصناه لتوابع الخلع.

## الفصل الأول : التطلاق وأحكامه

إن الشريعة الإسلامية قد ساوت مركز الزوجة بمركز الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية وكذا القانون الذي منح للزوج حق الطلاق وهو حق إرادي يمكن استعماله في أي وقت وفي مقابل ذلك لم تهمل حق المرأة في خلاصها من العلاقة الزوجية إذا ما جلبت لها أضراراً مادية أو معنوية بحيث تصبح لا تطيق معايشة زوجها و ترى في استمرارها زيادة في البغض و الكراهية، عندئذ فتح لها الشرع باباً لنوع من الطلاق تتخلص فيه من الرابطة الزوجية إذا أثبتت إضرار الزوج بها عند توافر أحد الأسباب المنصوص عليها شرعاً و قانوناً، و هذا ما يعرف بالتطلاق بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادة 53 من القانون الأسرة و لذلك سنتناول مسألة التطلاق في ثلاثة مباحث، بادئين بماهيته لنتعرض بعدها لأسبابه و ننتهي في الأخير بالآثار المترتبة عنه.

### المبحث الأول: ماهية التطلاق

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

### المطلب الأول: تعريف التطلاق و دليل مشروعيته

في دراستنا لماهية التطلاق سنتناول في فرع أول تعريف التطلاق وفي فرع ثاني دليل مشروعيته.

## الفرع الأول: تعريف التطلاق

لم يعرف المشرع الجزائري التطلاق و اقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، و بالرجوع إلى معناه في اللغة نجد أصل كلمة "تطلاق" يعود إلى (طلق-تطليقا) ، و قد عرفت محكمة النقض الدولية الطلاق بأنه حل رابطة الزوجية الصحيحة بلفظ الطلاق الصريح، أو بعبارة تقوم مقامه تصدر ممن يملكه و هو الزوج أو نائبه (1)، و التطلاق مشتق من الطلاق، يقوم به القاضي نيابة عن الزوج و جبرا عنه إذا توفرت الأسباب الشرعية و القانونية لذلك.

أما في الاصطلاح فهو فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة يستند عليه في طلبها ويكون للقاضي السلطة الكاملة في إيقاعه، وذلك عند رغبة الزوجة في الطلاق من توفر لديها سبب مشروع تطبيقا لنص المادة 53 ق أ ج ضمن الحالات المحددة والمحصورة (2).

إذا كان المشرع قد أعطى للزوج حق طلب الطلاق في أي وقت ومتى شاء دون أن يقيد طلبه بقيد معين لأن العصمة الزوجية بيده فإنه بالنسبة للزوجة التي تريد طلب التطلاق فقد قيدها بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة.

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

1- محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية- الطبعة الثانية- دار محمود للنشر و التوزيع- مصر 1994، ص 8.

2- ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 الصادر بتاريخ 9 يونيو 1984 والمعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 05-02.

أما في مذهب أبي حنيفة فلم يكن يملك القاضي إلا الطلاق لعيب في الزوج وقصر العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية وهي الجب والخصاء والعنة وزاد محمد (ولي مصر) الجنون والجدام والبرص.

أما الإمامين مالك وأحمد فقد توسعوا في ذلك بحيث اقتبس ولي الأمر في مصر من المرأة فكان التفريق لعدم الإنفاق، والتفريق للعيوب المستحكمة من غير تقيد بعدد معين والتفريق للضرر وللغياب وللسجن. (1)

وما نلاحظه أنه لم يقم فقهاء الشريعة الإسلامية ولا الفقه القانوني بإعطاء تعريف شامل ودقيق للتطلاق وإنما كل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات أو الأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطلاق ويكون ذلك أمام القاضي الذي يثبت به حكم.

وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/12/03 جاء فيه " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطلاق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ". (2)

## الفرع الثاني: دليل مشروعية التطلاق

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

ويعتبر الكتاب والسنة والإجماع الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل وعليه سنتناول سند ودليل مشروعية التطبيق من خلالهم فيما يأتي:

### أولاً: من الكتاب

لم ترد آيات في الكتاب الله الكريم تدل صراحة على مشروعية التطبيق إلا أن هناك من الآيات ما يدل ضمناً على أن المرأة حق طلب التطبيق إذا لحق بها ضرر منها قوله تعالى: { وَ لَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا } (3)

و قوله تعالى: { وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ } (4)

- 1- الإمام محمد أبو زهرة، أحوال شخصية الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر 1377 هـ- 1957 م، 348.
- 2- المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/12/03 ملف رقم 35026 م.ق 89 عدد 1989/4 ص 86.
- 3 سورة البقرة الآية 231.
- 4 سورة النساء الآية 19.

### ثانياً: من السنة:

روى حميد ابن عبد الرحمان عن أبي موسى قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- "يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين تُطلق المرأة من قبل عدتها"

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

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

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

### ثالثاً: من الإجماع:

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول -صلى الله عليه وسلم- حتى اليوم على جواز الفُرقة، و هي محضورة أصلاً و لا تباح إلا لحاجة أو ضرورة، و إباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام، و تكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين و واجباتهما ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب ملحة.

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

### المطلب الثاني: طبيعة التطبيق و شروطه

بعدما تطرقنا لمفهوم التطبيق في المطلب الأول فيمكن أن نعطي نظرة ولو مختصرة عن طبيعته وشروطه في دراستنا لهذا المطلب بتناول في فرع أول طبيعة التطبيق وفي فرع ثاني إلى شروطه

## الفرع الأول: طبيعة التطلق

يعتبر التطلق رخصة استثنائية منحها المشرع للقاضي، وممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدة قيود وشروط وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقضاء.<sup>(2)</sup>

لأن المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج قد ينقضي بناء على واقعة تتمسك بها الزوجة أمام القضاء وإثبات هذه الواقعة ينشأ للزوجة حق إرادي في إنهاء هذا المركز أي بمعنى أن هذه الفرقة تدخل تحت

---

1- محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين-دراسة فقهية و قانونية-، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية ل، إسكندرية، مصر، 1997 صفحة 30.  
2 - عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، دار الطبع - ثالثة- الجزائر، 1999 ، 2000، ص 242.  
نظام الفسخ.

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

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

كما يجدر بنا القول أن الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئاً من المهر أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى، و إن لم يكن استحققت المتعة<sup>(1)</sup>.

حيث يرى الأحناف أن كل فرقة من جانب الزوج ولا يمكن أن تكون من جانب المرأة فهي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء، أما الفرقة التي تكون من قبل الزوجة ولا يمكن أن تكون من جانب الزوج فهي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته.

أما بالنسبة للشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى القول بأن الفرق التي تقع من الزوج أو نائبه تعتبر طلاقاً أما ما عدا ذلك فتعتبر فسحاً.

بينما ذهب المالكية إلى أن الفرق بين الطلاق والفسخ يكمن في السبب الذي أدى إلى الفرقة فإن كانت فرقة من زواج صحيح وسواء كانت من الزوج أو من قبل الزوجة أو من طرف القاضي عدت طلاقاً وأما إن كانت غير راجعة لأحدهما فتعتبر فسحاً.

فما يمكن استخلاصه أنّ كل المذاهب اتفقت على أنّ الفرقة تنقسم إلى طلاق وفسخ ولكن اختلفت فيما يدخل في الطلاق وفيما يدخل في الفسخ لأنها لم تعتمد على معيار دقيق ومنضبط.

بحيث يرى المالكية بأنّ الفرقة الناتجة عن الإعسار بالنفقة طلاق رجعي ولا يمكن للزوج إعادة الزوجة إلى عصمته إلا إذا ملك ما ينفقه عليها وإلا فلا تصح الرجعة. وقال ابن جزّي: الطلاق بالإعسار بالنفقة رجعي.<sup>(2)</sup>

أما الظاهرية فيعتبرون كل فرقة تمت بين زوجين طلاقاً إلا في الحالات التالية فهي فسحاً: التفريق باللعان أو التفريق لاختلاف الدين.

---

1- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية صفحة 226-227.

وقال الشافعية والحنابلة أن الفرقة فسخ لا طلاق لأن الطلاق يكون من فعل الزوج مباشرة أو توكيل منه. والثمرة المستخلصة من هذا الاختلاف فعلى القول بأن الفرقة للإعسار طلاق رجعي، فإنها تحسب على الزوج من عدد طلاقته التي يملكها، فلو افترضنا أن الزوج طلق زوجته مرتين قبل تطليق القاضي لها فلا يمكنه إرجاعها في هذه الحالة إلا بعد أن تتزوج غيره لأن الطلاق أصبح بائنا بينونة كبرى. وعلى القول الثاني القائل بأن الفرقة للإعسار فسخ لا طلاق فإن الفرقة هنا لا تدخل في عداد طلاقات الزوج إلا أنه لا سبيل له إليها إلا بعقد جديد ورضاء جديد.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بالمذهب المالكي معتبرا بأن الفرقة للإعسار طلاق وليس فسخ وهذا ما يستشف من المادة 48 ق.أ بحيث جعل الفرقة التي تقع بطلب من الزوجة طلاقا.

أما بالنسبة للتفريق بالعيوب فقد ذهب المالكية والحنفية إلى اعتبار أن التفريق بالعيوب يقع طلاقا بائنا لا فسحا ذلك أن الفرقة تكون إما من الزوج أو بسبب منه ولم يوجبها فساد عقد فكانت طلاقا.

أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى اعتبار أن الفرقة للعيوب فسخ لكونه يقع من طرف القاضي ولو تلفظ بالطلاق ظاهرا لأنه ما فعل ذلك إلا بأمر من القاضي وهو مما يخضع للاجتهاد فكان فسحا لا طلاقا<sup>(1)</sup>.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة لا نجد بيبين فيما إذا كان التطليق هو عبارة عن فسخ أم طلاق وإنما نص على حالات على سبيل الحصر في المادة 53 ق.أ وترك أمر تقديرها للقاضي بحيث إذا رأى بأنه فعلا تتوفر حالة من هذه الحالات فما عليه إلا الحكم بالتطليق لأن القاضي في هذه الحالة يكون له دور إيجابي فهو الذي يقوم بالتقرير ما إذا أخل الزوج بالتزاماته ويفضل هذا التقرير ينشأ حق إرادي للزوجة في إنهاء العلاقة الزوجية والحكم الذي يصدر بتطليق الزوجة هو حكم منشيء.

### الفرع الثاني: شروط التطليق

(1) لا بد أن يتم التطليق في المحكمة أمام القاضي

(2) أن يكون هذا الطلب من الزوجة المتضررة

(3) أن لا يستعمل التطليق إلا إذا تقدر الاتفاق بين الزوجين وتوفر الشروط المنصوص عليها في المواد (8 مكرر، 53) ق.أ.ج .

و نتطرق لهذه الشروط بالتفصيل في المطالب الآتية.

1- الأستاذ عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، شركة دار الهدى، مصر سنة 2000 ص 96.

### المبحث الثاني: أسباب التطليق

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

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

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3-الهجر في المضجع فوق أربع أشهر.

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

5-الغيبية بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7-ارتكاب فاحشة مبينة.

8-الشقاق المستمر بين الزوجين.

9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10-كل ضرر معتبر شرعا. (1)

و باستقراء هذه المادة نجدها تضمنت أسبابا تستند إليها الزوجة لطلب التطلاق إذا توفرت لها حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من ق.أ وهي على سبيل الحصر وهذه الأسباب قد تقيد من سلطة القاضي كما قد تجعل سلطته واسعة في قبول طلبها أو رفضه و لمعرفة هذه الأسباب بنوع من التفصيل

سوف نتطرق ضمن مطلبين في الأول إلى الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية وفي الثاني إلى الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقبا عليها جزائيا على النحو الآتي بيانه:

### **المطلب الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية و العائلية**

فمن بين الأسباب المنصوص عليها في المادة السابقة فهناك أسباب إذا ما توفرت فيها الشروط اللازمة لقيامها فيكون القاضي ملزما بالحكم بالتطلاق مباشرة وهذه الأسباب تكمن في التطلاق لعدم الإنفاق أو

---

1 - قانون الأسرة الجزائري المرجع السابق.

هجرة الزوج لزوجته في المضجع مدة لا تطبقها، أو ترك مقر الزوجية دون أن يترك مالا تُنفق منه هي و أولادها. فهل يحق للزوجة بطلب التطلاق من زوجها لدفع الضرر عما لحقها جراء إخلاله بالالتزامات؟

هذا ما سنجيب عنه ضمن هذا المطلب في ثلاثة فروع نتناول في الأول التطلاق لعدم الإنفاق و في الثاني التطلاق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج و في الثالث التطلاق للهجر في المضجع و في الرابع التطلاق لغياب الزوج.

### **الفرع الأول: التطلاق لعدم الإنفاق**

إذا لم ينفق الزوج على زوجته و امتنع عن أداء واجباته، فإن ذلك يؤدي إلى فقدان الزوجة لإحدى حقوقه الشرعية الثابتة، وبالتالي يلحقها ضرر بالغ من واجب القاضي رفع هذا الظلم عنها.

وإن بقاء الزوجة مع زوجها مع عدم الإنفاق عليها قد يشكل لها ضررا أو يعرضها للخطر ولذلك أعطاهما الشرع هذا الحق.(1)

**أولا: الموقف الفقهي:**

أجمع أئمة الشريعة الإسلامية على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها وفي حالة امتناع الزوج عن القيام بذلك فإنه يجوز للزوجة أن تطالب بالتفريق لعدم الإنفاق ويحكم لها القاضي بالتفريق إن ثبت لديه عدم الإنفاق وقد استدلوا في ذلك بقوله تعالى: { ولا تمسكوهن ضاراً لتعتدوا }<sup>(2)</sup>. وقوله تعالى: { فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان }<sup>(3)</sup>

ذهب الأحناف الى عدم جواز التفريق لعدم الانفاق سواء كان السبب مجرد الامتناع أم الإعسار و العجز عنها و دليلهم في هذا ان الله سبحانه و تعالى قال في كتابه العزيز { لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، ولا يكلف الله نفساً إلا ما آتاهما سيجعل بعد عسر يسراً }<sup>(4)</sup>

### دليلهم من من السنة:

أن مسلم روى في صحيحه من حديث "أبي الزبير" عن "جابر" قال: "دخل أبو بكر الصديق و عمر -رضي الله عنهما- على رسول الله - صلى الله عليه و سلم- فوجداه جالسا و حوله نساؤه واجما ساكنا فقال أبو بكر الصديق: يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة، فقلت إليها فوجأت عنقها فضحك

رسول الله -صلى الله عليه و سلم- و قال: من حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام "أبو بكر الصديق" -

رضي الله عنه- إلى عائشة يجأ عنقها و قام عمر -رضي الله عنه- إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول:

1 - سورة البقرة الآية 231.

2 - سورة البقرة الآية 231.

3 - سورة البقرة الآية 225.

4 - كمال الدين امام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون و القضاء، بدون طبعة- منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان، 2003، ص420.

تسألن رسول الله -صلى الله عليه و سلم- ما ليس عنده فقلن و الله لا نسأل رسول الله - صلى الله عليه و سلم- شيئا أبداً ليس عنده، ثم اعتزلهن رسول الله صلى الله عليه و سلم شهرا. و لم ينقل عن الرسول -

صلى الله عليه و سلم- أن التفريق في هذه الحالة حق للزوجة (1) .

أما من جهة أخرى ذهب الأئمة الثلاثة: مالك و الشافعي و احمد إلى جواز التفريق لعدم الإنفاق في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الإنفاق , وإن إمساكه لها مع الامتناع هو ضرر مبالغ فيه لقوله تعالى { فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان } و لاشك إن عدم النفقة ينافي الإمساك بمعروف ، ولقوله سبحانه { ولا تمسكوهن ضاراً لتعتدوا } و ليس من الإمساك بالمعروف أن يمتنع على الإنفاق عليها , فوجب التسريح بالإحسان بأن يطلقها في المحكمة أمام القاضي . و في هذا يقول عليه السلام ( لا ضرر ولا ضرار ) وإمساك الزوج زوجته بدون إنفاق عليها هو إضرار بها , و الضرر يزال , فيطلقها القاضي إذا امتنع الزوج عن طلاقها (2) .

### من السنة:

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

- إن الصحابة كان منهم الموسر و المعسر ولم يعرف عن احد منهم أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين رجل و امرته بسبب عدم النفقة لفقره وإعساره ، و قد سال نساء النبي (ص) ما ليس عنده فاعتزلهن شهرا و كان ذلك عقوبة لهن و إذا كانت المطالبة بما لا يملك الزوج تستحق العقاب فأولى أن يكون طلب التفريق عند الإعسار ظلما لا يلتفت إليه، قالو : إذا كان الامتناع عن الأنفاق مع القدرة عليه ظلما فان الوسيلة في رفع هذا الظلم هي بيع ماله للإنفاق منه أو حبسه حتى ينفق عليها ولا يتعين التفريق لدفع هذا الظلم مادام هناك و سائل أخرى إذا كان كذلك فالقاضي لا يفرق بهذا السبب لان التفريق ابغض الحلال إلى الله من الزوج صاحب الحق فكيف يلجا القاضي إليه مع انه غير متعين و ليس هو السبيل

الوحيد لرفع الظلم<sup>3</sup>، و إذا كان معسرا فانه لم يقع منه ظلم لان الله لا يكلف نفسا إلا ما آتاها . أما بالنسبة لمدة انتظار الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة و أثره على سقوط حقها في طلب التطلاق فقد جعل الفقهاء المسلمون هذه المدة تتراوح بين 3 أيام و شهر ابتداء من تاريخ التصريح بالحكم و هو رأي احمد

و الشافعي و لكن مالك رضي الله عنه جعل المدة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي يحدد المدة بحسب مقتضى الحال و هو الموقف الأكثر انتسابا مع التشريع و قال مالك أن بقاء الزوجة مع زوجها رغم

عسره و بعد صدور الحكم عليه بالنفقة جائز لها شرعا و بسقوط حقها في طلب التطلاق ، و المشرع اقر سقوط حقها عند رضاها بالزواج عند علمها بعسره وقت الزواج(3) .

1- محمد أبو زهرة- المرجع السابق ص 350.

2- بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول الزواج والطلاق الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية - الساحة المركزية بن عكنون الجزائر 2005 ص 274،275.

3- السيد سابق-فقه السنة- الجزء الثاني-الطبعة السابعة- دار الكتاب العربي-لبنان، 1985، ص 259.

### ثانيا: الموقف التشريعي:

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1/53 من قانون الأسرة على أنه " يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة عدم الإنفاق عليها بعد صدور الحكم بوجوبها ما لم تكن عالمة بإعسار وقت

الزواج".(1)

فعدم النفقة هو امتناع الزوج عن أهم أحد الواجبات الزوجية وتشمل هذه النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة.

ففي كل هذه الأحوال وغيرها يحق للزوجة المتضررة من الامتناع عن النفقة اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم يلزم زوجها بالإنفاق عليها.

ومن خلال استقرائنا لنص المادة 1/53 من ق.أ نستخلص بأن هناك عدة شروط يجب توفرها حتى يمكن للزوجة طلب التطلاق لعدم الإنفاق وتتمثل في ما يلي:

- امتناع الزوج عن النفقة الزوجية عمدا وقصدا، أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل للمطالبة بالنفقة، وصدور حكم من المحكمة يلزمه بذلك ، و لكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم ، وأصر على عدم الإنفاق.

- أن لا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، لأن الزوج لا يخلو من أن يكون موسرا أو معسرا.فلا ظلم لها ولا اعتداء منه ، لأن العسر بيد الله ، فلا يطلق عليه القاضي للعسر. أما إذا كان موسرا ، له مال ظاهر ، ادعى العجز ، فالأمر يختلف و يجب على المحكمة النظر فيه.

- يجب أن لا تكون عالمة بإعساره وقت د الزواج، فان كانت عالمة بحالته المالية سقط حقها في التطلاق لعدم الإنفاق، بسبب رضائها بحاله. ويقع عبء الإثبات هنا على الزوج بكافة وسائل الإثبات.

أما إن استطاعت الزوجة أن تثبت حلة تغيير الزوج أثناء عقد الزواج ، بحيث تظاهر أنه غني، و الحال أنه فقير ، أو أن عسره جاء بعد زواجهما وأنه عمدي ، و أصر الزوج على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال (2).

- الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطلاق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها.

و بالتالي و من خلال هذه المادة فإذا توافرت الشروط مجتمعة فان من حقها أن تلجا إلى القضاء و تطلب من المحكمة أن تقضي بتطليقها حالا من زوجها بعد أن تكون قد تضررت من عدم الإنفاق عليها ، هنا وقد ذهب قانون

الأسرة ج إلى ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة ( مالك و الشافعي و احمد بن حنبل) من جواز التطلق أو التفريق لعدم الإنفاق ، لكن المشرع لم يفرق بين حالتين هما حالة عدم الإنفاق مع قدرة الزوج على ذلك و هو الامتناع عمدا و حالة عدم الإنفاق مع عجز الزوج عن ذلك و هو

1- قانون الأسرة الجزائري المرجع السابق.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 276، 277.

ما نسميه عدم القدرة المالية على الأنفاق بسبب البطالة أو بسبب عجز الزوج عجزا جسديا يقعه عن

العمل من أجل كسب رزقه و رزق زوجته وأولاده. و هما حالتان يجب التفريق بينهما، ويجب ألا يكون حكمهما في القانون حكمًا واحدًا.

كما أن قانون الأسرة نص على عدم جواز علم الزوجة بإعسار الزوج قبل أو وقت العقد لكنه لم ينص على أن الزوج كان موسرا قبل العقد ثم أعسر بسبب قوة قاهرة و كانت الزوجة غنية فهنا من غير المعقول الحكم لها التطلق بسبب عدم الإنفاق رغم ثراء الزوجة ، كما أن قانون الأسرة الجزائري لم يحدد المدة التي يجب على الزوجة مراعاتها لتستطيع رفع دعوى التطلق . لذلك فإننا نرى أن مدة عدم الإنفاق التي يجب على الزوجة مراعاتها في هذا المجال لإمكانية تمتعها بحق طلب التطلق هي المدة التي وردت الإشارة إليها في المادة 331 من قانون العقوبات (1)، و التي جاء فيها " يعاقب بالحبس من 6 اشهر إلى 3 سنوات و بغرامة مالية من 50.000 إلى 300.000 د.ج كل من امتنع عمدا و لمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، و ذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقة إليهم." (2).

فقانون الأسرة لم يعر أي اهتمام للمهلة التي يمكن أن تمنح للزوج، و لا للحالة التي يكون عليها و إنما اشترط أن يكون للزوجة حكم بوجوب الإنفاق صادر ضد الزوج أن الزوج رغم ذلك لم يقم

بواجب الإنفاق عليها. و ذلك دون الإشارة إلى أجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة و تاريخ إقامة الدعوى. مما يحملنا على الاعتقاد بضرورة مراعاة ما نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات و هو الأجل شهرين متتاليين. و كما سبق لنا أن قلنا أن التشريعات العربية تعطي الحق للزوجة بطلب التطلق لعدم الإنفاق كما أنها لم تفرق بين الزوجة الغنية و الزوجة الفقيرة في مجال التطلق أو التفريق لعدم الإنفاق أو لإعسار الزوج و التي منحت الزوج مهلة للقيام بواجب الإنفاق و يوجد أيضا من لم تمنحه هذه المهلة و من هذه القوانين الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية و المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، و الفصل 53 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية (3).

## الفرع الثاني: التطلق للعيوب

لقد منح المشرع للزوجة في المادة 2/53 من ق.أ الحق في طلب التطلق إذا كان هناك عيب في الزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، ويقصد بالعيوب هنا هي تلك الأمراض أو العلل الجنسية التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وسواء كان هذا العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد والعيوب التي تصيب الإنسان قد تكون جنسية وقد تكون مرضية، فالأولى هي التي تصيب

الأعضاء التناسلية لكل من الرجل والمرأة فعيوب الرجل مثلا هي: الجب، والعنة والخصاء. (4)

1- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة باجتهادات القضائية ، الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 1996 ، ص 257، 258.

2- قانون العقوبات الجزائري المؤرخ بتاريخ 20 ديسمبر 2006 والمعدل بمقتضى الأمر رقم 06-23.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 259، 260.

4- الجب: هو استئصال عضو الذكورة، العنة: هو ارتداء العضو وعدم القدرة على الاتصال الجنسي، والخصاء: وهو الخصيتين (عمر وعيسى الفقهي -التطلق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين -المكتب الفني للموسوعات القانونية -مطبعة المجموعة المتحدة سنة 1998 ص 39).

أما العيوب المرضية فيشترك فيها الجنسان معا وتتمثل في الجنون والجدام والبرص والأمراض المعدية الأخرى<sup>(1)</sup>.

كما ورد في الموطأ عن عمر رضي الله عنه -أنه قال : " أيما امرأة غر بها رجل بها جنون أو جذام(2) أو برص(3) فلها المهر لها أصاب منها وصدّاق الرجل على من غرّه "

والمقصود بالعيوب هو كل نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحقيق مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية ، الأمر الذي أعطى معه للمرأة حق طلب التطلاق (4) .

و قد اختلف الفقهاء في حكم هذه العلل إذا وجدت في الزوج أو الزوجة. فما هو حكم هذه العلل؟

وهذا ما سنتطرق إليه بنوع من التفصيل متعرضين للموقفين: الفقهي والتشريعي وما توصل إليه الاجتهاد القضائي .

### أولاً: الموقف الفقهي

اتفق علماء الحنفية على أنه لا خيار للزوج في فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقاً ، واختلفوا في الخيار بعيوب الزوج فقال " أبوحنيفة " "أبو يوسف" لا فسخ إلا للعيوب التناسلية الثلاثة وهي الجب، العنة ، الخصاء لأنها غير قابلة للزوال فالضرر فيها دائم ولا يتحقق معها المقصود الأصلي للزواج(5).

وشروطهم في ذلك:

-ألا يكون الزوج قد وصل إلى الزوجة فإن وصل لها ولو مرة واحدة في العمر لم يثبت لها حق طلب التطلاق.

-ألا تكون الزوجة عالمة بالعيوب وقت النكاح فإذا كانت على علم به لم يثبت لها حق طلب التطلاق.

-ألا ترضى بالعيوب بعد علمها به ، فإذا علمت ورضيت ، ليس لها طلب التطلاق بشرط أن تعلن رضاها صراحة فالسكون هنا لا يعبر عن رضاها.

- ألا يكون في الزوجة عيب مانع من الاتصال الجنسي فإذا كان بها عيب فلاحق لها في طلب التفريق لأن الأضرار هنا غير متوافر باعتباره أساساً لطلب ذلك(6).

وذهب "الشافعي" و"أحمد" إلى أن العيوب التي يجوز للزوجة أن تطلب الفسخ بسببها هي الجب، العنة ،

1- عبد المؤمن بلباقي التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي ص 64.

2- الجذام هو داء معروف بتجدد الأصابع وتقطعها ورجل أجذم ومجذم نزل به الجذام وقد جذم الرجل بضم الجيم فهو مجذوم

3- البرص : داء معروف نساء الله العافية منه ومن كل داء وهو بياض يقع في الجسد البرص برصاً والأنثى برصاء(من لسان العرب لابن منظور)

4- عمر وعيسى الفقهي، المرجع السابق، ص38.

5- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع سابق 339 .

6- أحمد كمال إمام ، المرجع سابق ص 109.

الجنون ، الجذام ، البرص ، فإذا كان بزوجها واحد من هذه العيوب كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي وتطلب منه فسخ النكاح.

أما المالكية فقد اعتبروا التفريق للعيوب طلاقاً لا نسخاً ووافقا الإمامين "أحمد" و"الشافعي" في تلك العيوب ، غير أنهم زادوا عيوباً أخرى مفصلة في كتبهم (1).

أما الإمامية فقد ذهبوا إلى تعداد العيوب بإحدى عشر عيباً ، أربعة في الرجل وهي : الجنون ، والخصاء والعنة والجب وسبعة في المرأة هي : الجنون ، الجذام ، البرص ، القرن(2) ، الإفضاء العمى والمرج(3).

وقال بن قيم الجوزية في زاد المعاد: "إن القياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحقق مقصود النكاح بموجب الخيار."

وقد نقل عن "الزهري" أنه قال "يرد النكاح من كل داء عضاء" وهذا لرأي أبي ثور وشريح.

وقال الظاهرية: "لا خيار للزوج وللزوجة إذا وجد أحدهما في صاحبه عيبا من العيوب، جذاما أو برصا أو قرنا و غيرها حدث قبل العقد أو بعده" (4).

### ثانيا: الموقف التشريعي

نص المشرع الجزائري في المادة 2/53 ق أ، بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. و عليه، فإن المقصود بالعيوب هاهنا هي تلك العلل الجنسية أو الأمراض المنفردة التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العالقات الجنسية و التي لا يمكن المقام معها إلا بضرر، ذلك أنه من الأهداف التي شرع من أجلها الزواج التناسل، و إنجاب الأولاد و تكوين الأسرة أساسها المودة و الرحمة أو يمكن بعد زمن طويل، ولا يمكن القيام معه إلا بضرر، كالعلل

الجنسية، و الأمراض المنفردة، فلها أن تطلب من القاضي تطليقها منه، واء كان ذلك العيب بالزواج قبل العد ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد.

و يستجاب لطلب المرأة التطلاق بدون تأجيل في حالة العلل الجنسية التي لا يرجى الشفاء منها. أما إذا تزوجته و هي عالمة بالعيوب أو حدث العيب بعد العقد و رضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها، فليس لها طلب التطلاق لأجله (المادة 54ق.مغربي، المادة 106ق.سوري) (5)

وفي هذا الإطار صدر قرار عن المحكم العليا بتاريخ 1999/02/16 تحت الرقم 213571 جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا ومن تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم سنجب طيلة هذه المدة مما أدى

- 1- عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية-الجزء الأول، طبعة الثانية، دار النشر المعرفة، المغرب ص 227، 228
- 2-القرن شبيهه بالعلفة و هو نتوء في الرحم (من لسان العرب لابن منظور)
- 3-الفساد والخلط (من لسان العرب لابن منظور)
- 4- عبد الكريم شهبون، المرجع سابق ص 228. 229
- 5- بلحاج العربي المرجع السابق، ص 280 281 .

بالزوجة أن تطلب التطلاق لضررها لعدم الإنجاب، و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون سليما ومن كان ذلك استوجب رفض الطعن.(1) وواضح من نص المادة 2/53 ق.أ، بأن سلامة الزوج من العيوب شرط أساسي للزوم الزواج للمرأة، أي أنه إذا تبين لها وجود عيب منها فيه، كان لها الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي تطلب التطلاق بينها وبينه. ويستوي أن يكون العيب عقليا أو معنويا (كالجنون مثلا)، أو ماديا (جسميا) كالعلل الجنسية، و الجذام، و السل، و البرص و غيرها. و على ذلك، فإن شروط اعتبار العيب سببا مبررا للتطلاق في القانون الجزائري هي:

1- أن يكون في الزوج دون الزوجة، لأن العيوب إن كانت في المرأة فلا خيار للرجل في فسخ الزواج لأنه يمكن تطليقها في أي وقت يشاء، طبقا لإرادته المنفردة (المادة 48 ق أ)

2- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أي تمنع من الدخول أو الاستمتاع الجنسي، و كذا الأمراض الضارة أو المنفرة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على الألفة و ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي و هو هل العيب يحول أم لا دون تحقيق الهدف من الزواج؟ (2)

وعليه ، فإنه يجوز للزوجة أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها الحاضر إذا وجدت فيه عيبا مستحكما لا يمكن الشفاء منه ، ويرى جمهور الفقهاء أنه يحق لكل واحد من الزوجين طلب التفريق لعيب يجده في الآخر مع الاختلاف فيما بينهم في تعداد هذه العيوب و الأمراض . واتفق العلماء على أن الزوجة إذا وجدت في زوجها عيبا من العيوب الجنسية الثلاثة ( العنة ، والجب ، و الخصاء ) فإنه يمكنها طلب التطليق القضائي ، لأن مقاصد الزواج الأصلية من التوالد و التناسل لا تتحقق مع هذه العيوب ، ولأنها غير قابلة للزوال في كثير من الأحيان.

أما إذا كانت الأمراض غير هذه العيوب التناسلية (كالجنون، و الجذام، و السل، و البرص ...) وكانت غير قابلة للزوال أيضا، يفرق القاضي بين الزوجين في الحال، أما إذا كان زوالها ممكنا يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة ، فإذا لم تنزل العلة فرق بينهما.(3)

من المقرر فقها أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج ، و أن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون تلك الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها و بعد انتهائها ، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية.(4)

- 1- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة2001- صفحة119.(العيش فضيل ، قانون الأسرة مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،2005 ص 52 )
- 2- بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص 282.
- 3- بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص 283
- 4- م ع غ .أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34784، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد3، ص73.

إلا أنه ما يؤخذ على المشرع الجزائري انه لم يحدد صراحة مهلة معينة يمنحها للزوج المصاب من أجل العلاج إلا أنه في الميدان العملي وإذا وجد عيب بالزوج وطلبت على إثره الزوجة التطليق فإن القاضي يؤجل الحكم بالطلاق إلى مدة معلومة لا تتجاوز سنة حيث أصدرت المحكمة العليا قرارا بتاريخ 1984/11/19 جاء فيه : "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية " (1).

ما يلاحظ على هذا الحكم أنه بمجرد اعتراف المدعي عليه للقاضي بأنه مصاب عقليا حكم بالتطليق في حين كان عليه أن يمنح المصاب أجل سنة كاملة من أجل العلاج وأن يعين له خبير مختص لفحص حالته وبعد ذلك إذا لم يشف من مرضه فيحكم بالتطليق وهذا كله من أجل المحافظة على الروابط العائلية.

### ثالثا: كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق

يتبين العيب بكافة الأدلة والوسائل القانونية الممكنة مثل شهادة الشهود والشهادات الطبية المعتمدة وذلك سواء تعلق الأمر بوجود المرض أو بخطورته على الحياة الزوجية وعلى الزوجة نفسها ، كما يجوز للقاضي أن يأمر بعرض الزوج المدعى عليه على طبيب خبير من تلقاء نفسه إذا كانت الزوجة قد عجزت عن إثبات ذلك بالوسائل الأخرى ، وكان القاضي لا يستطيع الوصول إلى معرفة الحقيقة بغير ذلك ثم يصدر حكمه بالتطليق أو برفضه حسب ما هو موجود بين يديه من دلائل وحجج وتجدر الملاحظة أن السيدا يعتبر من الأمراض الحديثة التي تبيح طلب التطليق

### الفرع الثالث : الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

إن المراد بالهجر هو الامتناع عن قربان الزوجة عمدا وذلك بترك فراش الزوجية دون سبب شرعي ولمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الإضرار بها.

الهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تهذيبها وإرجاعها إلى طاعته. ولقد أوجب الإسلام على الزوجة طاعة زوجها (في غير ما نهى الله عنه). ولا يبيح لها النشوز والعصيان، بل أباح له أن يتخذ حيالها من وسائل الإصلاح والتهذيب. (2) لقوله

تعالى: { واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن, واهجروهن في المضاجع, واضربوهن, فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا. } (3)

1- المحكمة العليا: قرار بتاريخ 1984/11/19 ملف رقم 43784 . المجلة القضائية لسنة 1989-عدد3- ص 73.

2.- بلحاج العربي, نفس المرجع, ص288

3- سورة النساء, الآية 34

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

والهجر هو أحد الأسباب التي ورد النص عليها في المادة 3/53 ق.أ التي تجيز للزوجة طلب التطلاق متى توافرت الشروط التالية وهي: -أن يهجرها الزوج ويترك فراش الزوجية وأن يفوق هذا الهجر مدة أربعة أشهر متتالية، وأن يكون هذا الهجر عمديا وليس له ما يبرره.

أولا : الموقف الفقهي .

أ. الهجر في المضجع:

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

يرى المالكية : إنه إذا حصل للزوجة ضرر من ترك الجماع فلها أن تطلب التطلاق لذلك، و لو كان ترك الزوج للجماع بسبب تبتله و انقطاعه عن العبادة أو بسبب التعب في العمل أو غير ذلك و إذا رفعت دعواها هذه و أقر الزوج بما تدعيه زوجته من كونه لا يجامعها، فإن القاضي يأمره بمجامعتها و يضرب له أجلا بحسب اجتهاده، فإن رجع إلى معاشرتها والقيام بحقها فذاك، و إلا حكم لها بالتطلاق(1).

و إذا تمكنت الزوجة من إثبات أن زوجها لا يجامعها، فلا تكلف بإثبات تحقق الضرر من ذلك بل يكفيها أن تدعي أنه لحقها من ترك جماع زوجها لها ضرر، فتصدق في ذلك (2).

2- الإيلاء:

الإيلاء لغة هو الحلف مطلقا سواء كان على ترك قربان زوجته أو على شيء آخر(3).

أما اصطلاحا 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 مدة). (4).

- 1 - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، الجزء الأول- الزواج و الطلاق ، طبعة الأولى، دار الطباعة و النشر- لبنان- 1967-ص778.
- 2 - كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع سابق ، ص 431.
- 3 - عبد الكريم شهبون، المرجع سابق- صفحة 245.
- 4- بلحاج العربي، المرجع السابق ،ص 283.

و الأصل في الإيلاء قوله تعالى : : **{لَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَؤُؤَا فَإِنَ اللّٰهُ عَفُوٌّ رَّحِيمٌ{226}** وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللّٰهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ{227}(1)

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

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

و يرى **المالكية و الشافعية و الحنابلة** أنه لا يقع عليها طلاق لمجرد انقضاء مدة أربعة أشهر بل لابد من تطليق الزوج أو التطليق من القاضي(2) مستدلين بقوله تعالى: **{إِن فَؤُؤَا فَإِنَ اللّٰهُ عَفُوٌّ رَّحِيمٌ، وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللّٰهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}**

### 3- الظهار:

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

و الظهار هو أن يقول الزوج لزوجته: أنت علي كظهر أمي، أو هو تشبيه الزوج زوجته بامرأة محزومة عليه تحريما مؤبدا. و حكمه أن الإسلام حرمه لأنه منكر من القول، و فيه أضرار بالزوجة، وكفارة الظاهر هي صيام شهرين متتابعين، فإذا لم يستطع فعليه إطعام ستين مسكينا(3).

لقوله عز و جل: **{ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِّن نِّسَائِهِمْ مَّا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ**

**لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللّٰهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ{2}** وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا

**قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا دَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللّٰهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ{3}** (4)

و قد اختلف الفقهاء في بيان متى يتحقق العود في الظهار، في تفسير قوله تعالى: **{ثم يعودون لما قالوا}** حيث فسره الأحناف و الحنابلة و المالكية في الرأي الراجح عندهم بأن العود في الظهار إنما يتحقق بالعزم على كل من الإمساك و الوطء معا.(5)

الظهار هو إحدى صور الإيذاء التي كانت تصيب المرأة من الرجل وهو صورة من صور الطلاق التي كانت موجودة في الجاهلية وفي صدر الإسلام وذلك أن الرجل كان إذا كره امرأته ولم يرد أن

1 - سورة البقرة الأيتان 226-227.

2-"رمضان علي السيد الشربنصاي، المرجع سابق- صفحة310.

3 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 292.

4- سورة المجادلة الأيتان 2-3

تنزوح غيره ظاهر منها فتبقى لا هي مطلقة تنكح غيره ولا هي زوجته فجاء الإسلام حرم ذلك بقوله

تعالى: {قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير} (1)

وضحت هذه الآية أن الظاهر منكرا من القول، لا ينبغي أن يتلفظ به وهو من الكبائر فمن فعله فقد وقع في الإثم ومن تلفظ به وأراد أن يعود لزوجته فلا بد أن يكفر عن الإثم ويكون ذلك بالكفارة.(2)

### ثانيا: الموقف التشريعي

لقد نص المشرع الجزائري، انطلاقا من هذه المبادئ الفقهية، في المادة 3/53ق.أ، بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر. وعليه، يشترط في الهجر في المضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطلاق ثلاثة شروط:

1 - هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية، و الإعراض عنها، وعدم قربانها.

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

3 - أن يتجاوز الهجر الأربعة أشهر متتالية، وألا يقع أي اتصال بينهما بين الشهر و هذا مما يدل على أن الهجر ليس هدفه الإصلاح، و التهذيب، لتقويم سلوك الزوجة و إعادتها إلى رشدها محافظة على الحياة الزوجية من التدهور و الانحلال.

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

و انطلاقا من هذه الدلالات، فإن الزوجة إذا رفعت دعوى التطلاق للهجر، فإن القاضي لا يجب عليه سماعها و لا الاستجابة لها إلا بعد أن يتأكد من وجود واقعة الهجر الحقيقي بدون سبب شرعي مقبول، وأن يتجاوز هذا الهجر أربعة أشهر. و بعد مراعاة العنصر المعنوي المتمثل في نية الإضرار بالزوجة، مما يستوجب البحث في سبب الهجر ونية الزوج الحقيقة. فإذا لم يتأكد لديه توفر هذه الشروط، و هذه العناصر كلها مجتمعة، أي العنصر المادي اللاشرعي (أو الهجر غير المشروع شرعا و قانونا) و العنصر المعنوي، فإنه لا يجوز له أن يحكم للزوجة بالتطلاق (3).

1- سورة المجادلة، الآية 1

2- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 1999. , ص252.

3 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 289.

ولذلك أجاز المشرع للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التطلاق بسبب هجر زوجها لها في المضجع لمدة تفوق أربعة أشهر ولكن بشرط إثبات ما تدعيه واقتناع القاضي به.

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

هذا و يرى الأستاذ "فضيل سعد" أن المشرع أهمل الإيلاء و اعتبره يمينا معلقا على شرط، فاستبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع و لكن ذلك لا يتم على حساب قاعدة شرعية جعلها الله سبحانه و تعالى تعالج أحوالا خاصة، فذكرها لا يعني بالضرورة حصولها، كما أن إهمالها لا يعني عدم الحصول" خاصة أن المشرع الجزائري قد جعل من الشريعة مصدرا للأحكام التي لم يرد بشأنها نص قانوني(1).

### الفرع الرابع : التطليق لغياب الزوج

ومن أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف والاستقرار وبما أن الزوج هو رب الأسرة والمسؤول عن رعايتها ، فإن غيابه بدون عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الاستقرار واهتزاز كيائها فالفراق ضرر يهون أمامه عدم الإنفاق والفرقة به ثابتة حتى ولو كان للزوج مال ظاهر تنفق منه الزوجة لتعدد مطالب الحياة التي لا تنحصر فقط في السكن والغذاء والكسوة .

فالغائب هو الذي يغادر مكانه دون عودة بحيث تكون حياته معلومة فإن جهلت اعتبر مفقودا.(2)

فكيف يعتبر الغياب مبررا لطلب التطليق ؟ وما هي المدة الواجب انتظارها من قبل الزوجة لطلب ذلك ؟ وهو ما سنحجب عنه متعرضين لموقف الفقه والتشريع.

### أولا: الموقف الفقهي:

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للغيبة، فذهب أبو حنيفة والشافعي إلى عدم التفريق للغيبة، لعدم ما يصح أن يبني عليه هذا التفريق.

وذهب مالك وأحمد إلى جواز التفريق إذا طال الغيبة وتضررت بها المرأة بأن خشيت على نفسها الزنا ولو كان الزوج قد ترك لها مالا تنفق منه..

بحيث يفرق الحنابلة بين الغيبة بعذر التجارة، أو طلب العلم ، وبين الغيبة بعذر أو بغير عذر ، وجعلوا هذه الأخيرة سبب لطلب التطليق الذي يقبله القاضي إذا تجاوزت غيبة الزوج ستة أشهر

وقد روي أن "عمر ابن الخطاب " وذلك على ابنته حفصة أم المؤمنين وسألها قائلا "أي بنية ؟ " كم تعبر المرأة عن زوجها ؟ قالت : " شهر أو اثنين أو ثلاثة وفي الرابع ينفد الصبر.." وهذا القول يطابق

1- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، بدون طبعة ، المؤسسة الوطنية للكتاب . الجزائر 1985.ص

التشريع الإلهي للنفس البشرية المنصوص عليه في الآية وهي مدة تسمح للزوجة بالانحراف فجعل " عمر ابن الخطاب" أقصى مدة لغياب الزوج عن زوجته أربعة أشهر(1).

و التفريق للضرر من الغياب هو مذهب مالك و أحمد، لأن المرأة قد تقع في جريمة دينية بإهمالها ، و تركها تعيش من غير عشير يؤنسها، ولأن تركها و إقامته في مكان بعيد الشقة لا يأخذها إليه مضارة لها، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام، ولأن ذلك ليس إمساكا بمعروف، فتعين التسريح بإحسان، فإن لم يقم به قام القاضي مقامه فيه.

و لا بد للتفريق بالغياب أن تمضي مدة تستوحش فيها الزوجة و تتضرر فعلا، لا التضرر المتوقع فقط، و قد جعل أحمد أدنى مدة يجوز أن تطلب التفريق بعدها ستة أشهر، و لأنها أقصى ما تستطيع المرأة الصبر عليه من غياب زوجها، و قد استفتى عمر في ذلك السيدة حفصة.

أما مذهب مالك رضي الله عنه فقد اختلف في الحد الأدنى للتضرر فقبل ثلاث سنين و قيل سنة،و لم يشترط في الغياب المسوغ للتفريق أن يكون بغير عذر مقبول، و إن كان غير موجود في مذهب مالك هو موجود في مذهب أحمد رضي الله عنه.

و العذر المقبول كسفر لتجارة، أو سفارة، أو طاب علم أو نحو ذلك، و يمكنه فيه أن يضم أهله إليه(2).

و تجدر الإشارة إلى أن التطلق للغياب يقوم على أساس الضرر المتوقع فقط.و من هنا، يشترط قصد الزوج الإضرار بزوجته أو الإيذاء بتعنت، لأنه غاب ولم يعلمها فيجب معاقبته بإيقاع الطلاق عليه، فإن لم يقم به قام القاضي مقامه فيه. ولم يشترط المالكية في الغياب أن يكون بغير عذر مقبول.أما الحنابلة فقد اشترطوا ذلك(3).

### ثانيا: الموقف التشريعي:

و يمكن أن نضيف إلى أن المقصود بالغيبة الواردة في المادة 5/53 ق.أ،هي غيبة الزوج عن زوجته بإقامته في البلد آخر غير التي تعيش فيه،و أما الغيبة عن البيت الزوجية و عيشته في بيت آخر في نفس البلد،فهو من الأمور التي تدخل في الضرر الذي نص عليه المشرع في الفقرة السادسة من نفس المادة(4) فالمفقود غائب و حياته مجهولة، و لهذا يكون لزوجته ما يكون لزوجة الغائب، و الذي عرّفته المادة(109) من قانون الأسرة على أنه:"الشخص الغائب الذي لا يُعرف مكانه، و لا تعرف حياته أو(4) و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم". إذ يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، أما في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي هذه المدة، و هو مستتب من رأي المالكية. (5)

والغائب الذي يقصده المشرع الجزائري هنا، هو الذي نص عليه في المادة 110 ق.أ بقوله: " الغائب هو

1- فضيل سعد،المرجع سابق،ص 281-282.

2- محمد أبو زهرة ، مرجع سابق،ص 367.

3- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني الطلاق و آثاره، طبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، سوريا 1979. ص 79.

4- فضيل سعد،المرجع سابق،ص 295.

5- فضيل سعد،المرجع سابق،ص 295.

الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير.."

أما المشرع الجزائري فقد جعل غياب الزوج أحد أسباب التطلق وذلك بعد مضي سنة وقد استمد هذه القاعدة من مذهب مالك وأحمد دفعا للضرر عن المرأة ولهذه الأخيرة الحق في طلب التطلق إذا غاب عنها زوجها غيبة طويلة، سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهول،لأنها تضررت من الغيبة ضررا قد يدفعها إلى الانحراف. و يشترط للتطلق حينئذ مايلي:

-تغيب الزوج عنها لمدة سنة على الأقل وتحسب هذه المهلة ابتداء من يوم الغياب إلى يوم رفع الدعوى.

-أن يكون الغياب بدون عذر مقبول ودون سبب جدّي أي أن يكون متعمدا ويقصد الإضرار بها.

-أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه فإن ترك لها مالا تنفق منه فلا يجوز لها طلب التطلق وهذا عكس ما ذهب إليه الفقه المالكي بحيث أجاز لها التطلق حتى ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه .

و يرى الفقه المالكي بأنه إذا مضت السنة، فلها لأن تطلب التطلق للضرر من الغياب، و لو ترك لها مالا تنفق منه(1). وهو ما نص عليه القانون المغربي (المادة 1/57)، و القانون المصري (المادة12)، و القانون السوري (المادة136)، و القانون الكويتي (المادة136).(2).

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

وعليه، فإذا طلبت التطلاق لضرر الغياب، فإن كان زوجها غير معلوم المكان، أو كان لا تصل إليه الرسائل، فرق القاضي بينهما في الحال، بعد أن يتأكد من الشروط القانونية الواردة في المادة 5/53 ق.أ أما إذا كان في مكان معلوم، ويمكن الاتصال به، أو وصول الرسائل إليه ،يطلب القاضي منه بأن يحضر إلى زوجته أو بأخذها إليه،و بضرب له أجل معيناً، فإذا مضى الأجل ولم يبين عذراً مقبولاً،فرق القاضي

بينهما لرفع الضرر عن الزوجة. و يكون التطلاق عند مالك طلاقاً بانئنا، وعند أحمد بن حنبل فسخاً، و تعتد المرأة عدة الوفاة اعتباراً من تاريخ الحكم.(3) لكن ما الحكم إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته؟

و أخيراً 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 الزوج الثاني جاء على أساس الأول انتهى بوفاة الأول، وظهر أن هذا الأساس غير صحيح و أن الزوج الأول لازال باقياً.(4)

1- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 427.

2- عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 79.

3 - بلحاج العربي،المرجع السابق،ص 299.

4 - بلحاج العربي،المرجع السابق،ص 300.

#### الفرع الخامس: التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين

المقصود بالشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة. (1) إذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي فإن الزوجة ليس لها الحق في طلب التطلاق إذا شب بينها وبين زوجها شقاق بصفة مستمرة لأن ذلك ليس في نظره سبب من أسباب التطلاق وهذا ما دفع المشرع الجزائري في النص القديم لقانون الأسرة إلى عدم ذكره.

لذلك قد أورد المشرع الجزائري في نص الماد 53 الفقرة 8 على جواز طلب الزوجة التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين .

فهل يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة التطلاق في مثل هذه الأحوال؟

ذلك ما سنتناوله تفصيلاً متعرضين لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذه المسألة، لنمر بعدها إلى موقف المشرع منها، و ننتهي في الأخير إلى ما توصل إليه الاجتهاد القضائي بشأنها.

#### أولاً: الموقف الفقهي

يرى الأحناف أنه ليس للمرأة طلب التفريق، بل أن القاضي لا يستجيب لطلبها، وإنما لها أن تطلب تعزير زوجها، و يقوم القاضي بنهي الزوج، و يطلب منه حسن المعاشرة، و إن عاد إلى الإضرار بها عزره القاضي بما يراه زاجراً له، و هو ما ذهب إليه أيضا الشافعية.

أما المالكية فيقول أن للمرأة الحق في رفع أمرها إلى القاضي إذا كان الزوج يضرها ، فإن طلبت زجر الزوج، وعظه القاضي، فإن عادت ثانية لتخبر القاضي بأن الزوج لم يتوقف عن إيذائها و استمر الحال لما هو عليه، بعث القاضي لهما

بحكمين بغرض الإصلاح ، فإن تعذر ذلك طلق الزوجة بغير عوض (2) ودليلهم في ذلك قوله تعالى: {وإن خفتن شقاق بينهن فابعثوا حكما من أهله و حكا من أهلها} (3)

فالمذهب المالكي أجاز التفريق للشقاق أو للضرر منعا للنزاع، و حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق ، و لقوله عليه الصلاة و السلام " لا ضرر ولا ضرار" (4).

### ثانيا: الموقف التشريعي

نص المشرع الجزائري في المادة 8/53 ق.أ ، على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة " الشقاق المستمر بين الزوجين " و عليه فللزوجة طلب التطلاق للضرر الذي لا يتعذر معه دوام

1 - وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي و أدلته- الجزء السابع ، الطبعة الأولى، دار الفكر لبنان، 1984 ص527.

2- بدران أبو العينين بدران ،المرجع السابق ،ص 444 ،445.

3- جزء من الآية 35 من سورة النساء.

4- الإمام مالك بن أنس- اعتنى به محمود بن جميل، الجزء الثاني، طبعة أولى، مكتبة الإمام مالك، البليدة، الجزائر ، 2002ص 445

العشرة ،وعلى القاضي بذل الجهد للإصلاح بين الزوجين وإذا عجز عن الإصلاح وتثبت الضرر حكم بتطلاق الزوجة للضرر ،وفي حالة ما لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين وتعذر الإصلاح معهما،يعين القاضي حكمين من أهلها .

وفي ذلك تقر المادة 56 ق.أ.ج "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما " .

-يعين القاضي حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة ،وعلى هذين أن يسعيا في التوفيق بين الزوجين ،وأن يقدم تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين(1).

إن الشقاق و النزاع هو الذي ينتج عنه استحالة استمرار المعيشة المشتركة بينها (2)ويكون المعيار المعتمد هنا معيار شخصي لا مادي و تقديره متروك للقاضي الموضوع ، يختلف باختلاف بيئة الزوجين و وسطهما الاجتماعي و على ذلك فسوء السمعة أو حسنهما من الأمور التي يختلف فيها الناس و مرجع ذلك تفاوتهم في إحساسهم و بيناتهم فملا يراه البعض ضارا بالسمعة و ملحقا للعار لا يراه البعض كذلك.(3)

وتجدر الإشارة أنه لا بد من محاولات صلح ،اذ تنص المادة 49 من ق.أ ج على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى." (4)

يتضح لنا من نص المادة في فقرته الأولى أنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، و صدور الحكم بالطلاق يأتي في مرتبة ما بعد محاولة الصلح بين الزوجين، يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق(5)، حتى و لو لم يطلب منه أحد الزوجين. مما يقتضي منه التعرف على حقيقة الشقاق القائم بينهما للوصول إلى الصلح حفاظا على الأسرة من الانحلال. و من هنا يظهر جليا أن تدخل القاضي لإنهاء النزاع صلحا، إجراء أوجبه القانون قبل إصدار الحكم في موضوع الدعوى بالتطبيق، و هو إجراء لصيق بالنظام العام، و من ثم فإذا حكم بالتطبيق قبل محاولة إنهاء النزاع صلحا كان قضاؤه باطلا بطلانا متعلق بالنظام العام(6)

فمن المقرر قانون أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من القاضي و القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في القانون(7)

1- الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005ص109

2- بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص302.

- 3- عمر وعيسى الفقهي المرجع السابق، ص 25، 26.
- 4- قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق .
- 5- العربي بلحاج ، مرجع سابق- ص 356.
- 6 - البكري محمد عزمي، مرجع سابق- ص 346.
- 7 - م.ع غ.أ.ش ملف 174132 بتاريخ 23-10-1997- المجلة القضائية لسنة 1993 - العدد 1 ص 65.

أما في حالة فشل القاضي في الصلح الذي يعرضه على الزوجين، ما كان عليه أن يذهب مباشرة إلى إصدار حكم الطلاق، بل من الأحسن المرور إلى محاولة ثانية، و هي اتباع إجراءات التحكيم، حيث أن بعث الحكيم ضروري في كل نزاع زوجي، فإن عجز القاضي عن الإصلاح فقد لا يعجز عنه الحكمان(1).

وفي ذلك تقر المادة 56 ق.أ.ج "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم ثبت الضرر وجب تعيين حكيم للتوفيق بينهما.

-يعين القاضي الحكيم، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكيم أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين."(2)

فإذا أثبتت الزوجة دعواها ببينة أو اعترف الزوج وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها بائنة وإذا عجزت عن البينة أو لم يقر زوجها رفضت دعواها بينما إذا طال أمد الخلاف وتكررت دعواها دون أن تثبت ادعاءاتها فإن على القاضي أن يعين حكيم للتوفيق بين الزوجين المتنازعين يكون

إحدهما من أهل الزوجة والثاني من أهل الزوج يحاولا إصلاحا بينهما وعلى هذين الحكيم أن يعدا تقريرا عن مهمتهما في أجل أقصاه شهرين و هو ما جاء في المادة 56 ق.أ، فعلى الحكيم أن يتفهما

أسباب الشقاق و الخصام، و التحقق من وجود الضرر و عناصره، و أن يبذلا جهدهما في التوفيق و الإصلاح بين الزوجين، و أن يرفع تقريرهما إلى القاضي للنظر في القضية على ضوء هذا التقرير، وأنه في حالة عجز الحكيم ، و ثبوت الضرر حكم القاضي بتطليقها منه، أو ألزمه بالتعويض عن الضرر، سواء كان مادي أو معنويا إذا طلبت الزوجة ذلك.(3)

و لكي يعين القاضي الحكيم يجب أن تتوفر فيهم شروط معينة، تؤهلهم للقيام بمثل هذا العمل، و مجمل هذه الشروط: الإسلام، و التكليف، و العدالة، و الذكورية، و فهم المقصد الذي وجه إليه، و الحكمة من اشتراط هذه الأوصاف فيمن يتقدم لذلك، أو فيمن يعينه القاضي ظاهرة، و هي أداء المهمة على أكمل وجه و الوصول إذا أمكن إلى الإصلاح بين الزوجين، و لا يتحقق ذلك إلا من رجلين عدلين خبرين لما يطلب منهما في هذه المهمة(4).

هكذا يتضح جليا أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الإمام مالك ، الذي نص على التطبيق للضرر متى كان قد ثبت سواء أكان ذلك بإقرار الزوج ، أم بإقامة الزوجة البينة على ما أصابها، أو بأية طريقة أظهرت الحقيقة جلية واضحة للقاضي.

1- عبد الرحمان الصابوني- مرجع سابق ص 88.

2 - قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق .

3- العربي بلحاج، المرجع السابق ص 302.

4- وهبة الزحيلي- مرجع سابق، ص 528.

### الفرع السادس: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 مع الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

إن نظام تعدد الزوجات نظام معروف في العصور القديمة، و من أشهر الشعوب التي طبقت العبريون و العرب في الجاهلية، كم عرفته الديانات السابقة حيث أباخته اليهودية و المسيحية و بقي مباحا حتى القرن 16 حيث حرمه المذهب

الكاثوليكي الذي ينظر إلى الشهوة الجنسية نظرة نفور و تقزز(1). أما الإسلام فلم ينشئ نظام التعدد و لم يوجبه، و لكن أباحه في حدود خاصة و بقيود معينة التي من خلالها أنشأ المشرع الجزائري حالة جديدة للتفريق أو التطلق، و هي حالة تعدد الزوجات، و حالة عمل المرأة من خلال المادة 53 في فقرتها السادسة.

و هذا سوف ما نتناوله بالتفصيل متعرضين لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذه المسألة، لنمر بعدها إلى موقف المشرع منها، و ننتهي في الأخير إلى ما توصل إليه الاجتهاد القضائي بشأنها.

### أولاً: الموقف الفقهي

لقد أباح الإسلام للمسلم بأن يتزوج بأكثر من زوجة، على أن لا تتجاوز العدد أربعة زوجات وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة والإجماع.

**في الكتاب:** قاله تعالى "[وان خضتم أن لا تسقطوا في اليتامى فاتكحوا ما طاب لكم من النساء مثن وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذاك أدنى ألا تعدلوا]". (2)

يفهم من الآية القرآنية أن الله سبحانه و تعالى قد أباح تعدد الزوجات و قصه على أربع، و أوجب العدل بينهما في النفقة، أي الطعام و السكن و الكسوة و المبيت ، و سائر ما هو مادي من غير تفرقة بين غنية و فقيرة ، فإن خاف الرجل عدم الوفاء بحقوقهن جميعاً حرم الجمع بينهما ، فإن استطاع الوفاء بحق ثلاث نسوة حرم عليه العقد على الرابعة، و من خشي الجور و الظلم بزواج الثانية حرمت عليه(3).

**من السنة:** ما رواه عبد الله عن عمر ؟ أنه قال : "أسلم غيلان الثقفي وتحتة عشرة نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأراه النبي-صلى الله عليه وسلم-أن يختار منهن أربعة".

**الإجماع:** اتفق جميع الفقهاء المسلمين والصحابة التابعين على جواز التعدد بشرط العدل في الشريعة الإسلامية ، كما يلاحظ أنه لا تعارض بين ما أوجبه الله من العدل في الآية الذكورة أعلاه، و بين ما نفاه الله في الآية الأخرى من سورة النساء و هي قوله تعالى: " ولن تستطيع أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم"(1). فالعدل المطلوب هو العدل الظاهر الذي يقدر عليه الزوج، و ليس هو العدل في المودة و المحبة فإن في ذلك لا يستطيعه أحد، بل هو أمر خارج نطاق الزوج و إرادته و الرسول

1 - سعيد بوزويري- محاضرات في قانون الأسرة الجزائري- تيزي وزو عام 2000، 2001 - ص 8.

2 - الآية 3 من سورة النساء.

3 - السيد سابق ، المرجع سابق- ص 110.

4 - جزء من الآية 129 من سورة النساء.

**صلى الله عليه و سلم كان يقسم فيعدل، و يقول: " اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تواخذني فيما تملك ولا املك".**

### ثانياً: الموقف التشريعي

من خلال المادة 53 الفقرة السادسة، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أنشأ حالة جديدة للتفريق أو التطلق، و هي حالة تعدد الزوجات، و وجوب إخبار الزوج للزوجة السابقة بعزمه على الزواج من الثانية عندما يرغب في تعدد الزوجات، وإخبار الزوجة الثانية بأنه متزوج بغيرها، و إذا لم يفعل، فيعتبر أنه غشهما، أو غش إحداها و لم ترض به زوجا لغيرها، فإن من حقه أن ترفع دعوى أمام القضاء ، و تطلب الحكم لها بالتطلق أو التفريق لمجرد أن الزوج لم يحبرها بذلك قبل العقد(1).

فالمشرع الجزائري إذن أباح التعدد كمبدأ عام، و لكنه قيد الأمر بضرورة توفر شروط معينة تتضح بجلاء من خلال المادة 8 من ق.أ.ج التي تقتضي بأنه " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، و توفرت شروط و نية العدل.

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

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية." (2)

هكذا نستشف من نص هذه المادة الشروط الواجب توفرها حتى يتمكن الزوج من الزواج بأكثر من واحدة و هي:  
**أولاً:** وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، و هو معيار شخصي و واسع، كأن يكون من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى، و رغبة زوجها في الإنجاب، مع تعلق كل واحد بالأخر، أو مرضها و عدم قدرتها على القيام بشؤون البيت(3)، كما قد تصبح المرأة غير صالحة للاختلاط الجنسي لإصابتها بمرض أو غيره،

و يرى زوجها من الوفاء ألا يتركها فريسة للحياة السيئة" و أن يبقها تحت رعايته و يشملها بالعطف و الرعاية، فيكون من الحكمة ألا تمنعه من التزوج بغيرها، كما قد يستوفي الحب على قلب زوج فيهم بامرأة غير زوجته تهيم به حبا بحيث يصعب عليهما التخلي عن بعضهما، فيكون من المصلحة أن يباح لهذا الرجل التزوج بهذه المرأة، مع الإبقاء على زوجته حتى لا يقعان في الفاحشة المحرمة (4).

**ثانياً:** ضرورة توفر شروط و نية العدل بين الزوجات في الحقوق و الواجبات، حيث يقول الله تعالى: {فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم

1 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 274.

2 - قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

3 - سعيد بوزويري، المرجع السابق، ص 9.

4- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 130.

ذاك أدنى ألا تعدلوا { (1).

**ثالثاً:** لقد أورد المشرع الجزائري شرطا ثالثا واضحا من نص المادة 8 من قانون الأسرة و هو ضرورة إخبار الزوجة السابقة التي هي في عصمته برغبته في الزواج بالثانية، كما يجب أن يحيط علما المرأة الثانية التي ينوي العقد عليها بوجود ضرة لها، و إذا لم يفعل ذلك فإن المشرع الجزائري قد جعل ذلك سببا يسمح من خلاله للزوجة السابقة و كذا اللاحقة بطلب التطلق من القاضي، بناء على غش الزوج لهما أو لأحدهما.

يجب على الزوج العدل و النفقة الشرعية في حالة تعدد الزوجات أما إذا توفر الضرر للزوجة الناتج عن مخالفة مادة 8 ق أ ج "يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية".

**مادة 8 مكرر:** "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج لمطالبة التطلق" (2) وقد أجاز المشرع الجزائري تطلق الزوجة لعدم التزام الزوج بواجباته الزوجية و ذلك إذا لم يحترم الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات و ذلك يتجلى في حالة التدليس من طرف الزوج على زوجته بأنه غير متزوج فإذا به ظهر خلافا لذلك، وكذلك في حالة ما إذا تم استصدار الرخصة القضائية دون احترام الشروط المتعلقة بالتعدد من حيث العذر أو نية العدل أو ليست له القدرة

الكافية لتحمل تكاليف الزواج، ففي كل هذه الحالات إضافة إلى الحالة التي ترفض فيها الزوجة التعدد مع توافر الشروط فإنه يجوز لها طلب التطلاق حتى ولو وافقت على التعدد غير أن الزوج لم يكن عادلا ماديا نحو زوجاته.

و قد صدرت عن المحكمة العليا أيضا عدة اجتهاداتها القضائية متعددة في هذا شأن نذكر بعضها:

- 1- " حيث أن قضاة الأساس استنتجوا من وقائع الدعوى بما لهم من سلطة تقديرية مطلقة، بأن بقاء الزوج مع زوجته الثانية بعيدا عن الزوجة الأولى فيه ضرر، و أن بقاء الزوجة الأولى وحدها في الوحات بينما يسكن الزوج في العاصمة مع الزوجة الثانية، مخالفا لأحكام المأمور بها شرعا..."(3)
- 2- حيث أن الزوج لم يقوم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن بمقتضى معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، و بالتالي فإن الزوج فم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجين طبقا للشريعة الإسلامية..." (4)
- إن منع الزوج من الزواج بثانية و وضع العراقيل في طريقه إلى ذلك، قد يدفعه إلى القيام بطلاق الزوجة الأولى بإرادته المنفردة(5)، قد يؤدي إلى سقوطه مع الثانية في فاحشة الزنا المحرمة شرعا أشد التحريم، و يتخذها خلية لا تربطه بها رابطة إلا تلك التي تربط الحيوانات(6).

1 - سورة النساء الآية 129.

2 - قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق.

3 - المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص 03-02-1972 النشرة القضائية 72 عدد 2 - ص 41.

4 - م.ع.غ.أ.ش-05-05-1986 ملف رقم 41445 (غير منشور)، بلحاج العربي- مبادئ الاجتهادات القضائية وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان

المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994 ص 44.

5 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 275.

6 - السيد سابق المرجع سابق- ص 117

لكن أحيانا التعدد مستحسن و يخدم مصلحة العائلة، و يكون التعاون على حمل أعباء الأسرة، و يسود التفاهم و تتحقق الحكمة المبتغاة من إباحة المشرع للتعدد في حدود أربعة نسوة، و الله سبحانه و تعالى يشرع حسب طبيعة البشر هذا من جهة.

كما أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، وهذه الحالة استحدثت بموجب المادة (53) في فقرتها التاسعة من قانون الأسرة الجزائري، و كما أنه يحق للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، و لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة ، و منه فإن عقد الزواج يتم أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة أن يتم عقد الزواج بتبادل رضا الزوجين

(الركن الوحيد حسب المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري)، يجب أن تتوفر في فيه الشروط الآتية :

- أهلية الزواج،

- الصداق،

- الولي،

- شاهدان،

- انعدام الموانع الشرعية للزواج. و ذلك طبقا لما ورد في المادة 9 مكرر من ق.أ.ج و كل من هذه الشروط وفق تفصيله وأحكامه - لسنا بصدد نقاشها .

و إنما نحن بصدد الفقرة التاسعة من المادة (53) من قانون الأسرة التي تناول فقط الشروط التي تتم في عقد الزواج، دون ذكر الشروط التي تتم في عقد رسمي لاحق لإبرام عقد الزواج.

وطبقا لما ورد في المادة 19 من ق.أ.ج التي تنص على أنه " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، و لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ' ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون." (1)

فإنه يجوز لكلا الطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية شريطة أن لا تخالف هذه الأخيرة أحكام قانون الأسرة ومن ثم يجوز للطرفين الاتفاق على عدم التعدد وكما يجوز للمرأة أن تشترط مواصلة الدراسة أو العمل بعد الدراسة، أو استمرارية عملها بل لها كذلك أن تشترط عليه أي شرط تراه ضروري شريطة أن لا يتنافى مع ما جاء به المشرع في قانون الأسرة.

فالمشرع الجزائري أخذ في مضمون المادة هذه، ماهو معروف في الشريعة الإسلامية التي جعلت من حق المرأة أو وليها أن يشترط ألا يتزوج عليها ، فلو اشترطت الزوجة في عقد الزواج على زوجها ألا يتزوج عليها صح الشرط و لزم، و كان لها حق فسخ الزواج إذا لم يف لها بالشرط، و لا يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته أو رضيت بما يخالفه(5).

1 - قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق.

5 - السيد سابق ، المرجع السابق،ص 112.

وإذا انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط ورفض الزوج أن يمثل لما وافق عليه سابقا كرفضه لعمل الزوجة ففي هذه الحالة يجوز لها ليس أن تخالف إرادة الزوج وتبقى مستمرة في عملها وإنما لها الحق في طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التخليق.

ويشترط في هذه الحالة أن يكون الشرط مكتوب في عقد رسمي وكذلك المشرع الجزائري بمقتضى المادة 2/37 ق.أ(1) سمح للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما والمكتسبة خلال الحياة الزوجية وذلك مع تحديد النسب، فإنه لا يمكن للزوج أن يقوم بتغيير أو تعديل هذا الشرط بإرادته المنفردة وإذا لم توافقه الزوجة في ذلك .

و جاءت المحكمة العليا في اجتهادات القضائية بأحكام موافقة، حيث قالت في إحدى أحكامها " حيث أنه من المقرر فقها و قضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي لها فيها فائدة بشرط أن لا تحل حرما أو تحرم حلالا، و بشرط أن لا تناقض روح العقد"(2)

و قد جاء المشرع في المادة 32 من ق.أ.ج " يبطل الزواج ، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد."(3)

و انطلاقا من ذلك فيحق لها فسخ الزواج في حالة عدم وفائه بشرطها الخاص بعدم الزواج بغيرها فالمادة 32 مكملة للمادة 19 من نفس القانون.

وقد أجاز المشرع الجزائري تطليق الزوجة لعدم التزام الزوج بواجباته الزوجية وهذا يتعلق بالحالات التالية:

-عدم إعداد الزوج مسكنا للزوجية لائقا ومتوفرا على كل ما هو ضروري للحياة كما للزوجة الحق في إسكانها منفردة.

وفي ذلك قضت المحكمة العليا "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا ومن تبين من قضية الحال أن الزوجة

تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير

سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض.وعليه فإن قضاة الموضوع

لما قضوا بتطليق الزوجة وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون ومن كان ذلك استوجب رفض الطعن.(4)

- 1 - قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.
- 2 - المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص 03-03-1971 ن ق 72 عدد 2 - ص 39.
- 3 - قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.
- 4 - غوتي بن ملح - المرجع السابق - ص 104.

## المطلب الثاني : الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها جزائيا

قد تلحق الزوجة أضراراً معنوية بسبب سلوكات وتصرفات زوجها فارتكابه لإحدى الجرائم المعاقب عليها شرعاً وقانوناً يهتز لها كيان الأسرة وتؤدي إلى خلق جو من التوتر والتنافر وعدم الانسجام، وتؤثر على استمرار الحياة الزوجية واستمرارها ، فهل يحق للزوجة تبعا لذلك طلب التطليق ؟

### الفرع الأول: التظليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية

قد يرتكب الزوج جريمة يعاقب عليها القانون، فتضرر زوجته خاصة وان كانت من الجرائم التي تمس بشرف العائلة وتستحيل مواصلة العشرة الزوجية، فهل يعتبر الحكم على الزوج في مثل هذه الجرائم سبباً مبرراً لطلب الزوجة التظليق ؟ للإجابة على هذا التساؤل نتطرق إلى الموقفين: الفقهي والتشريعي، وما توصل إليه الاجتهاد القضائي في هذا الإطار.

#### أولاً: الموقف الفقهي

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

وإن التفريق بين المحبوس و زوجته هو منصوص عليه في فتاوى ابن تيمية الحنبلي، فقد جاء فيها في باب عشرة النساء ما نصه: " القول في امرأة الأسير و المحبوس و نحوهما، مما يتعذر انتفاع امرأته به - إذا طلبت فرقتها، كالقول في امرأة المفقود"(1).

#### ثانياً: الموقف التشريعي

نص المشرع الجزائري في المادة 4/53 ق.أ ، على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التظليق في حالة "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية."(2)

و من تحليل نصوص و أحكام هذه الفقرة يتبين لنا أنه و إن كان قانون الأسرة قد منح الزوجة حق طلب التظليق من زوجها بسبب الحكم عليه بعقوبة بدنية تقيد حريته أو تحرمه منها فإنه مع ذلك قد قيد استعمال هذا الحق بضرورة توفر شروط أساسية، و فقدانه كلها أو فقدان بعضها كاف لحرمان الزوجة قانوناً من ممارسة حق طلب التظليق. وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ- لكي تتمكن الزوجة من إقامة دعوى أمام المحكمة من أجل أن تطلب الحكم لها من زوجها وفقاً لأحكام الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة يجب عليها قبل كل شيء أن تثبت بالطرق القانونية

أن زوجها الذي تريد أن تنفصل عنه بالطلاق فد ارتكب جريمة معينة سواء من جرائم القانون العام أو غيرها، وأنه إلى جانب ذلك قد صدر ضده حكم قضائي حاز قوة القضية المقضية و لم يقبل أن يطعن فيه بأية طريقة من طرق الطعن القانونية العادية أو غير العادية. و تقدم إلى المحكمة نسخة من هذا الحكم لتدعم به طلبها باعتباره حجة قانونية. (1)

ب- أن تكون الجريمة المعاقب عليها الزوج متصلة بشرف الأسرة و كرامتها و سمعتها. مثل عقوبة الاعتداء على العرض، و الاغتصاب، و الاحتيال....و غيرها. هذا يعني أن تتوتر العلاقة بين الزوجين بسبب هذا الحكم وآثاره. وأن يتحول الحب بينهما إلى بغض و كراهية، و تنتج عنه خلافات حادة، و خصومات مستحكمة، تحول راحتها إلى فتنة و سعادتها إلى شقاء و تصبح الحياة الزوجية كلها جحيم لا يطاق. (2)

ثم إن وصف الفعل بالشائن يعتمد على معيار الأخلاق من وجهة نظر القانون و التشريع الإسلامي، و هو ما يتضح من قول المشرع أن تكون العقوبة " فيها مساس بشرف الأسرة " كعقوبة جريمة الزنا، أو جريمة الاغتصاب، أو جريمة الفحش و غيرها، و المقصود بالأسرة هاهنا، أسرة الزوجين و أقاربهما طبقا لما رد في المادة 2 ق.أ. (3)

ج- ومن الشروط التي يوجبها قانون الأسرة استعمال الزوجة لحقها في طلب التطليق استنادا إلى إرادتها وحدها.

فيتضح لنا مما سبق، أن المشرع قد أحسن صنعا، عندما نص على أن الجرائم المقصودة في هذا الشأن هي الجرائم الماسة بشرف الأسرة و كرامتها و سمعتها و قيمتها الاجتماعية، و إن كان يصعب جمعها أو حصرها. و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية، فلا يجوز للزوجة بالتالي أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بالتطليق.

1- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 266.

2- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 267

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 294، 295.

## الفرع الثاني : التطليق لارتكاب فاحشة مبينة

إن المقصود بالفاحشة هنا هي الزيادة المبالغ فيها (1) أو الخطأ المخل بالأدب بصفة خطيرة وجسيمة بصفة خطيرة أو جسيمة، في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، و العرف و الضمير الاجتماعي، و قد وردت في القرآن الكريم آيات عديدة تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك و الأنظمة إخلال كبيرا .

أولاً: الموقف الفقهي

دليله من الكتاب:

كقوله تعالى: " وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا " و قوله عز وجل: " لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ "، وقوله سبحانه: " وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً "، وقوله أيضا: " قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالنَّبْغِيَّ بَعِيرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ ".

وبصفة عامة هي كل فعل تستنكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع الإسلامي وعليه فإنه إذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة كالزنا أو الشرك بالله أو الردة أو الاعتداء على قاصرة... فإنه يجوز للزوجة أن ترفع أمرها للقضاء و تطلب التطلاق<sup>(2)</sup>. لكن بشرط إثبات الفاحشة المرتكبة من طرف زوجها وذلك بتقديم للقضاء نسخة من الحكم الذي يدين به الزوج لارتكابه الفعل ولا يبقى حينئذ للقاضي سوى الحكم بالتطلاق مباشرة.

### ثانيا: الموقف التشريعي:

نص المشرع الجزائري في المادة 7/53 ق.أ بأنه يجوز للزوجة طلب التطلاق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة، و هي حالة أو سبب من الأسباب التطلاق التي يكاد ينفرد بالنص عليها قانون الأسرة الجزائري دون سواه من قوانين البلاد العربية الإسلامية الأخرى.

هذا و يُلاحظ أن هذه الفقرة تشملها الفقرتان الرابعة و السادسة من ذات المادة و استنادا إلى الآيات الكريمة المذكورة أعلاه، يتبين أن المقصود بالفاحشة في هذه الفقرة هو فعل الزنا. (3)

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

1 - فضيل سعد، المرجع السابق ص 298-299.

2 - العربي بلحاج، المرجع السابق ص 305.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 275.

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

بالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني، نجدها تنص على ما يلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"<sup>(1)</sup>

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

كما خص المشرع الجزائري جريمة الفاحشة بحكم خاص، فلم يشترط أن تصدر في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية، و لمدة تفوق السنة، بل اشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش مهما كانت العقوبة و لو لمدة تقل عن السنة، و لو كانت غير سالبة للحرية، فيحق للزوجة أن تطلب التطلاق<sup>(2)</sup>.

بعد أن تعرضنا لكافة الأسباب التي أوردتها المادة (53) من قانون الأسرة يمكن القول أنه يبدو لأول وهلة أن المشرع جاء بها على سبيل الحصر، إذ لا يمكن للزوجة أن تؤسس طلبها للتطلاق إلا على أحدها و ذلك ما ورد بالقرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12/01/1987 تحت رقم 43864، الذي جاء فيه "من المقرر شرعا أن تطلاق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها و من غير أن تثبتها بأدلة و حجج تُقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية. و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطلاقها من زوجها بناء على أنه

يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء بتطبيقها خرقوا النصوص الفقهية و حكموا دون دليل.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه(3).

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

### المطلب الثالث: التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا

- 1- قانون المدني الجزائري الصادر بتاريخ 20 يونيو 2005 والمعدل بمقتضى الأمر رقم 05-10.
- 2- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها- بدون طبعة، دار النشر أنسكلوبيديا. الجزائر ص 54-55.
- 3-القرار الصادر بتاريخ 12/01/1987 ملف رقم 43864 المجلة القضائية لسنة 2001 العدد 91 الصفحة 46.

### أولا: الموقف الفقهي

أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة و لا أن يؤذها بالقول، و هذه مبادئ قررها الإسلام، فقد قال عز وجل : { وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (1) } و قوله كذلك: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}(2)

لكن مع هذا جعل الإسلام للزوج الحق في تأديب زوجته فله ولاية تأديبها إذا خالفته و لم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعا، و لكن إذا تجاوز هذا التأديب حده على نحو يسيء للزوجة و يؤذيها في المعاشرة بالقول أو بالفعل بأن كان يضربها ضربا مبرحا، أو يشتمها أو يحملها على فعل غير مباح شرعا،

فهل يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة التطلاق في مثل هذه الأحوال؟

ذلك ما سنتناوله تفصيلا متعرضين لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذه المسألة، لنمر بعدها إلى موقف المشرع منها، و ننتهي في الأخير إلى ما توصل إليه الاجتهاد القضائي بشأنها

انقسم بهذا الشأن إلى اتجاهين نعرضهما فيما يأتي :

**الرأي الأول:** يرى الحنيفة والجعفرية والشافعية والظاهرية والشيعة الإمامية ورواية للحنابلة أن المرأة ليس لها الحق في طلب التطلاق من زوجها حتى ولو طلبت ذلك بسبب إبدائها بالقول أو بالفعل ومعاملتها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما وعلى القاضي أن يأمر الزوج بحسن المعاشرة والإحسان في المعاملة ، فإن لم يمتثل عاقبة تعزيزا بحسب ما يراه كافيا لزرجه حتى يمسكها بالمعروف ، وقد بنوا رأيهم هذا على ما فهموه(3) من قوله تعالى : " وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوقف الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا"(4)

فالضرر الحاصل للزوجة يمكن تداركه وإزالته بتعزيز الزوج ، وعدم إجبارها على طاعته ، فلا يع الطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله طريقا لإزالة الضرر عنها فلا يلجأ إليه.

### الرأي الثاني:

يرى المالكية أن الزوج إذا تعدى على زوجته بالضرب و نحوه كالإكراه على فعل أمر حرام، أو كان يضارها بالهجر أو الشتم و رفعت أمرها للقاضي و أثبتت تعديها، كان لها أن تطلب منه تأديبه و زجره للكف عن إيذائها و ذلك بالسبل التي يتخذها الزوج مع زوجته حين تمتنع عن طاعته بأن يعظه إن رأى القاضي ذلك مجدياً، فإن لم تجد العظة أمرها بهجره، فإن لم تقدر ضربه، هذا إن اختارت البقاء معه(5)

1- سورة البقرة الآية 228.

2- سورة النساء الآية 19.

3- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، لبنان 2007 ص 377.

4- سورة النساء الآية 35.

5- "رمضان علي السيد الشرنباصي كمرجع سابق ص 364

و المنصوص عليه في المذهب مالك رضي الله عنه أن الزوج إن تعدى على زوجته بأن أذاها إيذاء غير سائغ له شرعاً، و رفعت أمرها إلى القضاء و أثبتت الإيذاء زجره، و اكتفى بذلك إن أرادت البقاء، وإن عجزت عن الإثبات و تكررت الشكوى أسكنها بين قوم صالحين، و إذا ادعى كل واحد منهما إضرار الآخر به، و عجز كل واحد منهما عن الإثبات و أشكل الأمر على القضاء بعث حكيم عدلين رشيدين من أهلها إن أمكن، و إلا فمن غيرهما، و أصلحاً بينهما إن أمكن الإصلاح، فإن لم يمكن الإصلاح كان لهما التفريق بالخلع على المهر إن تبين لهما أن الأذى أو النشوز من جانبها، و بغير خلع إن تبين لهما أن الأذى من جانبها، و يقدران الأمر إن جهلت الحال، أو تبين أنه من جانبها، و يقع الطلاق و لو لم يطلب الزوجان أو أحدهما الطلاق.(1)

#### ثانياً: الموقف التشريعي:

لقد خول المشرع للزوجة حق طلب التظليل إذا لحقها ضرر سببه لها زوجها سواء بإيذائه لها بالقول أو الفعل إيذاء بليغاً يجعل الحياة الزوجية جحيماً لا تطاق ولا يقطع هذه الحياة البغيضة إلا التفريق بينهما وقد جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 53 ق.أ بأن من أسباب التظليل "كل ضرر معتبر شرعاً" إلا أن المشرع لم يتقيد بضرر معين وترك للقاضي سلطة تقدير الضرر وذلك حسب نوعية القضايا فمثلاً: يمكن اعتبار عدم توفير السكن اللائق الشرعي أو إهمال النفقة الشرعية أو إساءة معايشة الزوجة أو التهرب من الواجبات الزوجية ضرر معتبر شرعاً.

و قد أحسن المشرع صنعا عندما لم يحدد أنواع معينة من الضرر وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي ليقدر إن كان هناك ضرر أم لا وذلك حسب ظروف كل قضية ووقائعها لأن مفهوم الضرر هو مفهوم واسع لا يمكن حصره أو تحديده وقد يختلف من قاضي إلى قاضي ومن منطقة إلى أخرى.

فإذا أثبتت الزوجة دعواها ببينة أو اعترف الزوج وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها بائنة وإذا عجزت عن البينة أو لم يقر زوجها رفضت دعواها بينما إذا طال أمد الخلاف وتكررت دعواها دون أن تثبت ادعاءاتها فإن على القاضي أن يعين حكيمين للتوفيق بين الزوجين المتنازعين يكون

إحداهما من أهل الزوجة والثاني من أهل الزوج يحاول إصلاحاً بينهما وعلى هذين الحكيمين أن يعدا تقريراً عن مهمتهما في أجل أقصاه شهرين و هو ما جاء في المادة 56 ق.أ، فعلى الحكيمين أن يتفهما أسباب الشقاق و الخصام، و التحقق من وجود الضرر و عناصره، و أن يبذلا جهدهما في التوفيق و الإصلاح بين الزوجين، و أن يرفع تقريرهما إلى القاضي للنظر في القضية على ضوء هذا التقرير، وأنه في حلة عجز الحكيمين، و ثبوت الضرر حكم القاضي بتظليلها منه، أو ألزمه بالتعويض عن الضرر، سواء كان مادي أو معنوي إذا طلبت الزوجة ذلك.(2)

وهنا يمكن أن نذكر بعض الأمثلة عن أنواع الأضرار التي يمكن أن تلحق الزوجة، الي تسمح لها طلب التظليل و التي لا تسمح لها بذلك:

1- محمد أبو زهرة- المرجع السابق ص 362.

2- عمر وعيسى الفقهي، المرجع السابق ص 23، 24

## أ- أمثلة للضرر الذي يجيز التطلاق:

1- تعدي الزوج على زوجته ضربا و سبا و المقصود منه أن يتعدى عليها ضربا و سبا بأن يسب ذويها كما أنه يشترط في الضرب ألا يكون مبرحا أي أن يهدد الجسم و حياتها فإذا كانت بغرض التأديب لا يتحقق فيه الموجب للتطبيق.

2- غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد إذ هو صورة من صور الهجر المحقق للضرر.

3- ومن الضرر الموجب للتطبيق أن يعتمد الزوج إلى غير موضع الحرث و النسل من زوجته أو يتسبب في إصابتها بمرض أو يولى عنها وجهه في الفراش أو يقطع كلامه عنها أو يهجر فراشة مدة طويلة دون عذر أو يرتكب منكرا يتعدى أثره عليها بحيث ينال من شرفها و كرامة أسرته.

4- كما أنه من الإضرار الموجبة للتطبيق أن يحرض الزوج زوجته على ممارسة الدعارة و مجالسة الرجال الأجانب و احتساء الخمر.

كما أنه من الإضرار الموجبة للتطبيق ترك المرأة معلقة بسبب عدم إيفائها مؤجل صداقها ذلك الإجماع على أداء المهر شرعا للزوجة على زوجها بحيث لا يجوز لها أن تزف إليه و الدخول في طاعته حتى تستوفي منه معجل صداقها الذي اتفق عليه و لا تعتبر الزوجة بهذا ناشزا عن طاعة زوجها(1)

فقد جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/05/20 : " من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد الخلاف بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضرر بين واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو تناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه " (2)

وقد جاء في قرار آخر: " متى كان من المقرر شرعا أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطلاق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية " (3).

أما ما هو جدير بالذكر في هذا المقام فهو أن القانون لم يذكر في نصوصه أي معيار أو ميزان للتمييز بين كون هذا الفعل الصادر عن الزوج اتجاه زوجته يشكل ضررا للزوجة أم لا . فعلى القاضي أن يقيم من وجهة نظر اجتماعية و ثقافية لأنه ما يعتبر ضارا و جارحا لزوجته ما ، قد لا يكون ضارا للزوجة غيرها لهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي إن مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار و غير الضار مهمة شاقة وصعبة.

1 - الأستاذ العربي بلحاج، المرجع السابق ص 302.

2- المحكمة العليا قرار بتاريخ 85/05/20 ملف رقم 36414 مجلة القضائية 1990، عدد 2 - ص 58.

3- المحكمة العليا قرار بتاريخ 84/12/25 ملف رقم 34767 مجلة القضائية 1990 ، عدد 1 - ص 92.

إن أغلب القوانين في البلدان العربية الإسلامية قد نصت على إمكانية التفريق بين الزوجين بحكم من المحكمة كلما زعمت الزوجة أنه لحقها ضرر من زوجها ففي القانون اللبناني مثلا يقرر في المادة 130 أنه في حالة عدم الإصلاح يقضي القاضي بالتفريق إذا كان الشقاق من الزوج و يقضي بالخلع إذا كان من الزوجة نفسها ، أما القانون المغربي قد

منح حق التطلاق للزوجة وحدها في الفصل 56، خلافا للقانون التونسي الذي أعطى لكل من الزوجين الحق في طلب التطلاق في الفصل 25، وكذلك القانون السوري في المادة 112 وما بعدها.

و أما القانون الجزائري فإنه يتفق في المادتين 55-56 مع الأفكار العامة التي تضمنها كل من القانون التونسي و القانون السوري، و لا سيما من حيث المساواة بين الزوجين في منح حق التفريق عند ثبوت الضرر من أحدهما ضد الآخر بسبب الشقاء المستمر أو نشوز أحدهما.(1)

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

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

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

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

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

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

1- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 272.

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

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

## المبحث الثالث: آثار التطلاق

بعدما تطرقنا إلى ماهية التطلاق في المبحث الأول ثم انتقلنا إلى أسباب التطلاق المذكورة في المادة 53 من ق.أ بدراسة مفصلة لكل سبب من أسباب التطلاق من الناحية الفقهية من جهة و من الناحية التشريعية من جهة أخرى في المبحث الثاني . فإنه ينبغي علينا الآن أن نحدد طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في شأن التطلاق و ما يمكن أن ينجم عن هذه الأحكام من توابع باعتبارها آثار للتطلاق من الجانب الموضوعي.

### المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في شأن التطلاق

تعتبر الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف مستندين في ذلك بنص المادة 57 ق.أ التي تنص على أن: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية" (1) و طالما أنه يوجد نص صريح فإنه لا يجوز استئناف أحكام التطليق طبقاً لمبدأ التقاضي على درجتين و في هذا الشأن هناك قرار صادر من المحكمة العليا بتاريخ 1994/11/15 تحت الرقم 110096 و الذي جاء فيه: " و من المقرر أيضاً أن أحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية." (2)

## المطلب الثاني:توابع التطليق

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

### الفرع الأول: ما يثبت للزوجة

#### أولاً : العدة

العدة في اللغة هي الإحصاء. يقال عدت الشيء .عدة أي أحصيته إحصاءاً. ومنه قوله تعالى : و إن تعدوا نعمة الله لا تحصوها " و قوله : إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم خلق السموات و الأرض منها أربعة حرم ."

أما في الاصطلاح الشرعي فهي مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة، فتمتنع عن التزوج فيها، و بانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم" (3)

1- قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق .

2 – القرار الرقم 110096 الصادر بتاريخ 1994/11/15. المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الثالث ، ص 79.

3- محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى-المؤسسة الجامعية للدراسة و النشر و التوزيع، لبنان 1996ص 283. فالعدة هي تلك المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة ، بحيث لا يجوز لها أن تتزوج قبلها . و لقد نص القانون الجزائري في المادة 30 ق أ بأنه "يحرم من النساء مؤقتاً من الطلاق أو وفاة "

و لقد أوجبت الشريعة الإسلامية العدة على الزوجة عند الافتراق بيثها و بين الزوج ، سواء وقع الافتراق بالطلاق ( بعد الدخول الحقيقي أو الحكمي في الزواج الصحيح ) أو وفاة أو فسخ (1)

و الحكمة من وجوب العدة هي التأكد من براءة الرحم لتفادي اختلاط الأنساب من جهة و إعطاء الزوج متسع من الوقت ليتمكن خلاله من التفكير في مراجعة معتدته من جهة أخرى وهي مشروعة بالكتاب و السنة و الإجماع. و علينا أن نهتم بالأحكام الفقهية المتعلقة بالعدة بهذا التعامل الشريفي دليل من الكتب:

قال تعالى " : والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله و اليوم الآخر وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاح" (2) .

لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ " (3)

و قوله -صلى الله عليه و سلم- لفاطمة بنت قيس: "اعتدي في بيت أم مكتوم"

- اذا كانت الزوجة معتدة من طلاق أو فسخ، كانت عدتها بمضي ثلاثة أقرء، أي ثلاث حيضات ، إذا كانت ممن يحضن ، ودليل ذلك قوله سبحانه وتعالى: **"والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"** (4)

وذلك سواء كانت المطلقة طلاقا رجعيا أم طلاقا بائنا. وهو ما أشارت إليه المادة 58 ق،أ، بقولها **"تعتد المطلقة الدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء"** ،

أما إذا كانت المرأة لا تحيض ،سواء أكانت صغيرة دون البلوغ ،أو بلغت سن اليأس من المحيض (وهي خمس وخمسون سنة على المفتى به ) فعدتها ثلاثة اشهر ،**قوله تعالى : "واللاني يئس من المحيض من نساءكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، و آلاني لم يحضن"**(5).

وهو ما ذهب إليه القانون الجزائري المادة 58 التي تنص بأنه تعتد اليأس من المحيض بثلاثة اشهر من تاريخ التصريح بالطلاق .

إذا كانت المطلقة حاملا ، فعدتها وضع حملها . و دليل ذلك قوله تعالى : **"و أولات الأحمال أجهلن أن يضعن حملهن"** (6) فالحامل تعتد بوضع الحمل سواء كانت عدة طلاق أو فسخ أو وفاة أو بعد الزواج

1- بلحاج العربي، المرجع السابق ص 369.

2- سورة البقرة الآية 228.

3- سورة الطلاق الآية 01.

4- سورة البقرة الآية 227.

5- سورة الطلاق الآية 03.

6- سورة الطلاق الآية 04 .

الفاقد و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في **المادة 60 ق أ "** عدة الحامل وضع حملها و أقصى مدة الحمل 10 اشهر من تاريخ الطلاق أو وفاة " (1).

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

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

توجب العدة التوارث بين الزوجين. المادة 132 ق. أ. فترت المعتدة من الطلاق البائن . إلا إذا اعتبر الزوج فارا من الميراث (كان يطلق أن يفسخ الزواج في مرض موته و يموت في العدة ) .

- على المعتدة أن تعتد في البيت الذي تسكنه الى وقت الفرقة وتلتزم بيت الزوجية ولا تخرج منه إلا لضرورة أو عذر . لقوله تعالى : **"ولا تخر جوهرن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن تأتين بفاحشة مبينة "**

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 61ق.أ .على أنه لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها الا في حالة الفاحشة المبنية

لا يجوز لزوج المعتدة أن يتزوج امرأة محرما لمن فارفها أثناء عدتها ولا خامسة وهي في العدة . ولا تحل المعتدة للزوج فلا يجوز خطبتها تصريحا وان كانت معتدة من غير وفاة ويجوز خطبتها تعريضا إن كانت معتدة من وفاة . (2)

### **ثانيا: النفقة :**

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

كل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها طيلة مدة عدتها، و يجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة. و على المحكمة أن تحكم بها و تحددها إجماليا أو شهريا، وتشير إليها في نفس الحكم الذي تقضي فيه بالطلاق. فيدفعها المطلق إلى مطلقته وفقا لإجراءات التنفيذ إما بصفة رضائية أو بطريقة جبرية. وهذا هو المعنى الذي أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 61 ق أ: "و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق." و نضيف هنا بأن هذا الحق سيسقط شرعا إذا تركت المطلقة مقر الزوجية و لم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي سواء كلياً أو جزئياً. و تعتبر و كأنها ناشز ، و يجب على القاضي أن يراعي حال كل من الزوج و الزوجة عند تقدير قيمة النفقة.(3)

ويرى الفقه المالكي أن المعتدة من طلاق بائن تستحق السكني حاملا كانت أو غير حامل وتستحق

1- ق أ ج قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 376. 377

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 291

النفقة إن كانت حاملا لقوله تعالى: "اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن" (1)  
ب - نفقة الإهمال:

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

### ثالثا: التعويض

لقد منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التعويض طبقا لما أوردها المادة (53) من قانون الأسرة التي تنص على أنه:

و منه فإن الزوجة تستحق التعويض بعد الحكم لها بالتطلاق ، و تدعيما لمن يحكم بالتعويض إلى جانب الحكم بالتطلاق صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات من أهمها:

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

و لقد أوجبت الشريعة الإسلامية على الرجل تمتيع مطلقته، و ذلك بتعويضها جراء ما أصابها بسبب فك الرابطة الزوجية مستعملة مصطلح "المتعة" و ذلك عملا بقوله تعالى: { وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّفِينِ }{241}(3) و قوله أيضا: {لَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَأَوْا فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ}{226}(4) و قوله أيضا: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا}{49}(5) في حين أن القوانين الوضعية أوجبت على القاضي إلزام الزوج بدفع مبلغ من المال نقدا أو عينا يخضع لسلطته التقديرية تحت تسمية "التعويض".

إن المادة 55 ق.أ هي واضحة بحيث تجيز للقاضي الحكم بالتعويض للطرف المتضرر دون أن تبين الطريقة التي إنحلت بها الرابطة الزوجية فسواء كان الطلاق أو التطلاق.

- 1- سورة الطلاق الآية 07 .
- 2 - قرار رقم 181648 الصادر بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول ص 49.
- 3 - سورة البقرة الآية 241.
- 4 - سورة البقرة الآية 236.
- 5 - سورة الأحزاب الآية 49.

ضف إلى ذلك فإن الزوجة قد تضررت من جراء تصرفات زوجها فمن غير المعقول أن نحرمها من التعويض التي هي في أمس الحاجة إليه.

#### رابعاً: النزاع حول متاع البيت

قد يتنازع الزوجان في بعض متاع (1) البيت أو كله، بأن يزعم أحدهما أن المتاع ملكا له، بينما ينكر الطرف الثاني هذه الملكية.

لقد جاءت المادة 73 ق.أ كل النزاع القائم بين المطلقين حول متاع البيت بقولها أنه "إذا وقع النزاع بين

الزوجين أو وراثتهما وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو وراثتها مع اليمين في المعتاد للنساء،

والقول للزوج أو وراثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشاركات بينهما يتقسماتها مع اليمين". (2).

نفهم من هذه المادة أنه إذا تنازع الزوجان أو وراثتهما ولم يكن لديهما أي دليل فالقول للزوجة أو وراثتها مع تأدية اليمين وذلك في المتاع المتعلق بالنساء، أما ما يتعلق بالرجال فالقول للزوج أو وراثته مع تأدية اليمين، أما ما هو مشترك بينهما فيتم تقسيمه بينهما مناصفة بعد أداء اليمين لكل واحد منهما على أنه ملكه. (3)

أما إذا أنكر أحد الزوجين أن ما يدعيه الطرف الآخر من أثاث غير موجود فعلى الطرف الذي يدعي وجود ذلك فعليه إثبات ذلك بكل وسائل الإثبات المقررة في القانون المدني.

و في هذا الإطار صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/07/19 جاء فيه: " من المقرر قانونا

أن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين بشأن الأثاث لا يعتبر طلبا جديدا بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي.

و من ثم فإن القرار المنتقد عندما اعتبر توجيه اليمين التي أثارها الطاعن طلبا جديدا يظن قد أخطأ في تطبيق القانون.

مما يستوجب نقص القرار جزئيا فيما يتعلق بالأثاث (4).

#### الفرع الثاني : ما يثبت للأولاد

##### أولاً: النسب :

إن الحياة نشوء و انتماء ، نشوء بواقعة الميلاد و انتماء بثبوت النسب ، فالخروج إلى الدنيا بغير أب أو

- 1 - يُقصد بالمتاع كل ما يوجد بمسكن الزوجية من أثاث و أواني و لباس و حلي.
- 2- ق أ ج قانون الأسرة الجزائري المؤرخ بتاريخ 27 فبراير 2005 والمعدل بمقتضى رقم 02-05.
- 3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 394.
- 4 - إ ق غ أ ش، عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا لسنة 2001، الصفحة 236.(العيش فضيل ، المرجع السابق، ص 71).

بدون أبوين هي الجحيم بعينه، فهذا اهتم الإسلام بالنسب من عدة أمور أولها أنه حرم الزنا حتى لا تثمر

العلاقة المحرمة طفلا لا يعرف أي نسب ينسب إليه، كمانه حرم التبني حتى لا يتخلى الآباء عن أبنائهم و لا يدخل الأسرة من ليس من أصلابها و لهذا قال الرسول صلى الله عليه و سلم: " من ادعى إلى غير أبيه فالجنة عليه حرام." لأن القرآن الكريم قد جعل الزوجية وسيلة النسب الوحيدة في قوله تعالى:

"وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا" و حرم الإسلام على الآباء أن ينكروا نسب أولادهم، خاصة عندما يكون الزواج عرفيا أو تم بالكتمان و قد قال الرسول صلى الله عليه و سلم: " أيما رجل جحد ولده و هو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة و فضحه على رؤوس الخلائق"

فالنسب في تعريف موجز هو انتماء المولود لوالديه بدليل شرعي.(1)

و يثبت نسب الولد لأمه بمجرد ولادته سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو غير ذلك. في حين يثبت نسب الولد لأبيه في الحالات التالية: الفراش، مصداقا لقوله -صلى الله عليه و سلم- "الولد للفراش و للعاهر الحجر" إضافة إلى الإقرار و البيينة و نكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد (32)-(33)-(34) من قانون الأسرة و هو ما تضمنته فحوى المادة (40) من ذات القانون.

و قد حصر المشرع الجزائري مدة الحمل ما بين 6 أشهر و أقصاها 10 أشهر و ذلك طبقا للمادة 42 من ق.أ ج سواء من انفصال أو وفاة لما تضمنته المادة 43 من ق.أ ج على أنه "ينسب الولد إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"(2) فإذا وقعت الولادة خلال هذه المدة ينسب المولود إلى الزوج دون خلاف، في حين إذا وقعت ولادته بعد مرور أكثر من عشرة أشهر من تاريخ التطليق فإن المولود لا يلحق بالزوج لاحتمال نسبه لشخص آخر .

### ثانيا: الحضانة:

الحضانة لغة ضم الولد و تربيته، كالمراة إذا حضنت ولدها، و تسمى المراة حاضنة. أما في الاصطلاح الشرعي فهي تربية الولد و رعاية شؤونه، لمن له حق الحضانة، حتى يبلغ سنا معيناً. (3)

خلافاً لبعض القوانين العربية ، عرف المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة انطلاقاً من أهدافها في نص المادة 62 من هذا القانون " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة وخلقاً و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك"

وحسب الأستاذ سعد عبد العزيز فإن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين

1- كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق ص482.

2 - قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص379.

العربية حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلفية والتربوية والمادية.

لقد جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العممة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة . "

يتبين لنا من هذه المادة أن حق الحضانة يثبت للنساء أصلاً ، لكونهن أقدر و أصبر من الرجال على تربية الطفل و العناية به . كما يتضح لنا بأن القانون الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة للأم ، أتبعها بالأب ثم رتب المستحقين لها من جهة الأم والأب .

وقد ورد في هذا الشأن أن امرأة جاءت إلى الرسول -صلى الله عليه و سلم- فقالت له يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء و ثديي له سقاء ، و حجري له حواء و إن أباه طلقني و أراد أن ينزعه مني فقال: أنت أحق به ما لم تتزوجي "

و انطلاقاً من نص المادة 64 ق.أ ، فإن حق الحضانة في القانون الجزائري يكون على الشكل التالي: الأم ، الأب ، الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العممة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون .

ما نلاحظه هو أن المادة 64 من قانون الأسرة جاءت بفئة ثالثة من مستحقي الحضانة وذلك بقولها " ... ثم الأقربون درجة... " دون ذكرهم أو تحديدهم ومن ثم نلجأ إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية وذلك في حالة غموض أو غياب نص ما في أمر محدد وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد الآراء تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص ، لكنهم متفقون على التصنيف التالي:

فالمذهب المالكي يرتب القريبات من المحارم ابتداءً من الأخت وتقدم الشقيقة التي لأم وهذه الأخيرة على التي لأب ثم عمته أخت أبيه ثم عمه أبيه أخت جده ثم خالة أبيه ثم بنت الأخ الشقيق ثم الذي لأم وبعدها الذي لأب ثم بنت الأخت الشقيقة ثم التي لأم وتليها التي لأب (2) وإذا اجتمع هؤلاء يقدم منهن الأصلح للحضانة وبعضهم رجح بنات الأخ على بنات الأخت (3).

أما المذهب الحنفي ، فيرتب القريبات الحاضنات بدايةً بأخوات المحضون ثم بنات الأخوات ثم الخالات على خلاف المذهب المالكي الذي يرتب الخالة بعد الأم ، ثم بنات الإخوة ، ثم عمات المحضون فخالات الأم ، ثم خالات الأب ثم عمات الأم فعمات الأب وتقدم دوماً الشقيقة على التي لأم والتي لأم على الأخت لأب . (4)

1 - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 293 .

2 - عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ص 218 .

3 - محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص 406 .

4- محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 474 .

أما المذهب الحنبلي فقد قدم الأم وأمها وأبها وأمها وأبها ثم الأخوات بدءاً بالشقيقة فالخالة فالعممة ثم خالات أمه ثم خالات أبيه ثم عمات أبيه ثم بنات أخواته ثم بنات إخوته ثم بنات أعمامه ثم بنات عماته ثم بنات أخواته ثم بنات أعمامه ثم بنات أعمام أمه ثم بنات أعمام أبيه وأخيراً المذهب الشافعي الذي وكما هو متعارف عليه الأم أولى بحضانة ابنها ثم أم الأم وإن علت بشرط أن تكون وارثة ، أما عن القريبات من المحارم فهن الأخت ثم بنت العممة ثم بنت العم ثم بنت العم ثم بنت الخال وتقدم الشقيقات على غيرهن والتي لأب على التي لأم . (1)

إذا لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل من الفئات التي سبق ذكرها ، وذلك لوجود مانع مادي كعدم قدرتهم على التكفل بالطفل المحضون أو لم يكونوا أهلاً لذلك ، نص المشرع في المادة 64 من القانون الأسرة على أن للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون ولو كان من الأقارب الذين ليست لهم حق الحضانة مثل ابن العم (2).

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

و قد اشتملت المادة (62) من قانون الأسرة على هذه الشروط باستعمالها لعبارة "أهلاً للقيام بذلك" دون أن تفصل في هذه الشروط.

كما حدد القانون مدة الحضانة القصوى في المادة (65) منه بالنسبة للأنثى بسن الزواج وجعلها للذكر كقاعدة عامة بعشر سنوات، و يجوز في حالات استثنائية تمديدتها إلى أكثر من ذلك إذ نص على أنه يجوز للقاضي أن يقضي بتمديد مدة حضنته من سن العشر سنوات إلى غاية بلوغه السادسة عشر سنة وذلك في حالة ما انتهت المدة القانونية لحضنته وطلب الحاضن من هيئة المحكمة تمديد ها له وذلك في حالة توفر شرطين وهما:

الشرط الأول: أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها.

الشرط الثاني : أن لا تكون الأم متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس بمحرم للمحضون(3)

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

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

### ثالثاً: نفقة المحضون و سكنه:

إن نفقة الولد واجبة على الأب كمبدأ عام ، و لا تسقط عنه إلا إذا أثبت أن لهذا الولد مالا يمكن أن ينفق منه على نفسه وذلك بقطع النظر عن كون الوالد موسراً أو معسراً طبقاً لنص المادة 75 من

1- عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص 218، 219، 220.

2 - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 223.

3 - عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ص 299.

قانون الأسرة التي تنص على أنه " تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال ... " ، وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة ، وذلك وفق نص المادة 76 من نفس القانون التي نصت على انه " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك " ويستشف من نص هذه المادة انه إذا كان الأب عاجز على الكسب وكان فقيراً فإنه يعتبر في حكم المعدوم وحينئذ يؤمر بها من تجب عليه نفقة الصغير بعد الأب وهي الأم ولها أن تعود على الأب أن ظهر يسره لأنه يعتبر مديناً لها بها .

أما عن سكن المحضون فالأب ملزم بتوفيره، وان تعذر عليه يدفع بدل إيجار و هذا حسب المادة 72 من القانون الأسرة الجزائري.

و قد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1994/11/29 تحت رقم 112705 الذي قضى: "من المقرر أن نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيء له سكناً، أما إذا تعذر فعليه أجرته، و لما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم المنتقد على أن الطاعن لا يحق له المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فإنهم بذلك قد أساءوا تطبيق القانون وكان يتوجب عليهم إلزام الطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته مما يتعين عليه نقض و إبطال القرار دون إحالة"(1)

### رابعاً: حق الزيارة

لقد نصت المادة 64 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية " على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " و عليه فإن القاضي عندما يحكم بالطلاق فإنه يتوجب عليه إذا حكم بإسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها أن

يحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون وذلك في أوقات وأماكن محددة ، وإذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأب بحق الزيارة المحضون لمرات معينة وفي أوقات وأماكن محددة ، فما يمكن ملاحظة هو أنه على القاضي عندما يقضي بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين أو لهما معا بحق الزيارة . (2)

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن الزيارة هي رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية بين يدي حاضنته وليس للزائر أن يأخذ المحضون ويتجول به من حي لأخر (3).

ورغم أهمية الزيارة والمتمثلة في رؤية المحضون والإطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلفية ، فإنه من الأباء من لا يمنحها الاهتمام اللازم فيتخلون عنها أحيانا ويطالبون بها أحيانا أخرى وقد يتخلون عنها نهائيا متجاهلين ما يمكن أن يتركه ذلك من شرخ في نفسية الطفل ، ومن جهة أخرى قد تمتنع الحاضنة عن تسليم المحضون وتقف دون ممارسة الأب أو الولي حقه في زيارة للطفل ، وقد يمتنع الزائر عن إعادة الطفل إلى حاضنته بعد انتهاء مدة الزيارة ويعرض نفسه

1 - قرار رقم 112705 الصادر بتاريخ 94/11/29 المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد الأول صفحة 140.

2 - عبد العزيز سعد ، نفس المرجع ، ص 296 .

3 - عبد العزيز سعد ، نفس المرجع ، ص 297.

للعقوبة المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات والمتعلقة بتحويل المحضون وإبعاده عن مكان حضنته.

ومادام الأمر هكذا كان على المشرع عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة أن يحدد معنى الزيارة وأن يحدد الحالات التي يمكن للقاضي إن توفرت أن يقضي بسقوطها ، إضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري عندما ألزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة دون طلب ودون رقابة مسبقة منه ، يمكن أن تنتج عنه عواقب سيئة ومضرة بالمحضون ، وذلك عندما يتجاوز الوالد المحكوم له بحق الزيارة حدود اللياقة ويصر على اخذ المحضون معه و اصطحابه إلى أماكن غير لائقة (1) مثلا فحسب رأينا كان من الأجدر على المشرع عندما ألزم القاضي بمنح حق الزيارة تلقائيا إلى أحد الوالدين أن يضع ضوابط لذلك وأن يحدد الحالات التي تسقط بموجبها هذا الحق ولأنه يجب أن يراعي أولا وأبدا مصلحة المحضون .

## الفصل الثاني: الخلع و أحكامه

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

### المبحث الأول: ماهية الخلع

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

### المطلب الأول: تعريف الخلع و دليل مشروعيته

#### الفرع الأول: تعريف الخلع

#### - في اللغة :

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

{فَلَمَّا آتَاهَا نُودِي يَا مُوسَى {11} إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَأَخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى {12} و في هذه الآية الخلع بمعنى النزاع و في الأمور المعنوية "كخلع الرجل امرأته خلعاً" إذ أزال زوجيتها و خلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتقدت منه(1).

و الخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضاً لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل و بالعكس {هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ و أَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ}، هذا و قد قال الفقهاء: إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، و الخلع بالضم في إزالة الزوجية(2).

#### في اصطلاح الشرع:

1- سورة طه الآية 11-12.

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

وقد عرّفه الحنفية: بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه(1)

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

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

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

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

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الخلع إلا أنه نص عليه في المادة 54 من ق.أ بقوله: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. " ، ولذلك يستوجب علينا الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا لأحكام المادة 222 ق.أ بحيث يعرف الخلع في الشريعة الإسلامية بأنه " إزالة عقدة النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو في ما معناه " . كما عرفه خليل في مختصره بأنه " الطلاق بعوض " (3) ، وقد عرفه الفقهاء بأنه فراق الرجل زوجته ببدل يحصل له ويرون أنه لا بد في الخلع أن يكون بلفظ الخلع أو بلفظ مشتق منه أو لفظ يؤدي معناه مثل المبراة و الفدية ، كما قد عرفه ابن حزم الظاهري بأنه " هو الافتداء إذا كرهت المرأة

زوجها، فتخاف أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيه حقا، فلها أن تتنذى منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو وإلا أجبرت هي، وإنما يجوز بتراضيهما " ، وقد عرفه الفقهاء المسلمون بأنه

1- عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية-الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النشر المعرفة-المغرب، صفحة 260.

2- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع ، بدون طبعة، دار الكتاب العربي، لبنان 1980 صفحة 396.

3- أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة بدون الطبعة ، دار إحياء العلوم، لبنان 1988 ص 374.

عبارة عن عقد اتفاقي وثنائي الأطراف ينعقد عادة بعرض من الزوجة لمبلغ من المال المعلوم شرعا مقابل طلاقها وبقبول صريح من الزوج لهذا العرض وللطلاق ويمكن أن يكون بعرض من الزوج وقبول من الزوجة (1).

كما يمكن أن نعطيه تعريف أدق وأشمل فنقول بأنه عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة والهدف منه إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناء على عرض أحد الزوجين مقابل مبلغ مالي تدفعه له بحيث يتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم وإن لم يتفقا على ذلك فإن المشرع حول للقاضي حق التدخل لتقديره بحيث لا يتجاوز في كل الأحوال مقدار صداق المثل وقت الحكم.

## الفرع الثاني: حكم الخلع و دليل مشروعيته

اختلف الفقهاء في حكم الخلع، فإذا خالعت الزوجة زوجها مع استقامة الحال كره لها ذلك، و يصح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة و الثوري و مالك و الأوزاعي و الشافعي و يحتمل كلام أحمد تحريمه إذ قال: "الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهو خلع"، وهذا يدل على أن الخلع لا يكون صحيحا إلا في هذه الحال وذاك أيضا قول ابن المنذر ودادود، وقال ابن المنذر وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم وذلك لأن الله قال في كتابه

العزیز: ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ (2) فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال: ﴿تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن اعتدى حدود الله فأولئك هم الظالمون﴾.

وروى ثوبان قال: "قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة". وروى أبو داود وعن أبي هريرة عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "المختلعات والمنتزعات هن المنافقات". رواه أبو حفص، ورواه أحمد في مسنده، وذكره محتجا به وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة، لأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة فحرمه لقوله عليه الصلاة والسلام "لا ضرر ولا ضرار". واحتج من أجازه بقوله سبحانه وتعالى: ﴿إن طبن عن شيء منه فكلوه هنيئاً مريئاً﴾.

وقال "ابن المنذر": "لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة، بدليل الربا، حرمه الله في العقد و أباحه في الهبة و الحجة مع من حرمه، و خصوص الآية في التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز (3) قال الشافعية أن الأصل في الخلع الكراهة، ويكون مستحباً إذا أساءت المرأة المعاشرة ولا يوصف بغير ذلك فلا يكون حراماً ولا يكون واجباً.

1 - عبد العزيز سعد، المرجع سابق، ص 216.

2- سورة البقرة الآية 221

3- عبد الرحمن الجزيري، المرجع سابق - صفحة 396-397

فبعد أن ذكر الله تعالى في سورة البقرة أن الطلاق مرتان وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وأضاف -عز وجل- أن أخذ المال من الزوجة مما أعطها محرماً، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي إذا ما خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما، كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها. ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالا وهذا ما يعرف بالخلع. وحكم الخلع إذا استوفى شروطه الجواز ودل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع.

### من الكتاب:

فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ {229} (1)

### من السنة:

ما رواه البخاري و النسائي عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت ابن قيس بن شماس إلى رسول الله - صلى الله عليه و سلم- فقالت: يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق و لا دين و لكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله -صلى الله عليه و سلم-: أتريدان عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله - صلى الله عليه و سلم-: " اقبل الحديقة و طلقها تطليقة" و هذا أول خلع في الإسلام. و معنى الحديث أن جميلة بنت عبد الله بن أبي، ذكرت لرسول الله -صلى الله عليه و سلم- أنها تكره زوجها ثابت بالرغم من أنه لا يسيء إليها و لا يقصر فيما يفرضه عليه الإسلام نحوها و أنها تخشى أن تؤدي كراهيتها له إلى التقصير في الحقوق التي أوجبها الله على الزوجة نحو زوجها. (2)

### من الإجماع:

فقد ذكر الإمام القرطبي في شرح الحديث فقال: " فيقال أنها كانت تبغضه أشد البغض، وكان يحبها أشد الحب، ففرق بينهما الرسول -صلى الله عليه وسلم- بطريق الخلع فكان أول خلع في الإسلام. فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع و لم يخالفهم إلا بكر ابن عبد الله المزيني و لكن الإجماع انعقد قبل خلافه، وفي ذلك قول الإمام مالك : لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم ، و هو الأمر المجتمع عليه عندنا و هو أن الرجل إذا لم يضر المرأة و لم يسيئ إليها و لم تؤت من قبله و أحببت فراقه فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به.(3)

1 - سورة البقرة الآية 229.

2- السيد سابق ، المرجع السابق، ص 300.

3- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي بالقاهرة، مصر، 1968، ص504.

## المطلب الثاني: طبيعة الخلع

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

### الفرع الأول: الموقف الفقهي

يرى الحنفية أن الخلع جائز وهو تطليقة بائنة، وحثهم في ذلك ما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- في حديثه: "إقبل الحديقة وطلقها تطليقة" لأن النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ مادام قد نشأ صحيحا وأن الخلع لا يكون إلا بعد تمام هذا العقد، فيكون لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال مجازا، واعتبروه طلاقا بائنا حتى ولو بطل الخلع، وأضافوا أنه إذا خالع الزوج زوجته بعد أن طلقها وهي في العدة فإن الخلع لا يصح، أما إذا طلقها طلاقا رجعيا ثم خالعها في العدة على مال فإن الخلع يصح، ويلزم المال لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح.(1)

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

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

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

-أن الزوج أحق بالرجعة فيه.

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

- أن العدة فيه ثلاثة قروء.

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

### الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

يترتب عن الخلع طلاق، ويحسب ضمن عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ ذلك لأن انحلال الرابطة الزوجية تارة يكون طلاقا وتارة يكون فسحا والطلاق هو حل عصمة الزوجية بلفظ الطلاق الصريح أو الكناية.

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

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

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

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

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة الخلع بالتفصيل ولا لطبيعته القانونية تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيقا لنص المادة 222 ق.أ فالخلع في رأي الفقه يعد من المعاوضات لأنه يعقد بإيجاب وقبول ولكن الاعتبار فيه يختلف بالنسبة للرجل والمرأة ولذلك فالتكييف القانوني له هو كالطلاق على مال فيعتبر يمينا في جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال ويعتبر معاوضة من جانب المرأة لأنه شبه بالتبرعات بحيث تدفع له مبلغ من المال في مقابل افتداء نفسها من رابطة زوجية أصبحت لا تطبقها (2) .  
وتجدر بنا الإشارة إلى أنه وقبل التطرق إلى شرح كونه يمينا أو معاوضة يجب أن نفرق بين مفهومين كثيرا ما يتم الخلط بينهما وهما الخلع والطلاق بالتراضي.

فالخلع يشبه الطلاق بالتراضي إلا أنهما يختلفان في كون أن الأول يكون طلاق رضائي مقابل مال تدفعه الزوجة إلى زوجها أي هو طلاق بعوض أو طلاق على مال في حين أن الثاني يتم بموافقة الزوجين ولكن بدون مقابل.

### أولا: الخلع يمينا من جانب الزوج

(أ)- فإذا كان الإيجاب صادرا عن الزوج كأن يقول لزوجته خالعتك على ألف دينار فسكنت ولم

تقم بالرد فلا يجوز له الرجوع فيه مادامت لم تقم من المجلس، أما إذا قام هو من المجلس لا يبطل الإيجاب لأنه إذا كان لا يبطل برجوعه الصريح فأولى ألا يبطل بقيامه من المجلس ولكن يبطل بقيامها

1- بلحاج العربي، المرجع السابق ص 246-247.

2 - بلحاج العربي، المرجع السابق ص 263

هي من غير رد أو قبول لأن المعاوضات والعقود المالية عامة تبطل إذا تفرقت المجالس بعد الإيجاب والقبول (1)

وفي حالة ما إذا كانت غائبة فإنها تنقيد بمجلس علمها فعند قيامها من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب ولم يعد لها الحق في القبول لأن ذلك حكم العقود المالية، أما إذا كان الإيجاب صادرا من

طرفها كأن تقول لزوجها ذلك مائة جنيه إن طلقنتي فلا يمكن لها الرجوع عن إيجابها قبل قبوله وإذا قامت من مجلسها أو قام هو بطل الإيجاب.

(ب)- يحق للزوج أن يعلق إيجابه على شرط أو يضيفه إلى زمن المستقبل كأن يقول لها خالعتك على مائة إن قبل أبوك لأن التعليق يجوز على أمر آخر ولكن لا يجوز لها أن تعلق إيجابها على أمر من الأمور.

(ج)- لا يجوز للرجل أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع لأنه تعليق وخيار الشرط أي حق الفسخ إنما يدخل في العقود لا في الإسقاطات.

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 69/03/12 بقولها "ليس الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين وعرض الزوج الخلع لا يخولها أي حق ولا أثر على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض الزوج به ولا يمكن اعتباره كطلب مقدّم إلى القضاة ويكون عليهم الفصل فيه"<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: الخلع معاوضة من جانب الزوجة

فالأحناف يعتبرون الخلع معاوضة إذا كان من جانب الزوجة وذلك لأنها تعطي للزوج مالا مقابل طلاقها وهذه هي المعاوضة بين الطرفين يتم وفق إيجاب وقبول فأحدهما يدفع مالا والآخر يعطيه عن ذلك افتداء النفس، وحتى يمكن اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة فلا بد أن يتم قبولها في مجلس

الإيجاب بحيث أنه إذا كانت غائبة عن مجلس الإيجاب فيعتبر قبولها في مجلس علمها بالإيجاب وعلى إثر ذلك فإذا أوجبت الزوجة الخلع ابتداء ثم قامت من المجلس أو قام الزوج قبل قبوله بطل الإيجاب.

فما دام الخلع من المعاوضات من قبل الزوجة فلا يجوز أن يعلق على شرط أو يضاف إلى زمن مستقبل.

وقد اختلف الفقهاء في تكييف الخلع فهل هو فسخ أم طلاق فمنهم من ذهب إلى اعتباره فسخا وتبعاً لذلك يعد معاوضة في حين البعض الآخر يعتبره طلاقاً فهو معاوضة فيه شبه تعليق فيعتبر معاوضة لأنه يأخذ منها بدلا في مقابل طلاقها وشبه تعليق لأنه يتوقف على أخذ المال.<sup>(3)</sup>

1- محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص 330.

2- المحكمة العليا: الغرفة المدنية قرار بتاريخ 69/03/12 – مجلة الأحكام المجموعة الأولى الجزء الأول ص 170-172

3- زودة عمر، نفس المرجع السابق ص، 58، 59.

### ثالثا: الخلع فسخا أم طلاقا

هناك اختلاف حول هذه المسألة فهناك من يعتبر أن الخلع فسخ ومنهم أحمد وداود وابن عباس وعثمان وهم صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى: " **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره**" فلو افترضنا بأن الافتداء يقصد به الطلاق لا زادوا عدد الطلاقات على ثلاث.

وما يدل أيضا على أنه فسخ هو أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ثابت بن قيس أن يطلق امرأته في الخلع تطليقة ومع هذا أمرها أن تعتد بحيضة وهذا صريح في أنه فسخ.

أما الذين اعتبروا بأن الخلع طلاقا فإنه روي عن عثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعن جماعة من التابعين أن الخلع يعد طلاقا وفي ذلك قال الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي وهذا الحكم مؤكد سواء كان الخلع على مال أم كان يغير ذلك لأن الله شرع الخلع كي تملك الزوجة نفسها وهذا ما يتعارض مع الطلاق الرجعي.

وأدلة الخلع على أنه طلاق حديث الرسول صلى الله عليه وسلم بن قيس " ردي عليه حديقته " ، ومفهوم الرد هو المفارقة والتخلية يقع بها الطلاق.

وأساس الاختلاف يكمن في الاعتداء بالطلاق فمن رأى بأنه طلاق احتسبه طلاقاً بائناً ومن رأى أنه فسخ لم يحتسبه. (1)

أما موقف المشرع الجزائري بالنسبة لهذه المسألة فلم يتطرق إليها على الإطلاق لكن يمكن أن نستخلص بأنه اعتبر الخلع طلاقاً على أساس أنه أوردته تحت باب انحلال الزواج في الفصل الخاص بالطلاق لأنه لو كان يقصد به الفسخ لما ذكره في الفصل الخاص بالفسخ.

ضف إلى ذلك أن الفسخ يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد كاختلال أحد أركانه بينما لو نظرنا إلى الخلع فهو يرد على علاقة زواج شرعية لم يعترها أي عارض يعيب العقد ومن ثم يرد عليه الطلاق وليس الفسخ.

## المبحث الثاني: شروط الخلع

يُعد تطرقنا لماهية الخلع ودراستنا لمختلف ألفاظه الصريحة والكنائية التي يقع بها، والوقوف على اجماع الجمهور على جوازه في حالة كره الزوجة لزوجها ونفورها منه.

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

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

1 - زودة عمر، المرجع السابق ص 60.

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

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

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

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

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

ولأن الخلع طلاق بعوض فإذا جاز الطلاق بلا عوض فمن باب أولى جوازه بالعوض وعلى هذا اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المخالعة ما يشترط في المطلق فإذا كان الزوج لا يمكنه إيقاع الطلاق فبالتبعية لا يمكنه أن يخالع زوجته مادام لا يتمتع بالأهلية الكاملة للطلاق. (2)

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

### الفرع الأول: الموقف الفقهي :

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

#### رأى المالكية:

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

1- وهبة الزحيلي المرجع السابق ص 491..

2 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق ص 352.

كما يحرم على الزوجين أن يتخالعا في زمن المرض، ولكن إذا وقع الخلع بينهما في مرض الزوجة فإن الطلاق البائن ينفذ ولا يتوارثان ولو ماتت هي في العدة. أما الزوج المريض مرضاً خطيراً فإنه إذا خالعه زوجته فإن الخلع ينفذ والعوض يلزم ولكنه حرام. إلا أن الزوجة تترث منه إذا ماتت، سواء كانت في العدة أو انقضت عدتها حتى لو تزوجت غيره من أزواج أما هو فلا يرثها إن ماتت قبله لأنه أضاع ما بيده.

أما ما يتعلق بالزوج المخالعة فيشترط فيه ما يشترط في المطلق، ومنها أن يكون مسلماً، مكافاً فلا يصح خلع الصبي والمجنون، فهل لأب الصغير والمجنون أن يخالعه زوجته؟ والجواب: نعم، يصح بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما، وهل لأب الصغير والمجنون أن يطلق عنهما بغير عوض؟ وفي هذا خلاف. فبعضهم يقول أنه لا يصح، وبعضهم يقول أنه يصح إن كان في طلاقه عنهما مصلحة، كما إذا ظهر أخلاق فساد أخلاق الزوجة.

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

#### رأى الحنفية:

قالوا لا يصح للصغيرة أن تلتزم العوض المالي فإذا قال لها الزوج: "خلعتك على عشرين جنيهاً" وقالت: "قبلت" وهي مميزة تعرف أن الطلاق يوجب الفرقة بينهما ويحرمها من زوجها فإنها تبين منه ولا يلزمها المال، لأنه تبرع والصغير ليس أهلاً للتبرعات(2).

وقد نتساءل هنا: هل للأب أن يخالعه ابنته الصغيرة؟ والجواب: أنه إذا اختلعا بماله أو بمهرها وقع الطلاق ولا يلزمها شيء كما لا يلزم الأب شيء في الأصح، ذلك لأنه معلق على قبوله، ولا يلزمها الأب، وبعضهم يرى أنه معلق بلزوم المال فإذا لم يلزم فلا طلاق، هذا وإذا اختلعا الأب على ماله وهي صغيرة ثم كبرت وأجازت ذلك صح الخلع ولزمها البديل، أما إذا اختلعا بماله فإنه يصح الخلع ويلزمه المال، وكما لا يصح للصغيرة أن تخالعه زوجها بمال فكذا لا يصح للسفينة، فإذا خالعت زوجها على مال وقع الطلاق ولا يلزمها المال.

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

أما إذا كانت مريضة مرضا ماتت فيه وخالعه على مال في ذلك المرض، فإنه يصح بشرط أن يكون في حدود الثلث لأنه تبرع.(3)

1 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع سابق-صفحة355،356

2 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع سابق -صفحة 352

3 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع سابق -صفحة353

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

### رأي الشافعية:

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

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

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

أما شروط الزوج المخالغ فيشترط فيه أن يكون مكلفا فلا يصح الخلع من صبي أو مجنون أو معتوه إلا السكران فيصح خلعه تغليظا عليه أما خلع السفية المحجور عليه فيصح، ولا يبرأ ملتزم العوض بالدفع للولي إلا إذا قيد أحدهما الطلاق بالدفع له(2)

### الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

إن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى الشروط الواجب توافرها لصحة الخلع مكتفيا بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان وفي حالة عدم إتفاقهما يحدده القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل الأمر الذي يتعين معه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

ولهذا يشترط لصحة الخلع توفر الأهلية القانونية لكل من الزوجين وأن تكون هناك علاقة زوجية قائمة بينهما بالإضافة إلى أن يكون الخلع مقابل مال(3).

وحسب المادة 54 من ق.أ فإنه يشترط القانون لكي تخالغ الزوجة زوجها لا بد أن يكون هناك زواج شرعي وقانوني صحيح سواء أكان قد سجل في سجلات الحالة المدنية أم لم يسجل لكن لا يقبل الحكم بالخلع إلا بعد تسجيل عقد الزواج.

1 - عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 354.

2 - عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 356، 357، 358.

3 - بلحاج العربي، المرجع السابق ص 265.

فلو كان الزوج مثلاً أجنبياً عن الزوجة أو لا تربطه به علاقة زواج فلا يصح أن تخالعه ولا يمكن حصول هذا الخلع طلاقاً.

والعلاقة الزوجية القائمة حكمها كتلك القائمة حقيقة فلو كانت الزوجة في عدتها من طلاق رجعي فلا مانع من مخالعة نفسها من زوجها لأن الطلاق الرجعي لا تزال فيه الرابطة الزوجية قائمة من جهة وملكية الإستمتاع لم ترتفع من جهة أخرى. (1)

أما في حالة ما إذا كانت الرابطة الزوجية فاسدة طبقاً لنصوص المواد 32 إلى 34 ق.أ فلا يقع الخلع

### أولاً: بالنسبة للزوج

فيجب أن يكون راشداً عاقلاً وأهلاً للتصرف في ماله بحيث لا يمكن للصغير والمجنون أن يخالعه زوجته لأنه في حكم فاقد الأهلية بحيث يشترط فيه أن يكون بالغاً 19 سنة (المادة 7 ق.أ) إلا أنه يمكن للقاضي أن يجيز الخلع قبل بلوغ هذا السن إذا وجدت مصلحة في ذلك وهذا أخذاً بالمذهب المالكي القائل " من لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن". (2)

بينما السفية فيمكنه أن يطلق لأنه محجور عليه في التصرف المالي فقط ومن ثم فقد ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز خلعه لصحة طلاقه لكن إذا سلم العوض إلى السفية بدون إذن ولي فهو بمثابة دين لم تبرأ الزوجة منه.

أما بالنسبة للزوج المريض مرض الموت فإنه إذا خالعه زوجته فإن الخلع ينفذ والعوض يلزم

وذلك حسب اتفاق الفقهاء.

### ثانياً: بالنسبة للزوجة:

فيشترط فيها أن تكون متمتعة بأهلية التبرع (المادة 203 ق.أ) بحيث إذا لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في المادة 40 ق.أ فلا يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك لأن الخلع بالنسبة لها هو في حكم المعاوضة الشبيهة بالتبرع (3). ومن ثم فلا يصح للصغيرة أو المجنونة أو السفية أن تخالعه زوجها بمال.

فالزوجة التي أعفاها القاضي من سن الزواج إن أرادت أن تخالعه نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني - فهل يصح لها ذلك؟ ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية و تصرفاتها تخضع لإجازة وليها طبقاً للمادة (83) من قانون الأسرة الجزائري. (4)

1 - الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص 332.

2 - قانون الأسرة الجزائري، كمرجع سابق.

3 - غوتي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 185

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

كما يجوز للقاضي أن إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج، إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذاً بالمذهب المالكي، فمن لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن و باعتماد

القاعدة الفقهية "كل من صح طلاقه صح خلعه" فإن من لا يملك الزواج إلا بإذن، لا يملك الخلع إلا بإذن.

كمانه يصح خلع الزوج لزوجته المريضة مرض الموت فيقع الطلاق البائن و يثبت به البذل ، غير أن هذا البذل لما كان شبيها بالتبرع و هو في هذه الحالة يأخذ حكم الوصية لتعلق حق الورثة و الدائنين بالتركة من أول المرض الذي كان سببا للموت فلا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة ، لأنها لا تملك التبرع بأكثر من الثلث (1) و هذا بإجازة الورثة.

فإن ماتت الزوجة قبل انقضاء العدة استحق الزوج الأقل من بدل الخلع و ثلث التركة، و ميراثه منها و لو ممن يرثها ، لان بدل الخلع فيه معنى التبرع ، فيأخذ في مرض الموت حكم الوصية لتعلق حق الدائنين و الورثة بالتركة من وقت حلول المرض الذي كان سببا في الوفاة .

و قد يكون المقصود من الخلع أن يأخذ الزوج مقدارا كبيرا يزيد عما ستحقه بالميراث و هذا لا يجوز لأنها في معنى الوصية ، و الوصية للوارث لا تجوز عند جمهور العلماء. (2)

### المطلب الثاني: صيغة الخلع

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

#### الفرع الأول: الموقف الفقهي.

#### رأي المالكية:

قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط:

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

**الشرط الثاني:** أن يكون القبول في المجلس، إلا إذا علّقه الزوج بالأداء أو الاقباض فإنه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس. فإذا قال لها: "إن أقبضتني عشرين جنيتها أو أديت إلي كذا فأنت طالق"، فإن لها أن تقبضه بعد المجلس، و متى فعلت ذلك بانته منه، إلا إذا طال الزمن بعد الانصراف عن المجلس، بحيث تمكث مدة، يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها على أنه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تقبضه في المجلس فإنه يُعمل بها فلو قامت من المجلس بطل الخلع فلا تملك طلاق نفسها بالبذل(3).

1 - مصطفى شلبي. المرجع السابق. ص 562، 563.

2 - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق. ص. 404.

3 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع سابق، ص 370.

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

#### رأي الشافعية:

قالوا: صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية و من كنياته لفظ: بيع و فسخ، فإذا قال لها: "بعتك نفسك بألف" ناويا بذلك الطلاق، فقالت: "قبلت"، كان خلعاً صحيحاً تبين به، و يلزمها العوض و مثل ذلك ما إذا قال: "فسخت نكاحك بألف"، و في هذه الحالة يكون لفظ الفسخ طلاقاً ينقص عدد الطلقات و

مثال صريح الطلاق في الخلع أن تقول له: "طلقتني على عشرين"، فقال: "طلقتك على ذلك" فإنه يكون طلاقاً صريحاً باننا يقع بدون نية، فإذا نوى به أكثر من واحدة لزمه ما نواه، أما إذا قالت له: "أبني على عشرين"، فقال لها: "أبنتك"، فإنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية، وهكذا في كل ألفاظ الكنايات التي تقدمت.

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

أما شروط الصيغة فهي:

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

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

### رأى الحنفية:

قالوا بشأن الأحكام التي تتعلق بالصيغة أنه يشترط في صحة القبول من الزوجة أن تكون عالمة بمعنى الخلع و اعتبروا يمينا من جانب الزوج، فلو ابتداء الخلع بقوله: "خالعتك على مائة" مثلاً، فإنه لا يملك الرجوع عنه، و كذا لا يملك فسخه، و لا نهي المرأة عن قبوله. و له أن يعلقه على شرط، و يضيفه إلى وقت(2).

1 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع سابق، ص 371، 372.

2 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع سابق، ص 368.

أما الخلع بالنسبة للزوجة فهو معاوضة المال، لأنها تعطي الرجل مالاً ملكاً له في نظير الطلاق.

و يشترط الحنفية: مطابقة الإيجاب للقبول، فإذا قال لها: "أنت طالق أربعاً بثلاث مائة"، فقالت: "قبلت ثلاثاً"، لم تطلق، لأنه علق الخلع على قبولها الأربع، فإذا قبلت ثلاثاً لم يتحقق المعلق عليه و إذا قال لها:

"طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، ثم قال: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، ثم قال لها: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، فإنه يقع ثلاث تطليقات بثلاثة آلاف، و هذا بخلاف ما إذا قال لها: "خالعتك" و لم يذكر بدلاً، فقالت: "قبلت"، ثم أعاد لها اللفظ، فقالت: "قبلت"، فإن الثاني لا يقع لأن الأول وقع باننا فلا يلحقها الثاني(1).

### رأى الحنابلة:

يشترط في صيغة الخلع عدة شروط:

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

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

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

**رابعها:** أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها: "إن بذلت لي كذا فقد خالعتك" فإن الخلع لا يصح و لو بذلت له ما سماه، بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه، و إذا اجتمع شرطاً مع الخلع فإن الخلع يصح، و الشرط يبطل مثل ذلك ما إذا اشترط الخيار، كما قال لها: "خالعتك بكذا على أن لي الخيار أو لك ثلاثة أيام"، فإن الخلع يصح و الخيار يبطل فيقع الخلع فوراً و له الحق في العوض(2).

### موقف المشرع الجزائري:

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

حتى أن المادة (54) توضح أنه إذا كان الاختلاف حول الاتفاق في مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله فإنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضا في فقرتها الأولى التي تنص على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي". (3)

1 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع سابق، ص 369.

2 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع سابق، ص 372، 373.

3 - قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق.

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

القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 و الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع المال و قدره و في حالة عدم اتفقاها يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل، وقت الحكم دون الالتفات إلى

عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعاً.

و عليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال- لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك رفض الطعن(1).

القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 216239 و الذي جاء فيه: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، و من ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن(2).

من خلال العرض السابق للآراء الفقهية و موقف المشرع الجزائري في نص المادة 54 من ق.أ. فإننا نرى أن الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج كرسنه الشريعة الإسلامية، و هو ما اهتدى إليه المذهب المالكي المعتمد في القانون الجزائري و الذي سبق و أن وضعنا رأيه في المسألة من جواز الخلع دون الأخذ برضا الزوج.

### **المطلب الثالث: بدل الخلع.**

مقابل الخلع هو ما تقدمه الزوجة إلى زوجها مقابل طلاقها ويجوز أن يكون مقابل الخلع بكل ما صح أن يكون صداقاً من نقود أو غيرها المهم أن يكون مباح شرعاً (المادة 14 ق.أ)، وهذا المقابل يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المتداولة داخل الوطن كما يمكن أن تكون من النقود والأوراق المالية المتداولة خارج الوطن<sup>(3)</sup>.

وقد يكون أشياء مقومة بمال كالذهب بشرط أن يكون الشيء موجوداً وقت عرضها للإيجاب وقد يكون شيء مستقبلي (المادة 92 ق.م) ويجب أن يكون الشيء مقابل الخلع معينا أو قابل للتعيين (المادة 94 ق.م).

### الفرع الأول: الموقف الفقهي.

يجوز شرعاً أن يأخذ الزوج مالاً أو ما يقوم مقامه في نظير خلاص الزوجة منه، و لا إثم عليه في ذلك

- 1 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص لسنة2001- صفحة134.(العيش فضيل ، المرجع السابق ص 54).
- 2 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص لسنة2001- صفحة138.(العيش فضيل ، المرجع سابق، ص 55).
- 3 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق ص 217.

لقوله تعالى: {فلا جناح عليهما فيما افتدت به} فإذا كان البديل مساوياً لما دفع للزوجة من مهر حل له أخذه. أما إذا كان أقل من قيمة المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى و هذا بإجماع الفقهاء. إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان البديل أكثر مما قدم إليها من مهر، و في هذا الشأن كان لكل مذهب رأيه.  
رأي المالكية:

يرى المالكية أنه لا يحل للزوج شرعاً أن يأخذ شيئاً من زوجته إذا كان سبب النشوز منه، و إن أخذ وجب عليه أن يرده إليها، و إن التزمت بشيء في مقابل الخلع سقط عنها التزامها<sup>(4)</sup> و استدلتوا في رأيهم بقوله تعالى: {وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ} <sup>(2)</sup> و قوله تعالى: {وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا} <sup>(3)</sup>  
ما يصح أن يكون بدلاً للخلع و شروطه:

كل ما صح أن يكون مهراً صح أن يكون بدلاً في الخلع، و لا تقدير فيه باتفاق جمهور الفقهاء، فيصح أن يكون من النقد أو العقار أو المنقول، كما يصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج أو منفعة تقوم بمال، كما يصح أن يكون بإرضاع الزوجة لولدها منه مدة معينة، أو على حضانتها المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها أو تقوم

بالإنفاق عليه مدة معينة و عليها الوفاء بذلك، فإن امتنعت عن القيام بما التزمت أو عجزت عن ذلك كان لمن خالعه الرجوع عليها فيما يقابل المدة الباقية.<sup>(4)</sup>

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

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

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

و ليس للمطلق شيئاً حتى و لو أجاز المالك<sup>(5)</sup> و أضافوا أنه يشترط في العوض أن يكون حلالاً، فلا يصح الخلع على خمر أو خنزير أو مال معصوب مثل المسروق فإذا خالعه على شيء من ذلك وقع

- 1 - أحمد محمود الشافعي، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للمطبوعات- الإسكندرية 1997
- 2 - سورة النساء الآية 19
- 3 - سورة البقرة الآية 231
- 4 - الدكتور محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 565-566
- 5 - عبد الكريم شهيون، مرجع سابق، ص 268

الطلاق بائناً، و يبطل العوض، فإن كان مغصوباً و جب عليه أن يرده إلى صاحبه، فإن كان خمرأً و جبت عليه إراقتة، و إن كان خنزيراً و جب قتله و قيل يسرح و لا شيء للزوج على الزوجة في مقابل ذلك.

- أما إذا خالعتة على شيء بعضه حلال و بعضه حرام، كما إذا خالعتة على خمر و ثوب فإن الخلع ينفذ و العوض يبطل، فلا شيء للزوج مطلقاً (1) أما لو علمت الزوجة بالحرمة دون الزوج فلا يلزمه الخلع.

### رأى الحنفية:

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

و استدلوا على رأيهم بقوله تعالى { **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** } (2) إذ أن الآية نفت الجناح (الإثم) عن الرجل فيما يأخذ من فدية (بذل الخلع) قل أو كثر و استدلوا بقصة الربيع بنت معوذ -رضي الله عنها- فقد شككت إلى عثمان -رضي الله عنه- زوجها و أنها انفلتت منها كلمة "أنا أفندي بما لي كله"، فقال الزوج: "قد قبلت" قال عثمان: "خذ منها" فأخذ مالها كله، و في رواية أخرى أنه ورد عن الربيع بنت معوذ قالت: "قلت له لك كل شيء و فارقتي"، فقال: "قد فارقت"، فأخذ و الله كل شيء، فجنبت و هو محصور فقال: "الشرط أملك خذ حتى عقاس رأسها" (3) ولأن الخلع معاوضة و البذل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين فإن الزيادة التي تعطيهما الزوجة من مالها تكون عن طيب خاطر لقوله تعالى: { **وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِينًا مَّرِيئًا** } (4).

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

### رأى الشافعية:

يرى الشافعية أنه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على صداق أو على بعضه أو على مال آخر. و لا فرق أن يكون البذل عيناً أو ديناً أو منفعة و ضابطه أن "كل ما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون عوضاً في الخلع لعموم قوله تعالى: { **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** } (5).

1- عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 362.

2 - سورة البقرة الآية 229.

3 - العقاس: جمع عقسة و هو ما يربط شعر الرأس بعد جمعه

4 - سورة النساء الآية 4

5 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 570-571 .

### الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

لقد نصت المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي (1).

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

يتبين لنا من نص المادة أنه ما يصح أن يكون بدلاً للخلع أو ثمناً للخلع و الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعاً و قانوناً. و باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، فالمال يمكن أن يكون من النقود و الأوراق المالية المعروفة و المتداولة و كذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقداً أو عيناً، و بعبارة فقهية أكثر دقة: "أن كل ما صح أن يكون صداقاً صح أن يكون مقابل خلع"، و لهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع و الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعاً و قانوناً.

حيث تعارضت آراء الفقهاء و تباينت فيما يخص مقدار العوض الذي تبذله المرأة لقاء خلعها من زوجها فقد ذكر الشيخ عبد الله المراعي في كتابه الزواج و الطلاق في جميع الأديان أن الزوج يجب أن لا يأخذ أكثر مما أعطى مهراً للزوجة فقال أن الزيادة هي إضرار بالمرأة و حجته في ذلك حديث امرأة ثابت بن قيس و قد تقدم ذكره (2).

لقد تعرض المشرع الجزائري الى العوض في الخلع في مادته 54 من قانون الأسرة الجزائري و المتأمل لهذه المادة يرى موافقتها لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم تحديد المال المخالغ عليه بمقدار معين ، و قد ترك ذلك لتراضي الزوجين سواء كان العوض مثل مقدار المهر أو أقل أو أكثر.

أما في حالة عدم الاتفاق فقد أعطيت السلطة التقديرية في ذلك للقاضي على الا يتجاوز ما يحكم به صداق المثل وقت الحكم ، و هذا ما جاء في نص المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري بعبارة صريحة حيث قالت : إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم." (3)

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

و قد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير مقابل الخلع من خلال عدة قرارات منها:

صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 22-04-1985 تحت رقم 36709 جاء فيه: "من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره

1 - قانون الأسرة الجزائري، كمرجع سابق

2 - عبد الله المراعي. الزواج والطلاق في جميع الأديان لجنة التعريف بالإسلام. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1966 ص 229.

3- قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق .

فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع و من ثمة يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق.

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

## المبحث الثالث: آثار الخلع

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

### المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع

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

### الاتجاه الأول: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع تصدر ابتدائية نهائية استناد إلى المادة 57 من قانون الأسرة ( الأمر 05، 02 ) : « تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف » . إضافة إلى ما أورده المادة (48) أيضا و التي اعتبرت الخلع طلاقا و بذلك فهو غير قابل للاستئناف.

بالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للاستئناف وذلك عندما يطعن بالنقض في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه ، كما تقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الاستئناف المرفوعة ضد أحكام الخلع وانتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا ورفضها موضوعا<sup>(2)</sup>

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

### الاتجاه الثاني: 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 و القضاء من جديد بالتفريق بالخلع.

1- القرار الصادر بتاريخ 1985/04/22 تحت رقم 36709- المجلة القضائية لسنة 1989- العدد الأول- صفحة 92  
2 - زودة عمر، المرجع السابق، ص 162.

كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم محكمة الدرجة الأولى وبعضها الآخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى، وصرح من جديد بالتفريق بالخلع وتكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنا بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى و أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعاوى الخلع يجري على درجة واحدة لتصرحت بنقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة(1).

وما يمكن استخلاصه في هذا الشأن أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع لا تقبل الطعن بالاستئناف وهذا هو مفهوم المادة 57 من ق.أ، أما الأحكام الصادرة بشأن التطليق والخلع حسب نص المادة السابقة من القانون القديم فإنها تكون قابلة للاستئناف لأن المادة 57 ق.أ خصت أحكام الطلاق فقط و لم تتوسع في شرح مفهوم الطلاق.

### المطلب الثاني: توابع الخلع

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

### الفرع الأول: الآثار التي ينفرد بها الخلع

أولا: التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع

متى وقع الإيجاب و القبول على المخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به إلتزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء كان البدل المتفق عليه أو المحكوم به قضاءً أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق و أقل العموم قوله تعالى: **{ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ }** (2) إن هو عام في كل ما تعطيه الزوجة فداءً لزوجها قليلاً كان أم كثيراً زائداً عن المهر أو أقل منه.  
ثانياً: اعتداء المختلعة

اختلف الفقهاء على عدة المختلعة على قولين:

القول الأول: أن المختلعة تعتد بثلاثة قروء لعدة المطلقة و به قال "أبو حنيفة" و "مالك" و "الشافعي" و "أحمد" في رواية لهم و استدلوا على ذلك بمايلي: قوله تعالى **{وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ}** (3) و ما دام الخلع طلاق فتدخل المختلعة في عموم الآية.

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

1 - زودة عمر، المرجع السابق، ص 161.

2 - سورة البقرة الآية 229

3 - سورة البقرة الآية 228

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

- روى أبو داود عن ابن عباس أنه قال: "إن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه و سلم- فأمرها أن تعتد بحيضة.

- و روى عن "الربيع بنت معودين عفراء": أن ثابت بن قيس ضرب امرأته فكسر يدها و هي جميلة بنت عبد الله بن أبي فجاء أخوها يشتكيه إلى رسول الله -صلى الله عليه و سلم- فأرسل رسول الله إلى ثابت فقال: **"خُذْ التِّي لَكَ عَلَيْهَا- و خل سبيلها، قال نعم فأمرها الرسول أن تتربص حيضة واحدة و تلحق بأهلها"**.

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

و كذا المادة (58) من قانون الأسرة الجزائري نصت أن المشرع جعل من عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء و ما دام لم يرد استثناء في ذلك على المختلعة فإنها تعتد هي أيضا بثلاثة قروء لاعتبارها في حكم المطلقة تطبيقاً لعموم النص، و يستنتج أن اليأس من المحيض تعتد بثلاثة أشهر و الحامل بوضع الحامل.(1)

### ثالثاً: سقوط الحقوق الزوجية:

تسقط الحقوق المالية الثابتة لكل من الزوج و الزوجة وقت الخلع بمقتضى الزواج الذي حدث فيه الخلع، و لا أثر لهذا الأخير في الحقوق الثابتة الأخرى التي لا علاقة لها بهذا الزواج، و في سقوط هذه الحقوق المالية من عدم سقوطه ثلاثة آراء:

### الرأي الأول:

يرى "أبو حنيفة" أن الخلع يسقط به كل حق ثابت الفعل لكل من الزوجين على الآخر، كالمهر و النفقة المتجمدة للزوجة، سواء كان الخلع بهذا اللفظ أو بلفظ المبرأة و مشتقاتها، لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة و المنازعة بين الزوجين و هذا لا يتحقق إلا بإسقاط كل حق يتعلق بالزواج فليس للزوجة المطالبة بمهرها التي لم تقبضه و ليس لزوجها

المطالبة بالمهر الذي قبضته إلا إذا كان الخلع واقعا عليه، أما ما لم يثبت كنفقة العدة و السكن، فلا تسقط بالخلع بالاتفاق  
و مثل ذلك حق الطفل في الحضانة  
و أجره الرضاعة غير أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع<sup>(2)</sup>.

1 - قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق.

2 - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ص 572.

### الرأي الثاني :

ترى الجعفرية أن الخلع لا يسقط به أي حق و لا يوجب به إلا ما اتفق عليه الزوجين، بأي لفظ وقع لأنه شبيهة بالمفاوضة، و لأن كلا من لفظي الخلع و المبارأة صريحا في الدلالة على سقوط تلك الحقوق، فللزوجة بعد الخلع المطالبة بالمهر إن لم تكن قبضته و بنفقتها المتجمدة و غير ذلك من الحقوق.

### الرأي الثالث :

يفرق أبو يوسف بينما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع، و بينما إذا وقع بلفظة المبارأة ففي الأول لا يجب إلا ما اتفقنا عليه و في الثاني لا تسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجة، مع ما اتفق عليه فهو في الأول مع الجعفرية و في الثاني مع الحنفية و وجه التفرقة أن المبارأة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه و هي لم تفيد شيء دون غيره فتحمّل على الإيداء كل ما يتعلق بالزواج، أما لفظ الخلع و ما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى إن اقتصر فيه على ما اتفق عليه<sup>(1)</sup>

يتضح مما سبق أن المسألة اجتهادية لعدم ورود نصوص شرعية أو قانونية تخصصها، و لكن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع لأن هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه، و لا يسقط غيره، و في حالة المخالعة عن طريق القضاء فإن المادة (54) من قانون الأسرة تجعل فترة تقدير العوض من سلطة القاضي في حالة عدم اتفاق الزوجان عليه، و هذا ما ورد في اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 07/21/1992 الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم.

و عليه فإن قضاة الموضوع- في قضية الحال- لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون."(2)

### الفرع الثاني: الآثار العامة

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

### أولا: نفقة العدة .

#### من حيث استحقاق النفقة :

1 - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 573.

2 - إق غ أش، عدد خاص لسنة 2001، الصفحة 134. (العيش فضيل ، المرجع السابق، ص 54).

بالنسبة للخلع فإن قضي به سقطت النفقة، إلا إذا كانت حاملا فهنا لها نفقة حملها لأن المطلقة بائن لا تجب لها النفقة و هي غير حامل، أما إذا كانت حاملا فإنها يجب لها النفقة حتى تضع الحمل، أما في الطلاق فثبتت النفقة للمطلقة في العدة فالمطلقة رجعيًا يجب لها النفقة العدة حاملا كانت أم لا و لا تسقط

نفقتها إذا خرجت من بيت العدة أما من حيث عدد الطلقات فإن الخلع لا ينقص به عدد الطلقات أن اعتبرت فسحا فهو يوسع عدم الطلقات التي يملكها الرجل فقد يعود الزوجات إلى حياتهما المشتركة بعقد ومهر جديدين ، وتكون الفرقة قد سبقها طلقان أما الطلاق فينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته فإن كانت الأولى بقي له طلقان (1)

من حيث تدخل القاضي :

يرى جمهور الأئمة و الفقهاء أن الخلع يجوز بدون القاضي ويمكن أن نفرق بين حالتين، حالة تراضي الزوجين على المخالعة فلا يشترط إذن القاضي وحالة أخرى وهي الغالبة وهي الكراهية من أحدهما للآخر فيجب أن يكون ذلك بإذن القاضي ليتحقق على الأقل من شروط الخلع.

ونفقة العدة أي كل مختلعة تستحق نفقة العدة من مال مخالعتها طيلة مدة عدتها ويجب على المخالعة أن يتحمل نفقة العدة وعلى المحكمة أن تحكم بها وتحددها إجماليا أو شهريا إذا طلبت الزوجة ذلك ولم تتنازل عن حقها صراحة أمام القاضي ، وعلى القاضي أن يراعي في تقدير نفقة العدة مستوى الحالة التي كانت عليها الزوجية .

مسقطات نفقة العدة :

أ- تسقط النفقة إذا كانت عوضا في الخلع : ولكن يبقى على المعتدة ملازمة بيت الزوجية للعدة فقد جاء في البدائع لو اختلعت بنفقة لعدتها ، فبعض مشايخنا قالوا : يباح لها الخروج بالنهار لاكتساب لأنها بمعنى المتوفي عنها زوجها ، وبعضهم قال : لا يباح لها الخروج لأنها هي التي أبطلت النفقة باختيارها .

ب- سقوط نفقة الحمل بالخلع : جاء لابن قدامة الحنبلي : إن خالعت المرأة زوجها و أبرأته من نفقة حملها وكفالتها : لا يكون لها نفقة ولا للولد حتى تقطمه (2)

ثانيا: نفقة الإهمال .

المادة 74 من قانون الأسرة تنص : « يجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 80.79.78 من قانون » .(3)

فإذا قدمت المختلعة ما يثبت أن مخالعتها لم ينفق عليها يحق لها طلب نفقة الإهمال ، نص م 78 « تشمل النفقة الغذاء ، الكسوة ، العلاج ، السكن ، أو أجرته وما يعتبر من ضروريات في العرف و العادة » .

1 - عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 575.

2 - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 241

3 - قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

و نفقة الإهمال تجب من تاريخ خروجها من المسكن الزوجية إلى غاية صدور الحكم بالخلع وتقدير نفقة الإهمال حسب ظروف ومقدور الزوج .

ونص المادة 79 : « يراعى القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم » .

ونص المادة 80 : « تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى » .

و يتضح من خلال هذه نص هذه المادة أن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى و تسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة، إلى تاريخ صدور الحكم، و يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة المتراكمة لمدة سنة واحدة سابقة لتاريخ رفع الدعوى النفقة الي تستحقها شرعا، بشرط إثبات عدم إنفاقه بكل الوسائل(1).

### ثالثا: الحضانة .

عرفت المادة 62 من قانون الأسرة : « الحضانة هي رعاية للولد وتعليمه و الأيام بترتيبه على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً» . ويتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق بين الزوجين بشأن حق الأم في طلب الحضانة الأولاد لأنها الأولى ، ثم يليها من هم الأحق بالحضانة حسب نص مادة 64 من قانون الأسرة نص مادة لأمر ( 02-05 ) : «الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة «(2) .

وعلى القاضي ذكر بقاء الحضانة إلى حين سقوطها لسبب من الأسباب أو وجود مانع ينتهي بحضانة الولد حسب نص م 65 من قانون الأسرة : تنص على ما يلي : « تنقضي مدة الحضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة لذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية ، وعلى أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون «(3)

### أ - شروط الحضانة :

ذكر الفقهاء شروطا كثيرة يجب أن تتوافرها فيمن يثبت له الحضانة وكلها تدور على مقصد واحد ، وهو توفير البيئة الصالحة ورعاية المحضون ويتمثل في :

#### 1- الأمانة على أخلاق المحضون:

فلا حضانة لطالبها في حال الانحراف السلوكي الظاهر المؤثر في رعاية المحضون أما اختلاف الدين الوالدين فليس مؤثرا على القول الصحيح .

1- عبد العزيز سعد ،المرجع السابق، ص 229.

2 - قانون الأسرة الجزائري ،المرجع السابق.

3 - قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

2- القدرة على تربية المحضون و العناية و القيام بشؤونه : لا تثبت حضانة العاجز عن القيام بتلك الأمور، أم بسبب كبر سن أو المرض أو مشغلة أخرى ،فلا يكون لها حق الحضانة.

3- أن تكون بالغة لأن غير البالغة ولو كانت مميزة لا تستطيع أن تقوم بشؤونها كلها فكيف يوكل عليها القيام بشؤون غيرها .

4- أن تكون عاقلة لأن غير العاقلة لا تحسن القيام على شؤون الصغير لعدم معرفتها بل يخشى عليه الضرر .

5- ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم من الصغير ، بأن تكون غير متزوجة أو متزوجة يقرب محرم منه كعمة أو جدة .

6- خلو الحاضن من الأمراض المعدية، و البرص و السل الرئوي:فلو كان الحاضن مصابا بمرض من الأمراض المعدية،فلا يثبت له حق الحضانة.(1)

وإذا كانت متزوجة من أجنبي أو من قريب غير محرم كابن عمه أو محرم غير قريب كأخيه من الرضاع سقط حقها في الحضانة(2) ، لأن هؤلاء لا يعطون على الصغير كعطف القريب و الأجنبي يبغضه ويقسى عليه ولأن الزوج لا يحب ابن زوجته وينشأ في جو يسوده الكراهية فيتعقد المحضون نفسيا . و هو ما أكدته نص م 66 من القانون الأسرة : « يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم ، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون » .

#### ب- مكان الحضانة :

إذا كانت الحاضنة هي الأم وكانت علاقة الزوجية قائمة زوجته قائمة فمكان الحاضنة هو بيت الزوجية الذي يقيماني فيه ولا يجوز للأم الخروج منه أو السفر بدون إذن زوجها كان الولد معها أو لا ، لأن قرارها في البيت الزوجية واجب عليها .

أما إذا كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن لا يكون لها الخروج من البيت الذي تعتد فيه طوال مدة العدة حتى ولو أذن لها مطلقا بالخروج أو السفر(3) ، لأن قرارها في مسكن العدة حق للشرع وهو واجب عليها ولا يجوز لهما إبطال حق الشرع ، يقول الله تعالى : **{ لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة }** (4) .

وإذا انقضت عدتها فلا يبقى معنى لإلزامها بالبقاء بالمحضون في بيت الزوجية فلها أن تنتقل بولدها إلى مكان آخر من نفس البلد بدأت الحضانة فيه.

1 - مصطفى عبد الغاني شيبية ، المرجع السابق، ص 229.

2 - بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 384.

3 - كمال الدين امام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص496.

4 - سورة الطلاق الآية 1.

#### رابعاً: نفقة المحضون ( نفقة السكن و بدل إيجار شهري )

إن مسألة النفقة المحضون وسكنه تضمنتها المادة : 72 ( الأمر 05- 02 ) « وفي حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحضانة وان تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل إيجاري شهري وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن » .

فإذا كان للمحضون مال خاص ، وإلا تعين على القاضي الحكم للولد بالنفقة على محضونه كما يجب على الأب توفير مسكن له فإذا لم يستطع ذلك يقوم بدفع أجره السكن حسب مقدوره ، و تبدأ من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعاً (1)

#### خامساً: حقوق الزيارة .

في مقابل الحكم للأم بالحضانة، يحكم القاضي بحقوق الزيارة للأب تلقائياً دون أن يطلبها، لأنها من النظام العام ويحدد في الحكم أوقات وأماكن الزيارة.

1 - بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 387.

## الخاتمة:

من خلال البحث في موضوعي التطلاق و الخلع يظهر أنهما طريقان لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أقرهما الشرع و القانون، إذ يجد كليهما أساسه في الشريعة الإسلامية السمحاء بكل مصادرها، كما كرّسهما التشريع الجزائري على غرار باقي تشريعات الدول العربية و الإسلامية، و يعد كل منهما طلاقة بائنة، تنقص من عدد الطلاقات الثلاث التي يملكها الزوج، و لا يثبتان إلا بحكم قضائي ابتدائي يفصل في طلب الزوجة المرفوع أمام القضاء و يحدد الآثار و التوابع المنجرة عن إنهاء العلاقة الزوجية بواسطتهما، إلا أنهما يختلفان في مجموعة من النقاط :

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

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

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

- الأساس القانوني نص المشرع الجزائري في المادة (53) قانون الأسرة ، على جواز طلب التطلاق من طرف الزوجة و لكن قيدها بأسباب منصوص عليها في ذات المادة ، التطلاق لعدم الإنفاق، التطلاق للعيوب ، التطلاق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، التطلاق للحكم على الزوجين جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، التطلاق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة، التطلاق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 ، التطلاق لارتكاب فاحشة مبينة، التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين، التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، و التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً.

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

و من خلال ما سبق يتبين لنا أن أساس التطلاق هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب إخلال الزوج بأحد التزاماته أو أكثر بينما يجد الخلع أساسه في كراهة الزوجة لزوجها و نفورها منه و بهذا يكون

1 - سورة البقرة- الآية 229

للزوجة طريقين لفك الرابطة الزوجية، فإذا انتفت أسباب الطريق الأول المتمثل في التطلاق، يفتح لها الطريق الثاني لافتداء نفسها مقابل مبلغ مالي و هو ما يعرف بالخلع.

- تختلف السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بحسب ما إذا كان طلب الزوجة منصب على التطلاق أو الخلع. حيث تنتسج في الأول بقدر كبير و هذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي و مطابقة الوقائع على النصوص و تمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة و دفع الزوج، حتى يتسنى له الحكم لها بالتطلاق أو يرفضه، اعتماداً على الأسباب المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة، بينما تضيق سلطته في الثاني، حيث لا يبقى

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

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

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

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

و علاوة على ما قيل فإن من الحقوق المتعلقة بالنفقة والحضانة لا يمكن الاتفاق على إسقاطها كونها من النظام العام و على القاضي الحكم بها تلقائياً.

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

وبعد: فقد حرصنا في بحثنا هذا أن نستقرأ أكبر عدد ممكن من مصادر الفقه، وكتب التفسير وغيرها، حتى نقف على أقوال الفقهاء في المسائل المتعلقة بموضوع بحثنا، ومن خلال البحث وقفنا على النتائج التالية:

- 1- حاجتنا الماسة لمعرفة المسائل التي تتعلق بحياتنا الأسرية، والاجتماعية.
- 2- وجدنا أن المسائل التي تتعلق بالخلع والتطلق وأحكامهما مسائل كثيرة، وقد كنا نظن أنها مسائل قليلة مجمع عليها.
- 3- أزددنا يقينا بعظمة الشريعة الإسلامية، وأنها صالحة لكل زمان ومكان، وأن أحكاماً ما جاءت إلا لتحقيق المصالح وتدرء المفساد، وذلك من خلال ما لمسناه من الحكم والأسرار التي شرعت للخلع والتطلق.
- 4- تعرفنا على أساليب الفقهاء في الاستدلال، والمناقشة في المسائل الخلافية، خاصة ما وجدناه في خلافهم في مدى مشروعية و جوازية طلب الزوجة للتطلق أو الخلع أو من عدمه.
- 5- تبين لنا أنه لا يجوز للزوجة المطالبة بالتطلق ما لم يتوفر لديها سبب من أسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.
- 6- كما ظهر لنا أن الخلع وسيلة تلجأ إليها المرأة لشراء حريتها لأسباب متعددة تختلف حسب الأفراد ويكون للضرورة وليس للفائدة و بدون موافقة زوجها.

وفي الختام هذا جهد المقل المعترف بتقصيره وكل جهد بشري لا بد أن يعتريه النقص والتقصير، لأنه لا أحد معصوم إلا الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، فإن أصبنا فبفضل الله وتوفيقه وإن أخطأنا فمن تقصير نفوسنا، والحمد لله رب العالمين، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

# قائمة المصادر والمراجع

## (أ)- المصادر:

### المصادر الدينية :

1. القرآن الكريم عن رواية ورش
2. السنة النبوية الشريفة.
3. الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، اعتنى به محمود بن جميل، الجزء الثاني، طبعة أولى، مكتبة الإمام مالك، البلية، الجزائر ، 2002.
4. الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، طبعة الثالثة، دار الأفاق الجديدة، لبنان 1980 ص 95.

### المصادر القانونية :

1. - الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
2. - الأمر رقم 23-06 المؤرخ بتاريخ 20 ديسمبر 2006 والمعدل و المتمم للقانون رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات الجزائري .
3. - الأمر رقم 05- 10 المؤرخ بتاريخ 20 يونيو 2005 والمعدل و المتمم للقانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني.

## (ب)- المراجع :

### 1- الكتب:

- 1 - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 1999.
- 2- الدكتور أحمد محمود الشافعي، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطبوعات- مصر. 1997
- 3 -الشيخ أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة -الطبعة الثانية، دار إحياء العلوم، بيروت 1988.
- 4 - السيد سابق-فقه السنة- الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار الكتاب العربي-لبنان، 1985.

- 5- العيش فضيل ، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005.
- 6- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.
- 7 - بدران أبو العينين بدران -الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون- الجزء الأول، الزواج و الطلاق- طبعة الأولى، دار الطباعة و النشر، لبنان، 1967.
- 8- الدكتور بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الرابعة، الجزء الأول الزواج والطلاق ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر 2005 .
- 9- الدكتور بلحاج العربي، قانون الأسرة- مبادئ الاجتهادات القضائية وفقا لقرارات المحكمة العليا ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 10- وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي و أدلته- الجزء السابع ، الطبعة الأولى، دار الفكر بيروت 1984.
- 11- كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون و القضاء، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 12- الإمام محمد أبو زهرة ، أحوال شخصية ملتزم الطبعة والنشر ، الطبعة الثالثة- دار الفكر العربي ، مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر 1377 هـ- 1957 م .
- 13- الدكتور محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية و قانونية- بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية- مصر، 1997.
- 14- محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى- المؤسسة الجامعية للدراسة و النشر و التوزيع- لبنان 1996.
- 15- الدكتور محمد مصطفى شبلي- فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون- أحكام الأسرة في الإسلام - الطبعة الرابعة- الدار الجامعية للطباعة و النشر- لبنان 1983.
- 16- الدكتور محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، لبنان 2007.
- 17- المستشار محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية دار محمود للنشر و التوزيع ، مصر، 1994.
- 18- مصطفى عبد الغاني شيبه أحكام الأسرة في الشريعة الطلاق و آثاره دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات جامعة سبها ، ليبيا، 2006.
- 19 - سعيد بوزويري- محاضرات في قانون الأسرة الجزائري- تيزي وزو عام 2001، 2000 .
- 20- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري- دار الطبع - ثالة- الجزائر، 1999، 2000.
- 21- الأستاذ عبد المؤمن بلباقي، التعريف القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، بدون طبعة ، شركة دار الهدى، مصر 2000.
- 22 - عبد الله المراغي، الزواج والطلاق في جميع الأديان لجنة التعريف بالإسلام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1966 .

- 23- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري الطبعة الثالثة مدعمة بلإجتهادات القضائية دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 1996 .
- 24- عمر وعيسى الفقهي ،التطبيق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين ، بدون طبعة ، المكتب الفني للموسوعات القانونية -مطبعة المجموعة المتحدة سنة 1998.
- 25- الأستاذ عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية-الجزء الأول،الطبعة الثانية،دار النشر المعرفة-المغرب.
- 26- الأستاذ عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، الجزء الأول، الطبعة الثانية ،دار الفكر العربي بالقاهرة ، ، 1968.
- 27- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الجزء الثاني الطلاق و آثاره، طبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، سوريا 1979.
- 28- الأستاذ عمر زودة ،طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، دار النشر أنسكلوبيديا، الجزائر.
- 29-الأستاذ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول،بدون طبعة ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر1985.
- 30- الدكتور، رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول،بدون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية. جامعة الإسكندرية،مصر2001.

## **2- المجالات:**

- نشرة القضاة لسنة 1972 عدد 2.
- المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثالث.
- المجلة القضائية لسنة1989 العدد الرابع.
- المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الأول.
- المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الثاني.
- القضائية لسنة 1993 العدد الأول المجلة
- المجلة القضائية لسنة1993 العدد الرابع
- المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني
- المجلة القضائية للأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001.

## **معاني الكلمات المختصرة:**

\_ ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

\_ ق.ع : قانون العقوبات.

\_ ق.م : قانون المدني.

\_ إ.ج.ق : لإجتهاد القضائي.

\_ غ.أ.ش : غرفة الأحوال الشخصية.

\_ م.ع : محكمة العليا.

\_\_ م.ق: مجلة قضائية.

\_\_ ن.ق : نشرة قضائية.

## الفهرس

### الصفحات

### المحتويات

1.....	المقدمة
4.....	الفصل الأول التطلاق وأحكامه
5.....	المبحث الأول: ماهية التطلاق.
5.....	المطلب الأول : تعريف التطلاق و دليل مشروعيته.
5.....	الفرع الأول : تعريف التطلاق
6.....	الفرع الثاني : دليل مشروعية التطلاق.
6.....	أولاً: من الكتاب
7.....	ثانياً: من السنة
7.....	ثالثاً: من الإجماع.
7.....	المطلب الثاني: طبيعة التطلاق و شروطه.
7.....	الفرع الأول : طبيعة التطلاق
8.....	الفرع الثاني : شروطه.
10.....	المبحث الثاني: أسباب التطلاق.
10.....	المطلب الأول : الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية
11.....	الفرع الأول: التطلاق لعدم الإنفاق
11.....	أولاً: الموقف الفقهي
13.....	ثانياً: الموقف التشريعي
14.....	الفرع الثاني: التطلاق للعيوب.
15.....	أولاً : الموقف الفقهي
16.....	ثانياً: الموقف التشريعي :
18.....	كيفية إثبات العيب في دعوى التطلاق
18.....	الفرع الثالث : الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر
19.....	أولاً : الموقف الفقهي :
19.....	أ- الهجر في المضجع
20.....	ب - الإيلاء

20.....	ج - الظَّهَار .
21.....	ثانيا: الموقف التشريعي
22.....	الفرع الرابع : التطلاق لغياب الزوج
22.....	أولا: الموقف الفقهي.
23.....	ثانيا: الموقف التشريعي:
25.....	الفرع الخامس : التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين
25.....	أولا: الموقف الفقهي
25.....	ثانيا: الموقف التشريعي:
28.....	الفرع السادس: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 مع الشروط المتفق عليها في عقد الزواج..
28.....	أولا: الموقف الفقهي.....
29.....	ثانيا: الموقف التشريعي:
33.....	المطلب الثاني :الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها جزائيا
33.....	الفرع الأول: التطلاق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.....
33.....	أولا: الموقف الفقهي.....
33.....	ثانيا: الموقف التشريعي.....
35.....	الفرع الثاني: التطلاق لارتكاب فاحشة مبينة
35.....	أولا: الموقف الفقهي.....
35.....	ثانيا: الموقف التشريعي
36.....	المطلب الثالث : التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا
37.....	أولا: الموقف الفقهي.....
38.....	ثانيا: الموقف التشريعي.....
41.....	المبحث الثالث : آثار التطلاق
41.....	المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في شأن التطلاق
41.....	المطلب الثاني:توابع التطلاق
42.....	الفرع الأول: ما يثبت للزوجة
42.....	أولا : العدة

43.....	ثانيا: النفقة .
43.....	أ - نفقة العدة
44.....	ب - نفقة الإهمال
44.....	ثالثا: التعويض
45.....	خامسا: النزاع حول متاع البيت
45.....	الفرع الثاني : ما يثبت للأولاد
45.....	أولا: النسب .
46.....	ثانيا: الحضانة
48.....	ثالثا: نفقة المحضون و سكنه:
49.....	الزيارة
51.....	الفصل الثاني : الخلع و أحكامه
51.....	المبحث الأول : ماهية الخلع:
51.....	تعريف الخلع و دليل مشروعيته
51.....	الفرع الأول:تعريف الخلع
51.....	في اللغة :
51.....	في اصطلاح الشرع:
53.....	الفرع الثاني: حكم الخلع و دليل مشروعيته
54.....	من الكتاب
54.....	من السنة .
54.....	من الإجماع
55.....	المطلب الثالث: طبيعة الخلع
55.....	الفرع الأول: الموقف الفقهي
55.....	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:
58.....	المبحث الثاني: شروط الخلع
59.....	المطلب الأول: قيام رابطة الزوجية و الشروط الواجب توافرها في ملتزم البذل والزوج
59.....	الفرع الأول: الموقف الفقهي
59.....	رأي المالكية
60.....	رأي الحنفية:

رابعاً: حق

61	رأي الشافعية
61	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
62	أولا: بالنسبة للزوج
62	ثانيا: بالنسبة للزوجة
63	المطلب الثاني: صيغة الخلع
63	الفرع الأول: الموقف الفقهي
63	رأي المالكية
64	رأي الشافعية
64	رأي الحنفية
65	رأي الحنابلة
65	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
66	المطلب الثالث: بدل الخلع
66	الفرع الأول: الموقف الفقهي
67	رأي المالكية
68	رأي الحنفية
68	رأي الشافعية
69	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
70	المبحث الثالث: آثار الخلع
70	المطلب الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع
70	الإتجاه الأول: أحكام الخلع غير قابلة للإستئناف
70	الإتجاه الثاني: أحكام الخلع قابلة للإستئناف
71	المطلب الثاني: توابع الخلع
71	الفرع الأول: الآثار التي ينفرد بها الخلع
71	أولا: التزام المختلعة تسديد بدل الخلع
71	ثانيا: اعتداء المختلعة
72	ثالثا: سقوط الحقوق الزوجية
73	الفرع الثاني: الآثار العامة

73.....	أولاً: نفقة العدة.
74.....	ثانياً: نفقة الإهمال
75.....	ثالثاً: الحضانة :
77.....	رابعاً: نفقة المحضون:
77.....	خامساً: حق الزيارة.
78.....	الخاتمة
81.....	قائمة المصادر والمراجع