

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

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

تخصص: ماستر قانون أسرة



قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

بعنوان

انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة

إشراف الأستاذ

د.مقروف محمد

اعداد الطلبة:

- عايب يمين
- فتحي محمد

لجنة المناقشة:

د. براج السعيد

د. مقروف محمد

د. لعامرة عبد الرزاق

رئيسا

جامعة محمد بوضياف

مشرفا و مقررا

جامعة محمد بوضياف

ممتحنا

جامعة محمد بوضياف

السنة الجامعية: 2022/2021

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع : القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) غايب محيين

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 202261839

الصادرة بتاريخ 29-10-2019 عن دائرة/ بلدية للمسيلة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة ب:
مذكرة مكالمة لتبيل شهادة ماجستير ألكا دكيكي : تجديف قاتون أسرة
يعنون : إتحاد الرابطة التوجيهية لطلاب من السرحية في قانون الأسرة الحبر قرى
المسند الجامعية 2021-2022

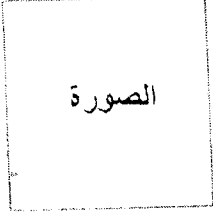
أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ

إمضاء المعني



استمارة معلومات



المعلومات الشخصية:

الاسم: يحيى عايب
الاسم الثاني: عايب
اسم والقب الام: وقودي صرناو
تاريخ الترخيص: 06/12/1979 المكان الاثري: المسييلة
رقم الهاتف: 0656.60.60

تعليم الاكروسي

مركز تخصصي: حي 00 كمسكن رقم الباب 777 حي البدر المسييلة
الباكالوريا:

تخصص: 10,28 شعبة التخصص: الاداب والعلوم الاسلامية سنة الحصول على شهادة البكالوريا: حيوان 2007
تخصص: تخصص

تخصص: تخصص علوم ادارية وقانونية الشعبة سنة التخرج: 02 حي وديلة M 20
تخصص:

تخصص: تخصص قانون أسرة الشعبة سنة التخرج: 2011 - 2011
تخصص: تخصص (تخصص عدم)

توضيح مهنية:

موظف: عاطل عن العمل:

في حالة موظف:

رصيد عمومي: قطاع خاص:

نسخة منحة: بلدية المسييلة اسم المؤسسة / الشركة:

ترتبة في المنحة: متصرف اداري اعلي

انصبة:

موظف اتم: موظف في اطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد (ة) السيد

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 206826603

الصادرة بتاريخ 2021/06/30 عن دائرة/ بلدية المسيلة

المسجل (ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة ب :

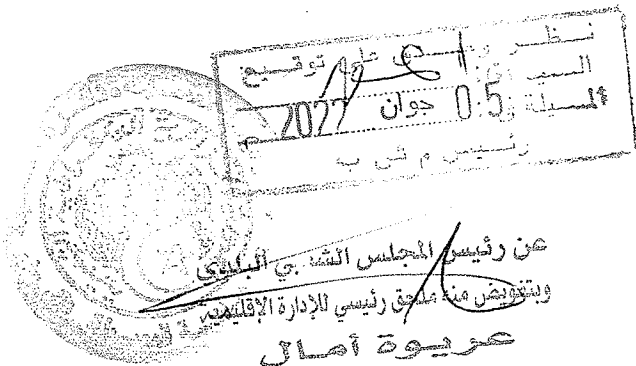
إنعلاق الرأبطة الرزجبة بطلبا من الزرابة

أصرح بشرفي أنني التزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية

المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 2022/06/05

إمضاء المعني



عن رئيس المجلس العلمي بالباربي
ويتضمن منه ملحق رئيسي للإدارة الإقليمية
عريوة أمال

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

اللقب: أوتحي الاسم: محمد
اسم الاب: عبدالله اسم ولقب الام: بوسحاق بركة
تاريخ الايداع: 03/03/1982 مكان الايداع: حمام الضلعة
رقد الهاتف: 0658.14.52.98
البريد الالكتروني: Moh FATHI3000@univ.gh
العنوان الشخصي: حي 290 مسكن التجزئة رقم 04 المساح
البياكلوريا:

سنة: 10/36 الشعبة: آداب وعلوم اسلامية سنة الحصول على شهادة الباكلوريا: 2003
تخصص:

تخصص البكالوريا: علوم قانونية وادارية الدرجة/سنة التخرج: 2007
تخصص:

تخصص الماستر: ماتون اسرحة الدرجة/سنة التخرج: 2021 | 2022
معدل الترتيب الماستر: (المعدل العام)
توضيحية المهنة:

عاطل عن العمل:

موظف:

في حالة موظف:

قطاع خاص:

وظيفة عمومي:

اسم المؤسسة / الشركة:

نصحة متقدمة:

فترة في العمل: ربطت صلة الادارة
الصفة:

نوع العقد:

موظف في إطار عقود:

موظف دائم:

امضاء الطالب



إهداء

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على
أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن
اتبعهم إلى يوم الدين.

أهدي ثمرة جهدي المتواضع
إلى الذين قال فيهما الله عز وجل:
"وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا..."

أبي... حفظه الله.

أمي... حفظها الله.

إلى كل من يحمل ولو ذرة حب لله ورسوله
محمد صلى الله عليه وسلم.

شكر و عرفان

قال الله تعالى " لئن شكرتم لأزيدنكم "

الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافي مزيده، وشكره على توفيقه لنا
في إتمام العمل واقتداء برسوله الذي حثنا على الشكر كما قال

" الشكر قيد النعمة وسبب دوامها ومفتاح المزيد منها "

أسجل عظيم شكري وتقديري إلى أستاذي المشرف " د. مقروء محمد "
حفظه الله ورعاه الذي لم يبخل علي بإرشاداته وتوجيهاته والذي كان
معني على اتصال دائم طول مدة إنجاز هذه المذكرة ولن يتسع المقال
لمقامك وفضلك جزاك الله خيرا

ولا لايفوتني كذلك أن أتوجه بالشكر إلى كل من علمني حرفه أو كلمة
من أساتذتي الكرام من بداية مشواري الدراسي إلى وصولي إلى هذه
المرحلة

وما يجوزتنا لنقول " اللهم ارزقنا شفاعتة سيدنا محمد صل الله عليه وسلم
وأوردنا حوضه واسقنا من يديه الشريفتين شربة ماء لا نظما بعدها أبدا
يا رب العالمين "

وفي الأخير نسال المولى عز وجل أن يجعلنا ممن يكثر ذكره ويحفظ
أمره وان يغمر قلوبنا بحبته ويرضى عنا.

مقدمة

الثنائية الزوجية سنة الله من سنن الله في خلقه ، لقوله تعالى : " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً "

جعل الله نعمة التعارف بين الشعوب و القبائل بالزواج و هي العلاقة الشرعية التي ترضاها النفس ، وقد ذكرها الله تعالى : " يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا "

وجعل الاتصال بين الرجل والمرأة اتصالا كريما مبنيا على الإيجاب والقبول وصون النسل من الضياع والهلاك ولذلك جعل الله الرابطة الزوجية من أقدس الصلات و أوثقها مصداقا لقوله تعالى : " وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا "

وله شهادة على ذلك حماية المرأة الزواج هو أوثق العقود رابطتا بين الذكر والأنثى ولهذا أعطى الإسلام عناية بالغة ومؤسسة للأسرة وأحاطها بقدر كبير من النصوص القرنية وقد اهتم بأحوال الأسرة اهتماما كبيرا من اجل الوصول بها إلى ارفع المستويات من التعاون والمحبة والكرامة .

إن مجموعة الأسر تكون المجتمع والمجتمع يكون الدولة قال الله تعالى **وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً "**

إلا إن الزواج يواجه مشاكل عديدة وينجر على عدم تحقيق الهدف المتوخى منه وقد يكون أحد الزوجين بعيدا عن الغاية التي ناهله لمواصلة الحياة الزوجية لذلك رخص الله تعالى في كتابه الكريم الطلاق اد قال "إذ طلقتهن من قبل ما تمسهن وقد فرضتم لهن فريضة نصف ما فرضتم إلا إن يعفونا أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفو اقرب للتقوى ولا تنسوى الفضل.

لكن جرت السنن الكونية على أن التماسك والمودة والرحمة ليس مصير كل زواج، فقد تحدثت مشاكل تعصف بالأسرة وتعكر صفوها فجعل الشارع الحكيم الطلاق البديل الأمثل للمعالجة الشقاق الحاصل داخل الأسر، لكن إذا استعمل بغير سبب أصبح بمثابة التعدي على حدود الله عز وجل كما أنه مبعوض ومكروه، وقد جعل الله جل وعلا الطلاق بيد الزوج الإيقاعه دون اشتراط رضا الزوجة لأن الأمر الغالب في النساء بحسب طبيعتهن التي خلقن عليها سرعة التأثر والانفعال والانقياد إلى العاطفة والخضوع لها أكثر من انقيادهن وخضوعهن لما يقتضيه العقل والتفكير السليم، بخلاف الرجال فإن الأمر الغالب فيهم هو ضبط النفس عند الغضب والتدبير قبل الإقدام على فعل أي أمر.

ولم يخرج المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة عن القاعدة التي تجعل إيقاع الطلاق بيد الزوج، حيث جعل من الطلاق حق إرادي أصيل للزوج دون الرجوع إلى الزوجة، بمعنى أن إرادتها تتعدم أمام إرادة زوجها في إحداث الطلاق وهذا ما أكدته المادة 48 من الأمر رقم 84/11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد: 15 الصادرة بتاريخ: 27 فبراير 2005.

غير أنه وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أنهما لم يهملتا حق الزوجة في التخلص من رابطة زوجية أصبحت لا تطبقها بسبب إخلال الزوج بواجباته اتجاهها وتضررها من ذلك نتيجة كرهها له ونفورها منه ، حيث فتح لها طريقين لفك تلك الرابطة الزوجية، فيمكن لها اللجوء إلى القضاء لطلب التطلق أو الاقتداء بسبب كراهيتها ونفورها من زوجها إذ فتح لها باب الخلع لاسترجاع حريتها مقابل مبلغ مالي، وبهذا يكون المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة قد واكب ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية، وتتجلى مواكبة المشرع الجزائري لما جاء في الشريعة الإسلامية من خلال نص

المادة 53ق.أ. ج التي تسهل على الزوجة إمكانية طلاقها والتخلص من حياة زوجية لا تطبقها ولو لم يرغب الزوج في ذلك متى توفر سبب من الأسباب المذكورة في هذه المادة حيث أنه في هذه الصورة أصبح للمرأة الحق بنك الرابطة الزوجية ليس بإرادتها المنفردة ولكن عن طريق القضاء متى أثبتت توفر حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 53، كما نجد المادة 54 ق.أ. ج التي تعطي الحق للمرأة لطلب الخلع ، فهاتين المادتين تمكنان الزوجة من إنهاء الرابطة الزوجية بغض النظر عن قبول الزوج أو عدم قبوله.

ويكتسي موضوع التطليق والخلع أهمية كبيرة حيث قضت حكمة الشريعة الإسلامية أن يكون الطلاق بيد الزوج، غير أنها وباعتبارها شرع الله الذي يتميز بالعدل فإنها لم تهمل حق الزوجة في المطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق والخلع من أجل التخلص من حياة زوجية صارت لا تطبقها، وهذا صوتنا لكرامتها وحفاظا على حقوقها، بالإضافة إلى منع التعسف في استعمال حق الطلاق من طرف الزوج.

وحتى تستوفي الزوجة كافة حقوقها في دعاوى التطليق والخلع فقد بين لها المشرع الجزائري الخطوات التي تسلكها لتحقيق ذلك من خلال القانون رقم 08/09.

- عدم معرفة المجتمع وجهله بطرق انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، حيث يحصرها عادة في الخلع فقط.

- كثرة وقوع حالات الإضرار بالزوجة من طرف زوجها ، وهي أهم الأسباب الموضوعية. وفيما يخص الأسباب الذاتية فتتمثل أساس في:

- نفسيا نجد الرغبة والميل إلى هاته المواضيع نظرا لارتباطها بتخصصنا كطلبة قانون أسرة للوقوف في وجه من يحاول تشويه صورة الإسلام بحجج واهية لا أساس لها من الصحة،

وكان الهدف هو إزالة كل القيود الدينية والقانونية المختلفة تدريجيا وبالتالي الحرية التامة حتى أصبحت حدود الله تنتهك علنا وكل حرام أصبح مباحا باسم التطور. كما أننا نهدف من وراء تطرقنا لهذا الموضوع إلى عرض مسألتى التطلق والخلع في قانون الأسرة الجزائري من خلال :

- بيان كيفية رفع دعوى التطلق والخلع والمراحل التي تمر بها.
 - بيان نتائج الأحكام الصادرة في دعاوى التطلق والخلع وتوابعها.
- وعليه كانت إشكالية بحثنا كالتالي: كيف عالج المشرع الجزائري مسألتى التطلق والخلع؟ سنحاول الإجابة عن هاته الإشكالية باعتماد المنهج الوصفي من خلال التعرف على ماهية التطلق والخلع، وكذا المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحليل العديد من النصوص القانونية التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري والمتمثلة أساسا في المادتين 53 و 54 منه ، وكذا بعض مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع الاستشهاد بالقرارات الصادرة عن مختلف الجهات القضائية.

وقد اعتمدنا خطة ثنائية، حيث قسمنا بحثنا إلى فصلين، الأول تحت عنوان انحلال الرابطة الزوجية بالتطلق ، أما الفصل الثاني فقد جاء بعنوان انحلال الرابطة الزوجية بالخلع ، وأنهينا بحثنا هذا بخاتمة تضمنت مجمل ما تم التوصل إليه من نتائج وكذا مجموعة من الاقتراحات.

الفصل الأول

تمهيد:

لقد حرصت الشريعة الاسلامية على رعاية حقوق المرأة في مختلف المجالات وفي شتى مناحي الحياة، وفي توازن غير مسبوق في عالم ضاع فيه العدل والإنصاف. فكما أعطت الشريعة للرجل وحده حق الطلاق دون سواه، أعطت للمرأة حقا آخر وهو اختيار الرجل المناسب فلا يتم الزواج إلا برضاها، فإن خاب اختيارها وأصابها ضرر يستحيل معه دوام العشرة لجأت للقضاء تطلب التطليق طبقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، لتتخلص من زواج فقدت ثماره وضاعت الآمال المرتقبة منه، فتستر بذلك كرامتها التي أهينت وحقوقها التي هضمت.

لذلك نجد الشريعة الإسلامية قد ساوت بين المرأة والرجل في اللجوء إلى حق إنهاء العلاقة الزوجية، مثلها مثل القانون الذي منح للزوجة حق التقدم للقضاء وطلب التطليق وفقا للأسباب المبررة والمنصوص عليها قانونا.

المبحث الأول: ماهية التطليق

المطلب الأول: مفهوم التطليق

الفرع الأول: تعريف التطليق لغة واصطلاحاً

أولاً: التعريف اللغوي

يعود إلى الأصل طلق تطلقاً، ويقال تطلقت الخيل أي مضت إلى غاية لم تحبس¹، ويقال تطلق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم.²

ثانياً: التعريف الاصطلاحي

التطليق هو رغبة الزوجة في فك الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها، وذلك لوجود سبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.³ من خلال استقراء آراء الفقهاء والأئمة فيما يتعلق بحق القاضي في حل الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، نجد هناك اختلاف واتساع في الأمر، لذلك فنجد كلا من المالكية والحنابلة منحوا للقاضي الحق في تلبية طلب الزوجة وذلك لوجود أسباب كثيرة مثل عدم الانفاق، وكذا العيوب المتصلة بالزوج، والغياب والتفريق للضرر والسجن وغيرها، إلا أنه خالفهم الأحناف في منح هذا الحق للقاضي، إلا من خلال وجود عيب في الزوج، فقصره الإمام أبو حنيفة على العيوب التناسلية في الرجل، بالإضافة إلى الجنون والجذام والبرص.⁴

¹ - المنجد الأبجدي، الطبعة الأولى، دار المشرق، لبنان، 1967، ص 259.

² - المنجد الأبجدي، الطبعة الثامنة، دار المشرق، بيروت، توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 665.

³ - فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، منشورات أمين، د ط، 2008، ص 35.

⁴ - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05/02، دار الوعي، الجزائر، 2012، ص 229.

الفرع الثاني: تعريف التطليق في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري لم يقد بتعريف التطليق، وإنما اكتفى بذكر أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، كما أنه نجد أن المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري أدرجت التطليق ضمن مفهوم الطلاق، والتي تنص على أنه: "الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون" من خلال ما تقدم يمكن أن نصل إلى التعريف التالي: "التطليق هو منح الزوج حق طلب إنهاء العلاقة الزوجية بناء على إرادتها المنفردة، طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية، يفرق القاضي بينهما بناء على حكم قضائي استنادا إلى القانون"⁵

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق وحكمته

لقد شرع الله سبحانه وتعالى فك الرابطة الزوجية إذا استحالت استمرارها بين الزوجين لتكون وسيلة لدرء الضرر الذي قد يحصل لكليهما، ولكن لا يكون ذلك إلا عند الحاجة ولأسباب مشروعة، ومع ذلك فإن الشارع الحكيم قد أبغضه وقيده بإجراءات قصد التقليل منه. والتطليق يعتبر كحق للزوجة بناء على أسباب مشروعة، وقد تناوله الفقهاء على اختلاف مذاهبهم وأخذت به جل التشريعات في البلاد الإسلامية، ومنها قانون الأسرة الجزائري. وبالرجوع إلى كتاب الله العزيز وسنة المصطفى صلى الله عليه وسلم، نجد بأن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي كانت تتحدث عن فك الرابطة الزوجية، كانت تستعمل عبارة "الطلاق" فقط سواء كان طلب انحلال العقد بناء على رغبة الزوج أو الزوجة، ومن هنا يمكن استخراج الدليل من الكتاب والسنة والحكمة من مشروعية الطلاق.

⁵- القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة (الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005، ص18).

الفرع الأول: دليل مشروعية التطليق

يستمد التطليق دليل مشروعيته من الكتاب والسنة وقانون الأسرة الجزائري

أولاً: من الكتاب

لم ترد في كتاب الله الكريم آيات تدل صراحة على مشروعية التطليق، إلا أنه هناك دلالة ضمنية على أن الزوجة حق طلب التطليق إذا لحقها ضرر، ونذكر منها قوله تعالى: "وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا"⁶، ويقول الله تعالى أيضاً: "وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا"⁷، بالإضافة إلى الآية الكريمة حيث يقول عز وجل "طَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَمِاسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا 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"⁸

ثانياً: من السنة النبوية الشريفة

فالمراة حينما منحها الشرع الحكيم حق المطالبة بالتطليق، لم يكن إلا لسبب وضرورة معينة، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتَ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ»⁹

وقوله صلى الله عليه وسلم: «مَا أَحَلَّ اللَّهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلَاقِ»¹⁰ وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَتِي وَالْيَدِ الْعَلِيَا

⁶- سورة البقرة، الآية 231.

⁷- سورة النساء، الآية 130.

⁸- سورة البقرة، الآية 229.

⁹- أبو بكر محمد بن الحسين البيهقي: السنن الكبرى، الطبعة الأولى، دار المعرفة، ج7، ص 316.

¹⁰- أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السيسستاني، سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، شادي محسن الشيبان، ج3، كتاب الطلاق باب في كراهية الطلاق، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، سوريا، 2009، ص 504.

خير من اليد السفلي، وابدأ بمن تعول. تقول المرأة: إما أن تطعمني، وإما أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن: أطعمني، إلى من تدعني « ويتبين لنا هنا أنه هناك دلالة على جواز التفريق لعدم الانفاق أو ما قد يصيب الزوجة من ضرر.¹¹

ثالثاً: من الإجماع

أجمع علماء وفقهاء الأمة الإسلامية على حق الزوجة بطلب فك الرابطة الزوجية وفقاً للأسباب الشرعية والقانونية، ولو بدرجة متفاوتة كعلماء المالكية والحنابلة كان الأمر فيه متسع، فإذا ثبت وجود ضرر للمرأة من طرف زوجها لعدم الانفاق أو الغيبة وغير فجاز إليها طلب التطليق، وكان للأحناف أقل اتساع في الأمر باشتراط الضرر الجسدي في الزوج حتى تستطيع طلب التطليق.¹²

رابعاً مشروعية التطليق في قانون الأسرة الجزائري

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بالفقه المالكي لإعتبارهم أن فك الرابطة الزوجية تكون لكلا الزوجين، بحيث تكون الزوجة بسبب وجود ضرر كالغيبة وعدم النفقة وغيرها، وكذا ما يستتف من المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: ...مع مراعاة المادة هو يحل عقد الزواج بالطلاق، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون¹³

¹¹ - ماجد توفيق سمور، التفريق بين الزوجين للردة أو إباء الإسلام وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة استكمال المتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية، فلسطين - غزة، 2010، ص 10.

¹² - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 09-05)، دار الخلدونية، سنة 2007، الطبعة الأولى، ص 173.

¹³ - أنظر: الأمر 11-84 المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المتضمن قانون الأسرة

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية التطليق

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

فإنه سبحانه وتعالى أمر بالإبقاء على الحياة الزوجية، والصبر على ما يصيب أحد الزوجين قدر الاستطاعة في كتابه العزيز مصداقا لقوله تعالى: « وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا »¹⁴

فإذا كان الهدف من الطلاق رفع الضرر على الزوجين معا أو أحدهما بعد فشل كل محاولات الصلح بينهما، فإن الهدف من التطليق هو رفع الضرر عن الزوجة وهذا من خلال أسباب شرعية، بحيث يتعين على الزوجة ابداء الدليل عن كل ضرر يلحقها، بكل الوسائل المقررة قانونا أمام القضاء.

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

1- تحريم كل أساليب الإضرار والإيذاء بمختلف صورها كالغيبية وعدم الانفاق والضرر المعنوي

وغيرها.

2- تهذيب الرجال وكفهم عن التسلط بحكم التفوق الطبيعي عليهن.

3- حماية حقوق المرأة وحفضها، خوفا من إساءة استعمال القوامة الممنوحة للرجال.

¹⁴- سورة النساء، الآية 19.

- 4- تغيير نظرة الرجل للمرأة لا بإعتبارها منفعة مادية، وإنما وصلة إنسانية تقوم على المودة والتراحم الأسري. 5- حصانة حقوق الأطفال، وما قد ينجر عنه من تهاون الأباء تجاههم. 6- التطليق علاج حاسم ونهائي لما استعصى حله على الزوجين، بسبب تنافر الطباع وتباين الأخلاق.

فالتطليق إذا ضرورة لحل مشاكل الأسر، وبالتالي فهو مشروع عند الحاجة، ويكره عند عدم الحاجة لقوله صلى الله عليه وسلم: «ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق» وقوله أيضا: «أيا امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»¹⁵

المبحث الثاني: الأسباب المبررة للتطليق

لقد منحت المادة 53 من ق.أ. ج الحق للزوجة لفك العلاقة الزوجية بالتطليق، وذلك بعد فشل كل المساعي السلمية بين الزوجين لاستقرار الرابطة ودوامها، وبالتالي إذا استحالت العشرة الزوجية فمن حق الزوجة رفع طلب أمام الجهة القضائية المختصة من أجل حل الرابطة الزوجية. ولكن طلب الزوجة لا بد أن يكون لأسباب مشروعة ووفقا للقانون، وعلى القاضي أن يحكم بطلاقها إذا تبين له صحة ما تدعيه. وعموما فالمادة 53 من ق.أ. ج قد حددت الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:¹⁶

المطلب الأول: التطليق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية والعائلية

يترتب على إبرام عقد الزواج حقوق والتزامات على عاتق الزوجين، فإذا أخلت الزوجة بالتزاماتها فيحق لزوجها أن يطلقها، أما إذا أخل الزوج بالتزاماته اتجاهها مثل الغياب المستمر عنها بدون مبرر، أو عدم النفقة عليها وعلى الأولاد، أو ارتكاب الزوج لجرائم

¹⁵ - مالك بن أنس، الموطأ، الطبعة الأولى، دار الفكر، 1989، ص 489.

¹⁶ - عبد العزيز سعد، إجراء ممارسة دعوي شؤون الأسرة، أمام أقسام المحكمة الابتدائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 80.

معاقب عليها في القانون تحول دون استمرار العلاقة الزوجية، فهنا يحق للزوجة طلب التطليق وفقا للإجراءات القانونية، ومن خلال هذا المبحث سنتطرق لمختلف الأسباب المنصوص عليها قانونا، والتي تجيز للزوجة من خلالها طلب التطليق.

الفرع الأول: التطليق لعدم الانفاق والغيبة أولا: التطليق لعدم الانفاق

يترتب عقد الزواج في ذمة الزوج مجموعة من الالتزامات، من بينها الإنفاق على زوجته، والنفقة واجبة على الزوج وهي لا تسقط بأي حال من الأحوال، فمادامت الزوجة قد سلمت نفسها إلى الزوج بما هو واجب عليها، فيترتب عليه جميع حاجياتها من مأكّل ومشرب، ومسكن وملبس بقدر استطاعته.

1- تعريف النفقة في قانون الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا للنفقة الزوجية، ولكنه حدد مشتملاتها بموجب نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري رقم 05-02 بحيث تنص على أنه: " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".
التعريف اللغوي: نفق ماله ودرهمه وطعامه نفقا، أي نقص وقل ورجل منفاق، أي كثير النفقة¹⁷

التعريف الاصطلاحي: يطلق هذا اللفظ على كل ما يحتاجه المرء من ضروريات الحياة، وهي تشمل الطعام والشراب والكسوة والسكن والعلاج وغيرها من الحاجات.¹⁸

¹⁷ - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، ج4، ص 357-358.

¹⁸ - أيت شايوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، نيزي وزو، سنة 2014، ص74.

2- حكم النفقة:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على وجوب النفقة للزوجة على زوجها، سواء كانت مسلمة أو كافرة، وهذا إذا سلمت نفسها إليه على الوجه الواجب. ودليل النفقة من القرآن الكريم قوله تعالى: "وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ" ¹⁹ ونفقة الأولاد واجبة على الآباء وذلك في حدود الاستطاعة، من مأكّل ومشرب وملبس وغيرها بالمعروف. وقوله تعالى:

أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مَنْ جُدِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ²⁰ وقوله تعالى: « لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ... » ²¹

أما دليل النفقة من السنة: فعن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجة الوداع « اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» ²²

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله عندي دينار قال: أنفقه على نفسك"، قال عندي آخر، قال: أنفقه على ولدك"، قال عندي آخر، قال: أنفقه على أهلك، وفي حديث أبي عاصم عن محمد بن عجلان عن المقبري عن أبي هريرة: "على زوجتك» ²³

أما دليل النفقة وفقا لقانون الأسرة الجزائري، نجده في المادة 74 منه والتي تنص على وجوب نفقة الزوجة على زوجها. أما المادة 78 من ق.أ. ج قد حددت ما تشتمل عليه النفقة

¹⁹- سورة البقرة، الآية 233.

²⁰- سورة الطلاق، الآية 06.

²¹- سورة الطلاق، الآية 07.

²²- أبو زكريا يحيى النووي: شرح صحيح مسلم، (د، ط)، بيروت: دار احطه التراث العربي، ج8، ص 183-184.

²³- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، الطبعة الأولى، دار المعرفة، ج7، ص466.

وما يراعيه القاضي عند تقديره النفقة، أما المادة 80 من ق.أ.ج نصت على مدة استحقاقها. من خلال ما تقدم يتضح لنا أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأسرة الجزائري.

3- شروط وجوب النفقة عند فقهاء الإسلام:

أ- عند فقهاء المالكية:

لقد أوجب فقهاء المالكية النفقة على الزوجة المدخول بها بدون شروط مالم تكن الزوجة ناشرا. بالنسبة للزوجة غير المدخول بها فوجوب النفقة عليها لا بد لها من شروط وهي: سلامة الزوجة من المرض، وبلوغ الزوج، وإطاقة الزوجة للوطء، وبالتالي هنا فإذا اختلف أحد هذه الشروط فلا تجب النفقة.²⁴

ب- عند فقهاء الحنابلة:

فقولهم باستحقاق المرأة للنفقة يخضع لشروطين:

الشرط الأول: يشترط في الزوجة كبر السن يمكن وطؤها، بمعنى أن لا تكون صغيرة لا تحتل الوطء، حتى ولو سلمت نفسها أو تسليم وليها لها، فهي ليست محلا للاستمتاع بها.²⁵

الشرط الثاني: أن تسلم نفسها لزوجها ببذل قدر الاستطاعة، فحرمان أو منع نفسها أو منعها من طرف أوليائها، فهذا لا تجب نفقتها حتى لو طال زمان اقامتهما.²⁶

²⁴- شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (د، ط)، مصر، مطبعة مصطفى محمدى ج 2، ص 508.

²⁵- منصور بن يونس بن إدريس البيهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج4، المصدر السابق، ص411.

²⁶- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة: المغني على مختصر عمر بن أحمد الخزقي، د، ط، الرياض، مكتبة الرياض الحديثة، ج7، ص 601.

ج- عند فقهاء الحنفية:

اشترطوا وجوب النفقة عند تسليم الزوجة نفسها إلى الزوج عند وجوب التسليم، ويقصد بالتسليم التخلية، بمعنى أن تخلي الزوجة بين نفسها وزوجها برفع المانع من وطئها والاستمتاع بها. فإذا تزوجها وهي بالغة سليمة صحيحة وحررة ونقلها إلى بيته فتجب عليه النفقة، ونفس الأمر إذا لم ينقلها لبيته وهي لا تمنع نفسها ثم طلبت النفقة ولم يطالبها بالانتقال فهنا كذلك تجب النفقة.²⁷

د- عند فقهاء الشافعية:

تجب النفقة للزوجة إذا سلمت نفسها لزوجها بالتمكين التام، فهي تستحق الأجرة والمقابل لأنها سلمت ما ملك عليها. أما إذا كانت بالعقد قبل التمكين فهنا لا تجب النفقة، والأصح هنا وجوب المهر، وبالتالي لا يمكن إجابة عوضين.²⁸

كما أنه لا تجب النفقة ولا توابعها الصغيرة لا تحتل الوطاء، بل تجب الكبيرة والمقصود بها هنا هي التي يمكن هي التي يمكن وطئها.²⁹

➤ من خلال تعرضنا لمختلف آراء فقهاء المذاهب الأربعة، استخلصنا أن شروط وجوب نفقة الزوجة متفق عليه بين الفقهاء، والبعض الآخر مختلف فيه. فأما المتفق عليه

نجد:

1. التمكين: بمعنى أن تمكن الزوجة نفسها لزوجها الاستقاء حقها منه، وبالتالي دعوتها له بالدخول كافية لاعتبار التمكين.

²⁷- أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، المصدر السابق، ص 303.

²⁸- ابن القاسم الغزي، حاشية العلامة الفاضل والقنوة الكامل الشيخ إبراهيم البيجوري، (د، ط)، مصر، مطبعة مصطفى الحلبي، ج2، ص 194.

²⁹- محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (د، ط)، نهوت، دار الفكر، ج2، ص438.

2. ألا تكون الزوجة صغيرة غير مطيقة للمباشرة الزوجية. هناك اختلاف بسيط عند المالكية بإضافة شرطين آخرين في غير المدخول بها، وهذا كإضافة على المتفق عليه بين المذاهب وهما:

1. بلوغ الزوج سن الزواج.

2. سلامة الزوجة من المرض.

4- شروط وجوب نفقة الزوجة في قانون الأسرة الجزائري:

من خلال نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري يمكن استخلاص

شروط وجوب نفقة الزوجة على زوجها بما يلي:

أ- الدخول بالزوجة:

وهي أن تتم الخلوة صحيحة بالزوجة، وذلك متى تم الدخول بها إلى بيت الزوجية، أو متى دعيت إليه على الأقل، فإذا لم يم الدخول بالزوجة أو رفضت الدخول رغم دعوتها إليه، فهنا يسقط حق الزوجة في النفقة وحق المطالبة به.³⁰

بالنسبة للمادة 37 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل تنص على أن النشوز يسقط حق النفقة، فهذا الحكم مستمد من الفقه الإسلامي، ولقد ألغيت هذه وتركت فراغا تشريعيا، ولم يتم التطرق الحالة النشوز.

³⁰ - عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الثانية، الجزائر، دار هومة، 2009، ص 105.

ب- العقد الصحيح:

لقد اشترطت المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري رقم 05-02 ، أن يكون عقد الزواج صحيحا شرعا، ومستوفيا أركانه، وبالتالي فغياب ركن الرضا بين الزوجين يبطل عقد الزواج، كما نصت المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: يبطل عقد الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"

ج- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة:

والغرض من هذا الشرط هو تحقيق أهداف الزواج، ولذلك يشترط في الزوجة الكبر لتكون صالحة للإئتناس، وإلا فلا تجب عليها النفقة حتى ولو كان الزواج صحيحا، وذلك لفقدان الانتفاع بثمرات الزواج.

ولقد اشترط المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري بلوغ 19 سنة بالنسبة للمرأة، وذلك لتمكينها من معرفة وإدراك حقوقها وواجباتها الزوجية.³¹

➤ من خلال ما تقدم نستنتج أن المشرع الجزائري قد ساير المذاهب الأربعة في مسألة وجوب النفقة، وذلك من خلال نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك بتحديد شروط وجوب النفقة بأن يكون عقد الزواج صحيحا، والدخول بالزوجة، وأن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية، بغية تحقيق أغراض الزواج وبناء أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون.

³¹ - الحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط4، بن عكنون - الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ج1، ص 171-172.

5- موقف الفقهاء والقانون من التطليق لعدم الانفاق:

أ- موقف الفقهاء من التطليق لعدم الانفاق:

1. رأي فقهاء الحنفية:

يرى فقهاء الحنفية لا يتم التفريق بين الزوجين بسبب عسر الزوج لنفقة زوجته، ويقال استديني عليه³²، فإذا علم القاضي بعجزه وعسرته فلا يحبس، لأن الأصل في الحبس هو زجر الظالم عن ظلمه، أما بالنسبة للزوج المعسر هنا فيلتمس له العذر لعدم القدرة على النفقة، فيأمرها القاضي بالاستدانة كأنما أمرها زوجها، فإذا أيسر الزوج لها حق الرجوع عليه. دليلهم قوله تعالى: **لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا**³³، فمن خلا الآية الكريمة دليل على أن الزوج غير مكلف بالنفقة على زوجته في حال اعساره، وبالتالي فلا يعد هذا سببا للتفريق بينهما.³⁴

وبالتالي اشترط علماء الحنفية عدم قدرة الزوج على الانفاق بسبب فقره وعجزه، وليس بظلم منه، حت يلتمس له العذر.

2. رأي فقهاء المالكية:

يرى فقهاء المالكية بأن الزوجة يحق لها طلب الفسخ بسبب عجز زوجها عن نفقة حاضرة وليست ماضية ترتبت في ذمته، بشرط أنه في حال العقد الزوجية لم تكن تعلم بفقره وعسره، فإذا علمت فلا يحق لها الفسخ. فإذا أثبت الزوج عند القاضي عسره، فيرخص للقاضي

³² - ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، (د، ط)، بيروت - لبنان، دار الكتب العلمية، ج4، ص 349.

³³ - سورة الطلاق، الآية 7.

³⁴ - أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط2، بيروت: دار النفائس، 1982، ص 154-155.

حسب اجتهاده ورؤيته لحال الزوج إمهاله الزمن قدر ما يراه مناسباً لرفع العسر وتحصيل النفقة، وإلا أمره بالنفقة أو الطلاق، وإلا طلق عليه.³⁵

3. رأي فقهاء الشافعية:

ذهب الشافعي أنه في حالة اعسار الزوج، فلها الخيار بين اقامتها معه فلها أن تصبر وتتفق على نفسها من مالها أو مما اقترضته وصار ديناً عليه، وإن لم يقرضها القاضي كسائر الديون المستقرة، وإذا لم تصبر فلها الفسخ عند الحاكم على الأظهر.³⁶

4. فقهاء الحنابلة:

تخير الزوجة في حالة اعسار الزوج بالنفقة عليها بين فسخ النكاح والإقامة مع بقاء النفقة ديناً في ذمته، فإذا اختارت المقام ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك لأن وجوب النفقة متجدد دائماً، فيتجدد لها الفسخ.³⁷

ب- موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق:

لقد تطرق المشرع الجزائري لمسألة التطليق لعدم الإنفاق، بحيث أخذ برأي الأئمة الثلاثة مالك، والشافعي، وأحمد وذلك في جواز التفريق لعدم الإنفاق وذلك من خلال نص المادة 53 فقرة 1 والتي تنص: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لأسباب التالية:

1 عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكون عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون" ومن خلال هذا ذلك يمكن استنتاج الشروط الواجب توافرها القيام حق الزوجة في طلب تطليقها من زوجها كما يلي:

³⁵- أحمد الدردير، الشرح الصغير، (د،ط، الجزائر، مؤسسة العصري، ج2، ص 2015.

³⁶- محمد الخطيب الشربيني، المصدر السابق، ص 442.

³⁷- أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ط1، دمشق: المكتب الإسلامي، 1979، ج8، ص 206-207.

الشرط الأول: امتناع الزوج على الإنفاق على زوجته عمداً، من خلال حرمانها من الغذاء واللباس والعلاج والسكن وغيرها من الحاجيات.³⁸

الشرط الثاني : أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها قبل المطالبة بالنفقة وصدور حكم من المحكمة يلزمه بذلك، ولكنه امتنع عن تنفيذ الحكم وأصر على عدم الإنفاق.

الشرط الثالث: ألا تكون الزوجة عالمة بحالة اعسار زوجها وقت إبرام العقد، فإن كانت تعلم ذلك سقط حقها في طلب التطليق لعدم الانفاق، وهذا راجع لرضاها لحالته المادية، ويقع عبء اثبات علمها بإعساره على زوجها، ويكون ذلك بكافة وسائل الإثبات.

وفي حالة اثبات الزوجة بأن الزوج قام بعملية التغرير أثناء انعقاد الزواج، كأن يتظاهر بالغني والواقع أنه فقير، أو أن العسر كان بعد زواجهما عمدي، وإصرار الزوج على عدم الانفاق يقوم القاضي بتطليقها بناء على ما ثبت.³⁹

الشرط الرابع: إن الاتفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، وبحسب مدخولاته وموارد رزقه، فلا يجوز لها أن تزعم عدم الانفاق عليها إذا طلب طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها.⁴⁰

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم يحدد مقدار النفقة الأدنى التي يعسر بها الزوج، والذي من خلاله يحق للزوجة رفع دعوى التطليق، كما أنه لم يتطرق ويوضح المدة التي من خلالها ترفع الزوجة دعوى التطليق. بالإضافة إلى ذلك لم يبين طبيعة هذه التفرقة سواء أكان طلاقاً رجعياً أو طلاقاً بائناً.

³⁸ - عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، قسنطينة الجزائر، 1989، ص256.

³⁹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص277.

⁴⁰ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 256-257.

ثانيا: التطليق للغياب

من بين الحالات التي تتعرض من خلالها الزوجة للضرر هو غياب زوجها عنها لوجهة معروفة لها أو غير معروفة، وقد تطول هذه الغيبة وتزداد أوضاع الزوجة سوء وتتفاقم، ويعتبر الغياب من بين الحالات التي سمح قانون الأسرة الجزائري للزوجة طلب التطليق فيها من خلا نص المادة 53 في الفقرة الخامسة والتي تنص: " أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة"

وفي البداية نستعرض لتعريف الغائب وموقف فقهاء الإسلام وكذلك قانون الأسرة الجزائري من الغائب، وهل يمكن اعتباره كسبب لطلب التطليق، مع ذكر الشروط اللازمة لذلك.

1 تعريف الغياب لغة واصطلاحا

أ - لغة: فالغياب هو اسم غاب، يقال غاب عنه أي بعد عنه وباينه، والغياب من البعد، وأغابت المرأة غاب زوجها فهي مغيب ومغيبية.⁴¹

ب - اصطلاحا: هو ذلك الشخص الذي رحل عن مقر اقامته، وانقطعت أخباره لفترة طويلة، ولا يعلم مصيره وثبات على بقاءه حيا أو ميتا.⁴²

⁴¹ - أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير، ط5، القاهرة: المطبعة الأميرية، 1922، ج 2، ص627
⁴² - ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، (د ط) الرغاية الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، ص 1.

2- موقف فقهاء الإسلام والقانون من التطليق للغياب:

أ- موقف فقهاء القانون من التطليق للغياب:

من خلال مواقف المذاهب الأربعة يتضح لنا أنهم انقسموا إلى رأيين مختلفين في مسألة التطليق للغياب، فغياب الزوج عن زوجته قد يترتب عنه ضرر، وقد تخشى الزوجة على نفسها الفتنة.⁴³

1. رأي الحنفية والشافعية:

يرى فقهاء الحنفية والشافعية بأن الغيبة لا تعد سبباً للتفريق بين الزوجين وإن طالت المدة، وذلك لإنعام وجود أصل شرعي يمكن أن يقوم عليه هذا النوع من التفريق. وفي هذا يذهب الشافعي في قوله: "أنه لا فسخ ما دام الزوج موسراً وإن غاب غيبة منقطعة"⁴⁴

2. رأي المالكية والحنابلة:

لقد أجاز المالكية والحنابلة طلب الزوجة للتطليق إذا غاب زوجها عنها، وذلك إذا نتج عنه ضرر ولم تصبر على فراقه، حتى ولو ترك لها ما تنفقه على نفسها.

ولكن اشترطوا قبل أن يوقع القاضي الطلاق، بأن يكتب إليه إذا كان مكانه معلوم فيأمره بالحضور وللحاق بزوجه، أو يطلقها إن لم يكن له شأن بها، فإن لم يفعل أحداً من الأمور الثلاثة قام القاضي وطلق عليه.

ورغم اتفاق المالكية والحنابلة على جواز التطليق الذي يترتب ضرر للزوجة من غياب زوجها، إلا أنهم اختلفوا في أدنى مدة يمكن للزوجة رفع الأمر فيها لطب التطليق، وكذلك في نوع الغياب الموجب للتفريق.

⁴³ - محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط2، 1994، مصر: دار محمود للنشر والتوزيع، ص 402.

⁴⁴ - محمد الخطيب الشربيني، المصدر السابق، ص442.

فالمدة التي من خلالها يمكن للمرأة طلب التطليق فيها هي سنة، وفي رواية أخرى ثلاث سنوات فما فوق، وبالنسبة لنوع الغياب فهم لم يفرقوا بين الغياب الذي يكون لعذر كالعلم أو التجارة أو العلم، والغياب الذي لا عذر فيه، لأن الضرر واقع بالزوجة في الحالتين.⁴⁵

أما بالنسبة للمذهب الحنبلي فالمدة الأدنى التي يمكن للزوجة رفع أمرها للقاضي هي بعد مرور ستة أشهر من غياب زوجها، وقد ثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جعل 6 أشهر أقصى مدة للجنود الغائبين عن أهلهم، ثم يعودون وهذا باستشارة ابنته حفصة رضي الله عنها.⁴⁶

كما أن المالكية والحنابلة اتفقوا على أن الغيبة إذا كانت بعيدة، بحيث لا يمكن الاتصال به وحتى وصول الرسائل إليه أو يمكن ذلك ولكن لوقت أكبر، فالقاضي في هذه الحالة يجب عليه أن يفرق بدون إمهال أو عذر، أما إذا كانت الغيبة في مكان قريب فهنا لا يكون التفريق إلا بعد إنذاره بضرورة العودة إلى زوجته، أو نقلها إليه، أو يطلها، فإذا لم يفعل أحداً من هذه الأمور الثلاث يطلق عليه القاضي.⁴⁷

ب- موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للغياب:

لقد تطرق المشرع الجزائري لمسألة التطليق للغياب من خلال الفترة 5 للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولقد عرف المشرع الجزائري الغائب في المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود"

⁴⁵ - محمود عزمي البكري، مرجع سابق، ص 402.

⁴⁶ - موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة، المصدر السابق، ص 31.

⁴⁷ - محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 402.

كما نصت المادة 112 ق.أ.ج على أنه: " يحق لزوج الغائب أن تطلب الطلاق بناء الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون وعليه فإن غياب الزوج يجب أن يكون مقبولا شرعا، وهو إما أن يكون الغرض منه سليما كالسفر لطلب العلم أو تجارة أو عمل. وبالرجوع إلى الفقرة 5 من المادة 53 من ق.أ.ج نجد أنه لا بد من توفر ثلاثة شروط تمكن الزوجة من رفع طلب التطليق وهي:

الشرط الأول: أن يمضي على غياب الزوج سنة فأكثر وذلك من يوم غيابه إلى غاية رفع دعوى التطليق عليه. ولكن يشترط على المحكمة التأكد من الغيبة ومدتها بكل وسائل الإثبات الممكنة.⁴⁸

ومن هنا يتضح لنا أن المشرع أخذ بالمذهب المالكي في تحديد المدة بأكثر من سنة.

الشرط الثاني: أن يغيب الزوج عن زوجته دون عذر شرعي وقانوني دفعه لذلك، كأن يغيب الزوج عن زوجته لمدة سنة أو أكثر بسبب تأدية الخدمة العسكرية، وبالتالي لا يكون الغياب لعذر شرعي مقبول يصلح لاعتباره أن تعمد للإضرار بها. وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الشرط متبعاً بذلك مذهب الحنابلة.

الشرط الثالث: أن يغيب الزوج عن زوجته دون أن يترك له مالا تنفقه على نفسها وأولادها، أما إذا ترك لها مالا لا تنفقه منه فلا يجوز لها طلب التطليق وهذا ما ذهب إليه الحنابلة.⁴⁹

⁴⁸ - اتركمانى نبيلة، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، كلية

الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 59.

⁴⁹ - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، 269.

ومن خلال الشروط السابقة، فعلى القاضي أن يتأكد من توفرها، حتى تتمكن الزوجة من رفع طلب التطليق، فإذا تخلف إحداها ينتفي حق الزوجة في رفعه طبقاً لنص م 53 الفقرة 5 من قانون الأسرة الجزائري.⁵⁰

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يبين أن كان التفريق بسبب الغيبة طلاقاً رجعيًا أو بائناً أو فاسخاً، وهذا عكس ما ذهب إليه التشريعات العربية الأخرى، والتي أجازت التفريق للغيبة لمدة سنة فأكثر بدون عذر شرعي وبعد انذار الزوج، فإذا لم يحضر أو ينقلها إليه يقوم القاضي بالتطليق عليه أو يطلقها، واعتبر القانون المصري في هذه الحالة طلاقاً بائناً، أما القانون السوري فخالف ذلك وأعتبرها طلاقاً رجعيًا.

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

الزوجين أولاً: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

لقد أجاز قانون الأسرة الجزائري طبقاً لنص الفقرة 3 من المادة 53 للزوجة طلب التطليق من زوجها للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.⁵¹

1 تعريف الهجر في المضجع:

أ- لغة: يقال هجر أي صرم وقطع، وهجر الشيء بمعنى تركه وأعرض عنه. وهجر

الزوجة أي اعتزل عنها ولم يطلقها.⁵²

⁵⁰- إيليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود

ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة- الجزائر، 2003، ص 133-134

⁵¹- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 285.

⁵²- المنجد الأبجدي، الطبعة السادسة، بيروت - لبنان: دار المشرق، 1988، ص 1109.

2 الهجر في المضجع في الفقه الإسلامي: فالمقصود به عند الحنابلة وهو أن يهجر فراشها فلا يصاحبها فيه بمعنى أن يدير ظهره لها، أما عند الشافعية فترك مضاجعة الفراش وهجرها فيه.

3 - الهجر في المضجع في قانون الأسرة الجزائري:

لم يعرف المشرع الجزائري الهجر في المضجع، وقد اكتفى بالتطرق إليه كسب من أسباب التطليق، طبقاً لنص المادة 53 فقرة 03 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"

ومما سبق يمكن تعريف الهجر في المضجع: هو ترك الزوج لزوجته وهجرها وعدم مجامعتها بشكل متعمد، بدون وجود سبب شرعي، لمدة تفوق أربعة أشهر.

4 أنواع الهجر في المضجع:

أ- الهجر في المضجع بغرض التأديب:

يعتبر الهجر في المضجع من الوسائل التأديبية التي يقوم بها الزوج في مواجهة زوجته، وذلك بغية تهذيبها. لقوله تعالى: « الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ مِمَّا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَنَاطُتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُوَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا"⁵³. فالشارع الحكيم أوجب على الزوجة طاعة زوجها، وبالتالي لا يجوز لها عصيانه أو النشوز، فإذا لم تطع الزوجة زوجها ولم تأتمر لأوامره فعلى الزوج اتخاذ وسائل الإصلاح لتعود إلى رشدها وبالتالي الحفاظ على الأسرة والحياة الزوجية.

⁵³- سورة النساء الآية: 34.

أما إذا باعت كل هذه الوسائل بالفشل فيلجأ الزوج التأديب الشرعي وهو الهجر في المضجع وذلك علاجاً لعدم طاعتها، ولقد شرع الله هذه الوسيلة لمدة معينة، كأن ينام في غرفة مغايرة للغرفة التي تقام فيها الزوجة، غير أنه اشترط العلماء أن لا يصل الهجر مدة الإيلاء أربعة أشهر".⁵⁴

إن الغرض من الهجر في المضجع هو تأديب المرأة وابعادها عن النشوز والعصيان، حتى ترجع إلى رشدها وتلتزم بواجب الطاعة وتحافظ على أسرتها، وبالتالي يعتبر الهجر في المضجع في هذه الحالة دافع شرعي وقانوني، فلا يحق للزوجة من خلالها أن تطلب التطليق للضرر، كما يتوجب على الزوج عدم التعسف في استعمال هذا الحق، لقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: " فاتقوا الله في النساء، فإنهن عنوان عندكم، ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضرباً غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً"⁵⁵

➤ شروط التطليق للهجر في المضجع طبقاً لقانون الأسرة الجزائري:

- إذا كان الهجر في المضجع دون سبب شرعي مقبول، وذلك بأن يهمل زوجته ويدير لها ظهره ويسيء معاملتها، ويعتبر هذا الشرط ضرر مادي يصيب الزوجة.
- إذا تجاوزت مدة الهجر أكثر من أربعة أشهر متتالية، تقدم الزوجة رفع دعوى لطلب التطليق، ويقع عبئ الإثبات عليها بكافة طرق الإثبات، وتعتبر هذه المدة هي التي يتأكد من خلالها تضرر الزوجة ومقدار صبرها.
- أن تتوفر لدى الزوج نية الإضرار بالزوجة، ولم يكن قصده تأديبها وتهذيبها، إذن يكون قصده من الهجر هو تعذيب الزوجة والنكايه بها.

⁵⁴- بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص276.

⁵⁵- المرجع نفسه، ص 278.

وحتى يتمكن القاضي من تطبيق الفقرة 3 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، يتأكد من توفر الشروط الأساسية اللازمة، وفي حالة غياب أحد العناصر، فهذا لا يجوز للمحكمة أن تحكم للزوجة بالتطليق.⁵⁶

تا - الهجر في المضجع والإيلاء :

تعريف الإيلاء:

1. لغة: الإيلاء حلف أو هو الامتناع باليمين

2. الإيلاء عند فقهاء الإسلام فالإيلاء عند المالكية هي حلف الزوج القادر المسلم والمكلف على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر للحر أو شهرين للعبد.⁵⁷

أما عند الحنفية فالمقصود به ترك قربان الزوج لزوجته أربعة أشهر فأكثر بالله أو بتعليق القرب على ما يشق.⁵⁸

ويرى الشافعية بأنه يصح إطلاق الحلف بامتناعه من وطء زوجته فوق أربعة أشهر، ولا يشمل هذا الأمر الصبي الغير قادر على الوطء.⁵⁹

• الأركان:

1. الحالف: يشترط في الزوج أن يكون مسلما عاقلا يتصور منه الوقاع، سواء كان حرا أو عبدا، صحيحا كان أو مربطا.⁶⁰

2. المحلوف به: وهو أن يتم الحلف بالله تعالى، أو بصفاته.

⁵⁶- اعد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 265.

⁵⁷- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، (د، ط)، نهوت لبنان، دار الفكر، ج1، ص324.

⁵⁸- محمد الشريبي الخطيب، المصدر السابق، ص342.

⁵⁹- ابن الهمام الحنفي، المصدر السابق، ص 231.

⁶⁰- كوهية الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 540.

3. المحلوف عليه: وهي الزوجة ويشترط فيها أن تكون سالحة للوطء، وبالتالي لا يصح من الرتقاء والقرناء أو تكون مريضة لا تقدر على المضاجعة.

4. المدة: فهي محددة بأكثر من أربعة أشهر، وبالتالي فإذا كان الحلف أقل لا نكون بصدد إيلاء. لقوله تعالى: "لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ"⁶¹:

➤ شروط الإيلاء:

1. أن يكون الحلف بالله أو بصفة من صفاته، أي أن يقسم برب العالمين ألا يوطأ زوجته أربعة أشهر.⁶²

2. أن لا تكون مدة الحلف أقل من أربعة أشهر.⁶³

3. أن يكون الزوج مؤهلاً وقت أداء الحلف، وبالتالي تنفي إرادته إذا كان مجنوناً أو معتوها ولا يتم إلزامه.

4. أن تكون الزوجة محلاً للطلاق، فلا بد أن تكون الرابطة الزوجية قائمة بين المولي منها حقيقة أو حكماً في طلاق رجعي.

➤ حكم الإيلاء:

يتمتع الزوج عن القرب من زوجته طيلة مدة الحلف والتي تكون أربعة أشهر، وذلك بعد إلزام نفسه بأمر معين سواء كان عيناً أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وذلك حسب الحالات التالية:

⁶¹ - سورة البقرة، الآية: 226.

⁶² - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 543.

⁶³ - فضيل سعد شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"، نفس المرجع، ص 285.

1- إذا لم يكمل مدة الحلف التي التزم بها، ثم يعود إلى زوجته قبل أن تمر الأشهر الأربعة، فيصبح حانا غير موفي بيمينه، فتجب عليه الكفارة في حالة الحلف بالله أو بصفاته. أما إذا كان التزامه أداء عمل مثل دفع مال فيلتزم بها ومن خلال هذه الحالة نجد:

- القيام بما التزم به مهما كان نوع الالتزام.
- سقوط حق الزوجة في رفع دعوى التطليق في حالة عودة الزوج لها قبل مرور مدة أربعة أشهر.

2- في حالة بلوغ مدة أربعة أشهر وقد أوفي بيمينه، أما إذا مضت المدة ولم يفي الزوج بما التزم، فحسب جمهور الفقهاء ما عدا الأحناف ترفع الزوجة الأمر إلى القاضي والذي يعطي بدوره خيارين للزوج، إما الرجوع أو الطلاق. فإذا قارب زوجته ينتهي الإيلاء، وإذا لم يقاربها طلقها القاضي عليه طلاق رجعية.⁶⁴

ثانيا: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

يقصد بالشقاق استفحال الخصام والعداء بين الزوجين، بحيث يساهم في صعوبة دوام العلاقة الزوجية، لقوله سبحانه وتعالى: " **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا** " ⁶⁵ ، وقد نصت عليه المادة 53 الفقرة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين".

⁶⁴ - بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص418

⁶⁵ - سورة النساء، الآية: 35.

1- موقف

فقهاء الإسلام من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين: لقد أجاز فقهاء المالكية طلب التفريق لوجود شقاق بين الزوجين، وذلك لوجود صعوبة في استمرار العلاقة الزوجية لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار"⁶⁶ ، ومن خلالها ترفع الزوجة طلب للقاضي، فإذا ثبت صحة الدعوى طلقها منه، وإذا تبين العكس رفضت دعواها، وفي حالة استمرار الخلاف يبعث القاضي حكيمين، حكما من أهلها وحكما من أهله لاحتواء

الخلاف والدعوة للصلح والحفاظ على الأسرة لقوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا)⁶⁷ . ويشترط في الحكيمين أن يكونا من أهل الزوجين رجلين عدلين لديهما القدرة على الاقتناع والإصلاح وتخفيف النزاع والحفاظ على تماسك الأسرة.

ففي حالة اختلاف الحكيمين لم ينفذ قولهما، أما إذا كان قولهما في الجمع يكون نافذ حتى بدون توكيل من الزوجين. غير أنه اختلف الفقهاء في نفاذ التفريق للحكيمين إذا اتفقا عليه، بغير توكيل أو اذن من الزوجين، إلا أنه حسب جمهور الفقهاء لا تكون التفرقة دون إذن أو توكيل. ويرى فقهاء المالكية أنه ينفذ القول في الحكم بدون توكيل أو إذن الزوجين لما رواه مالك عن الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه - قال: "اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع".

أما الحنفية والشافعية والحنابلة لم يجيزوا التفريق للشقاق الحاصل بين الزوجين، بحيث لم يعتبروه سببا صحيا يوجب التفريق، بحيث أنه لا يعتبر الخلاص من الأذى الذي حل

⁶⁶ - حافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القرويني، المرجع السابق، ص432

⁶⁷ - سورة النساء، الآية: 35.

بالزوجة، فدور القاضي هو الأمر بحسن المعاشرة والا قضي بتأديبه بما يراه كفيلا بحمايتها منه.⁶⁸

2- موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

لقد استحدثت المشرع الجزائري الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق بموجب نص المادة 53 الفقرة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري، والذي من خلالها يمكن للزوجة التي لحقها ضرر جراء النزاع والشقاق مع زوجها واستحالة استمرار الحياة الزوجية أن تلجأ للقضاء وترفع دعوى التطليق.⁶⁹

ولقد جسدت المحكمة العليا هذه المادة من خلال القرار رقم 224655 الصادر بتاريخ 15/06/1999 وقد جاء فيه ما يلي: من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون).⁷⁰

فإذا تم رفع دعوى التطليق للشقاق الحاصل إلا أنه رفض بسبب عدم اثبات الضرر، ثم رفعت الطلب للمرة الثانية مع الاثبات، يقوم القاضي بتعيين حكيمين، حكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوج وجوبا، وهذا من أجل الإصلاح وإعادة لم شمل الأسرة طبقا لنص

⁶⁸ - رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي

والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 539

⁶⁹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط، ادار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص

205.

⁷⁰ - القرار رقم 224655 الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 15/06/1999 المجلة القضائية، ع. خ، 2001، ص

129.

المادة 56 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائرية. ولهذا فالمطلوب من الحكمين بذل قدر الإمكان والإصلاح بين الزوجين، مع ضرورة تقديم تقريرهما في مدة شهرين طبقاً لما جاء في نص المادة 56 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري.⁷¹

الفرع الثالث: التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري ولمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج

أولاً: التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري

من بين الحالات التي تطرق إليها المشرع الجزائري طبقاً لنص المادة 53 الفقرة السادسة من قانون الأسرة الجزائري، هي حالة تعدد الزوجات المنصوص عليها في المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري.

والتي من خلالها وضع المشرع الجزائري أحكام وقواعد وشروط وجب على الزوج احترامها وعدم مخالفتها. فعلى الزوج اعلام الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، فيقدم طلباً الرئيس المحكمة بالترخيص له بالزواج.

إذا تأكد رئيس المحكمة من المبرر الشرعي الذي قدمه الزوج وكذا قدرته على توفير الشروط الضرورية خاصة من الناحية المادية والمعنوية، يمكن أن يرخص له بالزواج الجديد.

⁷¹ - تنص المادة 56 من ق.أ.ج على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي حكمين ، حكماً من أهل الزوج، وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين"

1- موقف فقهاء الإسلام من تعدد الزواج:

نجد أن هناك اتفاق بين الفقهاء على تعدد الزوجات، وإتاحة التعدد شرطان وهما:

أ- توفير العدل بين الزوجات:

ونعني به المساواة بين الزوجات من حيث الملبس والمسكن والنفقة وحسن المعاشرة، لقوله تعالى : "إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا" ⁷² ، فإذا خشي الزوج التعسف في العدل والمساواة بين زوجاته فإن الله تعالى أمره بالاعتصام على واحدة.

ب- القدرة على النفقة:

فلا يصح للزوج الإقدام على التعدد، إلا بعد التأكد من القدرة على توفير مؤن الزواج والتكاليف اللازمة، وعدم التوقف على أداء النفقة الواجبة للزوجة الأولى. لقوله صلى الله عليه وسلم: " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج. ⁷³

ومن خلال ذلك فإذا تبين انعدام العدل بين الأزواج أو قصد الحاق ضرر بإحداهن، فيمكن للزوجة التي وقع الضرر عليها أن ترفع أمرها إلى القاضي للمطالبة بالتفريق. ⁷⁴

2- موقف قانون الأسرة الجزائري من تعدد الزوجات:

تطرق المشرع الجزائري لموضوع تعدد الزوجات في نص المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري، كما جاء في نص المادة 8 مكرر: " في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع

⁷² - سورة النساء، الآية: 3.

⁷³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص168

⁷⁴ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج 2، ص 345.

دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق". وقد نصت المادة 8 مكررة على: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص ليها في المادة 8 أعلاه.

ومن خلال ما جاء في هذه النصوص، يستخلص أن التعديل القانوني الجديد قد سمح بتعدد الزواج مع فرض مجموعة من الشروط والتي تتمثل في:

أ- أن يكون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة:

والمقصود به أن يتزوج الحد الأقصى المسموح به شرعا، أي يتزوج الرجل مثنى وثلاث ورباع، وما عدا الأربعة فيعتبر زواجا غير شرعي وممنوع قانونا.⁷⁵

ب- اثبات وجود المبرر الشرعي:

فالمبررات الشرعية متعددة وكثيرة ومختلفة حسب الوجهة التي ينظر إليها فلا يوجد معيار التفريق بين مبرر شرعي وغير شرعي.⁷⁶

ومن بين المبررات الشرعية التي يمكن ذكرها هي حالة عقم الزوجة الأولى، وهذا عذر مقبول للزوج لحاجته وحقه في إنجاب الأولاد، ومن بين الحالات أيضا هي المرض الجسيم الذي تعاني منه الزوجة والتي يعيقها عن القيام بالواجبات الزوجية. فكل هاته الحالات تعتبر مبررات مشروعة ومقبولة تتيح تعدد الزوجات. ورغم ذلك وفي جميع الحالات فتقدير وجود المبرر الشرعي متروك للسلطة التقديرية للمحكمة.⁷⁷

⁷⁵ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 86.

⁷⁶ - ابن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 110.

⁷⁷ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 86.

ج- توفر نية العدل:

من بين الشروط التي أقرها المشرع الجزائري لقبول إمكانية تعدد الزوجات والذي جاء في الفقرة الأولى من المادة الثامنة: "توفر شروط ونية العدل" يمكن القول بأن هذا الشرط لا يصلح أن يكون شرطاً باعتبار النية في إقامة العدل بين الزوجات هو امر داخلي لا يعلمه إلا الله، كما أن العدل يكون من حيث المسكن والملبس والنفقة وهذه الأمور لا يمكن الحكم عليها إلا بعد القيام بها. أما بالنسبة للعدل في الميول العاطفي نحو احدى الزوجات فقد كفانا الله جد فيه، لقوله تعالى: "وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا" 78

د- شرط اخبار الزوجة السابقة والزوجة الثانية بالرغبة في الزواج:

من خلال الفقرة الثانية من المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على وجوب اخبار الزوجة السابقة والمرأة التي هو مقبل على الزواج بها فمن خلال ذلك نجد أن القانون اشترط على الزوج قبل ابرام عقد الزواج مع امرأة أخرى، وهو أن يخبر الزوج زوجته السابقة بأنه مقبل على الزواج بامرأة أخرى، وكذلك ضرورة اخبار الزوجة اللاحقة بأنه متزوج من قبل زواج رسمياً.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن الزوج إذا أراد أن يتزوج أكثر من واحدة، فعليه التقيد بالضوابط المنصوص عليها قانوناً، بما في ذلك العدالة والمساواة فيما بينهما. فإذا أخل بتلك الضوابط جاز لزوجة طلب التطليق. بحيث ترفع الأمر للمحكمة وتثبت الضرر الذي لحقها، وتبقى المسألة من تقدير القاضي في الأخير. 79

78- سورة النساء، الآية: 129

79- ابن شيوخ الرشيد، المرجع السابق، ص 204. د مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، (د، ط)، القاهرة، القاهرة: دار الحديث، ج 2، ص 368.

ثانيا: التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج

قد نجد في بعض الحالات قبل ابرام عقد الزواج أن يتفق الزوجين على وضع بعض الشروط، وذلك قصد صيانة بعض الحقوق في المستقبل، ولهذا فيلتزمان بتنفيذ تلك الشروط، ولهذا فقد يحدث أن يخل الزوج بتنفيذ هاته الالتزامات، وبالتالي فهل يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للمحكمة وتطلب التطليق بسبب هذا الاخلال؟

1 مفهوم الشرط

أ- لغة : يعرف بأنه ما يشترطه المتعاقد وما يلتزم به لنفسه ولغيره، والمرأة إذا اشترطت على زوجها أمر في عقد النكاح، فقد ألزمته أمرا .⁸⁰

ب- اصطلاحا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وبالتالي إذا تخلف الشرط انعدم بالضرورة الشيء المرتبط

2- موقف فقهاء الإسلام من التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج:

المقصود بالشروط المرتبطة بعقد الزواج وهي أن يلتزم أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائدة عما يقتضيه عقد الزواج، وهي مختلفة بحسب اتفاق أو اختلاف الفقهاء في الوفاء.

⁸⁰ - علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص 10.

أ- الشروط الغير مخالفة لعقد الزواج:

وهي التي تكون موافقة المضمون عقد الزواج، بحيث تكون موجبة لحكم من أحكام عقد الزواج، والتي تكون أصلا موجبة حتى بدون ابداء الشروط، فمن حق الزوجة أن تشتترط على زوجها النفقة عليها ، أو معاشرتها بالمعروف وغير ذلك. في بعض الحالات قد تتقصد الزوجة مكانة هامة في المجتمع، وذلك بحصولها على شهادات عليا فتساهم بتقديم منفعة عامة، وبالتالي قد تشتترط على زوجها على مواصلتها لممارسة عملها أو إتمام دراستها وغيرها من الأمور.⁸¹

ب- الشروط المخالفة لعقد الزواج:

وهي تلك التي لا يقتضيها عقد الزواج، أو عدم اجازتها شرقا، فلا يحق للزوجة أن تتمسك بشروط مناقضة لعقد الزواج، كأن تشتترط الزوجة أن تكون لها القوامة أو تشتترط أن لا تلتزم بطاعته.

فكل هذه الشروط تكون باطلة باتفاق الفقهاء، مادامت تسعى لإسقاط حقوق موجبة شرعا، وهناك شروط ورد النهي عنها شرعا بنصوص صريحة، كأن تشتترط الزوجة طلاق ضررتها. فعن أبي هريرة رضي الله عنه:- «نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن يبيع حاضر لباد، ولا تتاجشوا. ولا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبته، ولا تسأل المرأة طلاق أختها التكفا ما في صحفتها».⁸²

3- موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لمخالفة الشروط في عقد الزواج

⁸¹ - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص: فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2009، ص 455.

⁸² - أبو عبد الله بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، الجامع الصحيح وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، ط 1، دار طوق النجاة، لبنان، 1422هـ، ص191

لقد أجاز المشرع الجزائري أن يضع الزوجين شروطا قبل إبرام عقد الزواج، مالم تكن تلك الشروط مخالفة لما هو مقرر شرعا وقانونا وفقا ما جاء في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، ولقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب الحنبلي في أصل الاشتراط في عقد الزواج، وقد ألزم القانون بضرورة الوفاء بتلك الشروط ما دامت تعود بالمنفعة لأحد الطرفين أو لكليهما، كما أن المشرع الجزائري قد خص نوعين للاشتراط على سبيل المثال وليس الحصر وهما تعدد الزوجات وعمل المرأة.⁸³

ولهذا وجب على الزوج الوفاء بهذه الشروط، فإذا تخلف عن تنفيذها جاز للزوجة أن تطالب بتنفيذها بما ينبغي، فإذا لم يحصل الدخول يجوز لها طلب فسخ العقد. أما إذا تم الدخول فيمكن للزوجة أن ترفع الأمر إلى القاضي لطلب التطليق الذي تبقى له السلطة التقديرية بما يعرض عليه من معطيات.⁸⁴

ومن خلال الشرطين الذين تطرق لهما المشرع الجزائري على سبيل المثال باعتبارهما الخلاف الأكبر الموجود في واقع الأسرة الجزائرية، وكسبب يعيق استمرار الحياة الزوجية. لهذا نجد المشرع الجزائري أضاف الإخلال بالشرط كسبب قانوني يوجب التفريق القضائي بطلب من الزوجة، وهذا ما نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري بأنه يحق للطرفين الاشتراط بما لا يتنافى مع القانون.⁸⁵

المطلب الثاني: التطليق لارتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا

قد يرتكب الزوج بعض التصرفات المعاقب عليها قانونا، والتي تعتبر كجرائم تمس بشرف الأسرة، وما قد ينتج عنها من صعوبة استمرار الحياة الزوجية، وهذا ما يحدث ضررا للعائلة

⁸³- باديسي ذيابي، مرجع سابق، ص 53

⁸⁴- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 204.

⁸⁵- اسميرة معاشي، مجلة المنتدى القانوني، دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، بتاريخ أبريل 2009، العدد السادس، ص 209.

ولزوجته سواء كان ماديا أو معنويا. والسؤال المطروح هو: هل يمكن للزوجة طلب التطليق لارتكاب الزوج جرائم تمس بشرف الأسرة ويستحيل معها دوام العلاقة الزوجية؟

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

إذا ارتكب الزوج بعض الجرائم وتم إدانته بها، الأمر الأكيد بأن ذلك سيكون له انعكاسات سلبية على الزوجة، وقدرتها على تقبل استمرار العلاقة الزوجية، فلها رفع الأمر للقاضي وطلب التطليق. فما هو موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من ذلك؟

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة

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

ففقهاء الحنفية يرون أن إدانة الزوج بالحبس لا يعد سببا للتفريق مع زوجته مهما كانت مدة الحبس⁸⁶، فمن خلالهم لا تعتبر الغيبة سببا للتفريق حتى بدون عذر.

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

وقد أجاز المالكية التفريق بين التفريق بين الزوجين بسبب الحكم على الزوج بالحبس، لأن الغيبة عندهم سواء كانت بعذر أو بدون عذر تجيز للزوجة طلب التطليق، والسبب من إجازة الطلب هو ما قد يصيب الزوجة من ضرر مادي أو معنوي من تلك الغيبة.⁸⁷

⁸⁶ - في رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عيد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 549.

⁸⁷ - امحمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، مصر، 1996، ص 273.

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة

من خلال نص المادة 53 فقرة 4 من قانون الأسرة الجزائري يتبين لنا أن المشرع الجزائري، قد وضع شروط لقبول دعوى التطليق وهي كالآتي:

1- صدور حكم ضد الزوج في جريمة ما يكون حائز لقوة الشيء المقضي فيه، ويكون غير قابل للطعن فيه سواء كان بالطرق العادية أو الغير عادية.⁸⁸

ونجد أن المشرع الجزائري لم يعطي اهتمام لنوع العقوبة الصادرة ضد الزوج، سواء كانت عقوبة سالبة للحرية بالسجن أو الحبس، وقد تكون غير سالبة للحرية والاكتفاء بالغرامة.

2- أن تمس الجريمة بشرف الأسرة، بمعنى أن تكون التصرفات التي ارتكبها الزوج قد أضرت بسمعة العائلة وشرفها.

والجرائم التي تمس بشرف الأسرة مدلولها واسع، ولهذا يمكن إدراجها ضمن الجرائم الأخلاقية مثل هتك العرض والاغتصاب، وهذا في غياب تصنيف واضح للجرائم الماسة بشرف الأسرة طبقا للقانون العقوبات الجزائري.

3- استحالة استمرار العلاقة الزوجية بصدور الحكم ضد الزوج جراء ما ارتكبه من جرائم تمس شرف الأسرة، وما قد ينتج عنه من نزاعات بين الزوجين، واستفحال الشقاق بينهما. وبالتالي إذا توفرت هذه الشروط، جاز للقاضي الحكم بالتطليق.

⁸⁸ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 266.

الفرع الثاني: التطليق للحكم على الزوج بارتكابه فاحشة مبينة

هناك صعوبة في تحديد الأفعال التي يمكن وصفها "فاحشة مبينة"، وقد ورد في القرآن آيات عديدة تصور لنا الفاحشة واخلالها بالأنظمة والسلوك، مصداقا لقوله تعالى: "وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوَاجَ إِثْمًا كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا" ⁸⁹

والفكر السائد والشائع على أن عبارة فاحشة تتمثل في الزنا، إلا أن المدلول الشرعي للفاحشة أكبر وأوسع وغير محصورة، وهي تشمل مختلف الجرائم التي تم التقرير لها بعقوبات محددة سميت بالحدود من قبل الشريعة الإسلامية، وإضافة إلى الزنا هناك جرائم أخرى منها: السرقة، القذف، الردة وغير ذلك. ⁹⁰

➤ موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة:

من خلال نص المادة 53 فقرة 7 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد منح للزوجة طلب التطليق في حالة ارتكاب زوجها الفاحشة مبينة، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد القصد من الفاحشة المبينة، وهي في الغالب تشمل الجرائم الأخلاقية والخيانة الزوجية. ⁹¹

ومن خلال هذا فقد أقر القانون مجموعة من الشروط لقبول دعوى التطليق، والتي تتمثل في:

1. أن يقوم الزوج بتصرف أو فعل مخل بالآداب العامة، ويكون مناف للعقيدة الإسلامية بحيث يعتبر شرعا من الكبائر.

2. أن تكون العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين وقت ارتكاب الفاحشة المبينة، بناء على عقد صحيح قانونا وشرقا.

⁸⁹ - سورة الإسراء، الآية: 32.

⁹⁰ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 48

⁹¹ - بن شيوخ الرشيد، المرجع السابق، ص 205.

3. أن يكون الفعل مرتكب من قبل الزوج بصفة أساسية، وقد ثبت بالأدلة لاعتباره فاحشة مبينة.

إذا توفرت الشروط السابقة على الزوجة اثبات الضرر الذي لحقها من جراء ارتكاب الزوج لهذه الجريمة، فإن عجزت عن اثبات ذلك فيتم رفض دعاها، ويبقى في الأخير الأمر خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، بما عرض عليه من معطيات.

الفرع الثالث: التطليق للعيوب وللضرر المعتبر شرعا

قد يحدث وأن يحصل للزوج إصابة أو عيب يمنعه من ممارسة الحياة الزوجية بطريقة اعتيادية، كما أنه في بعض الحالات يقوم بتصرفات تجلب الضرر للزوجة، ومن خلال الحالتين هل يمكن للزوجة طلب التطليق؟

أولاً: التطليق للعيوب

قد تطراً على أحد الزوجين أو كلاهما بعض العيوب التي تؤثر على استمرار الحياة الزوجية، وبالتالي التأثير على المقصد الشرعي للزواج مادام أن هناك ارهاق لأحدهما أو لكليهما، فإذا أصيب الزوج بعيب ظاهر يعيقه عن القيام بواجباته تجاه زوجته، تقوم هذه الأخيرة برفع طلب التطليق.⁹²

1. تعريف العيوب:

هو النقص البدني والعقلي الذي يدفع إلى عدم القدرة على تحقيق مقاصد الزواج، ومسايرة الحياة الزوجية وتحقيق الألفة بين الزوجين.⁹³

⁹² - اطاهري حسين، المرجع السابق، ص 113.

⁹³ - عمرو عيسى الفقي، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، (د ط)، مطبعة المجموعة المتحدة، 1998، ص 45.

2. أنواع العيوب التي يجوز التفريق بشأنها:

أ- **عيوب جنسية تمنع من الدخول** : وتشمل الزوجين، فمتى تحققت في أحدهما جاز للطرف الآخر طلب التفريق باعتبارها أسباب جوهرية للتفرقة، فعلى القاضي التأكد من وجودها ودرجة تأثيرها على العلاقة الزوجية، ويستطيع الاستعانة بالخبرة الطبية في هذا المجال⁹⁴، وأهم العيوب التي تكون للزوج هي:

✓ الخصاء: والمقصود به سل الخصيتين.

✓ الجب: ويعني استئصال عضو التناسل.

✓ العنة: وهو ارتخاء في عضو التناسل ويمنع القدرة على الوطء.

✓ الاعتراض: ويعني عدم انتصاب عضو التناسل.

وهناك عيوب تخص المرأة: وهي الرتق، القرن، الفتق، الغفل، البخر.

ب- **عيوب جسدية لا تمنع من الدخول ولكن تؤثر على الحياة الزوجية**: وهي متعلقة

خاصة بالأمراض المعدية أو المزمنة والمنفرة مثل الجنون، الجذام، البرص، السل، الإيدز وغيرها، وحتى وأن هذه الأمراض لا تمنع الدخول إلا أنها تؤثر على الحياة الزوجية.⁹⁵

تعتبر هذه الأمراض مشتركة بين الزوجين والتي تجيز التفريق بينهما، وفي حالة عدم بوجود احدى العيوب في زوجها، يجوز لها طلب التطليق لصعوبة استمرار الحياة الزوجية.⁹⁶

ويقع عبئ الإثبات على الزوجة مالم يعترف الزوج بالعيب الذي أصابه.

⁹⁴ - ابن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 205. 2 المرجع نفسه، ص 193.

⁹⁵ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط2، 1989، ص261

⁹⁶ -

3- شروط التطليق لوجود العيوب:

لقد أوجب المشرع الجزائري مجموعة الشروط لقبول طلب التطليق والتي تتمثل في:

و وجود العيب في الزوج أثناء العقد وعند الدخول.

✓ عدم علم الزوجة بالعيب وقت العقد⁹⁷، وعدم الرضى بالعيب بعد علمها بوجوده.⁹⁸

✓ يشترط في الزوجة أن تكون خالية من العيوب حتى تطلب التطليق.⁹⁹

✓ أن يتأكد القاضي مما تدعيه المرأة بعد رفعها لدعوى التطليق بكل الوسائل، دون

التقيد بزمن معين.¹⁰⁰

ثانيا: التطليق للضرر المعتبر شرعا

لا يحق للزوج إساءة معاملة زوجته أو الاضرار بها قوله تعالى :

وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا¹⁰¹، وعليه معاشرتها بالمودة والألفة، فإذا تجاوز حدود الممنوحة

قانونا وشرعا وأضر بها جاز لها رفع طلب التفريق.

1 مفهوم الضرر: يقصد به إلحاق الزوج الأذى بزوجه سواء كان بالقول أو الفعل،

وتجاوز حق التأديب المقرر شرعا، بحيث يستحيل معه استمرار العشرة الزوجية.¹⁰²

2 شروط الضرر الموجب للتطليق:

⁹⁷ - النجار عدنان علي، المرجع السابق، ص 194

⁹⁸ - العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي بدراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، ط1، 2013، ص139.

⁹⁹ - أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة، عمان - الأردن، ط1، 2009، ص 131.

¹⁰⁰ - فضيل سعد، المرجع السابق، ص277.

¹⁰¹ - سورة البقرة، الآية: 231

¹⁰² - منصور نورة، المرجع السابق، ص64

إذا أرادت الزوجة طلب التطليق لوجود ضرر لا بد من استيفاء مجموعة من الشروط وهي:
أ- أن يكون الضرر محقق الوقوع، بأن يكون حا" أو قد وقع فعلا، فلا يكون احتماليا، وهذا الشرط يصلح حتى قبل الدخول.

ب- أن يكون الضرر شخصا يلحق بالزوجة سواء كان ماديا أو معنويا، فلا يصح أن يلحق بأهلها وإلا فلا يكون موجب للتفريق.

ج- استحالة العشرة الزوجية للضرر اللاحق بالزوجة، والذي من خلاله يستفحل الشقاق ويسود النزاع بين الزوجين.

3- موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للضرر المعتبر شرعا:

لقد أجاز المشرع الجزائري طلب الزوجة للتطليق إذا لحقها ضرر طبقا لما جاء في المادة 53 فقرة 10، متبعا لما جاء في المذهب المالكي وذلك باستعمال عبارة "كل ضرر معتبر شرعا"، ولم يتم تحديد الأضرار لكثرتها وصعوبة حصرها .

كما أن المشرع لم يقيد تلك الأضرار وترك تقديرها للقاضي، والضرر يكون حسب درجة الإيذاء والتضييق الذي حل بالزوجة سواء كان من الجانب المادي أو المعنوي¹⁰³ ومن بين الأضرار التي يجوز للمرأة طلب التطليق فيها هي:

- تعدي الزوج بالضرب والجرح العمدي على الزوجة.

- اتهام الزوجة في كرامتها وشرفها.

- ممارسة الزوج لبعض السلوكات التي تمس بشرف العائلة، مثل ممارسة القمار في المنزل

العائلي.

¹⁰³- ابن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 207.

- الغيبة الغير مبررة وعدم القيام بالواجبات المنزلية.

من خلال ما تم ذكره يتبين أنه يمكن للزوجة رفع طلب التطليق إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي، فبتوفر الحالات السابقة الذكر يجوز للزوجة اللجوء للقضاء لطلب التفريق، ويبقى دائما الأمر خاضع للسلطة التقديرية للقاضي بما عرض عليه من معطيات.

الفصل الثاني

تمهيد:

لقد شرع واضعو قانون الأسرة على منوال الفقه الإسلامي الطلاق علاجاً للخلافات الزوجية حتى لا ينفع معه علاج سواه ومن ثم نجد أن الزوجة لم تعد تحت رحمة الزوج الذي يملك حق الطلاق بل فتحوا لها طريق آخر من خلاله تستطيع أن تتخلص من الحياة الزوجية تنفذ منها إلى حياة الراحة من زوجة بائسة وبائسة فيسروا لها أن تتفق مع زوجها على الطلاق دون المساس بحقوقها الشرعية وحقوق الأبناء على هذه الفرقة. فنقدم لزوجها ما " لتفتدي به نفسها عندما لا تطيقه دون إيذاء أو ضرر، هذا ما يطلق عليه فقها وقانونا تسمية المخالعة أو الخلع .

لذا سنتناول في هذا الفصل : معنى الخلع ، تقسيماته ، أنواعه وأسبابه وكذلك نتطرق إلى طبيعته، أركانه وشروطه.

المبحث الأول : مفهوم الخلع

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

المطلب الأول : تعريف الخلع

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع تناول الخلع في نص وحيد من دون أن يعطي تعريفاً له، وهو نص المادة 54 منها¹ المعدلة بموجب الأمر 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" . ولذلك وعملاً بنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، فإنه يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإيجاد تعريف للخلع. وعليه سوف نورد تعريف الخلع في اللغة (كرفع أول) ثم تعريفه اصطلاحاً (كرفع ثاني) .

الفرع الأول : تعريف الخلع لغة الخلع في اللغة هو التجريد و الإزالة ، ويقال خلع الشيء يخلعه خلعة وأخلطه أي نزعته، إلا أن في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع، وخلع الثوب والنعل والرداء يخلعه خلعا بمعنى جرده.

وفي حديث كعب: إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة أي أخرج منه جميعه وأتصدق به وأعري منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه.

وخلع إمرأته خلع بالضم، وخلاعا فأخلعت وخالعته أي أزالها عن نفسه وطلقها على بدل منها الله، فهي خالع ومخلعه.²

¹- كانت صياغة المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديل 2005 كما يلي : " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم

الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم " .

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

ولقد ورد تعريفه في مدونة الإمام مالك بأنه: " الخلع في اللغة الإزالة والإبانة، من خلع الرجل ثوبه أزاله وأبانه - والزوجان كل منهما لباس لصاحبه-³ .

كما عرفه في فتح القدير بأنه: " هو النزاع ، خلع ثوبه ونعله ، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا إفتدت منه بمال ، وخالعتها وتخالعة صيغ منها المخالعة ملاحظة لملابسة كل الآخر كالثوب.⁴

الفرع الثاني : تعريف الخلع اصطلاحا :

سنتناول في هذا الفرع التعريف القانوني للخلع (أو) ثم بيان التعريف الشرعي له (ثانية) .
أولا : التعريف القانوني للخلع لم يعط قانون الأسرة الجزائري تعريفا محددًا للخلع ولم يبين حتى الأسباب التي تؤدي إليه من خلال ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 05/02

في المادة 54 منه على أنه: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم " .

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع في قانون الأسرة الجزائري بين أن الخلع هو أحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون حاجة إلى موافقة الزوج، مقابل مبلغ من المال. وهذا يتفق مع ما قاله الإمام ابن رشد في كتابه " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " عندما قال : " والفقهاء أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بين الرجل من طلاق، فإنما لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة (أي كره المرأة)، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل (أي كرهته)⁵ .

³ - الإمام مالك بن أنس الإصبعي ، المدونة الكبرى ، الجزء الرابع ، سنة 1422هـ، ص156

⁴ - الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، سنة 1995 م ، ص 188

⁵ - باديس دياي : صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، الطبعة 2007، دار الهدى، عين مليلة، ص 60

ثانيا : التعريف الشرعي للخلع

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

1- تعريف الخلع عند المالكية :

عرف بعض المالكية الخلع بأنه طلاق بعوض وقولهم " بعوض"، أي معارضة فلو أحال عليها الزوج فماتت أخذ من تركتها أو أتبعته به⁶

2- تعريف الخلع عند الحنفية :

عرف فقهاء الحنفية الخلع بأنه: " إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها - الزوجة - بلفظ الخلع أو ما في معناه.⁷

وقد خرج بقوله " ملك النكاح" الخلع في النكاح الفاسد، وبعد البيونة والردة.

وخرج بقوله " المتوقفة على قبولها" ما لو قال لها : خلعتك وهو ينوي الطلاق ، فإنه يقع بائنا غير مسقط الحقوق.

وخرج بقوله " بلفظ الخلع" الطلاق على مال .

وزاد قوله " أو ما في معناه " ليدخل لفظ المباراة أو المفارقة والمباينة فكلها من الفاظ الخلع.

وأفاد التعريف صحة خلع المطلقة رجعيا، لكون ملك النكاح مازال باقيا عند المطلقة رجعيا⁸

⁶ - سلطان بن محمد بن دعليج ، دعوى الخلع في القضاء السعودي ، دراسة تطبيقية ، رسالة ماجستير ، في قسم العدالة الجنائية ، تخصص

التشريع الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، كلية الدراسات العليا ، الرياض 1434هـ/2013م ، ص 35.

⁷ - ابن نجيم ، البحر الرائق ، الجزء 4 ص 77 ، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار ابن حزم ، بيروت ، 1997 ، ص 49.

⁸ - ابن نجيم ، البحر الرائق ، الجزء 4 ص 77 ، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار ابن حزم ، بيروت ، 1997 ، ص 49.

3- تعريف الخلع عند الشافعية :

عرف فقهاء الشافعية الخلع بأنه: " هو فرقة بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج.⁹

قوله " فرقة " أي بلفظ طلاق سواء كان صريحا أو كناية.

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

قوله " بعوض " قيد أول ، لان الفرقة اذا خلت من العوض كان طلاقا رجعي . وقوله " لجهة الزوج " قيد ثاني لأن العوض إنما يكون للزوج أو سيده، وقوله " مقصود " أي ذو منفعة تقصد منه ولو كمنفعة تعليم القرآن، وخرج بهذا القيد الأعراض التي لا منفعة فيها مقصودة كالحشرات الضارة مثلا¹⁰

4- تعريف الخلع عند الحنابلة :

عرف فقهاء الحنابلة الخلع بأنه: " فراق الزوج لزوجته على عوض منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة¹¹

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

1- صريحة في الخلع : كالمفاداة والخلع والفسخ .

2- كناية في الخلع : المباراة والمباينة والمفارقة .¹²

⁹- ابن شهاب الدين الرملي ، شمس الدين أبو العباس أحمد بن حمزة المنوفي المصري الأنصاري المشهور بالشافعي الصغير : نهاية المحتاج للرملي ، الجزء الثاني ، ص 393 ، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزبياري ، مرجع سابق ص50.

¹⁰- حاشية الشرقاوي : على التحرير الجزء الثاني ، ص 287 ، شرح البهجة ، زكريا الأنصاري الجزء الثاني ، ص 266 ، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزبياري ، ص51،50.

¹¹- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين : الخلع بطلب الزوجة لعدم الوثام مع زوجها ، الطبعة الأولى ، دار ابن فرحون، الرياض ، 2010 ، ص 19.

¹²- المغني لابن قدامة الجزء السابع ، ص67 ، مشار إليه في كتاب عامر سعيد الزبياري ، مرجع سابق ص51.

فالخلع إذا باتفاق الفقهاء طلاق بعوض - أي حل رباط الزوجية - أو ما في معناه نظير عوض.¹³

وعرف الخلع شرعا بأنه : " إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالمبارأة في مقابل بدل مع قبول الزوجة"¹⁴

وعليه تشترك تعريفات الفقهاء الأربعة فيما يلي :

أ- أن الخلع لابد فيه من عوض :

فالخلع مفارقة بين الزوجين على عوض يأخذه الزوج من المرأة أو من غيرها، وبدا يفرق عن الطلاق الذي يحصل به انحلال عقد الزوجية من غير عوض.

ب- أن الخلع لابد فيه من صيغة :

فالخلع عند الجمهور يكون بلفظ الخلع أو ما كان بمعناه مما يدل على فراق الزوج زوجته على بدل .

ج- أن الخلع عقد رضائي بين الطرفين :

فلا بد فيه من الإتفاق بين الزوج وملتمزم العوض من الزوجة أو غيرها، فلا يجبر الزوج عليه، كما لا تجبر الزوجة على دفع العوض فيه، فهو بذلك كسائر العقود الرضائية التي لا تتم إلا بالإيجاب والقبول الرضائي، لكن لو التزم بالعوض أجنبي وخلعها الزوج عليه صح، وبانت الزوجة ، ولزم الأجنبي العوض، لأنه يجوز للزوج طلاق المرأة ابتداءً بغير عوض، فجازت مفارقتها بعوض يبذله الأجنبي.

¹³ - أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية "مصر" 2009 ، ص 127.

¹⁴ - بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون " الزواج والطلاق" دار النهضة العربية "بيروت" ، ص 391-392.

د- اثر الخلع وانه فراق :

بالخلع تحصل الفرقة بين الزوجين، فهو فرقة من فرق النكاح التي يحصل بها إنحلال عقد النكاح وانهاؤه بحيث يصير الزوجان بعده أجنبيين لا علاقة زوجية بينهما.¹⁵

وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أنها تكون مجتمعة في معنى واحد، ومتفقة على أن الخلع من قبل الزوجة يكون بمعاوضة.¹⁶ تدفعها للزوج مقابل مفارقتها له، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 54 المعدلة بالأمر 05/02

المطلب الثاني : التكيف القانوني للخلع وتمييزه عن بعض صور إنحلال الرابطة الزوجية

إذا كان الخلع طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية تلجأ إليه الزوجة للتخلص من رابطة زوجية لا تريدها، هذا يدفعنا للبحث في تمييز الخلع عن غيره من طرق إنحلال الرابطة الزوجية، لكن قبل ذلك لابد من الوقوف عند التكيف القانوني للخلع في الفرع الأول إلى جانب الفرق بين الخلع وبعض حالات الإنحلال الأخرى في الفرع الثاني.

الفرع الأول : التكيف القانوني للخلع بين الفسخ والطلاق

نظرا لما يرافق الخلع من عوض، وما إشتراط بعض الفقهاء فيه أن يكون لدى القاضي وأنه يكون بطلب من الزوجة، كل هذا كان سبب الإختلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذه الفرقة ، وفي هذا الصدد سنبين الإختلاف الفقهي حول إعتبار الخلع طلاق أم فسخا (أولا) وموقف المشرع الجزائري من إعتبار الخلع طلاق أم فسخ (ثانية).

¹⁵ - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين ، مرجع سابق ، ص 19-21.

¹⁶ - الخلع نوعان :

1- خلع بعوض : كأن قال مثلا : خالعتك على كذا وذكر العوض واسم الخلع يقع عليهما .

2- خلع بغير عوض : مثل من قال لإمرأته خالعتك ولم يذكر العوض فإن نوى به الطلاق كان طلاقا وإلا فلا ، لأنه من كنايات الطلاق على رأي أبي حنيفة وأصحابه ، فإن نوى به ثلاثا كان ثلاثا، وإن نوى به إثنين فهن واحدة على رأي أصحاب المذهب الحنفي، ربيحة إلغات ، التفريق بين الزوجين ، دراسة نموذجية للخلع والظهار والإبلاء - رسالة ماجستير حقوق و علوم قانونية وإدارية - جامعة الجزائر ، 1997-1998 ، ص 40.

أولاً : الإختلاف الفقهي حول إعتبار الخلع طلاق أم فسخ

إنقسمت الآراء الفقهية إلى إتجاهين، فهناك إتجاه يرى أن الخلع فسخ للنكاح وإتجاه آخر يرى بأن الخلع يقع به طلاق بائن، فما ثمرة الخلاف وما فائدته؟.

1/ الإتجاه القائل بأن الخلع فسخ :| وهو رواية عن أحمد بن حنبل والشافعي في أحد أقواله، وقول ابن عباس وعكرمة وإسحاق وطاووس وأبو ثور، واستدلوا بالكتاب والسنة.

أ/ من الكتاب :

قوله تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " صدق الله العظيم .¹⁷

وقوله تعالى : " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يعلمون " صدق الله العظيم .¹⁸

ووجه الإستدلال أن الله تعالى عندما ذكر الطلاق ذكره مرتين " الطلاق مرتان " ثم ذكر بعده الإفتداء " فلا جناح عليهما فيما إفتدت به " ثم ذكر الطلقة الثالثة " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره " فلو كان الخلع طلاقاً، لكان عدد الطلقات هنا حسب ما ورد في الآية الكريمة أربعة، وهذا غير صحيح لأن الطلاق مرتان تحل بعدهما المرأة لزوجها، أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تتزوج زوجاً آخر، فإن هو دخل بها دخولا شرعياً ثم طلقها فتحل لزوجها الأول .¹⁹

¹⁷ - الآية 229 من سورة البقرة

¹⁸ - الآية 230 من سورة البقرة

¹⁹ - منال محمد المشني : الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، الأردن، 2008 ص 64.

با من السنة النبوية الشريفة :

واستدلوا من السنة النبوية أنه فسخ عندما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس بن شماس أن يطلق امرأته وأمرها أن تعتد بحيضة واحدة، وهذا دليل آخر على أنه فسخ لاطلاق، فلو كان طلاق لأمرها أن تعد ثلاث حيضات²⁰ ، لقوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ... " ²¹

واستدلوا برواية عن ابن عباس أن إبراهيم بن سعد بن أبي وقاص سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال : رجل طلق امرأته تطليقتين ثم إختلعت منه أيتزوجها ؟ قال صلى الله عليه وسلم " نعم لينكحها ليس الخلع بطلاق " وذكر الله الطلاق في أول أية وأخرها والخلع فيما بين ذلك، فليس الخلع بشيء .²²

وروى نافع مولى عن عمر أنه سمع الربيع بن معوذ ابن عفراء تخبر ابن عمر أنها إختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان، فجاء عمها إلى عثمان بن عفان، فقال : أن إبنة معوذ إختلعت اليوم أفنتنقل؟ فقال عثمان: " لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها إلا أنها لا تتكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل " فقال ابن عمر " عثمان خبرنا وأعلمن²³ كما يجوز وقوع الخلع في الحيض، فلو كان طلاق لم يصح وقوع الخلع فيه، فقد أجازة الرسول صلى الله عليه وسلم بينما أمر الذي طلق في الحيض بمراجعة زوجته . واستندوا كذلك أنه لو كان طلاقا لصحت الرجعة فيه بعد الطلقة الأولى والثانية فلما لم تصح الرجعة فيه، دل على أنه فسخ وليس طلاقا .²⁴

²⁰ - أمينة بن جناحي : دور القاضي في الخلع - دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي - رسالة ماجستير في الحقوق والعلوم السياسية فرع عقود ومسؤولية ، جامعة محمد بوقرة ، بومرداس الجزائر ، 2014، ص29

²¹ - الآية 228 من سورة البقرة

²² - أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ، الجزء الثالث ، المجلد الأول ، دار الفكر للطباعة ص 133-134.

²³ - ابن همام : شرح فتح القدير ، ص 190-191، مشار إليه عند أمينة بن جناحي ، مرجع سابق ، ص 29.

²⁴ - بلبلولة بختة : أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وإنحلاله، رسالة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2005 .

2/ الاتجاه القائل بأن الخلع طلاق :

قال جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والأحناف أن الخلع يقع به الطلاق بآثنا، واستدلوا بقوله تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " وقوله تعالى أيضا : " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما إفتدت به ... " ثم قال الله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى ذكر الخلع بين طلاقين فعلم أنه ملحق بهما .²⁵

و إستدلوا كذلك من السنة بما رواه البخاري في صحيحه، عن عكرمة ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت " يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام " فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أتردين عليه حديقته " فقالت نعم، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : " أقبل الحديقة وطلقها تطليقة " فقد جعله الرسول صلى الله عليه وسلم طلاق، حيث قال الثابت بن قيس اقبل الحديقة وطلقها تطليقة، فهذا كل أن الخلع طلاق. واستدلوا بالمعقول بأن الزوج أخذ العوض على ما يملكه والذي يملكه الطلاق دون الفسخ .²⁶

3/ ثمرة الخلاف وفائدته : وتظهر ثمرة هذا الإختلاف بين الفقهاء وفائدته في النقاط التالية

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

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

- إن كان قد طلقها واحدة، ثم خالعتها، ثم عقد نكاح جديد عليها، فإنها تعود إليه وهو يملك عليها طليقة واحدة فقط .

²⁵- جلال الدين السيوطي، سنن النسائي، الجزء الخامس، دار الفكر بيهوت، ص 168.

²⁶- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي : الخلع في الشريعة الاسلامية ، دراسة فقهية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، مصر،

- إن لم يكن قد طلقها قبل الخلع، ثم خالعتها، ثم أعادها بعقد نكاح جديد فإنها تعود إليه وهو يملك عليها تطليقتين، لأن مخالطته لها قد أعتبرت تطليقة بائنة أنقص من عدد الطلاقات الثلاث التي كان يملكها واحدة فبقيت له عليها طلقتان، فتعود إليه وهو يملك عليها طلقتين.

ب / إن الفرقة التي هي طلاق إذا كانت قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، توجب للزوجة نصف المهر أو المتعة، أما الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها، فلا توجب لها أي شيء سواء كانت من جانب الزوج أو الزوجة.²⁷

ج / معظم الذين جعلوا الخلع طلاق، قالوا أن عدة المختلعة هي عدة الطلاق، ومن جعلوه فسخ قالوا بأن عدة المختلعة حيضة إلا الإمام بن حنبل الذي قال أن عدة المختلعة ثلاث حيضات رغم كون الخلع فسحا .

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من إعتبار الخلع طلاق أم فسخ

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

كما ورد الطلاق من الباب الثاني تحت عنوان " إنحلال الزواج وذلك في المادة 47 منه والتي تنص على : " تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ".²⁸

ثم تطرق لطرق إنحلال الرابطة الزوجية من خلال المادة 48 من الفصل الأول من قانون الأسرة المعنون بالطلاق والتي تنص : " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون ".

²⁷ - اجلال الدين السيوطي، سنن النسائي، الجزء الخامس، دار الفكر بيروت، ص 168.

²⁸ - احمد شامي : قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010 ، ص 222-221.

ونجد أن المادة 54 التي تعرضت للخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، وهو يؤكد التأثير الواضح وتبني المشرع الجزائري للرأي القائل بأن الخلع طلاق لا فسخ .

ويكون في ذلك مصيبة، لأن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري يكون في حالة وجود عيب يشوب العقد، ويتمثل أساسا في إختلال أحد أركان العقد وإشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته، وبينما الأمر يختلف عليه في الخلع، إذ يرد على علاقة زوجية صحيحة لم يعترتها أي عارض يعيب العقد، وإنما يتعلق الأمر بظهور عناصر خارجية وظروف خارجة عن العقد تستهدف حل الرابطة الزوجية²⁹

الفرع الثاني : المقارنة بين الخلع وبعض حالات إنحلال الرابطة الزوجية

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

أولا : المقارنة بين الخلع والتطليق : نص المشرع على التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة، ومن ثم فإن الخلع والتطليق طريقان متمايزان، ونبين فيما يلي أوجه الإتفاق والإختلاف بينهما :

1/ أوجه الإتفاق بين الخلع والتطليق : يتفق الخلع مع التطليق على النحو الآتي :

- يتفق الخلع والتطليق في أن الفرقة بمبادرة من الزوجة، حيث أقرت الشريعة الإسلامية الزوجة الحق في طلب المفارقة سواء عن طريق الخلع³⁰ أو التطليق وما جاء في قانون الأسرة الجزائري 84/11 المعدل والمتمم بالأمر 05/02 وذلك في نص المادتين 53-54

²⁹- سليم سعدي : الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهد القضائي، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص 53-54.

³⁰- يحق لأحد الزوجين اللجوء إلى الحاكم أو القاضي عند فشله في الحصول على الخلع إتفاقا الأمر الذي يؤكد تكرار الله عز وجل لكلمة الخوف بالجمع " خفتم " في الآية الكريمة : " فإن خفتم ألا يقيما الله فلا جناح عليهما فيما افتقدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعدى حدود الله فأولئك هم الظالمون " سلطان بن محمد بن دعليج ، مرجع سابق ص 41.

منه فأوجب المشرع على القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة في المفارقة والعمل على إنصافها طبقا لما تقرره العدالة.

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

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

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

- كما يتفقان في أن الأحكام الصادرة في التطليق والخلع غير قابلة للإستئناف إلا ما يتعلق بالجانب المادي، طبقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري.³¹

ب/ أوجه الإختلاف : يختلف الخلع عن التطليق على النحو التالي : الخلع يسقط كل حق ثابت لأحد الزوجين على الزوج الآخر ماعدا تلك التي أنشأت بعد الفرقة فيسقط الحق في المهر المؤجل وفي النفقة الغذائية بخلاف التطليق حيث تحتفظ الزوجة بحقها في طلب النفقة.

- من حيث الأسباب : يبني التطليق على أسباب مادية محضة ذكرتها المادة 53 من قانون الأسرة المعدلة وهي :

" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

³¹ - سليم سعدي ، مرجع سابق ، ص 40.

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .
- 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .
- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيه مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه .
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة.
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- 9- مخالفة الشروط المنفق عليها في عقد الزواج.
- 10- كل ضرر معتبر شرعا.

بينما الخلع سببه ذاتي ومعنوي يكمن في بغض الزوجة لزوجها، وعدم رغبتها في العيش معه، فهذا السبب كاف في حقها في طلب الفرقة، فهي غير ملزمة بإثبات هذا البغض والكراهية³²، إلا أن ذلك لا يستقيم من الناحية الشرعية فإذا كان الخلع من حقوق الزوجة تقتدي نفسها من رباط الزوجية فهو ليس على الإطلاق بل هناك أسباب :

- الشقاق والضرر : قالت طائفة كثيرة من أئمة الخلف انه لا يجوز الخلع إلا أن يكون الشقاق من جانب المرأة، فيجوز للرجل حينئذ قبول الفدية وهذا في قوله تعالى : " ولا يحل

³² - سليم سعدي ، مرجع سابق، ص 41-42.

لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعدى حدود الله فأولئك الظالمون " 33

ويحقق نشوز الزوجة بتوفر المعاشرة بالمعروف من ناحية الرجل لقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن إلا أن ياتين بفاحشة مبينة وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا " 34

وقد يكون النشوز من جانب الرجل فالرجل قد يحصل منه النشوز والأعراض عن الزوجة لأسباب راجعة إليها لمرضها مرضا مزمنا أو لدمامتها وقلة جمالها ولأسباب أخرى.

- إتيان الزوجة بفاحشة مبينة: فإذا ارتكبت الزوجة فاحشة الزنا فلزوج أن يسترجع منها الصداق، الذي أعطاه إياها³⁵ ، قال الله تعالى: " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تصريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله .³⁶

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

- خشية المرأة من تقصيرها في حقوق زوجها: وذلك ظاهر مما ورد من قول المرأة في زوجها "ثابت بن قيس": "ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام"، فهي تخشى كفران العشير والتقصير فيما يجب له وخافت أن تأتي بما تؤثم به.

- عدم إطاعة المرأة زوجها: وذلك ظاهر مما جاء في قول الزوجة: "يا رسول الله إنني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني لا أطيقه"، أي أنها لا تطيق معاشرته.

³³- سورة البقرة الآية 229

³⁴- سورة النساء الآية 19.

³⁵- سلطان بن محمد دعليج ، مرجع سابق ص 30-32.

³⁶- سورة البقرة الآية 229

- كراهية الزوجة زوجها: وقد جاء في قصة جميلة بنت سلول قولها: "لا أطيقه بغضا" فهي تخبر بأنه قد إستقر بغضه في نفسها .

- دمامة خلق الزوج: قد جاء في قصة حبيبة بنت سهل: "كانت حبيبة بنت سهل تحت ثابت بن قيس بن شماس وكان رجلا دميما فقالت يا رسول الله ، والله لولا مخافة الله لدخل علي البصقت في وجهه".

- شدة الزوج وجفاؤه في معاملة زوجته: وقد جاء ذلك مصرحا به في حديث حبيبة بنت سهل رضي الله عنها أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها.³⁷

ثانيا: المقاربة بين الخلع والطلاق على مال:

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

أ/ أوجه الإتفاق:

يتفق الخلع مع الطلاق على مال على النحو الآتي :

- أنه لا بد من قبول المرأة في كليهما لأن كلا من الخلع والطلاق على مال معاوضة والمعاوضة لا بد فيها من قبول من يلتزم بدفع العوض فإن وجه القبول وقع الطلاق و ألزم البذل للزوجة و إن لم يكن قبولا فلا يقع الطلاق ويلزم البذل.
- تقع الفرقة في الخلع أو الطلاق على مال طلاقا بانئا من غير قبول الزوجة دفع البذل لأن الزوجة تتحمل دفعه للتخلص من الزوج ولا خلاص لها إلا بأن يكون الطلاق بانئا ولو كان

³⁷ - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، مرجع سابق، ص 37-49.

رجعيا وإنفصلت من سلطات الزوج إلا بعد إنقضاء العدة لأنه في أثناء العدة يملك مراجعتها.³⁸

ب/ أوجه الاختلاف:

يختلف الخلع عن الطلاق على مال على النحو الآتي:

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

- أن الخلع يسقط كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الطرف الآخر إذا تم، أما الطلاق على مال فإنه لا يسقط أي حق من الحقوق الثابتة لأحد الزوجين على الزوج الآخر إلا ما إتفق الزوجان على سقوطه مقابل الخلع.³⁹

- الطلاق على مال إتفق الفقهاء، على أنه يقع به طلاق بائن فينقضي به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، أما الخلع فقد اختلف فيه الفقهاء هل هو فسخ أم طلاق، فقال الحنابلة أنه فسخا لعقد الزواج فلا ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته فإذا أعادها إلى عصمته يكون ذلك بعقد جديد وترجع إليه ما كان يملكه عليها من الطلقات، وذهب الحنفية إلى إعتبره طلاق تنقضي به عدد الطلقات.⁴⁰

³⁸ - طاهري حسين: الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، و200، ص137

³⁹ - بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص411-412.

⁴⁰ - أحمد محمود خليل: عقد الزواج العرفي، أركانه وشروطه وأحكامه، دار الكتب القانونية، 2006، ص99-100.

المبحث الثاني : أركان الخلع

سنبين في هذا المبحث أركان الخلع كآآي :

المطلب الأول : طرفي الخلع

المقصود بالركن ما يتوقف الشيء على وجوده ، وكان جزءا من حقيقته ، وأركان الخلع عند جمهور الفقهاء، ما عدا الحنفية الخمسة.⁴¹

فالحنفية يرون أن أركان الخلع هي الإيجاب والقبول ويصح أن يكون الإيجاب من الزوج أو الزوجة، ويكون القبول من الطرف الثاني.

أما الجمهور فيرون أن الأركان الخمسة، وهي الموجب ، القابل ، العوض ، المعوض والصيغة.⁴²

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

الفرع الأول : الزوج المخال

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج ركن من أركان الخلع لهذا لا بد أن يكون ممن يصح طلاقه أي أن يكون أهلا للطلاق فمن لا يصح طلاقه لا يصح خلعه، ويرى المالكية أنه يشترط في الزوج المخال الشروط التي تشترط في الطلاق ، ومنها أن يكون مسلما ومكلفا، فلا يصح خلع الصبي، المجنون، ويصح حسبهم خلع الأب والوصي للغير أو المجنون لزوجيتهما بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما .⁴³

⁴¹ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، المكتبة العصرية، بيروت، 2004، ص 995.

⁴² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 485.

⁴³ - محمد زيد الأبياني، الأحوال الشخصية ، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ص 253.

كما لا يقع خلع السكران، والهازل، ولا يقع خلع المكره عند جمهور الفقهاء، ولم يجز أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد خلع الأب لزوجة الابن الصغير والمجنون، ولا طلاقهما فمن لا يجوز أن يطلق على الصغير، والمجنون لا يجوز أن يخالع عليهما.⁴⁴

غير أنه إذا كان المخالع مريضاً مرض الموت وقت الخلع ثم توفي قبل أن يبرأ لم ترثه زوجته، ولو كانت وفاته أثناء عدتها عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة وترثه عند المالكية إذا توفي في مرضه الذي خالعه فيه سواء أكانت وفاته في أثناء عدتها أم بعد إنتهائها، وسواء أتزوجت بغيره أم لم تنتزوج، وذلك لإقدام الزوج على ما يتسبب عنه إخراج وارث من تركة كان له فيها حق، وذلك غير جائز، والمدخول بها وغير المدخول بها في هذا الحكم سواء، أما الزوج فلا يرث زوجته المختلعة عند الجميع لأنه هو الذي أسقط ما كان له من حق.

وإذا أقر المخالع لمن خلعها في مرض الموت بمال، أو أوصى لها بوصية نفذ ذلك في ثلث تركته عند الحنفية، والشافعية لصيرورتها أجنبية عنه بالخلع، وذهب الحنابلة إلى أن ذلك إنما ينفذ في حدود إرثها منه، فما زاد عليه لا تعطاه إلا بإجازة الورثة إذ قد يتخذ ذلك وسيلة لزيادة ما تأخذه من تركته".⁴⁵

الفرع الثاني: الزوجة المختلعة

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

⁴⁴ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 491.

⁴⁵ - الشيخ علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، 2008، ص 672.

أولاً: مخالعة المرأة المعتدة

1. المعتدة من طلاق رجعي :

هذه المعتدة بإتفاق الفقهاء زوجة حكما وهي في عدة هذا الإتفاق، ولذلك تجوز مخالعتها في العدة، ولذلك يقول الأحناف أن لزوجها أن يطلقها على جعل بعد الطلاق الرجعي ما دامت في عدتها، ولزمها الجعل متى إتفقا على ذلك، وهذا ما ذهب إليه الشافعية والمالكية، والحنابلة.

2. المعتدة من طلاق بائن : في خلعها رأيان

الرأي الأول: يقول به الأحناف، وهو أن الطلاق على مال يلحق المعتدة من طلاق رجعي، ويجب المال، ويلحق المعتدة من طلاق بائن ولا يلزم المال.

بمعنى أن الرجل إذا طلق إمرأته بائنا، ثم طلقها في العدة على مال وقع الطلاق الثاني أي الطلاق على مال، وسبب ذلك أن إعطاء المال قصد به تخليصها الخلاص المنجز من العصمة، وهذا حاصل في الطلاق البائن، ومن ثم فلا حاجة منها لدفع المال، وهذا بخلاف المعتدة في الطلاق الرجعي فهي زوجة حكما في خلال أجل العدة، ويجوز للزوج مراجعتها في العدة، ولزوم المال هذا سببه شراء عصمتها في خلاك العدة الرجعية .

الرأي الثاني: ذهب المالكية، والشافعية إلى أن المطلقة بائنا لا يلحقها الخلع في العدة إذ لا يملك الرجل بضع امرأته بعد الطلاق البائن يقول الدردير في الشرح الصغير ورد المال الذي خالعهها به أيضا بائنا أي ثبوت كونها وقت الخلع كانت مطلقة طلاقا بائنا إذ الخلع لم يصادف محلا حال البينونة⁴⁶.

يقول الدكتور عبد الكريم زيدان " ويبدو لي أن الخلع، وإن لم يقع مستوجبا بدل الخلع إلا أنه يقع طلاق بائنة، وإستخلص هذا من قول الدردير : ورد المال الذي خالعهها به أيضا... " فهم

⁴⁶- أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2009، ص 381.

قالوا يرد المال، ولم يقولوا ببطلان المخالعة كلها بما فيها إيقاع الطلاق وبذل المال، ولكن الظاهر أنه يقول: "رد المال الذي خالعه به... إذ الخلع لم يصادف محلاً حالة البينونة منه" وبذلك يكون الرأي عند المالكية متفق مع الحنابلة، والشافعية، ويشترط في الزوجة أن تكون أهلاً للتبرع لأن الخلع في حقها يعتبر معاوضة فيها شبهة التبرع، لأن فيها بذل المال فيها لا يعتبر مالاً، وهو ملكها لعصمتها من أجل ذلك إشتراط الفقهاء في الزوجة أهلية التبرع، وبما أنه أشتراط في الزوجة المخالعة أهلية التبرع فإنها تكون أهلاً للتبرع إذا اجتمع فيها أربعة شروط.

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

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

الثالث: ألا تكون مريضة مرض الموت.

الرابع: ألا تكون محجور عليها لسفه.⁴⁷

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

ثانياً : خلع الصغيرة:

الصغيرة إما أن تكون مميزة، وإما أن تكون غير مميزة، وعلى كل حال إما أن يجري الخلع بينها وبين زوجها، وإما أن يجري بين زوجها، ووليها، فإما أن يضمن وليها بدل الخلع لزوجها، وأما ألا يضمن ذلك. فإن كانت الزوجة صغيرة غير مميزة، وخالعت زوجها بنفسها لم يقع عليها الطلاق ولم يلزمها شيء، أما عدم وقوع الطلاق عليها فلأن الزوج قد علق طلاقه إياها على قبولها دفع البدل، والقبول إنما يكون معتبراً الشريعة إذا حصل ممن هو أهل له والصغيرة غير المميزة ليست أهلاً للقبول البتة فالمعلق عليه لم يحصل على الوجه

⁴⁷ - أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص 382.

المعتد به شرعا، فلا يحصل المعلق الذي هو الطلاق. وإن كانت الزوجة صغيرة مميزة وخالعت زوجها بنفسها فإن كان بلفظ الطلاق، فإنه يقع عليها طلاق رجعي، ولا يلزمها شيء من المال.

ثالثا: خلع المحجور عليها السفه

السفه ضد الرشد. هو كون الإنسان مصلحا في ماله لا يبذر فيه، ولا يضيعه على خلاف ما يرتضيه الشرع.

وإذا خالعت الزوجة زوجها، وهي سفية على مهرها، أو على شيء من مالها فإن كان إختلاعها منه بلفظ الطلاق وقع عليها طلاق رجعي، ولم يلزمها البذل لأن وقوع الطلاق يعتمد القبول، وقد تحقق منها، ولأن لزوم المال يعتمد كونها أهلا للتبرع، وليست أهلا له.⁴⁸

رابعا : خلع المكروهة:

إذا أكرهت الزوجة على الخلع فلا يلزمه المال لأن الالتزام بالمال بالإكراه لا يصح بإتفاق فقهاء المذاهب الإسلامية، ويقع الطلاق عليها لأنه علق على مجرد قبولها وقد قبلت. وقد ورد عن الإمام مالك قوله في الموطأ إن المرأة التي تخالع زوجها ثم يتبين أن الدافع إلى الخلع هو أن زوجها كان يضربها فيلزمه أن يرد لها ما دفعته له ويمضي الطلاق الذي أوقعه عليها.

خامسا: خلع المريضة مرض الموت:

إختلفت المذاهب الفقهية في آثار هذا الخلع:

يرى الحنفية أن هذا الخلع صحيح، ويقع به طلاق بائن، ويثبت به البذل، وأن ذلك البذل يخضع في نظرهم لأحكام الوصية فينفذ في حدود ثلث التركة، وإذا توفت الزوجة في مرضها أثناء عدتها، وجب للزوج الأقل من الأمور الثلاثة "بذل الخلع، وثلث الخلع أو

⁴⁸ - محمد محي الدين عبد الحميد: الأحوال الشخصية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، بيروت لبنان 2007، ص344، 343.

نصيبه من الميراث" وهذا كله لو إفترض بقاء الزوجية ، وورثها بالفعل، ولقد وجب له الأقل من الأمور الثلاث احتياطيا ومحافظة على حقوق ورثتها لإحتمال أن يكون الزوجان قد إتفقا على الخلع في هذا المرض ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث لو إستمر زواجه إلى وقت وفاتها، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تحاييه بطريق التبرع لأنه وصية، والوصية لا تجوز للوارث عند الجمهور، وإذا ماتت بعد أن شفيت من مرضها الذي حصل فيه الخلع إستحق الزوج المخالع بدل الخلع كله الظهور أن الخلع تم في حالة الصحة. ويرى المالكية أن الزوج إذا خالع زوجته، وهي مريضة مرضا مخوفا ، فإن الطلاق منفذ، ولا يتوارثان عند المالكية، ولو ماتت أثناء العدة.⁴⁹

المطلب الثاني: الصيغة والعض

الفرع الأول: الصيغة

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

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

أولاً: الموقف الفقهي

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

⁴⁹ - أحمد أباش: الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2001 ، ص265-266.

أما الخلع بالنسبة للزوجة فهو معاوضة المال، لأنها تعطي الرجل ما ملكا له في نظير الطلاق، وذلك معنى المعرضة بين إثنين، أحدهما يعطي مالا لغيره على سبيل الملك وثانيهما يعطي بدلا في نظير تمليك ذلك المال، فإذا كان كذلك يصح لها أن ترجع قبل القبول فلو بدأت الخلع هي، فقالت: "اختلعت نفسي منك بألف"، أو "خالعتني على صداقي ونفقة عدتي" فلها أن ترجع قبل أن يقول الزوج: "خالعت على ذلك"، ويبطل بقيام أحدهما عن المجلس قبل القبول، ولا يصح للزوجة أن تعلقه على شرط ولا أن تضيفه إلى وقت.⁵⁰

ويشترط الحنفية: مطابقة الإيجاب للقبول، فإذا قال لها: "أنت طالق أربعة بثلاث مائة" فقالت: "قبلت ثلاثا"، لم تطلق، لأنه علق الخلع على قبولها الأربع، فإذا قبلت ثلاثا لم يتحقق المعلق عليه وإذا قال لها: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، ثم قال: "طلقتك على ألف" فقالت: "قبلت"، ثم قال لها: "طلقتك على ألف"، فقالت: "قبلت"، فإنه يقع ثلاث تطبيقات بثلاثة آلاف، وهذا بخلاف ما إذا قال لها: "خالعتك ولم يذكر بد؟"، فقالت: "قبلت"، ثم أعاد لها اللفظ، فقالت: "قبلت"، فإن الثاني لا يقع لأن الأول وقع بائنا فلا يلحقها الثاني.

والفرق بين العبارتين أن الأول مذكور فيه العوض، فلا يقع إلا إذا قبلت ولما كرره لها بالعوض قبلت، فيقع الثلاث جملة واحدة بالعوض المكرر، أما الثاني فلم يذكر فيه العوض، فلا يتوقف وقوع الطلاق على قبولها متى نواه أو كان بلفظ خالعتك فإنه لا يحتاج إلى نية على قول. وإنما الذي يتوقف على قبولها سقوط حقها، وحينئذ يقع الطلاق باللفظ دون قبولها وهو بائن. فإذا كرره فإن الثاني لا يلحقه، هذا إذا بدأ الزوج بالعوض، أما إذا بدأت الزوجة بأن قالت: "خالعت نفسي منك بألف" وكررتها ثلاثا، فقال: اقبلت"، فإنه لا يقع إلا بواحدة بألف على الصحيح.

رأي المالكية:

قالوا يشترط في الصيغة ثلاثة شروط:

⁵⁰ - عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية، الجزء الرابع، دار الأرقم للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص 368

الشرط الأول : أن تكون لفظاً - بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحاً أو كناية فإذا عمل عم يدل على الطلاق بدون نطق، فإنه لا يقع به الطلاق، إلا إذا جرى به العرف.⁵¹

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

الشرط الثالث: أن يكون بين الإيجاب والقبول توافق في المال، فإذا قال لها: " طلقتك ثلاثاً بألف" فقالت: " قبلتها واحدة بثلاث الألف"، لم يلزمه طلاق، فإن له أن يقول: "إنني لمأرض بطلاقها إلا بألف"، وهذا بخلاف ما إذا قالت له: " طلقني ثلاث بألف" فطلقها " واحدة بألف" فإن الطلاق ينفذ والعوض يلزم، وذلك لأنها تملك نفسها بهذا وتبين به فما زاد عليه لم يتعلق به غرض الشارع ولا فائدة لها منه وكذا إذا قالت له: " طلقني واحدة بألف"، فطلقها ثلاثاً فإنه يصح الحصول عرضها وزيادة.⁵²

2. رأي الشافعية:

قالوا: صيغة الخلع هي كل لفظ من ألفاظ الطلاق صريحة أو كناية ومن كنياته لفظ: بيع وفسخ، فإذا قال لها: " بعتك نفسك بألف" ناوياً بذلك الطلاق، فقالت: " قبلت"، كان خلعاً صحيحة تبين به، ويلزمها العوض ومثل ذلك ما إذا قال: " فسخت نكاحك بألف"، وفي هذه الحالة يكون لفظ الفسخ طلاقاً ينقص عدد الطلاقات ومثال صريح الطلاق في الخلع أن تقول

⁵¹ - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 369

⁵² - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 370-371.

له: " طلقني على عشرين"، فقال: " طلقتك على ذلك فإنه يكون طلاقا صريحا باننا يقع بدون نية، فإذا نوى به أكثر من واحدة لزمه ما نواه، أما إذا قالت له: " أبني على عشرين"، فقال لها: " أبنتك"، فإنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية، وهكذا في كل ألفاظ الكنايات التي قدمت. هذا وإذا بدأ الزوج بالطلاق على مال فذكر العوض، كان الخلع عقد معاوضة مشوب ومعلق على دفعها للعوض، فلا يقع به الطلاق إلا إذا قبلت، فكأنه قال لها: " إذا قبلت دفع العوض فأنت طالق" وعلى هذا يصح له الرجوع قبل قبولها نظرا لجهة العوض.

أما شروط الصيغة فهي: أن يكون كلام كل واحد منهما مسموعا للآخر ولمن يقرب منه من الحاضرين ومنها أن يكون قبول ممن صدر معه الخطاب، ومنها أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق.

فإن جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه، فإنه لا يصح ومنها أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام، ومنها أن يتفق الإيجاب مع القبول، فإذا قال لها: " طلقتك بألف"، فقالت: اقبلت بألفين لا يقع شيء"، وإذا قال لها " طلقتك ثلاث بألف" فقالت: " قبلت واحدة بألف" فإن الثلاث تقع بألف، وذلك وذلك وإن لم يوافق القبول الإيجاب في الطلاق، لكنه وافقه في المال، والزوجة تملك المال والزوج يملك الطلاق وقد وافقته فيما تملك، فتلزم به ويلزم بالثلاث.⁵³

3. رأي الحنابلة:

يشترط في صيغة الخلع عدة شروط:

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

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

⁵³- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 371-372.

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

رابعها: أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها: "إن بذلت لي كذا فقد خالعتك" فإن الخلع لا يصح ولو بذلت له ما سماه، بخلاف الطلاق فإنه يصح تعليقه، وإذا اجتمع شرطا مع الخلع فإن الخلع يصح، والشرط يبطل مثل ذلك ما إذا اشترط الخيار، كما قال لها: " خالعتك بكذا على أن لي الخيار أو لك ثلاثة أيام"، فإن من خلال ما سبق تبين لنا إجماع الفقهاء على ضرورة تطابق الإيجاب مع القبول، فيما يخص صيغة الخلع.

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

اختلفت الآراء حول طبيعة الخلع، فهناك من يعتبره عقدة وهناك من يعتبره مكنة للزوجة ولكل في ذلك حججه.

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

وقد عرفه الأستاذ "غوتي بن ملحمة على أنه: "عقد اتفاقي يستلزم عرض الزوج وقبول الزوجة".

أما بالنسبة لمن يعتبر الخلع مكنة للزوجة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فقد ذهب الإمام مالك في مدونته في جزئها الخامس إلى شرح الحالة التي تستطيع فيها الزوجة الكارهة أن تلجأ إلى القاضي للمطالبة بالخلع، هذا الأخير يعين حكيمين للصلح بين الزوجين فإن لم يتوصلا إلى الإصلاح، فرق القاضي بينهما بغير رضا الزوج.⁵⁴

وجاء في شرح الزرقاني ما نصه: "فإن تعذر الإصلاح فإن أساء الزوج طلق بلا خلع إن لم ترض بالمقام معه وبالعكس فإن كانت هي المسيئة فقد إنتمانه عليها وخالعناه منها، بقدر المخالغ له ولو زاد على الصداق".

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

وعليه فإن الزوجة تتمتع بحق خالص في إنهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه للزوج، فإذا قبل ذلك انعقد الاتفاق بينهما، أما إذا رفض فبنشأ تبعا لذلك حق إرادي يسمح لها بإنهاء العلاقة الزوجية، ومن ثمة فلا يملك القاضي حق رفض طلب التفريق بالخلع وليس له أية سلطة تقديرية في ذلك.⁵⁵

وهذا إستنادا لقوله سبحانه وتعالى { فلا جناح عليهما فيما افتدت به } الآية 229 من سورة البقرة ولقوله - صلى الله عليه وسلم - : "... اقبل الحديقة وطلقها تطليقه" والذي جاء بصيغة الأمر ومما يدل أن الخلع حق للزوجة لا يشترط فيه رضا الزوج.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

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

⁵⁴ - أنورة منصور، المرجع السابق، ص 130

⁵⁵ - عمر زودة : طبيعة الأحكام لإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، دار انكسولوبيديا، ص60.

الإسلامية". حتى أن المادة (54) بنصها على أنه " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. لم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عمليا، فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط لإيقاع الخلع ومنهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضا.

وقد إنقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى إتجاهين :

الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

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

- القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 تحت رقم 51728 والذي جاء فيه: " من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي إنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطلق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرق للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك إستوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالته.⁵⁶

- القرار الصادر بتاريخ 1991/04/03 وتحت رقم 73885 جاء فيه: " من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون.⁵⁷

⁵⁶- القرار الصادر في 1988-12-21 رقم الملف 51728، المجلة القضائية لعام 1990، العدد الثالث، ص 32

⁵⁷- القرار الصادر في 1991-04-03 المجلة القضائية لعام 1993، العدد الثاني، ص 55.

1. الاتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج بالخلع:

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

- القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 والذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

- إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل، وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضاوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن.⁵⁸

- القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 216239 والذي جاء فيه: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لدفية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.⁵⁹

من خلال العرض السابق للآراء الفقهية، وسكوت المشرع الجزائري وعدم استقرار الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط رضا الزوج جاءت المادة 54 بعد تعديل 2005 صريحة في هذا الصدد، وعليه فإن الخلع هو حق للزوجة لا يشترط رضا الزوج كرسنه الشريعة الإسلامية، وهو ما اهتدى إليه المذهب المالكي المعتمد في القانون الجزائري والذي سبق وأن وضعنا

⁵⁸- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 21/07/1992 ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، العدد

الخاص ص134.

⁵⁹- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/03/1999 ملف رقم 216239، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، العدد

الخاص، ص 813.

رأيه في المسألة من جواز الخلع دون الأخذ برضا الزوج، وقد صدر عن المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار تحت رقم 141262 المؤرخ في 30/07/1996 ، والذي قضى: " أن طعن الزوج بالخلع إنتهى إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعاً، إستنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء، وليس عقدة رضائية بين الزوجين.⁶⁰

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

الفرع الثاني: العوض إن الخلع كما سبق:

هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدي به الزوجة نفسها. فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع. وبدونه لا يتحقق، فإن قال الزوج لزوجته: "خالعتك" وسكت لم يكن ذلك خلعة، وإن نوى الطلاق كان طلاقاً رجعية. وإذا لم ينو شيئاً " لم يقع به شيء لأنه من ألفاظ الكناية التي تفتقر إلى النية".

فبدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة أتجاه زوجها في مقابل طلاقها وخلص نفسها منه. فما حكم أخذ الزوج لبديل الخلع؟ وما يصح أن يكون بدلاً؟ وما يشترط غيره؟ وللإجابة عن هذه الإشكاليات نتناول ذلك على ضوء كل من الفقه والقانون ، وكذا اجتهادات المحكمة العليا.

أولاً: الموقف الفقهي

1. حكم أخذ الزوج لبديل الخلع يجوز شرعاً أن يأخذ الزوج مالا أو ما يقوم مقامه في نظير خلاص الزوجة منه، ولا إثم عليه في ذلك لقوله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" فإذا كان البديل مساوياً لما دفع للزوجة من مهر حل له أخذه. أما إذا كان أقل من قيمة

⁶⁰- القرار الصادر بتاريخ 30/07/1996 ، تحت رقم 1141262 ، غير منشور مأخوذ عن كتاب الأستاذ عمر زودة، المرجع السابق، ص 159

المهر الذي دفعه فيحل له من باب أولى وهذا بإجماع الفقهاء. إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان البذل أكثر مما قدم إليها من مهر وفي هذا الشأن كان لكل مذهب رأيه.

➤ رأي الحنفية:

إنقسم الحنفية إلى روایتين أولاهما: أن أخذ النيابة جائز، لا شيء فيه، لإطلاق الآية السابقة: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به"⁶¹ والتي رفعت الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء، من غير فصل بين ما إذا كان هذا البذل مساويا للمهر أو زائدا عليه.

واستدلوا على رأيهم بقوله تعالى: فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما

افتدت به إذ أن الآية نفت الجناح (الإثم) عن الرجل فيما يأخذ من فدية (بذل الخلع) قل أو كثر، واستدلوا بقصة الربيع بنت معوذ - رضي الله عنها - فقد شكت إلى عثمان - رضي الله عنه - زوجها وأنها أنفلتت منها كلمة "أنا أفندي بما لي كله"، فقال الزوج: "قد قبلت" قال عثمان: "خذ منها" فأخذ مالها كله، وفي رواية أخرى أنه ورد عن الربيع بنت معاذ قالت: قلت له لك كل شيء وفارقني"، فقال: اقد فارقت"، فأخذ والله كل شيء، فجنبت وهو محصور فقال: "الشرط أملك خذ حتى عقاس رأسها".

ولأن الخلع معاوضة والبذل فيها يرجع إلى تراضي الطرفين فإن الزيادة التي تعطيها الزوجة من مالها تكون عن طيب خاطر لقوله تعالى (وأتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً)⁶²

وثانيهما:

أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به"⁶³ لأن آخر الآية مردود إلى أولها والتي تنهي الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما أتوهن من مهر، واستثنى منها الأخذ في حالة ترك إقامة حدود الله ويؤيد ذلك ما جاء في حديث امرأة قيس بن ثابت

⁶¹ - سورة البقرة، الآية 229.

⁶² - سورة النساء، الآية 4

⁶³ - سورة البقرة، الآية 229

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " قال : "أتردين عليه حديقته؟ فقالت: " نعم وزيادة"، فقال: "أما الزيادة فلا" وبذلك نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها.⁶⁴

➤ رأي الجعفرية :

يرى الجعفرية أنه إذا كانت الكراهة من قبل الزوج وحده وبذلت له الزوجة المال ليخالعها "لا يصح الخلع كما لا يحل له البذل، وعند وقوع النزاع بينهما يجوز الخلع على بدل تدفعه الزوجة، لكن إذا كانت الكراهة من جانبها جاز له أن يخالعها على أكثر مما أعطاه من المهر، وإن كانت منهما معا لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه"⁶⁵

➤ رأي الشافعية:

يرى الشافعية أنه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على صداق أو على بعضه أو على مال آخر. لا فرق أن يكون البذل عينة أو ديناً أو منفعة وضابطه أن كل ما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون عوضاً في الخلع لقوله تعالى : " في فلا جناح عليهما فيما افتدت به " ⁶⁶.

➤ رأي المالكية:

يرى المالكية أنه لا يحل للزوج شرعاً أن يأخذ شيئاً من زوجته إذا كان سبب النشوز منه، وإن أخذ وجب عليه أن يرده إليها، وإن التزمت بشيء في مقابل الخلع سقط عنها التزامها.⁶⁷

⁶⁴ - محمد مصطفى شلبي: فقه المذاهب السنية، والمذهب الجعفري، والقانوني، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، ص 570

⁶⁵ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ، ص 571

⁶⁶ - سورة البقرة، الآية 229.

⁶⁷ - أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد، ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطبوعات، الإسكندرية، 1997 ص 77.

واستدلوا في رأيهم بقوله تعالى " ولا تعضلوهن لتذهبن ببعض ما آتيتوهن " ⁶⁸ وقوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا " ⁶⁹.

ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه :

كل ما صح أن يكون مهرا صح أن يكون بدلا في الخلع، ولا تقدير فيه باتفاق جمهور الفقهاء، فيصح أن يكون من النقد أو العقار أو المنقول، كما يصح أن يكون بينة في ذمة الزوج أو منفعة تقوم بمال، كما يصح أن يكون بإرضاع الزوجة لولدها منه مدة معينة، أو مجوز.

على حضانتها المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها أو تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة وعليها الوفاء بذلك، فإن إمتنعت عن القيام بما إلتزمت أو عجزت عن ذلك كان لمن خالعه الرجوع عليها فيما يقابل المدة الباقية. ⁷⁰

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

وإذا خالعه على ما يعتقد أنه حلال وتبين أنه حرام كما لو قالت له: اخلعني على ما في هذا الإناء من الخل، فتبين أنه خمر، قال الإمامية والحنابلة: يرجع عليهما بمثله خلا، وقال الحنفية: يرجع عليها بالمهر المسمى، كما أضاف الشافعية: يرجع عليها بمهر المثل.

أما إذا خالعه على مال باعتقاد أن البديل ملك للزوجة، فظهر أنه لغيرها، قال الحنفية والأمامية "إذا أجاز المالك صح الخلع وأخذ الزوج المال وإن لم يجز كان البديل له من المثل أو القيمة"، كما قال الشافعية: له مهر المثل إستنادا إلى ما هو مقرر عندهم من متى ذكر البديل الذي لا يصح بدلا يبطل ويثبت بمهر المثل، وقال المالكية: يقع الطلاق بائن ويبطل لأنه العوض.

⁶⁸ - سورة النساء، الآية 19

⁶⁹ - سورة البقرة، الآية 231

⁷⁰ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 565-566

وليس للمطلق شيئاً حتى ولو أجاز المالك⁷¹ وأضافوا أنه يشترط في العوض أن يكون حلاً، فلا يصح الخلع على خمر أو خنزير أو مال معصوب مثل المسروق فإذا خالعه على شيء من ذلك وقع الطلاق بائناً، ويبطل العوض، فإن كان مغصوبة وجب عليه أن يرده إلى صاحبه، فإن كان خمره وجبت عليه إراقته، وإن كان خنزيرة وجب قتله وقيل يسرح ولا شيء للزوج على الزوجة في مقابل ذلك.

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

ثانياً: موقف المشرع الجزائري

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

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.⁷²

لم تبيّن هذه المادة ما يصح أن يكون بدلاً للخلع وشروطه مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه، لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا، باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقداً أو عينة، وبعبارة فقهية أكثر دقة: "أن كل ما صح أن يكون صداقاً صح أن يكون مقابل خلع"، ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع والذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعاً وقانوناً.

⁷¹ - عبد الكريم شهبون: مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النشر المعرفة، الرباط، ص 268.

⁷² - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 362.

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

وفي جميع الأحوال يجب أن يكون في مقابل الخلع معلومة ومتفق عليه بين الزوجين.

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

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

إذا إتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه فإفضاء الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناء على صداق مؤجل وما ثبت لهم من ظلم يراه المجلس الأعلى أنه ينجر عنه الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج بدون حاجة إلى اشتراط أدائه فورية، إذ يمكن فوق ذلك تأجيل دفعه كما يسوغ أن يكون الشيء غير موجود وقت الاتفاق.⁷³

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

⁷³- قرار 22-04-1985 تحت رقم 36709 مجلة المحكمة العليا منشور في مجموعة الأحكام القضائية، الجزء 1

وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغاً قدره خمسين ألف دج (50 000 دج) رغم إنصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا.⁷⁴

⁷⁴- القرار الصادر بتاريخ 22/04/1985 تحت رقم 36709، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص92.

خلاصة الفصل

نستخلص من خلال ما إستعرضناه في الفصل الأول :

أن المشرع الجزائري تبنى الرأي القائل بأن الفرقة التي تكون عن طريق الخلع تعتبر طلاق لا فسخة وذلك أن المادة 54 منه موجودة في خانة الفصل الخاص بالطلاق، في حين هناك إختلاف في الشريعة حول إعتبار الخلع طلاق أم فسخ إلى إتجاهين: إتجاه يرى أن الخلع فسخ للنكاح وإتجاه آخر يرى بأن الخلع يقع به طلاق بائن.

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

خاتمة

إن الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان، وإذا لم يطبق الزوج هذا المبدأ ولحق بالزوجة ضرر كان لها الحق في طلب فك الرابطة الزوجية.

فالشارع الحكيم وكذا قانون الأسرة الجزائري الذي أحكامه كلها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية رغم أنهما جعلتا العصمة بيد الزوج وأعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته مصداقا لقوله تعالى: "فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"، فإنهما لم يهملتا جانب الزوجة في ذلك، بل شرعا لها طريقين للخلاص من هذه الرابطة إذا استحالت العشرة الزوجية، فأعطى لها حق طلب التطليق شريطة توفر حالة من الحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 53 ق، أ، ج، وإذا لم تستطع إثبات ذلك فقد خول لها سلك طريق آخر وهو الخلع شريطة أن تدفع لزوجها مقابل افتداء نفسها منه طبقا لنص المادة 54 ق، أ، ج.

وبالرغم من أهمية موضوع التطليق والخلع وانتشارهما لا سيما في الآونة الأخيرة، إلا أن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه:

- لم يخصص إلا مادة وحيدة تتعلق بالتطليق وفي المادة 53 ق، أ، ج والأمر نفسه بالنسبة للخلع الذي خصه بالمادة 54 ق، أ، ج فقط.
- لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا للتطليق والخلع وإنما نص على حالات التطليق في المادة 53 ق، أ، ج والخلع في المادة 54 منه وهذا ما قد يؤدي إلى الخلط بينهما.
- لم يبين الطبيعة القانونية لكل من التطليق والخلع، وهذا ما يقودنا إلى تطبيق المادة 222 ق، أ، ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص وهذا ما يفتح المجال واسعا أمام الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية.

- لم يحدد لنا الحد الأدنى لمقابل الخلع واكتفى بالقول أنه في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين على مقابل الخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز مهر المثل وقت صدور الحكم.
- اعتبر الخلع حقا شخصيا و إراديا للزوجة في فك الرابطة الزوجية دون البحث عن الأسباب.
- وسع في الحالات التي يمكن من خلالها للزوجة طلب التطلق بجعلها عشرة (10) حالات.
- بالنسبة لمسألة التطلق لعدم الإنفاق لم يبين ما إذا كان في حضور الزوج أم في غيابه.
- بالنسبة للتطلق للعيوب لم يحدد العيوب التي تجيز للزوجة طلب التطلق.
- فيما يتعلق بالتطلق لكل ضرر معتبر شرعا المشرع لم يبين المعايير المعتمدة لتحديده تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي ما ينتج عنه اختلاف الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن.
- الخلع طريق قانوني يخول للزوجة الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة دون تحديد الأسباب وبمقابل مالي تدفعه للزوج.
- التطلق أسبابه محددة على سبيل الحصر بموجب نص المادة 53 ق ، أ، ج.
- بالنسبة للأحكام الصادرة في التطلق والخلع فإنها لا تقبل الاستئناف إلا في جوانبها المادية فقط.
- فيما يخص الجانب الإجرائي نجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نظم إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة، غير أن المشرع أغفل تنظيم بعض المسائل حيث لم

يخصص مواد خاصة بدعاوى التطلاق والخلع وكيفية رفع الزوجة هذه الدعاوى أمام القضاء، وبالتالي كان من الأجدر عليه أن يخصص مواد لذلك من أجل رفع أي لبس.

ومن خلال دراستنا لموضوع فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة توصلنا إلى مجموعة من الاقتراحات

- على المشرع الجزائري أن يحدد مفهومي التطلاق والخلع حتى لا يقع خلط بينهما، كما يجب عليه كذلك أن يبين شروط وآثار كل منهما.
- على المشرع أن يحدد التكييف القانوني لكل من التطلاق والخلع حتى لا نكون أمام اجتهادات قضائية وآراء فقهية متناقضة.
- بالنسبة لمسألة التطلاق للضرر على المشرع تحديد هذا الضرر بدقة من أجل تجنب أحكام قضائية متناقضة.
- تعديل المادة 54 من قانون الأسرة بإدراج فقرات أخرى في هذه المادة تبين لنا نوع البذل.
- تضمين قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصوص خاصة بشؤون الأسرة حتى يسهل على القضاة المتقاضين معرفة الإجراءات الواجب عليهم إتباعها.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

القرآن الكريم

– ابن عابدين محمد الأمين، حاشية المحتار على الدر المختار، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1993.

– إسحاق موسى ضياء الدين الجندي، جواهر الإكليل، مختصر الإكليل المالكي المصري، دار الحديث، القاهرة.

– منصور بن يونس بن دريس البهو نبي، كشف القناع على متن الإقناع، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1988.

– شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، م غري المحتاج، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995.

– ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1990.

– المنجد الأبجدي، ط8، دار المشرق، بيروت، لبنان، توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.

– ابراهيم انيس، عطية الصوالحي وآخرون، المعجم الوسيط، ج 1، ط 2، دار المعارف، مصر، 1982.

ثانياً: المراجع

1- الكتب:

– أحمد بن محمد عساف، الأحكام الفقهية، ج2، ط3، دار إحياء العلوم، 1988.

– الشافعي، الإمام محمد بن إدريس، الأم، ج5، مطبعة دار الشعب، بيروت، 1960.

قائمة المصادر والمراجع

- البكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط2، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1994.
- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- أحمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار السيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2009.
- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، دار المعارف، مصر.
- باديس نيايبي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القضاء والقانون الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- ابن قدامة، المغني، ج8، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشرعية، ج7، ط3، دار الفكر، دمشق، 1989.
- يوسف دلاندة، قانون الأسرة مدعم بإحدى مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، مصر، 1957.

قائمة المصادر والمراجع

- منصور بن يونس بن دريس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1988.
- منال محمود المثني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- منصور نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي، 2012.
- نور الدين عشر، أبغض الحلال، ط4، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1985.
- نبيل صقر، قانون الأسرة قضاء و فقها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.
- عمر رضا كحالة، سلسلة بحوث اجتماعية، ج3 و5، ط2، مؤسسة الرسالة، الجزائر، 1984.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، 1996.
- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج5، دار الفكر، مصر، 1392.
- عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000.
- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة العصرية، بيروت، 2004.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادي، 2009.
- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، ط1، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
- عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات تالة، الجزائر، 2007.
- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1997.
- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، 2009.
- فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- فاضل ادريس، إجراءات التقاضي أمام المحكمة، المجلس، المحكمة العليا، ج2، ط1، مطبعة فسييلة، 2012.
- رمضان السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

قائمة المصادر والمراجع

- رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، 2008.

2- المذكرات:

الماجستير:

- اليزيد عيسات، التطبيق بطلب من الزوجة قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2003.

- وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2007.

- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وآثارها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.

الماستر:

- نذير سعاد، التطبيق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، جامعة ألكلي محند والحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة 2012/2013.

3- النصوص القانونية:

- قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1924هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ: 23 أبريل 2008 .

- الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 20 رمضان 1395 الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05/07 المؤرخ في 25

قائمة المصادر والمراجع

ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ: 13 مايو 2007، جريدة رسمية رقم: 31 المؤرخة في: 13 مايو 2007.

- أمر رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد: 15 الصادرة بتاريخ: 27 فبراير 2005.

5- الاجتهادات القضائية:

- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1983/01/26، ملف رقم: 44457، الجزائر، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر، العدد الرابع، 1999.

- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/11/19، ملف رقم: 43784، الجزائر، المجلة القضائية عدد3.

- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1986/02/13، ملف رقم: 3905، الجزائر، المجلة القضائية، العدد الثاني.

- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1987/01/12، ملف رقم: 43564، الجزائر، المجلة القضائية العدد 01، 1991.

- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/01/16، ملف رقم: 51715، الجزائر، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر، العدد الثاني، 1992.

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، تاريخ: 1997/12/23، ملف رقم 181648، الجزائر، المجلة القضائية العدد01، 1997.

- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم: 572240، الجزائر، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2010.

قائمة المصادر والمراجع

- قرار صادر عن محكمة تيزي وزو بتاريخ 1996/06/24، فهرس رقم: 298.
- قرار صادر عن محكمة بشار بتاريخ 1999/11/07، فهرس رقم: 743.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

أ	مقدمة
الفصل الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق	
06	تمهيد
07	المبحث الأول: ماهية التطليق
07	المطلب الأول: مفهوم التطليق
08	المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق وحكمته
11	الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية التطليق
12	المبحث الثاني: الأسباب المبررة للتطليق
12	المطلب الأول: التطليق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية والعائلية
13	الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق والغيبة
22	ثانياً: التطليق للغياب
26	الفرع الثاني: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر وللشقاق المستمر بين الزوجين
26	أولاً: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر
31	ثانياً: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين
34	الفرع الثالث: التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري ولمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج
34	أولاً: التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري
38	ثانياً: التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج
40	المطلب الثاني: التطليق لارتكاب الزوج ا رئم معاقب عليها جزائريا
41	أولاً: موقف الفقه الإسلامي من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة
42	ثانياً: موقف قانون الأسرة الج ا زئري من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة
43	الفرع الثاني: التطليق للحكم على الزوج بارتكابه فاحشة مبينة
44	الفرع الثالث: التطليق للعيوب وللضرر المعتبر شرعاً

فهرس المحتويات

44	أولا :التطبيق للعيوب
46	ثانياً :التطبيق للضرر المعتر شرعاً
48	خلاصة الفصل
الفصل الثاني : انحلال الرابطة الزوجية بالخلع	
50	تمهيد
51	المبحث الأول :مفهوم الخلع
51	المطلب الأول :تعريف الخلع
51	الفرع الأول :تعريف الخلع لغة
52	الفرع الثاني :تعريف الخلع اصطلاحاً
56	المطلب الثاني :التكييف القانوني للخلع وتمييزه عن بعض صور انحلال الرابطة الزوجية
56	الفرع الأول :التكييف القانوني للخلع بين الفسخ والطلاق
61	الفرع الثاني :المقارنة بين الخلع وبعض حالات انحلال الرابطة الزوجية
67	المبحث الثاني :أركان الخلع
67	المطلب الأول :طرفي الخلع
67	الفرع الأول:الزوج المخالع
68	الفرع الثاني :الزوجة المختلعة
72	المطلب الثاني :الصيغة والعوض
72	الفرع الأول :الصيغة
80	الفرع الثاني :العوض
87	خلاصة الفصل
89	خاتمة
قائمة المراجع	
فهرس المحتويات	

ملخص:

إن الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري قد منحا للزوج الحق في إنهاء الرابطة العالقة الزوجية ومنعا الزوجية بإرادته المنفردة، إلا أنهما وحفاظا على التوازن بين أطراف من تعسف الزوج في استعمال حقه في فك الرابطة الزوجية فقد وضعا للزوجة وسيلتين لإنهاء رابطة زوجية صارت لا تطيقها.

ورغم اشتمال قانون الأسرة الجزائري على مختلف القواعد المنظمة للأسرة إلا أنه في الجانب الإجرائي لم ينطرق إلى إجراءات رفع الدعوى وقواعد الاختصاص وطرق الطعن وغيرها من القواعد، مما يقودنا إلى ضرورة الرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الكلمات المفتاحية: قانون الأسرة ، التطليق، الخلع

Summary:

Islamic law and Algerian family law have granted the husband the right to terminate the marital relationship and prevent the marriage by his own will, but in order to maintain a balance between parties from the husband's abuse of his right to break the marital bond, they have placed the wife and two means of ending a marital bond that she cannot afford.

Although Algerian family law contains various rules governing the family, on the procedural side it did not address the procedures for filing proceedings, jurisdictional rules, appeal methods and other rules, leading us to the need to refer to the provisions of the Civil and Administrative Procedure Act.

Keywords: Family Law, Divorce, Dislocation