الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق والعلـــــوم السياسية
قسم : الحقوق .

ميدان: الحقـــوق
تخصص: قانون الأسرة

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمـــي

بعنوان

إنـهاء الرابطة الزوجية في القانون الجزائري

إعداد الطالبة:
- لعجال رشيدة

إشراف الاستاذة:
- ياحي مريم

لجنة المناقشة:

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
قسمية محمد	أستاذ محاضر أ	رئيسا
ياحي مريم	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
بوضياف اسمهان	أستاذ محاضر أ	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

المعلومات الشخصية:

الاسم: رشيدة اللقب: لعجال

اسم الأب: محمد اسم ولقب الأم: طالب جميلة

تاريخ الازدياد: 1988/08/30 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف:

البريد الالكتروني:

العنوان الشخصي: حي 209 مسكن المسيلة

الباكالوريا:

المعدل: 11.39 الشعبة/التخصص: آداب وعلوم إنسانية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2007

الليسانس:

تخصص الليسانس: ليسانس حقوق الدفعة/سنة التخرج: 2011

الماستر:

تخصص الماستر: قانون الأسرة الدفعة/ سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: [X] عاطل عن العمل: [ ]

في حالة موظف:

وظيف عمومي: نعم قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: مديرية التربية اسم المؤسسة / الشركة: المدرسة الابتدائية حفصي بوجلين

الرتبة في العمل: أستاذة المدرسة الابتدائية

الصيغة:

موظف دائم: دائم نعم موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

2020 ... 27

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في .....

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز بحث

...

انا الممضي أسفله،

السيد(ة) العجال رشيدة صفته: طالب دكتوراه

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 433632 والصادرة بتاريخ: 2016/03/13

المسجل(ة) بكلية / معهد: الحقوق قسم: الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: إنهاء الرابطة الزوجية في القانون الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2020/06/05

توقيع المعني (ة)

...

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

 الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ

لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلا أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ

اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ

بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ

الظَّالِمُونَ

سورة البقرة ، الآية 229

شكروتقدير

الله تعالى قال :﴿ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ﴾

الآية 07سورة إبراهيم

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين .

إنني أتقدم بآيات العرفان والتقدير لأستاذتي الفاضلة الدكتورة المشرفة " ياحي مريم " على كل ما قدمته من نصح وتوجيه وأسأل الله تعالى لها التوفيق في كل حياتها العلمية والعملية.

كما أتوجه بجزيل الشكر كذلك إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة.

وإلى كل أساتذة كلية الحقوق بالمسيلة الذين كان لهم الفضل من أجل تكويننا طيلة المسار الدراسي من الليسانس إلى الماستر خاصة الدكتور لعمارة عمارة والدكتورة شرفة سامية والدكتور والي عبد اللطيف والدكتور لجلط فوازوالدكتورة بوقرة العمرية والدكتور خضري حمزة وبختي

العربي.

الإهداء

أهدي هذا الإنجازوالبحث البسيط إلى والدي الكريمين اللذان لطالما شجعان في مشواري الدراسي وأطال الله في عمرهما بالصحة والعافية

وإلى زوجي الذي يحفزني على مواصلة دراستي ودعمي دائما

وإلى ولديا يحي ويونس و أتمنى لهما النجاح في حياتهما

وإلى كل أفراد عائلتي خاصة أختي سهام وأخي عيسى في الغربة وأنهار بمناسبة تخرجها

وإلى كل طلبة ماستر(02) قانون أسرة

دفعة 2022

لعجال رشيدة

قائمة المختصرات

ج : جزء

ع : العدد

ط : الطبعة

د . ب. ن : دون بلد نشر

د .ط : دون طبع

ص : صفحة

ق. م . ج : القانون المدني الجزائري

ق . أ . ج : قانون الأسرة الجزائري

ق . إ . م . إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

م . ع . غ . أ . ش محكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

م . ع : المحكمة العليا

غ . أ . ش : غرفة الأحوال الشخصية .

ن . ق : النشرة القضائية

م . ق : المجلة القضائية .

مقدمـــــــــــــــــــ

مقدمة:

تعد الأسرة الخلية الأساس لتكوين المجتمع، ولعل هذاما يفسر الاهتمام الكبير الّذي تحظى به على كافة المستويات، خاصة من جانب توفير كافة الضمانات لحمايتها، ومن ثم حماية الأفراد المكوّنين لها، وبالتالّي حماية المجتمع.

مما لا شك فيه أن الشريعة الاسلامية جاءت وافية بمصالح العباد وقد عنيت بالأسرة باعتبارها اللبنة الأولى للمجتمع والأمم، فشرعت لهم الزواج وحثت عليه ولدرجة أن اعتبر الزواج إحدى آياته الإعجازية عندما قال تعالى: **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** [1]، وقوله صلى الله عليه وسلم: **يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء**، والذي يكون ثمراته الرحمة والمودة والإحصان بين الزوجين والتناسل لبقاء الجنس البشري يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله.

والزواج من العقود المهمة والغير العادية جعله الله عز وجل ميثاق غليظا مصداقا لقوله تعالى: **وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا** [2].

أمام هذه الأهمية التي أعطاها الشارع الحكيم للزواج فإن قانون الأسرة الجزائري في المادة الرابعة منه نص:" **أن من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**".

لا تتحقق هذه المقاصد والأهداف السامية إلا إذا حسنت العشرة بين الزوجين، ولكن إذا ساءت العشرة الزوجية وتنافرت الطباع والأخلاق واستحكم الشقاق، فقد تحدث أمور تعكر صفو العلاقة الزوجية في كثير من الأحيان تصل لدرجة وضع حد لها وإنهائها.

---

[1] – سورة الروم، الآية 21.

[2] – سورة النساء، الآية 21.

فإذ كان الزواج يهدف أساسا إلى تنظيم العلاقة الزوجية وحفظ أعراض الناس وإثبات نسب كل مولود، فإن الزوجين يستطيعان التخلص من الرابطة إذ تبين أنها مصدر جحيم ولا يمكنهما التعاشر بالمعروف ولا يقوم كل منهما بحقوق وواجبات، وذلك بفك الرابطة عن طريق الطلاق.

إلاّ أن عقد الزواج يمكن أن يتعرّض للانحلال حين تسوء فيه العشرة الزوجية ويشتدّ الخلاف بين الزوجين ويفقد الزواج معانيه السامية ولا يبقى علاج لهذه المعضلة سوى فك الرابطة الزوجية أو أحدهما (الطلاق، الطلاق التعسفي، الطلاق بالتراضي، التطليق، الخلع) ومن المشاكل الّتي تثار عند انحلال الرّابطة الزوجية، الحضانة، النّفقة، النزاع في المتاع، وإن انحلال الرّابطة الزوجية تترتب عليه آثار وخيمة على الزوجين والأولاد وحتى لاتصبح الحياة مستحيلة ولايهضم حق طرف على حساب الطرف الآخر وأباح الإسلام الطلاق مع أنّه يعتبر أبغض الحلال إلى اللّه وذلك للضرورة القاهرة وإلى ظروف إستثنائية ملحة والّتي تجعله دواء وعلاجا للتخلّص من شقاء محتم قد يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعا فإذا لم تجدي جميع وسائل الإصلاح للتوّفيق يذهب الزوجين إلى الطلاق وإلى حياة جديدة ومن أهم وأبرز النّتائج المترتبّة عن الطلاق عدّة المرأة ومسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج والمشاكل الّتي تطرحها حول مصير الأطفال ومن يكفلهم ؟ ومن هنا تزداد أهمية الحضانة ويعظّم قدرها وكذلك من الآثار النّفقة لسد رمق الحياة ومسألة النّزاع في المتاع الّذي هو من أهم وأخطر الآثار المادية الّتي ترتبّ مشاكل عند الطلاق في مسألة الأشياء الخاصة بالزوج وما للزوجة بحيث ان كل طرف يتمسّك بحقه في أغراض بيت الزوجية، ومن هذا المنطلق أجازت الشريعة الإسلامية الطلاق بآيات من كتاب اللّ وبأحاديث من السّنة وفق ضوابط شرعية لقوله تعالى: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾. سورة البقرة الآية:229. وقوله صلى الله عليه وسلّم: "**أبغض الحلال إلى اللّه الطّلاق**".

وباعتبار أن العدل قيمة من قيم الإسلام العليا ذلك أن إقامة العدل يبعث الطمأنينة وينشر الأمن وتقوى الثقّة بين الحاكم والمحكوم، ومن أهم الوسائل الّتي يتحقق بها القسط وتحفظ الحقوق وتصان الدماء والأعراض والأموال هي إقامة النّظام القضائي ولحسن سير العدالة يقتضي في تحقيق إدّعاءات الخصوم قبل وضع حل للنّزاعات المرفوعة بسبب دعوى الطلاق تتاح الفرصة الكافية للأطراف المتنازعة لتقديم الأدلّة اللاّزمة على سلامة إدّعاءاتهم وإعداد وسائل الدّفاع.

حيث يقتضي هذا الموضوع اعتماد منهجين، فالأول المنهج الاستقرائي لتتبع الجزئيات والأحكام الفقهية والقضائية وكذا النصوص القانونية والأحكام القضائية من أجل مدى إمكانية وجود حل للطّلاق وآثاره المالية في إمكانية التعّويض عن الضرر والثاني المنهج الوصفي من خلال وصف الحالة القانونية للطّلاق وآثاره.

ويعتبر الطلاق الحل الأخير في فك كيان الأسرة واستمرارها فهو السبب الرّئيسي في حل رابطة الأسرة والفرقة الزوجية وذلك نتيجة الشقاق الدّائم بين الزوجين واستحالة العشرة بينها، فالطلاق هو الفاصل بينهما، غير أنّه لايتوقف الأمر عند الحكم بالطلاق وإنّما تنتج عنه توابع تتجلّى جملة من الآثار المادية والمعنوية ومن خلال ما تقدم ذكره يمكن طرح الإشكالية على النحو الآتي:

فيما تتمثل صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري؟ وما موقف التشريع الجزائري منها؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

- ماهي صور فك الرابطة الزوجية؟
- كيف أعطى المشرع الحق للزوج في فك الرابطة الزوجية؟
- كيف أعطى المشرع الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية؟
- ما هي الإجراءات المتبعة لفك الرابطة الزوجية؟

وتكمن أهمية هذا البحث من خلال حساسية الموضوع والمكانة الهامة التي يحظى بها الطلاق لدى الزوجين، حيث يعتبر الأساس في فك الرابطة الزوجية، كما تتجسد أهمية هذه الدراسة فيما يلي:

- تسليط الضوء على قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 خاصة المواد المتعلقة بفك الرابطة الزوجية وبمركز المرأة عند فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة والآثار المترتبة على ذلك وما طرأ عليه من تعديل.

- الحرص على استمرار الحياة الزوجية وحماية الأولاد من الضياع ومنه المجتمع من الانحلال.

وتهدف هذه الدراسة إلى:

- إبراز أحكام كل صورة من صور الطلاق من جانب قانون الأسرة الجزائري.
- تسليط الضوء على أنواع الطلاق، كونها أكثر انتشارا في الفترة الحالية.
- تحديد آثار انحلال الرابطة الزوجية على الفرد والأسرة والمجتمع.
- بيان مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بحل المشكلات الزوجية، وكذا قانون الأسرة الجزائري.

وأسباب اختيار الموضوع هو ميولنا لدراسة والبحث في هذا الموضوع، حيث لاحظنا قلة المراجع والدراسات التي تعالجه خاصة بالجزائر هذا من جهة، ومن جهة ثانية لسبب موضوعنا التعرف على صور فك الرابطة الزوجية من خلال النصوص القانونية التي حددها المشرع في إطار تنظيم هذا النوع من الطلاق، وما دفعننا لاختيار هذا الموضوع عدة أسباب تتمثل في:

الأسباب الذاتية:

- علاقة الموضوع بتخصصي أي أنه يخص الأحوال الشخصية.

- رغبتي في معالجة المواضيع التي تخص الأسرة بصفة عامة والعلاقات الزوجية بصفة خاصة من أجل معرفة الأسباب المؤدية لفك الرابطة الزوجية وإيجاد الحلول لها لأن الأسرة هي الخلية الأساسية في بناء المجتمع.
- معرفة الأسباب الحقيقية والواقعية التي تؤدي إلى الخلع.

الأسباب الموضوعية :

- تسليط المشرع الجزائري الضوء على منح المرأة الحق في إنهاء الرابطة الزوجية.
- كثرة دعاوى انحلال الرابطة الزوجية في المحاكم الجزائرية بصورة خطيرة قد ينتج عنها تفكك جذور المجتمع وليس الأسرة فقط.
- الوضع الاجتماعي الصعب الذي يجهل فهم أحكام قانون الأسرة الجزائري.
- خطورة موضوع الخلع كوجه لهدم الركيزة الأساسية للمجتمع.
- موضوع العصر لأنه يمس كل فرد في المجتمع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

للإجابة على الإشكالية المطروحة والتعرف على جوانب الموضوع اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي باعتباره الملائم لهذا الموضوع، والغالب في تحديد الظاهرة المدروسة، وكذا تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع.

فيما يتعلق بالدراسات السابقة فهي قليلة، وتتطرق للموضوع بصفة عامة.

- **الدراسة الأولى:** صالح حسيني" **انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري**"، رسالة ماجستير في العلوم القانونية تخصص: " أحوال شخصية " جامعة حمه لخضر وادي سوف 2015/2014،
- **الدراسة الثانية:** حابت شفيقة" **طرق الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية**، تخصص شريعة وقانون، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر1، 2018/2017.

- **الدراسة الثالثة:** صغيري سمية" **المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري**"، رسالة ماجستير في القانون الخاص تخصص: " أحوال شخصية " جامعة حمه لخضر وادي سوف 2015/2014،
- **الدراسة الرابعة: هشام ذبيح،" حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري** "، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير تخصص: الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014.
- **الدراسة الخامسة: هشام ذبيح،" المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية**"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص: قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2020/2019

وبهذا سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال اعتماد منهجية الخطة الثنّائية باعتبارها الأنسب لتناول هذا الموضوع لذلك تم تقسيمه إلى فصلين نتناول في الفصل الأول: صور فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج وإرادة الزوجين المشتركة (بالتراضي)، والفصل الثاني: صور فك الرابطة الزوجية والإجراءات القانونية المتخّذة في حالة الإخلال بالأحكام وتنفيذها.

الفصل الأول

صور فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة وإرادة الزوجين

الفصل الأول: صور فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة وإرادة الزوجين المشتركة

الطلاق هو حل أو فك عقد الزواج لأسباب عديدة قد تهدد استقرار الأسرة، حيث قام المشرع بتنظيم طرق فك هذه الرابطة وخصها بإجراءات عديدة فمنح حق الطلاق للرجل كما أعطى للمرأة الحق في طلب التطليق والخلع مع ضرورة توفر شروط معينة، ومنح لكل من تضرر من إنهاء هذا العقد الحق في المطالبة بالتعويض، ولضمان التقيد بأحكام هذا القانون ومختلف نصوصه جعل قاضي شؤون الأسرة الجزائري رقيبا ومسؤولا عن تطبيق هذه النصوص حسب الحالات المعروضة عليه، وقد استنبط جل أحكام قانون الأسرة من الشريعة الاسلامية مراعيا في ذلك تطورات المجتمع ومستجدات العصر وحدد شروطا في عقد الزواج لابد من توافرها في المقدمين عليها.

وسوف نتطرق لهذا الفصل من خلال مبحثين:

- **المبحث الأول: فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج**
- **المبحث الثاني: فك الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة (التراضي).**

المبحث الأول: فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج

بما أن الشارع الحكيم جعل العصمة بيد الزوج وأعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية ووفقا لإرادته، والأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق ومعرفة ما إذا كانت الاسباب شرعية وجدية أم غير شرعية وغير جدية وبالتالي سنحاول من خلال هذا المبحث دراسته فقها وقانونا.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق

تقوم العلاقة الزوجية على أساس المودة والتآلف بين الزوجين، لكن قد تقوم خلافات بينهما، بحيث يصبح البقاء تحت سقف واحد يسبب الشقاء لهما، لذا أباح الله تعالى لهما الانفصال عن بعضهما بالطلاق الذي يعد أبغض الحلال إلى الله.

الفرع الأول :تعريف الطلاق ومشروعيته

أولا: تعريف الطلاق

إن للفظ الطلاق معان كثيرة وذلك حسب المقصود منها، وقد قدمت له تعاريف كثيرة في اللغة والفقه من طرف فقهاء الشريعة والقانون.

1- تعريف الطلاق لغة:

الطلاق لغة يرجع لعدة معاني:

الطلاق والإطلاق لغة رفع القيد مطلقا سواءا حسيا أو معنويا، وهو الإرسال والترك نقول أطلقت الأسير إذا حللت قيده وأرسلته[1] الطلقة المرة الواحدة منه طلق المرأة عن زوجها، رجل مطلاق ومطليق وطليق، كثير التطليق للنساء طلق البلاد أي تركها والطالق من الإبل التي لا قيد عليها، أطلقه سرحه الطلقاء الإسراء العتقاء والطليق الذي أطلق أسره وخلي سبيله.[2]

[1] – شوقي ضيف، معجم الوسيط ط4 ، مكتبة الشروق الدولية، مصر،2003 ، ص563 .

[2] – صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد، المعجم الصافي في اللغة العربية، ب د ن، الرياض، د س ن ، ص 379.

وعليه فكل هذه الكلمات تصب في مجرى واحد وهو التخلص من أي نوع من الروابط والقيود التي تحد من الحرية وقد كثر استعمال هذا اللفظ في طلاق الرجل لامرأته لها في ذلك من رفع للقيود التي كانت عليها بيت الزوجية ومن ترك لها وتخل عنها. [1]

2- تعريف الطلا ق اصطلاحا:

أ- تعريف الطلاق في الاصطلاح الشرعي:

قدمت تعاريف كثيرة ومختلفة للطلاق من قبل الفقهاء من الناحية الشرعية، لكنها رغم ذلك تتفق على المعنى المقصود منه شرعا منها:

-عرفه الحنفية بأنه :" **فع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص**".

يتضح أمن هناك قسم يرفع النكاح في الحال وقسم يرفعه في المآل أما القسم الأول فهو الطلاق البائن فبمجرد صدوره يرفع النكاح في الحال، فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين سواء انتهت العدة أم لم تنته، أما القسم الثاني فهو الطلاق الرجعي فالنكاح لا يرتفع إلا بانتهاء عدة المطلقة ولكن تحتسب من الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وهي ثلاث وقد اختار هذا التعريف الإمام أبو الزهراء بعدما هذبه حيث قال":**الطلاق في اصطلاح الفقهاء رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق نفسها أو ما في معناها** "[2]

فأضاف الألفاظ التي يقع بها الطلاق وهي مات أشتق من كلمة الطلاق نفسها أو فيما معناها وأضاف قيدا آخر على الزواج بأن يكون صحيحا فكان تعريفه للطلاق بأنه "**:رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية، أو بما يقوم مقام اللفظ**".

---

[1]- نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة،2003 ، ص06 .

[2] - محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة،1948 ، ص279 .

وعرفه ابن عرفة من المالكية بأنه " **:صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم**[1] ".

فقد جعل الطلاق صفة حكمية التي ترفع حلية المتعة الزوجية باعتبار المتعة أهم آثار عقد النكاح لكن هذا التعريف يبقى قاصرا عن استيعاب الطلاق لأنه ليس كل طلاق يرفع حلية المتعة الزوجية كما هو الحال في الطلاق الرجعي.

وعرفه الشافعية" **:حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه**".[2]

من التعريفات يتضح أن الطلاق هو: " **رفع قيد النكاح الثابت بالزواج في الحال أو المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كتابة أو بما يقوم مقام ذلك الزواج من الكتابة أو الإشارة.**"

ب- تعريف الطلاق في الاصطلاح القانوني:

تعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق في المادة 48 ق.أ.ج من قانون بقوله:" **الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو يطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين53 و 54من هذا القانون**[3] "

ولقد استعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بواسطة الحكم القضائي وما الطلاق إلا أحد هذه الطرق ومن الملاحظ من المادة أنها لم تعطي تعريفا دقيقا للطلاق ولا لبيان أركانه وشروطه وضوابطه، وفي ذلك محاولة منه التملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف وذلك محاولة من المشرع التملص من أي التزام قد يقع على عاتقه لتبنيه لأحد التعاريف القائل بها الفقه وترك ذلك للفقه الإسلامي بموجب المادة 222 قانون الأسرة التي

---

[1] -عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة ، دار البصائر، ط1 ، 2007 ، ص 238.

[2] - طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعم باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات، المدخلة عليه الأمر05/02 المؤرخ في 2005/05/02 مرفق بنماذج قضائية بعرائض الأحوال الشخصية، دار الخلدونية، الجزائر،2008 ، ص81 .

[3] - قانون رقم84 /11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم /02 05المؤرخ في 27 فبراير2005 .

تنص على أن" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية** "[1].

ثانيا: مشروعية الطلاق

وردت مشروعية الطلاق بالكتاب والسنة والإجماع.

1- مشروعية الطلاق من الكتاب:

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

هذه الآية نزلت لتنظيم الطلاق وتغيير النمط الذي كان عليه في الجاهلية حيث لم يكن له حد معين بل كان بيد الزوج مطلقا وكثيرا ما يتعسف فيه ليحرم المرأة من الحقوق الزوجية ويتركها معلقة لا هي مطلقة، لذلك بينت عدد مرات الطلاق الذي يرتجع منه دون زوج آخر وقيل أنها واردة لبيان عدد الطلاق الذي يجوز إيقاعه وهو طلاق السنة.

-وقوله تعالى: ﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ** ﴾[3].

من الآية يتضح أن الله أباح طلاق المرأة بعد العقد عليها وقبل الدخول بها وفرض لها متعة الطلاق.

وقوله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** ﴾ [4]

2-من السنة:

وردت أحاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم تدل على مشروعية الطلاق منها:

-قوله صلى الله عليه وسلم:" **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق.**"

---

[1] – المادة 222 قانون الأسرة الجزائري.

[2] – سورة البقرة، الآية236 .

[3]– سورة البقرة، الآية236.

[4]– سورة الطلاق، الآية01 .

-وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه طلق زوجته وهي حائض على عهد رسول الله فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال :"**أمره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء الله أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء**".

وجه الدلالة في الحديث أن تحريم الطلاق كان لأجل الحيض فإن زال موجب التحريم جاز طلاقها في هذا الطهر كما جاز في الذي بعده وكما يجوز في الطهر الذي لم يتقدمه طلاق في حيضة[1] .

- وقوله صلى الله عليه وسلم " **:أبغض الحلال عند الله الطلاق** "[2] .

دل الحديث على أن في الحلال أشياء مبغضة إلى الله تعالى وأن أبغضها الطلاق.

3-من الإجماع:

أجمعت الأمة الإسلامية من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى الآن على مشروعية الطلاق ولم ينكر ذلك أحد هذه الإباحة إلا إذا كانت بدون عذر.[3]

الفرع الثاني: حكم الطلاق والحكمة من مشروعيته

إن للطلاق أحكاما عديدة تختلف باختلاف أراء الفقهاء وكذا الحالات التي يستعمل فقد يكون واجبا أو مندوبا أو حارما أو مكروها، كما أن الشارع الحكيم شرع الطلاق لحكم كثيرة وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

أولا :حكم الطلاق

ويقصد به ما يوصف به الطلاق شرعا كونه مطلوب فعله أو مطلوب تركه أو ما يكون في سبيل الحتم أو الإلزام على سبيل الندب والاستحباب.

---

[1] - عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص243 .

[2] - نصر سليمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص08 .

[3] - رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2002، ص 220.

-فيكون واجبا إذا كان لسبب من قبل الزوج كأن يكون فاقد للطاقة الجنسية ولا أمل في شفائه فإذا دب الخلاف بين الزوجين واستحكم الشقاق وتعذر الإصلاح بينهما فكان الطلاق دفعا للضرر الذي لحق بكليهما فدفع الضرر هنا واجب.

-ويكون مندوبا إذا كان بسبب من قبل الزوجة في حال كانت سليطة اللسان مؤذية لزوجها أو لأهله أو تكون مفرطة في حقوق الله، أو انحرفت عن أخلاقها ولم تستجب لنصح زوجها ففي هذه والحالة يكون الطلاق أرجح من تركه[1].

- ويكون الطلاق مكروها في حق مستقيمة الحال لأن فيه كفرانا لنعمة النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**".

- ويكون حراما إذا كان في حيض أو طهر خالط فيه الزوج زوجته فقد اتفق الفقهاء على تحريمه باعتباره طلاق بدعة فقد روي عن ابن عمر أنه طلق زوجته في الحيض فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **أمر ابنك فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم إن شاء طلق قبل أن تمضي فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء**".[2]

- ويكون مباحا عند الحاجة إليه فيباح دفعا للضرر، كسوء خلق الزوجة أو سوء معاشرتها.

ثانيا: الحكمة من مشروعية الطلاق

إن الزواج رابطة مقدسة وعلاقة سامية شرعها الإسلام على سبيل الدوام والبقاء إيناسا للقلوب وتعاونا على إنشاء أسرة أساسها المودة والرحمة لقوله تعالى: ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾[3].

فإذا انتهت الم ودة وحل محلها الشقاق والنشوز واستنفذت جميع وسائل الإصلاح الكفيلة بإرجاع الحياة الزوجية إلى صفوها وبقيت الوحشة مستحكمة فليس هناك من حل أحكم وأعدل من أن يفترقا إذ لا يعقل أن يعيش اثنان تحت سقف واحد وهما يكنان لبعضهما كل

[1] – سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر للطباعة، بيروت،1973 ، ص208 .

[2] – رمضان علي الشرنباصي، مرجع سابق، ص230 .

[3] – سورة الروم، الآية21 .

الكره والعداوة والبغضاء ولهذا فإن في تشريع الطلاق على صورته الموجودة في شريعتنا السمحاء حكما عظيمة في طليعتها الحفاظ على المرأة من تلاعبات الزوج الذي كان في الجاهلية يطلق حتى إذا قاربت عدتها على الانتهاء أرجعها ليطلقها من جديد وفي هذا إضرار لها إذ يذرها كالمعلقة لاهي مطلقة ولا هي ذات زوج فجاء الإسلام وحد من هذه التلاعبات فأعطى للزوج فرصتين للطلاق وهذا ما يتضح من قوله تعالى: **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** [1].

فيكون الطلاق في هذه الحالة رحمة من الله تعالى بعباده إذا تخلصت المرأة من أذى زوجها وسطوته عليها وظلمه لها.

ولقد أخذت معظم التشريعات الوضعية بنظام الطلاق ورأت أنه ضرورة لا بد منها عند استحالة المعاشرة الزوجية ومتى توافرت الأسباب المشروعة للطلاق كمرض أحد الزوجين أو عقمها أو نشوز الزوجة.[2]

الفرع الثالث: القيود الشرعية لإيقاع الطلاق

الأصل في الطلاق أنه لا يصدر إلا من الزوج باعتباره أنه يملك العصمة الزوجية وهذا متى استوفى جميع الشروط المعتبرة فيمن يصدر منه الطلاق لذلك اشترط في الزوج أن يكون بالغا عاقلا لأن طلاق الصبي أو وليه لا يقع لأن الطلاق من التصرفات الضارة ولا يدرك المصلحة إلا من يكون بالغا مختار سليم الإرادة غير مكره[3] ، إضافة هذه الشروط فقد قيد الشارع الحكيم الزوج بقيود من شأنها المحافظة على هذا الميثاق الغليظ والتقليل من حالات وقوعه وفيما يلي نبين المقصود بهذه القيود.

أولا: أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة شرعاً وعرفاً.

---

[1] – سورة البقرة، الآية 229.

[2] – نصر سليمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص10 .

[3] –بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة– الخطبة– الزواج – الطلاق – الميراث الوصية)ج1، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005، ص209 .

يرى الحنفية في أصل المذهب أن الأصل في الطلاق هو الإباحة لإطلاق الآيات القرآنية الواردة فيه مثل قوله تعالى: ﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً**﴾ [1].

وفي وقوله: ﴿ **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** ﴾[2].

ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق حفصة وفعله الصحابة ولو كان الطلاق محظوراً لما أقدموا عليه.

فأما الآية الأولى فهي لبيان إباحة الطلاق قبل الدخول وقبل تسمية المهر وأما الآية الثانية فلبيان وقت الطلاق المفضل شرعاً وهو وقت ابتداء أو استقبال العدة، وأما طلاق حفصة وطلاق بعض الصحابة فلم يثبت أنه كان لغير حاجة أو سبب يدعو إليه والظاهر هو أنه لحاجة لأن الطلاق لغير حاجة كفر بنعمة الزواج وايذاء محض بالزوجة وأهلها وأولاده.

– ويرى الجمهور أن الأصل في الطلاق الحظر والمنع وخلاف الأولى والأولى أن يكون لحاجة كسوء سلوك الزوجة أو إيذائها أحداً لما فيه قطع الألفة وهدم سنة الاجتماع والتعريض للفساد وقوله تعالى: ﴿ **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا**﴾[3].

ولحديث صلى الله عليه وسلم:" **أبغض الحلال إلى الله الطلاق** "وحديث "**أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرم عليها راحة الجنة**".

ففيه دليل على أن سؤال المرأة الطلاق من زوجها محرم عليها تحريماً شديداً وهذا هو الراجح لاتفاقه مع مقاصد الشريعة ولمخاطر الطلاق المتعددة.[4]

فإذا حدث الطلاق من غير حاجة أو سبب يدعو إليه فإنه يقع بالاتفاق ولكن المطلق يأثم لأن الحاجة قد تكون تقديرية أو نفسية لا تخضع للإثبات الظاهر في القضاء وقد تكون

---

[1] – سورة البقرة، الآية236 .

[2] – سورة الطلاق، الآية01 .

[3] – سورة النساء، الآية34 .

[4] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها ،ج 07 ، الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط2 ، دمشق، ص 398 ، ص400 .

مما يجب ستره حفظاً لسمعة المرأة ومنعاً من التشهير بها لهذا كان الأصح ألا يحكم على الرجل بتعويض مادي للمطلقة بسبب كون الطلاق تعسفا ويكتفي بما يقرره الشرع بدفع مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة التي هي التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق.[1]

ثانيا: أن يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه

إذا سمح الإسلام للزوج باللجوء إلى الطلاق كعلاج أخير، بحيث أصبح مخرجا من الهم والضيق وفرجاً من شدة في زوجية لم تتحقق ما أراد الله من مقاصد الزواج التي تقوم على المودة والسكن النفسي والتعاون في الحياة فإن الإسلام ألزمه بالتقيد بوقته المحدد له، ووقته المحدد له يتعلق بحالة الزوجة وفيه شرطان:

- الشرط الأول :أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس.
- الشرط الثاني :أن تكون في طهر لم يجامعها فيه.

إن الطلاق في حالة الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه محرم شرعا وهذا متفق عليه عند الفقهاء فإذ أوقع الزوج الطلاق في حال الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه كان الطلاق عند الجمهور حراما شرعا، ومكروها عند الحنفية المسمى الطلاق البدعي، وقصر المالكية على القول بتحريم الطلاق في الحيض أو النفاس، وكرهوه في طهر جامعها فيه لاحتمال أنتكون قد حملت من ذلك الوطء فكره له أن يدخل عليها اللبس في العدة، وأمر أن لا يطلقها إلا في موضع تعرف عدتها ما هي لتستقبلها قال تعالى: **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** [2]، أي مستقبلات عدتهن فيكون سبب النهي في الأحوال الثلاثة :إطالة العدة على المرأة فالمقرر عند الفقهاء أن علة تحريم الطلاق في الحيض هو تطويل العدة على المطلقة لأن المطلق إذا طلق زوجته في الحيض أو النفاس هو تطويل العدة على المطلقة لأن المطلق إذا طلق زوجته في الحيض هو تطويل العدة على المرأة فتكون خلال تلك المدة كالمعلقة

[1] – عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، ط1 ،2007، ص 226 .

[2] – سورة الطلاق، الآية01 .

لاهي معتدة ولا ذات زوج، وذلك إضرارا بها وهو منهي عنه[1] ، فعن ثور بن زيد الديلي أن الرجل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بها، ولا يريد إمساكها كي يطول بذلك عليها العدة ليضار بها فأنزل الله تعالى :﴿ **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ** ﴾ [2].

فالطلاق المشروع ما يعقبه عدة وهو منتف في إيقاع الثلاث في العدة، وفيها دلالة على وقوع الطلاق لغير العدة ومن لم يطلق للعدة بان طلق ثلاثا مثلا فقد ظلم نفسه.

ثالثا: أن يكون الطلاق مفرقاً ليس بأكثر من واحدة

اتفق الفقهاء على أن الطلاق السني المشروع هو الواقع بالترتيب مفرقاً، الواحد بعد الآخر، لا بإيقاع الثلاث دفعة واحدة، لظاهر قوله تعالى: ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ** ﴾ [3].

أي أن الطلاق المباح ما كان مرة بعد مرة، فإذا جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة، أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد، يكون بدعياً محظورا في قول الحنفية والمالكية وابن تيمية وابن القيم ولا يحرم ولا يكره عند الشافعية والحنابلة في الراجح من الروايات، وكذا عند أبي ثور وداود الظاهري، وإنما يكون تاركاً للاختيار والفضيلة ويؤيد الرأي الأول ما رواه النسائي عن محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله صلّى الله عليه وسلم عن رجل طلّق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضبان، ثم قال:" أيلعب بكتاب الله، وأنا بين أظهركم، حتى قام رجل، فقال : يا رسول الله، ألا أقتله " [4].

ويؤكده ما سبق معرفته عند جمهور الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر، ولكنه أبيح للحاجة الاستثنائية لتنافر الطباع وتباين الأخلاق أو لغيرها من الأسباب، وتتحقق الحاجة بالطلقة الواحدة، ويتمكن بعدها من مراجعة زوجته عند الندم، وهو الغالب، ويترتب على مخالفة هذا

---

[1] – عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص227 .

[2] – سورة البقرة، الآية231 .

[3] – سورة البقرة، الآية229 .

[4] – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 403 – 404 .

القيد إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة أو بكلمات في طهر واحد، يكون آثماً مستحقاً لعقوبة يراها القاضي[1].

الفرع الرابع :الأسباب المشروعة لإيقاع الطلاق

إن للطلاق أسبابا كثيرة تختلف من مجتمع إلى آخر ومن أسرة إلى أخرى ولكن في معظمها ناتجة عن مشاكل اجتماعية واقتصادية وثقافية وفي المجمل تتمثل الأسباب الطبيعية لإيقاع الطلاق في عدم الكفاءة بين الزوجين وعدم الانسجام بينهما أو بمرض أحدهما وفيما يلي بيان لهذه الأسباب:

أولا: عدم الكفاءة الجنسية

مما لاشك فيه أن الزواج شرع من أجل التحصين النفسي والجنسي للمرأة وعلى ذلك اعتبرت العلاقة الجنسية والمعاشرة في إطار الشريعة الإسلامية من أهم المقاصد السامية التي جاء بها الزواج فلكل من الرجل والمرأة الحق في الاستمتاع بهذه العلاقة التي تشكل عنصر استقرار بين الطرفين سواءا بسواء واختلالها من جانب أي طرف يشكل صدمة نفسية للط ف الآخر ومن هنا نكون أمام احتمالين لا ثالث لهما فالأول أن يصبر الطرف المتضرر ويجعل باقي جوانب الحياة الزوجية مبررا كافيا للإبقاء على العلاقة إذا ما حصل المانع لدى أحدهما بعد فترة طويلة من المعاشرة وأفضت هذه الأخيرة إلى وجود أبناء أما الاحتمال الثاني فإن الطرف المتضرر يسارع إلى إنهاء العلاقة إذا كانت حديثة العهد لإيجاد بديل عنها .[2]

ثانيا: عدم الانسجام بين الزوجين

إن عدم الانسجام بين الزوجين وانعدام التوافق النفسي وعدم فهم الزوجين لبعضهما البعض قد يؤثر على مواصلة الحياة الزوجية ويجعلها عديمة الاستقرار وبالتالي يكون الطلاق لا مفر منه، فأحيانا قد يتزوج المرء من الشخص الخطأ انطلاقا من رغبة الوالدين أو

[1] – وهبة الزحيلي، مرجع نفسه، ص404 .

[2] – باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 ، ص 15- 14 .

استعجالا في الزواج والاندفاع نحوه دون أي تدبير أو تفكير مسبق فلا يسأل الخاطب عن خطيبته بشكل جيد ليتحقق من صفاتها ويعرف أخلاقها وطباعها ثم يكتشف أنه أخطأ وقد تتزوج الفتاة بشخص لا تكن له أي مودة فتجد نفسها أنها قد أساءت الاختيار، في ذلك الشخص وبذلك تنتهي الحياة الزوجية بكارثة، فالاختيار الصحيح هو الذي يقوم على أسس صحيحة مع مراعاة الضوابط الشرعية المبنية على أسس دينية عند اختيار الشريك لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "**تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك**" فضلا عن ذلك فقد يكون سوء الاختيار ناتجا عن إكراه الأهل أو أبنائهم للزواج بأشخاص لا يرغبون فيهم فتقوم الخلافات بعد الزواج حيث يقول أحد العلماء ": أن تتزوج في معظم الأحيان شخص يحمل سمات شبيهة بأحد والدينا ولا يعني بالضرورة أن تكون هذه السمات إيجابية " [1].

كذلك فإن عدم التشابه في نفسيتي الزوجين قد يتسبب في متاعب وعليه فعدم تحقق مقاصد الزواج بشكل متكامل يؤدي إلى خلق مشاكل وعقبات في حياة الزوجين فإما أن يتفهم كل منهما ما عليه من حقوق وواجبات فيواجهان العقبات التي تعترض سبيلهما بحكمة وتوافق وأما أن تتزايد المشاكل فلا يجدان طريقا سوى إنهاء هذه العلاقة.

إلى جانب ذلك هناك جانب مهم وهو عدم التوافق الثقافي بين الزوجين كتدني المستوى التعليمي والثقافي والعلمي لأحدهما وتأثيره على الحياة الزوجية، حيث أن المستوى الثقافي يعد عاملا هاما على المدى الطويل في فك الرابطة الزوجية وذلك لطبيعة الثقافة التي يكتسبها الفرد التي تؤثر في أفكاره ومعتقداته وميوله واتجاهاته وقيمه ومعاييره فالشخص المثقف يختلف عن غيره في نظرته للحياة ونظمها.

ثالثا: المرض

إن من أهم العقبات التي قد تعترض الحياة الزوجية وتحول دون استمرارها المرض، ويقصد بالمرض المزمن الذي يصاب به الزوجان أو أحدهما ما يجعله عاجز على القيام بواجباته الزوجية نحو الطرف الآخر فتصعب الحياة الزوجية تبعا لذلك ويصبح استمرارها

[1] – لحسن الشيخ آث ملويا ، بحوث في القانون، دار هومة ، الجزائر، 2003 ، ص 78 – 79 .

أمرا مستحيلا مع تواجد هذا المرض ومن ثمة يؤدي إلى الطلاق، فغالبا ما نجد أسباب الطلاق العجز الجنسي فيقوم الطرف المضرور وهو الزوج أو الزوجة برفع دعوى قضائية محلها الطلاق والذي يؤسسها على عنصر الخطأ الذي يتسبب في ارتكابه الطرف الآخر الذي كتم قصوره الجنسي[1] إلى جانب ذلك قد يصاب أحد الزوجين بمرض معد يجعل الآخر ينفر منه وكما يشمل المرض حالة العقم وعدم القدرة على الإنجاب فبذلك تنعدم بوجود أهداف الزواج وهو الإنجاب ولا تستقيم الحياة الزوجية في نظر البعض إلا بوجود أولاد وعلى ذلك فقد جاء قرار المجلس الأعلى في 1984/11/19 بأنه: " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب أجل سنة كاملة للعلاج وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانبه وبعد انتهاء تلك المدة فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية فإذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها استطاعة هذا الأخير هذا مباشرتها جنسيا، تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ هذا الحكم بها، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من قبل الطاعن "[2].

رابعا: المشاكل الاجتماعية

يعتبر السكن السبب الرئيسي للطلاق فكثيرا ما يطلب الطرفان أو أحدهما الطلاق لعدم امتلاك الزوج لسكن منفرد وبعيد عن والديه فالزوجة كثيرا ما لا ترغب في البقاء مع أسرة الزوج وتطلب سكنا منفرد لها بعيدا عن أهله، ولذلك سار قضاء المجلس الأعلى إذ جاء في

[1] – تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001 ، ص149 ..

[2] – لحسن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص80 .

قرار له بتاريخ 11/04/ 1985على أنه: "متى كان من الأحكام الشرعية أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج أو سبق وسكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم فإن القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أقرته من مبادئ وعليه يستوجب نقض القرار الذي ألزم الزوجة باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسبب أزمة السكن"[1].

المطلب الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي

قد يوقع الزوج الطلاق بدون أسباب مقنعة مما يلحق أضرارا بالمرأة وهذا يناقض الحكمة التي دعت إليه لأن استعمال الحق في الطلاق ولو كان مشروعا من حيث الأصل إلا أنه لم يشرع ليكون مصدرا للضرر وإنما شرع لتحقيق المصالح.

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي وحكمه

إن الطلاق التعسفي مصطلح يطلق على كل طلاق استبد به الزوج وتأذت منه الزوجة وقد أشار إليه قانون الأسرة في المادة 52 منه دون أن يبين ما المقصود منه ولكون الطلاق موصوفا بكونه تعسفيا وجب معرفة معنى التعسف.

أولا: تعرف التعسف

1- تعريف التعسف لغة:

التعسف أخوذ من عسف يعسف والعسف السير بغير هدى وكذلك تعسف تعسفا عن الطريق أي عدل عنه بغير هدى ويقال عسف عنه أي عدل وحاد ويقال عسف المرأة غضبها نفسها واعتدى عليها عسف فلان أي استخدمه فهو عاسف وعسوف.[2]

عسف فلان فلانا عسف ظلمه وجار عليه ولم ينصفه فهو عاسف وعسوف والعسيف الأجير المستهان به.[3]

---

[1] – لحسن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 73 – 74 .

[2] – شوقي ضيف، معجم الوسيط، ط4 ، مكتبة الشروق الدولية، مصر،2003 ، ص600 .

[3] – صالح العلي صالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد، مرجع سابق، ص416 .

2-تعريف التعسف اصطلاحا:

أ-تعريف التعسف في الاصطلاح الشرعي:

لم يرد لفظ التعسف في عبارات الفقهاء والأصوليين وانما ورد بدلا منه كلمة التعنت في المغني لابن قدامة وبدائع الصنائع للكساني والمضارة في الحقوق في كتب الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية ويتفق معنى التعنت والتعسف في إفادة معنى الظلم الناشئ عن إساءة استعمال الحق والتصرف فيه تصرفا مخالف لمقصود الشارع من تشريعه وعلى الرغم من اقتراب مصطلحي التعنت والتعسف في الحقوق إلا أن مصطلح التعسف هو الأكثر تداولا.[1]

وعرفه فتحي الدريني " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل "[2]

يتضح من التعريف أن يقصد المكلف بالعمل المأذون فيه شرعا هدم قصد الشارع بأن يستعمل حقه قصد الإضرار لأن هذه الحقوق وإن شرعت فقد شرعت لغايات وتحقيق مصالح واستعمال هذه الحقوق مقيد بمصالح فإن استعملت في غير ما شرعت له كان ذلك الاستعمال تعسفيا ومناقضة لقصد الشارع فيما شرعه من حقوق وقوله"في تصرف " فالتصرف يكون إما بالقول كالعقود وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات كالبيع، والوصية، وأما بالفعل كاستعمال المالك لعقاره على وجه يضر غيره وهذا تصرف إيجابي، أما السلبي كامتناع مالك الحائط المائل الآيل للسقوط على طريق عامة هدمه.

وقوله:"مأذون فيه شرعا بحسب الأصل "يخرج من الأفعال غير المشروعة بذاتها لأن إتيانها يعتبر اعتداء لا تعسفا فالتعسف منحصر في التصرفات داخل حدود الحق.

---

[1] – محمد أحمد سراج، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص24 .

[2] – فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت،1967، ص87 .

وعرفه محمد أبو الزهراء بقوله " :التعسف هو المضارة في استعمال الحق " [1]

يتضح من التعريف أن استعمال الحق على وجه ينشأ عنه ضرر يكون الدافع لاستعماله المضارة بالآخرين بأن يكون مآل الاستعمال المضارة والنتيجة واحدة وهي ترتيب المضار غلى استعمال الحق من هذا أو ذاك. [2]

ولقد أدرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن القانون المدني بموجب المادة 124 مكرر منه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"[3].

ب- تعريف الطلاق التعسفي:

عرفنا الطلاق سابقا بأنه:" حل عقدة النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص"، وبما أن الطلاق حق للرجل يملك حرية إيقاعه بإرادته المنفردة فيمكن تعريف الطلاق التعسفي بأنه" :مناقضة الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص."

أو أنه" إساءة استخدام الرجل حقه في إيقاع الطلاق الموكل له شرعا " [4]

---

[1] – محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص280 .

[2] – فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 90 – 91 .

[3] – الأمر 58 –75 المؤرخ في 20 رمضان 1935 الموافق 26 سبتمبر 1975 المؤرخ في 13 ماي/ 2007 بالقانون رقم07 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[4] – جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي الفقه والقانون، دار حامد، الأردن،2009، ص123.

من التعريفات يتضح أن المقصود بالطلاق التعسفي أن يطلق الرجل زوجته بدون سبب أو لغير حاجة فيناقض بذلك مقصد الشارع من تشريع الطلاق وهو دفع الضرر، فيكون كل طلاق لا يحقق هذا المقصد طلاقا لا تعسفيا.

ولقد نص المشرع الجزائري على الطلاق التعسفي دون أن يبين ما يقصد من ورائه إلا أنه بين آثاره كالتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها وبذلك فالمطلق بتطليقه لزوجته تعسفا يعد بمثابة المريض الذي زاد في جرعة الدواء فأضر بنفسه فيتحمل تبعات الطلاق لأنه كان متعسفا في إيقاعه.

ثانيا: حكم الطلاق التعسفي

ينبني حكم الطلاق التعسفي على حكم الطلاق عموما والأصل فيها انقسم الفقهاء في ذلك إلى قسمين بين القائل بأن الأصل فيه الإباحة وبين القائل أن الأصل فيه الحظر فمن قال أن الأصل فيه الإباحة أجاز الطلاق التعسفي، أما من قال أن الأصل فيه الحظر لم يجز الطلاق لا التعسفي وفيما يلي بيان بذلك.

1- الأصل في الطلاق الحظر:

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا للضرورة القصوى كالريبة، وذهب إلى هذا القول الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة ولقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على جملة من الأدلة:

قوله تعالى: **فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا** [1].

هذه الآية تحث على الصبر أن رأوا منهن ما يكرهون ولم يرشدهم إلى الطلاق فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهن ما يكرهون وفي نفس السياق نجد قوله تعالى : **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا** [1].

[1] – سورة النساء، الآية19.

وجه الدلالة في الآية أن الله تعالى أمر ببعث الحكمين في حال وجود نزاع بين الزوجين وذلك للتضييق من دائرة الطلاق فتقتصر على الحالات التي يصعب فيها التئام الأسرة ويكون ضر البقاء فيها أكبر من ضرر الناتج عن التفريق، كما استدل الجمهور من السنة النبوية ما روي عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"**إن الله لا يحب الذواقين والذ واقات** " ووجه الدلالة في الحديث أنه يدل على كراهة التطليق وتبدل الأزواج والكراهة قد تؤدي إلى التحريم إن أصر عليها فلا يباح إلا للضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

وعن ثوبان رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عيه وسلم "**:أيما امرأة سألت زوجها طلاق من دون حاجة فحرام عليها رائحة الجنة**"[2].

وجه الدلالة في الحديث أنه يدل بمنطوقه على أن من يوقع طلاق دون حاجة وبأس موجب له فإنه آثم ولن يدخل الجنة سواء أكان الطلاق بطلب المرأة أم كان من الرجل، فالطلاق بدون سبب مشروع ومن غير حاجة تدعو له فيه إيذاء للغير وإلحاق الضرر بالآخرين محظور شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم:" **لا ضرر ولا ضرار**"

2- الأصل في الطلاق الإباحة:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الأصل في الطلاق الإباحة كالكاساني والسرخسي والموصلي من الحنفية والقرطبي من المالكية واستدلوا في ذلك بما يلي:

قال تعالى: **لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** [3]

تدل الآية الكريمة على نفي الإثم والحرج عن المطلق وهذا ينافي الحظر فكان مباحا وفي نفس السياق نجد قوله تعالى: **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** [1]

---

[1] – سورة النساء، الآية35 .

[2] – جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 185 – 186 .

[3] – سورة البقرة، الآية236 .

حيث تدل الآية الكريمة على إباحة الطلاق من غير سبب أو حاجة وهذا دليل على أن الأصل فيه الإباحة لا الحظر.

-كما إستدلوا من السنة النبوية :"**أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها حتى نزل الوحي عليه تأمره أن يراجعها**" .

دل الحديث على أن الطلاق يجوز للزوج دون كراهة لأن النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ما كان جائزا من غير كراهة وقد طلق بعض الصحابة زوجاتهم فقد طلق عمر بن الخطاب أم عاصم وطلق عبد الرحمن إبن عوف رضي الله عنه زوجته تماضر وطلق المغيرة بشعبة رضي الله عنه نسائه الأربعة فقد أقامهن بين يديه صفا وقال أنتن حسان الأخلاق، ناعمات الأرداف، طويلات الأعناق اذهبن فانتن طالق " [2].

يتضح من الحديث الطلاق لو كان محظوار لما أقدم هؤلاء الصحابة على تطليق زوجاتهم.

3- مناقشة الأدلة:

بعد عرض الآراء الفقهية لحكم الطلاق التعسفي وجب أن نقوم بمناقشتها للأخذ بالرأي الأرجح.

أ -مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الإباحة:

إن الاستدلال بعموم الكتاب والحديث الشريف وفعل الصحابة في جملتها عامة ومطلقة بينت إيقاع الطلاق وضرورة التطليق وإعطاء المطلقة حقوقها وهذا ما يتعارض مع الأدلة الخاصة والمقيدة للطلاق أما الاستدلال بقوله تعالى: **﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾** [3]

---

[1] – سورة الطلاق، الآية01 .

[2] – جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق، ص187 .

[3]– سورة البقرة، الآية236 .

الآية ليس فيها دليل على إباحة الطلاق وإنما تدل على نفي الجناح والإثم في حالة الطلاق قبل الدخول لا في كل طلاق، أما قوله تعالى: ﴿ **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** ﴾ [1]

فهي لبيان وقت الطلاق وليس لبيان حكمه، وأما ما ورد ذكره من أحاديث كحديث تطليق النبي لحفصة فهو حديث ضعيف أما ما ورود الطلاق من أفعال الصحابة فإنه يدل على وجود حاجة دفعتهم لإيقاع الطلاق فلا يكون دليلا على أن الأصل في الطلاق هو الإباحة.

ب- مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر:

إن الاستدلال بالآية الكريمة في غير موضعه حيث أن الآية جاءت لبيان خطوات نشوز المرأة وعصيانها الزوج إتباعها فلا يجوز للزوج فلا يجوز أن يتجاوز مرحلة قبل غيرها فعليه أن يبدأ بالوعظ ثم الهجران ثم الضرب ضربا غير مبرح وإلا فقد بغى وظلم، والآية فيها تهديد للأزواج الذين بغوا على النساء من غير سبب وليس هناك أعظم بغي وأشد ظلم م طلاق الزوج لزوجته من غير سبب [2]وأما حديث " أبغض الحلال إلى الله " المقصود بالحلال المشروع وهو الطلاق ومشروعيته، بمعنى عدم حرمته أي ما ليس بحرام والحلال بهذا المعنى يشمل المكروه وهو المبغوض فلا تنافي بين كون الطلق مبغوضا وكونه حلالا، وأما لفظ المباح فيحمل عل ما أبيح في بعض الأوقات أي في الأوقات المبيحة للطلاق فمتى وجدت الحاجة جاز الطلاق . [3]

ج- الترجيح:

---

[1]- سورة الطلاق، الآية01 .

[2] - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل، عمان، 2010، ص33 .

[3] - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع نفسه، ص43 .

من الأدلة السابقة ومناقشتها نرجح الرأي القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا للضرورة المعتبرة شرعا وهي للحاجة إلى الخلاص فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقا وسفاهة ومجرد كفران للنعمة.

الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسفي

بما أن الطلاق حق شرعيا للزوج ونظرا لما قد يترتب على سوء استعماله من أضرار قيده الشارع للمحافظة على حق استقرار الأسرة وحتى لا يضر الرجل بالزوجة والأولاد فكان المناسب في معالجة آثاره هو تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق، ولقد بينت المادة 124مكرر من ق.م.ج المعايير التي يشكل بها الاستعمال التعسفي للحق خطأ وبما أن محور دارستنا يرتكز على الطلاق التعسفي فلا بد أن نقوم بتطبيق معايير التعسف على الطلاق وتتنوع هذه المعايير إلى معايير ذاتية وأخرى موضوعية.

أولا: المعايير الذاتية أو الشخصية

تتضمن هذا المعيار على معيارين وهما:

-معيار قصد الإضرار.

-معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة.

1- معيار قصد الإضرار:

ويتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية أي أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، وهي مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها، ويمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوج في إيقاع الطلاق ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار الشخصي يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي هو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف ومسلك الرجل الراشد هو ألا يطلق إلا لسبب شرعي اقتضته الضرورة وبذلك فإن انعدام المبرر يجعل الطلاق تعسفيا ومن أمثلة هذا المعيار أن يوقع الزوج الطلاق على زوجته

قاصدا الإضرار بها[1] كأن يطلقها بدافع الانتقام والكراهة أو في مرض الموت قاصد حرمانها من الميراث، وقد يطلقها بدون سبب مشروع حيث لا توجد أية منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق أو قد تكون تافهة لا تعتبر سبب له ولا تناسب أبدا ما يترتب عليها من أضرار كذلك يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالزوجة والضرر ممنوع لقوله صلى الله عليه وسلم" **لا ضرر ولا ضرار**".

ومثال ذلك كأن يقوم الرجل بتطليق زوجته لأنها خرجت لزيارة والدها دون إذنه لاضطرارها لذلك وبطلاقه لها يكون قد تعسف في ذلك.[2]

2- معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة:

إذا كان الزوج في طلاقه يبتغي تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدا شرعيا فإنه يكون متعسفا فيه ذلك لأن الشرع وأن وكل أمر الطلاق للرجل كان ذلك عند استحالة الحياة الزوجية[3]، أما أن يستعمله الزوج دون سبب فقد يؤدي إلى اختلال في نقص المصلحة التي كان من المفترض الحفاظ عليها فأدى ذلك إلى انهدام أسرة ومن أمثلة هذه الحالة :طلاق الزوج لزوجته طلاقا باتا في مرض موته بغرض حرمانها من الميراث، لأنه لم يستعمل الطلاق فيما شرع له وإنما يقصد مصلحة مادية في مرض موته تتمثل في حرمان زوجته من الإرث. وهي مصلحة غير مشروعة اتخذ حق الطلاق وسيلة لتحقيقها فكان طلاقا تعسفيا.[4]

ثانيا: المعايير الموضوعية أو المادية

يتضمن هذا النوع أيضا معيارين:

---

[1] – بن زيطة الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، للنشر، الجزائر،2007 ، ص169 .

[2] – رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص55

[3] – بن زيطة الهادي، مرجع سابق، ص170 .

[4] – رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص56 .

-اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.

-معيار الضرر الفاحش.

1- اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناءا على أسباب يعتبرها مبررات ودوافع للطلاق وذلك لدفع الضرر عن نفسه وبالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع الطلاق من مصالح وما ينتج عنه من مفاسد وأضرار تلحق كلا من الزوجة والأولاد نجد أن المفاسد والإضرار الناتجة عن الطلاق أكبر من المصلحة المراد تحقيقها وذلك يكون الزوج متعسفا في حقه وفي ذلك يقول زياد صبحي " إذا كان للزوج مصلحة في إيقاع الطلاق وألحق بالمرأة ضررا وكان الضرر كبيرا بجانب مصلحة الزوج في إيقاع الطلاق فإن الزوج في هذه الحالة يكون متعسف "[1].

2- معيار الضرر الفاحش:

إن قيام الزوج بتطليق زوجته قد يضر بها ضرار فاحشا خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا واعتمدت الزوجة عليه في النفقة وتقدم بها العمر وحدث الطلاق وهي في هذه الحالة التي يكون فيها بأمس الحاجة إلى من ينفق عليها ومن يخفف عنها الأم الوحدة والفراق ومشتاق الحياة فإن الزوج بذلك قد يكون أضر بها ضرر فاحشا.[2]

ومعيار هذا المعيار أن يطلق الرجل زوجته التي قد أقنعها بترك عملها لأنه سيوفر لها العيش الكريم فلم يمض على زواجهما ألا سنة وطلقها بعد أن فقدت وظيفتها.

الفرع الثالث: صور الطلاق التعسفي

أولا: طلاق المريض مرض الموت

1- تعريف المريض مرض الموت:

[1] – جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص198.

[2] – جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص198 .

مرض الموت مركب إضافي يفهم معناه اللغوي من خلال تحليل ألفاظه وتعريفها وهي المرض والموت.

أ- تعريف المرض:

المرض :ضد الصحة وهو السقم[1].

ب-تعريف الموت:

الموت ضد الحياة ويطلق في لغة العرب على السكون ومات الحي أي فارقته الحياة ومات ويمات فهو ميت والميت الذي فارق الحياة يفهم من كل ما سبق أن مرض الموت هو الحالة التي يصاب بها المرء من فقدان لصحته تدريجيا ويعقبها الموت وهو الفناء.[2]

2-تعريف المريض مرض الموت اصطلاحا:

اختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت باختلاف مفهومه لديهم والحالات المشابهة التي تندرج تحت هذا المفهوم، فعرفه الحنفية بأنه ":المرض الذي أضني الشخص وأعجزه من القيام بحوائجه"...

وعرفه الشافعية ":كل ما يستعد بسببه للموت من الأمراض " [3].

ويرى المالكية بأن مرض الموت " هو كل مرض يحكم أهل بأنه يكثر الموت من مثله كالسل حيث يحجر على المريض".

يتضح من التعريفات السابقة لمرض الموت أنه لا بد من توفر شرطين لاعتبار الإنسان مريض مرض الموت وهما:

---

[1] – محمد عطاش عليوي، مقال حكم طلاق المريض مرض الموت، مجلة الفتح، العدد 22 ، ب د ن، ب م ن ، 2000 ، ص167 .

[2] – جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص199 .

[3] – جميل فخري محمد جانم، مرجع نفسه، ص200 .

أن يكون المرض مخوفا: والمرض المخوف هو الذي يخاف منه الموت لكثرة من يموت به أن يتصل الموت بالمرض فعلا وهذا الشرط محل إجماع الفقهاء لذلك نجدهم يصرحون بان المريض مرض الموت إذا شفي من مرضه ثم مات فإنه يلحق بالأصحاء إذ بشفائه تبين أن مرضه لم يكن مرض الموت فيمتنع على الورثة الطعن في تصرفاته.[1]

3-تعريف المريض مرض الموت في القانون:

لم يتطرق المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في قانون المدني لتعريف مرض الموت ولكنه اعتبر الهبة وجميع التصرفات التي يقصد منها التبرع أو التي تجرى أثناء ذلك وصية فنص عليه المادة 204 من ق.أ.ج ": **الهبة في مرض الموت ظن والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية**" [2] ونص في المادة 776 من ق .م.ج" كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف وعلى الورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن التاريخ ثابتا "... [3]

ولقد عرفت بعض التشريعات مرض الموت منها القانون المدني الأردني حيث عرف مرض الموت في المادة 543 من القانون المدني " المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن

[1] – محمد أحمد البديرات، مدى اعتبار الايدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقه الإسلامي- دارسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، الأردن،2006 ، ص17 .

[2] – المادة 204 قانون الأسرة الجزائري.

[3] – المادة 776 قانون مدني جزائري.

متابعة إعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال بعد مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حاله دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ". [1]

ورغم الفراغ التشريعي بخصوص تعريف المريض مرض الموت لم يقف القضاء الجزائري عاجزا على أن مرض عن ذلك فقد استقر مجلس الأعلى من خلال قراره الصادر في 1984/04/7 الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير وأن كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه ويجب على القاضي إثبات ذلك وقت التصرف.[2]

4- حكم طلاق المريض مرض الموت:

إن مرض الرجل مرض الموت لا يؤثر على طلاقه أثناءه فطلاقه واقع بلا خلاف سواءا في العدة أو بعدها سواء كان الطلاق بائنا أم رجعيا إلا أن الفقهاء اختلفوا في ميراث المطلقة المريض مرض الموت إذا طلقها فيه طلاقا بائنا إلى ثلاث أقوال:

-**القول الأول** :أنها ترث في عدتها ولا ترث بعد العدة :وبهذا القول أخذ أبو حنفية وأصحابه وسفيان والأوازعي والليث، فإذا انقضت عدتها فلا ميراث لها وقد استدلوا على ذلك بأنه بطلاقها في مرض موته قصد إبطال حقها في الميراث فيرد عليه بنقيض قصده بتأخير الطلاق إلى زمن انقضاء العدة دفعا للضرر بشرط أن تكون أهلا.[3]

-**القول الثاني** : ذهب الحنابلة في الرواية المشهورة إلى أن المطلقة طلاقا بائنا من المريض مرض الموت أنها ترثه إذا توفي وهي في العدة وبعدها مالم تتزوج بآخر لأن الزواج بمثابة التنازل عن حقها في الميراث في تركة الزوج السابق الذي طلقها في رض الموت فارا من إرثه.[4]

---

[1] – مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق (مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في- القانون الخاص) ، جامعة بلقايد، تلمسان،2009 ، 2000، ص 145 .

[2] – مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص146 .

[3] – محمد عطاش عليوي، مرجع سابق، ص168 .

[4] – جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص204 .

-**القول الثالث :** ذهب المالكية والحنابلة إلى القول بأن مطلقة المريض مرض الموت ترث منه لأنه فارا من طلاقها مضار بها، فإذا مات عن امرأته في مرضه ورثته وإن مات بعد انقضاء عدتها وتزوجت غيره وهو ما ذهب إليه المالكية واستدلوا في ذلك بتوريث عثمان إبن عفان رضي الله عنه لتماضر بنت الأصبع الكلبية مطلقة عبد الرحمان ابن عوف في مرض موته ولقد بنوا حكمهم على أن المطلق في مرض الموت قصد الفرار من الميراث فيجب أن يعاقب .بنقيض قصده وذلك بإثبات الميراث للمطلقة.[1]

فالطلاق وإن شرع لإزالة الضرر ورفع الحرج عند استحكام الشقاق بين الزوجين وانعدام أي حل آخر إلا الفرقة لقوله تعالى: **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** [2]

فالطلاق حق مشروع بالكتاب والسنة ولكن لم يمنح للرجل ليتخذه وسيلة للإضرار بالزوجة وحرمانها من حقها في الميراث فإن كان استعماله لهذا الحق قصد الفرار من الميراث عومل بنقيض قصده ذلك دفعا للظلم ومرض الموت يعتبر في حد ذاته قرينة على سوء نيته وعن قصده الإضرار بالزوجة فحتى تثبت الزوجة حقها في الميراث يكفيها أن تثبت أن طلاقها وقع في مرض الموت دون حاجة إلى بنيان التعسف من عدمه وعليه لابد من القول بتوريث المبتوتة من زوجها الذي طلقها باتا في مرض موته معاملة بنقيض قصده ودرء لتعسفه في استعمال ما وضع الشارع في يده من حقه ووجه التعسف أن الطلاق لم يشرع للزوج كوسيلة للإضرار بزوجته وحرمانها من حقها في الميراث فإذا كان الباعث على الطلاق هو حرمان زوجته من ميراثها عومل بنقيض قصده محافظة على حقها ودفعا للظلم.

- ولقد اتفق الفقهاء على أن الزوج المريض مرض الموت إذا طلق زوجته فطلاقه يقع وتترتب عليه جميع آثاره التي تترتب على الطلاق الصحيح فإن طلقها طلاقا رجعيا ثم توفي

[1] - فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 172 - 173 .

[2] - سورة البقرة، الآية229 .

وهي في عدتها ورثته لبقاء الزوجية الموجبة للميراث، ولأنه ملك حق إرجاعها مادامت في العدة بغير رضاها وبدون عقد جديد، أما إذا توفي بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها لانتهاء آثار عقد الزواج ولأنه بتطليقها رجعيا لا يعتبر فارا من الميراث.

انطلاق المريض مرض الموت واقع وأن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع هذا الطلاق وقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه إذ قضت المحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17 " من المقرر شرعا وقانونا أن مريض الموت مهما كان القصد من الطلاق حرمان الزوجة من الميراث ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون".[1]

وخلاصة القول أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته بطلاقها في مرض موته اعتبر هذا فارا من ميراث زوجته فرد عليه قصد بتوريثها منه، ولقد ألحق الفقهاء المرتد بحكم المريض مرض الموت واعتبروه في حالة ارتداده فارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده لأن من الميراث اتحاد الدين بين الوارث والموروث، وهذا بموجب المادة 138 ق. أ .ج " **يمنع من الإرث اللعان والردة**"[2]

5- شروط توريث المطلقة ثلاثا في مرض الموت:

يشترط الفقهاء لتوريث المطلقة ثلاثا في مرض الموت عدة شروط نذكر منها أن يطلق الزوج زوجته وهو في مرض الموت أو ما في حكمه وأن يموت الزوج بسبب هذا المرض دون أن يشفى منه حتى مات فإن طلقها في مرض موته ثم صح ثم مات لم ترث منه لأن المرض إذا عقبه شفاء لم يكن مرض موت فتبين أنه حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا، وقد روي عن النخعي والشعبي والثوري وزوفر " أنها ترثه لأنه طلاق مرض

[1] – ملف رقم ، 179696 ، ، /03/ 98 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998 ، ص17 .

[2] – المادة 132 قانون الأسرة الجزائري.

قصد به الفرار من الميراث[1] أن تكون الزوجة وارثة أو أهلا للميراث من وقت طلاقها إلى وقت وفاته، بأن يكونا مسلمين فلو كانت كتابية وقت الطلاق لا ترث عند الجمهور لأن الكتابية لا ترث زوجها أصلا وترث عند المالكية إن طلقها في مرض موته، ثم أسلمت وهي في عدتها ومن كانت أهلا للميراث عند الطلاق ثم ارتدت فقد سقط حقها في الميراث، ومن كانت أهلا للميراث عند الطلاق ثم ارتدت في العدة ثم رجعت عن ردتها قبل وفاة الزوج وهي في العدة فإنها لا ترث منه.

-أن يكون الطلاق بغير رضا الزوجة أي منه لا منها بسببه لا بسببها فلو كان برضاها لا يثبت لها الميراث[2].

ثانيا: الطلاق بدون سبب مشروع

عن الطلاق التعسفي قائم على أساس عدم وجود مبرر أو سبب معقول لإنهاء الربطة الزوجية وفيما يلي بيان بذلك.

1- تعريف التعسف في الطلاق بدون سبب:

التعسف في الطلاق هو مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بتطليق الزوج زوجته لغير سبب مشروع أو دون حاجة داعية إليه ".[3]

ومن صور تطليق المرأة انتقاما منها لمطالبتها بحق لها أو لعدم تعاونها معه على الإثم أو بقصد ابتزاز أهلها لتحقيق أغرا ض شخصية أو مضارة لأهلها بسبب أو لآخر.

2-حكم التعسف في الطلاق بدون سبب:

لم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان التعسف في الطلاق ولعل السبب في ذلك عدم وقوعه في عصرهم، وذلك لقوة الوازع الديني عند المسلمين في ذلك الوقت ولترفعهم عن إيقاع الطلاق من غير سبب وعن ظلم المرأة ولقد قرر عامة الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر

[1] – جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص129.

[2] – وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص445 .

[3] – جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص226 .

لا الإباحة لظاهر النصوص التي تحذر من الطلاق وتنهى من وقوعه لغير سبب مشروع ولأن فيه كفران النعمة النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية لا الدنيوية لقوله تعالى: **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً** [1]

وإنما أبيح عند الحاجة والخلاص من الضرر ومخافة عدم إقامة حدود الله فإن لم تكن الحاجة المبيحة له شرعا بقي على أصله من الحظر لما فيه من إضرارا على الزوجة والأولاد لقوله تعالى: **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا** [2]

أما الفقهاء المحدثون فقد اختلفوا في اعتبار التعسف في الطلاق دون سبب على مذهبين:

-**المذهب الأول** :ذهب عامة الفقهاء المحدثين إلى القول بأن من طلق زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي فقد تعسف في استعمال حق الطلاق الذي وضعه الله تعالى لأنه يكون بذلك قد أضر بالزوجة وأهلها وأولادها والمجتمع والضرر ممنوع، كما أنه ناقض مقصد الشارع من مشروعية الطلاق.

-**المذهب الثاني** :ذهب الفقهاء المحدثون إلى القول بأن من طلق زوجته من غير حاجة أو سبب مشروع لا يعتبر متعسفا في استعمال حق الطلاق مع القول بأنه يكره الطلاق إذا كان من غير حاجة أو سبب مشروع بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة وأنه حق للزوج له حرية التصرف فيه.

3- معيار التعسف في الطلا ق من غير مبرر مشروع في القانون:

التعسف هو إساغة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى الإضرار بالغير دون تحقيق فائدة لصاحب الحق أو لأن الفائدة أقل من الضرر اللاحق أو لأن صاحب قصد عند استعماله

[1] – سورة الروم، الآية21 .

[2] – سورة النساء، الآية34 .

الإضرار بالغير وفقا لنص المادة 124 مكرر من ق .م .ج " **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:**

-أذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ بالغير.

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة " [1]

وجاء في نص المادة 52 ق.أ.ج أنه: " **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها** " .[2]

من المادة يتضح أن للقاضي السلطة التقديرية في فحص الأمور وتبين دوافع الطلاق من خلال عرائض الطرفين ودفوعاتهما ولكن خلافا للإجراءات المتبعة أصلا في المسائل المدنية فإنه في دعاوى شؤون الأسرة لاسيما دعاوى الطلاق فإن القاضي ملزم بإجراء جلسات صلح سرية لا يحضرها سوى طرفا الخصام " الزوجين " ويعتبر هذا إجراء جوهريا بموجب المادة 49 ق.أ. ج التي تنص على أنه " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**". [3]

ومن خلال فحص مواقف الطرفين يتمكن القاضي من الموازنة بين الدافع إلى استخدام الزوج لحق الطلاق وبين الآثار المترتبة عن هذا الاستعمال وقد قضت محكمة السعيدة من خلال حكمها الصادر في 2009/07/01 إلى اعتبار الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفيا وذلك نظرا لتصميم الزوج على الطلاق في محاولتي الصلح التي سعت من خلالهما المحكمة إلى إصلاح ذات البين إلا أن محاولاتها باءت بالفشل لإصرار الزوج على الطلاق

[1] – المادة 124 قانون مدني جزائري.

[2] – المادة 52 قانون الأسرة الجزائري.

[3] – المادة 49 قانون الأسرة الجزائري.

دون سبب جدي ومعارضة الزوجة له في ذلك بالمطالبة بالرجوع إلى بيت الزوجية مما يجعل طلبها للتعويض مؤسسا بتعيين الاستجابة له لجبر الضرر اللاحق بها. [1]

وبناءا على ما سبق يمكن إجمال معايير التعسف في طلاق دون سبب فيما يلي:

أ- المعايير الذاتية أو الشخصية:

-**معيار قصد الإضرار** :إن الزوج الذي يوقع الطلاق على زوجته دون سبب شرعي ولغير حاجة تدعو إليه ولم يصدر منها ما يدفعه لإيقاع الطلاق فإنما يقصد بتصرفه الإضرار بها وبأهلها للقرينة الدالة على ذلك وهي عدم وجود مبرر شرعي يحمله على الطلاق فإذا تمحص قصد الإضرار منه يكون متعسفا في استعمال حقه المشروع.

-**معيار المصلحة الغير مشروعة:** شرع الطلاق ليكون حلا سليما للخلافات الزوجية التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ولم يشرع الطلاق إلا لهذا المقصد فإن كان لغير سبب فانه يكون متعسفا.[2]

ب- المعايير الموضوعية أو المادية:

-**معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:** إن قيام الزوج بإيقاع الطلاق لسبب غير معقول ولا مقبول ولو كان يحقق له مصلحة ضئيلة لا تتناسب مع الضرر المترتب عن الطلاق فإنه يكون متعسفا لأن الضرر الناجم عن الطلاق أشد وأعظم من الحياة الزوجية.

-**معيار الضرر الفاحش** :إن قيام الزوج بتطليق زوجته من غير مسوغ شرعي ودون حاجة فيه ضرر فاحش للزوجة من فقدان المعيل بعد أن كانت نفقتها على زوجها وأصبحت فرصة الزواج مرة أخرى ضئيلة والتالي ستعاني من آلام الوحدة بالإضافة إلى النظرة المجحفة في حقها من أفراد المجتمع.

---

[1] – مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص 167 – 168 .

[2] – جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص229 .

المطلب الثالث: الطلاق للنشوز

إن من الحالات التي يمكن أن يستند إليها القاضي في إصدار حكم بالطلاق، والتي تضمنتها المادة 55 من قانون الأسرة هي حالة نشوز أحد الزوجين، ويتمثل النشوز في كثرة الشجار حول الأمور التافهة من أحد الزوجين تجاه الآخر وفي ترك مزل الزوجين زفي التخلي عمدا عن كافة أو بعض الواجبات الزوجية.[1]

الفرع الأول: مفهوم الطلاق للنشوز وطرق إصلاحه

أولا: النشوز لغة:

النشز هو المكان المرتفع من الأرض، وهو أيضا ما ارتفع عن الوادي إلى الأرض والجمع أنشاز ونشوز، لذا سميت قطعة اللحم الزائدة على الجسم نشوزا، وقيل ذلك الرجل ناشز الجبهة إذا كان مرتفعا بها، وقلب ناشز من الخوف إذا ارتفع عن مكانه من الخوف، والنشوز من النهوض صداقا لقوله تعالى: ﴿ **وَإِذَا قِيلَ انشُزُوا فَانشُزُوا**﴾[2] أي قوموا إلى الصلاة أو قضاء حق، ونشز الرجل نشوزا إذا كان قاعدا فقام. [3]

وقوله أيضا: ﴿**وانظُر إِلى الْعظامِ كَيف نُنشِزهَا ثُمَ نَكْسوهَا لَحْمًا**﴾[3]، **أي نرفع بعضهما على بعض**[4].

النشوز اصطلاحا: عرفه الفقهاء بمعناه العام بكونه من جانب المرأة أو الرجل أن يتعدى كل واحد من الزوجين على صاحبه، أما تعريف النشوز إذا كان من قبل الزوجة فقد تعددت تعريفات الفقهاء لذلك.

---

[1] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط5، دار هومة، الجزائر، 2018، ص138.

[2]– سورة المجادلة، الآية 11.

[3]– سورة البقرة، الآية259.

[4]– ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، د ط، دار المعارف، القاهرة، مصر،1981، مج6 ، ج49 ، ص4425

فعرف المالكية نشوز الزوجة بأنه: خروج الزوجة عن الطاعة الواجبة المانعة عن الاستمتاع بها، الخارجة بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه، التاركة لحقوق الله تعالى.

أما الحنفية: فعرفوه بأن تخرج المرة من منزل زوجها بغير إذنه وتمنع نفسها منه بغير حق. **وعند الشافعية:** هو عصيان الزوجة لزوجها وتعاليه عما أوجب الله عليها وارتفاعها عن أداء الحق والواجب عليها.أما **الحنابلة** فقد عرفوه بقولهم: هو معصية الزوجة زوجها فيما يجب عليها من طاعته من حقوق النكاح[1].

وبناء على ما تقدم يتضح لنا جليا أن النشوز: هو الخروج عن الواجبات التي تطلب من الزوجة في إطار الأسرة، فكل من الزوج والزوجة له حقوق وعليه واجبات نحو الآخر فإذا ما تخلى عن هذه الواجبات أعتبر متمردا وناشر، ومرتفعا عما أمره الله سبحان وتعالى به من واجبات، فهم مثابون على فعلها، ومعاقبون على تركها.

التعريف القانوني:

لقد حاول الأستاذ فضيل سعد تعريفه النشوز بأنه: " عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة بذلك ".[2]

أما بالعودة إلى القانون ج فإنه لم يعرف لنا النشوز، بل اكتفي فقط بذكر آثار واعتباره سبب من أسباب الربطة الزوجية وهذا من خلال نص المادة **55** قانون الأسرة الجزائري أعتد نشوز أحد الزوجان يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر[3]".

1-علاج نشوز المرأة:

---

[1]- صالح بن غانم السدلان، النشوز (ضوابطه - حالاته - أسبابه - طرق الوقاية منه)، وسائل علاجه في ضوء القرآن والسنة، ط4 ، دار بلنسية، الرياض- السعودية 1417 ه1993، ص17.

[2]- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، المكتبة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص140.

[3]- فتيحة سويسى ، النشوز في ظل الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للضاء،2004 الجزائر.

إذا أصبح خلق المدرة على الوصف الذي ذكر الفقهاء والذي تعد به ناشزا سواء ظهر ذلك منها جليا أو بدأت ملامحه وأمارته، فعلى الزج أن يبادر في معالجة هذا الطارئ الذي يهدد الكيان الأسري قبل أن يستفحل ويتعاظم، فوضع الشارع العلاج في يد الزج لإصلاح حال زوجته [1] ولأن كرمة الرجل تأبى أن يلجأ إلى طلب محاكمة زوجته كلما انحرفت على الفطرة السليمة، كما أن كرمة المدرة لا تسمح لها بأن يلجأ زوجها كلما وقعت في شيء من المخالفة بأن يعرض الأمر على أبيها أو على الحاكم فخولت الشريعة الإسلامية للزوج وسائل لعلاج نشوز زوجته[2] ظهر ذلك في قوله تعالى: **واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا** .[3]

فقد جعلت الآية الكرمة علاج نشوز الزوجة على ثلاثة مراحل تتمثل في الوعظ، الهجر في المضجع، الضرب غير المباح.

أولا: الوعظ والإرشاد

وذلك لقوله تعالى: " **فعظوهن**" أي بتذكير الزوجة الناشز بالله تعالى وتخويفها من عقابه إن هي قصرت من حقوق زوجها ولم تلتزم طاعته مما أوجب الله عليها القيام به نحوه.[4]

وهي أولى الخطوات التي ينبغي على الزوج اتباعها إذا ما وقع في نفسه خوف متيقن من مظاهر نية الإعراض، لأن التشريع الإسلامي لا ينتظر حتى يقع منها النشوز بالفعل وتعلن رية العصيان وتسقط مهابة القوامة، فحين يصل الأمر إلى هذا الوضع لن يجد

---

[1] – عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة– الجزائر، ص103.

[2] – علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة – أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 3.

[3] – سورة النساء، الآية34.

[4] – عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص103.

العلاج[1]، والوعظ والإرشاد يختلف باختلاف حال المرة، فمتهن من يؤثر في نفسها التخويف من الله –عز وجل–وعقابه على النشوز والعصيان، ومنهن من يؤثر في نفسها التهديد والتحذير من سوء العاقبة في الدنيا كشماتة الأعداء والمتع من بعض الرغائب كالثياب الحسنة والحلي، وهذه الوسيلة من الوعظ أخف من غيرها والزجل العاقل لا يخفي عليه نوع الوعظ الذي يؤثر في نقعس امرأته.[2]

ثانيا: الهجر في المضجع

هذا الإجراء يفيد في بعض الأحيان صنف الزوجات التي لا ينفع معهم الوعظ الارشاد.

إذ هناك صف من الزوجات لا ينع معها التأديب إلا بهذه الطريقة أي هجرها في المضجع وتركها وحدها في الفرش لمدة مؤقتة، فهذا يجعلها تفكر في حالها وفي خطئها فتنقص من كبريائها. إلا أن هذا الهجر لا يكون لمدة تتجاوز الأربع أشهر لأنه في هذه الحالة يكون من حق الزوجة طلب التفريق لذلك ويكون إثبات نشوز هو لا هي طبقا لنص المادة **55** من قانون الأسرة الجزائري.[3]

والهجر يختلف باختلاف أحوال النساء فمنهن من لا يصلح حالها إلا بترك جماعها ومنهن من يزد لها في العقوبة فلا تكترث بترك الجماع فيترك لها الحجرة، ومنهن من لا يصلح حالها إلا بعدم الكلام علاوة على ترك الجماع، وكل ذلك جائز رجاء صلاح حالة الزوجة وردها عن النشوز.[4]

---

[1] – علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص114.

[2] – معتصم عبد الرحمان محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة للحصول على درجة الماجيستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2007، ص 114.

[3] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 3، د.ج، الجزائر، د.ت.

[4] – علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص ص 126–127.

ثالثا: الضرب غير المبرح

إذا جرب الزوج مع زوجته الوسائل السابقة الذكر من الوعظ والهجر في المضجع ولم ترتدع انتقل إلى الوسيلة الثالثة من وسائل التأديب التي يملكها وهي الضرب، إذ هو العلاج الأخير الذي يملكه الزوج ليقاوم اعوجاج زوجته وعصيانها له، حسب ما نصت عليه الآية الكرمة لقوله تعالى: " **واضربوهن**" فإن لم تسمع للموعظة ولا تنزجر بالهجران دل على أنها من اللواتي لا يقمهن إلا الضرب، فعندها يتعين ويصبح ضرورة إن ظن إفادته، وأنه بذلك سيحافظ على كيان الأسرة واستقراره.[1]

فلا يلجأ الزوج إلى الضرب كوسيلة لعلاج نشوز زوجته إلا إذا تعذر عليه إصلاحها بالموعظة الحسنة أو الهجر في المضجع، لأن الهدف منه هو الإخافة دون أن يوجعها ويجب ألا يكون الضرب إلا ببيان الفعل وتحقق النشوز.[2]

ورغم أن الشرع رخص للزوج استخدام الضرب كوسيلة من وسائل التأديب لزوجته، إلا أنه لم يترك الأمر هكذا دون ضوابط أو شروط، وبالتالي حدد شروطا للضرب لا ينبغي للزوج أن يتجاوزها وإلا أصبح متعديا وظالما [3] من أهمها:

-ألا يكون الضرب مبرحا لأن المقصود ضرب التأديب والإصلاح، والضرب غير المبرح هو الضرب الخفيف الذي لا يدمي ولا يخشى منه تك تقس أو تك عضو أو خرق جلد أو كسر أو تشويه[4].

لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا، عندما جعل فك الربطة الزوجية تخضع لإشراف ورقابة القضاء، مما يخول لهم سلطة منع أي تعسف في استعمال الحقوق، وجبر الضرر الذي يلحق

---

[1] – عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص107.

[2] – أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1 ، دار المسيرة، عمان، الأردن، 200 ، ص97 .

[3] – معتصم عبد الرحمان محمد منصور، المرجع السابق، ص136.

[4] – صالح بن غانم السدلان، المرجع السابق، ص44 .

بالطرف المتضرر، ومنحه التعويض المناسب.

سنحاول تبيان وتوضيح المقصود بالنشوز الوارد في نص المادة **55** من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد حالات النشوز

نص المشرع الجزائري في المادة **55** من قانون الأسرة على أنه: اعتد نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، وعليه فإن النشوز قد يكون من الزوجة كما قد يكون من الزوج، لكن المشرع الجزئي لم يحدد حالات النشوز ولا تعريفه وترك أمرر للقاضي[1].

وحسب نص المادة **222** من قانون الأسوة الجزائري التي نصت:

" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية** ".

بالرجوع إلى أحكام الشريعة نجد أن النشوز يعفي الترفع ومنع أداء الحقوق كرهة، قد كون من الزوج وقد يكون من الزوجة، فبالنسبة للزوجة الناشز هي تلك التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي والتي خرجت من بيت الزوج بدون إذنه وبدون سبب شرعي وبالتالي قد فوتت حق الاحتباس على الزوج بغير حق.

والناشزة في اللغة هي العاصية على الزوج المبغضة له، وفي الشرع هي الخارجة من بيت الزوج بغير حق[2].

أولا: يمكن أن تذكر بعض الحالات التي نكون فيها الزوجة ناشز:

1- إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوج بدون وجه حق ودون سبب شرعي وقد دعاها للانتقال وأعد المسكن الملائم، أو أنها خرجت منه دون مبرر شرعي بعد انتقالها إليه ولم تعد، وهنا لا بد على الزوج أن يستصدر حكما برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية

[1] – اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، سنة2002- 2003، ص45.

[2]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص79.

وينبت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم وهذا ما ذهبت المحكمة العليا في قرر صادر في: **1984 / 07 / 09** جاء فيه: " متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت بأنها بلغت بالحكم النهائي للقاضي برجوعها لمحل الزوجية و بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشز عن طاعة زوجها و من ثم فالنعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله و يستوجب الرفض". [1]

وهنا لا بد من الإشارة أنه يشترط أن يكون مسكن الزوجية مشتملا على لوازم الحياة الأساسية والمرفق الكافية وألا يكون مخوفا وموحشا وألا يجمعها مع ضرتها بغير رضاها، فمتابعة الزوجة زوجها للمسكن الشرعي وهو بيت الزوجية الذي يختار الزوج مستوفيا للشروط الضرورية للحياة هو واجب أساسي على المدرة من واجبات الحياة الزوجية، فإذا تمرت المدرة عن متابعة زوجها دون أن يكون هناك مانع، كما لو أن الزوج لم يؤدها ما يجب تعجيله من المهر، أو لم يهيئ لها المسكن الزوجي الصالح فإنها بهذا التمرد الغير معذور تسقط نفقتها الزوجية عن عاتق الزوج مدة هذا التمرد والامتناع وتعود النفقة متى أذعنت وانقادت وهذا باتفاق جمهور الفقهاء.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ **1984 / 07 / 09** المذكور أعلاه وقد أكدت هذه الأخيرة المحكمة العليا على أنه لا يمكن اعتبار كل زوجة امتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية ناشزا وذلك في القرار الصادر بتاريخ **1987 / 02 / 09** الذي جاء فيه" من المقرر شرعا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا تحرم من أجلها من حقوقها الواجبة لها شرعا من جراء طلاقه لها، ومن المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها،

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ1984 / 07 / 09 ، ملف رقم33762 ، المجلة القضائية لسنة1989 ، العدد الرابع، ص119.

ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقوانين الشرعية" [1]

كما أن امتناع الزوجة عن الرجوع لبيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا وهذا ما ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ **1998 / 05 / 19** الذي جاء فيه "... ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طلاق على الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا، ثم تراجع عن ذلك وطالب برجوعها من جديد ليتجنب مسؤولية الطلاق، فإن امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا..." [2] وحتى اشتراط الزوجة لرجوعها إلى بيت الزوجية حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد لكرامتها هو شرط ينتفي معه النشوز، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ **1998 / 02 / 17** حيث جاء فيه : "من الثابت شرعا وفقها أنه في حالة الخصام بين الزوجين فإن حضور الزوج لبيت أهل الزوجة وطلب رجوعها إلى بيت الزوجية مرغوب لرد كرامتها لبناء حياة زوجية صحيحة".

من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة باعتبارها ناشز، فإنهم أخطئوا في تفسير القانون والشرع لأن الزوجة لا تعتبر ناشز، بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها لرد كرامتها وهو الشط الذي ينتفي معه النشوز بأغلبية آراء الفقهاء، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[3].

إضافة إلى هذا فامتناع الزوجة من السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشور منها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قررها الصادر بتاريخ **2000- 11- 21** الذي جاء فيه " إن امتناع

---

[2]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ1998 / 05 / 19 ، مك189324 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة2001 ، ص14.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ1998 / 05 / 19 ، ملف رقم189324 ، المجلة القضائية، لسنة 2001، عدد خاص، ص147 .

[1]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ1998 / 02 / 17 ، ملف رقم184055 ، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة1989 ، ص85 .

الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوز وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفيا في حقها وتستحق التعويض جبر للضرر"[1].

2- تعتبر الزوجة ناشزا إذا كان الزوج يقيم معها في بيتها بإذنها ثم متعته من الدخول ولم تطلب منه الانتقال لمدسكن آخر ولم تترك له فرصة للبحث عن مدسكن لأن متعها له من غير طلب سابق والإمهال خروج عن طاعته[2].

3- خروج الزوجة من بيت زوجها في غيبته أو دون إذنه للحاجيات التي تستدعي خروجها أو للأمور أو الزيارات المشروعة كزيارة الأهل مثلا، وجدنا فيه اختلافات كبير بين الفقهاء في اعتبار الزوجة ناشز أم لا فهناك من يرى أنه ليس للزوجة الخروج من المنزل ولو إلى الحج إلا بإذن زوجها[3].

وهناك رأي آخر وهو رأي فقهاء الحنفية الذين يرون أن للزوجة الحق في أن تخرج من بيت الزوجية لزيار والديها وليس للزوج أن يمنعها من ذلك، وإن كان أبوها مريضا مرضا معقدا واحتاج إليها فعليها أن تذهب إليه وإن كان غير مسلم وإن أبى الزوج، وليس للزوج منع أبويها وغيرهم من المحارم زيارتها.

ويرى أن الشافعية أن للزوجة الخروج في غيبة زوجها إلى بيت أبيها أو أقاربها أو جيرنها ونحوها كالعيادة والتعزية، ولا يسقط هذا الخروج نفقتها لأنه لا يعد نشوز عرفا.

ونميل إلى الرأي الذي ذهب إليه فقهاء الحنفية والشافعية لكن هذا لا يعني أن تتعسف الزوجة استعمال حقها بالخروج من بيت الزوجية بين كل لحظة وأخرى نكاية في الزوج أو ما شابه ذلك ونؤكد أن الخروج لا يكون إلا للحاجات التي تستدعي خروجها وللأمور

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ2000 / 11 / 21 ، ملف، المجلة القضائية لسنة2001 ، ص290 .

2- رمضان علي، السبد الشرباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة،2001، ص202 .

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ1998 / 05 / 19 ، ملف189324 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سذة2001 ، ص147.

والزيارات الشرعية فالقاضي هنا هو الذي يحدد الحالات الضرورية التي تستدعي خروج الزوجة من بيت الزوجية وكذا الزيارات التي تعتبر شرعية وذلك وفقا لسلطته التقديرية باعتماده على عرف المنطقة التي يقطن فيها الزوجان أو على عادات أهليهما وتقاليدهم.

4- قضية سفر الزوج بزوجته وكون عدم سفر الزوجة مع زوجها يعتبر نشوزا أم لا فقد تعددت فيها آراء الفقهاء والرأي الراجح في الفقه أن للزوج بعد أدائه كل المهر المعجل لزوجته أن يسافر بها إذا كان مأمونا عليها، فإن كان الزوج غير مأمون عليها يريد نقلها من بيت أهلها ليؤذيها، أو يأخذ مالها وامتنعت عن السفر فلا تعتبر ناشزا[1].

وعليه فوجوب سفر الزوجة مع زوجها ومتابعتها له فيه هو الأصل ما لم تكن قد اشترطت عليه في عقد الزواج خلاف ذلك، ويترك للقاضي في غير حالة الشروط العقدية تقدير الظروف والملابسات التي تسوغ إسقاط هذا الواجب عن الزوجة، ومنع الزوج من السفر بها، فالقاضي يقدر ذلك بحسب ما يراه من الوقائع ويأخذ بعين الاعتبار أن يكون الزوج مأمونا على نفس الزوجة ومالها ولا يقصد بنقلها الكيد والإضرار بها إلى غير ذلك من الاعتبارات التي تختلف باختلاف المواطن ولا تخفى على فطانة القضاة.

ثانيا: أما عن نشوز الزوج فيتحقق بمنع الزوجة من حقوقها كترك الإنفاق عليها، أو المبيت عندها أو هجرها بالمرة أو إيذائها بالضرب والسب وما إلى ذلك من ضروب الإهانة والتعسف، فيصدق على الزوج وصف الناشز إذا منع زوجته من حقوقها، ولو في بعض منها ويسيء خلقه معها وهناك العديد من الحالات التي يعتبر فيها الزوج ناشزا وبالتالي يمكن للزوجة أن تطلب حل الربطة الزوجية والحصول على التعويض طبقا لنص المادة **55** من قانون الأسرة ونذكر منها:

1- نشوز الزوج عن طريق الظهار:

قد تصدر عن الزوج عبارة لا تدل على الفرقة وإنما على تحريم الحياة الزوجية، فهي

[1]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص342 .

تدل على بقاء العلاقة الزوجية لكنها تبقى علاقة محرمة، وذلك بأن نسب زوجته إلى إحدى محارمه فيقول لها أنت عليَ كظهر أمي أو نحو ذلك، والظِهار هو تشبيه الرجل زوجته في التحريم بإحدى المحرمات على وجد التأبيد سواء كان ذلك بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع.

2- نشوز الزوج عن طريق الإيلاء:

الإيلاء هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق القربان على ما يشق، فالحلف بالله ألا يقرب زوجته خمسة أشهر إيلاء، وإذا علق الدخول بها على عبادة فيها مشقة أو أمر فيه مشقة عليه فهو إيلاء[1 2].

3- نشوز الزوج عند هجره للأسرة وإهماله لواجباته لمدة تتجاوز شهرين:

فالزوج الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة الت ازماته الأدبية أو المادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي، يعتبر ناشزا كما أن الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بحالها وذلك بغير سبب جدي يعتبر ناشزا.

4 - نشوز الزوج بسبب عدم الإنفاق:

إن امتناع الزوج عن الإنفاق عن زوجته دون سبب شرعي يعد نشوزا منه، وعدم الإنفاق إذا أثبت بحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي فيه يعد سببا من أسباب التطليق الواردة في المادة **53**من قانون الأسرة، واشتراط إثبات عدم الوفاء بالنفقة بواسطة حكم قضائي وصيرورة هذا الحكم حائز لقوة الأمر المقتضى به فيه غبن للزوجة، لذلك فإنه من الأحسن أن يكون إثبات نشوز الزوج لعدم الإنفاق طبقا للقواعد العامة للإثبات[3]، وامتناع الزوج عن توفير مطالب الزوجة المحكوم بها قضاء يعد نشوزا منه وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ **1998 / 4 / 21** حيث جاء فيه:" من المقرر

---

[1]-عمر زودة، المرجع السابق، ص46 .

[2]- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، أغسطس1957، ص 343.

[3]-عمر زودة، المرجع السابق، ص48.

قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون...".

المبحث الثاني: فك الرابطة بالإرادة المشتركة (التراضي).

إن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية في إطار تقسيمه لصور فك الرابطة الزوجية، تبنى ثلاث اتجاهات على حسب ما اعتمده فقهاء الشريعة الإسلامية وفي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، والتطليق بطلب من الزوجة حسب المادة 53 ق.أ.ج وكذا الخلع حسب المادة 54 ق.أ.ج ، غير أن المشرع أضاف صورة رابعة لفك الرابطة الزوجية نص عليها في المادة 48 ق.أ.ج وهي الطلاق بالتراضي.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي وأسبابه ومبرراته. الطلاق بالتراضي يتم بارادة الزوجين معا وانهما يرغبان في الفراق باحسان ووضع حد للرابطة الزوجية سنتطرق ف هذا المطلب الى تعريفه واسبابه ومبرراته.

الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي.

عبر عليه الفقهاء في فرنسا بالطلاق اللطيف بالظريف أو مقابل الطلاق بالمنازعة أو النزاع عند عدم التراضي بين الزوجين، ذلك أن كلا من الزوجين يريد حل الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمرارها أصبح ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف تجعل أحدهما أولا كلاهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق.[1]

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق) ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ص258.

وهو كذلك ما أباحته الشريعة الإسلامية لقوله تعالى:﴿**وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ من سَعَتِهِ وكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا** ﴾.[1]

ولقد عرف المشرع الفرنسي الطلاق بالتراضي في المادة 03 ق – م المعدل في26 ماي 2004 بأنه طلاق بناءا على طلب أحد الزوجين وموافقة الآخر أو بناءا على طلب مشترك منهما عندما يتفقان على مبدأ فك الرابطة الزوجية بغض النظر عن الأسباب الكامنة وراء ذلك ولا يكون اتفاقهما قابلا للتراجع أو الطعن، وعليه فمثل ما تلاقى الزوجان بالإحسان يفترقان بالإحسان يبقى كل منهما ذكرى طيبة تجاه الآخر وتجاه ما قد يكون بينهما من أطفال حيث نص في المادة 427 ق.إ.م.إ بقوله **(الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة)** [2]

حينئذ يمكن تعريف الطلاق بالتراضي حسب الأستاذ باديس ذيباني بقوله: (يقصد ذه الصورة أن كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمراريتها أصبحت ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف التي تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار على هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من اجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق) [3]، كما يأخذ القانون الفرنسي بنوع آخر يشابه الطلاق بالتراضي وهو الاتفاق على مبدأ الانفصال بين الزوجين وعدم الاتفاق على شروط هذا الانفصال[4].

الفرع الثاني: أسبابه الطلاق بالتراضي ومبرراته

[1] – سورة النساء، الآية31 .

[2] – ق.ر08-09.

[3] – باديس ذيابي، المرجع السابق ، ص24.

[4] – ق.ر 08-09.

يأخذ الطلاق بالتراضي مبرره الأصلي وسببه القانوني من منطق اجتماع الإرادة المشتركة للزوجين حيث لا يجوز للقاضي مراقبة سبب طلاقهما الحقيقي الذي يستطيعان الحفاظ به سريا.

طبقا للمبادئ التي تنظم حقوق وحريات الحياة الخاصة ورغم هذا فإن اتفاقهما يجب أن يشهر ويعلن للمحكمة لان الطلاق في الجزائر لا يقع الا لدى المحكمة وتحت إشراف القضاء طبقا للمادة 49 ق أج.[1] هذا وفي إطار تبرير الطلاق بالتراضي قضاء استدل بقرار مجلس قضاء تلمسان في حكمه الصادر بتاريخ 60- 07- 1967 بأنه لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يتطالقا برضاهما وفقا لإرادتهما المشتركة وأن الطلاق بالتراضي غير محرم شرعا بل يجد جوهره وأصله في الآيات 127 - 129 من سورة النساء .

كما يذكر رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا السيد الهاشمي هويدي رحمه الله إن الطلاق بالتراضي يتم نتيجة تنازلات متبادلة بين الزوجين ويضيف انه على القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي تم ينشأ الاتفاق لأن هذا الأخير لا يثار بشأنه أي طعن باعتباره مجرد إشهاد ،هذا التفسير برر الهدف من استحداث صور الطلاق بالتراضي زيادة عن باقي الصور في قانون الأسرة ، إذ يلخص في مجمله إلى تقصير الطريق والكف عن النزاع القضائي الطويل الأمد من أجل التوصل إلى اتفاق يخص جميع الآثار المترتبة عن الطلاق والتي تحضا بموافقة الطرفين.

فتوحيد إرادة كل من الزوجين على الطلاق وبدون عوض تدفعه الزوجة مع الموافقة على آثاره يحول القاضي إلى موثق أرادة الطرفين في حكم يعد إشهادا لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة.[2]

---

[1] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص258.

[2] – باديس ذيابي، المرجع السابق، ص ص24-25.

يحكم نظام الأسرة الكثير من الأعراف والتقاليد التي تنظم علاقاتهم الاجتماعية وأفراد الأسرة، ووضع كل طرف فيها كما أن الإسلام سلك مسلك التخيير والإصلاح تارة والردع والتقرير تارة أخرى بحسب ما يتضمن السلوك مخالفة الشرع أو موافقته له [1]، ومن هذا المنطلق يمكن إجمالا تحديد بعض أسباب الطلاق بالتراضي بين الزوجين كما يلي:

1- إذا كانت بداية العلاقة بين الزوجين مبنية على الرضا فلم لا تكون الفرقة هي كذلك مبنية على الرضا بدون نزاع أو خصام.

2- المحافظة على شهرة العلاقة الزوجية من التلوث بأفواه العامة هذا من جهة ومن جهة أخرى المحافظة على علاقة الأسرتين.

3- تحكم الأعراف والتقاليد في العلاقات الزوجية عموما حيث يعتبر هذا النوع أكثر انتشارا في المجتمعات القديمة والمعاصرة وذلك لأنه النوع الوحيد الذي يتم بدون مخاصمة ولا نزاع ، ولا يعرض الحياة الخاصة وأسرارها للتفشي لأنه أكثر احتراما للأخلاق الفردية والاجتماعية ، وقد دلت الإحصائيات الرسمية في الجزائر إن نسبة الطلاق المصرح به بتراضي الطرفين أعلى من نسبة الطلاق المصرح به إثر المنازعات وهو ما أشارت إليه الدراسات الميدانية التي أجريت في الوسط الحضري الجزائري.[2]

الفرع الثالث: الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري

لقد عالج المشرع الجزائري الطلاق بالتراضي في المادة 48 من ق.أ كما كانت هناك عدة اجتهادات قضائية في المسألة.

أولا: الإطار التشريعي للطلاق بالتراضي:

[1] –عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السانيا ،2004 – 2005، ص418.

[2] – عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة ،2001، الجزائر، ص ص69- 70.

تنص المادة **48 ق.أ.ج**" الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون" نستنتج أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 48 ق.أ.ج قد منح المجال بالتراضي مع أنه تعرض له بإسهاب من خلال نصوص قانون الأسرة الصادر سنة 2005، إلا أنه وبحلول سنة 2008 هاهو المشرع ينفض الغبار حول هذا النوع من الطلاق، ونظرا لأهميته ولكثرة القضايا فيه كان مهمشا لعدة سنوات فنجد المشرع الجزائري يخص هذا النوع من الطلاق ب9 مواد ولقد كان التعريف القانوني الذي أورده المشرع في القانون 08 – 09 كافيا لإبرازه عن باقي أنواع الطلاق الأخرى حيث نص في المادة 427 ق.إ.م.إ بقوله:" الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية المشتركة ".[1]

فمن بين الأمور التي تستدعي النظر في موضوع –الطلاق بالتراضي – بنظرة واقعية محضة رغم لجوء الكثير من الأزواج إلى الاتفاق عليه باعتباره رمزا من رموز المساواة بين الزوجين إلا أننا إذا راجعنا المسألة بتريث وتدبر نرى أن الطلاق شرع أصلا كعلاج لما يصيب الحياة الزوجية من شقاق ولو اشترطت الشريعة توافق إرادته ما معا فربما يريد الزوج إيقاعه وترفض المرأة، وربما تريد المرأة إيقاعه فيرفض الرجل، فيكيد كل واحد منهما للآخر بما يضره فلا تستقيم الحياة أبدا ولا يتوافقان عليه.[2]

فجعل الطلاق حقا مشتركا يتفقان عليه كما اتفقا على الزواج وان كان في ظاهره فكرة جميلة الا انه في الواقع مسالة تحتاج إلى تدبير أهل العقول فكلما اختلفت إرادة الزوجين في إيقاعه واستحال على أحدهما إقناع الآخر بموضوعه إلا والتجأ كل طرف منهم

[1] – ق.ر.08-09.

[2] – الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، من رسائل الإسلام والمجتمع، ط1، جانفي 2003، ص63.

إلى المكر والخديعة حلا لمشكل لم يحله القانون بإجراءات وتدابير ونصوص تحفظ الزوج والزوجة من مكر الزواج دون المساس بحقوق الأبناء والمجتمع. [1]

ثانيا: الطلاق بالتراضي في الاجتهاد القضائي

والواقع ما كان على المشرع القيام به عند وصفه النصوص القانونية هو أن يزود في إطار الصياغة التشريعية فصول التقنيات الرئيسية بنصوص واضحة من حيث الأهداف يسترشد منها القاضي في تفسير القواعد القانونية [2]، وفي إطار إبراز التكييف الذي جاء به القاضي الجزائري للطلاق بالتراضي والتي نرى من خلالها خلط بين الخلع والطلاق بالتراضي وهذا ما يتجلى من خلال بعض التطبيقات القضائية التالية:

1- من المقرر شرعا أن الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج إذا الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها لأن قبل تم الخلع.[3]

2 – من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا ومن ثم فان قضاة الموضوع لما قضوا بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم هذا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من ق.أ.

من خلال القرار الأول والثاني حاولنا إبراز مدى تناقض الاجتهاد القضائي والخلط بين الخلع والطلاق بالتراضي حيث في القرار الأول يفرض الاجتهاد القضائي لزوم توافق الإرادتين

---

[1]–الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية لسنة 2007، العدد 17 .

[2] – م.ع.غ.أ.ش،12 – 07 – 1992،م.ر 83603 ،م.ق2001،عدد خاص بالاجتهادات القضائية.

[3] – المجلس الأعلى، غ.أ.ش،08 – 02 – 1982،م.ر26709، ن.ق 1982، ص258.

على مبدأ الخلع وهو ما يوهمنا على انه طلاق بالتراضي أما القرار الثاني فلقد أجاز القضاء من خلاله الخلع بدون موافقة الزوجين وهذا ما يكرس التناقض القضائي اتجاه تفسير المادة 54 من القانون 84 – 11.[1]

المطلب الثاني: الجانب الإجرائي للطلاق بالتراضي ودور القاضي في ذلك.

الطلاق بالتراضي هو طلاق بإرادة الزوجين وبتقديم طلب مشترك للقاضي وبتالي سنتناول في هذا المطلب اجراءات الطلاق وبالتراضي ودور القاضي من خلال اليتي التحكيم والصلح.

الفرع الأول: إجراءات الطلاق بالتراضي.

إجراءات الطلاق بالتراضي غير الإجراءات المتعلقة بالدعاوى العادية وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية العديد من مظاهر المساواة والتوازن في السلطة بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي وهي كالآتي:

أولا: تقديم طلب مشترك: يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين ولا تطبق أحكام المادتين 16و21 من ق.إ.م.إ. المتعلقتين بتبليغ عريضة افتتاح الدعوى والمستندات للخصوم.

لا يستوجب أي تكليف بالحضور عن طريق محضر قضائي مع ذلك لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته ويتم إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل

[1] – تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء في تفسيره المادة 54 ق أ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،2003، ص 09.

طبيب مختص منعا للجوء إلى خبرة يقومها طبيب عام لاسيما في الحالات التي تتطلب معرفة دقيقة.

المادة428:(**في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط)**[1].

ثانيا: مضمون العريضة: توضح المادة 429 أدناه شكل ومضمون العريضة المشتركة للطلاق بالتراضي وكذا البيانات الضرورية التي يجب أن يوقع عليها الزوجان مع ضرورة إرفاق العريضة بشهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين.

الفرق بين المادة 429 والنص العام الوارد في المادة 15 من ق.إ.م.إ يشمل النقاط التالية:

1- ذكر جنسية كلا الزوجين وتاريخ ومكان ميلادهما.

2- تاريخ ومكان زواجهما وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر.

3- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.[2]

المادة 429: يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي:

1- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب.

2- اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما.

3- تاريخ ومكان زواجهما وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر.

4- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق يجب أن يرفق مع العريضة شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين).

ثالثا: تحديد الجلسة: يخطر أمين الضبط الطرفين وقت إيداع العريضة الوحيدة بتاريخ حضورهما أمام القاضي ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض.

---

[1] – قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008، المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية.

[2] – عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط4، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.ص.ص343-344.

المادة430: (يخطر أمين الضبط الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض) .[1]

الفرع الثاني: دور القاضي في الطلاق بالتراضي من خلال آليتي التحكيم والصلح

يحتفظ القاضي بدوره الايجابي حتى في قضايا الطلاق بالتراضي حيث يقوم بمحاولة الصلح بين الزوجين إذا كان ذلك ممكنا ويتأكد من رضائهما كما له أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام ثم يثبت إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق.[2]

المادة431:(يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا ينظر مع الزوجين أو كلاهما في الاتفاق وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام.

يثبت القاضي إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق). [3]

نصت المادة 57 مكرر المستحدثة بموجب الأمر رقم 05- 02 المتضمن تعديل قانون الأسرة على أنه: " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن"، وتخص هذه التدابير الفترة التي يرفع فيها أحد الزوجين دعوى لفك الرابطة الزوجية بجميع صورها إلى أية صدور الحكم وما يتخلل ذلك من إجراءات أهمها وجوب إجراء الصلح بين الزوجين من طرف قاضي شؤون الأسرة مما يعرض المركز القانوني لأحد الزوجين أو للأولاد للخطر

[1] – قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

[2] – قانون رقم 08-09، مرجع نفسه

[3] – عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص ص.344-345 .

سواء تعلق الأمر بمسكن مؤقت يؤوي الزوجة وأولادها أو النفقة المؤقتة خلال هذه الفترة أو إسناد حضانة الأولاد إلى أحد الزوجين أو إلى شخص آخر مراعاة لمصلحة المحضونين.

دور القاضي في حماية الأسرة من خلال آليتي الصلح والتحكيم: نصت المادة 49 من قانون الأسرة على أنه "لا ينبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن يتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر ببين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين" وتناولت المواد 439، 440.[1]

441 442، 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفيات إجراء هذا الصلح من سرية الجلسة والاستماع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين إلى إمكانية حضور أحد أفراد العائلة عملية الصلح وكذا إمكانية ندب قاضي آخر لسماع أحد الزوجين المتخلف عن جلسة الصلح لوجود مانع وكذا إمكانية منح القاضي الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة وغيرها.

كما نصت المادة 56 من قانون الأسرة على أنه: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. وبعين القاضي الحكمين. حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين وبينت المواد 446 ، 447، 448، 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفيات إجراء التحكيم وكل ذلك تحت سلطة وإشراف القاضي وفي هذا حماية للأسرة من التفكك.[2]

الفرع الثالث: الطعن في أحكام الطلاق بالتراضي

أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف لكنها قابلة للطعن بالنقض الذي يسري أجله من تاريخ النطق بالحكم بدلا عما هو مقرر في المادة354من ق إ.م.إ حيث يبدأ سريان

[1] – قانون رقم 08-09، مرجع سابق.

[2] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص ص 123، 127 .

الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه والغرض من إقرار الحق في الطعن بالنقض أن تتمكن المحكمة العليا من مراقبة مدى التطبيق الصحيح للقانون أما مضمون المادة 435 أدناه فهو تأكيد لقاعدة عامة تضمنتها المادة 348 ق إ.م.إ التي تقضي بأن ليس لطرق الطعن غير العادية ولا لأجال ممارسته أثر موقف.[1]

المادة432:(لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية لمنعه من التعبير عن إرادته يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص). [2]

الفقرة الأولى من النص تمنع تقديم طلب الطلاق بالتراضي من قبل أحد الزوجين أو كلاهما حسب الأحوال متى كان:

*تحت وضع التقديم يقصد بها وفقا لأحكام قانون الأسرة سيما ماورد في المادتين 99،100 فإن المعنى هنا هو ذلك الشخص أيا كان جنسه الفاقد لأهليته أو ناقصها، وفي نفس الوقت عديم الولي والوصي، سبق وإن صدر بشأنه حكم قضى بتعيين مقدم له يتولى رعاية مصالحه.

*أما الفقرة الثانية من ذات النص فقررت انه يجب إثبات اختلال القدرات العقلية بموجب خبرة طبية يتولاها أخصائي.

ما معيار معرفة كون أحد الزوجين أو كلاهما متواجد تحت وضع التقديم، وما صلاحية الإدلاء بذلك أمام القاضي.

كيف للقاضي معرفة ما إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما يعاني من خلال، خاصة إذا كان هذا الخلل غير واضح المعالم أو ذلك المؤقت أو أن الأطراف المعنية اخفت الزوج المصاب في هذا الخصوص.

---

[1] – عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 344 –345.

[2] – قانون رقم 08–09،مرجع سابق.

- هذا النص يعني الجميع ممن لهم علاقة كذا إجراء بما في ذلك القاضي.

1- الزوجان: ليس من حق هؤلاء اللجوء إلى الطلاق بالتراضي سواء أحدهما أو كلاهما.

2- الأطراف ذو المصلحة: على هؤلاء أن يساهموا قدر الإمكان في إحاطة الجهاز القضائي علما بما يكون من أمر يهدف إلى تحقيق العدالة ليس فقط في هذا الباب وإنما في جميع الاحتمالات.

3- القاضي: على هذا الأخير ألا يقبل طلب الطلاق بالتراضي متى ثبت أمامه وأن أحد الزوجين أو كلاهما خاضع لنظام التقديم بموجب حكم قضائي متى بلغ إلى علمه أو تراءى له.[1]

وأن أحد الزوجين أو كلاهما تبدو عليه علامات تشير أو تؤكد بأن به خللا ما أن يلجا أولا وقبل كل شي إلى انتداب خبير طبي يتولى فحص المعني من الزوجين أو كلاهما حسب الأحوال حتى يتأكد من خلو المعني من أي خلل قد يؤثر على قدراته الذهنية، ومتى ثبت أمامه قضى بعدم قبول طلب الطلاق المقدم من الطرف المختل ذهنيا.[2]

المادة433:(أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف). [3]

النص أمر يقرر عدم قبول الأحكام الصادرة بالطلاق تراضيا للطعن بالاستئناف ولعل السبب الذي جعل المشرع ينحى هذا المنحى، هو كون هذا النوع من الطلاق محاط بمجموعة من التدابير الإجرائية والموضوعية التي تضمن حقوق أي من الطرفين ويكفي انه أطلق عليه تسمية الطلاق بالتراضي، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن منع الطعن بالاستئناف في هذه الأحكام لايعني عدم اللجوء إلى باقي الطعون سيما ماتعلق بالطعن بالنقض.

---

[1] – سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصا، شرح، تعليقا، تطبيقا، للقانون (08- 09) المؤرخ في 18 سفر سنة 1429ه الموافق ل25 فبراير 2008مّ ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزء الأول ،ط جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدا، عين مليلة الجزائر. ص592

[2] – سائح سنقوقة، المرجع نفسه، ص 594.

[3] – قانون رقم 08-09، مرجع سابق

النص يعني كل من له علاقة ذا الموضوع، سيما الزوجان والقاضي ومن ثم فلا الزوجان من حقهما الطعن في الحكم الصادر بينهما بالتراضي ولا القاضي من حقه الاستجابة إلى ذلك الطلب.[1]

المادة434:(يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم). [2]

النص يحدد تاريخ بدء سريان اجل الطعن بالنقض من طرف صاحب المصلحة فيه، والذي هو (شهران). فقرر أن ذلك يتعين احتسابه من تاريخ النطق بحكم القاضي بالطلاق تراضيا.

النص يعني الزوجين، وكذا أعضاء غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

– الزوجان: على المعني من هؤلاء أن يعلم يقينا بأن سريان احتساب مهلة الطعن بالنقض يبدأ من تاريخ النطق بالحكم الصادر بالطلاق تراضيا بمعنى لا سبيل لانتظار اجراءات التبليغ من الطرف الآخر كما تنص على ذلك المادة 354 من هذا القانون والتي تحدد بدء سريان آجال الطعن بالنقض من تاريخ التبليغ ذلك أن هذا النوع من الأحكام تحكمه قواعد خاصة.[3]

المادة 435:(لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم).[4]

النص أمر يمنع تعطيل تنفيذ الحكم الصادر بالطلاق تراضيا المطعون فيه بالنقض أو بمعنى آخر فإن الطعن بالنقض غير موقف لتنفيذ الحكم الصادر بالطلاق بالتراضي.

بالرجوع الى نص المادة 361 من هذا القانون بخصوص آثار الطعن بالنقض نجد أن هذه المادة نصت على أنه لا يترتب على الطعن بالنقض وفق تنفيذ الحكم أو القرار ماعدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم في دعوى التزوير، وفي هذه العبارة هل أن مسألة الطلاق والزواج يمكن أن تدرج ضمن هذا المدلول.

---

[1] – عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص595.

[2] – قانون رقم 08–09، مرجع سابق

[3] – عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق ، ص596.

[4] – قانون رقم 08–09، مرجع سابق

الآلية هنا تعني كل من له علاقة بالحكم الصادر بالطلاق بالتراضي ومضمونها أن الحكم الصادر بالطلاق تراضيا، يتعين تنفيذه بغض النظر عما كان محل طعن بالنقض أم لا، ومن ثم فإنه لا فايدة ترجى من أي محاولة بغرض التماطل أو غيره في هذا الخصوص.[1]

وفي الأخير نخلص إلى القول أن قانون الأسرة الجزائري وبحسب موضوعاته التي تضمنتها نصوصه أخذ جُل أحكامه من قواعد الشريعة الإسلامية وهذا ما توصلنا إليه ولمسناه جليا من خلال معالجتنا لكل من الطلاق والطلاق التعسفي والطلاق للنشوز والطلاق بالتراضي.

حيث جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الزوج وأعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته ومشيئته وبالمقابل لم يهمل جانب المرأة في ذلك، بل شرع لها طريقين للخلاص من هذه الرابطة بطلب منها إذا ما استحالت العشرة الزوجية بينهما وساد الشقاق وهما التطليق والخلع وهذا ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني.

[1] – عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص ص 597-598.

الفصل الثاني

صور فك الرابطة الزوجية

بالإرادة المنفردة للزوجة

الفصل الثاني: صور فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة

الثابت في الشريعة الإسلامية إن الإرادة المنفردة في إحداث أثر الطلاق مخولة للزوج وحده دون الزوجة، وذلك لاعتبارات عديدة، والمبدأ العام المستمد أساسه من العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج، حدثت فيه بعض الاستثناءات من طرف الفقهاء تيسيرا على الزوجة وبما يتفق مع ديننا الحنيف، فوجد سبيل آخر لحل الرابطة الزوجية عن طريق القاضي حينما ترغب الزوجة في الانفصال، وهذا ما يطلق عليه بالتطليق.

فيجوز للزوجة فك الرابطة الزوجية إما عن طريق التطليق الذي يبنى على عدة أسباب نص عليها المشرع الجزائري في المادة **53 ق.أ.ج** المعدل والمتمم بموجب الأمر**02/05** [1] كما يجوز للزوجة كذلك فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع والذي يعتبر الطريق الثاني والأخير الذي يمكن لها أن تسلكه لوضع حد لهذه الحياة الزوجية التي لم تعد تحقق المقصود منها، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة **54 ق.أ.ج،**

تبين لنا من خلال نص المادتين **53 و54** من القانون المذكور أعلاه أنه يمكن للزوجة أن تحرك دعوى فك الرابطة الزوجية بطريقتين: التطليق والخلع، هذين الأخيرين اللذان يبينان مركزها في فك هذه الرابطة.

حيث قسمنا الفصل إلى مبحثين نذكرهما على التوالي:

[1] – الأمر 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم.

المبحث الأول: الأساس القانوني في فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة.

يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حدود ما نصت عليه المادة "53من الأمر 02/05 المعدل والمتمم وعليه سنتطرق بالتفصيل من خلال هذا المبحث لمفهوم التطليق لغة واصطلاحا وأسبابه في قانون الأسرة الجزائري.

المطـــــلـــب الأول: مفهوم التطليـــــــق وأسبـــــــــــابه

ينهي التطليق العلاقة الزوجية مثله مثل الطلاق لكن هذا الأخير يكون بطلب من الزوج وحده دون مراعاة لإرادة الزوجة فيه كون العصمة قد جعلها الله عز وجل في يده، في حين يكون الأول بطلب من الزوجة ولكن لأسباب قانونية حددها المشرع الجزائري على سبيل الحصر والتي ترجع السلطة التقديرية فيها للقاضي حول ما إذا كانت جدية أم لا.

قبل التطرق لهذه الأسباب لابد من معرفة المقصود بالتطليق ودليل مشروعيته، ثم إلى الأسباب المؤدية إليه.

الفرع الأول: تعريف التطليق ودليل مشروعيته

كلمة التطليق في مضمونها تحمل عدة معاني، فبمجرد سماعها يتبادر إلى الذهن أكثر من معنى لهذا لابد من تحديد المقصود منها من الناحية اللغوية والاصطلاحية والقانونية (أولا) ، حتى نتمكن من إزالة اللبس المحيط بها، ثم نتطرق إلى أدلة مشروعيته من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وإجماع الصحابة الكرام (ثانيا).

أولا: تعريف التطليق

1- التعريف اللغوي:

التطليق لغة: يعود إلى طلق تطليقا، ويقال تطلقت الخيل أي مضت إلى الغاية طلقا لم تحبس[1]

وهو مأخوذ من الفعل طلق، يطلق، طلاقا وتطليقا، فهو مأخوذ من الإطلاق ومعناه الترك[2] يعود أصل كلمة تطليق إلى طلق- تطليقا، أي طلقت المرأة زوجها، وتطليقها منه بمعنى حلها لقيد الزواج، وتطليق الرجل من قومه بمعنى تركهم ومفارقتهم.[3]

2- التعريف الاصطلاحي:

التطليق بالمفهوم الاصطلاحي هو منح الزوجة حق طلب الانفصال عن زوجها بناءا على طلبها الذي تقدمه للقاضي، إذ يفيد المدلول الفقهي للتطليق صلاحية الزوجة في طلب إنهاء العلاقة الزوجية لسبب من الأسباب المعتبرة شرعا وق وفقا لتحديدات الفقهاء والتي يستحيل معها استدامة الحياة الزوجية، ويكون التطليق بحكم من القاضي متى استقر أمامه جدية السبب الذي استندت عليه الزوجة في طلبها الرامي إلى الانفصال عن زوجها.[4]

[1] – ابن منظور، لسان العرب، ج10 ، دار صادر، د س ، بيروت، ص 225.

[2] – اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 29.

[3] – منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2010، ص 11.

[4] – خالد قاري، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة ،2013، ص 90.

هو منح الزوجة فك الربطة الزوجية بناءا على إرادتها المنفردة وفي حدود ما ورد في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري[1] تأسيسا على ضرر منصوص عليه قانونا أو ضرر معتبر شرعا ويتم بحكم قضائي[2].

وبالتالي فإنه بالإمكان القول أن التطليق هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناءا على طلب الزوجة لسبب من الأسباب المحددة قانونا كالشقاق المستمر، الضرر، أو عدم الإنفاق...إلخ.

3- التعرف الفقهي للتطليق:

يعتبر التطليق حق منحه القانون للمرأة وبالتالي ورجوعا إلى الشريعة الإسلامية لا نجد نصوصا واضحة عن مفهوم التطليق عكس الخلع الذي أورد فيه الله آيات من القــرآن الكريــم.

ولقد جاء في مذهب أبو حنيفة أن القاضي لم يكن يملك إلا الطلاق لعيب في الزوج وقصر العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية وهي الجب والخصاء والعنة والجنون والجذام والبرص.

أما غير أبي حنيفة من الأئمة فقد وسعوا في الطلاق الذي يملكه القاضي ولعل أكثر الأئمة أصحاب المذاهب توسعة في ذلك مالك واحمد ذلك بحيث جعلوا التفريق لعدم الإنفاق،

1 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في2005/02/27 .

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث الوصية ،ج1،الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2004، ص 273 .

والتفريق للعيوب المستحكمة من غير التقيد بعدد معين والتفريق للضرر، وللغياب، وللسجن[1]

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعطوا تعريف شامل ودقيق للتطليق وإنما كل ما قاموا به هو الإشارة إلى الحالات والأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطليق ويكون ذلك أمام القاضي الذي يثبته بحكم.[2]

4- التطليق في قانون الأسرة الجزائري:

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا واضحا لمعنى التطليق فقد اكتفى فقط بذكر أسبابه من خلال نص المادة **53 ق.أ.ج** ، إذ يفهم من هذا أن المشرع يوكل الأمر في تحديد مفهوم التطليق للفقه والقضاء، وهو ما يتجسد عمليا من خلال الدور الذي يقوم به القضاء في تحديد المضامين القانونية ومنها مضمون التطليق الوارد ضمن **ق.أ.ج.**

هذا ما يتبين من قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/12/03 لتحديد مفهوم التطليق "**من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للزوجة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية**".[3]

استعمل المشرع الجزائري مصطلح التطليق في نص المادة **53 ق .أ .ج** للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة . وبالرجوع إلى جميع الآيات القرآنية التي تتكلم

1 – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3 ، دن، د ب ت ن ،1957 ، ص 347.

2 –عزيرية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر ، 2004، ص 8 .

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1984/12/03، مشار إليه لدى خالد قاري، المرجع السابق، ص 11.

عن انحلال الرابطة الزوجية، فلم يرد فيها إلا كلمة "الطلاق" سواء كان طلب حل عقد الزواج صادر عن الزوج أو عن الزوجة أو عنهما معا.[1]

ثانيا: دليل مشروعية التطليق

شرع الله عز وجل الطلاق للحفاظ على الحد الأسمى الذي شرع من أجله النكاح ليكون وسيلة لفظ الخلاف بين الزوجين، ليلجأ إليه عند الحاجة ومع ذلك فإن الشارع الحكيم أبغضه ووصفه بأبغض الحلال كما خصه بإجراءات من شانها أن تقلل من حالاته رغم مشروعيته.

ويعتبر الكتاب والسنة النبوية الشريفة الأدلة الأصلية لمشروعية أي فعل وعليه سنتناول هذه الأدلة كما يلي:

1- من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ **وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا** ﴾[2] ، وقوله تعالى :﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا** ﴾[3] ، ويقول أيضا في كتابه العزيز : ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ**

[1]– منصوري نورة، المرجع السابق، ص 12.

[2] – سورة النساء، الآية 130.

[3]– سورة الطلاق، الآية 01.

اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ [1]وهذه الآية الكريمة فيها ينظر إلى الطلاق ودليل مشروعيته في آن واحدة وكلمة الطلاق في الآية الكريمة جاءت شاملة لتشمل التطليق كونه نوع من أنواع الطلاق.

2- من السنة النبوية:

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

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال" **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد.**"

ورد هذا التنظيم عن الرسول صلى الله عليه وسلم للطلاق والتفرقة بين طلاق المسلمين وطلاق غير المسلمين هو دليل مشروعية الطلاق. [2]

الفرع الثاني: أسباب التطليق

حدد المشرع الجزائري الأسباب التي يمكن للزوجة الاستناد عليها في طلب التطليق أمام القضاء، حيث يتسنى للقاضي تحديد مدى جدية وواقعية هاته الأسباب وفقا للإثباتات المقدمة أمامه.

تبعا لما جاء في نص المادة **53 ق.أ.ج** فإنه يمكننا تقسيم هاته الأسباب وفقا لمضمونها إلى ثلاثة أقسام، منها ما هو متعلق بإخلال الزوج بالتزاماته اتجاه أسرته (أولا) ومنها ما هو متعلق بالجرائم المرتكبة من قبل الزوج على نحو يستحيل معه استمرار العلاقة الزوجية (ثانيا)، ومنها ما يشكل مساس بالنظام الأسري ككل (ثالثا).

[1] – سورة البقرة، الآية 229.

[2] – منصوري نورة، المرجع السابق، ص 14.

أولا: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية

يعد إخلال الزوج بالتزاماته الزوجية وفقا لما تضمنته المادة **53 ق.أ.ج** المذكورة أعلاه، أحد الأسباب التي يمكن للزوجة من خلالها طلب التطليق متى كان هذا الإخلال يشكل مساسا بحقوقها ويلحق ضررا بها وقد ذكرت ذات المادة هاته الأسباب على سبيل الحصر نذكرها كما يلي:

1- عدم الإنفاق بعد صدور حكم قضائي يوجبه:

نفقة الزوجة وأولادها واجبة على الزوج وهذا ما هو مقرر شرعا وقانونا، فقد أقر الشارع الحكيم بوجوب نفقة الزوجة على زوجها هي وأولاده إذ جاء في قوله تبارك و تعالى: ﴿**لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا**﴾[1]، فدليل وجوب النفقة في قوله تعالى في الآية الكريمة كلمة "لينفق" أي على الزوج أن ينفق على زوجته وولده بقدر سعة رزقه.

قال عز وجل أيضا في الآية الكريمة: ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ** ﴾[2]، فمعنى قوله عز وجل في الآية أنه من واجب الزوج أن يتكفل بسكن الزوجة وهو من يقوم الإنفاق عليها فلابد من توفير مسكن للزوجة والقيام بسد حاجات الزوجة والأبناء وهو ما يدخل ضمن مقصود النفقة المقرر شرعا وقانونا.

أما من الناحية القانونية فقد أوجب قانون الأسرة الجزائري نفقة الزوجة على زوجها[3] وفقا لنص المادة **74** منه والتي جاء فيها:" **تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المادة 78، 79 و80 من هذا القانون.**"

---

[1] – سورة الطلاق، الآية 7.

[2] – سورة الطلاق، الآية 6.

[3]– خالد قاري، المرجع السابق، ص26.

بناءا على اعتبار النفقة حق للزوجة في مواجهة الزوج فقد رتب المشرع على إخلال الزوج بهذا الواجب حق الزوجة في طلب التطليق من زوجها[1] وفقا لما جاء في نص المادة **53 ق.أ.ج في فقرتها الأولى** "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: عدم الإنفاق بعد صدور حكم يوجبه ما لم تكن عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79، و80 من هذا القانون**"، ونستخلص من النصوص المذكورة أعلاه أنه تقرر للزوجة طلب التطليق من زوجها في حالة إخلاله بواجب النفقة عليها أو على أولادها أو عليهما معا.

2- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

شرع الهجر في المضجع كوسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج من مواجهة زوجته بغية تهذيبها وإرجاعها إلى طاعته في حال نشوزها أو عدم احترام واجباتها الزوجية، لكن الهجر من المضجع كوسيلة تأديبية ينضبط وفقا لما اقتضاه الشرع من ضوابط وشروط محددة[2]، فمن الناحية القانونية نص **ق.أ.ج** في المادة **53في الفقرة الثالثة** منه على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حال الهجر في المضجع لمدة تزيد على أربعة أشهر بغير عذر مبرر شرعا وقانونا.

ودليل مشروعية الهجر من المضجع من الناحية الشرعية قوله تعالى في الآية الكريمة: **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ**

[1] – خالد قاري، المرجع السابق، ص26 .

[2] – الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، الجزائر، ص 105.

وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا [1]

3- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة:

تقوم العلاقة الزوجية وفقا لما هو محدد شرعا وقانونا على المودة والتعاون بين الزوجين، وحق كل منهما في التمتع بالآخر على الوجه الشرعي والقانوني المحدد لذلك وهو الأمر الذي يتطلب من الناحية المنطقية اجتماع الزوجين المستمر، ومن هذا المنطلق فإن الضرر لا محال متوقع في حال غياب أحد الزوجين عن الآخر، ونخص هذا تحديدا غياب الزوج عن زوجته لمدة طويلة وبصفة مستمرة وهو الأمر الذي راعته أحكام الشرع والقانون[2]فالغيبة سبب من أسباب طلب الزوجة للتطليق وعلى القاضي أن لا يحكم بالتطليق إلا بعد إنذار الزوج إما بالإقامة مع زوجته أو بضمها إليه في مكان إقامته على أن يضرب له أجلا لا يقل عن أربعة أشهر ولا يتجاوز سنة[3]، وقد جرم قانون العقوبات فعل ترك الأسرة بمعاقبة الزوج بالسجن والغرامة ودلك وفقا لما جاء في نص المادة **331** منه.[4]

ثانيا: الأسباب المتعلقة بالجرائم المرتكبة من طرف الزوج

الزواج هو ذلك الميثاق الغليظ القائم على حفظ وصون كرامة كل من الزوجين من خلال سعيهما للحفاظ على سمعة وشرف الطرف الآخر وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا بحرص كل واحد منهما على الابتعاد عن كل سلوك أو فعل قد يشكل مساسا بسمعة أو

---

[1] – سورة النساء، الآية 34.

[2] –خالد قاري، المرجع السابق، ص 29.

[3] – الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 108.

[4] – الأمر 155/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 48، المؤرخ في 10 يونيو 1966 المعدل والمتمم.

شرف الطرف الآخر من جهة وكيان الأسرة ككل من جهة أخرى، ومن هذا المنطلق فإنه يتعين شرعا وقانونا للزوجة طلب الانفصال عن زوجها بداعي ارتكابه لأفعال تشكل مساسا بشرف وسمعة الأسرة، وتحول دون إمكانية استمرار العلاقة الزوجية.[1]

1- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة:

يجب أن يكون الزوج قد ارتكب جريمة فيها مساس بالشرف ويستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية [2]، وهذا ما اشترطه المشرع في الفقرة الرابعة من المادة **53 ق.أ.ج.** دون تحديد مدة معينة للعقوبة التي يمكن على إثرها للزوجة طلب التطليق بل اكتفى فقط بذكر جواز طلب الزوجة للتطليق بمجرد إدانة الزوج ولا تهم مدة العقوبة، كما لم يشر نهائيا للجرائم التي تمس بشرف العائلة تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

على خلاف ما كانت تنص عليه المادة **53 في فقرتها الرابعة من ق.أ.ج** قبل التعديل الجديد له بموجب الأمر **02/05** على أنه" **يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائعة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وستحيل معها مواصلة للحياة والعشرة الزوجية** "حيث قام بحذف "**العقوبة الثنائية** "كما قام بحذف العبارة الدالة على تحديد مدة العقوبة "**أكثر من سنة**".[3]

2- ارتكاب الزوج فاحشة مبينة:

نصت الفقرة السابقة من المادة **53 ق.أ.ج** على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة وهي حالة يوشك المشرع الجزائري أن ينفرد بالنص عليها

---

[1]- خالد قاري، المرجع السابق، ص 32.

[2] -المرجع نفسه ، ص 32.

[3] - منصوري نورة، المرجع السابق، ص 62.

من القوانين العربية الإسلامية الأخرى، وهناك من يرى أن المقصود بالفاحشة المبينة هي تلك العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم والمنصوص عليها في المادة **337 مكرر** من **ق.ع.ج.**[1]

بما أن قانون العقوبات لم يدرج جريمة الزنا ضمن الفواحش، بل الشريعة الإسلامية هي التي اعتبرتها كذلك، فإنه 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 وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية**"[2]

يتحدد مفهوم الفاحشة المبينة كسبب لطلب الزوجة التطليق من زوجها إن هو ارتكب هذه الفاحشة وفقا لما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية فقد ورد في القرآن الكريم آيات عديدة تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك والأنظمة إخلالا كبيرا ومن ذلك قول المولى عز وجل: **وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا}** [3] وقوله أيضا: **{قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَن تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَن تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ** [4] .

ثالثا: الأسباب التي تمس بالنظام الأسري

[1] – الأمر 11/84مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24 المؤرخ في 12 جوان 1984 المعدل والمتمم..

[2] – الأمر رقم 75– 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخ في 1975/09/30، المعدل والمتمم.

[3]– سورة الإسراء، الآية 32.

[4] –سورة الأعراف، الآية 33.

تقوم الرابطة الزوجية على أساس من المودة والرحمة والاحترام المتبادل بين الزوجين بما يضمن الاستقرار النفسي والاجتماعي للزوجين وللكيان الأسري ككل، ولذلك فقد حرصت أحكام الشرع والقانون على إلزام كل من الزوجين بالمحافظة على البناء الأسري وعدم المساس به أو تعريضه للانهيار.

بالمقابل فإننا نجد أن قانون الأسرة الجزائري قد أعطى الزوجة حق طلب التطليق من زوجها في حال ما ثبت لها ما يستحيل معه المحافظة على الكيان الأسري بينهما وذلك من خلال المادة **53 من ق.أ.ج** وفيما يلي توضيح لذلك.

1- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:

ورد في نص المادة **53 في الفقرة الثانية من ق.أ.ج** أنه يجوز للزوجة طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج إذ أعطى المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق لهذا السبب دون تحديده للمقصود بمعنى العيب هل هو نفسي أو بدني أو عقلي بل اشترط فقط أن يكون حائل دون مقاصد الزواج. [1]

لم يحدد المشرع الجزائري الوقت الذي يظهر فيه العيب حتى تتمكن الزوجة من طلب التطليق، سواء أصيب به الزوج قبل العقد أو بعده، علمت به الزوجة قبل الدخول أو بعده ولم ترضى بذلك وإن كان يمكن البرئ من العيب قبل مضي سنة، فللقاضي أن يمنح للزوج أجل سنة قبل أن يحكم بالتطليق. [2]

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2005، ص 282.

[2] –الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 107.

ثبت موقف المشرع الجزائري من تأييده لحق الزوجة في طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج من خلا ل اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في قرارها الصادر بتاريخ 1990/02/16 الذي قضت فيه برفض الطعن متى ثبت لقضاة الموضوع أن الزوج لم ينجب أطفالا طيلة العلاقة الزوجية وأن الزوجة قد تضررت كثيرا من عدم الإنجاب وبالتالي فإن القضاة قضوا بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.[1]

2- التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين:

اعتبر المشرع الجزائري الشقاق المستمر بين الزوجين سبب من الأسباب التي تمنح للزوجة الحق في طلب التطليق [2]، وقد كان للاجتهاد القضائي أثر كبير في إحداث قاعدة اعتنى بها المشرع لترقى إلى قاعدة قانونية استحدثها بموجب التعديل الجديد وخص به **الفقرة الثامنة من المادة 53** بنصها "**... الشقاق المستمر بين الزوجين** " في حين جل التشريعات تلحقة إلى الفقرة العاشرة من نفس المادة "**... كل ضرر معتبر شرعا.**"

يحق للزوجة طلب التطليق في حالة الشقاق المستمر الذي يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية وعلى القاضي بذل الجهد للإصلاح بين الزوجين وإذا عجز عن الإصلاح ثبت الضرر، حكم بتطليق الزوجة.[3]

يجب أن يستوفي الشقاق جميع إجراءات المعالجة ومنها التوفيق بين الزوجين والوساطة والتحكيم بينهما حتى يكون مبررا لطلب الزوجة الرامي إلى التطليق [4] ، إذ جاء

---

[1] – قرار المحكمة العليا، غ أ ش ملف رقم 213571 الصادر بتاريخ 1990/06/16 عام 2001، ص 119.

[2] – صغير سمية، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري– مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي ،2015/2014.

[3] – الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 109.

[4] المرجع نفسه، ص 110 .

في نهاية نص المادة **56 ق.أ.ج** "**إن اشتد الخصام بين الزوجين وترتب الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما .**"

وقد ورد ذلك في القرآن الكريم وهو ما جاء في قول المولى عز وجل: **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** [1] .

3- **مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة:**

نصت المادة **08** من قانون الأسرة الجزائري بأنه" **يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08...**"

تقضي المادة السابقة الذكر بأنه" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

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

يتضح من النص أعلاه أنه يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة واللاحقة مع ضرورة تأكد القاضي من موافقتهما خلافا للمادة **08** من القانون **11/84** والتي كانت توجب علم الزوجة السابقة واللاحقة فقط، دون اشتراط توفر الموافقة لتمكن رئيس المحكمة من إعطاء ترخيص بالزواج الجديد.

[1] –سورة النساء، الآية 35.

انتهج المشرع الجزائري منهاج الشارع الحكيم في إباحة تعدد الزوجات إذ جاء في قول المولى عز وجل في الآية الكريمة: **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا** [1].

جعلت المادة **53 في فقرتها السادسة من ق.أ.ج** التطليق بطلب من الزوجة سواء السابقة أو اللاحقة ممكن في حالة إخلال الزوج لأحد الشروط المذكورة في المادة **8** من القانون المذكور أعلاه، وهو الأمر الذي أكدته المادة **8 مكرر ق.أ.ج : "في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".**

4- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

يعد الإسلام الركن الأصيل للأسرة، وهذه الأخيرة هي الدعامة الأولى في بناء المجتمع، وقد منح حق الاشتراط لكلا الزوجين في عقد الزواج، ما دامت هذه الشروط لا تتعارض مع كتاب الله وسنة نبيه.

كما أعطى الإسلام للشروط التي بين الزوجين من المكانة ما يتناسب وقيمة العلاقة الزوجية، والشروط المقصودة هنا كأن تشترط الزوجة أن تواصل عملها أو دراستها بعد الزواج أو أن تشترط أن يكون لها مسكن خاص ومنفرد عن منزل عائلة الزوج، والمشرع الجزائري أجاز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل ما يرون أنه ضروريا ما لم يكن مخالفا لنص القانون[2] ، وقد خص بالذكر صورتين للاشتراط وهما تعدد الزوجات وعمل المرأة، وهو ما نصت عليه المادة **19 من ق.أ.ج.**

---

[1] – سورة النساء، الآية 3.

[2] – نذير سعاد، التطليق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2013/2012، ص 30.

5- كل ضرر معتبر شرعا:

لم يحدد المشرع الجزائري المقصود من الضرر المنصوص عليه في الماد **53في فقرتها الأخيرة من ق.أ.ج** تحديدا دقيقا والذي يمكن من خلاله للزوجة أن تطلب التطليق فقد جاء النص عاما بحيث يكون الضرر معتبر شرعا إذا ما كان يؤدي إلى الإضرار بالزوجة والذي يستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية.[1]

أورد المشرع الجزائري عبارة عامة فيما يخص الضرر المعتبر شرعا فإنه يكون بذلك قد ترك المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للقاضي، فهو لم يقيده بأي قيد أو شرط.[2]

أما في الشريعة الإسلامية فيجمع علماء المسلمين على أنه لا يجوز للزوج أن يسيء لزوجته ويعاملها معاملة حسنة، وأن لا يؤذيها وهذه كلها مبادئ جاء بها الإسلام إذ جاء في محكم

التنزيل: **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**[3].

المطلب الثاني: الآثار المنجرة عن التطليق

ينتج عن انحلال الرابطة الزوجية عن طريق التطليق والذي هو فك العلاقة الزوجية بأمر من القاضي بناء على طلب الزوجة وللأسباب المذكورة سابقا، آثارا تخص كل من الزوجة والأولاد، وقد أوردها ق.أ.ج في مواد متفرقة في الفصل الثاني تحت عنوان آثار الطلاق وتنحصر هذه الآثار أو التوابع الناتجة عن الحكم بالتطليق بين المادتين 58-80 من ق.أ.ج.

---

[1] – منصوري نورة، المرجع السابق، ص 66-67.

[2] – المرجع نفسه، ص 67.

[3] – سورة البقرة ، الآية 228.

الفرع الأول: آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للزوجة

تتمثل آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للزوجة المطلقة في:

أولا: العدة

تعرف العدة على أنها الأجل الذي أوجبه الشرع والقانون على الزوجة التي انحل عقد زواجها بالطلاق، الفسخ، التطليق، الخلع، أو بوفاة زوجها، لانقضاء ما بقي من آثار الزواج، وأن تتربص ولا تتزوج إلا بعد انتهاء الأجل المحدد شرعاً وقانونا.[1]

وعدة المطلقة بالنسبة للمدخول بها هي ثلاثة قروء، أي ثلاث حيضات أو ثلاثة طهور من

ثلاث حيضات [2]، مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** ﴾"[3]

أما إذا كانت المطلقة غير مدخول بها، فإنه لا تجب عليها العدة مطلقاً، إذا لم تكن هناك خلوة صحيحة إثر عقد صحيح.[4]

ثانيا: النفقة

ليست العدة وحدها أثر للحكم بالتطليق، وإنما كذلك للمطلقة الحق في النفقة عليها أثناء فترة العدة، وهي ما يعرف "بنفقة العدة"، حيث يقع على عاتق الزوج أن ينفق عليها طيلة هذه المدة، والقاضي هو الذي يحدد مبلغ النفقة.

---

[1] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص285.

[2]– المرجع نفسه، ص 286.

[3] – سورة البقرة، الآية228.

[4] – عبد العزيز سعد، المرجع نفسه،289.

وتستحق المطلقة هذه النفقة طالما لم تترك مقر الزوجية طيلة مدة العدة، وهذا مانصت عليه المادة 61 من ق.أ.ج .[1]

وتجب نفقة العدة لكل امرأة فارقها زوجها بغير وفاة، بسبب من عنده كالطلاق، وكل امرأة كان سبب افتراقها عن زوجها من جهتها بشرط أن يكون هذا السبب مشروعا، كأن تختار نفسها بعد البلوغ، وكل امرأة طلقها القاضي على زوجها بموجب المادة 53 من ق.أ.ج.[2] والجدير بالذكر أن المطلقة غير المدخول بها لا نفقة لها باعتبار أنها لا تعتد.

أما المطلقة طلاقا رجعيا، فلها الحق في النفقة طيلة مدة العدة، بكل مشتملاتها من مأكل ومشرب وسكنى وعلاج وكسوة، ولقد اتجهت أحكام القضاء إلى هذا الإتجاه.

فلا لبس أوشك في موقف القضاء من نفقة العدة و يتضح هذا من خلال قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/10/22 تحت رقم 34327 الذي جاء فيه مايلي: (متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية)[3] فكما يمكن للقاضي أن يحكم بنفقة المطلقة بعد الحكم بالتطليق وإلى غاية انقضاء عدتها، يمكنه كذلك أن يحكم بنفقتها قبل الحكم بالتطليق وهي ما تعرف "بنفقة الإهمال" إذا ما طالبت الزوجة بها.[4] يعتبر حق ثابت للزوجة أو المطلقة، باعتباره من مشتملات النفقة فهو واجب على الزوج.

---

[1] – تنص المادة 61 من ق.أ.ج على أنه:" لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في عدة النفقة في الطلاق".

[2] – عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون 11/84 قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية41،ج2،2003، الجزائر، ص 117

[3] – م.ع.غ.أ.ش،ملف رقم: 34327 الصادر بتاريخ: 1984/10/22 ، المجلة القضائية ، ع3،1989 ، ص 69.

[4] –عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 123.

غير أنه حتى تستحق المطلقة السكن لابد أن يكون قد صدر لصالحها حكما بحضانة الأبناء[1] ويقع على عاتق الزوج الالتزام بتوفير مسكن ملائم للحضانة وإن تعذر ذلك، عليه أن يقوم بدفع بدل الإيجار. وتبقى المطلقة في مسكن الزوجية طالما لم يقم الأب بتنفيذ الحكم القضائي القاضي بإلزامه بتوفير مسكن ملائم للحضانة، وهذا طبقا للمادة 72 من ق.أ.ج .[2]

ثالثا: التعويض

حسب المادة 53 مكرر من ق.أ.ج يمكن للقاضي عند حكمه بالتطليق، أن يحكم للزوجة بالتعويض عما أصابها من ضرر.

لم يتعرض فقهاء الشريعة والقانون لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه، وإنما يتعرضون مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية، وذلك ربما يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة إيضاح. فهو يعني عندهم: ما يلتزم به المسؤول في مسؤولية مدنية تجاه من أصابه بضرر فهو جزاء المسؤولية، أي أنه إذا وقع عمل غير مشروع نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه، أي مقابلة هذا الضرر بمال عوضا عنه.[3]

وبالرجوع إلى الواقع العملي نجد تطبيقات مختلفة فهناك من يعتبر أن الحكم بالتطليق في حد ذاته جبرا للضرر الذي أصاب الزوجة، فلا يمكن الحكم لها بالتعويض إلى جانب ذلك، ومنهم من يعتبر أنها تستحق التعويض بعد الحكم لها بالتطليق.[4]

وتدعيما لمن يحكم بالتعويض إلى جانب الحكم بالتفريق صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات أهمها:

---

[1] –عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 307.

[2] – تنص المادة 72 من ق.أ.ج على أنه:" في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار)

[3] – محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008، ص 125،126.

[4] – منصوري نورة، المرجع السابق، ص 87.

– القرار الصادر بتاريخ1996/04/23 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا، ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج كامل الأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة خمس (05) سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها، مما يتعين رفض الطعن"[1]

القرار رقم 181648 الصادر بتاريخ: 1997/12/23: والذي جاء فيه: من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان من الثابت أن الضرر اللاحق بالزوجة مبالغ فيه ومتعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة نتيجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثباتا لضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 ق.أ.ج، قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[2]

رابعا: متاع البيت

والمقصود بمتاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة.[3]

غير أنه قد ينشأ نزاع بين الزوجين حوله، فيدعي كل من الزوجين ملكيته له، وذلك في حالة ما إذا لم يكن لكل منهما ما يثبت صحة ما يدعيه، كوصولات الشراء أو أي سند آخر من شأنه فض النزاع بين الزوجين.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 73 ق.أ.ج على أنه:" إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع

[1] –م.ع.غ.ا.ش، رقم: 135435 ،بتاريخ: 1996/04/23،المجلة القضائية، 1998،ع1، ص 129.

[2] –م.ع.غ.ا.ش،رقم: 181648 ،بتاريخ: 1997/12/23 ، المجلة القضائية، 1997،ع1، ص 49.

[3] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 198.

اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين[1] .

ويظهر لنا من خلال نص هذه المادة أن النزاع حول متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح من له بينة، وهذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع، فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء، أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع من المعتاد للرجال، فإن الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك، وله أن يأخذه طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية.[2]

ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية أثناء الفصل في قضية النزاع حول متاع البيت أن يتأكد من معرفة ما هو معتاد للنساء وما هو معتاد للرجال عادة، ولا يجوز أن يعتمد اعتمادا كليا على مضمون القائمة المقدمة إليه من الزوج دون حجة أو دليل من أحدهما، ويكتفي بتوجيه اليمين طبقا لنص المادة 73 ق.أ.ج، ثم يعطي الحق لمن يحلف ويمنعه عمن ينكر.[3] وعليه يمكن القول أنه لا يجوز تطبيق المادة السابقة الذكر في مجال النزاع حول متاع البيت إلا إذا توفرت ثلاثة شروط مجتمعة، هي أن يكون موضوع النزاع القائم بين الزوجين هو شيء من متاع البيت حقيقة، وأن يكون سببا لنازع منصبا على حق أحدهما في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له، وأخيرا أن يكون للمدعي حجة كتابية أو شفهية لإثبات مايدعيه[4]، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فلا حاجة لإعمال نص المادة 73 ق.أ.ج، بل يجب اللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني ضمن إطار" قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر[5].

---

[1] – القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في2005/02/27.

[2] – منصوري نورة، المرجع السابق، ص 89.

[3] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 149.

[4] – عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص 150.

[5] – المرجع نفسه، ص 151.

الفرع الثاني: آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للأبناء

إن آثار الحكم بالتطليق لا تنصب على الزوجين فقط، إنما تمتد كذلك للأبناء فتترتب عنه آثار هامة بالنسبة للأبناء، إن كان للزوجين أبناء مشتركين، وتتمثل هذه الآثار في:

أولا: النسب

يعتبر النسب من أهم النتائج التي تترتب على الزواج والطلاق، لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج.[1]

وقد أحاط الشارع الحكيم النسب وأولاه أهمية كبيرة لقوله تعالى:﴿ **وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ** ﴾ [2]

فالنسب هو إلحاق الولد بأبيه دينا وقانونا واعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد.

ونظمه المشرع الجزائري في المواد من(40الى45) من ق.أ.ج وتبعه بمادة خصصها لمعالجة ظاهرة التبني التي حرمها الإسلام، فأكد القانون ذلك من خلال المادة 46 منه.[3]

ويثبت نسب الولد لأبيه في الحالات التالية: الزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من قانون الأسرة وهو ما تضمنته المادة 40 من ق.أ.ج، كما أنه يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب، وهذا ما نصت عليه المادة 45 مكرر من نفس القانون،

[1] – بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 227.

[2] – سورة النحل ، الآية 72.

[3] – منصوري نورة، المرجع السابق، ص 93.

على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وذلك وفقا لشروط حددها القانون في نفس المادة[1].

كما نصت المادة 42 من نفس القانون على أن أقل مدة الحمل ستة (6) أشهر وأقصاها عشر (10) أشهر حيث ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وهذا مانصت عليه المادة 43 من ق.أ.ج.[2]

ثانيا: الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم الآثار التي تترتب عن الطلاق بصفة عامة بالنسبة للأبناء والتي تتمثل في وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة، بحيث يكفل للطفل التربية الصحيحة والخلقية السليمة.[3]

وتعرف الحضانة لغة بأنها مصدر حضن، ويقال حضن الطائر بيضه أي ضمه إلى جناحه.[4]

أما اصطلاحا فإنها تعرف على أنها رعاية الولد وتعليمه وتربيته والسهر على حمايته وحفظه خلقاً وصحةً، وهذا مانص عليه المشرع الجزائري في المادة 62 من ق.أ.ج[5].

فقد ركز المشرع الجزائري في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها محددا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية، ومن هنا يتعين على المحكمة عندما تحكم بالتطليق وتفصل في حق الحضانة أن ت ارعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف[1].

---

[1]–القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في2005/02/27.

[2] – القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في2005/02/27.

[3] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 379.

[4] –المنجد الأبجدي، المرجع السابق، ص370.

[5] – تنص المادة 62 من ق.أ.ج على أنه:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته) وحفظه صحة وخلقا" يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

وكفالة الطفل وحضانته واجبة، لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك .[2]

أما بالنسبة لترتيب أصحاب الحق في الحضانة فقد أسند المشرع الجزائري الحضانة للأم وتلاها بأقاربها النساء ثم عاد إلى الأب ثم أمه وانتقل إلى الأقارب[3]، وهو ما بينته المادة 64 من ق.أج بقولها: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعات مصلحة المحضون في كل في كل ذلك. [4] ويتضح من النص أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب عند اتحاد درجة القرابة، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب، فتكون ق اربتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق، كما أن الجدة مقدمة على الأخت مطلقا، لأن اتصال الصغيرة بالجدة من طريق الولادة، فهو جزء منها، فكانت أولى بحضانته.[5]

أما إذا تعدد مستحقوا الحضانة من درجة واحدة، كإخوة أو أعمام كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرة وخلقا، فإن تساوو كان أولاهم أكبرهم سنا وقد خول القانون للقاضي حق اختيار الأصلح على أساس مصلحة المحضون.[6]

وهناك شروط عامة لابد من توافرها في الحاضنة حتى تثبت أهليتها في ذلك، وهي:

الإسلام، البلوغ، العقل، الأمانة والقدرة على تربية المحضون وحمايته صحة وخلقا.[7] ولقد حدد المشرع الجزائري مدة الحضانة للذكر ببلوغه عشرة سنوات، والأنثى ببلوغها سن

---

[1]– محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 283.

[2] –المرجع نفسه، ص 283.

[3] –منصوري نورة، المرجع السابق، ص 95

[4] – القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في2005/02/27.

[5] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 382.

[6] – مرجع نفسه ، ص 382.

[7] – منصوري نورة، المرجع السابق، ص 95.

الزواج وبعد هذه الفترة قد لا يكون قادرا على القيام بكل حاجاته الأولية لعجز أو مرض أو سوى ذلك، لكنه من جهة أخرى أعطى السلطة التقديرية للقاضي في إنهاء الحضانة بما يتسق مع مصلحة المحضون، وهذا ما جاء في المادة 65 من ق.أ.ج. [1]

وقد نصت المادة 67 من ق.أ.ج على أنه: " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة: 62 أعلاه. [2]

كما تسقط بالتنازل عنها وفق ما ورد في المادة 66 من ق.أ.ج.[3]

وإذا لم يطلب من له الحق في الحضانة لمدة تزيد عن سنة بدون مبرر شرعي من تاريخ النطق بالحكم بالتطليق سقط حقه فيها طبقا لنص المادة 68 ق.أ.ج.[4]

كما يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري وهذا طبقا لنص المادة 71 من ق.أ.ج.[5]

ونصت الفقرة الثانية من المادة 67 من ق.أ.ج على أنه: " ...ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوطها، ولا سقوط حقها في ممارسة الحضانة، واحتياطا ربط المشرع هذا الشرط بمصلحة المحضون، وهذا يعني أنه حتى وإن كان عمل الحاضنة لايشكل سببا من أسباب سقوط حق الحضانة كمبدأ عام، فإنه كاستثناء من

---

[1] – نصت المادة 65 من ق.أ. على: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن ي ارعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.

[2]– القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في2005/02/27.

[3] –القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في2005/02/27.

[4] –القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في2005/02/27.

[5] – القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في2005/02/27.

هذا المبدأ يجوز الحكم بإسقاط حق الحاضنة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية، وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون.[1]

وبالنسبة لمكان ممارسة الحضانة فقد نصت المادة 72 من ق.أ.ج على أنه: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ".[2]

وبعد أن رتب المشرع الحضانة في المادة 64 من ق.أ.ج نص في الفقرة الثانية منها:

" على أن القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، وهذا يعني بوضوح أنه عندما يحكم القاضي بالتطليق يتوجب عليه عندئذ إسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها الحكم تلقائيا للأب بحق الزيارة وذلك في ساعات وأيام وفي أماكن محددة وفي العطل والمواسم الدينية والوطنية، وإذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره، يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة كذلك، وما يمكن ملاحظته في هذه المسألة أن المشرع أوجب على القاضي عند الحكم بالطلاق إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين بحق الزيارة للمحضون من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك لأن الحضانة وما يترتب عنها من نفقة وحق الزيارة من النظام العام.[3] وكل من يخل بهذا الحق يتعرض لعقوبات جزائية، طبقا للمادة 328 ق.ع.ج.[1]

ثالثا: النفقة

حق الأبناء في النفقة في الأصل التزام يقع على عاتق الأب أثناء قيام الرابطة الزوجية ويستمر إلى ما بعد الطلاق، ويظل الحق قائماً طالما لم يستغنوا عنه بالكسب. فيقع على عاتق الأب توفير

[1] – المرجع نفسه.

[2]– المرجع نفسه

[3]– منصوري نورة، المرجع السابق، ص 98

احتياجات الطفل من مأكل ومشرب وملبس وكذا علاجه، وغيرها من الأمور التي جرى العرف على اعتبارها ضرورية، وهذا حسب المادة 78 من ق.أ.ج.[1]

والتزام الأب بالنفقة التزام مؤقت، حيث يتوقف على الإنفاق على الذكر ببلوغه سن الرشد، أما الأنثى فيبقى ينفق عليها إلى غاية زواجها والدخول بها.

غير أنه يلتزم بالاستمرار في النفقة على الولد حتى ولو كان بالغا سن الرشد، إذا كان عاجزا عن الكسب لآفة في العقل كالجنون أو العته، أو لآفة في البدن كالشلل، أو لانشغاله عن الكسب بالدراسة وطلب العلم، وهذا طبقا للمادة 75 من ق.أ.ج.[2] فإن كان غائبا أو مفقودا أو معسرا وعاجزا عن الإنفاق على أولاده، فإن النفقة في هذه الحالة تجب على الأم، وهذا حسب المادة 76 من ق.أ.ج"[3]، إذا كان باستطاعتها ذلك.

أما إذا رفض الأب الإنفاق على أبنائه، فلهم الحق في مطالبته بالنفقة عليهم أمام القضاء، وتمثل الأبناء القاصرين أمهم، وهنا يقوم

[1] – تنص المادة 78 من ق أج على أنه: تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة

[2] – تنص المادة من 75 ق.أ.ج على أنه: تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الوك عاجزا لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب."

[3] – تنص المادة 76 من ق.أ.ج على أنه: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

القاضي بتقدير قيمة النفقة مراعيا في ذلك حال الطرفين وظروف المعيشة حسب المادة79 ق.أ.ج.[1]

واستحقاق النفقة يكون من تاريخ رفع دعوى المطالبة بها، على أن لايحكم القاضي بالنفقة لمدة تتجاوز سنة قبل رفع هذه الدعوى، وهذا ما جاء في المادة 80 من ق.أ. ج.[2]

المبحث الثاني: الخلع

من رحمة الشريعة ومراعاتها لحقوق المرأة أن جعلت لها الحق أن تنفصل عن زوجها إذا لم تستطع الحياة معه فترد له ما دفعه لها وتخالعه، فلم يقع الظلم لا على الرجل ولا على المرأة، لأن الطلب جاء من المرأة، وأما إذا كان هناك إضرار بالمرأة فهنا يلزم الزوج بالطلاق لأن التعدي جاء منه، ولمعرفة حقيقة الخلع لا بد لنا من تسليط الضوء على تعريفه من الجانب اللغوي والاصطلاحي.

المطلب الأول: تعريف للخلع

الخلع هو فرقة قضائية من طرف الزوجة وهو صورة مقابلة للطلاق الرجل بالإرادة المنفردة.

الفرع الأول: تعريف الخلع لغة

- **الخلع لغة بفتح الخاء مصدر قياسي** "خلع" ويستعمل في الأمور الحسية فيقال خلعت خلعا أي نزعته مصداقا لقوله تعالى: **فَلَمَّآ أَتَاهَا نُودِيَ ياموسى إني أَنَاْ**

[1] – تنص المادة 79 من ق.أ.ج على أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

[2] – تنص المادة 80 من ق.أ.ج على أنه:" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"

رَبُّكَ فاخلع نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بالواد المقدس طُوًى [1]، وفي هذه الآية الخلع بمعنى النزع، وفي الأمور المعنوية كخلع الرجل امرأته خلعا إذ أزال زوجيتها وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذ افتقدت منه أو هو الخلع بفتح الخاء هو في اللغة النزع والإزالة فيقال خلع فلان ثوبه وبضم الخاء طلاق المرأة مقابل عوض تلتزم به المرأة[2]، والخلع الذي أباحه الاسلام مأخوذ من خلع الثوب إذا أزاله لأن المرأة لباس الرجل والرجل لباس لها لقوله تعالى: **هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ** [3].

- **والخلع بضم الخاء:** طالق المرأة ببدل منها أو غيرها وخلع امرأته خلعا بالضم.
- وخالعا فاختلعت وخالعته أي أزالها عن نفسه وطلقها على بدل منها له، فهي خالع
- ومختلعه.[4]
- **والخلع بالضم مصدر سماعي** يستعمل في الأمرين لكن الخلاف في أنه حقيقي في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن "وهذا وقد قال الفقهاء: إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، والخلع بالضم في إزالة الزوجية[5].
- **وذكر أبو بكر بن دريد:** إن أول خلع كان أن عمار بن الظرب زوج ابنته لابن أخيه عامر بن الحارث بن الظرب فلما دخلت عليه نفرت منه فشكى إلى أبيها فقال: لا أجمع فراق أهلك ومالك وقد خلعتها منك بما أعطيتها، فلزم العلماء أن هذا أول خلع في العرب ويسمى الفداء لأن المرأة تفتدي نفسها بما تبذله لزوجها.
- وقد استنقد الفقهاء على الفرق خص استعمال الخلع بفتح الخاء في إزالته غير

---

[1] – سورة طه ، الآية 10-11.

[2] – علي عبد الواحد وافي، الأسرة والمجتمع، القاهرة، ص ص 131-132.

[3] – سورة البقرة، الآية 187.

[4] – ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 1997، ص297.

[5] – منصوري نورة، مرجع سابق، ص101 .

- الزوجية والخلع بضم الخاء في إزالة الزوجية.[1]
- هو الإزالة والنزع.[2]

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

الخلع اصطلاحا: هو بذل المرأة العوض عن طلاقها، أو هو طلاق بعوض.[3]

-**التعريف الشرعي:** الخلع في الاصطلاح الشرعي الذي أباحه الإسلام مأخوذ من خلع الثوب إذ أزاله، لأن المرأة لباس للرجل والرجل لباس لها قال تعالى: **{هن لباس لكم وأنتم لباس لهن}**، وعند الفقهاء هو أن يتفق الرجل والمرأة على الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها لا يتجاوز ما دفعه اليها من صداق ولا فرق في ايجاب الخلع أن يكون من قبل الزوج أو من قبل الزوجة غير أن الفرقة لا تقع إلا بعد القبول لأن الخلع عقد على الطلاق بعوض ولا يستحق العوض بدون قبول، وروى المحدثون أن جميلة بنت سهل امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله لا أنا ولا ثابت ولاما أعطاني وسألته أن يطلقها على حديقتها التي أصدقها إياها فقال: **خذ الحديقة وطلقها تطليقة**[4].

كما أن للفقهاء تعريفات كثيرة للخلع نستعرض كلا منها بإيجاز :

1- عرفه المالكية: بأنه طلاق بعوض بكل ما يشمل الطلاق من ألفاظ أو كناية ظاهرة أو أي لفظ آخر إذ كان بنية الطلاق فإن قالت له زوجته طلقني على مهري أو على مائة ريال مثلا فقال طلقتك على ذلك لزمه طلاق بائن ولزمها العو ض وكذا إذا أجابها بكناية ظاهرة من كنايات الطلاق فإنه يقع الطلاق البائن، ويلزمها العوض وكذا إذا أجابها بأي

---

1 – باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، الجزائر،2007، ص 58.

2 – فضيل العيش، شرح وجيز للقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، الجزائر، 2008، ص33.

3 – عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 316.

4 – السيد سابق ، فقه السنة ، دار الفتح للإعلام العربي، مصر، الطبعة الأولى، 2000، ص 264 .

لفظ ناويا به طلاقها فإنه يلزمه طلاق بائن ولفظا من ألفاظ الطلاق الصريح فإذا أجابها بقوله خالعتك أو اختلعتك كان بمنزلة قوله لها أنت طلاق أو قال لها خالعتك أو اختلعتك بدون ذكر العوض لزمه طلاق بائن وقد عرفه بعضهم بأنه عقد معاوضة على البعض تملك الزوجة نفسها ويملك به الزوج العوض.[1]

2- عرفه الشافعية: عرفوا الخلع كما عرفه المالكية وليس عندهم فرق بين الخلع والطلاق على مال فهما شيء واحد وغالبا لا يكون الخلع عندهم بدون عوض كما أنه لا يختص بلفظ معين كما يقع بصريح الطلاق والكناية المقترنة بالنية .

وقال الماوردي أما الخلع في الشرع فهو افتراق بين الزوجين على عوض وإنما سمي خلعا لأن الزوجة لباس له كما هو لباس لها قال تعالى: **هُنّ لِبَاسٌ لّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لّهُنّ** [2] فإذا افترقا بعوض فقد خلع لباسها وخلعت لباسه فيسمى خلعا، وقيل أن الخلع فدية، لأن المرأة قد فدت نفسها منه بما لها كفدية الأسير بالمال. [3]

3- عرفه الحنابلة: بأنه فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة يعني فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها زوجها بألفاظ معينة وهي قسمان:

- صريحة في الخلع كالمفادات والخلع والفسخ.
- كناية في الخلع المبارأة، المباينة والمفارقة.

ومقتضى التعريف أن الخلع لا يكون عندهم إلا بعوض، وهو رواية عن أحمد، ويفرقون بين الخلع، والطلاق على مال.[4]

---

[1] – منصوري نورة، مرجع سابق، ص 104 .

[2] – سورة البقرة، الآية187.

[3] – منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحكام الشخصية أحكامه آثاره، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الاصدار الثاني، 1430هـ2009 –م، ص 40.

[4] – عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار أبن حزم الطبعة الأولى 1418هـ –1998م، بيروت– لبنان، ص 51.

4- عرفه الحنفية: بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه وألفاظه عندهم خمسة:

أ- ما اشتق من الخلع كأن يقول لها "خالعتك" "اختلعي" "أخلعي نفسك" "أختلعك" لهذا قالوا أنه يقع به الخلع بدون نية لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيرا فأصبح كالصريح فإذا قال لامرأته خالعتك وذكر مالا فالأمر ظاهر واذا لم يذكر فإنه يقع به الطلاق سواء نوى أم لم ينو، قبلت أو لم تقبل.

ب- لفظ "بارأتك": فإذا قال لها بارئتك على عشرين جنيها وقبلت وقع الطلاق بائنا ولزمها العشرون وسقط مهرها فإذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء بالاتفاق أما إذا لم يذكر البدل وقال لها "بارأتك" وقالت "قبلت" وقع الطلاق البائن وسقط حقها في المهر فهل يتوقف إيقاع الطلاق بهذا اللفظ على النية أم لا؟ والجواب إذا كثر استعمالها في الطلاق كالخلع يقع بها الطلاق بدون نية.

ج- لفظ "باينتك": فإنه موضوعا للخلع، فإذا لم يذكر مالا، وقبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق، وإن لم تقبل ونوى به الطلاق، وإن لم تقبل ونوى به الطلاق طلقت والا فلا، لأن المباينة لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أما إذا قال لها باينتك على عشرين ريالا ولم تقبل لا يقع به الطلاق قولا واحدا ولا يلزمها البدل لأنه علق إبانتها على المال.

د- لفظ "فارقتك: فإنه إذا ذكر مالا فقال "**فارقتك على مائة ريال**" وقبلت بانت منه ولزمتها المائة، وسقط حقها في المهر، وإن لم تقبل لا يقع. ويلزمها المال وإن لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع إذا نوى به الطلاق أو قامت قرينة على إرادة الطلاق وإن لم تقبل فإن نوى به الطلاق لزمه طلاقا بائنا لأنه كناية وإلا فلا يلزمه شيء.

هـ- لفظ طلاق على مال: فإذا قال لها طلقي نفسك على عشرين جنيها فقالت قبلت وقع الطلاق بائنا ولزمها العشرون أما إذا قال لها "**طلقي نفسك**" ولم يذكر مالا كان ذلك تمليكا للطلاق لا من باب الخلع.[1]

ويضيف الحنفية لفظين آخرين: ما اشتق من لفظ البيع وما اشتق من لفظ الشراء.

- وقد وردت أحكام الخلع في القرآن والسنّة النبويّة وانعقد الإجماع على ذلك، وما يجدر ذكره أن الآية التي جاءت بأحكام الطلاق هي الآية نفسها التي جاءت بأحكام الخلع، **قال الله تعالى:** **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** .[2]

- فيفهم من هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى حرّم على الزوج أن يأخذ المال من زوجته إلا أنه 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 ليطلقها ويسمى هذا بالخلع كما جاءت السنة النبوية بتطبيقه وشرح مجمله.

- وفي السنة النبوية الشريفة فإن أول خلع في الإسلام هو ما كان من جميلة بنت سهل تزوجـــت ثابت بن قيس وقد جاءت إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم- فقالت يا رسول الله، لا أنا ولا ثابت ولا ما أعطاني وسألته أن يطلقها على حديقتها التي أصدقها إياها فقال: خذ الحديقة وطلقها تطليقة.

- **وفي 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.

---

[1] – منصوري نورة، المرجع السابق، ص 102.

[2] – سورة البقرة، الآية 229.

- عرفه خليل في مختصره بأنه" الطلاق بعوض "[1]، وقد عرفه الفقهاء بأنه فراق الرجل زوجته ببدل يحصل له ويرون أنه لابد في الخلع أن يكون بلفظ الخلع أو بلفظ مشتق منه أو لفظ يؤدي معناه مثل المباراة والفدية. [2]

- قد عرفه ابن حزم الظاهري بأنه:" هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فتخاف أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، فلها أن تفتدى منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو وإلا أجبرت هي، وإنما يجوز بتراضيهما ".

- عرفه الفقهاء المسلمون بأنه عبارة عن عقد اتفاقي وثنائي الأطراف ينعقد عادة بعرض من الزوجة لمبلغ من المال المعلوم المتقوم شرعا مقابل طلاقها وبقبول صريح من الزوج لهذا العرض وللطلاق ويمكن أن يكون بعرض من الزوج وقبول من الزوجة[3].

الفرع الثالث : التعريف القانوني

- نص المشرع الجزائري في المادة 54 من ق أ.ج بأنه "**يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم** "، عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من ق.أ.ج المعدل بالأمر رقم 05-02 بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها واستعمل لفظ الخلع صراحة دون غيره من الألفاظ الدالة عليه[4]، من خلال هذه المادة فإنها لم تقم بتعريف للخلع بل أعطت جوازية الزوجة بأن تخالع نفسها عن طريق اتفاقها مع الرجل على الطلاق لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها ولا يتطلب هذا النوع من الطلاق شكلا خاصا إنما يشترط لصحة المخالعة أن يكون

[1] – عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ص83.

[2] – الشيخ أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة المعاملات، ص 374.

[3] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر،2009 ، ص 216.

[4] – منصوري نورة، المرجع السابق، ص 106.

الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له ولتفاقهما على الطلاق الرضائي ولقد خصص القانون المغربي للخلع 5 مواد في حين سكت القانون التونسي عن ذكره.

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الخلع إلا أنه نص عليه في المادة 54 من ق.أ.ج بقوله:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم "، ولذلك يستوجب علينا الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا لأحكام المادة 222 ق.أ.ج بحيث يعرف الخلع في الشريعة الإسلامية بأنه " **إزالة عقدة النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو في ما معناه** ".

- وقد صدر في هذا الشأن عن المحكمة العليا عدّة قرارات تعرف الخلع منها القرار المؤرخ في 82/02/08 جاء فيه " أن الخلع عقد يتوقف على إيجاب وقبول الطرفين "[1] ، وأيضا " أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا فلا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه "[2] ، وكذلك " الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه "[3].

- كما عرّفه الأستاذ الغوثي بن ملحة بأنّه:" عقد اتفاقي يستلزم عرض الزوج وقبول الزوجة "، وأن الخلع في الحالة التي يكون فيها بالتراضي يعتبر عملا قانونيا يتكون من عنصرين عنصر العرض وعنصر القبول، وعرّفه الدكتور محمد أبو زهرة بأنه عقد ينعقد بإيجاب وقبول.

- 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 وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مبلغ مالي تدفعه له

---

[1] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 82/02/08 – نشرة القضاة (1982)، ص 258.

[2] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 84/06/11 ملف رقم 33652 (غير منشور).

[3] – المحكمة العليا قرار بتاريخ 99/03/16 ملف رقم 216239 م.ق عدد خاص، ص 138.

بحيث يتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم وإن لم يتفقا على ذلك فإن المشرع خول للقاضي حـــق التدخل لتقديره بحيث لا يتجاوز في كل الأحـــوال مقـــدار صداق المثل وقت الحكم.

- هو فك الرابطة الزوجية بسبب كراهية الزوجة لزوجها مقابل مبلغ محدد من المال، وبتعريف أكثر شمولية وأكثر دقة: فهو عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف، شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية، بحكم قضائي بناءا على عرض الزوجة وقبول الزوجة مقابل مال معلوم ومقبول شرعا تدفعه الزوجة فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم.[1]

- من خلال كل ما تقدّم يمكن استخلاص تعريف شخصي للخلع في كونه أنه عقد بين طرفين تلتزم بموجبه الزوجة بدفع مبلغ مالي إلى الزوج مقابل فديتها منه.

المطلب الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته

سنتطرق في هذا المطلب إلى حكم الخلع ودليل مشروعيته مستندين على كل من الكتاب والسنة والاجماع والقانون.

الفرع الأول: حكم الخلع

الخلع جائز لا بأس به عند أكثر العلماء لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين فقد تبغض المرأة زوجها، وتكره العيشة معه لأسباب جسدية خلقية أو دينية أو صحية لكبر أو ضعف أو نحو ذلك.

وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقا للخلاص من الزوجية، لدفع الحرج عنها ورفع الضرر عنها ببذل

[1] – فضيل العيش، المرجع السابق، ص33.

شيء من المال تفتدي بها نفسها، وتتخلص من الزواج، وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها.[1]

الخلع قد يكون مباحا وقد يكون مكروها وقد يكون حراما.

أ- الخلع مباح:

يكون مباحا: إذا كرهت الزوجة زوجها لسوء خلقه أو خلقه أو كرهت نقص دينه أو كبر سنه

أو مرضه أو ضعفه أو نحو ذلك، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، وتخاف ألا تقوم بما يجب عليها من الحقوق رغم عدم تقصيره في حقوقها وقيامه بواجبه نحوها، فترى لكراهتها هذه أن تفتدي نفسها بمال تعطيه لزوجها لإنهاء العلاقة الزوجية بينهما حتى لا تقع في المحظور، فيكون بذلك الخلع مباحا ومشروعا ولا كراهية فيه ولا خلاف عليه .[2]

ب- الخلع مكروه:

يكون الخلع مكروها إذا كان سببه مكروها، كأن تميل إلي غير زوجها وترغب في نكاحه تخالع زوجها لتنكح من مالت إليه ورغبت فيه، فهذا الخلع مكروه[3] ، ونفس الحكم يطبق إذا لم يكن للمرأة عذر أو لم يكن هناك سبب يقتضيه، ومع ذلك طلبت من زوجها الخلع، فإنها ينتظرها تهديد شديد من الله بحرمانها من جنته، وهذا يرجع إلى الأصل في الخلع وهو الحظر – الكراهية- ولا يجوز إلا للحاجة فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة سألت " زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة، ومن هنا فليس للمرأة أن تطلب الخلع من غير سبب أو سبب تافه، لأن الشارع الحكيم شدد في

---

[1] – رمضان على السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص329.

[2] – أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004 ، ص 151.

[3] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 45.

الوعيد لمن تفعل ذلك، لأن الافتداء مقيد بضوابط، بأن تكون المرأة تكره زوجها وتبغضه وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، جاز لها أن تخالعه، أما إذا كان بغير سبب فيكفي أن تبتعد عنه.[1]

جـــ- الخلع حرام :

يكون الخلع حراما، وذلك إذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها منه، كأن ينالها بالضرب والأذى حتى تخالعه، أو يضيق عليها، أو يمنعها حقا من حقوقها كالنفقة علها، فهذا الخلع حرام لأن سببه خبيث، وذلك لقوله تعالى: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا**.[2]

الفرع الثاني: دليل مشروعيته

الخلع جائز عند أكثر العلماء وقد دل الكتاب والسنة على مشروعيته:

1- من الكتاب:

فقد ورد فيه آيات تثبت مشروعية الخلع وهي:

قوله تعالى: الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْ سَاكٌ بِمَعْرُ وفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمّا آتَيْتُمُوهُنّ شَيئاً إِلاّ أَنْ يَخَافَا أَلاّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفتُ مْ أَلاّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدّ حُدُودَ اللّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظّالِمُونَ.[3]

---

[1] – مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص268.

[2] – سورة النساء، الآية 19.

[3] – سورة البقرة، الآية 229 .

2- من السنة:

فحديث ابن عباس: "أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ فقالت نعم فقال رسول الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة" فهي لا تريد مفارقته لسوء خلقه ولا لنقصان دينه، وإنما كرهت كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أمر إرشاد واصلاح لا إيجاب برد بستانه الذي أمهرها إياه، وهو أول خلع وقع في الإسلام وفيه معنى المعاوضة.[1]

3- من الإجماع:

فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالفهم إلا بكرا بن عبد الله الملزيني ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه،[2] وقال الإمام مالك بهذا الصدد لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عندنا وأن الرجل إذا لم يضر المرأة ولم يسئ إليها ولمتأت من قبله وأحبت فراقه فيحل له أن يأخذ منها ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم. أي أنها لا تريد مفرقته لسوء خلقه، ولا لنقصان دينه، ولكن كانت تكرهه لدمامته وهي تكره أن تحملها الكراهية على لتقصير فيما يجب له من حق، والمقصود بالكفر كفران العشير.[3]

4- الأساس القانوني للخلع في قانون الأسرة الجزائري:

---

[1] – وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار الفكر، سوريا، 2012، ص 482.

[2] – منصوري نورة ، المرجع السابق، ص 102.

[3] – ناجي بلقاسم، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص112.

وأساس مشروعية الخلع في قانون الأسرة الجزائري هو المادة 54 من ق.أ.ج معدلة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والتي نصت: "**يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم**".

هذه المادة بتعديلها الجديد جاءت مفسرة للنص قبل تعديله، بأن أوضحت بأن الحكم بالخلع لا يتوقف على موافقة الزوج، فإذ طلبت الزوجة الخلع فإن القاضي يحكم به دون مناقشة لأسباب ذلك، ولا يتدخل القاضي إلا بخصوص المقابل المالي للخلع إذا اختلف الزوجان على مقداره ويقوم بتحديده على أن لا يتجاوز صداق المثل المعتمد وقت صدور الحكم القاضي بالخلع، كما أن الخلع جائز قبل الدخول وبعده، وهو طلاق بائن وليس بفسخ وفي ذلك يقول أبي زيد القيرواني:" **والخلع طلقة لا رجعة فيها إلا بنكاح جديد برضاها.**[1]

الفرع الثالث: التمييز بين الخلع وبعض حالات انحلال الرابطة الزوجية

أولا: الفرق بين الخلع والطلاق

1 – يملك الرجل على زوجته ثلاث طلقات الأولى، والثانية منه رجعيتان أما الثالثة فبائنة بينما يملك الرجل على زوجته خلعا واحدا في الزواج الواحد.

2– في الطلاق الأول، والثاني يحق للزوج مراجعة زوجته بإرادته المنفردة، ودون اشتراط رضاء الزوجة أما في الخلع فلا يجوز للزوج مراجعتها، ولكن يحق له العقد عليها مرة أخرى بعقد ومهر جديدين، ويشترط فيه رضاء المرأة بالزوج.

[1] – لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 169.

3- الطلاق الثالث يقع بائنا بينونة كبرى فلا تحل لزوجها السابق إلا بعد الزواج بآخر ويحل بها ثم تطليق، وتنتهي عدتها منه، أما الخلع فيقع به الطلاق بائنا بينونة صغرى فيجوز للزوج بعده إعادة زوجته السابقة إلى عصمته بعقد ومهر جديدين.

4- الطلاق ينقص من الطلقات التي يملكها الرجل على المرأة أما الخلع فلا يحسب ضمن هذه الطلقات عند من يرون أنه فسخ للزوج.

5- العدة في الطلاق بثلاث لمن تحيض، وعدتها في الخلع حيضة واحدة.

6 - الخلع يسقط به الحقوق الثابتة للزوجة على زوجها المترتبة على عقد الزواج مثل المهر عاجله، وأجله، ونفقة الزوجية، المتعة، أما الطلاق فلا يسقط به شيء من ذلك. [1]

ثانيا: الفرق بين الخلع والتطليق

يعتبر الخلع والتطليق من أنواع حل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية وكرسها القانون الجزائري إلا أنهما يختلفان في المرجعية والأساس وكذا من حيث السلطة التقديرية والآثار المترتبة عن كليهما.[2]

ويتحد التطليق والخلع في كونهما طريقان لفك لرابطة الزوجية بطلب من الزوجة أقرهما الشرع، والقانون، إذ يجد كليهما أساسه في الشريعة الإسلامية السمحاء بكل مصادرها، كما كرسهما التشريع الجزائري على غرار باقي تشريعات الدول العربية، والإسلامية، ويعد كل منهما طلقة بائنة، تنقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج، ولا يثبتان إلا بحكم قضائي ابتدائي يفصل في طلب الزوجة المرفوع أمام القضاء،

[1] – المستشار حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاءا طبقا لآخر التعديلات الصادرة بالقانون، دار الأفاق العربية، سنة الطبع2000، ص256.

[2] – رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، جامعة جيجل، العدد السابع، مارس 2017، ص 86.

ويحدد الآثار العامة والتوابع المنجزة عن إنهاء الرابطة الزوجية بواسطتهما إلا أنهما يختلفان من أوجه عدة نبينها كالآتي:

1- من حيث الماهية:

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف كل من التطليق والخلع ضمن المادتين 53 و54 منه، كما أنه لم يحدد صيغة أو ألفاظ خاصة بالتطليق على عكس الخلع الذي اشترط فيه لفظ المخالعة دون الألفاظ الأخرى الدالة عليه[1] والواردة في الشريعة الإسلامية، كالمبارأة، والمفادات، واللمباينة، والصلح، والمفاسخة، فإذا لم تستعمل الزوجة لفظ المخالعة لا يقع الخلع، وانما تكون في وضعية قانونية أخرى، فاعتبر البعض أن غياب لفظ " **الخلع**" مع وجود المال لا يعتبر خلعا، وإنما يكون طلاقا على مال، في حين ذهب المالكية والشافعية إلى أن وجود المال مهما كان اللفظ المستعمل من أحد الزوجين هو خلع، وزاد المالكية عن ذلك بأن الخلع يتحقق ولو لم يذكر المبلغ المالي.

فالخلع تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة203 من ق.أ.ج لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمها، رغم أن الزوجة تملك نفسها مقابل دفعه وهذا مالا يشترط في التطليق، ولقد شرع التطليق لرفع الضرر عن الزوجة بحكم من القاضي في حين شرع الخلع لها لافتداء نفسها مقابل عوض مالي نتيجة كراهيتها لزوجها، وخشيتها من عدم إقامة حدود الله مصداقا لقوله تعالى: **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**[2].

---

[1]– آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص332.

[2] – سورة البقرة، الآية 229.

2- من حيث الأساس:

بالرجوع إلى نص المادة 53 ق.أ.ج، على جواز طلب التطليق من طرف الزوجة ولكن قيدها بأسباب منصوص عليها في ذات المادة، وهي عشرة:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالما بإعساره وقت الزواج.
2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3- الهجر في المضجع فوق 4 أشهر.
4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8.
7- ارتكاب فاحشة مبينة.
8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
10- كل ضرر معتبر شرعا.

بينما اكتفى في المادة54 من نفس القانون بالنص على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها على مال دون أن يقيدها بأية أسباب أو شروط، لكن بالرجوع إلى الفقه نجده قد حدد هذه الشروط، وهي ثلاثة لا يصح الخلع إلا بها: الصيغة.

1- قيام رابطة الزوجية والشروط المتعلقة بالزوجينالأهلية.
2- البدل.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن أساس التطليق هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب إخلال الزوج بأحد التزاماته أو أكثر بينما يجد الخلع أساسه في كراهية الزوجة لزوجها، ونفورها منه، وبهذا يكون للزوجة طريقين لفك الرابطة الزوجية، فإذا انتفت أسباب

الطريق الأول المتمثل في التطليق، يفتح لها الطريق الثاني لافتداء نفسها مقابل مبلغ مالي، وهو ما يعرف بالخلع.[1]

3- من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

تختلف السلطة التقديرية للقاضي بحسب ما إذا كان طلب الزوجة منصب على التطليق أو الخلع، حيث تتسع في الأول بقدر كبير، وهذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي ومطابقة الوقائع على النصوص، وتمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة ودفوع الزوج، حتى يتسنى له الحكم له بالتطليق أو يرفضه اعتمادا على الأسباب المذكورة في المادة 53 من ق.أ.ج، بينما تضيق سلطته في الثاني.

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

بالإضافة إلى مراقبته لمدى شرعية، وصحة مقابل الخلع إذ لا يجوز أن تكون الحضانة مقابلا الخلع، في مقابل التنازل عنها للأب لأن ذلك يعد باطلا.

4- من حيث الآثار:

يشترك كل من الخلع، والتطليق في الآثار العامة الناجمة عن فك الرابطة الزوجية والمتمثلة في العدة، ونفقتها، نفقة الإهمال، النزاع حول متاع البيت، النسب، حضانة الأولاد، ونفقتهم وسكناهم، وحق زيارة المحضون، وما يميز التطليق عن الخلع هو التعويض الذي يحكم به للمطلقة جبرا للضرر اللاحق بها جراء إخلال الزوج بالتزاماته اتجاهها عند توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من ق.أ.ج إلى جانب الحكم بالتطليق، في حين ينفرد الخلع بآثار متعلقة به، والمتمثلة في التزام المختلعة بتسديد

[1] – منصوري نورة، مرجع سابق، ص156-158.

بدل الخلع، وسقوط الحقوق الزوجية، فيعتبر بدل الخلع شرطا أساسيا لصحة الخلع وتبقى المختلعة ملتزمة بتسديده مالم يضمنه عنها غيرها، ويعد بمثابة التعويض في مقابل خلاصها من العشرة التي أصبحت لا تطيقها.[1]

أما بالنسبة لحقوق الزوجية ورغم اختلاف آراء الفقهاء بصددها فإنه، وأخذا بالفقه المالكي المعتنق من قبل القانون الجزائري ذهب إلى عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع باعتبار هذا الأخير عند معاوضة فلا يزاد على ما تراضيا عليه، والتالي فلا يمكن إسقاط أي من هذه الحقوق إلا بنص أو اتفاق.

وعلاوة على ما قيل فإن من الحقوق الزوجية المتعلقة بالنفقة، والحضانة لا يمكن الاتفاق على إسقاطها كونها من النظام العام، وعلى القاضي الحكم بها تلقائيا.[2]

المطلب الثالث: الآثار المنجرة عن الخلع

المقصود بآثار الخلع، هي النتائج الشرعية والقانونية المترتبة عنه في مواجهة الزوجين وكذا في مواجهة الأبناء، وقد يتعلق الأمر بنتائج مادية كما هو عليه الحال بالنسبة لمختلف النفقات من نفقة عدة أو إهمال وكذا نفقة الحامل ونفقة الأطفال، أو بنتائج قانونية كما هو عليه الحال بالنسبة لمن تكون له حضانة الأطفال وما يتفرع عن هذا الحق من حقوق السكن والزيارة لغير الحاضن، وكذا نفقة الأبناء المحضونين وحق الولاية الذي يمنح لمن له الحق في الحضانة.

وهناك آثار خصوصية بالنسبة للزوجة المختلعة بما يجب عليها من عدة استبراء لرحمها بما يترتب عن ذلك عدم قدرتها أثنائها على الزواج من أجنبي غير الزوج، وكذا بخصوص اعتبار الخلع طلاقا تاما ينقص من عدد طلقات الزوج، أضف إلى ذلك فإنه لاختلاف بين المطلقة خلعا والمطلقات الأخرى بشأن حقها في الحصول على متاعها.

---

[1] – منصوري نورة، المرجع السابق، ص 159.

[2] – المرجع نفسه، ص ص 159– 160.

إن المشرع الجزائري لم يتناول الآثار المترتبة عن الخلع إلا أنه يمكن استخلاصها بالرجوع إلى القواعد العامة التي تضمنها قانون الأسرة وكذا من القواعد العامة في الفقه الإسلامي وتندرج آثار الخلع في هذا الفصل باعتباره طريقا من طرق حل الرابطة الزوجية مع اختلافات ينفرد بها الخلع وتتمثل هذه الآثار في التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع واعتدادها ونفقة عدتها وسقوط الحقوق الزوجية بالخلع[1]، ونشير إلى هذه الآثار فيما يلي:

الفرع الأول: حالة اتفاق الزوجين على مقابل الخلع

في حالة اتفاق الزوجين على مقابل الخلع فإن ذلك يؤدي حتما إلى اسقاط جميع الحقوق القائمة بين الزوجين قبل وقوعه مثل المهر المؤجل والنفقة الواجبة باستثناء حق نفقة العدة فإنها لا تسقط لأنه حق ينشأ بعد حدوث الطلاق ويبقى قائم في ذمة الزوج بحيث يجوز للزوجة أن تطالب به في أي وقت اللهم إلا إذا اتفق الطرفين على الإعفاء منه أو ضمه إلى بدل الخلع.

والمادة 558 من ق. أ.ج نصت أن المشرع جعل من عدة المطلقة المدخول بها ثلاثة قروء وما دام لم يرد استثناء في ذلك على المختلعة فإنها تمتد هي أيضا بثلاثة قروء لاعتبارها في حكم المطلقة تطبيقا لعموم النص، ويستتبع ذلك أن اليائس من المحيض تعتد بثلاثة أشهر والحامل بوضع الحامل.

يتضح مما سبق أن المسألة اجتهادية لعدم ورود نصوص شرعية أو قانونية تخصصها، ولكن 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، ولا يسقط غيره، وفي حالة المخالعة عن طريق القضاء فإن المادة 54 من قانون الأسرة تجعل

[1] – منصوري نورة، المرجع السابق، ص149.

فترة تقدير العوض من سلطة القاضي في حالة عدم اتفاق الزوجان عليه، وهنا ورد اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 1968/05/22 جاء فيه "من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، وليس مبلغه فلقضاة الموضوع السلطة التقديرية لتحديده بناءا على الصداق المعجل وما ثبت لديهم من الظلم".

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

ويتضح أن اجتهاد المحكمة العليا ومحكمة النقض السورية يتماشى، والفقه الحالي الذي يرى أن الخلع لا يسقط حق من الحقوق إلا ما اتفق عليه باعتباره كالطلاق على مال.[1]

الفرع الثاني: عدم اعتبار الحضانة مقابل الخلع

تعد الحضانة من أهم الآثار التي تنجر عن انحلال الرابطة الزوجية بكل صورها ومؤداها وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه عند من هو أقدر على الاهتمام والرعاية به وبشؤونه.

من الآثار الناجمة من انحلال الزواج بالخلع وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي ضرب من الرعاية بالطفولة، بحيث يكفل الطفل التربية الصحيحة والخلقية السليمة.[2]

حيث تعرض المشرع الجزائري للحضانة كأثر من آثار انحلال الزواج في المواد 62 إلى 72 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 وبين أحكامها، فنص في المادة 62 على أن "**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظ صحته وخلقه، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**".

حيث أن الحضانة شرعت لمصلحة الولد فهي حق من حقوق الأولاد، لأن الولد في حياته

[1] – منصوري نورة، المرجع السابق ، ص 153.

[2] – بلحاج العربي، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 379.

الأولى يحتاج إلى تربينه ورعايته والحضانة هي ضرب من هاتين الوظيفتين.[1]

وبالرجوع إلى نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، يتعين على المحكمة عندما تقرر الحكم بالطلاق أو انحلال عقد الزواج لسبب من الأسباب وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه العناصر التي تضمنها التعريف وأن تراعي حاجيات ومصلحة المحضون ومصلحته الحقيقية التي يجب أن تتوفر له طيلة احتياجه إلى من يحضنه ويرعى شؤونه.

من هنا ينشأ حق الأم في طلب الحضانة، لأن حسب المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري هي الأولى بحضانة ولدها، ثم يليها الأب ولكن أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية والقانون أشخاص عديدون لهم مراتب ودرجات محددة في الشريعة وفي القانون أيضا، غير أن القانون ذكر بعضهم ورتبهم درجة فدرجة ثم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاتهم ودون تحديد درجة قرابتهم من المحضون وهذا حسب نص المادة 64 السالفة الذكر.

نستخلص من نص المادة السابقة أن المشرع الجزائري ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها وأهدافها وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يراعي هذه الجوانب التي تضمنها النص.[2]

إلا أن المشرع أغفل ذكر الأوصاف المتعلقة بأهلية الحاضن في المادة 2/62 واكتفى فقط بالنص على أنه: "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، مما يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرها الفقهاء وهي البلوغ، العقل والقدرة على صيانة الولد

[1] – الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر،2008، ص 131.

[2] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 139.

صحة وخلقا، والأمانة والاستقامة والإقامة في بيت ليس فيه من يبغض الصغير، وعدم زواج الحاضنة من أجنبي أو بغير قريب محرم.[1]

إن مسألة اتحاد الدين بين المحضون وحاضنته أن تكون تربية الطفل المحضون على دين أبيه وهي مسألة أقرها الفقه الإسلامي[2] وهذا ما تم ذكره في المادة 2/62.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1979/04/16 حيث نقضت حكما كان إسناد الحضانة للأم تتدين بالمسيحية، وثبت أنها تربي الولد على دينها.[3]

وطبقا لنص المادة 64 من ق.أ.ج وهي الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في هذا الترتيب، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة حيث أن المشرع رتب الأولوية في الحضانة.

إن المشرع الجزائري راعى مصلحة الطفل المحضون في جميع الأحوال فوق كل اعتبار ومن شأنها أن تغير ترتيب حقوق الحاضنين، بحيث يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى خالة التي هي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون صحيا وأخلاقيا وتربويا ودينيا وعاطفيا.

على القاضي عندما يحكم بالخلع وإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولو لم يطلب من أحدهما وفي هذا الحكم أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم[4] وهذا ما أوجبه المشرع.

---

[1] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 390.

[2] – المرجع نفسه، ص 391.

[3] – قرار رقم 19827، المؤرخ في 1979/04/16، القضية (ك.ي) ضد(ل.ي)، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02 ،1981 ص 131.

[4] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 391.

كما نص المشرع في المادة 65 على مدة انقضاء الحضانة وهي أن حضانة الذكر تنتهي ببلوغه 10 سنوات وللقاضي أن يمدد هذه السن إلى سن 16 سنة شرط أن تكون الحاضنة هي الأم لم تتزوج ثانية، أما حضانة الأنثى تنتهي ببلوغها سن الزواج 19 سنة طبقا لنص المادة 07 من ق.أ.ج المعدل والمتمم بالأمر 02/05.

والمشرع بين أيضا الحالات التي تسقط فيها الحضانة في المواد من 66 إلى 70 فضلا عن الشروط المنصوص عليها في المادة 62 وهي إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم أو بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، وكذلك إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر، وأيضا إذا استوطن الحاضن بلد يصعب على ولي المحضون القيام بواجباته، هنا تبقى السلطة التقديرية للقاضي في إثباتها أو إسقاطها كما أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري طبقا لنص المادة 71 من قانون الأسرة، ولا يشكل عمل الحاضنة سبب من أسباب سقوط الحضانة عنها وفي جميع الأحوال لابد من إعمال شرط مراعاة مصلحة المحضون.

كما أن المشرع نص في المادة 72 من قانون الأسرة على أنه "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحضانة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، ونصت المادة 78 من نفس القانون على أنه: "تشمل النفقة، الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

نستنتج من نص المادة أن حق الزوجة الحاضنة في السكن مكفول ومكرس ولو كانت حاضنة لابن أو بنت واحدة.

وإن المادة 72 جاءت بصيغة "وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية" بمعنى أن القانون اشترط فقط أن تكون الزوجة المختلعة حاضنة ولم يحدد عدد الأولاد المحضونين، إلا أنه

في حالة عدم تمكن الأب من إيجاد سكن لإيواء الحاضنة فإن القانون أوجب دفع بدل الإيجار والذي يتم تحديده من طرف القاضي، والحاضنة تظل مستفيدة بحق البقاء في السكن أو أجرته إلى غاية سقوط الحضانة لسبب من الأسباب المقررة شرعا وقانونا كزواجها من غير قريب محرم أو انحرافها خلقا أم بلغ الأبناء سن سقوط الحضانة عنهم.[1]

لكن السؤال الذي يطرح:

ماذا لو اتفق الزوجان على أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع؟

إن المشرع الجزائري في ق.أ.ج في المادة 54 منه لم ينص على هذه الحالة وهذا يحيلنا إلى قواعد الشريعة السالمية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

ففي هذه الحالة لو خالعت الزوجة زوجها على أن تقوم بحضانة ولده منها، صح الخلع، ولزومها القيام بحضانته المدة المحددة لها شرعا، فلو هربت أو مات الولد أو ماتت هي كان للزوج أن يرجع عليها أو على ورثتها بما يعادل أجرة الحضانة عن المدة الباقية إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك.[2]

إذا اتفق الزوجين على أن يطلقها مقابل أن تتنازل الزوجة عن حقها في الحضانة، ففي هذه الحالة الخلع سيكون صحيحا، أما التنازل سيكون باطلا لأن الحضانة تعتبر حقا للحاضنة شرعا وقانونا ولا يمكن التنازل عنها.

الفرع الثالث: التفريق بين المتخالعين فورا

من آثار الخلع أيضا أنه يتم التفريق بين المتخالعين فورا بحيث هناك من اعتبر أن الخلع فسخا لعقد الزواج وليس طلاقا وهذا ما جاء به المذهب الحنبلي في حين المذهبين

[1] – دلاندة يوسف، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 351 .

[2] – أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية، 1998، ص 142.

المالكي والحنفي فإنه يعتبر الخلع طلاقا بائنا بدليل أن الهدف من وقوعه هو درء الضرر عن الزوجة.[1]

موقف المشرع الجزائري

يقع الطلاق في قانون الأسرة الجزائري المستنبط من الفقه الإسلامي رجعيا، إلا المكمل للثلاث وكذا الطلاق قبل الدخول والطلاق على مال كالخلع أو الذي يوقعه القاضي بناء على طلب المرأة، ففي هذه الحالات يكون الطلاق بائن، فإذا أراد الزوج مراجعة زوجته لا يكون له ذلك إلا بعد عقد جديد، والطلاق البائن على نوعين بينونة صغرى وبينونة كبرى، **فما هو نوع الحكم الذي يمكننا أن نستنبطه للخلع في قانون الأسرة الجزائري؟**

لم يتطرق المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بأمر02/05 والمؤرخ في: 2005/02/27 إلى نوعية الفرقة الحاصلة بين الزوجين عن طريق الخلع، عكس بعض القوانين العربية التي اعتبرته طلاق بائن، ولما كان الخلع افتداء بمال من الزوجة إلى الزوج، كان حكمه كالطلاق على مال فقد اعتبر المالكية أن الطلاق بعوض هو طلاق بائن، فلا يمكن أن تكون المرأة قد افتدت نفسها بالمال إلا إذا كان الطلاق بائنا، لا يملك المطلق معه مراجعتها في العدة بغير رضاها.

وبما أن قانون الأسرة مستنبط من الشريعة الإسلامية وأن المذهب السائد في الجزائر هو المذهب المالكي، فإنني أرى أن قانون الأسرة الجزائري في التعديل الأخير، اعتبر الفرقة عن طريق الخلع طلاق بائن خصوصا بعد أن حوّله إلى حق خالص للزوجة

[1] – حبار أمال، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة وهران1 أحمد بن بلة (الجزائر)، العدد18جانفي 2018، ص198.

يمكنها أن تستعمله متى قدّرت ذلك دون موافقة الزوج، فلا يمكن أن نعتبره حقا محضا للزوجة ثم يكون رجعيا.[1]

[1] – سليم سعدي، المرجع السابق، ص60.

الخاتمـــــــــــ

الخاتمة:

الحمد لله الذي وفقني على إتمام هذا البحث والذي تطرقنا فيه إلى صور فك الرابطة الزوجية، والأسباب المؤدية إليه، وهو حديث يتعدى ويتجاوز النطاق القانوني والقضائي إلى مجال أوسع يرتبط بكيان الأسرة واستمرارها.

ويستنتج مهما كان الطلاق منصوص بالنص القانوني، وكانت طرق تطبيقه على المستوى القضائي سليمة فإن تنفيذه هو المقياس والميزان الذي توزن به مصداقية الأحكام، والقرارات القضائية، ويتجلى ذلك في توعية المقبلين على الزواج بمعايير اختيار الشريك للآخر والتي يجب أن يكون مقومها الأساسي هو الدين الإسلامي.

حيث حدد المشرع الجزائري صور فك الرابطة الزوجية، وساير في بعض الأحيان ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر من مصادر قانون الأسرة.

إلا أنه من خلال دراستنا لموضوع يتضح لنا أن هناك العديد من المسائل التي أهملها المشرع ولم يتطرق إليها رغم أهميتها، ونقاط أخرى أتت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية والتي أدى تطبيقها إلى إشكالات عديد، مما يمكننا من إبداء بعض الملاحظات الآتية:

- يتبين من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة أنه لاوجود للطلاق مالم يصدر حكم قضائي به، مما يعني أن المشرع لا يعترف بالطلاق الذي يوقعه الزوج خارج المحكمة، وهو أمر غير منطقي إذ أنهه من جهة ينص على منح الزوج الحق في الطلاق بإرادته المنفردة ومن جهة أخرى لا يعترف بالطلاق مالم يصدر حكم قضائي والتسليم بهذا يؤدي إلى إشكالات عديدة سواء من حيث ازدواجية العدة الشرعية والقانونية، وإلزام الزوج الإنفاق على امرأة لم تعد زوجته من الناحية الشرعية وثبوت الحق في التوارث رغم عدم صحته من الناحية الشرعية إلى غيرها من الإشكالات التي يجب على المشرع أن يتداركها بالتنسيق بينما متطلبات الرسمية في الطلاق ومراعاة أحكام الشريعة في نفس الوقت.

- تحديد المشرع لمقابل الخلع بموجب نص المادة 54 من قانون الأسرة بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل فيه إجحاف في حق الزوج، خصوصا إذا دفع الزوج صداق يفوق بكثير صداق المثل وهو أمر مخالف لأحكام الشريعة التي تقضي بأنه على الزوجة أن ترد لزوجها ما أصدقها مما يستوجب على المشرع إعادة النظر في هذه المسألة.

–جعل المُشرِّع الجزائري الطَّلاق بيد الزَّوج باعتبار أنَّ العصمة بيده فإنَّهُ بالمقابل لم يهمل دور المرأة في فك الرَّابطة الزَّوجية بإحدى الطريقتين سواء كان ذلك بالتَّطليق أو الخلع.

- بالرَّغم من أنَّ المُشرِّع جعل للمرأة الحقَّ في فكِّ الرَّابطة الزوجية إلا أنَّهُ لم يجعله حقًا مطلقًا وإنَّمَا قيد ذلك بأسباب تُأسس بمقتضى الزَّوجة حقها في طلب التَّطليق فإذا ما ثبت أنَّ دعواها مؤسسة كان لها الحقُّ في طلب التَّطليق وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك

- يتبين من خلال المادة 79 من قانون الأسرة أن المشرع أجاز مراجعة مبلغ النفقة ولكن قيده بشرط يتمثل في مرور سنة من الحكم به، غير أنه خلال هذه الفترة قد يطرأ على صاحب الحق في النفقة ظروف استثنائية كأن يصاب بالمرض مثلا، فيحتاج بذلك إلى رفع مبلغ النفقة وهو لم يجزه المشرع الجزائري على خلاف المشرع الفرنسي الذي جعل الحق في مراجعة مبلغ النفقة مرتبط بالظروف المستجدة على صاحب الحق، مما يتعين عليه إعادة النظر في هذا الموضوع.

- إلا أننا لا ننكر الدور الايجابي الذي لعبه المشرع الجزائري حديثا من خلال تعديله لقانون الإجراءات المدنية الصادر بالأمر 154/66 فبراير 2008 حيث خص الكتاب الثاني منه للإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة و ذا يكون المشرع قد استجاب للنداءات الصارخة والرامية إلى إحداث قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة ومن ايجابيات المشرع في هذا التعديل انه و لأول مرة قد نظم الإجراءات المنظمة للطلاق بالتراضي تفصيلا وعلى انفراد وخص تسعة مواد لتوضيح الية التقاضي فيه من المادة 427 إلى المادة 435 ق,إ,م,إ هذا ما يبرر الأهمية الكبيرة لهذا النوع من الطلاق نظرا للجوء الغالبية إليه من جهة ونظرا لأنه النوع الوحيد الذي يختصر طول أمد النزاع ويكرس المساواة والرضائية في الفرقة بين الزوجين من جهة أخرى.

اقتراحات:

- ✓ إلغاء المادة (49) ق،أ،ج. وذلك لمخالفتها الصريحة لأحكام الشريعة الإسلامية أما: مسايرة الشريعة الإسلامية في اعتبار الطلاق حق إيرادي للزوج لا يخضع للشكل القانوني ومتى أوقعه الزوج وتوفرت فيه الشروط اللازمة كان صحيح ومرتبا لآثاره.
- ✓ تعديل المادة (49) على النحو التالي:

- لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر وإذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق يثبته من تاريخ وقوعه، وعلى كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال اسبوع من تاريخ التلفظ ومما تقدم شرحه يمكن أن نستخلص بعض التوصيات:

- بالنسبة للخلع حبذا لو أن المشرع يضيف مواد تتكلم عن الخلع بكل جوانبه، لأنه حصره في مادة واحدة، ولم تكن وافية وذلك لمعالجة النقاط التالية (ما لم يوجد في النص ترجع لأحكام المادة 222)

- تحديد الحالات التي تخول للمرأة الاختلاع من زوجها
- تحديد بدل الخلع الذي تدفعه الزوجة صراحة مقابل طلاقها
- تحديد الأشياء الممنوع التعامل فيها وذلك للحيلولة دون أن تكون بدل الخلع.

- ✓ ويعُاتب على المُشرِّع الجزائري أنه لم يعُطي التكييف القانوني الواجب لكل من الخلع والتَّطليقٌ مما أدى في كثير من الأحيان إلى وقوع خلط بينهما، كما لم يبين بشكل جلي شروط وآثار كل منهما. فلم يرد في القانون الجزائري أي نص يبين ذلك فحبذا لو تمَّ استدراك ذلك في التعديلات المقبلة وأخذها بعين الاعتبار.

أخير ندعو المشرع إلى ضرورة تعديل نصوص قانون الأسرة وتدارك النقائص الموجودة بما يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية وذلك للمحافظة على الرابطة الزوجية.

قائمـــــــــــــة

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر

- **القرآن الكريم**

ثانيا: المراجع باللغة العربية

أ- الكتب:

1. ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، د ط، دار المعارف، القاهرة، مصر،1981، مج6 ، ج49 .
2. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 1997.
3. ابن منظور، لسان العرب، ج10 ، دار صادر، د س ، بيروت.
4. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004
5. أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1 ، دار المسيرة، عمان، الأردن، 200 .
6. باديس ذيابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء**، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 .
7. بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة– الخطبة– الزواج – الطلاق – الميراث الوصية)ج1**، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005.
8. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث الوصية، ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية ،ط،2004.
9. بن زيطة الهادي، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار الخلدونية، للنشر، الجزائر،2007 .

10. تشوار جيلالي، **الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 .

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

12. جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي الفقه والقانون**، دار حامد، الأردن، 2009، .

13. دلاندة يوسف، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2011.

14. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي**، دار قنديل، عمان، 2010 .

15. رمضان علي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2002، .

16. رمضان علي، السبد الشرباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة،2001.

17. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصا، شرح، تعليقا، تطبيقا، للقانون (08- 09) المؤرخ في 18 سفر سنة 1429ه الموافق ل25 فبراير 2008مّ ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزء الأول ،ط جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدا، عين مليلة الجزائر.

18. السيد سابق ، فقه السنة ، دار الفتح للإعلام العربي، مصر، الطبعة الأولى، 2000.

19. سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر للطباعة، بيروت،1973 ،.

20. شوقي ضيف، **معجم الوسيط ط4** ، مكتبة الشروق الدولية، مصر،.2003 .

21. الشيخ أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة المعاملات.

22. الشيخ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، من رسائل الإسلام والمجتمع، ط1، جانفي 2003.

23. صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد، **المعجم الصافي في اللغة العربية**، ب د ن، الرياض، د س ن .

24. صالح بن غانم السدلان، النشوز (ضوابطه – حالاته – أسبابه – طرق الوقاية منه)، وسائل علاجه في ضوء القرآن والسنة، ط4 ، دار بلنسية، الرياض– السعودية 1417 ه1993.

25. طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعم باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات، المدخلة عليه الأمر05/02** المؤرخ **في 2005/05/02 مرفق بنماذج قضائية بعرائض الأحوال الشخصية**، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 .

26. عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار أبن حزم الطبعة الأولى 1418هـ –1998م، بيروت– لبنان.

27. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط4، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008..

28. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية.

29. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 3، د.ج، الجزائر، د.ت.

30. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط5، دار هومة، الجزائر، 2018.

31. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر،2009.

32. عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة ،2001، الجزائر.

33. عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له**، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2007

34. عبد القادر داودي، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة**، دار البصائر، ط1 ، 2007.

35. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

36. عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة– الجزائر.

37. علي عبد الواحد وافي، الأسرة والمجتمع، القاهرة،

38. علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة – أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004..

39. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، الجزائر.

40. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر،2008.

41. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1967

42. فتيحة سويسى ، النشوز في ظل الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للضاء،2004 الجزائر.

43. فضيل العيش، شرح وجيز للقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، الجزائر، 2008.

44. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، المكتبة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986 .

45. لحسن الشيخ آث ملويا، بحوث في القانون، دار هومة، الجزائر، 2003 .

46. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014.

47. مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.

48. محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1948 .

49. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، أغسطس1957.

50. محمد أحمد سراج، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

51. المستشار حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاءا طبقا لآخر التعديلات الصادرة بالقانون، دار الأفاق العربية، سنة الطبع2000.

52. منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحكام الشخصية أحكامه آثاره، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الاصدار الثاني، 1430هـ2009 -م.

53. منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2010.

54. ناجي بلقاسم، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.
55. نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام لطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، 2003 .
56. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، ج07 ، الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط2 ، دمشق.
57. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار الفكر، سوريا، 2012.

ب- المقالات والبحوث العلمية

1. تشوار حميدو زكية، الدور الإيجابي للقضاء في تفسيره المادة 54 ق أ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،2003
2. حبار أمال، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة وهران1 أحمد بن بلة (الجزائر)، العدد18جانفي 2018.
3. رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، جامعة جيجل، العدد السابع، مارس 2017.
4. محمد أحمد البديرات، مدى اعتبار الايدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقه الإسلامي- دارسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، الأردن،2006 .
5. محمد عطاش عليوي، مقال حكم طلاق المريض مرض الموت، مجلة الفتح، العدد 22 ، ب د ن، ب م ن ، 2000 .

جـــ- المذكرات والأطروحات الجامعية:

1. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008.
2. آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2014.
3. عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السانيا ،2004 – 2005.
4. مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في– القانون الخاص) ، جامعة بلقايد، تلمسان، 2009، 2000.
5. صغير سمية، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري– مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي ،2015/2014.
6. عزيرية يوسف، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004.
7. اليزيد عيسات، التطليق بطب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر ،2003.

8. معتصم عبد الرحمان محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، رسالة للحصول على درجة الماجيستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2007
9. خالد قاري، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة ،2013.
10. نذير سعاد، التطليق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2013/2012، ص 30.

- **القوانين:**

1. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008، المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية.
2. قانون الأسرة 2005.
3. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في2005/02/27 .
4. قانون رقم84 /11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02 / 05 المؤرخ في 27 فبراير2005 .
5. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية لسنة 2007، العدد 17 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية لسنة 2005 العدد 31.

- **القرارات القضائية:**

1. ملف رقم ، 179696 ، ، /03/ 98 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998 .

2. قرار المحكمة العليا، غ أ ش ملف رقم 213571 الصادر بتاريخ 1990/06/16 عام 2001.
3. م.ع.غ.أ.ش،12 - 07 - 1992،م.ر 83603 ،م.ق2001،عدد خاص بالاجتهادات القضائية.
4. قرار رقم 19827، المؤرخ في 1979/04/16، القضية (ك.ي) ضد(ل.ي)، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02 ،1981 .
5. المجلس الأعلى، غ.أ.ش،08 - 02 - 1982،م.ر26709، ن.ق 1982.
6. المحكمة العليا قرار بتاريخ 82/02/08 – نشرة القضاة (1982).
7. المحكمة العليا قرار بتاريخ 84/06/11 ملف رقم 33652 (غير منشور).
8. المحكمة العليا قرار بتاريخ 99/03/16 ملف رقم 216239 م.ق عدد خاص.
9. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ1984 / 07 / 09 ، ملف رقم33762 ، المجلة القضائية لسذة1989 ، العدد الرابع.
10. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ1998 / 02 / 17 ، ملف رقم184055 ، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة1989 .
11. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ1998 / 05 / 19 ، مك189324، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة2001.
12. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ1998 / 05 / 19 ، ملف رقم189324 ، المجلة القضائية، لسنة 2001، عدد خاص.
13. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ1998 / 05 / 19 ، ملف189324، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة2001.
14. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بثاريخ2000 / 11 /

21 ، ملف، المجلة القضائية لسنة2001 .

- **الأوامر**

1. الأمر 02/05، المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم.
2. الأمر 155/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 48، المؤرخ في 10 يونيو 1966 المعدل والمتمم.
3. الأمر 58 -75 المؤرخ في 20 رمضان 1935 الموافق 26 سبتمبر . 1975 05المؤرخ في / 13 ماي / 2007 /بالقانون رقم07 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
4. الأمر 11/84مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24 المؤرخ في 12 جوان 1984 المعدل والمتمم..
5. الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخ في 1975/09/30، المعدل والمتمم.

فهـــــــ

فهرس المحتويات

فهرس الموضوعات	الصفحة
شكر وتقدير	
الإهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ–و
الفصل الأول: صور فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة وإرادة الزوجين المشتركة	
تمهيد	**8**
المبحث الأول: فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج	**9**
المطلب الأول: مفهوم الطلاق	**9**
الفرع الأول :تعريف الطلاق ومشروعيته	**9**
الفرع الثاني: حكم الطلاق والحكمة من مشروعيته	**13**
الفرع الثالث: القيود الشرعية لإيقاع الطلاق	**15**
الفرع الرابع :الأسباب المشروعة لإيقاع الطلاق	**18**
المطلب الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي	**21**
الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي وحكمه	**21**
الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسفي	**27**
الفرع الثالث: صور الطلاق التعسفي	**30**
المطلب الثالث: الطلاق للنشوز	**38**
الفرع الأول: مفهوم الطلاق للنشوز وطرق إصلاحه	**39**
الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد حالات النشوز	**43**
المبحث الثاني: فك الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة (التراضي).	**49**

المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي وأسبابه ومبرراته.	49
الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي.	49
الفرع الثاني: أسبابه الطلاق بالتراضي ومبرراته	51
الفرع الثالث: الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري	52
المطلب الثاني: الجانب الإجرائي للطلاق بالتراضي ودور القاضي في ذلك.	55
الفرع الأول: إجراءات الطلاق بالتراضي.	55
الفرع الثاني: دور القاضي في الطلاق بالتراضي من خلال آليتي التحكيم والصلح	56
الفرع الثالث: الطعن في أحكام الطلاق بالتراضي	58
الفصل الثاني: صور فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة	
تمهيد	63
المبحث الأول: الأساس القانوني في فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة	64
المطلب الأول: مفهوم التطليق وأسبابه	64
الفرع الأول: تعريف التطليق ودليل مشروعيته	64
الفرع الثاني: أسباب التطليق	68
المطلب الثاني: الآثار المنجرة عن التطليق	78
الفرع الأول: آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للزوجة	78
الفرع الثاني: آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للأبناء	83
المبحث الثاني: الخلع	88
المطلب الأول: تعريف للخلع	88
الفرع الأول: تعريف الخلع لغة	89
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي	90

الفرع الثالث: التعريف القانوني	**94**
المطلب الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته	**96**
الفرع الأول: حكم الخلع	**96**
الفرع الثاني: دليل مشروعيته	**98**
الفرع الثالث: التمييز بين الخلع وبعض حالات انحلال الرابطة الزوجية	**100**
المطلب الثالث: الآثار المنجرة عن الخلع	**104**
الفرع الأول: حالة اتفاق الزوجين على مقابل الخلع	**105**
الفرع الثاني: عدم اعتبار الحضانة مقابل الخلع	**106**
الفرع الثالث: التفريق بين المتخالعين فورا	**110**
الخاتمة	**113**
قائمة المصادر والمراجع	**117**
فهرس المحتويات	**128**
ملخص	

ملخص:

إن الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان وأي إخلال بهذا المبدأ أو أي عدول من الزوج عنه قد يلحق بالزوجة ضررا أيّا كان نوعه إذا فعل ذلك لمجرد إلحاق الأذى بها فلها الحق في الطلاق.

وقد تستحيل الحياة بين الزوجين وتفشل معها محاولات الصلح فيكون لزاما أن تنحل رابطة الزواج بالطلاق رغم أنه حادث مشؤوم للأشخاص الذين يشملهم ومؤشرا واضحا لفشل نسق الأسرة، إلا أن الله أباحه عند الضرورة، حيث يمثل فك الرابطة الزوجية صور كالطلاق والتطليق والخلع والطلاق بالتراضي.

وتهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على عدةّ نقاط ومواد قانونية متعلقّة بالموضوع من المواد 48، 53 والمادة 73 إلى 80 وذلك من خلال إبراز نظرة القانون لموضوع إنها الرابطة الزوجية ، ولقد حذى المشرع الجزائري في تنظيمه للأحكام المتعلقّة بالطلاق حذو الشريعة الإسلامية، بحيث تكمن أهميته كونه يبرز حق طرفي العلاقة الزوجية في استفاء حقهما من المسؤول عن الضرر ،وإن هذا الحق خاضع لمحض السّلطة التقّديرية لقاضي الموضوع .

الكلمات المفتاحية: فك الرابطة الزوجية الطلاق التعسفي، الطلاق للنشوز، الطلاق بالتراضي، التطليق ، الخلع.

Abstract:

The basis upon which marital life is based is to maintain a kindness or dismissal with kindness, and any breach of this principle or any abandonment by the husband of it may cause the wife harm of any kind, if he does so merely to inflict harm on her, she has the right to divorce.

Life between spouses may become impossible, and reconciliation attempts fail with it, so it is necessary for the marriage bond to be dissolved by divorce, although it is a disastrous accident for the people it includes and a clear indication of the failure of the family system. However, God permitted it when necessary, where the dissolution of the marital bond represents images such as divorce, divorce, divorce and divorce by mutual consent.

This study aims to stand on several points and legal materials related to the subject from Articles 48, 53 and Article 73 to 80, by highlighting the law's view of the issue of the marital bond. The right of the parties to the marital relationship to recover their right from the person responsible for the damage, and this right is subject to the sole discretion of the subject judge.

Keywords: Dissolution of the marital bond, arbitrary divorce, divorce for disobedience, divorce by mutual consent, divorce, khul'.