

محمد وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي -

مدرسة الدكتوراه - دراسات قانونية -

قطب جامعة - أم البواقي -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

## حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة

بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة

مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

تخصص "شؤون الأسرة"

إشراف الدكتور:

محمد مراح

إعداد الطالبة:

لمياء شافعة

### لجنة المناقشة

| الاسم واللقب | الرتبة العلمية   | الجامعة الأصلية                     | الصفة        |
|--------------|------------------|-------------------------------------|--------------|
| مخلوف صيمود  | أستاذ محاضر - أ. | جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي - | رئيسا        |
| محمد مراح    | أستاذ محاضر - أ. | جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي - | مشرفا ومقررا |
| محمد باوني   | أستاذ محاضر - أ. | جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة - | عضوا مناقشا  |
| علي قريشي    | أستاذ محاضر - أ. | جامعة باتنة                         | عضوا مناقشا  |

السنة الجامعية: 2012/2011

## شكر وتقدير

الشكر أولاً لله عز وجل الذي لولاه لما تر هذا العمل

شكر وتقدير للأستاذ الدكتور "محمد مراح"

على إشرافه على هذا العمل وتوجيهه وتقويمه

"أحبي فيه الكفاءة العلمية والأخلاق العالية"

الشكر لأعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم مناقشة وإثراء هذه المذكرة

كما لا يفوتني الذكر أن أتقدم بشكري الجزيل للدكتور "قريشي علي"

الذي لم يخل علياً بأمر شاداته وتوجيهاته السديدة .

الشكر موصول أيضاً لكل من ساهم من قريب أو بعيد

في إخراج هذا العمل .

الطالبة: لمياء

# إهداء

إلى الشمعة التي أنارت دربي و أخذت بيدي إلى بر الأمان فكانت صانعة نجاحاتي، إليك يا من تملكين جنة تحت القدم و يا من برضاك أعلو القمم، كنت لي الأم و الأب والأخت و الصديقة فله درك أينما حللت و بارك الله في سعيك و سدد على درب الخير خطاك، أمي الغالية أطال الله في عمرك و حفظك.

إلى من كان بمثابة الأب و قدم لي العون فغمرتني أفضاله محمد.

إلى من كان لي سندا و ساعدني و تحملني طوال مدة إنجازي لهذا العمل شريك حياتي يونس.

إلى من وهب الحياة لبيتنا بعد أن سكنه الهدوء فأتلج بقدمه صدورنا و أدخل الفرحة و السرور علينا عزيزي و صغيري تقي الدين.

إلى قرة عيني و فلذة كبدي إلى من علمتني معنى الأمومة فرأيت فيها حاضري و غدي و مستقبلي ابنتي الغالية رويدنا فاطمة الزهراء.

إلى من غمراني بالعطف و الحنان وكانا لي الحزن الدافئ و الملجأ الآمن و تعلمت من تجاربهما في الحياة الكثير، إلى من اتسما بالوقار و أكن لهما كل الاحترام جدي و جدتي.

إلى سبب وجودي في هذه الحياة أبي، و إلى إخوتي، و عمي عبد الحفيظ.

إلى أخوالي: عباس، شعبان، جمال، رايح، و أبنائهم.

إلى خالاتي: فاطمة، سخرية، جميلة، زبيدة، و أبنائهن.

إلى روح خالتي الطاهرة باهية.

إلى أبناء خالتي رباب، سماهر، و داد، لبنى، صهيب، أسامة، و إلى زوج خالتي عيسى.

إلى الصديقات الوفيات: وردة، زينب، أمينة، سعيدة، جناة، عائشة.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد ابن عبد الله، و على آله و صحبه، و من اهتدى بهديه بإحسان إلى يوم الدين، و بعد:

جاء الدين الإسلامي لتنظيم أمور الدين و الدنيا معا، فهو الرسالة الخاتمة و الدين الصالح لكل زمان و مكان، و من الأمور التي نظمها الإسلام و أولها رعاية خاصة ما كان منها متعلقا بالأحوال الشخصية للإنسان، بل و أكثر خصوصية منها ما كان منظما للعلاقة بين الرجل و المرأة لتكوين الأسرة التي تعتبر النواة الأولى لتماسك المجتمع، و هي البنية القاعدية له كما أنها المحرك الأساسي لنشاطه بما يدفعه إلى النمو و الازدهار.

لذلك شرع الله الزواج بهدف تنظيم العلاقة بين الرجل و المرأة، و وضعها في إطارها الشرعي على أساس المودة و الرحمة، و جعل له من الشروط و الأركان و الأحكام ما يضمن بقاءه و استمراره، بحيث لو التزم بها كل طرف لسادت السكينة الحياة الأسرية، و لأعطت ثمارها المرجوة من تكوين جيل صالح، و من ثم بناء مجتمع أصلح، قال تعالى: {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}. الروم: 21.

و قد عُبر عن الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري بمصطلح الزواج الذي هو؛ عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني و تعاونهما مدى الحياة، و يحدد ما لكليهما من حقوق و ما عليه من واجبات، هذا في الفقه الإسلامي، أما في قانون الأسرة الجزائري فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة الرابعة منه على أنه: عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي؛ من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب.

إلا أنه قد تعترض العلاقة الزوجية أمور تحول دون تحقيق هذه المقاصد، مما يجعل الحياة بين الزوجين مستحيلة، و استمرارها يكون مصدر شقاء و خصام، و لذلك شرع الله الطلاق، و جعله آخر الحلول بعد استنفاد كل فرص المصالحة بين الزوجين، و الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص صريح أو كناية.

و الأصل فيه أنه ملك الزوج و حق من حقوقه، فله أن ينهي العلاقة الزوجية بمحض إرادته طبقا لمشيئته في أي وقت عندما يوجد ما يقتضيه، لكن قد يحدث أن تلقى

المرأة من زوجها ما يصعب عليها تحمله و تتضرر من بقاء الحياة الزوجية و استمرارها؛ لأنه لا يوفيهما حقوقها الشرعية، أو لا يقوم بمطالب الزواج. إذا حدث ذلك كله أو بعضه، و امتنع الزوج عن المفارقة بالمعروف، فقد جعل الإسلام للزوجة مخرجا و فتح لها باب الخلاص و أثبت لها حق الانتجاع إلى القضاء طالبة تطليقها.

كما شرع لها طريقا آخر إذا كرهت زوجها و ملأ البغض قلبها، و وجدت أن حياتها معه لا تجد فيها راحتها و استقرارها فجعل لها أن تفتدي نفسها بمال تدفعه له تعويضا عما دفعه إليها حتى لا يضار هو الآخر، و هذا الافتداء هو المسمى "بالخلع" عند جمهور الفقهاء.

و قد أشار المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم 05-02 للزوجة الحق في طلب حل عقد الزواج بالطلاق في حدود ما ورد النص عليه في المادتين (53) و (54) من قانون الأسرة الجزائري.

- حيث نصت المادة 53 على أسباب التطليق، بينما نصت المادة 54 على الخلع. الخلع و التطليق يكونان بطلب من الزوجة، و كلاهما حق لها لحل الرابطة الزوجية، غير أن التطليق يكون عند توفر سبب من الأسباب المذكورة في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، بينما الخلع يكون عندما ينتفي سبب من أسباب التطليق فيكون بمقابل مالي تدفعه الزوجة لزوجها.

و لم تتفق المذاهب الفقهية من ناحية الأسباب المبررة للتفريق، فمنهم من سلك مسلكا ضيقا فيها، ومنهم من توسع، و اختلفوا كذلك في الخلع من حيث اعتبار إرادة الزوج فيه، فمنهم من أخذ بها في الخلع و منهم من لم يأخذ بها.

و بناء على ما تقدم فإن تناول مسألتي التطليق و الخلع يتم إدراجهما تحت عنوان: حل الرابطة الزوجية بناء على إرادة الزوجة، و قد حاولت دراسة هذا الموضوع من ناحية الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري، و مدى توافقهما أو اختلافهما.

فارتأيت أن يحمل موضوع بحثي العنوان الآتي:

- حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة

بين أحكام الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

"دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة"

## أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا الموضوع في الآتي:

- كونه يعالج مسألة من مسائل فقه الأسرة، هذه الأسرة التي اهتم بها الإسلام اهتماما بالغاً و شرع لها من الأحكام ما يضمن صلاحها و بقاءها على الوجه الذي أراده الله لها، و اعتبر ما يجمعها رباطاً مقدساً، لا يجوز إنهاؤه، إلا عند الضرورة القصوى التي قد تستحيل معها الحياة الزوجية، و لذلك جعل الإسلام الطلاق كآخر حل، و شرعه لكل طرف لا يستطيع الاستمرار في هذه العلاقة، لأن استمرارها قد يؤدي إلى نتائج لا يحمد عقابها.

- و تتجلى أهمية هذا الموضوع أيضاً من حيث التأسيس الشرعي لآراء الفقهاء المتباينة في مسألتى التطلق و الخلع و أحكامهما.

- محاولة تسليط الضوء على قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 05-02، و خاصة المادتين ( 53 و 54 ) منه المتعلقة بموضوع الدراسة، و ما طرأ عليهما من تعديل، و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 في مواد المتعلقة بشؤون الأسرة، و لاسيما المواد: (450-451-452).

## أسباب اختيار البحث :

يرجع سبب اختياري لهذا الموضوع لجملة من الأمور، و هي:

- طبيعة التخصص في مسائل شؤون الأسرة.
- شغفي الكبير بالمسائل الخاصة بالأسرة، و خصوصا في مجال الطلاق، و أثره الكبير على الأسرة، و المجتمع.
- التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 الذي كان سببا في تفشي ظاهرة الطلاق بشكل كبير في المجتمع الجزائري.

- إن اختياري لموضوع حل الرابطة الزوجية بناء على إرادة الزوجة دون غيره من المواضيع ، هو جمعه لمسألتى التطلق و الخلع اللتين مسهما التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري، و رغبتني في معرفة الفرق بينهما على الرغم أنهما تتّمان بناء على طلب من الزوجة، فأردت أن أتناولهما بشيء من التفصيل و الدراسة.

- صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، و خصوصا مواد المتعلقة بشؤون الأسرة.

- جمع ما يتعلق بهذا الموضوع من ناحية قانون الأسرة الجزائري، و مقارنته بموقف الفقه الإسلامي، و إخرجه في رسالة جامعية، ليستفيد منه طلبة العلم، و الباحثين سواء في المجال الفقهي أو القانوني خصوصا، و ذلك لحدثة التعديل الذي اعترى قانون الأسرة الجزائري.

### أهداف البحث:

يمكن إجمال أهداف دراسة هذا الموضوع فيما يأتي:

- محاولة استقراء و تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع، و بحث مدى موافقتها لأحكام الفقه الإسلامي.

- محاولة تبيين مسائل الفقه الإسلامي لرجال القانون و القضاة و بخاصة في مجال الأسرة، فهم بحاجة إلى دراسات فقهية بطريقة حديثة، و موضوعية تسهل عليهم الرجوع إلى الأحكام الفقهية عند الحاجة.

- تبيان الأمور المستجدة في التطبيق و الخلع حسب التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري، و محاولة دراسة نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديدة المتعلقة بموضوع الدراسة.

- كما سأحاول من خلال دراستي هذه الإتيان بجديد، لإثراء المكتبات القانونية و الإسلامية بهذه الدراسة المتخصصة و المعقدة حتى يسهل الرجوع إليها من طرف الطلبة و الباحثين.

### إشكالية البحث:

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

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

- و تتدرج تحت هذه الإشكالية تساؤلات فرعية تتمثل في الآتي:
- ما هي حالات الضرر التي تعد معيارا لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري؟ و ما مدى تأصيلها في أحكام الفقه الإسلامي؟ و كيف يمكن للزوجة إثبات الضرر اللاحق بها؟
  - كيف يعاين و وكيف القاضي الوقائع المعتمد عليها في تأسيس طلب التطلاق؟ و ما هي التدابير الملائمة التي يمكن للقاضي اتخاذها بناء على سلطته التقديرية في هذا الأمر؟
  - هل الخلع هو حق للزوجة وحدها و لا يشترط فيه موافقة الزوج في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري؟ و ما مدى سلطة القاضي في ذلك؟
  - هل محاولات الصلح وجوبية في حالتي طلب التطلاق و الخلع؟ و هل أحكام التطلاق و الخلع قابلة للطعن فيها؟

### المنهج المتبع في البحث:

- اعتمدت في بحثي عدة مناهج و هي كالاتي:
- المنهج الاستقرائي: حيث قمت باستقراء الآراء الفقهية من أمهات الكتب لبيان الجوانب ذات الصلة بالشريعة الإسلامية في الموضوع قدر الإمكان. كما قمت أيضا باستقراء ما جاء في قانون الأسرة الجزائري و في قرارات المحكمة العليا.
  - المنهج المقارن: و ذلك لعرض آراء و أقوال الفقهاء و المقارنة بينها، و بيان الراجح منها و مقارنتها بما نص عليه قانون الأسرة لجزائري.
  - أداة التحليل: و ذلك لتحليل آراء الفقهاء، و مختلف المواد القانونية الواردة في الموضوع، و قرارات المحكمة العليا في مسألتني التطلاق و الخلع للوصول إلى الرأي الأنسب ما أمكن من كل هذه الآراء.

### الدراسات السابقة:

- بعد البحث و الإطلاع على ما كتبه الباحثون في مجال الدراسة فإنني لم أجد في حدود إطلاعي كتابا أو مذكرة جامعية مفصلة لحل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، و لم أجد من أفرد هذا الموضوع ببحث مستقل.
- و ما عثرت عليه سوى أحكام إجمالية متفرقة و متناثرة لمسألتني التطلاق و الخلع في كتب مختلفة و عامة، أذكر منها على سبيل المثال:

- كتاب الخلع في الشريعة الإسلامية للدكتور جمال عبد الوهاب عبد الغفار.
- كتاب التطلاق في الأحوال الشخصية للمستشار عمرو عيسى الفقي.
- كتاب فقه الأحوال الشخصية "فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع" للدكتورين أحمد محمد المومني و إسماعيل أمين نواهضة.
- كما اطلعت على كتب أخرى في شرح قانون الأسرة الجزائري، و قد تناولت الموضوع من الناحية القانونية و الشرعية بشكل موجز منها:
- كتاب قانون الأسرة في ثوبه الجديد للدكتور عبد العزيز سعد.
- كتاب الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق للدكتور عبد القادر بن حرز الله.
- كتاب شرح قانون الأسرة المعدل للدكتور بن الشويخ الرشيد.
- و بعد إطلاعي على رسالة الطالب عيسات اليزيد " التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري" رسالة ماجستير إشراف الدكتور عمر بلمامي، كلية الحقوق بن عكنون- الجزائر، 2002-2003، و التي وجدتها تتقاطع مع بعض موضوعات الفصل الأول من بحثي إلا أن هذه الدراسة كانت قبل تعديل قانون الأسرة و المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في فبراير 2005.

### صعوبات البحث:

- قد واجهتني عدة صعوبات في إعداد هذا البحث أهمها:
- صعوبة جمع أمهات الكتب، و الحصول عليها من مختلف المكتبات قد أخذ مني وقتا كبيرا.
  - صعوبة التعامل مع أمهات الكتب، و استنباط المعلومات منها.
  - عدم تخصيص القانون نصوصا خاصة لشرح المسائل المتعلقة بأحكام التطلاق و الخلع، و إنما جاءت بصفة عامة، مما جعلني أستنبط هذه الأحكام من بعض المواد الأخرى التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري، كما رجعت في بعض المسائل إلى قانون العقوبات، و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، و القانون المدني، و كذا بعض قرارات المحكمة العليا.
  - ندرة الدراسات القانونية المتخصصة و المتعلقة بموضوعي التطلاق و الخلع.

## خطة البحث :

قد تم تقسيم موضوع المذكرة إلى فصلين، و ذلك تبعا لعنوانها الذي يقتضي تقسيمه إلى فصلين بالإضافة إلى مقدمة و خاتمة.

فتناولنا في الفصل الأول: حل الرابطة الزوجية بواسطة التطليق بين أحكام الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، حيث اشتمل على مبحثين؛ ضم المبحث الأول مفهوم التطليق، مشروعيته و حكمته، أما المبحث الثاني فتطرقتنا فيه إلى الأسباب المبررة لطلب التطليق.

أما الفصل الثاني فتناولنا فيه حل الرابطة الزوجية بواسطة الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، حيث قسمناه إلى مبحثين؛ المبحث الأول تضمن مفهوم الخلع ، مشروعيته و حكمته، أما المبحث الثاني فخصصناه لأركان الخلع، و نوع الفرقة بسببه، و طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن التطليق و الخلع.

و في الأخير خاتمة تطرقنا فيها لأهم النتائج المتوصل إليها في البحث و كذا بعض الاقتراحات.

# الفصل الأول:

حل الرابطة الزوجية بواسطة التطليق

بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

يقع على عاتق الزوج مجموعة من الالتزامات المادية و المعنوية لتحقيق مقاصد و أهداف الحياة الزوجية، و هذا لقوامة الرجل<sup>(1)</sup> على المرأة مصداقا لقوله تعالى: « الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ »<sup>(2)</sup>، و هذه الالتزامات إذا أخل بها الزوج و تضررت الزوجة من جراء ذلك فلها الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي لطلب التطلاق.

فالتطلاق ينهي العلاقة الزوجية بطلب من الزوجة، و بناء على إرادتها المنفردة<sup>(3)</sup> متى كان في بقائها مع الزوج يسبب لها ضررا، و في ذلك إنصاف لها، و رفعا لكل ظلم عليها. و مما هو جدير بالذكر أنه عند توفر سبب من أسباب التطلاق التي عددها المشرع في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وأشار إليها الفقه الإسلامي فإنه يكون للزوجة الحق في طلب التطلاق.

لذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

**المبحث الأول: مفهوم التطلاق ، مشروعيته و حكمته.**

**المبحث الثاني: الأسباب المبررة لطلب التطلاق.**

---

( 1 ) قوامة الرجل في الإسلام مستمدة من التفوق الطبيعي في استعداد الرجل، و مستمد كذلك من نهوض الرجل بأعباء الأسرة و المجتمع و تكاليف شؤون الحياة على اختلاف أنواعها و أشكالها... فهو أقدر من المرأة على مقاومة الحياة اليومية و كفاحها، و لو كانت مثله في كل شيء لانصرفت عن هذا الكفاح قسرا في فترة الحمل و الرضاعة. بعض فقهاء الشريعة الإسلامية يرجعون القوامة إلى الأعباء المالية و المادية الملقاة على كاهل الرجل، مثل الصداق للمرأة و الإنفاق على الأسرة.

و معنى القوامة باختصار قوامة لا استبداد فيها و لا استغلال و لا استعباد، قوامة لا تعسف فيها و لا اضطهاد، قوامة تجد المرأة في رحابها كل تكريم و إزاز و إكبار. انظر: (مولاي ملياني بغدادي: حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، (د،ط)؛ البليدة- الجزائر: قصر الكتاب، 1997، ص 188، 189 ) .

( 2 ) سورة النساء: الآية 34.

( 3 ) عرف الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء الإرادة فقال: هي مجرد اعتزام الفعل و الاتجاه إليه و المقصود بالإرادة المنفردة هي عمل قانوني صادر من جانب واحد تنتج آثار قانونية مختلفة. و يشترط في الإرادة لإنتاج الأثر الشرعي أن تكون سليمة من الأفات العقلية، و غير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا. انظر: ( محمد تقيّة: الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، (د،ط)؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1984، ص 26-28 )

### المبحث الأول: مفهوم التطليق، مشروعيته وحكمته

قبل التطرق إلى الأسباب المبررة لطلب التطليق، لابد من التعرض لمفهوم التطليق ومشروعيته و حكمته كمبحث أول لكي تتضح لنا صورة مبدئية عن الموضوع، حيث قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول تناولنا فيه تعريف التطليق، و المطلب الثاني مشروعية التطليق و حكمته.

#### المطلب الأول: تعريف التطليق

لابد من التعرض لتعريف التطليق من الناحية اللغوية، و الفقهية، و القانونية، لمعرفة المقصود منه.

#### الفرع الأول: تعريف التطليق لغة و اصطلاحاً

نتطرق في هذا الفرع لتعريف التطليق من الناحية اللغوية، و الفقهية.

#### أولاً: تعريف التطليق لغة

التطليق مأخوذ من الفعل طَلَّقَ، يُطَلِّقُ، طَلَّاقاً و تَطْلِيقاً و التَطْلِيقُ التَّخْلِيَةُ و الإرسال و حل العقد، و يكون الإطلاق بمعنى الترك<sup>(1)</sup>

#### ثانياً: تعريف التطليق في الفقه الإسلامي

ورد مصطلح التطليق عند الفقهاء "بالتفريق القضائي"، و التفريق في اللغة: الفُرقة مصدر الافتراق، قال الأزهري الفرقة اسم يوضع موضع المصدر الحقيقي من الافتراق و فارق الشيء مُفارقةً و فراقاً: بآيْنَهُ، و الاسم الفُرقة، و تفارق القوم: فارق بعضهم بعضاً. و فارق فلان امرأته مُفارقةً و فراقاً: باينها.<sup>(2)</sup>

أما في اصطلاح الفقهاء: فإنه لم يرد تعريف معين للتفريق القضائي، لكن بعد اطلاعي على كتب الفقه على المذاهب الأربعة، يمكن أن أصل إلى التعريف الآتي: أن تتقدم الزوجة بطلب التطليق إلى القضاء، و تثبت الضرر اللاحق بها بكل الطرق القانونية، و على القضاء التحقق من وقوع الضرر بالزوجة و إيقاع الطلاق بعد ذلك.

(1) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري: لسان العرب، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار صادر، المجلد العاشر، ص 229.

(2) زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، (د،ط)؛ مؤسسة الرسالة، 1988، ص 209.

و قد جاء في كتاب الفقه الإسلامي و أدلته للدكتور وهبة الزحيلي بأن: التفريق يختلف عن الطلاق بأن الطلاق يقع باختيار الزوج و إرادته، أما التفريق فيقع بحكم القاضي، لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج، إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: تعريف التطليق في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري لم يورد أي تعريف بخصوص التطليق، وإنما اكتفى فقط بذكر أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، كما جاءت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري و أدرجت التطليق ضمن مفهوم الطلاق، و التي تنص على أنه: " الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"<sup>(2)</sup>، و المادتين 53 و 54 تناولتا موضوعي التطليق و الخلع على الترتيب.

إن المادة 48 السابق ذكرها قد أعطت للطلاق و التطليق مفهوما واحدا، رغم أن الأول يكون بإرادة الزوج و هو الأصل، أما الثاني فيتم بإرادة الزوجة و لأسباب معينة و محددة و عن طريق القضاء، و هو استثناء و ما يترتب عن هذا الاختلاف من نتائج. و قد عرفه المستشار أحمد نصر الجندي بأن التطليق يقصد به التفريق بين الزوجين بمعرفة القضاء إذا قامت أسباب تبرره، فإذا ظهر من الزوج ضرر و ثبت في حقه وجب على القاضي أن يجيب إلى طلبها التطليق على زوجها.<sup>(3)</sup> من كل هذا يمكننا أن نصل إلى تعريف التطليق بأنه منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية و يفرق القاضي بينهما، استنادا إلى القانون و يكون بحكم قضائي.

(1) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، (د، ط)؛ الجزائر: دار الفكر، 1992، ج 7، ص 509.  
(2) القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة (الجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005، ص 18).  
(3) أحمد نصر الجندي: موسوعة الأحوال الشخصية، (د، ط)؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2006، ج 1، ص 301.

### المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق وحكمته

قبل الغوص في أي موضوع لا بد من التعرض لدليل مشروعيته و الحكمة منه، لذا سنتطرق في هذا المطلب لدليل مشروعية التطليق في الفرع الأول، و الحكمة منه في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: دليل مشروعية التطليق

بالرجوع إلى كتاب الله العزيز، و سنة نبينا الكريم، نجد أن جميع الآيات القرآنية، و الأحاديث التي تتحدث عن انحلال عقد الزواج، لم تكن تستعمل سوى عبارة "الطلاق" سواء كان طلب حل الرابطة الزوجية بناء على رغبة الزوج، أو رغبة الزوجة أو رغبتها معاً، و ما بوسعنا سوى استنباط بعض الآيات، و الأحاديث التي تدل ضمناً على مشروعية التطليق.

### أولاً: دليل مشروعية التطليق من القرآن الكريم

قوله تعالى: «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا». (1)، و قوله تعالى: «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (2)

### ثانياً: دليل مشروعية التطليق من السنة النبوية

قوله - صلى الله عليه و سلم-: «لا ضرر و لا ضرار». (3)

فالمرأة حينما أعطها الله حق المطالبة بالتطليق، لم يكن إلا لضرورة تقدر بقدرها، فقد قال النبي - صلى الله عليه و سلم - «أيا امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة». (4)

### الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية التطليق

اعتبر الإسلام الزواج أبدياً و وسيلة للاستقرار و التناسل، و لكنه لم يرض أن يجعل منه سجناً لا يخرج منه الزوجان إلا بالوفاة أو الطلاق، فشرع الطلاق و بغض فيه، فقال عليه السلام: "أبغض الحلال عند الله الطلاق" و قد أمر الله تعالى الزوجين بالإبقاء على الحياة الزوجية، و الصبر على ما يصيب أحد الزوجين خلالها ما أمكن إلى ذلك سبيلاً.

(1) سورة البقرة: الآية 231 .

(2) سورة النساء: الآية 19 .

(3) مالك بن أنس: الموطأ، الطبعة الأولى؛ دار الفكر، 1989، ص 489.

(4) أبو بكر محمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى، الطبعة الأولى؛ دار المعرفة، ج7، ص 316.

ثم شرع الإسلام علاجاً للحالات التي ينشأ عنها شقاق و نزاع بين الزوجين، فأوجد نظام التحكيم بين الزوجين، و هو أن يختار الزوج شخصاً من أهله، و تختار الزوجة شخصاً من أهلها و يحاول الحكمان التوفيق و الإصلاح بين الزوجين حرصاً على استمرار الحياة الزوجية بينهما.

أما إذا لم تجد هذه المحاولات منفذاً بين الزوجين، و تتضرر الزوجة أو الزوج من أذى يلحقه أحدهما بالآخر، فقد أعطى الإسلام الزوج حق الطلاق، كما أنه لم يحرم الزوجة من ذلك فجعل لها طريقاً إذا ما أرادت توقيف استمرار الحياة الزوجية، و ذلك عن طريق طلب التطليق، وهو التفريق بين الزوجين بناءً على حكم قضائي، و هذا موضوع دراستنا، و يقودنا لطرح السؤال الآتي: ترى ما هي الحكمة من مشروعية التطليق؟

1- يظهر ذلك في أن الحاجة إلى الخلاص من تباين الأخلاق و انتشار البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى فكان تشريعه رحمة منه سبحانه و تعالى.

2- فالتطليق علاج حاسم و حل نهائي أخير، لما استعصى حله على الزوجين، و أهل الخير و الحكمين بسبب تباين الأخلاق و تنافر الطباع غالباً، و تعقد مسيرة الحياة المشتركة بين الزوجين، أو بسبب الإصابة بمرض لا يرجى شفاؤه أو عقم استعصى علاجه مما يؤدي إلى ذهاب المحبة و المودة و توليد الكراهية و البغضاء، فيكون التطليق منفذاً للخلاص من المفسد و الشرور الحادثة.

3- كما شرع التطليق للمرأة لرفع الضرر عنها بمختلف أشكاله عند توفر سبب من أسباب التطليق، و استطاعت إثباته، فجعل لها الإسلام منفذاً، و هو اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق، و ذلك للتخلص من تسلط الزوج و استعماله لحق القوامة على الأسرة، و لا يبقى الطلاق حكراً على الرجل فقط، يستعمله وقت ما شاء، و لذلك فإن رفع الظلم واجب و الضرر حرام.

4- فالتطليق إذا ضرورة لحل مشكلة الأسر و مشروع للحاجة و يكره عند عدم الحاجة، لقوله صلى الله عليه وسلم: " ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق " و قوله: " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة. " (1)

(1) مالك بن أنس، المصدر السابق، ص489.

و ما قد يترتب على التطلاق من أضرار تمس الأولاد خاصة، يحتمل في سبيل دفع ضرر أشد وأكبر، عملاً بالقاعدة " أخف الضررين "

و الخلاصة فإن نظام التطلاق في الإسلام علاج لكل أسرة نشأ الشقاق و الخلاف بينها، و قد شرع لرفع الضرر عن الزوجة مما قد يصيبها من جراء عدم التوافق و الانسجام بينها وبين زوجها، أو حال غياب زوجها، أو سجنه فرفعا للضرر، و منعا للظلم شرع نظام التطلاق، ففيه دفع مفسدة كبرى، و هي أن العلاقة بين الطرفين صارت جحيماً لا يطاق بمفسدة صغرى و هي الفراق، و أن يتفرقا يغني الله كل من سعته.

## المبحث الثاني: الأسباب المبررة لطلب التطليق

جعلت الشريعة الإسلامية الأصل في الطلاق أنه بيد الرجل أو لمن يوكله، إلا أن هذا لا يعني أن الزوجة لا يمكنها أن تبادر بطلب إنهاء أو حل الرابطة الزوجية من القاضي، أي ما يعرف بالتطليق و ذلك في حالات محددة على سبيل الحصر حتى لا يتعسف الزوج في الإمساك بالعصمة.

و بما أن الزوجة قد تضررت من البقاء مع الزوج لسبب من الأسباب التي سيأتي بيانها فلها الحق أن ترفع أمرها للقاضي طالبة تطليقها، "و أوجب على القاضي أن يجيبها إلى طلبها إذا ثبت لديه مضارة الزوجة و أثبتت الزوجة ذلك بأي طريق من طرق الإثبات، ما يسوغ شرعا تطليقها من زوجها، حكم القاضي بتطليقها بناء على طلبها".<sup>(1)</sup>

و قد حددت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005 الحالات التي يمكن فيها للزوجة طلب التطليق من زوجها، حيث قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كل مطلب يحوي ثلاثة أسباب أو أربعة، و سوف نتناول كل سبب من أسباب التطليق على حدة من ناحية الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

**المطلب الأول: التطليق لعدم الإنفاق، و العيوب، و الهجر في المضجع، و مخالفة المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري**

نتطرق في هذا المطلب إلى جواز طلب التطليق للأسباب الواردة في الفقرات الأولى، و الثانية، و الثالثة، و السادسة من نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري. و سنقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع :

الفرع الأول سنتحدث فيه عن التطليق لعدم الإنفاق، و الفرع الثاني التطليق للعيوب، أما الفرع الثالث فهو مخصص للتطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، و الفرع الرابع و الأخير من هذا المطلب هو التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بشروط تعدد الزوجات، و سنتناول هذه الأسباب بشيء من التفصيل في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

(1) بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، (د،ط)؛ بيروت: دار النهضة العربية، ج1، ص 429.

## الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق

نفقة الزوجة واجبة لها على زوجها و أنها لا تسقط عنه بحال من الأحوال، إلا أن تأبى القيام بما يجب له عليها، و تخرج عن طاعته، و أنها مادامت قد سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها، فلها عليه جميع حاجاتها من مأكّل، و كسوة، و مسكن، سواء أكان زوجها غنيا أم فقيرا، لأنها إنما استحققتها في مقابل حق زوجها في احتباسها لمصلحته. (1)

و قبل التطرق للحديث عن طلب الزوجة التطليق لعدم الإنفاق، لا بد أولا من معرفة ما المقصود بالنفقة، و حكمها، و شروط وجوبها، و ما يراعى عند تقدير النفقة؟ و كيفية تقديرها؟

### أولا: تعريف النفقة

نتعرض لتعريف النفقة من الناحية اللغوية، و الفقهية، و القانونية.

**1- تعريف النفقة لغة:** نَفَقَ مَالُهُ وَ دَرَهْمُهُ وَ طَعَامَهُ نَفَقًا، وَ نَفَاقًا، وَ نَفَقَ، كَلَاهِمَا: نَقَصَ وَ قَلَّ وَ قِيلَ فَنِي وَ ذَهَبَ، وَ أَنْفَقَ الْمَالُ: صَرَفَهُ.

و رجل مَنفَاقٌ أَي كَثِيرُ النَّفَقَةِ، وَ النَّفَقَةُ مَا أَنْفَقْتَ وَ اسْتَنْفَقْتَ عَلَى الْعِيَالِ وَ عَلَى نَفْسِكَ. (2)

### 2- تعريف النفقة في الفقه الإسلامي:

نتطرق لتعريف النفقة عند فقهاء المذاهب الأربعة: المالكي، و الحنبلي، و الحنفي،

و الشافعي.

أ- **النفقة عند فقهاء المالكية:** عرفها ابن عرفة بأنها: ما به قوام معتاد حال آدمي دون سرف (3) فخرج بالمعتاد غيره كالحلوى، و الفاكهة، و بالأدمي معتاد البهيمة كاللبن و الحشيش، و بقوله دون سرف التبذير للأموال فيما زاد على المعتاد. (4)

ب- **النفقة عند فقهاء الحنابلة:** هي كفاية من يمونه خبزاً، و أدماً، و كسوة، و مسكناً و توابعها. (5)

(1) أحمد الغندور: الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون، الطبعة الأولى؛ مصر: دار المعارف، 1967، ص 153.

(2) ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ص 357-358.

(3) أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي: تحفة الحكام، (د،ط)؛ ج 1، ص 261.

(4) عثمان بن حسنين برى الجعلي المالكي: سراج السالك شرح أسهل المسالك، (د،ط)؛ الجزائر: مؤسسة العصي للمنشورات الإسلامية، ج2، ص 111.

(5) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستقنع، (د،ط)؛ الرياض- المملكة العربية السعودية: مكتبة الرياض الحديثة، ج3، ص 224.

- ج- النفقة عند فقهاء الحنفية: كما قال هشام: سألت الإمام محمدا عن النفقة، فقال: هي الطعام، و الكسوة، و السكنى<sup>(1)</sup> كما يعرفونها: الإدرار على الشيء بما به بقاؤه.<sup>(2)</sup>
- د- النفقة عند فقهاء الشافعية: بأنها طعام مقدر لزوجة و خادمها على زوج، و غيرها من أصل و فرع، و هي معاوضة في مقابلة التمكين من الاستمتاع، و تمثل الطعام، و الإدام، و الكسوة، و آلة التنظيف، و متاع البيت، و خادم إن كانت ممن تخدم.<sup>(3)</sup>
- 3- تعريف النفقة في قانون الأسرة الجزائري:**

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا للنفقة الزوجية، و مع ذلك فإنه قد حدد مشتملاتها في نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري رقم 05-02 و التي تنص على أنه: " تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

#### ثانيا: حكمها

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة: مالكية<sup>(4)</sup>، شافعية<sup>(5)</sup>، حنفية<sup>(6)</sup>، و حنابلة<sup>(7)</sup> على وجوب النفقة للزوجة على زوجها، مسلمة كانت أو كافرة، إذا سلمت نفسها إليه على الوجه الواجب.

وقد دل على وجوبها القرآن، و السنة، و الإجماع، و المعقول:

#### 1- الدليل من القرآن الكريم:

قوله تعالى: « وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ »<sup>(8)</sup> أي و على والد الطفل نفقة الوالدات و كسوتهن بالمعروف، أي بما جرت به عادة أمثالهن في بلدن من غير إسراف و لا إقتار، بحسب قدرته في يساره و توسطه و إقتاره.

(1) عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي: اللباب في شرح الكتاب، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: المكتبة العلمية، ج3، ص 91.

(2) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي: شرح فتح القدير، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، ج4، ص 340.

(3) محمد الشربيني الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (د،ط)؛ مصر: مطبعة مصطفى الحلبي، 1958، ج3، ص 426.

(4) ابن جزى: القوانين الفقهية، (د، ط)؛ الجزائر: دار الكتب، ص 177.

(5) محمد الشربيني الخطيب، المصدر السابق، ص 426.

(6) عبد الغني الغنيمي، المصدر السابق، ص 91.

(7) أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي: المبدع في شرح المقنع، الطبعة الأولى؛ دمشق: المكتب الإسلامي، 1979، ج8، ص 185.

(8) سورة البقرة: الآية 233.

قال الضحاك: إذا طلق زوجته و له منها ولد، فأرضعت له ولده، وجبت على الوالد نفقتها و كسوتها بالمعروف. (1)

قوله تعالى: «أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ» (2) هنا الأمر بالإسكان للمطلقات من النساء من الموضع الذي سكنتم، من سعتكم و مقدرتكم التي تجدون حتى تتقضي عدتهن. (3)

قوله تعالى: «لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا» (4) بمعنى لينفق الذي بانته منه امرأته إذا كان ذا سعة و غنى على امرأة البائنة في أجر رضاع ولده منها و على ولده الصغير، و من ضيق عليه رزقه فلم يوسع من النفقة من تلزمه نفقته بالقرابة، و الرحم ما أعطاه الله من سعة أو قلة، على قدر طاعته. (5)

## 2- السنة:

عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال في خطبته في حجة الوداع: «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله، و استحلتتم فروجهن بكلمة الله و لكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف». (6)

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال: يا رسول الله عندي دينار قال: "أنفقه على نفسك"، قال عندي آخر، قال: "أنفقه على ولدك"، قال عندي آخر، قال: "أنفقه على أهلك"، و في حديث أبي عاصم عن محمد بن عجلان عن المقبري عن أبي هريرة: "على زوجتك". (7)

(1) عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي: تفسير القرآن العظيم، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار الأندلس، ج1، ص 503.

(2) سورة الطلاق: الآية 6.

(3) ابن جعفر محمد بن جرير الطبري: جامع البيان في تفسير القرآن، (د،ط)؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، المطبعية، 1989، ص 28.

(4) سورة الطلاق: الآية 7.

(5) ابن جعفر محمد بن جرير الطبري، المصدر السابق، ص 28.

(6) أبو زكريا يحيى النووي: شرح صحيح مسلم، (د،ط)؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج8، ص 183، 184.

(7) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، المصدر السابق، ص 466.

وعن معاوية القتيبي قال: قلت: يا رسول الله نساؤنا ما نأتي منها أم ما تدر؟ قال: "أنت حرثك أنى شئت غير أن لا تضرب الوجه و لا تقبح، و لا تهجر إلا في البيت و أطعم إذا طعمت، و أكس إذا اكتسيت، كيف و قد أفضى بعضكم إلى بعض".<sup>(1)</sup>

عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح و ليس يعطيني ما يكفيني و ولدي بالمعروف إلا ما أخذت منه و هو لا يعلم. فقال: خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف.<sup>(2)</sup>

**3- الإجماع:** اتفق إجماع الأمة<sup>(3)</sup>، و أهل العلم<sup>(4)</sup> على أنه: تجب على الزوج نفقة امرأته.<sup>(5)</sup>

**4- المعقول:** إن النفقة تجب جزاء الاحتباس، و من كان محبوسا بحق شخص كانت نفقته عليه<sup>(6)</sup>، و لأن الزوجة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف و الاكتساب فوجبت نفقتها كالعبد مع سيده<sup>(7)</sup>، فلو لم تستحق النفقة عليه لماتت جوعا.

#### 5- القانون:

النفقة حق قانوني للمرأة حيث نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على وجوب نفقة الزوجة على زوجها و نجد المشرع استهل المادة بعبارة "تجب". و حدد المشرع ما تشتمل عليه النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري، و ما يراعيه القاضي عند تقدير النفقة المادة 79 منه، و مدة استحقاقها في المادة 80 من نفس القانون.

يتضح لنا مما تقدم أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالشرع و القانون.

---

(1) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المصدر السابق، ص 467.  
(2) ابن حجر أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني الشافعي: فتح الباري شرح صحيح البخاري، (د،ط)؛ بيروت: دار المعرفة، ج 9، ص 507.  
(3) أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (د،ط)؛ بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، ج 4، ص 293.  
(4) علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي السعدي الحنبلي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1997، ج 9، ص 369.  
(5) أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، المصدر السابق، ص 185  
(6) محمد أمين الشهير بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1994، ج 5، ص 277.  
(7) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: عالم الكتب، 1997، ج 4، ص 401.

### ثالثاً: شروط وجوب نفقة الزوجة

تجب النفقة للزوجة بالعقد الصحيح، فقد ذكر الفقهاء شروطاً يستقر بها هذا الوجوب و يثبت في ذمة الزوج، و بتخلفها أو بعضها تسقط النفقة عنه. (1)

#### 1- شروط وجوب نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي:

هذه بعض أقوال الفقهاء في شروط وجوب النفقة:

أ- **فقهاء المالكية:** الحاصل أنه في التوضيح جعل شروط وجوب النفقة لغير المدخول بها التي دعت للدخول السلامة من المرض و بلوغ الزوج و إطاقة الزوجة للوطء، فإن اختل منها شرط فلا تجب النفقة لها. أما المدخول بها فتجب لها النفقة من غير شرط. (2)

و جعل التفاني شرطاً في الدخول، و في الدعاء إليه فلا تجب نفقة الزوجة، و لو دخل بها إلا إذا بلغ الزوج، و أطاقت الزوجة الوطء و لم يعضده بنقل و الظاهر أنه شرط في الدعاء فقط كما في التوضيح. (3)

إن فاعتبار شروط وجوب النفقة عند المالكية ما لم يكن هناك دخول بالزوجة، أما إذا دخل بها فتجب لها النفقة من غير شرط ما لم تكن ناشراً.

ب - **فقهاء الحنفية:** إن شرط وجوب النفقة تسليم المرأة نفسها إلى الزوج وقت وجوب التسليم، و نعي بالتسليم التخلية، و هي أن تخلي بين نفسها و بين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها فلو تزوج بالغة حرة صحيحة سليمة، و نقلها إلى بيته فلها النفقة، و كذلك إذا لم ينقلها و هي لا تمنع نفسها و طلبت هي النفقة و لم يطالبها هو بالنفقة فلها النفقة (4)

#### ج - فقهاء الحنابلة: إن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين:

- **الشرط الأول:** أن تكون كبيرة يمكن وطؤها، فإن كانت صغيرة لا تحتل الوطء فلا نفقة لها، و لو مع تسليم نفسها أو تسليم وليها لها لأنها ليست محلاً للاستمتاع بها، فلا أثر لتسليمها. (5)

(1) وليد خالد الربيع: الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى؛ الأردن: دار النفائس، 2007، ص 176.

(2) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (د،ط)؛ مصر: مطبعة مصطفى محمد، ج2، ص508.

(3) أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، المصدر السابق، ص 262.

(4) أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، المصدر السابق، ص 303.

(5) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 4، المصدر السابق، ص 411.

- **الشرط الثاني:** أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها فأما إن منعت نفسها أو منعها أولياؤها، أو تساكتا بعد العقد لم تبذل و لم يطلب، فلا نفقة لها و إن أقاما زمانا. (1)  
د - **فقهاء الشافعية:**

النفقة و توابعها تجب بالتمكين التام، لأنها سلمت ما ملك عليها فتستحق ما يقابله عن الأجرة لها، و المراد بالوجوب استحقاقها يوما بيوم. (2)  
و لا تجب بالعقد قبل التمكين، لأنه يوجب المهر فلا يوجب النفقة لأنه لا يوجب عوضين. (3)

و الأظهر أنه لا نفقة و لا توابعها لصغيرة لا تحتمل الوطء لتعذره لمعنى فيها، و الأظهر أنها تجب لكبيرة و المراد بها من يمكن وطؤها (4)  
لا نفقة للصغيرة التي لا يجامع مثلها عندنا. (5)

أي بمعنى لا نفقة للصغيرة إذا كانت لا تطيق الجماع، لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها و الاحتباس الموجب هو الذي يكون وسيلة إلى المقصود المستحق بالنكاح. (6)  
إن شروط وجوب النفقة عند الحنفية هو تسليم الزوجة نفسها للزوج، سواء دخل بها أو لم يدخل، إلا أن الصغيرة لا نفقة لها و لو بالدخول لقيام المانع في نفسها من الوطء و الاستمتاع.

بعد تعرضنا لآراء فقهاء المذاهب الأربعة نستخلص أن شروط وجوب نفقة الزوجة بعضها متفق عليه بين الفقهاء، و البعض الآخر مختلف فيها، و مما تم الاتفاق عليه:

1- التمكين: أي أن تمكن الزوجة زوجها من نفسها لاستيفاء حقه منها، و دعوتها له بالدخول كافية في اعتبار التمكين.

2- ألا تكون الزوجة صغيرة غير مطيقة للمباشرة الجنسية.

(1) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة: المغني على مختصر عمر بن أحمد الخرقى، (د،ط)؛ الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ج7، ص 601

(2) محمد الشربيني الخطيب، المصدر السابق، ص 438.

(3) ابن القاسم الغزى: حاشية العلامة الفاضل و القدوة الكامل الشيخ إبراهيم البيجوري، (د،ط)؛ مصر: مطبعة مصطفى الحلبي، ج2، ص 194.

(4) محمد الشربيني الخطيب، المصدر السابق، ص 438.

(5) شمس الدين السرخسي: المبسوط، الطبعة الثانية؛ بيروت- لبنان: دار المعرفة، ج5، ص 187.

(6) أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، المصدر السابق، ص 305.

و ما هو ملاحظ على المالكية أنهم أضافوا شرطين آخرين في غير المدخول بها زيادة على المتفق عليه بين المذاهب، و هما:

1- سلامة الزوجة من المرض.

2- بلوغ الزوج سن الزواج.

بعد تعرضنا لشروط وجوب نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي، الآن نتطرق لها من ناحية قانون الأسرة الجزائري.

## 2- شروط وجوب نفقة الزوجة في قانون الأسرة الجزائري:

عند دراسة و تحليل المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري نستخلص بأنه تجب نفقة الزوجة على زوجها إذا توافر في ذلك الأمور التالية:

### أ - الدخول بالزوجة:

أي بمعنى الخلوة الصحيحة بالزوجة، سواء تمت المخالطة الجنسية فعلا أم لم تتم<sup>(1)</sup>، أي متى تم الدخول بها إلى بيت الزوجية، أو متى دعيت إليه على الأقل ذلك أنه إذا لم يقع الدخول بالزوجة أو رفضت الدخول رغم دعوتها إليه، فإن حقها في النفقة على زوجها سيسقط، و لم يعد لها الحق في طلب النفقة.<sup>(2)</sup>

و قد كانت المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل تنص على أن النشوز من مسقطات النفقة، لأن هذا الحكم مستمد من الفقه الإسلامي، لكن بعد التعديل ألغيت المادة المذكورة و تركت فراغا تشريعيا، و بالتالي فلا نجد في حالة النشوز سوى المادة 55 التي تقضي بالطلاق فقط في حالة النشوز<sup>(3)</sup>، و نصها: " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر".

ب - **العقد الصحيح**: يجب أن يكون الزواج صحيحا شرعا، استوفى أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة الجزائري رقم 05-02<sup>(4)</sup>، فغياب ركن الرضا بين الطرفين

(1) بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الرابعة؛ بن عكنون- الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ج1، ص 171.

(2) عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الثانية؛ الجزائر: دار هوم، 2009، ص 105.

(3) بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى؛ القبة القديمة- الجزائر: دار الخلدونية، 2008، ص 152.

(4) المادة 09 ق أ ج رقم 05-02: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج - الصداق - الولي.  
- شاهدان - انعدام الموانع الشرعية للزواج"

( الزوجين) في عقد الزواج يبطل عقد الزواج وفقا للمادة 32 من قانون الأسرة الجزائري رقم 02-05<sup>(1)</sup>، و لكن بشرط وجود الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الاستعداد له، و لهذا كان المعقود عليها عقدا فاسدا أو باطلا لا تجب لها النفقة الزوجية.

### ج - أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة:

و لتحقيق الأغراض الزوجية فإن كانت الزوجة صغيرة مثلا لا تصلح للإنتناس أو الخدمة، لم تجب لها نفقة، و إن كان زوجها صحيحا لفوات الانتفاع بثمرات الزواج. و من هنا يشترط المشرع الجزائري في المرأة سن 19 سنة و هذا في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري رقم 02-05، مما سيمكنها من معرفة و إدراك حقوقها و واجباتها الزوجية.<sup>(2)</sup>

بعد عرض شروط وجوب النفقة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، نستنتج أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري قد ساير الفقه الإسلامي، و حدد شروط وجوب النفقة في عقد الزواج الصحيح، و الدخول بالزوجة، و أن تكون صالحة للمعاشرة الزوجية، و ذلك لتحقيق الهدف من الزواج و هو تكوين أسرة أساسها المودة، و الرحمة، و التعاون، و إحسان الزوجين، و المحافظة على الأنساب.

### رابعا: ما يراعى عند تقدير النفقة

لمعرفة ما يراعى عند تقدير النفقة الزوجية لا بد من التطرق لها من ناحية الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

#### 1- ما يراعى عند تقدير النفقة في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أن النفقة الواجبة للزوجة هي نفقة الكفاية بلا إسراف و لا تقتير<sup>(3)</sup>، و اختلفوا فيمن يراعى حاله عند تقدير النفقة:

(1) المادة 32 ق.أ.ج رقم 02-05: " يبطل الزواج ، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد".

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 172.

(3) بدران أبو العينين بدران: أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام، الطبعة الثالثة؛ دار المعارف، 1966، ص 211.

أ- تقدير النفقة عند فقهاء الحنفية:

المعتبر حالهما، و هذا اختيار الخصاف و عليه الفتوى، و تفسيره أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار، و إن كانا معسرين فنفقة الإعسار، و إن كانت المرأة معسرة و الزوج موسرا، فنفتها دون نفقة الموسرات و فوق نفقة المعسرات. (1)

و هناك رأي اعتبر حال الزوج و دليلهم قوله عز و جل: «لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» (2) بين أن التكليف بحسب الوسع و أن النفقة على حسب حاله. (3)

و الرأي الثالث: اعتبر حالها لقوله عليه الصلاة و السلام لهند امرأة أبي سفيان «خذي من مال زوجك ما يكفيك و ولدك بالمعروف». (4)

فالحديث اعتبر كفايتها دون مراعاة حال الزوج، و يجوز علم رسول الله - صلى الله عليه و سلم- بأن زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله، و أطلق لها أن تأخذ كفايتها.

إذن فالآية تدل على اعتبار حاله و الحديث على اعتبار حالها، فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبرا من وجه و حالها كذلك، وهو الرأي الراجح لدى الأحناف.

ب- تقدير النفقة عند فقهاء الحنابلة:

تقدر النفقة بحالهما أي يسارهما أو إعسارهما، أو يسار أحدهم و إعسار الآخر. (5)

و عند التنازع بينهما فيفرض الحاكم للموسرة تحت الموسر قدر كفايتها، و للفقيرة تحت الفقير قدر كفايتها، و للمتوسطة تحت المتوسط، و للموسرة تحت الفقير و بالعكس ما بين ذلك كله عادة. (6)

دليلهم: «وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا». (7)

و قال تعالى: «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا». (8)

(1) محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي: البناية شرح الهداية، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 2000، ج 5، ص 660، 661.

(2) سورة الطلاق: الآية 7.

(3) محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، المصدر السابق، ص 661.

(4) ابن الهمام الحنفي، المصدر السابق، ص 342.

(5) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج3، المصدر السابق، ص 224.

(6) مجد الدين أبو البركات: المحرر في الفقه، الطبعة الثانية؛ الرياض- المملكة العربية السعودية: مكتبة المعارف، 1984، ج2، ص 114.

(7) سورة الطلاق: الآية 7.

(8) سورة البقرة: الآية 286.

### ج- تقدير النفقة عند فقهاء الشافعية:

قال الماوردي: نفقات الزوجات مقدره تختلف باليسار و الإعسار، و يعتبر فيها حال الزوج دون الزوجة، فإن كان موسرا تقدرت بمدين و إن كان معسرا تقدرت بمد، كان متوسطا تقدرت بمد و نصف.

و دليلهم قوله تعالى: « لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ». (1).

فدلت هذه الآية على اعتبار النفقة بالزوج و اختلافها بيساره و إعساره. (2)

### د- تقدير النفقة عند فقهاء المالكية:

قال مالك رضي الله عنه و الاعتبار في النفقة بقدر حال المرأة و حال الزوج في يسر أو إعسار و يعتبر حالهما بالنسبة إلى البلد الذي هما به و السعر أي القيمة للقوت و ما بعده من رخاء و غلاء و توسط بينهما لاختلاف النفقة باختلاف ذلك و لابد من كفايتها. (3)

نستنتج مما سبق أن تقدير النفقة حسب آراء الفقهاء أقوال ثلاثة هي:

القول الأول: المعتبر حال الزوج و به أخذ الشافعية، و بعض الحنابلة.

القول الثاني: المعتبر حال الزوجة بحيث ينفق عليها بقدر كفايتها و به قال بعض الحنفية.

القول الثالث: المعتبر حالهما معا و به قال جمهور الحنفية، و المالكية، و الحنابلة.

### 2- ما يراعى عند تقدير النفقة في قانون الأسرة الجزائري:

تقدر النفقة في قانون الأسرة الجزائري حسب ما نصت عليه المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري بأنه" يراعى القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

(1) سورة الطلاق: الآية 7.

(2) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: الحاوي الكبير، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1994، ج11، ص 423.

(3) صالح عبد السميع الأبى الأزهرى: جواهر الإكليل، (د، ط)؛ دار إحياء الكتب العربية، ج1، ص 402.

و عليه يفهم من نص هذه المادة أن تقدير النفقة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي<sup>(1)</sup> المختص، و ذلك مع مراعاته لحال الطرفين أي حالة الزوج و الزوجة يسارا أو إعسارا و ظروف المعيشة في تلك البلد و تغير الأسعار في الأسواق.

و في جميع الأحوال فإن القاضي عند تقديره للنفقة، لا يراجع مقدارها برفعها أو بخفضها تبعا لارتفاع و انخفاض الأسعار إلا بعد مرور سنة أي عام كامل ابتداء من تاريخ تقديرها و الحكم بها.

بعد دراستنا لتقدير النفقة عند فقهاء المذاهب الأربعة، و تحليلنا للمادة 79 من قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ تقدير النفقة عن فقهاء المالكية، و ذلك باعتبار حال الطرفين و البلد الذي هما به و تغير الأسعار.

### خامسا: حكم التطليق لعدم الإنفاق

إن حقوق الزوجة على زوجها كثيرة، و من ضمن هذه الحقوق النفقة الشرعية التي لا تكون واجبة على الزوج إلا بتوافر الشروط السابق ذكرها كاملة، و عند تحقق هذا ولكن الزوج تقاعس و امتنع عن أداء النفقة الواجبة عليه، و نتج عن ذلك ضرر لحق بالزوجة فعندئذ السؤال الذي يمكن طرحه هو: هل من حق الزوجة رفع أمرها للقاضي طالبة تطليقها من زوجها لرفع الضرر عنها؟.

للإجابة عن هذا السؤال نتطرق لحكم التطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

### 1- حكم التطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي:

إن حكم التطليق لعدم الإنفاق فيه قولين حسب رأي الفقهاء بين من يجيز ذلك من عدمه؛ و سنتعرض لكل قول على حدة في الآتي:

(1) السلطة التقديرية: تدل على القوة، و الصلاحية التي تمنح لمعين للقيام بتقدير أمر ما، بالتفكير فيه، و تهيئته، و التدبير فيه بحسب نظر العقل، و مقياسه على أمور أخرى.

و مصطلح السلطة التقديرية للقاضي: سواء كان الخليفة أم نائبة، فإن معنى السلطة التقديرية للقاضي يكون: صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر و التدبير بحسب النظر و المقياس لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، و اختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته و أثره في الحكم القضائي. انظر: ( محمود محمد ناصر بركات: السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى؛ الأردن: دار النفائس، 2007، ص 80، 81).

أ-القائلون بعدم جواز التطليق لعدم الإنفاق:

سنعرض لرأي فقهاء الحنفية بعدم جواز التطليق لعدم الإنفاق

• رأي فقهاء الحنفية:

من أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما و يقال لها استديني عليه<sup>(1)</sup>، و لا يحبسها القاضي إذا علم عجزه و عسرته لأن الحبس إنما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون زاجرا له عن الظلم، و قد ظهر هنا عذره لا ظلمه فلا يحبسها و لكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة فإذا استدانته بأمر القاضي كان كاستدانتها بأمر الزوج فترجع عليه بذلك إذا أيسر فإن عادت إليه مرتين أو ثلاثا (بمعنى عودة الزوجة للقاضي تشكو زوجها) حبسه لظهور ظلمه بالامتناع من إيفاء ما هو مستحق عليه فإن علم أنه محتاج خلى سبيله لأنه مستحق للنظرة إلى ميسرة بالنص و ليس بظالم في الامتناع من الإيفاء مع العجز.<sup>(2)</sup>

و دليلهم:

قوله تعالى: « وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكْفِ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا »<sup>(3)</sup>، و ذلك دليل على أن الله لم يكلف الزوج إذا أعسر أن ينفق على زوجته، و إذا لم يكن مكففا فلا يكون عدم الإنفاق حال العسرة سببا للتفريق بينه وبينها<sup>(4)</sup> و عدم إنفاق الزوج على زوجته إن كان لفقره و عجزه فهو معذور و مدين بالنفقة، فلا ظلم منه، و يجب انتظار ميسرته.

كما استدلوا كذلك بالموازنة بين حقين فقالوا: لو فرق بينهما لبطل حقه أي حق الزوج و لو لم يفرق لتأخر حقه (الزوجة)، و الأول أقوى في الضرر<sup>(5)</sup>؛ لأن النفقة تصير دينا بفرض القاضي<sup>(6)</sup>، و تأخير الحق أهون من إبطاله فيجب أن نلجأ إليه إتباعا للأمر الشرعي و هو ارتكاب أخف الضررين إذا لم يكن مفر من ارتكاب أحدهما.<sup>(7)</sup>

(1) ابن الهمام الحنفي، المصدر السابق، ص 349.

(2) شمس الدين السرخسي، المصدر السابق، ص 187، 188.

(3) سورة الطلاق: الآية 7.

(4) أحمد الغندور، المرجع السابق، ص 154، 155.

(5) المرجع نفسه، ص 155.

(6) أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، المصدر السابق، ص 312.

(7) أحمد محمود الشافعي: الطلاق و حقوق الأولاد و الأقارب، (د، ط)، بيروت: الدار الجامعية، 1987، ص 77.

ب- القائلون بجواز التطلاق لعدم الإنفاق:

رأي جمهور العلماء أي الأئمة الثلاثة مالك، و الشافعي، و أحمد، حيث يعمد هذا الرأي بجواز طلب الزوجة التطلاق على زوجها لعدم إنفاقه عليها سواء لعجزه أو امتنع ظلما منه مع قدرته، و يجب على القاضي إذا ثبت ذلك له أن يقضي بتطليقها على زوجها.

و سنتطرق لآراء الفقهاء كل على حدة:

ـ الرأي الأول: فقهاء المالكية

للزوجة حق طلب الفسخ إن عجز زوجها عن نفقة حاضرة لا ماضية ترتبت في ذمته إن لم تعلم الزوجة حال العقد فقره أي عسره فإن علمت فليس لها الفسخ، فإن أثبت الزوج عسره عند الحاكم أمهله الحاكم باجتهاد منه بحسب ما يراه من حال الزوج لعله يحصل على النفقة في ذلك الزمن و إلا أمره الحاكم بالنفقة أو بالطلاق بلا تلوم بأن يقول له، إما أن تنفق و إما أن تطلقها، و إلا طلق عليه بأن يقول الحاكم: فسخت نكاحه، أو طلقته منه. (1)

ـ الرأي الثاني: فقهاء الشافعية

ذهب الشافعي إلى أن لها الخيار بين مقامها معه (2) إذا أعسر الزوج بنفقتها فإن صبرت و أنفقت على نفسها من مالها أو مما اقترضته صارت ديناً عليه، و إن لم يقرضها القاضي كسائر الديون المستقرة، و إذا لم تصبر فلها الفسخ عند الحاكم على الأظهر. (3)

ـ الرأي الثالث: فقهاء الحنابلة

إذا أعسر الزوج بنفقتها أو ببيعها، أو بالكسوة، خيرت بين فسخ النكاح و المقام و تكون النفقة ديناً في ذمته، فإذا اختارت المقام ثم بدا لها الفسخ، فلها ذلك لأن وجوب النفقة يتجدد كل يوم، فيتجدد لها الفسخ. (4)

(1) أحمد الدردير: الشرح الصغير، (د،ط)؛ الجزائر: مؤسسة العصي، ج2، ص 215.

(2) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، المصدر السابق، ص 254 .

(3) محمد الشربيني الخطيب، المصدر السابق، ص 442.

(4) أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، المصدر السابق، ص 206، 207.

و قد ذهب ابن القيم الجوزية و هو من محققي مذهب الحنابلة إلى أنه لا يجوز التطلق لعدم الإنفاق إلا في الحالات التالية:

- أن الرجل إذا غر المرأة بأنه ذو مال فتزوجته على ذلك فظهر معدما لا شيء له.
- أو كان ذا مال و ترك الإنفاق على امرأته و لم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها و لا بالحاكم أن لها الفسخ
- و إن تزوجت عالمة بعسرته أو كان موسرا ثم أصابته جائحة أجاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك، و لم تنزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار و لم ترفعهم أزواجهم إلى الحاكم ليفرقوا بينهم و بينهن<sup>(1)</sup>

استدل القائلون بجواز طلب التطلق لعدم الإنفاق بالآتي:

- القرآن الكريم:

قال تعالى: «فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»<sup>(2)</sup> فإذا عجز عن إمساك بمعروف وجب عليه التسريح بإحسان، و الإمساك مع ترك النفقة ليس إمساكا بمعروف و لأن المخير بين أمرين إذا عجز عن أحدهما تعين عليه الآخر. و قال الله عز و جل: «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا»<sup>(3)</sup> زوجة المعسر متضررة فلم يكن له إمساكها.

- السنة:

روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه و سلم- أنه قال: «أفضل الصدقة ما ترك غنى، اليد العليا خير من اليد السفلى، و ابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما تطعمني و إما أن تطلقني، و يقول العبد: أطعمني و استعملني، و يقول الابن: أطعمني إلى من تدعني»<sup>(4)</sup>.

دل الحديث على أن للزوج خيارين لا ثالث لهما فيما يجب لزوجته:

الخيار الأول: الإنفاق عليها بالمعروف

(1) أبو عبد الله بن القيم الجوزي: زاد المعاد في هدي خير العباد، (د،ط)؛ ج4، ص 156.

(2) سورة البقرة: الآية 228.

(3) سورة البقرة: الآية 231.

(4) أبو الفضل شهاب الدين العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، (د،ط)؛ بيروت: دار المعرفة، ج9، ص 500.

الخيار الثاني: أن يطلقها إذا لم يرد إعطاءها حقها من النفقة، فإن لم يوف بواحد منهما طلق عليه القاضي، ذلك لما عُلّم من نصوص الشريعة من وجوب إزالة الضرر على الناس، و الذي يتولى ذلك هو الحاكم أو من ينوب منابه كالقاضي مثلاً.

و عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله -صلى الله عليه و سلم- قال: « لا ضرر و لا ضرار، من ضار ضاره الله، و من شاق شاقه الله»<sup>(1)</sup>

إن إمساك الزوجة مع عدم الإنفاق عليها من الضرر الذي نهى عنه الشرع بنص الحديث فوجب إزالته، و طريق إزالته تطليقها عليه.

#### - آثار الصحابة و التابعين:

أخبرنا الربيع قال: أخبرنا الشافعي قال: أخبرنا مسلم بن خالد، عن عبيد الله، عن نافع بن عمر، أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يأخذوهم أن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا.<sup>(2)</sup>

وروى أبو الزبير قال سئل سعيد بن المسيب عن رجل أعسر بنفقة زوجته فقال يفرق بينه و بينها قيل سنة قال سنة، قال الشافعي: و قول الراوي سنة يقتضي سنة رسول الله -صلى الله عليه و سلم-.<sup>(3)</sup>

- **المعقول:** إن العجز عن الإنفاق بسبب الإعسار كالعجز عن الجماع بسبب الجب أو العنة و ثبت جواز الفسخ بالإعسار و عدم الإنفاق بل الفسخ هنا أولى لأن النفقة لا يقوم البدن إلا بها، أما لذة الجماع فيقوم البدن بدونها.

و قد رد هذا الدليل، لأن قياس العجز عن الإنفاق بسبب الإعسار على العجز عن الجماع، قياس مع الفارق لأن النفقة عند العجز تصير ديناً و ليس كذلك العجز الجنسي في هذه الحالة مرض لا يرجى زواله، أما عدم الإنفاق فيرجى زواله.<sup>(4)</sup>

و الراجح لدينا هو رأي جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم رفعا للضرر عن المرأة و لا ضرر و لا ضرار في الإسلام.

(1) أبو عبد الله الحاكم النيسابوري: المستدرک علی الصحیحین، (د،ط)؛ بیروت: دار الکتب العربی، ج2، ص 57، 58.  
(2) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: الأم، (د،ط)؛ بیروت - لبنان: دار الکتب العلمیة، ج 7، ص 132.  
(3) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، المصدر السابق، ص 455.  
(4) محمد كمال الدين إمام: أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد، (د، ط)؛ دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 81، 82.

## 2- حكم التطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري:

من خلال استقرائنا لما ذكر من آراء الفقهاء في مسألة التطليق لعدم الإنفاق، نجد أن المشرع الجزائري أخذ برأي الأئمة الثلاثة مالك، و الشافعي، و أحمد في جواز التفريق لعدم الإنفاق و هذا ما جاء صراحة في الفقرة 1 من نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري 05-02 التي تقضي بأنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج<sup>(1)</sup>، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون<sup>(2)</sup>. و بتحليل مبسط لهذا النص، نستطيع استخلاص الشروط الواجب توفرها لقيام حق الزوجة في طلب تطليقها من زوجها رغما عنه بل بناء على إرادتها لوحدها، و هذه الشروط هي كالاتي:

**الشرط الأول:** عدم إنفاق الزوج على زوجته و امتناعه عمدا و قصدا عن تقديم ما تحتاجه من غذاء و لباس و علاج و سكن وغيره من الاحتياجات الأخرى.<sup>(3)</sup>

**الشرط الثاني:** أن تكون الزوجة قد رفعت دعوها من قبل للمطالبة بالنفقة و صدور حكم من المحكمة يلزمه بذلك، و لكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم و أصر على عدم الإنفاق.

و هذا يعني أن عدم إنفاق الزوج على زوجته لا يصلح وحده كأساس لطلب التطليق بل يجب على الزوجة أن تؤكد عدم الإنفاق عن طريق دعوى قضائية يصدر بموجبها حكم يلزم بالإنفاق، و يمتنع الزوج بعد صدور هذا الحكم في حقه أي بعدم الإنفاق و يواصل إصراره على ذلك، ففي هذه الحالة فمن حق الزوجة طلب التطليق.

**الشرط الثالث:** ألا تكون الزوجة عالمة بحالة إعسار الزوج وقت إبرام عقد الزواج معه، فإن كانت تعلم ذلك سقط حقها في التطليق لعدم الإنفاق بسبب رضاها بحاله، و يقع عبء إثبات علمها بعسره على زوجها، و له إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات.<sup>(4)</sup>

(1) لقد عاب أ.د. علي علي سليمان رحمه الله على نص المادة 53 من القانون أعلاه من حيث الناحية الشكلية أي اللغوية عندما قال المشرع في صلب المادة " ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج"، إذ اعتبر الصياغة هنا غير صحيحة و صحة النص بما يراها هي ما لم تكن عالمة بإعسار الزوج. انظر: (عيد الفتاح تقيّة "الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي" رسالة دكتوراه. كلية الحقوق جامعة بن عكنون - الجزائر، 2006-2007، ص 95).

(2) المواد 78، 79، 80: متعلقة على الترتيب بمشتملات النفقة، و تقديرها، و تاريخ استحقاقها.

(3) عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية؛ قسنطينة- الجزائر، 1989، ص 256.

(4) طرق الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي هي:

1- أدلة الإثبات ذات القوة المحدودة و هي: البيئة و القرائن القضائية.

2- أدلة الإثبات ذات القوة المطلقة و هي: الكتابة و السندات الرسمية، الأوراق العرفية، و الكتابات الخاصة.

أما إن استطاعت الزوجة أن تثبت حالة تغرير الزوج أثناء عقد الزواج، بحيث تظاهر أنه غني، و الحال أنه فقير، أو أن عسره جاء بعد زواجهما و أنه عمدي، و أصر الزوج على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال. (1)

**الشرط الرابع:** إن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، و بحسب مدخولاته، و موارد رزقه، لأنه لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها و تعجزه عنها. (2)

عملا بالمادة 79 من ق أ ج حيث أوجب المشرع على القاضي عند تقدير النفقة مراعاة حال الطرفين و ظروف المعاش، و معنى ذلك أن حقها في طلب التطليق سقط إذا وفر الزوج أدنى الضروريات من غذاء و كسوة و علاج و سكن و غيرها. و إلى ذلك ذهبت المحكمة العليا بقولها: " من المقرر شرعا و قانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج .

إلا إذا ثبت نشوز الزوجة، و من المقرر أيضا أن يراعي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم... " (3)

لذلك فإذا توفرت هذه الشروط مجتمعة و هي عدم الإنفاق العمدي و صدور الحكم بوجوبه و عدم علمها بإعساره وقت الزواج و عدم طلبها طلبات تتجاوز قدرته المالية فإن من حقها أن تلجأ إلى القضاء و تطلب من المحكمة أن تقضي بتطليقها من زوجها بعد أن تكون قد تضررت من عدم الإنفاق عليها.

و من حقها أيضا أن تصبر معه و تساعد المرأة الكريمة هي التي تبقى بجانب زوجها في السراء و الضراء، فالفقر ليس عارا في شريعة الإسلام، و إنما العار كل العار أن تتخلى الزوجة عن زوجها لأسباب مادية، و إن كانت هناك مسؤولية يقول الدكتور الصابوني فإنها تقع على كاهل المجتمع الذي لم يهيء أفراد سبل العيش الكريم. (4)

ثمة ملاحظات تجدر الإشارة لها حول ما ورد في الفقرة 01 من نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و تتلخص هذه الملاحظات في أن:

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 277.

(2) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 256، 257.

(3) المحكمة العليا: غ. أ.ش. ملف رقم : 51715 بتاريخ: 16-01-1989، المجلة القضائية العدد 2، 1992، ص 55.

(4) عبد الرحمان الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطبعة الخامسة؛ دمشق، 1979، ج2، ص 81.

- المشرع الجزائري لم يفرق بين حالة كون الزوج قادرا على الإنفاق و لكنه يعتمد الامتناع عنه و هو ما يسمى " بالامتناع عمدا عن الإنفاق" المقرر شرعا و قانونا.
- حالة عدم الإنفاق مع عجز الزوج عن ذلك و هو ما نسميه "عدم القدرة المالية على الإنفاق" بسبب البطالة أو بسبب عجز الزوج عجزا جسديا يقعه عن العمل من أجل كسب رزقه و رزق زوجته و أولاده.
- و هما حالتان نعتقد أنه يجب التفريق أو التمييز بينهما، و يجب ألا يكون حكمهما في القانون حكما واحدا. (1)
- كما أن المشرع لم ينص على الحالة التي يكون فيها الزوج موسراً قبل الزواج ثم تتغير وضعيته بعد ذلك لأسباب قاهرة كالحروب أو الكوارث، أو كساد سوق العمل و غيرها.
- المشرع لم ينص على الحالة التي يكون فيها الزوج قد أعسر بعد الزواج و عجز عن الإنفاق و كانت الزوجة غنية و لها أموال تكفيها للإنفاق على نفسها و أولادها و حتى زوجها ففي مثل هذه الحالة لا يكون من العدل منح الزوجة الحق في طلب التطليق إذا كان الزوج قد أعسر لسبب قاهر ليس له يد فيه.
- فالقانون أعطى الحق للزوجة في طلب التطليق إذا لم يكن للزوج مال حبذا لو أضاف إلى ذلك و عجزت الزوجة عن الاستدانة من الغير، فقد تستطيع الزوجة الإنفاق على نفسها أو قد تستطيع الاستدانة من الغير، فإن فعلت فلماذا يفرق بين الزوجين و قد حصلت الزوجة على مطلوبها و على الدائن أن يرجع على الزوج حين يساره، و الدائن هنا هو قريب الزوجة المكلف بالإنفاق عليها لو لم تكن متزوجة. (2)
- بالإضافة إلى ذلك نلاحظ أن هناك فراغا تشريعا في قانون الأسرة الجزائري و ذلك لكونه لم يحدد المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة لكي ترفع دعوى طلب التطليق إلى المحكمة.
- إلا أنه بالرجوع إلى قانون العقوبات نجد أن المدة قد حددت بشهرين، و ذلك وفقا للمادة 331 فقرة 1 من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006، التي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 50000 دج

(1) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 257.

(2) عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 84.

إلى 300000 دج كل من امتنع عمدا و لمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقدره قضاء لإعالة أسرته، و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعها و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم....<sup>(1)</sup> و إلى ذلك ذهبت المحكمة العليا عندما حكمت بما يلي: "من المقرر فقهاً و قضاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها، و ذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله: الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله و عاجز عن كسوة لمثله، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزئيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي و حكم عليه غيابيا بسنة حبسا منفذة، فإن قضاء الاستئناف برفضهم طلب الطاعة المتعلق بالتطليق، خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعة في هذا الشأن.<sup>(2)</sup>

و هكذا نلاحظ أن المحكمة العليا قررت بأن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها، و ذلك وفقا لما نص عليه الفقيه المالكي ابن عاصم.

و نستنتج من نص المادة 331 من قانون العقوبات بأن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق وفقا لما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، و للحصول على حكم بذلك يشترط:

(1) الحصول على حكم صادر عن القسم المدني بالمحكمة يقضي على الزوج بأن يقدم النفقة الشرعية.

(2) أن يكون هذا الحكم قد حاز قوة الشيء المقضي به و لم يعد يقبل أية طريقة من طرق الطعن.

(1) أحسن بوسقيعة: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، (د، ط) منشورات بيرتي، 2007، ص 149.  
(2) المحكمة العليا: غ.أ.ش. ملف رقم : 34791 بتاريخ: 19-11-1984، المجلة القضائية العدد 3، 1989، ص 76.

(3) أن يكون الزوج قد بلغ بالحكم المسند إليه و طلب منه تنفيذه و ثبت امتناعه بموجب محضر يحرره كاتب الضبط المكلف بالتنفيذ.

(4) ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها و فقره وقت الزواج، و إلا فإنه لا يجوز لها بعد ذلك أن تتظلم منه. (1)

بالنسبة للفقهاء المسلمين فقد جعلوا هذه المدة تتراوح بين ثلاثة أيام و شهر، ابتداء من تاريخ صدور الحكم و هو رأي أحمد و الشافعي. (2)

و لكن الإمام مالك رضي الله عنه جعل المدة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، فتحدد المدة بحسب مقتضى الحال.

و هو الموقف الأكثر ملاءمة و اتساقا مع التشريع بحيث أن القاضي يقدر المدة انطلاقا من حالة الزوجين المالية و الاجتماعية و ظروفهما المحيطة بهما.

و لكن لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تبلغ سنة لأنها الحد الأقصى لطلب التطلاق لزوجة الغائب، و قال مالك أن بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره و بعد صدور الحكم عليه بالنفقة جائزا لها شرعا و يسقط حقها في طلب التطلاق. (3)

#### سادسا: نوع الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة

بعد تطرقنا للمقصود بالنفقة، نتعرض الآن لنوع الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

#### 1- نوع الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة في الفقه الإسلامي:

نتناول هذا العنوان عند فقهاء المالكية، و الشافعية، و الحنابلة.

#### أ- نوع الفرقة عند فقهاء المالكية:

إذا عجز الزوج عن النفقة فإنه يضرب له أجل شهرين أو ما يراه الحاكم فإذا انقضى الأجل المضروب و لم يجد ما عجز عنه فإن القاضي يطلق عليه و لذلك قال إن الطلاق ليس من فعل الزوج بل من فعل الحاكم، و هذا إذا امتنع الزوج من التطلاق فإن الحاكم

(1) بلحاج العربي: أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، (د،ط)؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ج 1، ص 141.

(2) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المصدر السابق، ص 132.

(3) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الطبعة الرابعة؛ مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1975، ج 2، ص 54.

حينئذ يطلق عليه<sup>(1)</sup>، و يقع رجعيًا<sup>(2)</sup> و للزوج المطلق عليه لعدم النفقة الرجعة للزوجة المطلقة لأنه طلاق رجعي إن وجد في العدة يسارا أي ما لا يقوم بواجب مثلها لأن الطلقة التي أوقعها الحاكم إنما كانت لدفع ضرر عجزه فلا تصح رجعته إلا إذا زال.<sup>(3)</sup>

#### ب- نوع الفرقة عند فقهاء الشافعية:

قال الشافعي رحمه الله: إذا لم يجد ما ينفق عليها أن تخير المرأة بين المقام معه أو فراقه، فإن اختارت فراقه هي فرقة بلا طلاق، لأنها ليست شيئاً أوقعه الزوج، و لا جعل إلى أحد إيقاعه.<sup>(4)</sup>

قال الماوردي: أما إيساره بنفقة المعسر و هي مد حتى عجز عنه و لم يقدر عليه فقد اختلف فيه هل تستحق به الزوجة خيار الفسخ أم لا؟ فذهب الشافعي إلى أن لها الخيار بين مقامها معه على إيساره لتكون النفقة دينا عليه ترجع بها إذا أيسر، و بين فسخ نكاحه عند الحاكم.<sup>(5)</sup>

و هذه الفرقة ليست بفرقة طلاق بل فرقة فسخ أي لا تنقص عدد الطلقات و طريقة الفسخ أن ترفع الأمر إلى القاضي أو المحكم بشرطه و يثبت عند إيسار الزوج بإقراره أو بينة ثم بعد ثبوت إيساره يجب إمهاله ثلاثة أيام، ثم بعد مدة الإمهال ترفع الأمر إلى القاضي صبيحة الرابع فيفسخ النكاح هو، أو نائبه، أو هي بإذنه، و لو سلم النفقة اليوم الرابع فلا فسخ لزوال ما كان الفسخ لأجله.<sup>(6)</sup>

#### ج- نوع الفرقة عند فقهاء الحنابلة:

إن أعسر الزوج بنفقتها أو ببعضها أو بالكسوة خيرت بين فسخ النكاح و المقام، و تكون النفقة دينا في ذمته فإذا اختارت المقام ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك.<sup>(7)</sup> نستنتج من آراء فقهاء المذاهب الثلاثة بأن نوع الفرقة عند فقهاء المذهب المالكي بسبب العجز عن النفقة هي طلاق رجعي.

(1) أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، المصدر السابق، ص 276.

(2) عثمان بن حسنين برى الجعلي المالكي، المصدر السابق، ص 116.

(3) صالح عبد السميع الأبي الأزهرى، المصدر السابق، ص 405.

(4) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المصدر السابق، ص 132.

(5) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، المصدر السابق، ص 454.

(6) ابن قاسم الغزى، المصدر السابق، ص 199.

(7) أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، المصدر السابق، ص 207، 206.

أما المذهب الشافعي و الحنبلي فإن التفريق للإعسار هو فسخ لا طلاق، لأن الطلاق يكون من فعل الزوج مباشرة أو بتوكيل منه.

## 2- نوع الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة في قانون الأسرة الجزائري:

أما عن موقف المشرع الجزائري حول نوع الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة برأي المالكية أخذ المشرع الجزائري في اعتبار الفرقة للإعسار طلاق لا فسخ، و يستشف هذا من نص المادة 48 قانون الأسرة الجزائري.<sup>(1)</sup> فجعلت هذه المادة الفرقة التي تقع بطلب من الزوجة طلاقاً، و بالتالي انطلاقاً من نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري فإن التطليق لعدم الإنفاق يحتسب من عدد الطلقات الثلاث التي يعلنها الزوج.

إلا أن قانون الأسرة الجزائري لم يحدد نوع الطلاق الذي يقع بسبب الإعسار هل هو رجعي أو بائن، و عليه عند البحث عن الأصل التشريعي نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي المالكية لكونه هو المذهب السائد في البلاد، و المصدر التشريعي الذي يجب الرجوع إليه في حالة نقص النص أو سكوته، تطبيقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(2)</sup>، لأنه تفريق لامتناعه عن الواجب عليه لها.

و يمكن أن نضيف إلى ذلك أن الزوج إذا رجع زوجته و هو ما يزال فقيراً و رضيت بذلك الزوجة صحت الرجعة لأن ذلك من حقوقها، و هذا ما نص عليه المالكية و سكت عنه القانون.<sup>(3)</sup>

و انطلاقاً من نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري فإن الفرقة التي تقع بطلب من الزوجة هي طلاق، و بالتالي فإن التطليق لعدم الإنفاق يحتسب من عدد الطلقات التي يعلنها الزوج.

و قد بينت المحكمة العليا في بعض أحكامها الطلاق الرجعي<sup>(4)</sup>، و البائن بقولها: "من المتفق عليه فقها و قضاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الطلاق الذي يقع من

(1) المادة 48 من القانون رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005: "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" هذه المادة قد أعطت للطلاق و التطليق مفهوماً واحداً رغم أن الأول يكون بإرادة الزوج و هو الأصل أما الثاني فيتم بإرادة الزوجة و لأسباب معينة و محددة و عن طريق القضاء و هو استثناء و ما يترتب عن هذا الاختلاف من نتائج.

(2) المادة 222 ق أ ج: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

(3) عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 83.

(4) الطلاق الرجعي: هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة امرأته إلى الحياة الزوجية، ما دامت في العدة، من غير عقد عقد و لا مهر جديدين، ويكون كل طلاق رجعياً، إلا الطلاق قبل الدخول، أو الطلاق على مال، أو المكمل للثلاث.

الزوجة هو الطلاق الرجعي و أن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته، إنما نزل على طلب الطلاق أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، و كذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها و حسم النزاع بينها و بين زوجها".<sup>(1)</sup>

حيث أن نوع الفرقة بسبب العجز عن النفقة هي طلاق رجعي في المذهب المالكي و للزوج أن يراجع المرأة إن أيسر في عدتها، و يظهر استعداده للإنفاق لأنه تفريق لامتناعه عن الواجب عليه لها.

و يمكن أن نضيف إلى ذلك أن الزوج إذا رجع زوجته و هو ما يزال فقيرا و رضيت بذلك الزوجة صحت الرجعة لأن ذلك من حقوقها، و هذا ما نص عليه المالكية و سكت عنه القانون.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: التطليق للعيوب

اعتبار من أن الحياة الزوجية تبنى على الود و التآلف بهدف إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب و بناء أسرة منسجمة، غير أن هناك ما قد يعكر صفو الحياة الزوجية ويجعلها لا تحقق الأغراض المقصودة منها ما قد يدفعها إلى الانتهاء و ذلك بسبب وجود عيوب، وعلل، و أمراض تقضي عليها و تؤثر على مقاصد الزواج، و هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 53 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري: وهي العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و لهذا سنتعرض لمعنى العيب، و رأي الفقه و القانون في العيوب التي يثبت بها حق طلب التطليق للزوجة، و كذا شروط التطليق للعيوب، و هل العيوب الطارئة بعد الزواج و عقم الزوج تجيز للزوجة طلب التطليق؟ و كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق، و نوع الفرقة بسبب العيب و سنتطرق لكل هذا في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

(1) المحكمة العليا: غ.أ.ش. ملف رقم: 39463 بتاريخ: 10-02-1986، المجلة القضائية العدد 1، 1989، ص 115.  
(2) عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 83.

## أولاً: معنى العيب

**1- العيب لغة:** عاب المتاع عيباً من باب سار فهو عائب، و عابه صاحبه فهو معيب و الفاعل من هذا عائب و عَيَاب مبالغة و الاسم العاب و المعاب و عيبه بالشديد مبالغة و عيبه نسبه إلى العيب و استعمل العيب اسماً و جمع على عِيُوب<sup>(1)</sup>.  
و قال ابن منظور: في لسان العرب: العاب، و العيب، و العيبة: الوصمة و عاب الشيء: صار ذا عيب<sup>(2)</sup>، و منه قوله تعالى: « فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا »<sup>(3)</sup>، أي: أجعلها ذات عيب، يعني السفينة.<sup>(4)</sup>

## 2- العيب اصطلاحاً:

المقصود بالعيب هو كل نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحقيق مقاصد الزواج و التمتع بالحياة الزوجية، الأمر الذي أُعطي معه للمرأة حق طلب التطليق.<sup>(5)</sup>  
**ثانياً: رأي الفقه و القانون في العيوب التي يثبت بها حق طلب التطليق للزوجة**  
ما دام موضوع دراستنا هو حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة فسنقتصر دراستنا على العيوب الخاصة بالرجل التي يثبت بها حق طلب التطليق للزوجة، إلا أن هناك عيوباً يثبت بها للزوجة الحق في طلب التطليق، و عيوباً أخرى لا تعطي لها نفس الحق، و لذلك سنتطرق للتطليق للعيب في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

(1) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي: المصباح المنير، الطبعة الخامسة؛ القاهرة: المطبعة الأميرية، 1922، ج2، ص601.

(2) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج4، المصدر السابق، ص 3183، 3184.

(3) سورة الكهف: الآية 78.

(4) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج4، المصدر السابق، ص3183، 3184.

(5) عمرو عيسى الفقي: التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين، (د،ط)؛ مطبعة المجموعة المتحدة، 1998، ص 45.

## 1- العيوب التي يثبت بها حق طلب التطليق للزوجة في الفقه الإسلامي:

ذهب جمهور فقهاء المذاهب الأربعة (مالكية<sup>(1)</sup>، شافعية<sup>(2)</sup>، حنفية<sup>(3)</sup>، حنابلة<sup>(4)</sup>) إلى جواز طلب التطليق إن وجدت الزوجة عيبا تناسليا في الزوج لا يحقق الهدف من الزواج أو عيوب منفرة تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية.

و استدلت الجمهور لمذهبهم بالقرآن الكريم، و السنة، و المأثور، و المعقول.

### أ- من القرآن الكريم:

قوله تعالى: «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ»<sup>(5)</sup>.

### وجه الاستدلال:

أوجب الله تعالى أحد أمرين: إما الإمساك بمعروف، أو التسريح بإحسان، و لا شك أن وجود ما ينفرها من زوجها ليس من الإمساك بالمعروف فلم يبق إلا التسريح، و هذا الأخير إما أن يوقعه الزوج، فإن أبى ناب القاضي منابه في التسريح<sup>(6)</sup>.

### ب- من السنة:

و ذلك بما ورد عن جميل بن زيد الطائي ثنا عبد الله بن عمر قال: «تزوج رسول الله صلى الله عليه و سلم امرأة من بني غفار، فلما أدخلت رأى بكشها<sup>(7)</sup> و ضحا فردها إلى أهلها، و قال: "دلستم علي" و في رواية: فناء عنها، و قال: "أرخي عليك"، فخلى سبيلها، و لم يأخذ منها شيئا، و في أخرى: "ألحقي بأهلك"، و في رواية رابعة: "سو عليك ثيابك و ارجعي إلى بيتك"<sup>(8)</sup>.

ج- من المأثور: استدلت على ذلك بآثار كثيرة منها: قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه: «أیما رجل نکح امرأة و بها برص، أو جنون، أو جذام، أو قرن، فزوجها بالخيار ما لم يمسه، إن شاء أمسك، و إن شاء طلق، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها».

(1) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، المصدر السابق، ص 257.

(2) محمد الشربيني الخطيب، المصدر السابق، ص 203.

(3) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1997، ج3، ص 587.

(4) بهاء الدين عبد الرحمان بن إبراهيم المقدسي: العدة في شرح العمدة، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: مؤسسة الرسالة، 2001، ج2، ص 50،49.

(5) سورة البقرة: الآية 229.

(6) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص 587.

(7) ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي. انظر: (ابن منظور، لسان العرب، ج5، المصدر السابق، ص 3880).

(8) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المصدر السابق، ص 214.

عن مالك أنه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال: «أيما رجل تزوج امرأة و به جنون أو ضرر، فإنها تخير، فإن شاءت فارقته، و إن شاءت قرت»<sup>(1)</sup>.

د- من المعقول: إن هذه العيوب تؤثر في استيفاء الاستمتاع المقصود من النكاح، و تنقص كمال اللذة فوجب أن يثبت معها الخيار.<sup>(2)</sup>  
إن النكاح عقد معاوضة، فوجب أن يثبت فيه الخيار متى وجد العيب في المعقود عليه شأنه في ذلك شأن البيع.<sup>(3)</sup>

• إلا أن هناك اختلافا بين الفقهاء من حيث نوع العيوب التي تجيز طلب التطليق نتعرض له في الآتي:

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على التفريق بعيبين و هما: الجب و العنة، و لكنهم اختلفوا فيما وراء ذلك من عيوب على النحو التالي:

- الرأي الأول: فقهاء الحنفية

اتفق علماء الحنفية على أنه لا خيار للزوج في فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقا، و اختلفوا في الخيار بعيوب الزوج.  
فقال أبو حنيفة و أبو يوسف: لا فسخ إلا بالعيوب الثلاثة: التناسلية وهي: ( الجب و العنة و الخشاء) إن كانت في الرجل لأنها عيوب غير قابلة للزوال. فالضرر فيها دائم و لا يتحقق معها المقصود الأصلي من الزواج و هو التوالد و التناسل و الإعفاف عن المعاصي فكان لأبد من التفريق.

أما العيوب الأخرى من جنون، أو جذام، أو برص، أو رتق، أو قرن، فلا فسخ للزوج بسببها إن كانت بالزوجة و لا إن كانت بالزوج و لا خيار للأخر بها. و هذا هو الصحيح عند الحنفية.<sup>(4)</sup>

(1) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المصدر السابق، ص 215.  
(2) عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي: المعونة على مذهب عالم المدينة مالك بن أنس، (د،ط)؛ المكتبة التجارية، ج2، ص 771.  
(3) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الطبعة الرابعة؛ 1975، ج2، ص 50.  
(4) ابن الهمام الحنفي، المصدر السابق، ص 271-273.

- الرأي الثاني: فقهاء المالكية و الشافعية

قال مالك و الشافعي رحمهما الله: يفسخ النكاح من أي واحد من الزوجين إذا وجد في الآخر عيبا من العيوب التناسلية (الجنسية) أو العيوب المنفرة من جنون أو جذام أو برص.

\* و العيوب عند المالكية ثلاثة عشر عيبا:

منها عيوب تختص بالرجال و أخرى تختص بها النساء و عيوب مشتركة بينهما.

\* أما العيوب الخاصة بالرجال فهي: الخصاء، و الجب، و العنة، و الاعتراض.

\* أما العيوب الخاصة بالنساء فهي: الرتق، و القرن، و البخر، و العفل، و الإفضاء.

\* العيوب المشتركة بينهما: الجنون و الجذام و البرص و العذيمة. (1)

\* و العيوب عند الشافعية سبعة: الجب، العنة، و الجنون، و الجذام، و البرص، و الرتق، و القرن فلا خيار أو فسح بالبخر، و الصنان، و الإستحاضة، و القروح السيالة، و العمى، و الزماتة، و البله، و الخصاء، و الإفضاء، و لا بكونه يتغوط عند الجماع، لأن هذه الأمور لا تفوت مقصود النكاح. (2)

- الرأي الثالث: فقهاء الحنابلة

يفسخ النكاح بالعيوب التناسلية أو الجنسية أو العيوب المنفرة، أو العيوب المستعصية كالسل و السيلان أو الزهري و نحوها، مما يعرف عن طريق أهل الخبرة، و العيوب عندهم ثمانية: ثلاثة يشترك فيها الرجال و النساء و هي: الجذام، و الجنون، و البرص. و اثنان يختص بهما الرجال: الجب و العنة. و ثلاثة تختص بالمرأة: و هي الفنتق (\*) و القرن و العفل.

و قال أبو يعلى هي سبعة جعل القرن و العفل شيئا واحدا. (3)

أما ابن القيم (رحمه الله) فذهب مذهبا وجيها في هذه المسألة فرأى أنه لا يقتصر على عدد بعينه من العيوب التي يثبت بها التفريق بين الزوجين، لأن القياس يقتضي أن كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر، و لا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة،

(1) أحمد الدردير، الشرح الصغير، المصدر السابق، ص 130، 131.

(2) محمد الشربيني الخطيب، المصدر السابق، ص 202، 203.

(\*) الفنتق: هو اختلاط مجرى البول و المنى أو أنه كالإفضاء.

(3) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المصدر السابق، ص 580.

و المودة، فإنه يوجب الخيار. حيث قال: «أما الاقتصار على عيبين، أو ستة، أو سبعة، أو ثمانية دونما هو أولى منها أو مساو لها، فلا وجه له، فالعمى، و الخرس، و الطرش و كونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات و السكوت عنه من أقبح التدليس و الغش و هو مناف للدين و الإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً»<sup>(1)</sup>.

و في الأخير كما سبق و أن ذكرنا نستنتج بأن أصحاب المذاهب الأربعة اتفقوا على عيبين و هما: الجب والعنة، و لكنهم اختلفوا فيما وراء ذلك من العيوب.

## 2- العيوب التي يثبت بها حق طلب التطليق للزوجة في قانون الأسرة الجزائري:

يتضح من نص الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على جواز التطليق للعيوب، حيث أعطى للزوجة حق طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وهو بذلك ساير رأي جمهور الفقهاء، وسنحاول معرفة ما هي نوع العيوب التي تجيز طلب التطليق في قانون الأسرة الجزائري؟

و سنتعرض لنوع العيوب التي تجيز طلب التطليق في قانون الأسرة الجزائري في الآتي: عند تحليلنا للمادة 53 فقرة 2 نلاحظ أن المادة وردت مطلقة بحيث شملت كل العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المنشود من الزواج، و حسب المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري فإن من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب. فالقانون منحها حق المطالبة بالتطليق للعيوب، لكنه لم يحدد نوع هذا العيب: أهو العيب الجنسي أو العيب الغير جنسي؟ بل اعتمد عبارة عامة و واسعة اشتملها معا دون أن يذكر اثنين أو ثلاثة من العيوب أو أكثر و لو على سبيل المثال و يبدو أن القانون نحا في ذلك منحى الإمام ابن القيم (رحمه الله) الذي رأى عدم الاقتصار على عدد معين من العيوب التي يثبت بها التفريق بين الزوجين.

و في رأينا حسنا ما أخذ به القانون، و ذلك لأن العيوب أو العلل أو الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة و متنوعة، و من الصعب جدا حصرها أو تحديدها.

(1) أبو عبد الله بن القيم الجوزي، المصدر السابق، ص 30، 31.

فيبقى من حق الزوجة أن تطلب من القضاء أن يحكم بالتطليق بينها و بين زوجها لأي عيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و ترك المجال واسعا للاجتهاد القضائي و للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي في تحديد أو تفسير هذه العيوب فهي عيوب في نظر القانون و القضاء أم ليس كذلك، بشرط ألا تكون الزوجة عالمة بها قبل الزواج أو عند الزواج، أما إذا كانت عالمة بها و لم تعترض، فهذا يعني أنها راضية، و سنتطرق لشروط التطليق للعيب في العنوان التالي.

### ثالثا: شروط التطليق للعيب

هناك شروط يجب توافرها لقبول طلب التطليق للعيب، وهذا ما سنتعرض له في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

#### 1- شروط التطليق للعيب في الفقه الإسلامي:

اشترط الفقهاء لإحداث التفريق بالعيوب شرطين هما:

"الشرط الأول: عدم العلم بالعيب، يثبت له حق الخيار، لأنه لم يوجد منه رضا به فلم يسقط خياره، فإذا تم الدخول دفع العوض عن الاستمتاع، و رجع بالمهر على من كان يعلم ذلك منها و دلس<sup>(1)</sup> عليه، مثل الأب وغيره.

الشرط الثاني: أن لا يكون هناك رضا بالعيب، فإذا رضي بالعيب فقد أسقط حقه من الفسخ و رضي ببذل الصداق فكان له ذلك كالمبتاع إذا وجد بالمبيع عيبا."<sup>(2)</sup>

و سأعرض لشروط التطليق للعيب حسب كل مذهب بشيء من التفصيل:

أ- الحنفية: جاء في حاشية رد المحتار، يكون لها الخيار في طلب التفريق إذا لم تكن عالمة، أما إذا كانت عالمة فلا خيار لها في المذهب، و كذا لو رضيت به بعد النكاح.<sup>(3)</sup>

ب- المالكية: قال الدردير: أعلم أن من وجد بصاحبه عيبا و لم يعلم به و لم يرض فله الخيار.<sup>(4)</sup>

(1) التدليس: و هو أن تخفي المرأة أو الرجل عن نقص موجود في أحدهما، أو يدعي أحدهما كمالا غير موجود. انظر: (محمد جواد مغنية: الزواج و الطلاق على المذاهب الخمسة، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار العلم للملايين، 1960، ص 56)

(2) عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، المصدر السابق، ص 771.

(3) أحمد بن عبد الغني بن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية؛ بيروت: دار الفكر، 1966، ج3، ص 495.

(4) أحمد الدردير، الشرح الصغير، المصدر السابق، ص 257.

ج-الشافعية: قال الشافعي: و إن اختار حبسها بعد علمه (بالعيب) أو نكحها و هو يعلمه فلا خيار له<sup>(1)</sup>؛ يفهم من كلام الشافعية أن الزوج إذا لم يكن عالماً بالعيب ولم يرض بعد العلم به فكأن ردها لبيت وليها من أجله فله الخيار بذلك.

د-الحنابلة: قال ابن قدامة و من شروط ثبوت الخيار بهذه العيوب ألا يكون عالماً وقت العقد و لا يرضى بها بعده فإن علم بها في العقد أو بعده فرضي فلا خيار.<sup>(2)</sup>

## 2- شروط التطليق للعيب في قانون الأسرة الجزائري:

عندما ندقق النظر في نص المادة 53 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري، نلاحظ بأن سلامة الزوج من العيوب شرط أساسي للزوم الزواج، أي أنه إذا تبين لها وجود عيب فيه كان لها الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي تطلب التطليق، و يستوي أن يكون العيب عقلياً أو معنوياً كالجنون مثلاً، أو مادياً جسمياً كالعلل الجنسية، أو الجذام أو السل، و على ذلك فإن شروط اعتبار العيب سبباً مبرراً للتطليق في القانون الجزائري هي:

1- أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة، لأن العيوب إذا كانت في المرأة فلا خيار للرجل في فسخ الزواج، لأنه يملك تطليقها في أي وقت يشاء طبقاً لإرادته المنفردة، و ذلك ما تنص عليه المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " الطلاق حل لعقد الزواج، و يتم بإرادة الزوج... "

2- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج أي تمنع من الدخول أو الاستمتاع الجنسي، و كذا الأمراض الضارة، و المنفرة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على الألفة و المودة، و لقد أحسن المشرع صنعا عندما لم يحدد العيب، و لم يذكر الأمثلة و ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي، و هو هل العيب يحول أم لا دون تحقيق الهدف من الزواج.<sup>(3)</sup>

3- كما يجب أن يكون العيب ناتجاً عن مرض مستمر دائم لا يتوقع شفاؤه أبداً، كالجب و العنة مثلاً، أما إذا كان من الأمراض التي يمكن علاجها و يمكن شفاؤه منها، خلال

(1) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المصدر السابق، ص 85.

(2) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المصدر السابق، ص 580.

(3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 282.

أجل يراه الأطباء معقولا، فإن على المحكمة أن تمهله و تمنحه أجلا لمواصلة العلاج أملا في الشفاء. (1)

و عند اليأس من الشفاء يحكم للزوجة بالتطليق من الزوج المعلول، و لكن إذا كان المرض الذي يصيب الزوج ليس من شأنه الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج، مثل المرض الذي يمنع الزوج من الحركة بسبب حادث، كأن يصاب في الرجل و اليد و نحوه أو مثل الصرع الطارئ المتقطع الذي يأتي الزوج حيناً و يتركه أحيانا فإنه لا يجوز للزوجة، أن تطلب التطليق بسببه، لأن مثل هذا المرض لا يحول حتما دون تحقيق الهدف من الزواج.

4- أن ترفع دعوى التطليق لدى القاضي، و هو الأمر القاطع للشك بأنها غير راضية بالحياة المشتركة مع زوج معيب.

5- أن يتأكد القاضي من وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء و الأطباء و الاختصاصيين، و بأي وسيلة أخرى كالإقرار. (2)

هذا و لقد ذهبت المحكمة العليا في عدة اجتهادات إلى منح حق طلب التطليق تطبيقا لنص المادة 53 فقرة 2 منها:

1- " من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية، و أشارت الزوجة في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية و قانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها و على امتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، و متى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون". (3)

2- " من المقرر فقها و قضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته، يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، و إن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة

(1) عيد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 277.  
(2) فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، (د،ط)؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ج 1، ص 279.  
(3) المحكمة العليا : غ.أ.ش. ملف رقم: 13275 بتاريخ: 14-05-1984، م ق عدد 2، 1990، ص 75.

أثناء تلك المدة بجانب بعلمها و بعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية".<sup>(1)</sup>

3- ".... أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة، و ترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية...."<sup>(2)</sup>

4- "من المقرر شرعاً أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق، أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير و المستمر الذي لحقها من بعلمها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية...."<sup>(3)</sup>

و من خلال هذه الأحكام القضائية للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، نلاحظ أن القضاء الجزائري قد كرس ما جاء في المادة 53 الفقرة 2 من قانون الأسرة و منح الزوجة حق طلب التطليق.

#### رابعاً: العيوب الطارئة بعد الزواج

العيب القديم الحاصل قبل الزواج لا خلاف فيه عند المذاهب الأربعة و قانون الأسرة الجزائري بجواز التفريق فيه، أما العيب الحاصل بعد الزواج بأحد الزوجين فهل هناك خلاف فيه بجواز طلب التفريق بسببه من عدمه، أم أنه يأخذ نفس الحكم بحدوثه قبل الزواج أم لا ؟ و هل يأخذان نفس الحكم إن حدث العيب بعد الزواج بالزوج أو الزوجة أم لا؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

#### 1- العيوب الطارئة بعد الزواج في الفقه الإسلامي:

بالرجوع إلى أقوال الفقهاء في هذه المسألة نجد اختلافهم بين من يجيز التفريق من عدمه: أ- الشافعية: إن حدث بعد العقد عيب ثبت به الخيار، فإن كان بالزوج، ثبت لها الخيار لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجوداً حال العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد. و إن كان بالزوجة ففيه قولان:

أحدهما: يثبت به الخيار، و هو قوله في الجديد، و هو الصحيح، لأن ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعده كالعيب في الزوج.

(1) المحكمة العليا: غ.أ.ش. ملف رقم: 34784 بتاريخ: 19-11-1984، م ق عدد 3، 1989، ص 73.  
(2) المحكمة العليا: غ.أ.ش. ملف رقم: 35026 بتاريخ: 3-12-1984، م ق عدد 4، 1989، ص 86.  
(3) المحكمة العليا: غ.أ.ش. ملف رقم: 34767 بتاريخ: 17-12-1984، م ق عدد 1، 1990، ص 92.

و الثاني: و هو قوله في القديم أنه لا خيار له، لأنه يملك أن يطلقها. (1)

ب- المالكية: قال الدردير: ما حدث منها بعد العقد فإن كان بالزوجة فلا رد للزوج به و هو مصيبة نزلت به، و إن كان بالزوج فلها رده ببرص و جذام لشدة الإيذاء بها و عدم الصبر عليها و إلى ذلك أشار بقوله و لها أي للزوجة فقط دون الزوج رد لزوجها بجذام بين أي محقق و لو يسيرا لا مشكوكا و برص مضر أي فاحش لا يسير و جنون حدثت هذه الأدواء الثلاثة بعد العقد، بل و إن حدثت بالزوج بعد الدخول لعدم صبرها عليها و ليست العصمة بيدها، بخلاف الزوج ليس له رد بها إن حدثت بها بعد العقد، و هي مصيبة نزلت به فإما أن يرضى و إما أن يطلق إذ العصمة بيده. (2)

ج- الحنفية: إذا جُن الرجل أو أصبح عنينا بعد الزواج، و كان قد دخل بالمرأة و لو مرة واحدة لا يحق لها طلب الفسخ، لسقوط حقها بالمرّة الواحدة (3)

د- الحنابلة: إن حدث العيب بأحدهما بعد العقد يثبت الخيار، و لنا أنهما تساويا فيما إذا كان العيب سابقا فتساويا فيه لاحقا كالمتبايعين. (4)

بعد عرض آراء الفقهاء المختلفة يتبين لنا رجحان رأي الشافعية و الحنابلة القائل بتساوي العيب عندهم قبل الزواج و بعده، و بالتالي يجوز طلب التفريق، على خلاف المالكية و الحنفية، الذين فرقوا بين ذلك و اختلفوا إن كان العيب بالزوجة أم الزوج.

## 2- العيوب الطارئة بعد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

عند تحليلنا للمادة 53 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري، نجد أنها أعطت الحق للزوجة في طلب التطلق في حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و في هذه الحالة "إن القانون لم يبين ما إذا كان المقصود بالعيب هو الذي يحدث قبل عقد الزواج أم بعده، كما لم يبين النص حدوث العيب قبل الدخول بالزوجة أو بعد الدخول بها". (5)

(1) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي: كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، (د،ط)؛ دار إحياء التراث العربي، 1995، ج17، ص374.

(2) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج2، المصدر السابق، ص131.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص522.

(4) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المصدر السابق، ص583، 584.

(5) أحمد نصر الجندي: شرح قانون الأسرة الجزائري، (د،ط)؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2009، ص115.

و هذا يقودنا للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بعمومها بناء على ما تنص عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري نظرا لدقة هذه الأمور و لأهميتها و لتشعب الخلاف الفقهي فيها. (1) و برجعنا إلى النشرة القضائية لسنة 1982 عدد خاص نجد أن قانون الأسرة الجزائري واضح حيث أجاز للزوجة طلب التطلق للعيب متى كان مانعا من تحقيق الهدف من الزواج، و لم يفرق بين العيب السابق و اللاحق، و إنما العبرة بالضرر الواقع على الزوجة شريطة أن يكون من العيوب الميؤوس منها أي الدائمة، أما تلك التي يمكن علاجها فيضرب للمصاب بها أجل لمعالجتها. (2)

### خامسا: هل العقم في الزوج يعتبر عيبا يجيز للزوجة طلب التطلق بسببه؟

للإجابة عن هذا السؤال نتعرض لعقم الزوج في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

#### 1- عقم الزوج في الفقه الإسلامي:

في حدود إطلاعي على كتب الفقه الإسلامي، فإنني لم أجد أن عقم الزوج أي عدم الإنجاب، لم يذكر على أنه عيب لدى الفقهاء بأنه سبب من أسباب طلب التطلق و وجدت فقط الإشارة إليه في كتب فقهاء المذهب الحنبلي: منها ما ورد في كتاب الروض المربع شرح زاد المستقنع بأنه: " لو بان الزوج عقيما، فقياس قولنا: ثبوت الخيار للمرأة لأن لها حقا في الولد". (3)

و دليلهم ما روي سعيد عن ابن سيرين « أن عمر رضي الله عنه بعث رجلا على بعض السعاية، فتزوج امرأة و كان عقيما، فقال له عمر رضي الله عنه: أعلمتها أنك عقيم؟ قال: لا، قال فانطلق فأعلمها ثم خيرها» (4)

وقد اعتبر عمر بن الخطاب أن السكوت عن العقم تدليسا لا يصح إخفاؤه، و لهذا أمره أن يذهب لزوجته و يخبرها بأنه عقيم و يخبرها فإن شاءت البقاء و إن رغبت بالفراق فليفارقها. (5)

(1) المصري مبروك: الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، (د،ط)؛ الجزائر: دار هوم، 2010، ص 344.  
(2) المحكمة العليا : غ، أ، ش. ملف رقم: 26697 بتاريخ: 08-02-1982، النشرة القضائية 82 عدد خاص، ص 254.  
(3) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج 3، المصدر السابق، ص 97.  
(4) المصدر نفسه، ص 96.  
(5) أبو عبد الله بن القيم الجوزي، المصدر السابق، ص 31.

و قد جاء في كتاب مدى حرية الزوجين في الطلاق لـ: عبد الرحمان الصابوني بأن: العقم لا يقل أهمية عن سائر العيوب إن لم يكن من أعظمها شأنًا، و ذلك لأن غاية الزواج و هدف الزوجين هو أسمى من أن يكون متعة جنسية لا ثمرة لها، و أمل كل من الزوجين أن يرى له بنين هم زينة الحياة الدنيا.

و إن من الظلم الذي لا يرضاه الإسلام أن تعيش الفتاة صباها دون أن ترى بين ذراعيها طفلا تداعبه و تلاعبه أسوة ببقية النساء، و ليس في تحقيق رغبتها في التفريق ضرر على الزوج، إذ كثيرا ما يحدث أن يتفرق الزوجان فيتزوج كل منهما غير صاحبه فيكون التوالد و التناسل حتى من الطرف العقيم، أفلا يعد التفريق في هذه الحالة مصلحة مؤكدة للزوجين و الأسرتين و المجتمع؟

فالدكتور عبد الرحمان الصابوني يرى أن عقم أحد الزوجين سبب مبرر للتفريق بين الزوجين، و إن المصلحة و الضرورة و تحقيق هدف الزواج كل هذه الأمور تستدعي اعتبار العقم سببا للتفريق بين الزوجين، و من الطبيعي أنه لا مجال للتفرقة بين عقم الزوج و عقم الزوجة.

و حرصا منه على بقاء الحياة الزوجية و إنقاذ ما يمكن إنقاذه فإنه يرى أن التفريق لأجل العقم يجب أن يراعي فيه القاضي أو المشرع الاعتبارات التالية:

1- وجود أولاد لطالب التفريق كما لو كان متزوجا قبل ذلك و له أولاد أو طرأ العقم بعد إنجاب عدد من البنين، أو عدم وجود أولاد البتة.

2- التحقق من عقم المدعى عليه، و إلا فيكفي مضي خمس سنوات في رأيه على الزواج بدون إنجاب لاعتباره غير قابل للإنسال.

3- مراعاة سن كل من الزوجين و قابليته للإنجاب فيما لو تفرقا.

4- ألا يكون طالب التفريق عقيما بشكل محقق.

و لا نعني بهذا أن الحياة الزوجية أساس سعادتها الوحيد هو إنجاب البنين، فرب زوجين متحابين لا ولد لهما لا يفرق بينهما عقم و لا سواه خير من زوجين رزقا الكثير من الأولاد، فالولد كما يكون نعمة لأبويه قد يصبح نقمة عليهما.

إنما نقصد بذلك بيان مدى ما أعطاه الشارع من حرية تامة لكلا الزوجين بأن يعيش كل منهما حياة ملؤها السعادة و الثقة والمودة و المحبة فإن توفرت و إلا إن شعر

أحدهما أن سعادته على خلاف ذلك كان له أن يختار ما يحقق مبتغاه ضمن حدود الشرع و القانون. (1)

## 2- عقم الزوج في قانون الأسرة الجزائري:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فإننا نجد بأنه لم يورد أي نص يتعلق بحكم التطليق لعقم الزوج، و نجده جعل في الفقرة الثانية من المادة 53، العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج سببا من أسباب طلب التطليق، فهذه المادة جاءت عامة و شاملة و لذلك فبإمكان القاضي أن يستتبط أي عيب آخر، إذا تبين له بأن ذلك العيب يحول دون تحقيق هدف من أهداف الزواج.

" و بالرجوع إلى المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على سبيل المثال لا الحصر على بعض أهداف الزواج و هي:

✓ تكوين أسرة.

✓ إحصان الزوجين.

✓ المحافظة على الأنساب.

مع الإشارة بأن الأسرة تتكون من الزوج و الزوجة و الأبناء و غير ذلك من الأفراد... إلخ. (2)

من خلال تحليلنا للمادة الرابعة السابقة الذكر، نجد أن من بين الأهداف التي يُبرم من أجلها الزواج هو إنجاب الأطفال، و بما أن الزوج عقيم و لا يمكن أن يحقق ذلك لزوجته فإن ذلك العيب يحول دون تحقيق ذلك الهدف، و بالتالي استوجب التطليق، فالأمومة في المرأة أقوى من غريزة الجنس.

و بالرجوع للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

و تطبيقا لهذه المادة نجد أن الفقهاء لم يتعرضوا لحالة العقم كسبب من أسباب طلب التطليق و لذلك يترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي. (3)

(1) عبد الرحمان الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية؛ دار الفكر، ص 671-673.

(2) لحسين بن الشيخ آث ملويا: المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية؛ بوزريعة- الجزائر: دار هومه، 2006، ج 1، ص 334.

(3) المرجع نفسه، ص 334.

و قد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 16/02/1999 ملف رقم 123571 يتعلق هذا القرار بالتطليق بسبب العقم و ثبوت العقم بعد العلاج، و في النهاية الحكم بتطليق الزوجة تطبيق صحيح للقانون، جاء في القرار: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، و متى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينجب طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن".<sup>(1)</sup>

و منه نستنتج بأن عقم الزوج في قانون الأسرة الجزائري يحول دون تحقيق هدف من أهداف الزواج و هو الإنجاب و بالتالي يعطي الحق للزوجة في طلب التطليق لأن من حقها أن ترزق بالبنين و البنات و يرجع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي في الحكم به.

#### سادسا: كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق

إذا ادعى أحد الزوجين وجود عيب من العيوب التي يثبت بها الخيار في صاحبه فالمدعى عليه هنا بين أحد أمرين:

**الأول:** أن يقر بصدق الدعوى و عندها يثبت الخيار للمدعي، و لا إشكال في هذا.  
**الثاني:** إذا أنكر المدعى عليه وجود العيب مطلقا، أو نفى أن يكون الذي فيه هو عين المدعى به، كأن يرى على أحد الزوجين احمرار على جلده وجروح فيقول المدعي أنها جذام - هو مرض يتقطع منه اللحم و يتساقط-، و ينفي المدعى عليه أن يكون هو كذلك، فأيهما يصدق؟<sup>(2)</sup>

للإجابة عن هذا السؤال لا بد من استعراض آراء المذاهب الفقهية الأربعة، و رأي القانون في كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق.

#### 1- كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق في الفقه الإسلامي:

أ- **الحنفية:** إذا اختلف الزوجان في وجود العيب أحدهما يدعيه و الآخر ينفيه، فإن كان الظاهر مع أحدهما يحكم به، كما لو اختلفا في المسيس فالزوج يدعيه و الزوجة تنكره فإن

(1) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2001، ص 119.  
(2) عبد المؤمن بلباقي: التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، (د،ط)؛ عين مليلة- الجزائر: دار الهدى، ص 84، 85.

كانت المرأة بكرًا نظر إليها النساء، فإن قلن هي على بكارتها فالقول قولها لظهور كذبه بخلاف ما إذا وجدتها ثيبًا في هذه الحالة يكون المصدق مع يمينه.

قال صاحب البناية: لو اختلف الزوج و المرأة في الوصول إليها فإذا كانت ثيبًا فالقول قوله مع يمينه، لأنه ينكر استحقاق الفرقة، و الأصل هو السلامة في الجبلة أي سلامة الآلة في أصل الخلقة ثم إن حلف بطل حقها، و إن نكل يؤجل سنة، و إن كانت بكرًا نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر أُجل سنة لظهور كذبه، و إن قلن ثيب يحلف الزوج، فإن حلف لاحق لها و إن نكل يؤجل سنة.<sup>(1)</sup>

ب- الشافعية: تثبت عنة الزوج بإقراره أو بيينة على إقراره أو بيمينها بعد نكوله عن اليمين في الأصح.<sup>(2)</sup>

فالقول عند الشافعية لمن معه الظاهر مع يمينه، و يترك العمل بالظاهر لوجود الإقرار أو البيينة.

ج- المالكية: فرق المالكية بين العيب الظاهر و العيب الخفي، فالظاهر يثبت بالإقرار به من صاحبه أو بيينة لإمكان الإطلاع عليه، أما الخفي الذي يكون في المكان الذي لا يُطلع عليه، فإن كان مما يعرف بالجس من فوق الثوب عمل به للتحقق من صدق الدعوى أو كذبها، و إن كان لا يعرف إلا بالنظر ففي المذهب قولان: بين مجبر للنظر و بين من يمنعه عملاً بالأصل و هو السلامة.

جاء في البهجة: ولو أنها خالفته في وجود العيب بها فإن كان العيب ظاهرًا مثل الجذام و البرص، بوجهها و كفيها، فإنه يثبت بالرجال، و إن كان في سائر بدنها أثبتته النساء و إن كان في فرجها، فقال ابن القاسم و ابن حبيب تصدق في ذلك و لا ينظرها النساء، قال ابن الهندي و غيره تصدق مع يمينها و لها رد اليمين على الزوج. و قال ابن سحنون عن أبيه ينظر إليها النساء في عيب الفرج، و في قول له تجبر على ذلك.<sup>(3)</sup>

قال الشيخ خليل: و جس على ثوب منكر الجب و نحوه.

قال شارحه: من خصاء و عنة و لا ينظره الشهود لأن الجس أخف من النظر<sup>(4)</sup>

(1) محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي: البناية شرح الهداية، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 2000، ج5، ص 586.

(2) عبد الله الكوهجي: زاد المحتاج بشرح المنهاج، (د،ط)؛ قطر: وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية، ج3، ص 258، 259.

(3) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار الفكر، ج1، ص 313.

(4) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المصدر السابق، ص 284.

د- **الحنابلة:** إذا اختلف الزوجان في نوع المرض كأن يدعي الزوج أن بزوجه برصاً و هي تنكر أن يكون الذي بها برصاً، فعلى الزوج أن يثبت ما يدعيه بشهادة المختصين كالأطباء مثلاً فإن صدقوا ما قال فالقول قوله، و إلا فالقول قولها. و القول عندهم لمن يشهد له الظاهر (البينة)، فإن لم يكن هناك ظاهر فليعمل بالأصل و هو السلامة مع اليمين.

قال ابن قدامة: فإن اختلفا في وجود العيب مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا أو مراراً، و اختلفا في كونه برصاً، أو كانت به علامات الجذام بذهاب شعر الحاجبين، فاختلفا في كونه جذاماً، فإن كانت للمدعي بينة من أهل الخبرة و الثقة يشهدان له بما قال ثبت قوله، و إلا حلف المنكر و القول قوله، لقوله-صلى الله عليه و سلم:- « و اليمين على المدعى عليه».(1)

و ما يستخلص من كلام الفقهاء أن العيوب المدعى بها تثبت بإحدى الطرق التالية:

- 1- الإقرار من المدعى عليه، و الإقرار سيد الأدلة كما يقال.
- 2- شهادة رجلين بالنسبة لعيوب الرجال، و عيوب النساء الظاهرة، أما عيوب النساء الخفية فبشهادة النساء فقط.
- 3- ما لا يطلع عليه الغير في حق الرجال فيكتفي لمعرفته باللمس من فوق الثياب ارتكاباً لأخف الضررين.
- 4- شهادة أهل الاختصاص و الخبرة في العيوب المجهولة و المختلفة.(2)

## 2- كيفية إثبات العيب في دعوى التطليق في القانون:

يثبت العيب بكافة الأدلة و الوسائل القانونية الممكنة مثل شهادة الشهود و الشهادات الطبية المعتمدة، و ذلك سواء تعلق الأمر بوجود المرض أو بخطورته على الحياة الزوجية و على الزوجة نفسها، كما يجوز للقاضي أن يأمر بعرض الزوج المدعى عليه على طبيب خبير من تلقاء نفسه إذا كانت الزوجة قد عجزت عن إثبات ذلك بالوسائل الأخرى، و كان القاضي لا يستطيع الوصول إلى معرفة الحقيقة بغير ذلك، ثم يصدر

(1) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المصدر السابق، ص 652.

(2) عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 87.

حكمه بالتطليق أو برفضه حسب ما هو موجود بين يديه من دلائل و حجج إثباتية قوية أو ضعيفة. (1)

### سابعاً: نوع الفرقة بسبب العيب

سنتطرق في هذه النقطة إلى نوع الفرقة بسبب العيب في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري، لمعرفة هل تعد فسخا لعقد الزواج أم طلاقاً؟

#### 1- نوع الفرقة بسبب العيب في الفقه الإسلامي:

و قد اختلف في ذلك إلى الرأيين الآتيين:

أ- رأي المالكية و الحنفية: يرى فقهاء المالكية، و الحنفية بأن نوع الفرقة بسبب العيب طلاق بائن.

حيث جاء في كتاب كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني من مذهب سيدنا مالك رضي الله عنه بأن كل طلاق من القاضي بائن إلا طلاق المعسر بالنفقة، و المولي، و المفقود. (2)

و قال الكاساني بأن الفرقة تكون تطليقة بائنة، لأن الغرض من هذا التفريق تخليصها أي المرأة من زوج لا يتوقع منه إيفاء حقها، دفعا للظلم و الضرر عنها، و هذا لا يحصل إلا بالبائن، لأنه لو كان رجعيًا يراجعها الزوج من غير رضاها، فيحتاج إلى التفريق ثانياً و ثالثاً فلا يفيد التفريق فائدته. (3)

و قد علل صاحب البناية شرح الهداية بأن الفرقة تطليقة بائنة، و به قال مالك و الثوري و تلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إليه أي للزوج فكأنه طلقها بنفسه، و تقع بائنة لأن المقصود هو رفع الظلم عنها، لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة. (4)

(1) منصورى نورة: التطليق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، (د، ط)، عين مليلة- الجزائر: دار الهدى، 2010، ص 52، 53.

(2) علي الصعيد العدوي: كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، (د، ط)؛ مطبعة محمد عاطف، ص 77.

(3) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص 593.

(4) بدر الدين العيني الحنفي، المصدر السابق، ص 585.

ب- رأي الشافعية و الحنابلة: بأن الفرقة بسبب العيب فسخ لا طلاق.

حيث قال الشافعي رحمه الله تعالى: و الفرقة فسخ بلا طلاق<sup>(1)</sup>، لأنه يجعل فسخ العقد إليها دونه.<sup>(2)</sup>

قال ابن قدامة من الحنابلة فإذا فسخ فهو فسخ و ليس بطلاق.<sup>(3)</sup>

و الفسخ لا ينقص عدد الطلقات لأنه ليس بطلاق، و له أي الزوج رجعتها يعني إعادتها بنكاح جديد بولي و شاهدي عدل، و يكون عنده الحق في طلاق ثلاث حيث لم يسبق له طلاق.<sup>(4)</sup>

مع اتفاقهم بأنه لا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم<sup>(5)</sup> أو يكون بعد الرفع للقاضي.<sup>(6)</sup>

و هكذا نرى أن الرأي الفقهي منقسم بين فريق يجعل نوع الفرقة بسبب العيب فسحا لعقد الزواج، و فريق آخر يجعله طلاقا بائنا، و بالاعتماد على بعض المنطق نلاحظ أن الراجح هو جعل تطليق القاضي للزوجة للعيب و بطلب منها طلاق بائن<sup>(7)</sup>، لأن الهدف و المقصود هو رفع الضرر و إبعاد الظلم عن الزوجة، و ذلك بحكم القاضي الذي له الولاية العامة، "و يكون التطليق بائنا حتى لا يكون للزوج مراجعتها"<sup>(8)</sup> جبرا عنها، فيعود فيعود الأمر و الضرر لما كان عليه في السابق.

(1) الفسخ: هو حل رابطة العقد أو حل ارتباط العقد و يكون في الزواج الصحيح و في غير الصحيح. بينما الطلاق: هو حل قيد النكاح بألفاظ مخصوصة كالطلاق و ما يحل محله من الألفاظ. انظر: (المصري مبروك، المرجع السابق، ص 43، 44).

(2) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المصدر السابق، ص 64، 65.

(3) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، ج 6، المصدر السابق، ص 669.

(4) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 4، المصدر السابق، ص 100.

(5) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: مؤسسة الرسالة، 2000، ج 5، المصدر السابق، ص 209.

(6) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن هشام الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (د، ط)؛ دار الكتب الكتب العلمية العلمية، 1993، ج 6، ص 312.

(7) الطلاق البائن: هو الطلاق الذي تنفصل به الزوجة عن زوجها نهائيا، بحيث لا يجوز له مراجعتها بإرادته، و ينقسم إلى قسمين:

أ- الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد و مهر جديدين، و

برضاها، و سواء انقضت العدة أم لم تنقض. انظر: (المصري مبروك، المرجع السابق، ص 137).

ب- الطلاق البائن بينونة كبرى: هو الطلاق المكمل للثلاث، فإذا طلقها الثالثة انفصلت عنه نهائيا لأن الطلقتين

الأولى و الثانية تجربة و امتحان فإن صحت بعد الأولى كان بها، و إن لم تصلح بعد الثانية فذاك دليل فساد الحياة

الزوجية فلا تصلح بينهما، و عليه فإن هذا الزوج لا يستطيع نكاحها إلا بعد أن تنكح آخر نكاحا شرعيا بنية الدوام

و الاستمرار و دخل بها دخولا حقيقيا و بعد فترة طالت أو قصرت طلقها الثاني طلاقا طبيعيا أي عاديا فإذا ما

انتهت عدتها يجوز لزوجها الأول أن يتزوجها مرة أخرى.

(8) بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال لشخصية، (د، ط)؛ بيروت: دار النهضة العربية، ج 1، ص 441.

## 2- نوع الفرقة بسبب العيب في قانون الأسرة الجزائري:

لم يوضح المشرع الجزائري نوع الفرقة التي تقع بالخيار للعيب أهى فسخ أم طلاق؟، و كان عليه أن يوضح ذلك نظرا لما يترتب عن ذلك من أحكام.

فالمشرع الجزائري ترك الأمر غامضا فلم يورد القانون الجزائري أي نص يتعلق بحكم الطلاق للعيب، مما يوجب الأخذ بمبادئ الفقه المالكي الذي يقول بأن التطليق للعيب هو طلاق بائن<sup>(1)</sup> باعتبار المذهب المالكي هو المصدر التشريعي لقانون الأسرة الجزائري.

### الفرع الثالث: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

من الأسباب التي أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة طلب التطليق من زوجها، ما ورد النص عليه في الفقرة 3 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و هو الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر<sup>(2)</sup>.

فمن الواجب على الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها ومجامعتها، لأن ذلك يعد من أهم الأسباب الدافعة له، وقال فقهاء الإسلام أن الرجل مفروض عليه مجامعة زوجته وأدنى ذلك مرة في كل طهر و إلا فهو عاص لله تعالى، و قد اعتبر المشرع الجزائري الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق و ذلك في الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

فلا بد لنا من معرفة ما المقصود بالهجر في المضجع؟

### أولاً: المقصود بالهجر في المضجع

1- الهجر لغة: يقال: هجر أي صرم و قطع، يقال: هجر الشيء بمعنى تركه و أعرض عنه.

و يقال: هجر الزوجة أي اعتزل عنها و لم يطلقها.<sup>(3)</sup>

2- الهجر في المضجع في الفقه الإسلامي: يقصد به عند فقهاء الحنابلة، و الشافعية أنه:

### أ- الهجر في المضجع عند الحنابلة:

هجرها في المضجع، بفتح الجيم، و المراد أن يهجر فراشها فلا يصاحبها فيه.

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 285.

(2) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 263.

(3) المنجد الأبجدي، الطبعة السادسة؛ بيروت- لبنان: دار المشرق، 1988، ص 1109.

و بمعنى أن لا يجامعها و يضاجعها على فراشها و يوليها ظهره، و قال مجاهد و الشعبي و إبراهيم: هو أن لا يضاجعها. (1)

### ب- الهجر في المضجع عند الشافعية:

و هو هجرها لفراشها فلا يضاجعها فيه أي ترك مضاجعتها، فلا يضاجعها فيه أي بوطء أو غيره. (2)

### 3- الهجر في المضجع في قانون الأسرة الجزائري:

لم يورد المشرع الجزائري أي تعريف للهجر في المضجع بل اكتفى بذكره كسبب من أسباب طلب التطلق، و ذلك في المادة 53 فقرة 03 من قانون الأسرة الجزائري بنصه أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر". وقد عرفه الأستاذ عبد العزيز سعد بأنه: "أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش و لا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج، فلا يعتبرها زوجة موجودة بجانبه و قد يترك فراش الزوجية أو غرفة نوم الزوجية لينام في فراش آخر أو في غرفة أخرى و يتركها عن قصد و دون سبب شرعي و ذلك لمدة تزيد عن أربعة شهور كاملة قصد الإضرار بها و تعذيبا أو تأديبا لها" (3).

و يمكننا أن نستخلص المقصود بالهجر في المضجع الذي يعطي الزوجة الحق في طلب التطلق هو هجر الزوج لزوجته و تركه إياها عن قصد و دون سبب شرعي، و ذلك لمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الإضرار بها و تعذيبها.

و يستشف من خلال هذا التعريف الذي توصلنا إليه بأن المقصود بالهجر الوارد في المادة 53 فقرة 03 هو الهجر الذي يؤدي إلى الإضرار بالزوجة، و ليس الهجر بغرض تأديبها في حالة النشوز لقوله تعالى: « وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا » (4).

و النشوز هو الترفع عن الطاعة، و جاء في لسان العرب، النَشَزُ و النَّشَزَا بِإِسْكَانِ الشَّيْنِ و فتحها، المتن المرتفع من الأرض. (5)

(1) منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، المصدر السابق، ص 134.

(2) ابن قاسم الغزى، المصدر السابق، ص 138.

(3) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 263.

(4) سورة النساء: الآية 34.

(5) ابن منظور، لسان العرب، ج6، المصدر السابق، ص 4425.

و قال الفقهاء هو كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر. (1)  
و هو معصية الزوجة لزوجها فيما فرض الله عليها من طاعته، إذن لا حق للزوجة في طلب التطلاق للهجر، إذا كان بغرض التأديب فدعواها أصلا لا تسمع إلا عند التعسف و القصد هو الإضرار بها.

و في هذا يقول الأستاذ الدكتور فتحي الدريني: " هكذا ينص الفقهاء، على أن الحق وسيلة شرعية لغاية معينة فلا يجوز استعمالها في غير غايتها أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة، لأن ذلك يناقض قصد الشارع من تشريعه هذا الحق، و مناقضة الشرع باطلة، فما يؤدي إليها باطل و لا نعني بالتعسف إلا هذا...". (2)

### ثانيا: التطلاق للهجر في المضجع في الفقه الإسلامي

إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن، أن مسألة مهمة تطرق إليها فقهاء الشريعة الإسلامية، و هي ما تعلق بالمقصود و الدلالة من الهجر: فهل هي هجر الفراش أو هجر الكلام، حيث جاء في التاج المذهب: " الهجر إنما هو في المضجع لا في الكلام و لأن هجر الكلام عنه أيضا إذا زاد عن ثلاثة أيام و الهجر قد يطول شهرا، و لهذا كان الهجر هجر مضجع لا هجر كلام". (3)

و منه أيضا أنه جاء في مغني المحتاج: " احترز المصنف بالهجر في المضجع عن الهجران في الكلام فلا يجوز الهجر به لا للزوجة و لا لغيرها فوق ثلاثة أيام". (4)  
و بعد إطلاعنا على كتب الفقه و تحليلنا لآراء الفقهاء نجد أنه لم يرد الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر بغرض الإضرار بالزوجة المنصوص عليه في المادة 53 فقرة 03 من قانون الأسرة الجزائري في كتب الفقه.

و ما يمكن أن نلاحظه بهذا الصدد هو أن الهجر في المضجع المشار إليه في قانون الأسرة الجزائري كسبب من الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطلاق يتفق مع الإيلاء المشار إليه في كتب الفقه الإسلامي في عدة أوجه و أمور، كما يختلف معه في

(1) بدران أبو العيين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 278.  
(2) فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1981، ص 256.  
(3) أحمد بن قاسم اليمني: التاج المذهب، (د،ط)؛ القاهرة: مطبعة الحلبي، 1938، ج2، ص 71.  
(4) محمد الشريبي الخطيب، المصدر السابق، ص 259.

عدة أحكام أخرى، و بما أننا ذكرنا مصطلح الإيلاء فلا بد من التعرض لبعض العناصر المهمة فيه بشكل مختصر و وجيز.

### 1- تعريف الإيلاء:

الإيلاء لغة: الإيلاء بالمد بمعنى الحلف، نقول آلى و تآلى أي حلف<sup>(1)</sup>، و منه قوله عز و جل: « وَلَا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ »<sup>(2)</sup> و لقد تناول الفقهاء الإيلاء على النحو التالي:

#### أ- الإيلاء عند فقهاء المالكية:

حلف الزوج القادر على الوطء المسلم المكلف على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر للحر أو شهرين للعبد.<sup>(3)</sup>

#### ب- الإيلاء عند فقهاء الحنفية:

عرفه كمال الدين ابن همام في "فتح القدير" بأنه الحلف على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعداً بالله أو بتعليق القرب على ما يشق.<sup>(4)</sup>

#### ج- الإيلاء عند فقهاء الشافعية:

حلف زوج يتصور وطؤه و يصح طلاقه على امتناعه من وطئ زوجته التي يتصور وطئها في قبلها مطلقاً و فوق أربعة أشهر، فلا يخرج من هذا الأمر سوى الصبي الذي لا يقدر على الوطء.<sup>(5)</sup>

### 2- أركان الإيلاء:

من خلال التعاريف التي أوردتها المذاهب الفقهية المختلفة نصل إلى أن للإيلاء أربعة أركان نوجزها في الآتي:

أ- **الحالف:** و يشترط فيه أن يكون بالغاً عاقلاً قادراً على الجماع و أن يكون نكاحه صحيحاً.

ب- **المحلوف به:** اليمين بالله أو بصفة من صفاته.

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج1، المصدر السابق، ص 41.

(2) سورة النور: الآية 22

(3) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار الفكر، ج1، ص 324.

(4) ابن الهمام الحنفي، المصدر السابق، ص 231

(5) محمد الشريبي الخطيب، المصدر السابق، ص 342.

ج-المحلوف عليه: و هو ترك معاشرة الزوجة جنسيا و يشترط فيمن حلف على ترك وطنها أن تكون سالحة لذلك و عليه فلا يصح الإيلاء من الرتقاء و القرناء و كل مريضة بمرض يمنع جماعها.

د-المدة: و هي محددة بأكثر من أربعة أشهر فإن كان الحلف بأقل من ذلك لا نكون أمام الإيلاء، و ذلك لقوله تعالى: «لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ»<sup>(1)</sup>.

### 3- نوع الفرقة التي تقع بالإيلاء:

ذهب المالكية<sup>(2)</sup> و الشافعية<sup>(3)</sup> إلى أنه طلاق رجعي و اعتمدوا على أن الأصل في كل طلاق بالشرع أنه رجعي إلى أنه يدل الدليل على أنه بائن.

و ذهب الحنفية و رواية عند الحنابلة إلى أنه يقع طلاقا بائنا حتى يزال الضرر.<sup>(4)</sup> و في رواية عند الحنابلة أنه يرجع إلى القاضي، فما يراه مناسبا للحال أوقعه إما رجعيا و إما بائنا.<sup>(5)</sup>

و يرى المالكية بأنه لا يقع على الزوجة طلاق بمجرد انقضاء المدة، بل لابد من تطليق الزوج أو التطليق من القاضي، و أن الطلاق بالإيلاء رجعي سواء أكان من الزوج أم من القاضي.

و عليه فإن الطلاق بالإيلاء لا يقع لمجرد مضي المدة، بل لابد من دعوى ترفعها الزوجة إلى القاضي، حيث يأمر الزوج بالعودة لزوجته أي يأمره بالوطة، فإن أبى و طلبت الفرقة أمره بها فإن رفض طلق عليه الحاكم و هذا الترتيب لابد منه عند الفقهاء. و يتضح لنا بأن رأي المالكية، و من تبعهم فيه الخير للزوجين و رفع الضرر عن المرأة، و إعطاء الفرصة للزوج ليرجع عن خطئه و يعود إلى الحياة الزوجية، فهو أوفق بالمصلحة و فيه وقت متسع للتفكير في موضوع فصم العرى الزوجية، إذ أن رفع الزوجة شكاها للقاضي يتيح فرصة للزوج يفكر فيها لعله يستأنف حياته الزوجية دون طلاق.<sup>(6)</sup>

(1) سورة البقرة: الآية 226.

(2) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المصدر السابق، ص 87.

(3) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المصدر السابق، ص 290.

(4) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص 165.

(5) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المصدر السابق، ص 507.

(6) عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، المرجع السابق، ص 101.

و هذا خلافا للحنفية الذين رأوا وقوعه بمجرد انقضاء مدة الأربعة أشهر و يكون الطلاق بائنا، إذ قالوا بأنه لو كانت الفيئة بعدها لزيد ذلك على مدة الإيلاء المحددة نصا<sup>(1)</sup>

### ثالثا: التطليق للهجر في المضجع في قانون الأسرة الجزائري

جاء قانون الأسرة الجزائري في المادة 53 الفقرة الثالثة منه، بأنه للزوجة الحق في طلب التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، فعد بذلك المشرع الجزائري الهجر في المضجع من الأسباب التي تجيز للزوجة أن تطلب التطليق وإنهاء الرابطة الزوجية إلا أنه اشترط شروطا أساسية لتمكينها من ذلك، فما هي هذه الشروط؟ وكيف تثبت الزوجة هجر زوجها لها؟ و ما هي نوع الفرقة بسبب الهجر في المضجع؟، سنجيب عن هذا في الآتي:

#### 1- شروط التطليق للهجر في المضجع في قانون الأسرة الجزائري:

باستقراء نص المادة 53 فقرة 03 من قانون الأسرة الجزائري، و التي تقضي بأنه للزوجة أن تطلب التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، يتضح لنا أنه يشترط في الهجر للمضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق عدة شروط و هي:

**الشرط الأول:** أن يكون هجر الزوج لزوجته مع المبيت معها في فراش الزوجية دون أن يعاملها معاملة الأزواج، و ذلك بالإعراض عنها و عدم قربانها (لكي يتحقق معنى الهجر في المضجع).

**الشرط الثاني:** أن يكون هذا الهجر لمدة تزيد عن أربعة أشهر متتالية لا يقع بين الشهر و الآخر أي اتصال بينهما<sup>(2)</sup> لكي يدل على أن الهدف من ذلك هو الإضرار و النكاية بالزوجة و ليس التأديب و الإصلاح.

**الشرط الثالث:** أن يكون الهجر ليس له ما يبرره شرعا أو قانونا، بل عمديا و مقصودا لذاته و المسمى «بالهجر غير المشروع» الذي يتجاوز حدود الحق خلافا «للهجر الجميل» المقصود به الإصلاح و التأديب.

أما إذا كان للهجر ما يبرره شرعا أو قانونا فلا يعد سببا للتطليق فمثلا:

- وقوع الهجر لعدة مرات ، و في أوقات مختلفة و متفرقة.

(1) نصر سلمان، سعاد سطحي: أحكام الطلاق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، (د، ط)؛ دار الفجر، 2006، ص 155.

(2) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 263.

- وجود الزوج في المستشفى للعلاج.  
- وجوده في الخدمة الوطنية أو العسكرية.  
- ذهابه في سفر من أجل العمل و البحث عن مصادر الرزق لها و لأولادها.  
ففي كل هذه الأحوال فلا يجوز للزوجة أن تطلب التطلق بسبب الهجر في الفراش و لو تجاوزت المدة أربعة أشهر، و إذا طلبته فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بالتطلق لأن الهجر هنا سيكون له سبب شرعي.  
و عند مقارنة لما ورد في قانون الأسرة الجزائري بالفقه الإسلامي فيما يخص موضوع الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر نجد أن الفقه الإسلامي كما سبق و أن ذكرنا لم يتعرض لموضوع الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.  
و بعد تحليلنا للأراء الفقهية و مقارنتها بالقانون وجدنا أن الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر يتفق مع الإيلاء في بعض الأحكام و نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد نصا يتعلق بالإيلاء.

"يرى بعض شراح قانون الأسرة الجزائري أن المشرع أهمل الإيلاء لأنه رآه يمينا معلقا على شرط فأبعده ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع"<sup>(1)</sup>، و هذا رأي صائب باعتبار أن الإيلاء من الطلاق المعلق على شرط أو المضاف إلى الزمن المستقبل، " و قد اعتبره بعض الفقهاء بأنه بدعة كالحلف بالطلاق، و الطلاق الثلاث بلفظ واحد"<sup>(2)</sup>  
و من هنا حاول القانون الجزائري أن يبعد الإيلاء من نصوص القانون تضييقا لدائرة الطلاق و تخفيضا لنسبة تطوره عن طريق التقليل من أسبابه.

## 2- كيفية إثبات الزوجة هجرها في المضجع:

نلاحظ أن المشرع الجزائري أغفل أمرا مهما جدا و هو كيف تثبت الزوجة للقاضي هجر زوجها لها في المضجع لأكثر من أربعة أشهر؟ فهذا الأمر خصوصي جدا و لا يمكن لغير الزوجين أن يتحدثا عنه، طبعا هنا قد يتعلق الأمر بإقرار الزوج و في هذه الحالة إذا تضررت الزوجة و طلبت التطلق فإن القاضي يطلقها من زوجها، أما إذا لم يقر الزوج بذلك و جب توجيه اليمين له فإن نكل ردت على زوجته فإن أدت اليمين على

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 291.  
(2) ابن تيمية أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم: الفتاوى الكبرى، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار المعرفة، ج3، ص20.

ذلك حكم لها القاضي بالتطبيق في الحال، و لكن قد يقوم نزاع بين الزوجين حول فترة الهجر بأن يدعي الزوج أنها أقل من أربعة أشهر في حين تدعي الزوجة أنها أكثر من أربعة أشهر فهنا نجد أن المشرع الجزائري بقي ساكتا على هذه المسائل، فهناك فراغ قانوني و هو ما لا يخدم مصلحة المرأة، و فعلا يلاحظ في الحياة العملية أن النساء يصعب عليهن جدا إثبات حالة الهجر في المضجع أمام القضاء و غالبا ما ترفض الدعوى التي يتقدمن بها لعدم التأسيس<sup>(1)</sup>.

و في حالة تمكن الزوجة من إثبات ذلك فإن القاضي حسب ظاهر النص يمكنه إذا اقتنع بثبوت واقعة الهجر لمدة أربعة شهور على الأقل أن يحكم بالتفريق أو التطلاق بين الزوجة و زوجها دون أن يكلف نفسه عناء البحث عن توفر أو عدم توفر نية الإضرار بالزوجة أو نية الإصلاح، و دون أن يكلف نفسه عناء البحث عن سبب الهجر فهو سبب شرعي و قانوني أم غير ذلك.<sup>(2)</sup>

و مع كل هذا فإن المسألة تبقى من اختصاص القاضي الذي يقدرها معتمدا على ثلاثة عناصر:

- أ- **العنصر المادي اللاشعري:** المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول.
  - ب- **العنصر الزمني:** المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية غير متقطعة.
  - ج- **العنصر المعنوي:** المتمثل في نية الإضرار بالزوجة و ليس في نية الإصلاح.
- فللقاضي بعد تأكده من توفر هذه العناصر الثلاثة مجتمعة أن يحكم بالتطبيق مباشرة. أما في حالة عدم تأكد القاضي أو المحكمة من توفر هذه العناصر كلها مجتمعة على الأقل، فإنه لا يجوز له الحكم بالتطبيق.

### 3- نوع الفرقة بسبب الهجر في المضجع:

المتأمل للمادة 53 فقرة 03 من قانون الأسرة الجزائري يلحظ عدم بيانها لنوع الفرقة الحاصلة بسبب الهجر لمدة أكثر من أربعة أشهر هل تعتبر طلاقا رجعيًا كما ذهب لذلك جمهور الفقهاء، أم تعتبر طلاقا بائنا كما قال بذلك الحنفية؟  
أم أن كل طلاق يحدثه القاضي فهو بائن؟ هذا ما لم تحده المادة و لم تنص عليه.

(1) تبودشت نعيمة " الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي " رسالة ماجستير. كلية الحقوق بن عكنون - الجزائر، 2000-2001، ص 140.  
(2) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 265.

و لكن بالاستدلال فيما ورد في كتاب القوانين الفقهية لابن جزي و الذي يقضي بأن " من ترك الوطء بغير يمين لزمه حكم الإيلاء إذا قصد الإضرار"<sup>(1)</sup>، و اعتبارا لهذا يمكننا اعتبار التطلاق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر يعد طلاقا رجعيا في قانون الأسرة الجزائري.

كما ذهب لذلك جمهور الفقهاء، و هذا باعتمادنا على نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة الجزائري.

### الفرع الرابع: التطلاق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة من قانون الأسرة

#### الجزائري

من خلال نص المادة 53 الفقرة السادسة من قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أحالنا إلى نص المادة الثامنة من القانون رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005 التي تقضي بأنه " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط ونية العدل".

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

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

و بالتالي نلاحظ أن المشرع الجزائري جاء في نص المادة 53 الفقرة السادسة بحالة جديدة للتفريق أو التطلاق، و هي حالة تعدد الزوجات ووجوب إخبار الزوج للزوجة

السابقة بعزمه على الزواج من الثانية عندما يرغب في تعدد الزوجات و إخبار الزوجة الثانية بأنه متزوج بغيرها، و إذا لم يفعل، فيعتبر أنه غشهما، أو غش إحداهما و لم ترض

به زوجا لغيرها، فإن من حقها أن ترفع دعوى أمام القضاء و تطلب الحكم لها بالتطلاق لمجرد أن الزوج لم يخبرها بذلك قبل العقد.

(1) ابن جزي، المرجع السابق، ص 192.

و للحديث عن التعدد نقول بأن الإسلام ليس أول من أباح تعدد الزوجات، و إنما كانت هذه الظاهرة موجودة في الأزمنة الغابرة عند اليونان و الهند و البابليين، و قدماء المصريين.

و قد كان العرب في الجاهلية يمارسونه دون قيد أو شرط، و الإسلام لم يبطل ظاهرة التعدد و إنما حدد معالمها و شروطها، فبعد أن كانت الإباحة مطلقة قيدها كما و كيفاً<sup>(1)</sup>.

و عليه نتناول هذا في موقف الفقه الإسلامي من تعدد الزوجات، و كذا قانون الأسرة الجزائري.

#### أولاً: موقف الفقه الإسلامي من تعدد الزوجات

اتفق الفقهاء في القديم على إباحة تعدد الزوجات في حدود الأربعة، لقوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا} <sup>(2)</sup> و يقول ابن كثير في تفسير تلك الآية:

"أي انكحوا ما شئتم من النساء سواهن، إن شاء أحدكم اثنين و إن شاء ثلاثا و إن شاء أربعاً كما قال تعالى: { جاعل الملائكة رسلاً أولى أجنحة مثنى و ثلاث و رباع}؛ أي منهم من له جناحان، و منهم من له ثلاثة، و منهم من له أربعة، و ينفي ما عدا ذلك في الملائكة بدلالة الدليل عليه، بخلاف قصر الرجال على أربع، فمن هذه الآية كما قال ابن عباس و جمهور العلماء، لأن المقام مقام امتنان و إباحة فلو كان يجوز الجمع بين أكثر من أربع لذكره" <sup>(3)</sup>

و يوجد شرطان لإباحة التعدد و هما:

**1- توفير العدل بين الزوجات:** أي العدل الذي يستطيعه الإنسان، و يقدر عليه، و هو التسوية بين الزوجات في النواحي المادية من نفقة و حسن معاشرة و مبيت، قوله تعالى: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً، أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ، ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا}. فإنه تعالى أمر بالاعتصاف على واحدة إذا خاف الإنسان الجور و عدم العدل بين الزوجات.

(1) معروف عرابي محمد. (قانون الأسرة ماله و ما عليه) مجلة الفكر البرلماني، العدد 10. أكتوبر 2005، ص 129.

(2) سورة النساء: الآية 03.

(3) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، (د، ط)؛ مصر: دار إحياء الكتب العربية، ج1، ص 450.

و ليس المراد بالعدل هو التسوية في العاطفة و المحبة و ميل القلب، فهو غير مراد؛ لأنه غير مستطاع و لا مقدور لأحد، و الشرع إنما يكلف بما هو مقدور للإنسان فلا تكليف بالأمر الجبلي الفطرية التي لا تخضع للإرادة مثل الحب و البغض.

و لكن خشية سيطرة الحب على القلب أمر متوقع، لذا حذر منه الشرع في الآية الكريمة: {وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ} (1) و هو كله لتأكيد شرط العدل، و عدم الوقوع في جور النساء بترك الواحدة كالمعلقة فلا هي زوجة تتمتع بحقوق الزوجية، و لا هي مطلقة.

و العاقل: من قدر الأمور قبل وقوعها، و حسب الاحتمالات و الظروف حسابها، فالآية تنبيه على خطر البواعث و العواطف الداخلية، و ليست كما زعم بعضهم لتقرير أن العدل غير مستطاع، فلا يجوز التعدد، لاستحالة تحقق شرط إباحته (2)

**2- القدرة على الإنفاق:** لا يحل شرعا الإقدام على الزواج، سواء من واحدة أو من أكثر إلا بتوافر القدرة على مؤن الزواج و تكاليفه، و الاستمرار، في أداء النفقة الواجبة للزوجة على الزوج، لقوله -صلى الله عليه و سلم-: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج.." و الباءة مؤنة النكاح. (3)

و بالرجوع إلى كتب الفقه و خصوصا في المذهب المالكي فلا نجد منهم من اعتبر أن الزيادة على أكثر من واحدة- في حدود ما سمح الشرع به- يعتبر إضرارا بالزوجة السابقة أو اللاحقة إن لم يعلمها بذلك.

نعم في حالة عدم العدل بينهما فيما يملك فيه العدل و قصد بذلك المضارة، فللتي وقع عليها الضرر أن ترفع أمرها للقاضي طالبة منه التفريق (4) ، و هناك طريق آخر للمرأة التي تريد أن تنفرد بالرجل دون مزاحمة ضرة لها أن تشتترط فيه عند العقد أنه إن تزوج عليها فأمرها بيدها، و لها الخيار في البقاء معه أو مفارقتة فبهذا الشرط يحق لها إن زاد عليها من غير رضاها أن تطلب الطلاق عند القاضي و في غير هاتين الحالتين لا يجوز، و هذا حسب رأينا.

(1) سورة النساء: الآية 129.

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 168.

(3) المرجع نفسه، ص 168.

(4) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2، ص 345.

## ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من تعدد الزوجات

نص قانون الأسرة الجزائري على موضوع تعدد الزوجات في المادة الثامنة السابق ذكرها، ثم أتم هذا المعنى بالمادة 8 مكرر التي نصت على أنه: "في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

و جاءت المادة 8 مكرر 1 و نصت على أنه: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه".

و يستخلص من هذه النصوص أن القانون و بمقتضى التعديل الجديد قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة، لكنه فرض جملة من الشروط و الضوابط لا يمكن إبرام الزواج إلا من خلالها، و نستخلص هذه الشروط من المادة الثامنة و هي كالآتي:  
أ- شرط كون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة:

إن من البديهي القول أن عبارة يسمح بالزواج بأكثر من زوجة في حدود الشريعة الإسلامية إنما يقصد به العدد أي أنه يجوز للرجل أن يتزوج اثنين أو ثلاثة أو أربعة نساء و هو الحد الأقصى المسموح به شرعا. و الزواج فوق الأربعة يعتبر زواجا غير شرعي و غير مقبول شرعا و ممنوع قانونا. (1)

### ب- شرط إثبات وجود المبرر الشرعي:

و هي عبارة عامة لم تحدد المقصود بالمبرر الشرعي، لأن المبررات الشرعية كثيرة و تختلف بحسب الوجهة التي ينظر إليها<sup>(2)</sup>، و لم يضرب و لو مثلا واحدا لذلك كما لم يضع أي معيار للتفريق بين المبرر الشرعي و غير الشرعي.

و من المبررات الشرعية التي نراها مقبولة حالة عقم الزوجة السابقة و يكون ذلك بيقين علمي، و لا توفر أحد أهداف الزواج، أو أنها تكون مريضة مرضا حادا لا يسمح لها بالقيام بالالتزامات الزوجية، حيث أن هاته الحالات و ما يماثلها تعتبر من المبررات الشرعية التي تسمح للرجل أن يعقد زواجا على زوجة ثانية.

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 86.

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 110.

و في جميع الأحوال فإن الأمر متروك لتقدير المحكمة بناء على السلطة التقديرية المطلقة للقاضي لتقييم المبرر الذي يقدمه الزوج للزواج بثانية، و ما إذا كان مبررا شرعيا أو غير شرعي. (1)

### ج-توفر شروط و نية العدل:

من خلال قراءة العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى للمادة الثامنة نجد أنها تشترط إمكانية و جواز عقد زواج ثاني في ظل زواج قائم مع امرأة سابقة توفر " شروط و نية العدل".

لكن و رغم أننا نأخذ على هذا الشرط سوء صياغته، و إغراقه في بحر الإبهام و الغموض، فإننا مع ذلك لا نتردد في أن نقول أنه لا يصلح ليكون شرطا مانعا لتعدد الزوجات، ذلك لأن نية العدل أمر داخلي في نفس الإنسان لا يعلمها إلا الله ثم أن العدل بين الزوجات هو تصرف مادي يتعلق بالمسكن، و بالنفقة، و بالمبيت، و يظهر بعد قيام الحياة الزوجية الثنائية و ليس قبلها و لا قبل إبرام عقد الزواج و هو ما يشجعنا على الاعتقاد بأن شرط توفر نية العدل كشرط مسبق لإبرام عقد الزواج شرط في غير مكانه و لا نستطيع التسليم به كقيد على الزواج الثاني لأن ما لا يمكن إثبات وجوده ماديا قبل العقد لا يمكن التسليم بأنه قيد أو شرط لإبرام العقد.

هذا بالنسبة إلى العدل في الماديات أما بالنسبة إلى العدل في العاطفيات و الميول نحو إحدى الزوجات أكثر من الأخرى فإن الله قد كفانا جدلا في ذلك (2) حين قال تعالى: { وَكَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ } (3)

### د- شرط إخبار الزوجة السابقة و اللاحقة بالرغبة في الزواج:

جاءت الفقرة الثانية من المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري و نصت على أنه يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها. و من محاولة تحليل هذه الفقرة من هذه المادة سنجد أنها تعلق تعدد الزوجات و لا تبيحه مطلقا و لا تسمح بإبرام عقد زواج مع امرأة ثانية في ظل زواج قائم مع امرأة

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 86.

(2) المرجع نفسه، ص 87.

(3) سورة النساء: الآية 129.

سابقة إلا بعد القيام بإجراءات معينة يعتبرها قانون الأسرة المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05- 02 لسنة 2005 شرطا لا بد من توفره قبل القيام بإجراءات إبرام عقد الزواج مع المرأة الثانية، و يتمثل هذا الشرط أو هذا القيد في وجوب قيام الزوج بإخبار زوجته السابقة بأنه سيعقد زواجا ثانيا مع امرأة أخرى و بإخبار زوجته المستقبلية بأنه متزوج مع غيرها زواجا رسميا صحيحا.

غير أن الأستاذ عبد العزيز سعد عاب قانون الأسرة الجزائري في مجال ما يتعلق بإخبار أو تبليغ و إخطار الزوجة السابقة و اللاحقة و أنه لم يحدد و لم يعين أية كيفية و لا أية طريقة لإخبار الزوجتين تكون مقبولة لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي سيتولى تحري و توثيق عقد الزواج أو القاضي عندما يتصدى للفصل في مدى صحة أو عدم صحة الإخبار، فهل يكفي أن يخبرها شفويا بحضور شهود أو يمكن أن يخبر كل واحدة منهما بكتاب مرسل عن طريق الأهل أو عن طريق البريد المضمون أو أنه يجب أن يتم إخبارهما عن طريق المحضر القضائي مقابل محضر تبليغ يحرره وفقا لإجراءات التبليغ المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية<sup>(1)</sup>

نلاحظ أن هناك مجموعة من الأسئلة لم يجب عليها قانون الأسرة و لم يوضح الطريقة أو الوسيلة التي يستطيع رئيس المحكمة بواسطتها من أن يتأكد من ثبوت إخبار الزوجتين و ثبوت موافقتهما فهل يطلب إحضارهما أمامه، أو تكليفهما بالحضور لتعلن كل واحدة منهما على قبولها للزواج بهذا الرجل ؟ و هل يكفي بسماعهما شفويا أم لا بد من تحرير محضر بذلك توقعه كل منهما مع القاضي و الكاتب؟.

#### هـ- شرط الحصول على رخصة بالزواج الثاني:

ورد النص على هذا الشرط في السطر الثاني من الفقرة الثانية من المادة الثامنة حيث جاء فيها أنه يجب على الزوج أن يقدم طلبا بالترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية ثم جاءت الفقرة الثالثة ونصت على أنه يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و على الشروط الضرورية للحياة الزوجية.

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 88.

و ما نستخلصه أن التعديل الجديد أضاف شروطا جديدة إضافة للشروط المذكورة في المادة الثامنة المعدلة من القانون 84-11 إضافة إلى شرطي وجود مبرر شرعي و نية العدل مع التأكد عليها أصبح الزوج مطالب بإثبات المبرر الشرعي و إثبات قدرته على توفير العدل و أضاف الشرط الرابع و هو القدرة على إثبات توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، و حال توفير ذلك يرخص له الزواج بامرأة ثانية. فالمشرع جعل من الترخيص شرط فاسخ للزواج حال عدم الحصول عليه و ذلك قبل الدخول، و إن تم الدخول يحق للزوجة الثانية المطالبة بالتطلاق على أساس التدليس و أضاف القانون الجديد أو بالأحرى التعديل الجديد مادة 8 مكرر و نص فيها أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق<sup>(1)</sup>، و كان من المفروض أن ينص أيضا على حقها في المطالبة بالتعويض في حالة حصول الضرر لأن التدليس فعل عمدي و بالتالي أمكن التعويض.

كما جاء التعديل الجديد أيضا بالمادة 8 مكرر و نص فيها أنه يفسخ الزواج قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه و قد جاءت المادة 53 الفقرة السادسة منها أن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه يعطي للزوجة الحق في طلب التطلاق.

إن المقصود بذلك هو الزواج بأكثر من واحدة، فإذا تزوج الرجل أكثر من زوجة واحدة حسب الضوابط التي نصت عليها المادة الثامنة، كان عليه واجب العدل بينهما وفق ما يتطلبه الشرع و القانون.

فإذا أخل الزوج بهذا الواجب دون عذر مقبول جاز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطلاق في حالة عدم الرضى.

كذلك فإذا لم يحترم الزوج ضوابط التعدد المنصوص عليها في القانون، فيجوز للزوجة طلب التطلاق.

و يجب على الزوجة المتضررة إثبات ما تدعيه حتى يقضى لها بالطلاق، و المسألة يقدرها القاضي في النهاية.<sup>(2)</sup>

(1) دلاندة يوسف. (تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري) مجلة المحاماة لمنظمة المحامين ناحية باتنة، العدد الأول، 2005، ص 68.

(2) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 204.

و نقول أن منع الزوج من الزواج بثانية ووضع العراقي في طريقه إلى ذلك بشكل أو بآخر قد يدفعه إلى القيام بطلاق الزوجة الأولى بإرادته المنفردة ليتمكن من الزواج بثانية فينشأ ما لم تكن نريده، و ما لم تكن الزوجة ترضاه و نكون قد عطلنا حكما شرعيا بطريق غير مباشر و ربما غير مقصود، كما نكون قد ساهمنا أو تسببنا في مضاعفة حالات الطلاق من حيث ندري أو لا ندري.

كما يمكن أن نأخذ على قانون الأسرة أنه منح الضرة حق طلب التطليق بسبب عدم إخبارها، أو بسبب إخفاء الزوج عنها دون أن يحدد مهلة معينة لممارسة هذا الحق ما بين تاريخ العلم بالزواج الخفي و بين تاريخ طلب التطليق، الأمر الذي يجعل من هذا الحق سيفا مسلطا على رقبة الزوج، تستعمله الزوجة متى شاءت بعد شهر أو بعد سنة أو بعد عدة سنوات.

و حبذا لو أن المشرع الجزائري كان قد قرر مهلة معينة لتقادم دعوى التطليق و وضع شرطا لإمكانية الحيلولة دون التعسف في استعمال حق طلب التطليق. و في الأخير نصل إلى نتيجة و هي أن التعديل الجديد الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري 05-02 قيد مسألة تعدد الزوجات، و جعل له ضوابط قد ترتب آثار سلبية، و هذا لن يظهر إلا عند تطبيقه.

ما يمكن ملاحظته أن مسألة تعدد الزوجات مسألة شرعية لا يمكن بأي حال من الأحوال الحد منها أو منعها، و تبقى مسألة جعل لها ضوابط على أن تكون هذه الضوابط شرعية أي لا تتعدى حدود الشريعة الإسلامية السمحاء.<sup>(1)</sup>

إن مسألة تعدد الزوجات في الجزائر و بناء على التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري أصبحت تخضع لترخيص قبلي من طرف رئيس المحكمة و في حال الإخلال بذلك يترتب الفسخ قبل الدخول، و بعد الدخول يحق للزوجة المطالبة بالتطليق استنادا لأحكام المادتين 8 مكرر و الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و اعتبر ذلك تدليس و ضرر للزوجة الثانية.

(1) دلاندة يوسف. (تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري) مجلة المحاماة لمنظمة المحامين ناحية باتنة، العدد الأول. 2005، ص 68.

إن سلك المشرع هذا المسلك جاء بناء على تجربة و على واقع معاش نأمل أن لا يؤدي ذلك إلى خلق أوضاع و مشاكل عند التطبيق قد تؤدي لا قدر الله إلى خلق أوضاع جديدة كالعزوف مثلا.

و للقضاء وحده كلمة الفصل لمعالجة الصعوبات التي قد تظهر هنا أو هناك بمناسبة تطبيق أحكام القانون الجديد.

**المطلب الثاني: التطليق للغيبة، والفقء، و الحكم على الزوج، و ارتكاب فاحشة مبينة**  
يشمل المطلب الثاني على أربع حالات لجواز طلب الزوجة للتطليق، و أول حالة من هذه الحالات ما ورد في الفقرة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري و هي حالة الغياب، وكذلك حالة المفقود التي تعطي للزوجة الحق في طلب التطليق و ذلك بناء على ما جاء في المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري، كما يشمل نفس المطلب على السببين الواردين في الفقرتين الرابعة و السابعة من قانون الأسرة الجزائري، وهي حالتني: التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، و حالة التطليق لارتكاب فاحشة مبينة.

و سنتناول كل سبب من الأسباب الأربع السابق ذكرها في أربعة فروع بشيء من التفصيل في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

### الفرع الأول: التطليق لغياب الزوج

غياب الزوج عن زوجته نوع من أنواع الضرر الذي يقع بها، و وقوع الضرر مخالف للقاعدة الأصولية في الإسلام " لا ضرر و لا ضرار" و إنما معاشرة بالمعروف، و إمساك بالإحسان، و قال تعالى: " و لا تضاروهن لتضيقوا عليهن"، فمن استقام على ذلك فهو المسلم المقيم لحدود الله، و من خالف ذلك فليس من الإسلام في شيء.<sup>(1)</sup>

فإن غاب الزوج عن زوجته فقد تستوحش المرأة و تتأذى، و خصوصا إذا ذهب الزوج و لا تعلم له مكانا و لا ميعادا لرجوعه مدة طويلة فتضررت لغيابه، فهل لامرأته حق طلب التطليق لهذا؟

للإجابة عن هذه الأسئلة لابد من معرفة المقصود بالغياب، و رأي الفقه الإسلامي باعتبار الشريعة الإسلامية هي الأصل التشريعي لقانون الأسرة الجزائري، و موقف قانون

(1) أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص330، 331.

الأسرة الجزائري في اعتبار الغياب كسبب لطلب التطليق، والشروط الواجب توافرها لجواز طلب الزوجة للتطليق، وفي الأخير نتطرق لنوع الفرقة بسبب الغياب.

### أولاً: المقصود بالغياب

**1- الغياب لغة:** الغياب هو اسم غاب، يقال غاب عنه أي بعد عنه و باينه، و الغائب هو من بعد.

و أغابت المرأة بالألف غاب زوجها فهي مغيب و مغيبة.<sup>(1)</sup>

**2- الغياب اصطلاحاً:** إن الغياب هي حالة الشخص الذي لم يظهر بمقر إقامته العادي و الذي لم تصل أخبار عنه لمدة طويلة مما يستدعي التساؤل عن بقاءه على قيد الحياة.<sup>(2)</sup> و المقصود بالغيبة الواردة في المادة 53 فقرة 5 من قانون الأسرة الجزائري هي غيبة الزوج عن زوجته بإقامته في بلد آخر غير التي تعيش فيه، و أما الغيبة عن بيت الزوجية و عيشه في بيت آخر في نفس البلد، فهو من الأمور التي تدخل في الضرر الذي نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة العاشرة من نفس المادة.<sup>(3)</sup>

### ثانياً: التطليق للغياب في الفقه الإسلامي

للفقهاء رأيان في التفريق بين الزوجين إذا غاب الزوج عن زوجته، وتضررت من غيبته، وخشيت على نفسها الفتنة:

**الرأي الأول:** ذهب المالكية، و الحنابلة إلى جواز طلب المرأة للتطليق بسبب غياب الزوج عنها إذا لم تصبر على فراقه وتضررت من ذلك، ولو ترك لها ما تتفقه على نفسها، إلا أن القاضي لا يوقع الطلاق عليه إلا بعد أن يكتب إليه إن علم مكانه فيطلب منه الحضور لزوجته أو يلحقها به، أو يطلق إن لم يكن له بها شأن، فإذا لم يفعل واحدا من هذه الثلاثة قام القاضي وطلق عليه واختلفوا في أدنى مدة يمكن للزوجة أن ترفع فيها الأمر للقاضي طالبة الفرقة، وفي نوع الغياب الموجب للتطليق.

فعند المالكية أقل مدة يمكن للمرأة فيها طلب التطليق سنة على المعتمد في المذهب وفي رواية ثلاث سنوات فما فوق.

(1) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير، ج2، المصدر السابق، ص 627.  
(2) ابتسام القرام: المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، (د، ط)؛ الرغاية- الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، ص 1.  
(3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 300.

أما عن نوع الغياب فلم يفرقوا بين الغياب الذي يعذر فيه صاحبه كالسفر لأجل التجارة أو طلب العلم و الغياب الذي لا عذر فيه.

قال الدردير: الغائب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر، و لا بد من الكتابة إليه إما أن يحضر أو ترحل امرأته إليه إن علم محله و أمكن، و لا بد من خوفها على نفسها و يعلم ذلك من جهتها (1).

وقال الدسوقي: لا يطلق على من ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة و ذلك كسنة فأكثر عند أبي الحسن وهو المعتمد، وقال ابن عرفة السنتان والثلاث ليست بطول بل لا بد من الزيادة عليها .

هذا وقد اشترط المالكية للتفريق بسبب غيبة الزوج شروطا عديدة تتمثل في الآتي:

- 1- طول الغيبة كالسنة فأكثر.
- 2- الكتابة إليه وذلك بتخييره بين الحضور، أو رحيل زوجته إليه أو إمضاء الطلاق فإن امتنع تلوم له بالاجتهاد وطلق عليه.
- 3- أن تخاف على نفسها الوقوع في الزنا، و يعلم ذلك يقينا، لا بمجرد شهوتها للجماع. (2)

أما المذهب الحنبلي فأدنى مدة يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي بعد مضي ستة أشهر من غياب زوجها، إذ هي المدة التي يمكن للمرأة أن تصبر فيها، و قد ثبت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقت للجد مدة ستة أشهر يقضونها في الجندية ثم يعودون لأهاليهم، وهذا باستشارة ابنته حفصة رضي الله عنها. (3)

و اشترطوا في الغياب الموجب للتفريق أن يكون لغير عذر، فإن كان لعذر لا يستجاب لها و لو تضررت.

قال ابن قدامة: وإن سافر عن امرأته لعذر و حاجة سقط حقها من القسم و الوطء و إن طال سفره، و إن لم يكن له عذر من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة

(1) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المصدر السابق، ص 431.

(2) المصدر نفسه، ص 431.

(3) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، ج7، المصدر السابق، ص 31.

أشهر، فإنه قيل له كم يغيب الرجل على زوجته؟ قال: ستة أشهر، يكتب له فإن أبي أن يرجع فرق الحاكم بينهما. (1)

و جاء في العدة ومن سافر عن زوجته فوق ستة أشهر و طلبت قدومه فأبى من غير عذر فرق بينهما. (2)

و دليل أصحاب هذا الرأي حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - الذي قال فيه: "لا ضرر ولا ضرار".

و يلاحظ أن الغياب الذي ذكره الفقهاء فيما إذا كان خارجا عن البلد، أما ما كان في نفس البلد الذي تسكنه الزوجة و لو بعدت الشقة بينهما، فالتطلق لا يقع بسببه، و إنما بسبب الضرر الناتج عنه.

و إن لم يترتب على هذا التفريق نتيجة تذكر، إذ الحكم في كلتا صورتين واحد، و العلة الحقيقية في الفعلين واحدة، و هي قصد الإضرار أو المضارة. الرأي الثاني: ذهب الحنفية (3)، و الشافعية (4) إلى أنه لا يصح التفريق بسبب غياب الزوج و لو طال مدته، لانعدام وجود أصل شرعي يقوم عليه هذا النوع من التفريق. نقل صاحب مغني المحتاج عن الشافعي قوله: أنه لا فسخ ما دام الزوج موسرا و إن غاب غيبة منقطعة (5).

### ثالثا: التطلق للغياب في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 5 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة. و يتضح من هذا النص، أن يجب أن تمر على غيبة الزوج سنة كاملة بدون عذر مقبول شرعا ولا نفقة.

(1) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، ج7، المصدر السابق، ص 31.  
(2) بهاء الدين عبد الرحمان المقدسي: العدة شرح العمدة في فقه أهل السنة أحمد بن حنبل الشيباني، (د، ط)؛ بيروت: دار الفكر، ص 400.  
(3) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص 196.  
(4) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، المصدر السابق، ص 239.  
(5) محمد الشريبي الخطيب، المصدر السابق، ص 442.

و عليه لقد عرف المشرع 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 الغير يعتبر كالمفقود.

كما نص نفس القانون في المادة 112 على أنه: يحق لزوجة الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون و عليه فإن غياب الزوج يجب أن يكون مقبول شرعا، و هو إما أن يكون الغرض منه سليما كالسفر لطلب العلم أو لأجل تجارة أو عمل.

من خلال استقراءنا للفقرة الخامسة من المادة 53 نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط ثلاث شروط حتى يكون للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي لتطلب التطليق و هذه الشروط هي:

**الشرط الأول:** أن يمضي على غياب الزوج سنة فأكثر<sup>(1)</sup> من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه و هذا ما ذهب إليه المالكية، أما إذا لم يمض على غيابه سنة كاملة فليس لها طلب التطليق.

**الشرط الثاني:** ألا يكون لهذا الغياب أي عذر شرعي أو عقلاني مقبول حتى يكون دليلا على تعمد الإضرار بها و إيذائها، فأساس التطليق هنا هو الضرر الذي أصاب الزوجة فعلا و ليس الضرر المتوقع أن يصيبها، و هذا الشرط الثاني هو المعتمد في مذهب الحنابلة أي أن تكون الغيبة بدون عذر.

**الشرط الثالث:** أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته دون أن يترك لها مالا تنفق منه على نفسها و أولادها، أما إذا ترك لها مالا تنفق منه فلا يجوز لها طلب التطليق و هذا ما ذهب إليه الحنابلة.

- أما المالكية و كما أشرنا سابقا فإنهم يرون جواز طلب التطليق إذا ثبت تضرر الزوجة من غياب زوجها ولو ترك لها مالا تنفق منه.

- و نحن نرى أن مذهب المالكية هو الأكثر صوابا في هذه النقطة لأن الزوج في بعض الأحيان يتعمد الغياب عن زوجته للإضرار بها و يتحجج بأنه قد ترك لها المال الذي تنفق منه.

(1) المقصود بالسنة هنا هي السنة الشمسية أي 365 يوم.

مع الملاحظ أن حالة الغياب بدون ترك النفقة، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي حيث يتأكد منها بكل الطرق و الوسائل و ينظر في الأسباب التي دفعت إلى الغياب. و خلاصة القول يجب أن تتوافر كل الشروط السابقة الذكر لكي تتمكن الزوجة من طلب التطليق، و عليه فإنه إذا تخلف أحد هذه الشروط فإن ذلك يمنع الزوجة قانوناً من طلب التطليق طبقاً للمادة 53 الفقرة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري.

#### رابعاً: نوع الفرقة بسبب الغياب

بعد تطرقنا للمقصود من الغياب، و التطليق للغياب في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري، نتعرض الآن لنوع الفرقة بسبب الغياب في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

#### 1- نوع الفرقة بسبب الغياب في الفقه الإسلامي:

يرى المالكية أن الفرقة تقع طلاقاً بائناً<sup>(1)</sup>، و كونه بائناً لأنه اشتهر عند المالكية أن كل طلاق يوقعه القاضي فهو بائن ما عدا الطلاق بسبب الإيلاء و الإعسار بالنفقة<sup>(2)</sup>، أما الحنابلة فالفرقة عندهم تكون فسخاً<sup>(3)</sup> لا طلاقاً فلا تنقص عدد الطلاقات؛ لأنها فرقة من جهة الزوجة، و الفرقة من جهة الزوجة تكون عندهم فسخاً.<sup>(4)</sup>

#### 2- نوع الفرقة بسبب الغياب في قانون الأسرة الجزائري:

أخذ قانون الأسرة الجزائري بالمذهب المالكي في نوع الفرقة بسبب الغياب باعتباره المذهب الغالب و المعتمد عليه في قانون الأسرة الجزائري.

و هكذا نستخلص أن المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري قد حددت المقصود بالغائب كما سبق ذكرنا بقولها: " الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر الغير... ".

ثم جاءت المادة 112 من نفس القانون لتخول للزوجة حق طلب التطليق بقولها: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون "، فهذا النص أثبت حق الزوجة في طلب التطليق للغياب مع إحالتها في تحديد

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المصدر السابق، ص 60.

(2) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري: الفواكه الدواني، (د،ط)؛ مطبعة مصطفى البابي، 1955، ج 2، ص 78.

(3) أبو محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المصدر السابق، ص 118.

(4) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 533.

شروط رفع دعوى طلب التطلاق في المادة 53 من الفقرة 5 التي حددت مدة الغيبة لسنة وأكثر بدون عذر شرعي معقول مع غياب النفقة، فإن توفرت الشروط السابقة حق للزوجة طلب التطلاق وهنا نفرق بين بعض الحالات:

فإذا كان الغائب في مكان معروف يمكن الاتصال به بأية وسيلة ضرب له القاضي أجلا معيناً<sup>(1)</sup>، و يعذره بأن يحضر إليها، أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل و لم يفعل أمرا من الأمور الثلاثة، و تأكد القاضي من إصرار الزوجة على طلب التفريق حكم بتطليقها طلاقه بائنة<sup>(2)</sup> رفعا للضرر عن الزوجة.

أما إذا كان الزوج غير معلوم المكان و تعذر الاتصال به بمختلف الطرق فرق القاضي بينهما في الحال بعد التأكد من توفر الشروط الواردة في المادة 53 الفقرة 05 من قانون الأسرة الجزائري.

و ما يمكن ملاحظته أيضا أن طلب التطلاق استنادا إلى الفقرة الخامسة من المادة 53 سببه معاقبة الزوج عن فعل الإضرار بالزوجة، بينما التطلاق استنادا إلى المادة 112 سببه دفع الضرر عن الزوجة و ليس حمايتها من الإضرار بها.<sup>(3)</sup> هناك اختلاف في السبب رغم الإتحاد في النتيجة والتوحيد في الإجراء، و هناك حالتين:

**الحالة الأولى:** تقتضي أن يكون الزوج معلوم مكان وجوده و محقق أمر حياته.

**الحالة الثانية:** يفترض أن لا يعرف مكانه و لا يعرف أنه ميت أو حي.

و في الأخير يمكننا طرح السؤال الآتي: ماذا لو عاد الغائب و أراد مراجعة

زوجته المطلقة، فهل له ذلك أم لا ؟

للإجابة عن هذا السؤال نميز بين حالتين:

**الحالة الأولى:** عودة الغائب و مطلقته لم تتزوج بعد.

التطلاق الذي يوقعه القاضي وفقا للمادة 53 الفقرة 05 هو طلاق بائن بينونة

صغرى، و هو الذي تملك فيه المرأة أمر نفسها إذ لا يستطيع الزوج الغائب و الذي عاد

(1) محكمة تلمسان 1970/12/18: حيث ضرب القاضي للزوج الهارب عن بيت الزوجية أجلا بأربعة أشهر للعودة إلى مسكنه.

(2) بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 299.

(3) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 269.

أن يراجع زوجته إلى عصمته إلا برضاها، و من ثم فإن شاءت رجعت له بعقد و صداق جديدين و إن شاءت أبت ذلك و هذا لأن الحل لا يزال قائم بينهما.

**الحالة الثانية:** عودته بعد زواج مطلقته.

هنا تكون بمنزلة الأجنبية عليه فلا تحل له إلا بطلاقها أو بوفاة زوجها الثاني إذا رأت ذلك بعد انقضاء عدتها.

و نشير كنتيجة بعد مقارنة آراء الفقهاء مع قانون الأسرة الجزائري بأن أصل التطلاق بسبب الغياب هو مذهب مالك و ابن حنبل.

### **الفرع الثاني: التطلاق لفقد الزوج**

إن غياب الزوج عن زوجته و انقطاع أخباره، و لا يعرف مكانه، و لا يعلم حياته أو موته، ففي هذه الحالة يعتبر الزوج مفقوداً، وهذا ما يؤدي بالزوجة إلى طلب التطلاق بسبب فقدان زوجها، فما المقصود بالمفقود؟ و ما رأي الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري في التطلاق بسبب فقدان الزوج؟.

### **أولاً: المقصود بالمفقود**

**1-تعريف المفقود لغة:** نقول فقد الشيء يفقد فقد أي ضاع، و فقدان الزوج هنا ضياعه و عدم معرفة حاله.<sup>(1)</sup>

### **2-تعريف المفقود في الفقه الإسلامي:**

نتطرق لتعريف المفقود في الفقه المالكي، و الحنفي:

أ - **المفقود عند فقهاء المالكية:** هو الذي يغيب فينقطع أثره و لا يعلم خبره.<sup>(2)</sup>

ب- **المفقود عند فقهاء الحنفية:** هو اسم لشخص غاب عن بلده و لا يعرف خبره أنه حي أم ميت.<sup>(3)</sup>

من خلال التعريفين السابقين للمالكية والحنفية نلاحظ أن لهما نفس المعنى للمفقود وهو الغياب و عدم معرفة أخباره.

(1) ابن منظور ، لسان العرب، ج5، المصدر السابق، ص 3321.

(2) ابن جزى، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص 211.

(3) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج 6، المصدر السابق، ص 196.

### 3- تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري: أوردت المادة 109 من قانون

الأسرة الجزائري تعريفها للمفقود بقولها: " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم"

من خلال التعريف القانوني للمفقود يتضح لنا أن المشرع الجزائري يتفق مع الفقه الإسلامي في تعريف المفقود.

### ثانيا: التطليق بسبب فقدان الزوج في الفقه الإسلامي

إن الكلام عن الفقد عند الفقهاء من حيث جواز التفريق به هو نفس الكلام الذي قيل في الغياب من حيث المشروعية، فالذين أجازوا التفريق بين الزوجين للغياب و هم المالكية والحنابلة، أجازوا أيضا التفريق بسبب الفقد، و الذين منعه في الغياب و هم الحنفية و الشافعية منعه بسبب الفقد أيضا، و هذا تفصيل للموضوع.

**المذهب الأول:** اتفق المالكية و الحنابلة مبدئيا على جواز تطليق الزوجة على زوجها المفقود إذا طلبته و اختلفوا في تصنيف المفقود، و المدة التي تنتظرها زوجة كل مفقود من الأصناف الآتي ذكرهم:

#### 1- المالكية: قال ابن رشد: و المفقود عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة:

أ - مفقود في أرض الإسلام...

ب - مفقود في أرض الحرب...

ج - مفقود في حروب المسلمين أعني فيما بينهم...

د - مفقود في حروب الكفار...

فأما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير، لا تتزوج امرأته و لا يقسم ماله حتى يصح موته. (1)

و أما المفقود في حروب المسلمين فقال إن حكمه حكم المقتول دون تلوم، و قيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة و قربه، و أقصى الأجل في ذلك سنة.

و أما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال:

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المصدر السابق، ص 52.

القول الأول: حكمه حكم الأسير، القول الثاني: حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة...  
القول الثالث: أن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين، و الرابع: حكمه حكم المقتول  
و هذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع.

وذكر ابن رشد أن حكم المفقود في أرض الإسلام في غير فتنة بينهم نقله عن  
الإمام مالك، فقال: قال مالك: يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها للحاكم  
فإن انتهى الكشف عن حياته أو موته فجعل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل و روي هذا  
القول عن عمر وعثمان و به قال الليث. (1)

على أن يبدأ حساب المدة من تاريخ الرفع للقاضي لا من تاريخ الفقد، بعد رفع  
القاضي و اليأس من وجوده ، قال الإمام مالك: إذا أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها  
إلى السلطان نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه فإن يئس منه ضرب لها من  
تلك الساعة أربعة سنين. (2)

فإذا انتهى الأجل المضروب و لم يظهر له خبر اعتدت عدة الوفاة و حلت  
للأزواج. (3)

## 2- الحنابلة: المفقود عند الحنابلة على صنفين:

**الصنف الأول:** المفقود الذي ظاهره السلامة فهذا لا تزول زوجته إذا علم موته.

**الصنف الثاني:** المفقود الذي يغلب عليه الهلاك فهذا تتربص زوجته أربع سنين ثم تعتد  
عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام و بعدها تحل للأزواج.

قال ابن قدامة: الحال الثاني: أن يفقد و ينقطع خبره و لا يعلم له موضع فهذا ينقسم

إلى قسمين:

**القسم الأول:** أن يكون ظاهر غيبته السلامة كسفر التجارة و في غير مهلكة، و طلب العلم  
و السياحة، فلا تزول الزوجية أيضا ما لم يثبت موته.

**القسم الثاني:** أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله ليلا أو نهارا أو  
يخرج للصلاة فلا يرجع أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته و يرجع فلا يظهر له  
خبر أو يفقد بين الصنفين، أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته أو يفقد في مهلكة

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المصدر السابق، ص 52، 53 .

(2) سحنون عبد السلام بن سعيد التتوخي : المدونة الكبرى، (د،ط) ؛ بيروت: دار الفكر، 1986، ج2، ص92.

(3) أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، المصدر السابق، ص 267.

كبرية الحجاز ونحوها فمذهب أحمد الظاهر عنه أن زوجته تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا و تحل للأزواج (1) .

**المذهب الثاني:** لا يصح التفريق بين المفقود و زوجته حتى يعلم موته أو لا يبقى أحد من أقرانه على قيد الحياة، و هو مذهب الحنفية والشافعية.

**1- الحنفية:** قال الكاساني و أما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره...، و معنى هذه العبارة أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يورث ماله و لا تبين امرأته كأنه حي حقيقة و تجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة. (2)

قال السرخسي: فإذا لم يظهر خبره فظاهر المذهب أنه إذا لم يبق أحد من أقرانه حيا فإنه يحكم بموته لأن ما تقع الحاجة إلى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع إلى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء. (3)

**2- الشافعية:** قال الشافعي: لم أعلم مخالفا في أن الرجل أو المرأة لو غابا أو أحدهما برا أو بحرا علم مغيبهما أو لم يعلم فماتا أو أحدهما فلم يسمع لهما خبر أو أسرهما العدو فصيروهما إلى حيث لا خبر عنهما، لم نورث واحدا منهما من صاحبه إلا بيقين وفاته قبل صاحبه، وكذلك عند امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف، بأسر عدو أو خروج الزوج، ففي ملكه أو بهيام من ذهب عقل أو خروج فلم يسمع له خبر أو بمركب في بحر فلم يأت له خبر، أو جاء خبر أن غرقا كان كأن يرون أبدا حتى يأتيها يقين وفاته ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه. (4)

**دليل أصحاب القول الأول:** وهم المالكية والحنابلة

استدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا ضرر و لا ضرار " (5).

وبقوله صلى الله عليه وسلم: " عليكم بسنتي و سنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي عضوا عليها بالنواجذ "، و قد صح عن عمر و عثمان و عبد الله بن عمر و عبد الله بن عباس رضي الله عنهم جميعا أن امرأة المفقود تتربص أربع سنين، و لا مخالف لهم إلا

(1) أبو محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المصدر السابق، ص 488،489.

(2) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج 6، المصدر السابق، ص 196.

(3) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج11، المصدر السابق ، 295.

(4) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، المصدر السابق، ص 239.

(5) مالك بن أنس، الموطأ، المصدر السابق، ص 489.

رواية عن علي بن أبي طالب أنها لا تتزوج حتى يعلم موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يجيء إلى مثله، والصحيح عن علي مثلما روي عن عمر<sup>(1)</sup>، و هو اختيار ابن المنذر لاتفاق خمسة من الصحابة عليه<sup>(2)</sup>.

و قال ابن تيمية: ففي المفقود المنقطع خبره إن قيل: إن امرأته تبقى إلى أن يعلم خبره، بقيت لا أيما و لا ذات زوج إلى أن تصير عجوزا، و تموت و لا تعلم خبره و الشريعة لم تأت بمثل هذا، فلما أكملت أربع سنين و لم ينكشف خبره حكم بموته ظاهر<sup>(3)</sup>.  
**دليل أصحاب القول الثاني:** و هم الحنفية و الشافعية

استدل أصحاب القول الثاني القائلين بعدم جواز الفقد بالحديث المنسوب إلى النبي - صلى الله عليه و سلم- " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان "، أو " حتى يأتيها الخبر " <sup>(4)</sup>.

وقول الإمام علي- رضي الله عنه- في امرأة المفقود: " هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق " <sup>(5)</sup>.

و دليل آخر أن النكاح ثابت بيقين فلا يزال إلا بيقين إذ لو حكم بنكاحها قبل ثبوته لنقض الحكم و ذلك لمخالفته القياس الجلي إذ لا يجوز أن يكون حيا في ماله و ميتا في حق زوجته<sup>(6)</sup>.

### ثالثا: التطلاق بسبب فقدان الزوج في قانون الأسرة الجزائري

تطرق قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام المفقود في عدة مواد نوردها على النحو الآتي: المادة 109 " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، و لا حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم "

نصت هذه المادة على مفهوم المفقود، و صفته، و هذا نفسه هو الذي ورد في الشريعة الإسلامية.

(1) محمد بن أحمد بن رشد: المقدمات الممهدة .... بهامش المدونة، (د،ط)؛ دار الفكر، ج 2، ص 104.  
(2) أبو الفضل شهاب الدين العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، (د،ط)؛ بيروت: دار المعرفة، ج9، ص 431.  
(3) ابن تيمية أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، الفتاوى الكبرى، ج20، المصدر السابق، ص 578.  
(4) علي بن عمر الدارقطني: السنن، الطبعة الرابعة؛ عالم الكتب، 1986، ج2، ص 421.  
(5) المصدر نفسه، ص 422.  
(6) أبو يحيى زكرياء الأنصاري: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار المعرفة، ج2، ص 107.

المادة 112: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"

أحالت هذه المادة في جواز طلب زوجة المفقود للطلاق على الفقرة الخامسة من المادة 53 و التي نصها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لأسباب التالية... 5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة"

الملاحظ أن القانون تكلم عن المفقود بصورة مجملّة، و لم يفرق بين من فقد في أرض الإسلام أو في حالة الأسر، أو في معترك القتال، أو في أوقات الفتن و القلاقل أو بين من الغالب من حاله الهلاك كمن كان في مركب انكسر فغرق بعض أهله، و من ليس الغالب هلاكه كالمسافر لطلب العلم أو لتجارة و نحوها، إن كان قد أشار في المادة 113 لبعض هذه الحالات، كالفقود في حالة الحرب أو الحالات الاستثنائية إلا أنه لم يفصل في ذلك كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية. (1)

إضافة إلى أن القانون عامل المفقود معاملة الغائب في تحديد تأجيل فقده بغياب سنة من يوم مطالبة من له مصلحة في ذلك خلافا لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ فرقوا بين الغائب و المفقود، و فصلوا في المفقود موردين حالات عديدة له، خاصين كل حالة بحكم يختلف عن الحالة الأخرى، فجاءت أقوالهم في الأجل المضروب له مختلفة حسب كل حالة، و لكن ما ننبه عليه أن أقل مدة ضربها الفقهاء للمفقود هي أربع سنوات ثم يحكم بوفاته، و يفرق بينه و بين زوجته، و بالتالي نقول: إن القانون لم يتبع في تحديده مدة الفقد بسنة أحد المذاهب الفقهية الأربعة، و إنما جعله كالغائب و هذا ما يؤكد ما ورد في المادة 110 إذ نصت على أن الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة مدة سنة، و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

المادة 113: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

(1) نصر سلمان، سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 143.

بينت المادة بأنه يحكم بموت المفقود في الحروب، و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات موافقة في ذلك ما قال به المالكية و الحنابلة، أما في الحالات العادية التي تغلب فيها السلامة فإنه ترك الأمر في تحديد الأجل المضروب له للقاضي بحسب ما يراه من المصلحة.

و الحق أن ما نص عليه القانون هو عين الصواب ، وذلك لاختلاف الحالات بين مفقود و آخر إذ هناك من يرجى كشف حاله و معرفة مكانه و آخر ميؤوس منه إذ لا قرينة و لا أمل في العثور عليه هذا من جهة، و حتى يترك الأمر لاجتهاد القاضي يحكم فيه بما يحقق المصلحة و مقاصد الشريعة الإسلامية من جهة أخرى، و بهذا يكون القانون قد تحاشى ما ذهب إليه كثير من فقهاء الإسلام من أن زوجته تنتظر إلى أن يموت أقرانه، أو تنتظر سبعين أو تسعين أو مئة و عشرين عام من يوم ولادته و هذا بلا شك لا يتماشى مع روح الشريعة الإسلامية الغراء، فتحرم المرأة من بناء أسرة جديدة، منتظرة في ذلك سرايا بقية يحسبه الظمان ماء.

المادة 114: "يصدر الحكم بفقْدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة."

بينت المادة أنه لا يصدر الحكم بفقْدان أو موت المفقود، إلا إذا وقعت المطالبة بذلك من أحد الورثة كأب أو ابن و نحوهما، أو ممن له مصلحة في ذلك كالزوجة التي قد تضرر بطول غيابه كأن تتقدم سنها فتصل إلى سن لا يمكنها معه الإنجاب مثلا، أو من النيابة العامة و ذلك كأن يكون لهذا المفقود ورثة قصر أو فاقدوا الأهلية أو لا وراث له أصلا فتقوم النيابة العامة مقام هؤلاء القصر في المطالبة بالحكم بفقده أو تقوم مقام بيت المال الذي ستؤول إليه جميع أمواله و ممتلكاته في حالة عدم وجود من يرث هذا المفقود.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث: التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و

#### تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية

الزوج بشر يصيب و يخطئ، و من الأزواج العاصي و المطيع، و الزوج العاصي الذي يرتكب الجريمة و يعاقب عليها، لا ينبغي أن تضار زوجته بجرائمه، و خاصة و أن

(1) نصر سلمان، سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 144.

من العقوبات ما يرغم الزوجة على انتظار زوجها لسنين طوال و ذلك إضرار بالزوجة ينافي مقاصد التشريع، و يوقعها و المجتمع كله في حرج شديد. (1)

و هذا يقودنا إلى طرح السؤال الآتي: فهل يعتبر ارتكاب الزوج لجريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية سببا مبررا لطلب الزوجة التطلاق؟

للإجابة على هذا السؤال نتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري من ذلك.

### أولا: التطلاق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة في الفقه الإسلامي

الفقه الإسلامي تعرض إلى هذا الموضوع بمصطلح مختلف عن القانون، و هو التعرض لسجن الزوج أو حبسه.

و عليه في البداية نشير بأن العديد من الفقهاء أجازوا للزوجة أن تطلب التطلاق لغياب زوجها من جراء حبسه أو سجنه، لأن الحبس و السجن قد يضران بالزوجة ماديا و معنويا و خصوصا إذا طالت مدته، حتى و إن ترك لها مالا تنفق منه. و الموقف الفقهي من الموضوع فيه اختلاف بين الفقهاء في جواز التفريق للحبس على مذهبين:

**المذهب الأول:** عدم جواز التفريق بالحبس، و هذا مذهب الحنفية<sup>(2)</sup>، و الشافعية<sup>(3)</sup>.

**المذهب الثاني:** و هو مذهب المالكية، و الحنابلة، حيث جاءوا بما يلي:

**1- المذهب المالكي:** ليس في المذهب المالكي القائل بجواز التفريق بسبب الغياب سواء بعذر أو دون عذر نص يقضي بأن حبس الزوج مدة طويلة يعطي المرأة حق طلب التطلاق إلا أنه يمكننا اعتبار الزوج في سجنه بمثابة الغائب في سفره فكلتا الحالتين تلحقان ضررا بالزوجة و هو بعد زوجها عنها.

(1) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 107.

(2) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص 131.

(3) محمد الشرييني الخطيب، المصدر السابق، ص 342.

و قد جاء في الشرح الكبير للدردير على مذهب المالكية على جواز طلب التفريق للغيبة سنة فأكثر، سواء كانت بعذر أم بدون عذر، فإذا كانت مدة الحبس سنة فأكثر جاز لزوجته طلب التفريق.

و نوع الفرقة بسبب حبس الزوج عند المالكية تقع طلاقاً بائناً. (1)

**2- المذهب الحنبلي:** أما الحنابلة لا يفرق بين الزوجين إذا كانت الغيبة لعذر، و يفرق بينهما في حالة عدم العذر. (2)

و يذهب شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله حيث قال: " و حصول الضرر للزوجة بترك الوطاء مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، و لو مع قدرته و عجزه كالنفقة، فهو أولى للفسخ، و على هذا فالقول في امرأة الأسير و المحبوس و نحوهما ممن عذر انتفاع امرأته به إذا طالت فرقتها، كالقول في امرأة المفقود بالإجماع (3).

و نوع الفرقة بسبب حبس الزوج عند الحنابلة هي فسخ. (4)

**ثانياً: التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة في قانون**

### الأسرة الجزائري

عند تحليلنا لنص المادة 53 فقرة 4 من قانون الأسرة الجزائري 05-02 نلاحظ أن المشرع الجزائري قد منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بسبب الحكم عليه بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية. و يبدو من خلال المادة أنها لم تعتبر الغياب للحبس أو للسجن كسبب للتفريق و إنما اتجهت إلى اعتبار الأسباب التي لأجلها حبس أو سجن الزوج بغض النظر عن مدة الحبس. (5)

(1) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، المصدر السابق، ص 519.  
(2) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، ج7، المصدر السابق، ص 253.  
(3) تقي الدين أحمد بن تيمية: الاختيارات الفقهية، الطبعة الثانية؛ دار إحياء التراث العربي، ص 247.  
(4) السيد سابق: فقه السنة، الطبعة السابعة؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1985، ج2، ص 350.  
(5) قد كانت هذه الفقرة قبل التعديل تشترط أن تكون العقوبة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة.

و لم يبين النص مقدار العقوبة المقيدة لحرية الزوج، و ليس هذا فحسب، بل ينبغي أن تكون الجريمة تؤثر على سمعة الأسرة و تستحيل مواصلة العشرة و الحياة الزوجية معه و بالتالي حق لها طلب التطلاق.<sup>(1)</sup>

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

### 1- شروط التطلاق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة:

و تتمثل هذه الشروط في الآتي :

**الشرط الأول:** صدور حكم قضائي ضد الزوج في جريمة ارتكبها حائزا لقوة الشيء المقضي به، لم يعد يقبل أن يطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن العادية أو غير العادية و عليها أن تقدم الزوجة نسخة من الحكم كحجة قانونية تدعم به طلبها، و يستوي في ذلك أن تكون الجريمة من جرائم القانون العام أو غيرها و الملاحظ هنا أن الجريمة جاءت عامة (جناية، جنحة، مخالفة) المادة 27 قانون العقوبات.<sup>(2)</sup>

**و السؤال الذي يطرح هو: ما هو الحل في حالة عدم قدرة الزوجة على الحصول على نسخة من الحكم كحجة قانونية إثباتية؟**

"هذا الإشكال كثيرا ما يطرح خاصة و أن الأحكام الجزائية تسلم لأطراف الدعوى فقط و الزوجة ليست طرفا، كما أنه كثيرا ما يطرح هذا المشكل عندما تكون المحكمة العسكرية هي التي أصدرت الحكم ضد زوجها، ففي الغالب هذه الزوجة يتعذر عليها الحصول على نسخ من الحكم، فما هو موقف القاضي الذي ترفع أمامه دعوى التطلاق؟ هل يكتفي بدراسة الملف و يرفض الدعوى على حالها لانعدام ما يثبت الحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية أم أنه يحاول الحصول على هذا الحكم بأن يبادر و يتصل بالمحكمة التي أصدرته في الحقيقة إن الحل العملي الذي لاحظناه في المحاكم هو أن القاضي يلزم الزوجة أن تحضر له ما يثبت مزاعمها و هناك من النساء من تحصلن على إقرار من أزواجهن المتواجدين بالمؤسسة العقابية مكتوب بخط يدهم موقع عليه مفاده: أنهم يعترفون

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص 199.

(2) المادة 27 من قانون العقوبات الجزائري: " تقسم الجرائم تبعا لخطورتها إلى جنايات و جنح و مخالفات و تطبق عليها العقوبات المقررة للجنايات أو الجنح أو المخالفات."

بأنهم محاكمون بجرائم فيها مساس بشرف الأسرة، و بأنهم موافقون على طلب الطلاق الذي طلبته الزوجة، و فعلا المحكمة اعتمدت على هذه الرسائل، و حكمت بالتطليق على أساسها. إن مثل هذه الحالة تدعو إلى القول بضرورة اجتهاد القضاة، و سعيهم لخدمة المتقاضى ذلك أنه باعتباره يمثل الجهة القضائية، و بحكم مركزه يستطيع التصرف و طلب تلك الأحكام القضائية من المحاكم التي أصدرتها، و لا نضن أنها سوف تتأخر في تلبية طلبه طالما أنه يؤكد لها أن هناك قضية مطروحة أمامه و تنتظر منه الفصل فيها بناء على بيئة هي الحكم الصادر ضد الزوج هذا لأن الزوج إن كان محكوم عليه بجريمة فإنه لا يوافق الزوجة دائما على فكرة الطلاق و عليه فلا يعقل أن يبقى مصيرها معلق على إقراره و إرادته رغم أنه موقوف".<sup>(1)</sup>

**الشرط الثاني:** أن تكون الجريمة المرتكبة من قبل الزوج فيها مساس بشرف الأسرة. و المقصود بالأسرة هنا أسرة الزوجين و أقاربهما (المادة 2 من قانون الأسرة الجزائري). و الواقع أن الجرائم التي تمس شرف الأسرة يصعب عدّها و السؤال الأكثر دقة هو: أي من الجرائم الماسة بشرف الأسرة؟

القانون الجنائي يصنف الجرائم من حيث طبيعتها إلى جرائم العنف التي تتمثل أساسا في جرائم القتل، و الضرب و الجرح العمدي و صور أخرى كالقتل الخطأ و الجروح الخطأ هذا التصنيف الأول.

أما التصنيف الثاني: فالجرائم الماسة بالعرض و التي تنطوي تحتها تلك المتعلقة بهتك العرض، و الأفعال العلنية المخلة بالحياء، و الدعارة، و التحريض على الفسق، و الزنا، و الفاحشة بين ذوي المحارم و الاعتداء على القصر.

في حين التصنيف الثالث: يتعلق بالجرائم ضد الأسرة و الأطفال منها جرائم الإهمال العائلي كترك الأسرة، و التخلي عن الزوجة الحامل، و الإهمال المعنوي للأولاد، و عدم تسديد النفقة، و الجرائم المتعلقة بالحالة المدنية للطفل، و الجرائم المتعلقة برعاية الطفل و ترك الأطفال، و العاجزين، و تعريضهم للخطر، و خطف أو إبعاد قصر بدون عنف و لا تحايل.

(1) تبودشت نعيمة " الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي " رسالة ماجستير. كلية الحقوق بن عكنون - الجزائر، 2000 - 2001، ص 145، 146.

أما التصنيف الرابع: فيخص جرائم الاعتبار التي تتمثل أساسا في القذف و السب و الإهانة و الوشاية الكاذبة و إفشاء الأسرار.

و التصنيف الخامس: يخص الجرائم ضد الأموال و فيها نجد السرقة، و الاختلاس و التبيد، و النصب، و جرائم الشيك، و خيانة الأمانة، و الإخفاء.

و في اعتقاد الأستاذ باديس نياي أن كل جريمة ترتكب فيها مساس بالشخص المعني المرتكب لها في شرفه و نزاهته و اعتباره و هي بذلك مرشحة لأن تسبب الإساءة للأسرة بأكملها لاسيما الجرائم العمدية، و تظل في اعتقاده الجرائم غير العمدية. و كذا الجرائم البسيطة التي لا تصل عقوبتها إلى أكثر من سنة حبسا لا تشكل مساسا بشرف الأسرة، لاسيما فيما يتعلق بالمخالفات أو حتى الجرح غير العمدية ( كالقتل الخطأ مثلا)، أما ما عداها فهي ماسة بشرف الجاني و كذا أسرته و إذا ما تضررت الزوجة جراء ما قام به الزوج من فعل مجرم كان طلبها التطلاق اعتمادا على الفقرة الرابعة مؤسسا و مستجابا له.

لأن المساس بشرف الأسرة و اعتبارها يؤدي بصورة آلية إلى وجه من أوجه الاستحالة في مواصلة الحياة الزوجية، و هو الشرط الذي اعتمده هذه الفقرة لتحقيقها<sup>(1)</sup>.

و ما نلاحظه أن المشرع الجزائري في التعديل المؤرخ في فبراير 2005 كان أكثر وضوحا عندما عدل الفقرة 4 من المادة 53 و حذف عبارة عقوبة و جاء محلها بتحدثه عن الجريمة.

**الشرط الثالث:** أن تكون الجريمة المرتكبة من قبل الزوج من شأنها أن تؤدي إلى استحالة مواصلة الحياة الزوجية، و هذا نتيجة لفضاعتها و بشاعتها و لما ولدته من بغض و كره و حقد بين قلبي الزوجين، و لما قد ينشأ من خلافات و خصومات بينهما و تحول الحياة إلى جحيم لا يطاق.

### و الخلاصة:

إن وجوب توافر هذه الشروط مجتمعة لابد منه لكي تتمكن الزوجة من رفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم لها بالتطبيق، و يخضع هذا التطبيق للسلطة التقديرية للقاضي الذي يستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول طلب الزوجة أو رفضه، و بهذا يكون

(1) باديس نياي: صور فك الرابطة الزوجية، (د،ط)؛ عين مليلة- الجزائر: دار الهدى، 2007، ص 43، 44.

القانون قد أخذ برأي شيخ الإسلام ابن تيمية في جواز التفريق بالحبس، و قد ذهب الإمام ابن تيمية (رحمه الله) إلى أن الحبس المجيز للمطالبة بالتفريق هو الحبس الطويل الذي يلحق به ضرر جسيم بالمرأة، و يتعذر معه انتفاعها بزوجها.

### 3- نوع الفرقة للتطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية:

كما سبق و أن ذكرنا أن نوع الفرقة في هذه الحالة عند فقهاء الحنابلة فسخ أما المالكية فهي طلاق بائن. أما عن المشرع الجزائري لم يوضح هذا الأمر، و نحن نرى أنه إذا كان سبب التطليق هو الفعل الشائن الذي ارتكبه الزوج، و الذي يمس بشرف العائلة فإن هذا الفعل سيظل وصمة عار على جبينه لذلك فإنه من المنطقي أن يكون الطلاق بائنا.

و يمكننا أيضا الاعتماد على ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 10/02/1986 في قضية التفرقة بين الطلاق الرجعي و البائن حيث قضت بأن " الطلاق البائن .... الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها.... "

### الفرع الرابع: التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

تعتبر هذه الحالة من الأسباب القانونية التي تخول للزوجة الحق في طلب التطليق من زوجها، و هذا طبقا للفقرة 7 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لارتكاب فاحشة مبينة. "

و سنتطرق إلى المقصود بالفاحشة، و بعض الصور التي تلحق بالفاحشة كالزنا.

### أولا: المقصود بالفاحشة

من الصعب تعريف الفاحشة بدقة، و لكن يمكن حصر مفهومها من خلال المدلول اللغوي كما هو شائع الاستعمال، و جرى به عرف اللسان العام، و بالضبط كما استعمله القرآن الكريم.

## 1- الفاحشة لغة:

الفاحشة جمع فواحش، و الفحشاء: الزنى ما يشتد قبحه من الذنوب، نقول عن الأمر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول، و يقال "رجل فاحش": أي معتد في القول أو الجواب.<sup>(1)</sup>

## 2- الفاحشة اصطلاحاً:

هي الخطأ المخل بالآداب، بصفة خطيرة أو جسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، و العرف، و الضمير الاجتماعي.<sup>(2)</sup>

و في غياب آراء الفقهاء بهذا الشأن لا يبقى لنا سوى الاستدلال بخير دليل و هو ما ورد في القرآن الكريم من آيات عدة، تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك و الأنظمة العامة إخلالاً كبيراً.

و من ذلك قوله تعالى: « وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا »<sup>(3)</sup> و قوله سبحانه و تعالى: « لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ »<sup>(4)</sup> و قوله كذلك « وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا »<sup>(5)</sup>.

يوصف ما كان يرتكبه الناس في الجاهلية من الأخطاء التي تمس صلب النظام الاجتماعي بعد أن حرم العودة إلى مثل هاته الأفعال، و قد حدد الله تعالى طبيعة الفاحشة بأنها متعلقة بخطورة الفعل في حد ذاته لا من حيث سرية و علانيته و حرم إتيانه حتى لو أخفاه صاحبه عن الناس مصداقاً لقوله تعالى " قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ " <sup>(6)</sup>. و هناك العديد من الآيات القرآنية التي ذكرت الفاحشة منها الآيات 14، 15، 18، 21، 24 من سورة النساء.

(1) المنجد في اللغة و الإعلام، الطبعة السابعة و العشرون؛ بيروت: دار المشرق، 1984، ص 570.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 305.

(3) سورة الإسراء: الآية 32.

(4) سورة الطلاق: الآية 01.

(5) سورة النساء: الآية 22.

(6) سورة الأعراف: الآية 33.

و ما نلاحظه أن الفقرة 7 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري لم تحدد المقصود بالفاحشة و نعتقد أن المقصود بالفاحشة المبينة في هذه الفقرة هو فعل الزنا مما يمس بالأمانة الزوجية و بكرامة الزوجة<sup>(1)</sup>، و كذلك تناول أم الخبائث الخمر<sup>(2)</sup>، و كذا الشرك بالله، و الردة، أو الاعتداء على قاصرة و كل فعل مخل بالآداب بصفة خطيرة و جسيمة<sup>(3)</sup>.

و عليه فإذا تبين للزوجة أن زوجها قد ارتكب فاحشة معينة، و أصبحت الحياة الزوجية لا تطاق، فإنه يجوز لها أن ترفع دعوى قضائية لتطلب الحكم بتطليقها من زوجها و عليها أن تقدم الأدلة و الحجج لإثبات فعل الفاحشة، و تقنع القاضي بذلك حتى يحكم لها بما تريد طبقاً للفقرة السابعة من المادة 53 قانون الأسرة الجزائري.

و ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة كسبب لطلب التطليق يكاد ينفرد بالنص عليها قانون الأسرة الجزائري دون سواه من قوانين البلاد العربية و الإسلامية.<sup>(4)</sup>

و على ذلك فإن القاضي حين ترفع إليه الزوجة طلب التطليق بناء على ارتكاب زوجها لفاحشة، فإنه لا يجيبها إلى طلبها إلا بعد أن يتأكد من أن الفعل المرتكب فاحش انطلاقاً من سلطته التقديرية.

و السؤال الذي يطرح هنا، ما هو المعيار الذي يعتمد عليه القاضي ليقرر قياساً عليه و على ضوءه، ما إذا كان الفعل الذي ارتكبه الزوج فاحش أو غير فاحش؟ للإجابة على هذا السؤال يجب على القاضي تقدير الفعل هل هو فاحش أو غير فاحش، أن يعتمد على عناصر أساسية هي مقتضيات العقل السليم، و نظرة الدين إلى الفعل، و كذا الإرادة الاجتماعية العامة.<sup>(5)</sup>

### 1- مقتضى العقل السليم:

فالعقل السليم و مقتضى المنطق، و الموضوعية يرفض الانحراف عن السلوك السوي و ينفر من الخطأ المفضي إلى انحطاط الآداب و الأخلاق و الفساد، و يهتدي في أحكامه

(1) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 275.  
(2) فكثيراً من الأسر انفصمت عراها و انقطعت روابطها لا لسبب إلا لأن رب الأسرة كان من المدمنين على المشروبات الكحولية.  
(3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 305.  
(4) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 275.  
(5) فضيل سعد، المرجع السابق، ص 299.

بقواعد إسلامية نزيهة طيبة مبنية على الشرف و الرحمة و الإباء و عزة النفس. إذن العقل السليم يرفض الزنا جملة و تفصيلا، لأنه فعل فاحش خطير متهور سواء تم في سرية أو علانية، يرفض اتخاذ الدعارة حرفة و سببا للعيش الشريف، و يرفض الاتجار في الخمر، و جعله مصدرا للرزق و غير ذلك.<sup>(1)</sup>

## 2- نظرة الدين إلى الفعل:

حيث أن الحلال بين و الحرام بين في الإسلام، فيعتبر في نظر الدين فاحشة كل فعل كان من الكبائر، و الكبائر هي المعاصي التي فيها حد في الدنيا، و وعيد في الآخرة، و ورد فيها وعيد بنفي إيمان أو لعن.<sup>(2)</sup>

## 3- الإرادة الاجتماعية:

القاضي ابن بيئته، فيبني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات و تقاليد و قيم و أعراف و ثقافات، على نحو يطابق كتاب الله و سنة رسوله -صلى الله عليه و سلم- و بالتالي فكل فعل تستتكره القيم الإسلامية و أخلاق المجتمع العربي، يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التطليق.<sup>(3)</sup>

فالقاضي يحقق بذلك نسبة أكبر من التوافق بين الإرادة الاجتماعية و نظرة الدين إلى الفعل و تقبل العقل السليم لهذا الفعل.

و بالتالي كما قلنا تبقى السلطة للقاضي في الحكم بفك الرابطة الزوجية بالتطليق. و عليه فإن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن المشرع ذكر أيضا على سبيل الحصر الفاحشة في قانون العقوبات الجزائري المادة 337 مكرر<sup>(4)</sup>، و من ثمة فذكره

(1) شمس الدين الذهبي: الكبائر، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ص 8.

(2) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 48.

(3) فضيل سعد، المرجع السابق، ص 299.

(4) المادة 337 مكرر من قانون العقوبات " تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين :

1- الأقارب من الفرع أو الأصول.

2- الإخوة و الأخوات الأشقاء من الأب أو الأم .

3- بين شخص و ابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فرعه (...).

للفاحشة في قانون الأسرة الجزائري في المادة 53 فقرة 7 جاء ليهدف إلى تطهير الأسرة باعتبارها اللبنة الأساسية و الخلية الأولى في المجتمع و التربية الحسنة، و حسن الخلق، و نبذ الآفات الاجتماعية، كما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 02 و 03 من قانون الأسرة الجزائري، فهو بهذا لم يكرر النصوص القانونية كما جاء في بعض الدراسات<sup>(1)</sup> التي انتقدت المشرع بقولها: كان يجب على المشرع أن يراعي الانسجام، و عدم التكرار بين مختلف النصوص القانونية باعتبار كل من الأسرة، و قانون العقوبات، قد صدرا عن نفس المشرع، فمما لا شك فيه أن المشرع عندما كان يصوغ المادة 53 فقرة 07 من قانون الأسرة، فلم يكن يخص عنه ما ذكر في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات.

و عليه ففي نظرنا أن المشرع و هو يصوغ المادة 53 فقرة 07 كان يدرك ما مدى علاقة قانون الأسرة بقانون العقوبات ذلك أن قانون الأسرة باعتباره يتضمن قواعد أساسية لبناء هرم الأسرة الجزائرية، و لضمان استقرارها و تقوية أواصر المحبة و التعاون بين أفرادها، و قانون العقوبات باعتباره هو الآخر يتضمن ضوابط معينة، و قواعد صلبة تهدف إلى ضمان حماية الأسرة، من كل انحراف و استقرارها، و دوام ترابط انسجام أعضائها، و هو يهدف إلى ذلك لغرض تنظيف حياة الأسرة و تنظيمها، فكل فعل تستتكره القيم الإسلامية، و الأخلاقية يكون فاحشا يبيح للزوجة أن تطلب التطبيق بناء عليه، و في كل الحالات فإن للقضاء السلطة التقديرية لإثبات هذه الأفعال بكل الوسائل القانونية و الإثباتية.

و عليه فالسؤال الذي يستوجب طرحه في هذا الشأن و هو: هل جريمة الزنا تعتبر ضمن الفواحش في تقنين العقوبات الجزائري، و في حالة ما إذا عرضت المسألة على القضاء فما هو النص الواجب التطبيق؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل: يتطلب منا تحديد المقصود بالزنا.

(1) زودة عمر " طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها " رسالة ماجستير . كلية الحقوق بن عكنون- الجزائر، 2002-2003، ص 54.

**الزنا لغة:** أنها الفجور، و البغي، و الزنا تكتب في اللغة بالمد، و القصر، حيث كان أهل الحجاز يقصرونها (زنى) و بني تميم يمدونها (زنا)، و منها زنى، يزني، و المرأة تزني ( أي تباغي).<sup>(1)</sup>

وفي اصطلاح الشرع: هو وطء الرجل المرأة في القبل بغير ملك و شبهته<sup>(2)</sup>. و عرفها الإمام مالك: هو انتهاك الفرج المحرم بالوطء في غير الملك أو شبهته<sup>(3)</sup>. و عليه فإن الزنا تعتبر من أشنع الجرائم في الفقه الإسلامي و التي ترتكب ضد الشرف، و الأخلاق، و الفضيلة، و الكرامة و لذلك اهتم الشارع الحكيم بها اهتماما كبيرا صونا للروابط الأسرية، و حسنا فعل المشرع حينما استعمل عبارة الفاحشة المبينة. و عليه إذا تمعنا النظر في تقنين العقوبات الجزائري بموجب المادة 339 من قانون العقوبات فإن المشرع قد نص على الآتي:

" يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، و تطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة و يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين و تطبق العقوبة ذاتها على شريكته. و لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، و إن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة".

كما تنص المادة 341 من نفس القانون أعلاه على أن:

" الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، و إما بإقرار و ارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم و إما بإقرار قضائي".

و أنا لا أريد هنا أن أغوص في هذه الجزئية من البحث في مجال جزائي متشعب و لكن ما يلفت الانتباه له أن الجريمة في هذه الحالة تقوم و لو رضيت الزوجة<sup>(4)</sup>، فالرضا في هذا الصدد لا يبيح الزنا لأنه مخالف للنظام العام.

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج14، المصدر السابق، ص 359.

(2) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص37.

(3) أبو عبد الله محمد الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الطبعة الثانية؛ بيروت: دار الفكر، 1978، ج6، ص 290.

(4) محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري، (د،ط)؛ ديوان المطبوعات الجامعية، 1981، ص 91.

و عليه فما هو القانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا اعتبرت الزنا من الفواحش؟

إنه بموجب ما ورد في أحكام المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة".

و عليه و طبقا لهذا النص، فإن القاضي ملزم بتطبيق القانون، و لا يمكن أن يذهب إلى البحث في الشريعة الإسلامية لتحديد ما يعتبر من الفواحش فقد تولى قانون العقوبات هذه المسألة.

و من المنفق عليه أن هناك سلوكا يفرضه المجتمع الذي نعيش فيه و تفرضه علينا الشريعة الإسلامية من جهة أخرى و كذا العادات و التقاليد، فإذا ارتكب الزوج فاحشة كأنه انحرف عن السلوك المعتاد، و خالف قواعد الآداب و الأخلاق، حق للزوجة مقاضاته و المطالبة بتطبيقها منه، و ما على الجهة القضائية عملا بالسلطة التقديرية البت في طلبها و ذلك بعد التأكد من ارتكاب الزوج الفاحشة<sup>(1)</sup>.

إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن المشرع قد خص جريمة الفاحشة بحكم خاص، فلم يشترط في هذه الجريمة عقوبة سالبة للحرية و لمدة أكثر من سنة، بل اشترط فقط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواحش، مهما كانت العقوبة و لو لمدة أقل من سنة، و لو كانت غير سالبة للحرية، فيحق للزوجة أن تطلب التطليق، و المشرع بهذا كان يهدف إلى إقامة التوازن بين الحقوق العائلية و التوفيق فيما بينهما، فمنح الطلاق للزوج ( بموجب المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري)، و وضع عليه من القيود ما يكفل عدم إيقاعه إلا عند تفاقم الأمر، و اشتداد الخلاف ( بموجب المواد 49، 52 و 56 من قانون الأسرة الجزائري)، كما أنه أعطى للزوجة حق طلب التطليق بحكم القاضي ( المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري)، كما يشمل فعل الفاحشة أيضا شرب الخمر و هو ما يسمح للزوجة أن تطلب الحكم لها بالتطليق كلما استطاعت أن تثبت بالدليل القوي

(1) المحكمة العليا: ملف رقم: 20841 بتاريخ: 10-10-1968، النشرة القضائية لسنة، 1968، م ق عدد 24، 1979، ص 121-124. نقلا عن: ( بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 306)

أن زوجها يتعاطى شرب الخمر بشكل متكرر، و بصورة تدفعه إلى ارتكاب بعض الحماقات، و إلى الإساءة إلى زوجته و أولاده، و الإضرار بسمعة عائلته و اقتصاد الأسرة و أمنها و راحتها، أو تدفعه إلى التخلي كلياً أو جزئياً عن واجباته نحو زوجته و أولاده.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثالث: التطليق للشقاق المستمر، ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد

#### الزواج، و الضرر المعتبر شرعا

من خلال استعراض نص المادة 53 الفقرات الثامنة، و التاسعة، و العاشرة و التي تنص على التوالي على جواز طلب الزوجة التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين، كما جاءت الفقرة التاسعة و أعطت الحق للزوجة أيضا أن تطلب التطليق لمخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، و كذا كل ضرر معتبر شرعا و هذا جاء في الفقرة العاشرة و الأخيرة من نفس المادة.

فسنتناول كل سبب من هذه الأسباب الثلاثة في ثلاثة فروع على أن نتعرض لكل سبب بشيء من التفصيل في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

#### الفرع الأول: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

نصت المادة 53 الفقرة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005 على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين".

و المقصود بالشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة<sup>(2)</sup>، و مصدر مصطلح الشقاق مستمد من قوله تعالى: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا }<sup>(3)</sup>

و نتطرق للتطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

(1) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 275.

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 527.

(3) سورة النساء: الآية 35.

## أولاً: التظليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء باعتبار الشقاق سبباً للتفريق على مذهبين:

### المذهب الأول:

ذهب الحنفية،<sup>(1)</sup> و الشافعية،<sup>(2)</sup> و أحمد في رواية،<sup>(3)</sup> إلى أنه ليس للمرأة طلب التفريق للشقاق، فإن رفعت الأمر إلى القاضي طالبة التفريق للنزاع و الشقاق فعلى القاضي أن يزره و يمنعه من الظلم، و لا يجيبها إلى طلبها، و يرسل القاضي حكماً من أهل الزوج، و حكماً من أهل الزوجة للإصلاح بين الزوجين عند استحكام النزاع و الشقاق.

### و استدلوا:

1- بأن ظهور الظلم من الزوج لا يستدعي التفريق بين الزوجين، حيث يستطيع القاضي رفع الظلم بغير الطلاق، بأن يأمر الزوج بالعشرة بالمعروف، فإن لم يدعن لأمر القاضي عزره حتى يكف عن إيذائها، و إذا كان الشقاق من الزوجة أمرها بالاستقامة، و إذا كان رفع الضرر ممكناً من غير تفريق فإنه لا يجوز اللجوء إلى الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله تعالى<sup>(4)</sup>.

2- الفراق يحصل بالطلاق أو المخالعة، و الطلاق حق الرجل، و بذل المال في المخالعة حق المرأة، فلا يجوز إلا بإذنها، و لا ولاية لأحد عليهما مع الرشد، فلا يجوز للقاضي التفريق بينهما بدون رضی منهما<sup>(5)</sup>.

3- إن مهمة الحكمين الإصلاح بين الزوجين و ليس التفريق بينهما لقوله تعالى: {إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا}<sup>(6)</sup>، ثم إن الحكمين وكيلان عن الزوجين، و الوكيل ليس له أن يتصرف إلا فيما وكل فيه، فلا يمكن التفريق بدون إذن الأصيل<sup>(7)</sup>.

(1) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، المصدر السابق، ص 334.

(2) محمد الشربيني الخطيب، المصدر السابق، ص 261.

(3) موفق الدين أبو محمد بن عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني مع الشرح الكبير، ج8، المصدر السابق، ص 169.

(4) أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي: أحكام القرآن، الطبعة الثالثة؛ بيروت- لبنان: دار المعرفة، 1972، ج1، ص 423.

(5) محمد الشربيني الخطيب، المصدر السابق، ص 261.

(6) سورة النساء: الآية 35.

(7) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص 334.

### المذهب الثاني:

ذهب المالكية<sup>(1)</sup>، و أحمد<sup>(2)</sup> في الرواية الثانية إلى أن للزوجة الخيار بين الإقامة معه و يأمره القاضي بأن يحسن معاشرتها بالمعروف و بين أن تطلب التفريق، فإن اختارت التفريق و ثبت الضرر أمره القاضي بأن يطلقها فإن لم يفعل طلق عليه القاضي.

### و استدلوا:

1- بأن الشقاق يفسد الحياة الزوجية، فيكون إمساك الزوجة معه مخالفاً لأمر الله: {فإمساك بمعروف} فيتعين التسريح بإحسان<sup>(3)</sup>

2- لأن إمساك الزوجة على وجه الإضرار ممنوع شرعاً لقوله: { وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا }<sup>(4)</sup>، و لا شك في أن الشقاق بين الزوجين سببه اعتداء أحدهما على الآخر، و رفع الظلم و العدوان الناتج عن الشقاق واجب، فإذا تعين التطلق سبيلاً لرفعه كان مشروعاً.<sup>(5)</sup>

3- إن الله سبحانه أسند إلى الحكمين الإرادة في الإصلاح و هذا يدل على أنهما حكمان لا وكيلان، لأن المعتبر في التوكيل إرادة الموكل لا الوكيل<sup>(6)</sup>  
إن الحديث عن الحكمين في الفقه الإسلامي سنتطرق له بالتفصيل في الفرع الثالث و الأخير من هذا المطلب.

### ثانياً: التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

استحدثت هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير و اعتبر المشرع الجزائري أن الخصام و الشقاق المستمر بين الزوجين يعد سبباً من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلق من القاضي، و مصطلح الشقاق معناه هو استحكام العداء و الخلاف و الخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهايار و الضياع.

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المصدر السابق، ص 99.  
(2) موفق الدين أبو محمد بن عبد الله بن قدامة المقدسي، المصدر السابق، ص 169.  
(3) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المصدر السابق، ص 99.  
(4) سورة البقرة: الآية 231.  
(5) موفق الدين أبو محمد بن عبد الله بن قدامة المقدسي، المصدر السابق، ص 169.  
(6) المصدر نفسه، ص 169.

مصدر هذه الفقرة المستحدثة في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 كان الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، و تجسد ذلك فعليا في بعض القرارات منها: القرار المؤرخ في 15 / 06 / 1999، و الذي جاء فيه ما يلي:

(من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام و طول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا.

متى تبين - في قضية الحال- أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، و أن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة، و محقة في طلبها التعويض، و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام، و بتظلم الزوج، و تعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون)<sup>(1)</sup>.

و في معرض تأسيسه عن الأوجه أكدت المحكمة العليا: "أنه ثابت أن الزوج حكم عليه بتوفير سكن منفرد ولم يوفر ما ألزمه الحكم به، و أن الخصام طالت مدته بين الزوجين فلم يبق سوى الحكم بالطلاق".

و في تأسيس لوجه آخر أكد القرار أيضا: لكن و حيث أن الطلاق لطول مدة الخصام بين الزوجين يعد ضررا، و أنه ثابت أن المسؤول عن ذلك هو الزوج لعدم امتثاله للقضاء و توفير مسكن منفرد للزوجة مما يجعل الضرر لاحق بالزوجة مما استحققت عنه التعويض".

فالقرار إذن اعتبر أن طول الخصام بين الزوجين و الثابت بموجب أحكام قضائية سابقة ألزمت الزوج بتوفير مسكن منفرد و عدم تنفيذ ذلك، لما جعل من الخصام طويل الأمد و معه تعين اعتبار الزوجة متضررة جراء عدم امتثال الزوج للأحكام الصادرة، مما جعل طلبها الرامي للتطليق مؤسسا.

هذا الاجتهاد حظي بعناية المشرع و ارتقى لمرتبة القاعدة القانونية إذ خصصت له المادة 53 المعدلة الفقرة الثامنة و أضحت مستقلة عن فقرة الضرر المعبر شرعا<sup>(2)</sup>،

(1) المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم: 224655، المجلة القضائية بتاريخ: 15-06-1999، ص 128.  
(2) باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 51.

و بمجرد رفع دعوى الطلاق يتعين على القاضي وجوبا تعيين حكمين من أهل الزوجين بغية التوفيق، و الإصلاح بينهما و يقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما. فإذا لم يفلح الحكما في الإصلاح بينهما بعد أن يقدمتا تقريرهما، و تبين أن لا فائدة ترجى من هذا الصلح قضى القاضي بالطلاق بينهما.

و قد نصت المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:

" إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر و جب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكمين أن يقدمتا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

و يبدو من خلال هذا النص أنه لا تحكم المحكمة بمجرد وجود شقاق و خصام بين الزوجين، بل عليها أن تثبت بأن الخصام مستفحل بينهما و طال أمده، و بالتالي اقتناع المحكمة بعدم جدوى بقاء العلاقة الزوجية.

سنتحدث عن الحكمين في قانون الأسرة الجزائري بشيء من التفصيل لاحقا.

### الفرع الثاني: التطليق لمخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج

قد يحدث أن تشترط الزوجة في عقد الزواج شروطا معينة: مثل شرط عدم تعدد الزوجات، و عمل الزوجة... إلخ، بشرط أن تكون هذه الشروط لا تتنافى و مقتضيات العقد، و لكن قد يحدث بعد عقد الزواج، أي الدخول أن يخل الزوج بشرط من هذه الشروط، فهل يحق للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج؟.

للإجابة عن هذا السؤال لابد من معرفة ما المقصود بالشرط؟ و ما مدى مشروعية

الشروط المقترنة بعقد الزواج؟

أولا: المقصود بالشرط

1- الشرط لغة : شرط- يشرط- بكسر الراء و ضمها- إذا شرط على صاحبه أمرا، و يقال شارطه، إذا شرط كل واحد منهما على الآخر أمرا، فإذا باع رجل ضيعة و شرط

على المشتري شرطاً، فقد ألزمه أمراً، و كذلك إذا اشترطت المرأة على زوجها أمر في عقد النكاح، فقد ألزمته أمراً.(1)

**2- الشرط في الفقه الإسلامي:** عرف الشرط الشيخ الدردير بأنه: " ما يلزم من عدمه عدم المشروط، و لا يلزم من وجوده وجود المشروط و لا عدمه".(2)

و عرفه الشوكاني بأنه: " و صف ظاهر منضبط يلزم من عدمه عدم المشروط، و لا يلزم من وجوده و جود المشروط و لا عدمه"، فالشرط بهذا المعنى أمر زائد عن ماهية الفعل، و إن توقف وجود الفعل على وجوده و يعدم بعدمه من غير تأثير في وجود ذلك الفعل و لا إفضاء إليه، فالحول شرط في وجوب الزكاة، فعدمه يستلزم عدم وجوبها و القدرة على التسليم شرط في صحة البيع، فعدمها يستلزم عدم صحته.(3)

و ننبه إلى أن ما يعيننا في هذا البحث هو الشروط التي تكون داخل ماهية العقد، بخلاف ما كان منها خارجاً عن ماهية العقد، كما أن المعتبر من الشروط التي يشترطها أحد الزوجين هو الشرط المقارن للعقد، لا المتقدم عليه أو المتأخر عنه، فالشرط المتقدم على العقد بأن يذكر الزوجان قبل العقد بعض الشروط، فمثل هذه الشروط إن صرحا بنفيها أثناء العقد فقد انتهت و تلاشت.(4)

يقول الشيخ منصور البهوتي، و محل المعتبر منها- أي من الشروط- صلب العقد، كأن يقول: زوجتك بنت فلانة بشرط كذا و نحوه، و يقبل الزوج على ذلك، و لو اتفق الزوجان على الشرط قبل العقد.(5)

و يقول الزركشي الشرط إنما يتعلق بالأمر المستقبلية، أما الماضية فلا دخل له فيها، و لهذا لا يصح تعليق الإقرار بالشرط، لأنه خبر عن ماضي.(6)

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، (د،ط)؛ القاهرة: دار الحديث، ج2، ص 368. - ابن منظور، لسان العرب، ج 7، المصدر السابق، ص 329،330.

(2) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج1، المصدر السابق، ص 258.

(3) محمد بن علي بن محمد الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الطبعة الأولى؛ دار السلام، 1998، ج1، ص 44،45.

(4) علي محمد علي قاسم: التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، (د،ط)؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 11.

(5) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، المصدر السابق، ص 90.

(6) شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي: شرح الزركشي على مختصر الخرقى، الطبعة الأولى؛ الرياض: مكتبة العبيكان، 1993، ج5، ص 142.

**3-تعريف الشرط في قانون الأسرة الجزائري:** لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لتعريف الشرط بل اكتفى بذكر أن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، و هذا في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري رقم 05- 02 المؤرخ في فبراير 2005، و كذا المادة 35 التي تعتبر كل شرط يقترن بعقد الزواج و ينافيه يكون ذلك الشرط باطلا و العقد صحيح، و جاء في المادة 53 الفقرة 09 من القانون رقم 05- 02 بأنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج."

### ثانيا: مدى مشروعية الشروط المقترنة بعقد الزواج

لمعرفة مدى مشروعية الشروط المقترنة بعقد الزواج نتطرق لهذا في الفقه الإسلامي، و بعدها في قانون الأسرة الجزائري.

#### 1-مدى مشروعية الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على صحة الشرط الذي يوافق مقتضى العقد و مقاصده، بأن يكون موجبه حكما من أحكام العقد، أو يؤكد مقتضاه، أو ورد به الشرع أو جرى به العرف كاشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها، أو يعطيها مهرا، أو يحسن معاشرتها كاشتراطه عليها أن تدخل في طاعته، و أن لا تخرج من بيته إلا بإذنه، و أن لا تمنعه نفسها أو أن يتزوج عليها أو يسافر بها، فهذه كلها شروط يقتضيها العقد، و هي ثابتة و لو لم يشترطها أحدهما، و هذا رأي الفريق الأول و هم الحنابلة<sup>(1)</sup>، و بعض المالكية<sup>(2)</sup>.

أما الفريق الثاني: و هم الحنفية<sup>(3)</sup>، و الشافعية<sup>(4)</sup>، و بعض المالكية اتفقوا على صحة العقد و بطلان الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، و لا يتفق مع نظامه مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو لا ينفق عليها، أو تشترط هي عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها، أو أن لا ينجب أولادا، أو يقسم أقل من قسم زوجته الأخرى.

فهذه كلها شروط باطلة في نفسها، لأنها تنافي مقتضى العقد، كما أنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح، كما لو أسقط الشفيع شفيعته قبل البيع، فأما

(1) علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، المصدر السابق، ص 154.

(2) ابن جزري، المصدر السابق، ص 189.

(3) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج 5، المصدر السابق، ص 169، 170.

(4) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، ج 12، المصدر السابق، ص 134، 135.

العقد في نفسه فصحيح و لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد و لا يشترط ذكره و لا يضر الجهل به.

سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة: ذكر ابن رشد هذه المسألة و بين آراء العلماء فيها و ما استدل به القائلون بعدم صحة هذا النوع و ذكر سبب الخلاف بينهم، فقال: " و إنما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها، مثل: أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا ينقلها من بلدها فقال مالك: " إن اشترط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون في ذلك يمين بعثق أو طلاق، فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق، أو يعتق من أقسم عليه، فلا يلزم الشرط الأول أيضاً، و كذلك قال الشافعي و أبو حنيفة: " لها شرطها و عليه الوفاء".

و سبب اختلافهم: معارضة العموم للخصوص فأما العموم فحديث عائشة- رضي الله عنها - : " أن النبي - صلى الله عليه وسلم- خطب الناس، فقال في خطبته: " كل شرط ليس في كتاب الله هو باطل ، و لو كان مائة شرط".<sup>(1)</sup> و أما الخصوص : فحديث عقبة بن عامر عن النبي- صلى الله عليه وسلم- أنه قال: " أحق الشروط أن يوفى به ما استحلتم به الفروج".<sup>(2)</sup>

و الحديثان صحيحان خرجهما البخاري و مسلم، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم، و هو لزوم الشروط، و هو ظاهر ما وقع في " العتبية " و إن كان المشهور خلاف ذلك<sup>(3)</sup>.

و هذا الاختلاف بين المذاهب الفقهية في هذه المسألة ترك آثار بعيدة المدى في الفقه الإسلامي، بحيث وقفت المذاهب الفقهية الحنفية، و الشافعية، و المالكية موقف التضييق في إعطاء هذه الحرية بينما فسح المذهب الحنبلي و بعض فقهاء المالكية المجال واسعاً أمام المتعاقدين، لاشتراط ما يشاءون ضمن النظام العام للشرعية الإسلامية.<sup>(4)</sup>

(1) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري مع شرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، الطبعة الأولى؛ دار المنار، 1999، ج4، ص 430.

(2) أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري: صحيح مسلم مع شرح الإمام النووي، الطبعة الأولى؛ دار المنار، 1997، ج9، ص 523، 524.

(3) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المصدر السابق، ص 71، 72.

(4) مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة التاسعة؛ دمشق: دار النيريين، 2001، ج1، ص 109.

## 2-مدى مشروعية الشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

أخذ قانون الأسرة الجزائري بالرأي الأول وأجاز الاشتراط واعتبره صحيحا في المادة 19 منه حيث نص على جواز الاشتراط إما في نفس العقد أو في عقد رسمي لاحق، ففي هذه المادة: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" ، و انتقد الأستاذ: محمد باوني هذه المادة على أن هناك ركافة في الصياغة، لأن المفروض أن تكون دقيقة و تتضمن:"عدم الزواج بأخرى، و ليس عدم تعدد الزوجات فهذا غير صحيح".<sup>(1)</sup>

و عند تحليلنا للمادة فإنه للزوجين حق الاشتراط إما في نفس عقد النكاح، أو حتى في عقد رسمي لاحق تذكر الشروط كشرط عمل المرأة أو عدم الزواج عليها، أو غير ذلك من شروط يلجأ إليها أحد المتعاقدين، أو كليهما فهي صحيحة ما لم تتنافى وعقد النكاح، وهناك خلاف في تحديد معنى الشرط المنافي للعقد، فعند الحنفية والشافعية إن كل شرط يقيد حق الزوج والزوجة ويوجب عليه التزامات غير واجبة بالشرع فهذا الشرط باطل مثل عدم الزواج عليها أو أنها بكرا، و صاحبة حرفة أو أن العصمة الزوجية بيدها أو غير ذلك من شروط تعد باطلة خلافا للحنابلة و المالكية مجيزين لهذه الشروط، و كما سبق و أن ذكرنا بهذا الرأي أخذ قانون الأسرة الجزائري.

كما أن المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري تعرضت لحكم الشروط المنافية لمقتضى العقد و اعتبرتها شروط باطلة أما العقد فهو صحيح، فنصت المادة " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح" ، و هذا النص متكامل مع النص السابق والعبارة الواردة في المادة 34 قانون الأسرة الجزائري "أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" و اعتبرت العقد مفسوخا عندما يشمل على الشروط التي تخالف مقتضى عقد الزواج وهي الشروط الباطلة المخالفة للشرع، و إن أردنا تفسيرها فقهيا وفق ما يراه الفقهاء كاشتراط طلاق الزوجة السابقة أو إسقاط الحقوق الزوجية أو أن يدخل عليها نهرا دون الليل، أو تركها حرة تفعل ما تشاء تدخل في أي وقت أو تخرج و غيرها من شروط باطلة، فهذه الشروط تجعل العقد مفسوخا باطلا لا يصح، أما النوع الثاني فهو المنافي

(1) محمد باوني: عقد الزواج وآثاره، الطبعة الأولى؛ قسنطينة - الجزائر: منشورات مكتبة اقرأ، 2009، ص 70.

لمقتضى العقد ويبطل الشروط دون العقد و هو تفريق يحتاج إلى دقة و تحديد أكثر وضوحا لإيجاد المعيار بين " شرط يتنافى ومقتضى العقد"، و " شرط ينافيه" حيث يفسخ و يبطل العقد في الأول دون الثاني.(1)

و في الأخير إن الزواج المراد منه هو استقرار الحياة و الأسرة و بيت الزوجية و عدم فتح أي منفذ لما يمكن أن يحدث من اختلال و اهتزاز و غيرها فيميل إلى إبطال و تضيق مجال الشروط إلى أقصى حد ممكن، هذه النظرة تلتقي مع الفقه الإسلامي و فريقه في تصحيح الشروط و إبطالها فإن الحنفية و الشافعية و بعض فقهاء المالكية يجعلون الأصل في الشروط هو البطلان و عدم الصحة، و فريق آخر يتزعمه بعض المالكية يجعل الأصل في الشروط اللزوم، و وجوب الوفاء بها و إلا من حق المشتري فسخ العقد.

### ثالثا: طلب التطليق لمخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج

قد يحدث مخالفة الزوج لشروط معينة اشترطتها الزوجة في عقد الزواج، بشرط أن تكون هذه الشروط غير مخالفة لمقتضى العقد، ففي هذه الحالة للزوجة الحق في طلب التطليق و نتعرض لهذا في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

#### 1- طلب التطليق لمخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج في الفقه

##### الإسلامي:

إن التفريق لعدم الوفاء بالشرط أو مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج أمر محل خلاف بين الفقهاء، من جهة جواز الشروط في النكاح، وما يجوز اشتراطه من الشروط وما لا يجوز منها ، وفي إيقاع التفريق لعدم الوفاء بالشرط كما سبق ذلك في مدى مشروعية الشروط في عقد النكاح، ولا شك أن حكم القاضي الذي يرفع الخلاف في مثل هذه الأمور الاجتهادية والخلافية، ويكون حكمه ملزما لذوي الشأن.

قال الشيخ منصور البهوتي - رحمه الله - بعد ذكر أن خيار العيوب و الشروط على التراخي فقال : " ولا يصح فسخ في خيار العيب ، وخيار الشرط إلا بحكم حاكم

(1) محمد باوني، المرجع السابق، ص 77.

لأنه فسخ يجتهد فيه فافتقر إليه، كالفسخ للعنة والإعسار بالنفقة، إلا الحرة إذا غرت بعبد، و من عتقت كلها تحت رقيق كله، فتفسخ بلا حاكم" (1).

و قال الشيخ ابن المفلح في المبدع: " و لا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم في الأصح لأنه فسخ مختلف فيه، كالفسخ للعنة و الإعسار بالنفقة، و لأنه يفضى أن يكون للمرأة زوجان كل واحد يعتقد حلها له، و تحريمها على الآخر، و الثاني: يحق بغير حكم، كخيار معتقة تحت عبد، و الأول أصح، إذ القياس على المعتقة غير صحيح، للمتفق عليه، و هذا مختلف فيه. (2)

إن التفريق لا يقع إلا بعد إثبات عدم وفاء الزوج بالشرط و لا يجوز أن تكون الزوجة هي الخصم و الحكم في هذه المسألة و ذلك بأن تقرر ثبوت عدم الوفاء بالشرط من قبل الزوج و تصدر حكمها بالتفريق، إنما عليها أن ترفع دعواها بالفسخ إلى القاضي، و أن تقدم البينة الشرعية على عدم وفاء الزوج بالشرط حسب القاعدة الشرعية التي تنص على أن: "البينة على المدعي". (3)

فإذا استطاعت إثبات ذلك حكم القاضي بالتفريق بينهما أي بفسخ النكاح.

ومن حق القاضي أيضا عندما يقوم بفسخ النكاح بين الزوجين لعدم وفاء الزوج بالشرط أن يرد أمر الفسخ إلى الزوجة فتفسخه، طالما أن الأمر بحضوره. و يصح الفسخ من المرأة حيث ملكته في غيبة الزوج لكن الأولى فسخه بحضور الزوج خروجاً من خلاف من منعه في غيبته.

جاء في كشاف القناع " فيفسخه (أي النكاح) الحاكم، أو يرده (أي الفسخ) إلى من له الخيار، فيفسخه، و يصح الفسخ من المرأة حيث ملكته في غيبة الزوج، و الأولى الفسخ مع ظهوره خروجاً من خلاف من منعه في غيبته". (4)

(1) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، المصدر السابق، ص 112، 113.  
(2) أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، المصدر السابق، ص 177، 178.  
(3) علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 168، 169.  
(4) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، المصدر السابق، ص 113.

## 2- طلب التطليق لمخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج في قانون

### الأسرة الجزائري:

إذا تضمن عقد الزواج جملة من الشروط كانت الزوجة قد اشترطتها في عقد الزواج يتوجب على الزوج أن يفي بها و يسعى لتنفيذها فإذا لم يمتثل و خالفها جاز للزوجة إما المطالبة بتنفيذها على الوجه المطلوب، و إذا لم يحصل الدخول جاز للزوجة المطالبة بفسخ العقد.

أما بعد الدخول فلا يبقى أمام الزوجة سوى المطالبة بالتطليق إذا رأت ضرورة و هذا بناء على الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري رقم 05-02 التي نصها: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج " و ما نلاحظه أن هذه الفقرة مستحدثة و لم تكن موجودة قبل هذا التعديل أي تعديل 2005.

و قد أخذ قانون الأسرة الجزائري برأي الفريق الأول؛ و هم الحنابلة و بعض المالكية.

و ما يأخذ على هذا التعديل أنه كان غير دقيق في محاولة الربط و الانسجام بين المادة 19 المعدلة و كذا الفقرة المستحدثة في المادة 53 لمخالفة الشروط المتفق عليها. فالمادة 19 المعدلة تحدثت عن الشروط التي يمكن إدراجها في عقد الزواج أو في عقد رسمي و ليس عرفي، أي أمام ضابط عمومي هو الموثق و ذلك في حالة ما إذا أصبحت الزوجية قائمة فعلياً.

فالمسألة اختيارية في هذه المادة إما أن الشروط يتم الاتفاق عليها في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق غير أن ذلك لم يراع بدقة في المادة 35 من نفس القانون السابقة الذكر التي تتحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط، دون أن يتم ذكر عبارة " أو في العقد الرسمي اللاحق".

فهل يأخذ القاضي بمخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق، أم يعزف عن ذلك تطبيق لمبدأ حرفية النص التي تقضي بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج؟

الاستدراك قد يحصل بموجب اجتهاد قضائي مستقبلي بمناسبة تطبيق هذه الفقرة و قد يؤكد على سقوط عبارة (العقد الرسمي اللاحق) بمجرد السهو اعتماداً على مبدأ روح

القانون المتجه غرضه نحو إعطاء أكثر فرص للزوجة في التخلص من زوجية سببت لها الضرر المعتبر شرعا، لكن ذلك لا يمنع من القول أن نقص الانسجام الحاصل بين المادة 19، و الفقرة التاسعة من المادة 53 إنما يعود في الأساس لغياب الدقة المطلوبة.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث: التطليق لكل ضرر معتبر شرعا

أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة و لا أن يؤذيها بالقول، و هذه مبادئ قررها الإسلام و قد قال عز و جل: {وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ}<sup>(2)</sup>، و قوله كذلك: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}<sup>(3)</sup>

لكن مع هذا جعل الإسلام للزوج الحق في تأديب زوجته، فله ولاية تأديبها إذا خالفته و لم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعا، و لكن إذا تجاوز هذا التأديب حده على نحو يسيء للزوجة و يؤذيها في المعاشرة بالقول أو بالفعل بأن كان يضربها ضربا مبرحا، أو يشتمها أو يحملها على فعل غير مباح شرعا، فهل يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة التطليق في مثل هذه الأحوال؟.

ذلك ما سنتناوله تفصيلا متعرضين إلى المقصود بالضرر، و موقف الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري من هذه المسألة، و ما هي شروط التطليق للضرر؟ و طرق إثباته؟ و نوع الفرقة بسبب التطليق للضرر؟.

### أولا: المقصود بالضرر

**1- الضرر لغة:** مصدر ضربه يضره من باب قتل إذا فعل به مكروها و أضر به يتعدى بنفسه ثلاثيا و بالباء رباعيا.

قال الأزهري: "كل ما كان سوء حال و فقر و شدة و نقص".<sup>(4)</sup>

**2- المقصود بالضرر في الفقه المالكي:** الضرر كما جاء في كتاب الشرح الكبير في فقه المالكية هو فعل ما لا يجوز شرعا كهجر الزوج زوجته بلا موجب شرعي أو ضربها أو سبها و ليس من الضرر منعها من الحمام أو النزهة و تزوجه عليها.<sup>(5)</sup>

(1) باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 52، 53.

(2) سورة البقرة: الآية 228.

(3) سورة النساء: الآية 19.

(4) أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير، ج2، المصدر السابق، ص 492.

(5) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المصدر السابق، ص 445.

### 3- المقصود بالضرر في قانون الأسرة الجزائري:

يرى الدكتور بلحاج العربي بأن المقصود بالضرر المعتبر شرعا هو عدم توفير الزوج السكن اللائق الشرعي، أو إهمال النفقة الشرعية أو إساءة معاملة الزوجة، عن طريق إهانات خطيرة أو جسيمة، أو قساوة المعاملة، أو ترك الزوج لببيت الزوجية أو تهربه من الواجبات الزوجية بدون سبب شرعي و غيرها.<sup>(1)</sup>

و يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين طبقا لنص المادة 53 فقرة 10 من قانون الأسرة الجزائري، و عليه يكون للقاضي سلطة تقدير الضرر و هذه السلطة هي تقديرية و موضوعية مطلقة لا يقيد بها أي قيد و لا يحدها أي حد، كما أنها لا تخضع لرقابة المحكمة العليا في تقديره هذا.

#### ثانيا: التطليق لكل ضرر معتبر شرعا في الفقه الإسلامي

الضرر الذي يلحق بالزوجة من الزوج كما سبق أن بينا كأن يؤذيها بالقول أو بالفعل، فمن الضرر أن لا يكلمها، أو يحول وجهه عنها في الفراش، أو إثارة امرأة أخرى عليها، أو ضربها ضربا مؤلما، أو شتمها أو شتم والديها.<sup>(2)</sup> و قد اختلف الفقهاء في التفريق للضرر إلى فريقين:

**الفريق الأول:** الجمهور من الشافعية، و الحنفية، و أحد قولي الحنابلة، على عدم جواز التطليق للضرر؛ لأن الزوجة إذا ادعت الضرر و رفض الزوج أن يطلقها، فليس من حق القاضي أن يحكم بتطليقها، لأن رفع الضرر ممكن بغير وسيلة الطلاق، فرفع الظلم عن المظلوم، هو من مهمة الإمام و القاضي و لذا فهو الذي يأمر الزوج بحسن المعاملة و عدم الإيذاء، و يقتصر على النهي في أول مرة، لأن التعزير يورث وحشة في النفوس فيكتفي بالنهي لعل الحال يلتئم بينهما فإن لم يمتثل عزره بحسب حاله<sup>(3)</sup>، فإن ساء خلقه و آذى الزوجة بلا سبب بضرب أو غيره عزره في المرة الثانية، ثم يسكنه بجانب شقة يمنعه من التعدي على الزوجة، ثم يحال بين الزوجين، أي يمنع الرجل عن المرأة حتى يعود إلى العدل.<sup>(4)</sup>

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المصدر السابق، ص 301.  
(2) الخطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الطبعة الثالثة؛ دار الفكر، 1992، ج4، ص 17.  
(3) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص 334.  
(4) محمد الشريبي الخطيب، المصدر السابق، ص 260، 261.

**الفريق الثاني:** قال المالكية، و أحد قولي الحنابلة، بجواز التطليق للضرر، فإذا تعدى الزوج على زوجته بالضرب و نحوه كالإكراه على فعل أمر حرام أو كان يضارها بالهجر أو الشتم رفعت أمرها إلى القاضي و أثبتت تعديه.

كان لها أن تطلب من القاضي تأديبه و زجره ليكيف أذاه عنها و ذلك بالسبل التي يتخذها الزوج مع زوجته حين تنتشر عن طاعته، بأن يعظه إن رأى القاضي ذلك مجدياً فإن لم تجد العظة أمرها بهجره فإن لم تجد ضربه هذا إذا اختارت البقاء مع زوجها.

أما إذا ادعت الضرر و تكررت شكواها و عجزت عن إثبات دعواها ادعى كل منهما الضرر، و تكررت منهما الشكوى، و عجزا عن إثبات الضرر فإن القاضي في هاتين الحالتين يعين حكيمين؛ حكماً من أهل الزوج، و حكماً من أهل الزوجة؛ لأنهما أدري من غيرهما ببواطن أمور الزوجين، و عليهما أن يسعيا في إصلاح ذات بينهما و تأليف قلوبهما على حسن العشرة فإن لم يوجد أحد من أهلها يصلح لهذه المهمة، عين القاضي أجنبيين و يندب أن يكونا من جيرانهما.<sup>(1)</sup>

و نتطرق الآن لموضوع الحكيمين في الفقه الإسلامي:

**1- بعث الحكيمين:** قال الله عز و جل: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا }<sup>(2)</sup>

المتأمل لهذه الآية يتضح له أنها دلت على عدة أمور هي:

أ- **من المخاطب بقوله عز و جل: {فابعثوا}؟:** اختلف العلماء في ذلك إلى قائل بأن الخطاب موجه لإمام المسلمين و من يقوم مقامه، و إلى قائل بأنه موجه لجميع المسلمين بقرينة خطاب الجمع في قوله عز و جل: {خفتم}، إذ هو خطاب للجمع و ليس حمله على البعض أولى من حمله على البقية فوجب حمله على الكل.

و هناك من قال بأن الخطاب موجه للزوجين، و لكن القاضي أبي بكر بن العربي (رحمه الله) رد على القول بشدة فقال: "فأما من قال: إن المخاطب الزوجان فلا يفهم كتاب الله كما قدمنا، و أما من قال إنه السلطان فهو الحق".<sup>(3)</sup>

(1) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المصدر السابق، ص 343.

(2) سورة النساء: الآية 35.

(3) أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي: أحكام القرآن، الطبعة الثالثة؛ بيروت- لبنان: دار المعرفة، 1972، ج1، ص 423.

و الحق و إن كان الخطاب وارد بصيغة الجمع، و موجه لكافة المؤمنين إلا أن حملة على من بيده الأمر و النهي و النيابة عن كافة المسلمين أولى، فيحمل على السلطان، و من يحل محله.<sup>(1)</sup>

ب- **ممن يكون الحكمان؟**: قال ابن عباس رضي الله عنه: أمر الله عز و جل أن يبعثوا رجلا صالحا من أهل الرجل، و رجلا من أهل المرأة، فينظران أيهما المسيء، فإن كان الرجل هو المسيء حجبوا عنه امرأته، و قصروه على النفقة، و إن كانت المرأة هي المسيئة قصروها على زوجها و منعوها النفقة...<sup>(2)</sup>، من خلال مقولة ابن عباس- رضي الله عنه- يتضح لنا أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين، و لا يكونان من غير أهلها إلا إذا تعذر ذلك.

قال ابن العربي: "الأصل في الحكمين أن يكونا من الأهل، و الحكمة في ذلك أن الأهل أعرف بأحوال الزوجين، و أقرب إلى أن يرجع الزوجان إلى أهليهما فأحكم الله سبحانه الأمر بأهله".

ثم قال أيضا "قال علماءنا: فإن لم يكن لهما أهل، أو كان، و لم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم العدالة، أو غير ذلك من المعاني، فإن الحاكم يختار حكيمين عدلين من المسلمين لهما أو لأحدهما، كيفما كان عدم الحكيمين منهما، أو من أحدهما، و يستحب أن يكونا جارين، و هذا لأن الغرض من الحكم معلوم، و الذي فات بكونهما من أهلها يسير فيكون الأجنبي المختار قائما مقامهما، و ربما كان أوفى منهما"<sup>(3)</sup>

قال القاضي عبد الوهاب: "و إنما استحببنا أن يكونا من أهلها للنص على ذلك و لأن الأهل أخبر بالقصة و أعرف بطيها، و أهدى إلى إصلاحهما فكانا أولا من الأجانب و لأن الأهلية تبعث على المبالغة في النصيحة لتنتهي في الإشفاق"<sup>(4)</sup>

**2- حكم بعث الحكيمين:** بعد أن علمنا أن المخاطبين بالآية: 35 من سورة النساء عند أكثر العلماء هم الحكام أو القضاة الذين ينوبون منابهم في فض النزاعات بين الناس في مثل

(1) أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي الجصاص: أحكام القرآن، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار الكتاب العربي، ج2، ص 190.

(2) محمد علي الصابوني: مختصر تفسير بن كثير، (د،ط)؛ البليدة- الجزائر: قصر الكتاب، 1990، ج1، ص 387.

(3) أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، المصدر السابق، ص 426.

(4) ابن علي بن ناصر المالكي عبد الوهاب: المعونة على مذهب عالم المدينة مالك بن أنس، (د،ط)؛ المكتبة التجارية، ج2، ص 876.

هذه المسائل و غيرها، فهل الأمر الموجه إليهم يفيد الإلزام و الحتم في بعث الحكّمين أم أنه أمر اختيار، إن رأى القاضي أفضلية البعث بعث و إلا فلا؟.

قال العلماء إن بعث الحكّمين في مثل هذه الظروف واجب لأنه وسيلة لفض النزاع و النزاع حرام فما أدى لإزالته فهو واجب و هذه أقوالهم في الموضوع:

قال الرملي الشافعي: فان اشتد الشقاق بعث القاضي (حكّمين) وجوب للآية، لأنه من باب دفع الظلمات، و هو من الفروض العامة على القاضي<sup>(1)</sup>

و قال البجيرمي: و البعث واجب<sup>(2)</sup>

و قال الشيخ الطاهر بن عاشور: الآية دالة على وجوب بعث الحكّمين عند نزاع الزوجين، النزاع المستمر المعبر عنه بالشقاق.<sup>(3)</sup>

إلا أن هناك من الفقهاء<sup>(4)</sup> من قال على القاضي قبل أن يبعث الحكّمين أن يسكن الزوجين بجوار ثقة يتعرف أحوالهما، و الظالم منهما و يرفع بذلك تقريراً للقاضي حتى يتمكن هذا الأخير من إزالة الضرر عن المظلوم، فإذا لم يتمكن المكلف بالأمر القيام بالمهمة الموكلة إليه بعث القاضي عندئذ الحكّمين لمباشرة عملهما.

و الذي يدل عليه ظاهر الآية أن القاضي متى رفع إليه الأمر و تأكد من وجوده بعث الحكّمين للإصلاح بين الزوجين دون إشارة لهذه الإجراءات التي قال بها بعض الفقهاء، و إن لم نر منعها مطلقاً إلا أنه في ظل الظروف الراهنة يتعذر القيام بهذا العمل، لما فيه من التكاليف و المشاققة، مع قلة الإمكانيات المادية، بل و ربما ازدادت المشاكل و تفاقمت من خلال التحول عن المسكن الأصلي، و بالتالي يحول هذا الإجراء المقترح دون تحقيق المقصود من تشريعه، فلهذا نرى أن يوقف عند ما نصت عليه الآية و الله أعلم.

(1) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن هشام الرملي، المصدر السابق، ص 385.  
(2) سليمان بن أحمد البجيرمي: تحفة الحبيب على شرح الخطيب، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، 1981، ج3، ص 409.  
(3) محمد الطاهر بن عاشور: التحرير و التنوير، (د،ط)؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1984، ج5، ص 46.  
(4) موفق الدين أبو أحمد بن قدامة، المغني، ج7، المصدر السابق، ص 48.  
- محمد الشربيني الخطيب، المصدر السابق، ص 261.  
- سليمان بن أحمد البجيرمي، المصدر السابق، ص 408، 409.

**3- شروط الحكمين:** الحكم الذي يباشر هذه المهمة لا يكون حكماً ناجحاً في مهمته إلا إذا توفرت فيه شروط معينة، و تتميز بخصال تؤهله للقيام بمثل هذا العمل، و مجمل هذه الشروط: الإسلام و التكليف، و العدالة، و الذكورية، و فهم المقصد الذي وجه إليه.

و الحكمة من اشتراط هذه الأوصاف فيمن يتقدم لذلك ظاهرة. فشرط الإسلام لأن الحكم في مهمته بمثابة السلطان، و بالأخص عند من يقول أن للحكمين أن يجمعا و يفرقا، حسبما اقتضت المصلحة، و لو من غير رضى الزوج، و لا سلطة لكافر على مسلم، قال تعالى: {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا} (1) أما اشتراط التكليف، فغير البالغ لا يعتبر من أهل الرأي و النظر خاصة في مثل هذه الأمور التي لا يفقهها إلا من خبر الحياة الزوجية و مشاكلها. و اشتراط العدالة، فلكون الفاسق لا يؤمن جانبه إذ قد يزيد في الخلاف أكثر مما يصلح، لأن من طبع هؤلاء الإفساد و العياد بالله.

أما اشتراط الذكورية، فلما يمتاز به الرجال عادة من التأني و حسن التدبير و التفكير و المهمة تستدعي ذلك.

قال الباجي: و من صفة الحكمين التي هي شرط في صحة كونهما حكمين: الإسلام، البلوغ، الحرية، الذكورية، فإن عدم شيء من ذلك لم يجز تحكيمهما. (2) و جاء في مغني المحتاج: و يشترط في الحكمين التكليف، و الإسلام، و الحرية و العدالة، و الاهتداء إلى المقصود بما بعثنا إليه. (3)

و قال ابن قدامة فإن الحكمين لا يكونان إلا عاقلين، بالغين، مسلمين لأن هذه شروط العدالة. (4)

و نصت الآية على أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين، حكم من أهله، و حكم من أهلها، لأنهما أدري بأمرهما، و أصدق من غيرهما في الإصلاح بينهما، و نفوس الزوجين ترتاح لهما أكثر مما ترتاح لغيرهما، و حتى لا نقشى أسرارهما خارج حدود الأسرتين.

(1) سورة النساء: الآية 141.

(2) أبو الوليد سليمان الباجي: المنتقى شرح الموطأ، (د،ط)؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ج7، ص 113.

(3) محمد الشربيني الخطيب، المصدر السابق، ص 261.

(4) موفق الدين أبو أحمد بن قدامة، ج7، المصدر السابق، ص 49.

لكن هل بعثهما من الأهل- إذا توفرت الشروط السابقة الذكر- شرط في صحة تولي هذه المهمة أم أن ذلك على سبيل الاستحباب و الأولوية فقط؟

فعلى حد قول ابن رشد الحفيد- رحمه الله- في بداية المجتهد أن بعثهما من الأهل شيء مجمع عليه إلا إذا لم يوجد من يصلح لهذه المهمة من الأسرتين حيث قال: " و أجمعوا على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين، أحدهما من قبل الزوج و الآخر من قبل المرأة إلا أن لا يوجد في أهلها من يصلح لذلك، فيرسل من غيرهما"<sup>(1)</sup> إلا أن دعوى الإجماع هذه فيها نظر، إذ هناك أقوال كثيرة لعلماء من مذاهب شتى قالوا أن بعثهما من الأهل ليس بشرط بل هو مستحب فقط. اللهم إلا إذا حملنا لفظة الإجماع الواردة في كلام ابن رشد على اتفاق أهل المذهب المالكي<sup>(2)</sup>، لكن اللفظ لا يساعد على ذلك.

جاء في مغني المحتاج للشافعية: و أما كونهما من الأهل فمستحب غير مستحق إجماعاً"<sup>(3)</sup>.

و قال ابن قدامة من الحنابلة: " و الأولى أن يكونا من أهلها لأمر الله بذلك... فإن كان من غير أهلها جاز لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم، و لا الوكالة، فكان الأمر بذلك إرشاداً و استحباباً"<sup>(4)</sup>.

**4- مهمة الحكمين:** لا شك أن المهمة الرئيسية، و الأساسية للحكمين هي مدارسة أسباب الشقاق بين الزوجين قصد إصلاح ذات البين بينهما، و لكن ما العمل إذا وصل الحكمان إلى قناعة تتمثل في أن استمرار الحياة الزوجية لهذين الزوجين أصبحت مستحيلة، فهل لهذين الحكمين التفريق بينهما، أم لابد من رفع ذلك للحاكم حتى يفصل في أمرهما؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى القولين الآتيين:

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المصدر السابق، ص 98.  
(2) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المصدر السابق، ص 344.  
(3) محمد الشربيني الخطيب، المصدر السابق، ص 261.  
(4) موفق الدين أبو أحمد بن قدامة، ج7، المصدر السابق، ص 50.

**القول الأول:** ليس للحكمين التفريق بينهما، و ذلك لأن مهمتهما لا تعدو الإصلاح بينهما إلى غيره، هذا من جهة و أنهما مجرد وكيلين من جهة أخرى، و ممن قال بذلك الحنفية<sup>(1)</sup> و الشافعية<sup>(2)</sup>، و رواية عن أحمد<sup>(3)</sup>.

واستدلوا هؤلاء على ما ذهبوا إليه بالآتي:

### 1- قوله عز و جل: { إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا }

وجه الاستدلال: إن الآية لم يرد فيها سوى الإصلاح بين الزوجين فدل ذلك على أن مهمة الحكمين لا تتعداه لغيره.

2- ما رواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن في هذه الآية: " فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها"، قال إنما عليهما أن يصلحا، و إن ينظرا في ذلك، و ليس الفرقة في أيديهما".

قال الإمام البيهقي معلقا على هذا الأثر: " هذا خلاف ما مضى<sup>(4)</sup> ، و هو أصح قولي الإمام الشافعي - رحمه الله-، و عليه يدل ظاهر ما روينا عن علي - رضي الله عنه - إلا أن يجعلها إليهما و الله أعلم"<sup>(5)</sup>.

و مقصود الإمام البيهقي برواية علي - رضي الله عنه - ما رواه أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة أنه قال في هذه الآية: و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها"، قال جاء رجل، و امرأة إلى علي - رضي الله عنه - و مع كل واحد منهما فئام من الناس فأمرهم علي - رضي الله عنه - فبعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها، ثم قال للحكمين: " تدریان ما عليكما إن رأيتما أن تجمعا، أن تجمعا، و إن رأيتما أن تفرقا، أن تفرقا"، قالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه و لي، و قال الرجل: " أما الفرقة فلا" فقال علي - رضي الله عنه -: " كذبت و الله حتى تقر بمثل ما أقرت به"، و في رواية: " كلا و الله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به"، و في أخرى: " ليس ذلك لك، لست ببارح حتى ترضى بمثل ما رضيت به"<sup>(6)</sup>.

(1) أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي الجصاص ، المصدر السابق، ص 191.

(2) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، ج 12، المصدر السابق، ص 247.

(3) موفق الدين أبو أحمد بن قدامة، ج 7، المصدر السابق، ص 49.

(4) من القول بأن لهما الحكم بالتفريق.

(5) أبو بكر محمد بن الحسين بن علي البيهقي، المصدر السابق، ص 307.

(6) المصدر نفسه، ص 305-307.

وجه الاستدلال: إن إنكار علي- رضي الله عنه- على الرجل، و مطالبته بأن يرضى بما يقرره الحكمان دليل على أنهما وكيلان عليهما لا حكمان، إذ لو كانا حكيمين لما احتاجا إلى إذن الزوج في ذلك لأن من وظيفة الحكم أن يحكم دون العودة للمتخاصمين عند إصدار الحكم الذي يراه مناسباً<sup>(1)</sup>.

3- أن البضع حقه، و المال حقها، و هما رشيدان، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما<sup>(2)</sup>.

**القول الثاني:** للحكيمين الجمع و التفريق بينهما إن رأيا تعذر الإصلاح بينهما، و به قال المالكية<sup>(3)</sup>، و الشافعي في قديم مذهبه<sup>(4)</sup>، و رواية ثانية عن أحمد<sup>(5)</sup>، و هو المروي عن علي، و ابن عباس، و الشعبي<sup>(6)</sup>.

و استدلووا على ما ذهبوا إليه بالآتي:

1- قوله عز وجل: {فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا}.

قال ابن العربي: " هذا نص من الله سبحانه في أنهما قاضيان لا وكيلان، و للوكيل اسم في الشريعة و معنى، و للحكم اسم في الشريعة و معنى، فإذا بين الله سبحانه كل واحد منهما فلا ينبغي لشاد، فكيف لعالم أن يركب معنى أحدهما على الآخر، فذلك تلبيس و إفساد للأحكام، و إنما يسيران بإذن الله، و يخلصان النية لوجه الله، و ينظران فيما عند الزوجين بالتثبت، فإن رأيا للجمع وجها جمعا، و إن وجداهما قد أنابا تركاهما... فإن وجداهما قد اختلفا سعيا في الألفة، و ذكرا بالله تعالى، و بالصحبة فإن أنابا و خافا أن يتمادى ذلك في المستقبل بما ظهر في الماضي فإن يكن ما طلع في الماضي يخاف منه التماذي في المستقبل فرقا بينهما"<sup>(7)</sup>.

قال القاضي عبد الوهاب: " و إنما قلنا: إنهما إن رأيا أن يفرقا فرقا لا على طريق التوكيل، بل على وجه الحكم خلافا لأبي حنيفة، و أحد قولي الشافعي، و ذلك لقوله تعالى: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا }، و ذلك خطاب للأئمة

(1) عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 129.

(2) أبو يحيى زكريا الأنصاري: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار المعرفة، ج 2، ص 66.

(3) القاضي عبد الوهاب بن علي بن ناصر المالكي، المصدر السابق، ص 876.

(4) ابن أبي زيد القيرواني: زاد المعاد في هدي خير العباد، (د،ط)؛ بيروت- لبنان، دار الكتاب العربي، ج 5، ص 190.

(5) موفق الدين أبو أحمد بن قدامة، ج 8، المصدر السابق، ص 168.

(6) أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي الجصاص، ج 1، المصدر السابق، ص 425.

(7) المصدر نفسه، ص 424.

و الحكام دون الزوجين، و لأنه تعالى سماهما حكيمين، و ذلك يفيد تعلق الحكم بينهما دون الوكالة<sup>(1)</sup>.

#### 5- نوع الفرقة الواقعة بإمضاء الحكيمين:

ذهب الحنابلة إلى أنها فسخ بناء على أصلهم في أن كل تفريق يحدثه القاضي يكون فسخا و هنا ينزل الحكمان منزلة القاضي<sup>(2)</sup>.

بينما ذهب المالكية إلى كونها طلاقا بائنا، و ذلك لأن كل طلاق ينفذه القاضي فهو بائن عندهم إضافة إلى أن الطلاق هنا شرع لرفع الشقاق، و النزاع و لو شرع رجعيا لعاد الشقاق و الخلاف، فلم يكن لإحداثه رجعيا معنى<sup>(3)</sup>.

#### ثالثا: التطليق لكل ضرر معتبر شرعا في قانون الأسرة الجزائري

لقد نصت المادة 53 الفقرة عشرة من قانون الأسرة الجزائري على حق الزوجة في طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا من طرف الزوج بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا"

و عليه نستنتج أن المشرع الجزائري قد ذهب إلى جواز التطليق للضرر، و تبعا لذلك فإن المشرع الجزائري لم يحدد نوعية الضرر الشرعي، و منح الزوجة حق طلب التطليق بسببه حيث أورد عبارة عامة و شاملة جدا و هي عبارة: (كل ضرر معتبر شرعا) بحيث أنه لم يتقيد بضرر معين، تاركا للقاضي سلطة تقديرية و موضوعية مطلقة لم يقيد بها أي قيد، و لا يحدها أي حد، و لا يخضع هذا التقدير لرقابة المحكمة العليا.

و يكون الضرر معتبرا شرعا إذا لم يوفر الزوج السكن اللائق الشرعي، أو أهمل النفقة الشرعية، أو أساء معاشرة الزوجة عن طريق الإهانة أو الضرب أو السب، و كذا في حالة قساوة المعاملة أو التعذيب الجسدي، أو ترك بيت الزوجية، كأن يدخل إلى البيت كل ليلة و هو في حالة سكر، أو يتهرب من الواجبات الزوجية دون سبب شرعي<sup>(4)</sup>.

و بهذا يكون المشرع قد فعل أمرا حسنا عندما لم يحدد معيار الضرر المعتبر شرعا نظرا إلى أن ما يعتبر فيه ضرر للزوجة قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى أخرى، و أن

(1) القاضي عبد الوهاب بن علي بن ناصر المالكي، ج2، المصدر السابق، ص 876.

(2) موفق الدين أبو أحمد بن قدامة، ج7، المصدر السابق، ص 576.

(3) أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، المصدر السابق، ص 426.

(4) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 352.

الضرر المعتبر شرعا في زمن، و لدى جماعة معينة قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى زمن آخر، أو جماعة أخرى، خاصة و أن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا معينة من الضرر.<sup>(1)</sup>

هذا و لم يحدد المشرع المعيار الذي بواسطته يمكننا التمييز بين السلوك الضار و السلوك الغير الضار، و إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها، و حين إذن فإنه على القاضي الاعتماد على المعيار الشخصي، انطلاقا من المعطيات الاجتماعية و الثقافية الخاصة بكل زوجة، لأن ما يعتبر ضار لزوجة ما قد لا يكون ضارا لزوجة أخرى، كما أن الضرر المقصود في المادة 53 الفقرة 10 من قانون الأسرة الجزائري هو الضرر المعتبر شرعا سواء كان الضرر بالقول أو بالفعل، مما ينتج عنه استحالة الاستمرار في الحياة المشتركة.<sup>(2)</sup>

و يقول الدكتور بلحاج العربي في ذلك:

" و لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما لم يحدد أنواعا معينة من الضرر، و لا أسبابا للشقاق بحيث يكون الضرر المعتبر شرعا هو الذي يؤدي إلى النزاع و الشقاق بين الزوجين مما ينتج عنه استحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما، و على هذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام الحياة الزوجية، و قامت بإثبات دعواها يطلقها القاضي طلاقة بائنة إذا عجز عن الإصلاح بينهما<sup>(3)</sup>.

يفهم من هذا أن الزوجة إذا استطاعت أن تثبت الضرر، و ذلك بأن تقنع القاضي بما لحق بها من ضرر من الزوج، و أن تقدم بين يديه كل الحجج و الأدلة المؤدية إلى ذلك، فإن القاضي سيحكم بتطليقها من زوجها ليس استنادا إلى رغبته، و إنما استنادا إلى رغبة الزوجة المدعمة بالأدلة و الحجج، و القاضي لا يلجأ إلى الطلاق إلا إذا عجز عن الإصلاح بين الزوجين، و سنتطرق إلى موضوع الصلح بين الزوجين في شروط التطليق للضرر.

أما إذا رفض القاضي طلب التطليق و تكررت الشكوى و عجزت الزوجة عن إثبات الضرر، اختارت المحكمة حكمين للتوفيق و الإصلاح بينهما.

(1) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 270.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 303.

(3) المرجع نفسه، ص 302.

و هو ما جاء في المادة 56 قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكيمين، حكما من أهل الزوج، و حكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكيمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

و قد جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد لسنة 2008 في شقه المتعلق بقسم شؤون الأسرة و تطرق لموضوع الحكيمين في المواد من 446 إلى 449 و جاءت هذه المواد مكملة للمادة 56 من قانون الأسرة الجزائري.

حيث جاء في المادة 446 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد<sup>(1)</sup> بأنه: " إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكيمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

و ما نلاحظه أنه لا يلجأ لتعيين الحكيمين إلا في حالة اشتداد الخصام، و عدم القدرة على إثبات الضرر لأنه إذا ثبت الضرر فلا نلجأ للحكيمين، و كان للزوجة حق المطالبة بالتطليق كما هو منصوص عنه في الفقرة العاشرة من المادة 53 من هذا القانون إذ جاء فيه: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا".

ورد في المادة 56 قانون الأسرة الجزائري فقرة: " وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما"، و جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 446 السابقة الذكر أنه جاز للقاضي أن يعين حكيمين اثنين لمحاولة الصلح.

معنى هذا أن مهمة الحكيمين التوفيق و الإصلاح بين الزوجين، و لا تتعداهما للتفريق، و بهذا يكون القانون قد خالف المذهب المالكي في هذه المسألة إذ يرى أن للحكيمين الجمع و التفريق بحسب ما يريانه مناسبا لحال الزوجين متبنيا فيها المذهب الحنفي الذي يرى أن مهمة الحكيمين لا تتعدى الإصلاح بينهما إلى غيره.

يتبين مما ورد في المادة 446 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، و المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري من أن القاضي هو الذي يعين الحكيمين، لأن القانون قد ذهب في ذلك مذهب المالكية الذي يرى أن سلطة تعيين الحكيمين تكون للحاكم أو من يقوم

(1) الأمر رقم 154-66 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

مقامه كالقضاة مخالفاً بذلك ما ذهب إليه من قال بأن المخاطب في قوله عز و جل: "فابعثوا" هما الزوجان أو كافة المؤمنين.

و الحق أن ما ذهب إليه القانون هو عين الصواب و ذلك لكون السلطان أو من يقوم مقامه هما الناظران بالمصلحة للأمة من جهة، و لا يعقل أن يكون الباعثان للحكمين هما الزوجان و هما في أشد الخصام، و قد يختاران من لا يكون أهلاً لأن يكون حكماً ابتداءً و عليه ما ذهب إليه القانون هو المناسب إذ أعطى سلطة بعث الحكمين للقاضي. و جاء قانون الأسرة الجزائري موافقاً لرأي المالكية في كون الحكمين لا يكونان إلا من الأهل إلا إذا تعذر ذلك، فالمادة 56 من قانون الأسرة الجزائري و إن لم تنص على شرطية الأهل صراحة إلا أن سياق الكلام يقتضيه، ثم إنها لم تذكر إلا الأهل فدل على أن بعثهما من الأهل متعين إلا لضرورة كأن لم يوجد من يصلح للقيام بهذه المهمة من أهلها.

و تشير إلى أن المادة أغفلت الكلام عن حالة تعذر وجود حكمين من الأهل و ذلك إما بانعدامهما أصلاً، أو وجود من ليس أهلاً لذلك، إذ ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى جواز أن يكون الحكمان من غير الأهل إذا تعذر وجودهما من الأهل. و الحقيقة أن هذا النقص تسده المادة 222 من هذا القانون إذ ورد فيها: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ورد في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري أن الحكمين يقدمان تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين مما يوحي بأن القانون سلك في ذلك مسلك الحنفية، و الشافعية، و رواية عن الحنابلة في أن الحكمين مجرد وكيلين إذ لا تعدوا مهمتهما الإصلاح بين الزوجين، و لا يتجاوزانها لغيرها مخالفاً في ذلك المذهب المالكي الذي لم يقصر مهمة الحكمين على مجرد الصلح أو رفع تقرير للقاضي و إنما وسع من صلاحيتهما فحول لهما حق الجمع و التفريق بحسب ما يريانه من المصلحة.

و جاءت المادة 447 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد بأنه على الحكمين أن يطلعا القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة المخولة لهما، و تليها المادة 448 من نفس القانون بأنه إذا تم الصلح بين الزوجين من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

و إذا صعب تنفيذ مهمة الحكّمين جاز للقاضي إنهاء مهامهما تلقائياً و في هذه الحالة يعيد القاضي القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة و هذا وفقاً للمادة 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد.

و في الأخير نستنتج بخصوص الصلح عن طريق تحكيم الحكّمين بأنه: المشرع بالرغم من نصه في هذا النوع من الصلح على جزء من أحكامه، إلا أنه ينبغي النص صراحة على تطبيقه في جميع دعاوى الطلاق للصلح بين الزوجين و اعتماد المعتمد من أحكامه لدى فقهاء المذهب المالكي، و فقه القرآن الكريم لا يقتصر في بعث الحكّمين بين الزوجين في موضوع معين، فكيف لا يمكن بعثهم و الأمر يتعلق في هذه الحالة بالطلاق بينهما؟ فالأمر أولى من غيره و لا يخرج أصلاً عن أصول الشريعة الإسلامية الغراء.

لا ينبغي بخصوص هذا النوع من الصلح الاقتصار على تطبيق أحكامه فقط في دعوى التطليق للضرر التي ترفعها الزوجة، كما قد يبدو من موضع النص القانوني المنظم له أو كما قد يبدو لقارئه، فلذلك يتعين كلما رأينا أن ثمة أمر منذر بالفرقة بين الزوجين، تعين بعث الحكّمين للتوفيق بينهما لتفادي وقوع الطلاق.

بالرغم من نص المشرع على هذا النوع من الصلح، يتعين القول أن هذا الطريق للصلح لم نجد فيما استطعنا الإطلاع عليه من وثائق، ما يفيد تطبيقه في الواقع العملي من طرف مختلف الجهات القضائية أصلاً، بالرغم من ثبوت تطبيقه في بعض الأوساط من المجتمع.

و عليه فإننا نأمل أن تطبق المحاكم الجزائرية أحكام المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، لما في تلك الأحكام من فائدة مرجوة بالنسبة للمحافظة على الروابط العائلية و من إنارة لسبيل المحكمة من طرف شخصين يمكنهما الوقوف على جلية الأمر و تخصيص أكثر وقت للمحاكم لمعالجة خلاف الزوجين.

رابعاً: شروط التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري و طرق إثباته  
نتطرق في هذا العنوان لشروط التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، و طرق إثباته.

## 1- شروط التطلاق للضرر في قانون الأسرة الجزائري:

بالرجوع إلى المادة 53 الفقرة 10 من قانون الأسرة الجزائري السابقة الذكر و بالاستناد إلى المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، نلاحظ أن شروط التطلاق للضرر يمكن إجمالها في ما يلي:

1- وقوع ضرر من الزوج.

2- كون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية.

3- عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين.

تلك هي الشروط الخاصة بالتطلاق للضرر، و سأقتصر في شرحي على الشرط الثالث و هو عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين في الآتي:

تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005 على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية، بسعي من النيابة العامة".

و الجديد في هذه المادة المعدلة هو أن المشرع أقر بضرورة إجراء عدة محاولات صلح أملا في تجنب الطلاق، و يتضح من هذا النص أنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، و صدور الحكم بالطلاق يأتي في مرتبة ما بعد محاولة الصلح بين الزوجين حيث أقر المشرع في هذا التعديل أنه يمكن إجراء عدة محاولات للصلح، و الصلح هو إجراء إجباري يجب القيام به قبل النطق بالطلاق<sup>(1)</sup>.

و قد جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد و أقر بأن محاولات الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية و هذا وفقا للمادة 439 من هذا القانون، فالحكم بالطلاق دون محاولة الصلح خطأ في تطبيق القانون، حسب تعبير المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها<sup>(2)</sup>، و عليه فإنه يجب على القاضي المختص بالفصل في دعوى الطلاق عرض

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 356.

(2) م.ع. غ.أ.ش. ملف رقم: 75141 بتاريخ: 18-06-1991، م.ق. عدد 1، 1993، ص 65.

الصلح على الزوجين حيث يستدعيهما إلى مكتبه بواسطة- مكتب الضبط- و ذلك في جلسة سرية وفقا للمادة 439 السابق ذكرها ثم يحاول أن يصلح بينهما و نشير إلى أنه يشترط أن لا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع دعوى الطلاق و هذا وفقا للفقرة الأولى المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، و المادة 242 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، و جاء في الفقرة الأولى من نفس المادة بأنه يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة.

و بعدها يتعين على القاضي إعداد محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح سواء كانت هذه النتائج إيجابية أو سلبية و بعد تحرير المحضر من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي يوقع المحضر كل من القاضي، و أمين الضبط و الزوجين، و هذا وفقا للمادة 443 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، و الفقرة الثانية من المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، و في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى و هذا ما جاء في المادة 443 السابق ذكرها.

و لا ننسى أن نشير في الأخير إلى أن إصدار الحكم بالطلاق مباشرة دون المرور بفترة إجراءات و محاولات الصلح يعيب الحكم بمخالفة القانون، و يعرضه للنقض و الإلغاء كلما وقع الطعن فيه أمام المحكمة العليا. و نلاحظ أن المادة 49 جاءت شاملة بعرض الصلح في الطلاق و لم تحدد حالتها التطلق و الخلع مما يستتف من نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري أنها شملت كل أنواع الطلاق.

## 2- طرق إثبات الضرر المعتبر شرعا:

و نحن بصدد الحديث عن الضرر لابد من التعرض لطرق إثباته ذلك أن ثبوت الضرر عند فقهاء المالكية يكون بالبينة، و يكفي فيها مجرد السماع الشائع بين الرجال و النساء في أن الزوج يضار زوجته، و لا يشترطون أن تكون البينة على علم بالضرر الذي حدث بين الزوجين، و يكفي أن يقال سمعا سماعا مستفيضا على السنة النساء و الخدم و الجيران<sup>(1)</sup>، و منه أيضا يكون الإثبات بالإقرار بل صرح المالكية بالاكْتفاء

(1) الخطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، المصدر السابق، ص 33، 34.

بقرائن الأحوال و قد جاء في رسالة بن أبي زيد القيرواني في هذا الصدد ما يلي: " للمرأة التطلاق بالضرر الثابت و لو بقرائن الأحوال"<sup>(1)</sup>

و عليه فإن ما تجدر الملاحظة إليه في هذا الصدد أن المقصود بثبوت الضرر عند فقهاء المالكية وما ثبت بالبينة عند القاضي، بحيث أن الزوج يضار زوجته و هي في عصمته، و لو كان الضرر مرة واحدة.

و في هذا الشأن قال الإمام الخرشي: "المشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة، و إن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بآئنة، لخبر لا ضرر و لا ضرار، و من الضرر قطع كلامه عنها، و تحويل وجهه عنها و ضربها ضرباً مؤلماً"<sup>(2)</sup>

و عليه فعلى الزوجة إذا ادعت أن زوجها يضربها، أو يشتمها، أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها، و لا يستطيع معها دوام العشرة، أو يقطع كلامها أو يحول وجهه عنها أو يهجرها في الفراش، أو يؤثر امرأة عليها في الكلام أو يتفرغ للعبادة، و طلبت التفريق بينها و بين زوجها لهذا الضرر، فإن أثبتت الضرر و لو مرة واحدة طلقها القاضي من زوجها بآئنة.

اعتنق المشرع الجزائري طرق إثبات الضرر على المذهب المالكي، و تجلى ذلك من خلال إتاحتها للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة، لاسيما البينة و الإقرار فإن عجزت الزوجة عن إثبات ذلك عجز القاضي عن الصلح، عين للزوجين حكيمين كما سبق وأن ذكرنا و هذا ما نصت عليه المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري. و قد جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد في المادة 451 منه بأنه: " يعاين القاضي و كيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعومة لطلب التطلاق طبقاً لأحكام قانون الأسرة.

و يفصل في مدى تأسيس الطلب أخذاً بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها.

(1) عبد السمیع الأبوی الأزهری: الثمر الدانی شرح رسالة بن أبي زيد القيرواني، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار الفكر للطباعة، ص 326.

(2) أبو عبد الله محمد المالكي الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار صادر، ج3، ص 149.

يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لاسيما الأمر بالتحقيق أو الخبرة الطبية أو الانتقال للمعاينة..."

#### خامسا: نوع الفرقة بسبب التطليق للضرر المعتبر شرعا

يرى المالكية أن التطليق للضرر المعتبر شرعا هو طلاق بائن و هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري كذلك<sup>(1)</sup>، حيث لا يجوز للزوج مراجعة زوجته، و لو كانت في العدة أما بعد انتهاء العدة فيصبح أمرها بيدها فإن أراد إرجاعها إليه يكون ذلك بعقد و مهر جديدين و ذلك بعد موافقتها.

#### \*تعويض الزوجة عند تطليقها للضرر:

و قد جاءت المادة 53 مكرر من القانون رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005 على أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."

التطليق للضرر تطليق يقع من القاضي على الزوج إذا ثبت الضرر و هذا التطليق يقع جبرا عليه و رغم إرادته، هذا جزاء مخالفته المعاشرة بالمعروف و الإمساك بالإحسان، بهذا الفراق الذي يقوم القاضي به فيه تمليك الزوجة عصمتها كرها على زوجها، و من ثم يكون تعويضا لها بدلا من تطليقها على مال أو مخالعة نفسها على فداء تقدمه لزوجها فإذا جاء النص ليجيز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق بصفة عامة، أن يحكم للمطلقة بتعويض عن ضرر لحق، فإنه بذلك فتح الباب أمام إثراء المرأة على حساب زوجها مرتين؛ امتلاك عصمتها رغما عنه و الحصول على ماله تحت مسمى التعويض عن ضرر تدعيه رغم خلاصها من علاقة زوجية أقدمت عليها بإرادتها و رضاها.<sup>(2)</sup>

(1) المحكمة العليا: غ.أ. ش. ملف رقم: 39463، بتاريخ: 10-02-1986، المجلة القضائية العدد 1، 1989، ص 115.

(2) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 125.

## خلاصة الفصل

ما يمكن أن نستخلصه في الفصل الأول ما يلي:

- ورد مصطلح التطلاق في الفقه الإسلامي " بالتفريق القضائي"، على غرار قانون الأسرة الجزائري الذي جاء بمصطلح التطلاق.
- أما بخصوص دليل مشروعية التطلاق فلا نجد آيات وأحاديث تدل صراحة على مشروعية التطلاق، و ما بوسعنا سوى استنباط بعض الآيات و الأحاديث التي تدل ضمناً على مشروعية التطلاق، و الحكمة من مشروعية التطلاق هي رفع الضرر عن الزوجة و منعاً للظلم شرع نظام التطلاق ففيه دفع مفسدة كبرى، و هي أن العلاقة بين الطرفين صارت جحيماً لا يطاق بمفسدة صغرى و هي الفراق، و أن يتفرقا يغني الله كل من سعته
- و ما نلاحظه بخصوص الأسباب المبررة لطلب التطلاق أن المشرع الجزائري بعد تعديله لقانون الأسرة الجزائري أضاف ثلاث حالات بعد أن كانت سبع قبل التعديل فأصبحت عشر حالات، و هي:

### \* التطلاق لعدم الإنفاق:

المشرع الجزائري أخذ برأي الأئمة الثلاثة مالك، و الشافعي، و أحمد في جواز التفريق لعدم الإنفاق، و هذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري بشرط ألا تكون الزوجة عالمة بحالة إعسار الزوج وقت إبرام عقد الزواج أو قبله، و أن يكون صدر حكم من المحكمة يلزمه بذلك و لكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم. فإذا لم تتوفر هذه الشروط مجتمعة فلا يمكنها رفع دعوى طلب التطلاق لعدم الإنفاق.

أما عن نوع الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة في قانون الأسرة أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية في ذلك على أنها طلاق لا فسخ.

### \* التطلاق للعيوب:

جاءت عبارة النص عامة و مطلقة حيث شملت كل العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و لم تحدد نوع العيوب التي يجوز للزوجة طلب التطلاق بسببها فالمشرع الجزائري نحا بذلك منحى الإمام بن القيم رحمة الله، الذي رأى عدم الاقتصار على عدد معين من العيوب التي يثبت بها التفريق بين الزوجين، فلا يبقى من حق الزوجة

سوى إثبات العيب في دعوى التطليق بكافة الأدلة و الوسائل القانونية مثل شهادة الشهود و الشهادات الطبية.

أما عن نوع الفرقة بسبب العيوب فنجد أن المشرع الجزائري ترك الأمر غامضا فلم يورد أي نص يتعلق بنوع الفرقة مما يوجب الأخذ بمبادئ الفقه المالكي باعتباره المصدر التشريعي لقانون الأسرة الجزائري الذي يقول بأنه طلاق بائن.

### \* التطليق للهجر في المضجع:

المقصود بالهجر في المضجع الذي يعطي الزوجة الحق في طلب التطليق هو هجر الزوج لزوجته و تركه إياها عن قصد و دون سبب شرعي، و ذلك لمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الإضرار بها و تعذيبها، و يستتف من خلال هذا أن المقصود بالهجر الوارد في المادة 53 الفقرة الثالثة من قانون الأسرة الجزائري هو الهجر الذي يؤدي إلى الإضرار بالزوجة و ليس الهجر بغرض تأديبها في حالة النشوز و ما يمكن ملاحظته في الحياة العلمية أن النساء يصعب عليهن جدا إثبات حالة الهجر في المضجع أمام القضاء و غالبا ما ترفض الدعوى التي يتقدمن بها لعدم التأسيس، و في حالة تمكن الزوجة من إثبات ذلك، فإن القاضي إذا اقتنع بثبوت واقعة الهجر لمدة أربعة شهور على الأقل أن يحكم بالتطليق بين الزوجة و زوجها.

و يقدر القاضي هذه المسألة معتمدا على ثلاثة عناصر:

- أ- **العنصر المادي اللاشعري:** المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول.
  - ب- **العنصر الزمني:** المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية غير منقطعة.
  - ج- **العنصر المعنوي:** المتمثل في نية الإضرار بالزوجة و ليس في نية الإصلاح.
- فيجب أن تتوفر هذه العناصر الثلاثة مجتمعة لكي يحكم القاضي بالتطليق.
- و حكم التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر هو طلاق رجعي كما ذهب لذلك جمهور الفقهاء.

### \* التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري:

هذه الحالة كانت قبل التعديل مدمجة مع حالة كل ضرر معتبر شرعا، و لكن بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 أصبحت فقرة مستقلة بذاتها.

و إن المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري متعلقة بحالة تعدد الزوجات و إخبار الزوجة السابقة و اللاحقة بأنه مقدم على الزواج.

و قد جاءت المادتين 8 مكرر، و الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و أعطتا الحق للزوجة في طلب التطلاق في حالة التدليس، و الزواج عليها بزوجة ثانية فلكل منهما الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق و ما نلاحظه أن الفقه الإسلامي لم يشر لهذه الحالة، و يبيح تعدد الزوجات في حدود الأربعة.

و بهذا فالمشرع الجزائري أباح تعدد الزوجات و هو مطلب شرعي، شرعه الله سبحانه و تعالى، و من جهة قيده بشروط مذكورة في المادة 8 من قانون الأسرة، فالمشرع في هذه الحالة افترض الضرر قبل وقوعه.

#### \* التطلاق لغياب الزوج:

نص المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 5 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة." يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري اشترط ثلاث شروط حتى يكون للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي لتطلب التطلاق و هذه الشروط هي:

- 1- أن يقضي على غياب الزوجة سنة فأكثر و هو ما ذهب إليه المالكية.
- 2- ألا يكون لهذا الغياب أي عذر شرعي و هو المعتمد عند الحنابلة.
- 3- ألا يكون قد ترك لها مالا تتفق منه عن نفسها و أولادها و هو ما ذهب إليه الحنابلة.

أما المالكية يرون جواز طلب التطلاق إذا ثبت تضرر الزوجة من غياب زوجها و لو ترك لها مالا تتفق منه.

و حسب رأينا فإن مذهب المالكية هو الأكثر صوابا لأن الزوج يتعمد في بعض الأحيان الإضرار بها، و يتحجج بأنه ترك لها المال الذي تتفق منه.

و في الأخير إذا تخلف شرط من الشروط السابق ذكرها، فإنه لا يحق للزوجة طلب التطلاق، و نوع الفرقة بسبب الغياب في قانون الأسرة الجزائري طلاق بائن أخذا بالمذهب المالكي باعتباره المذهب الغالب و المعتمد عليه في قانون الأسرة الجزائري.

### \* التطليق لفقد الزوج:

تطرق قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام المفقود في المواد 109 إلى المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري، و قد تضمن نص المادة 112 على أنه: لزوجة المفقود أن تطلب التطليق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

**\* التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية:**

هذه الحالة معدلة طبقا للقانون رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005 حيث كانت قبل التعديل تنص على أنه: التطليق للحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة، فيها مساس بشرف الأسرة و استحيل معها مواصلة العشرة الزوجية و هذا وفقا للفقرة 4 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

أما الفقه الإسلامي تطرق لهذا بمصطلح مختلف عن القانون، و هو التطليق لسجن الزوج أو حبسه، و هناك رأيان فقهيان في جواز التفريق للحبس على مذهبين: فالحنفية و الشافعية لا يجيزون ذلك، أما المالكية و الحنابلة فيجيزون ذلك، و يعتبرها المالكية طلاق بائن، أما الحنابلة فتعد عندهم فسخ.

و من خلال تحليلنا للفقرة الرابعة من المادة 53 ، نرى أنها لم تعتبر الغياب للحبس أو السجن كسبب للتفريق و إنما إلى اعتبار الأسباب التي لأجلها حبس أو سجن الزوج بغض النظر عن مدة الحبس، و المشرع الجزائري لم يشر لنوع الفرقة بسبب التطليق للحكم على الزوج عن جريمة، فنرى من خلال تحليلاتنا أنه طلاق بائن.

### \* التطليق لارتكاب فاحشة مبينة:

جاءت هذه الحالة طبقا للفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و هي تخول للزوجة الحق في طلب التطليق من زوجها، و في غياب آراء الفقهاء بهذا الشأن لا يبقى لنا سوى الاستدلال بالقرآن الكريم من آيات عدة تصور الفاحشة منها: سورة الإسراء: الآية 32 ، سورة النساء: الآية 22، و الأعراف: الآية 33. و الآيات: 14، 15، 18، 21، 24 من سور النساء.

فالمشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالفاحشة، و يمكننا اعتبار أن المقصود بالفاحشة المبينة هو فعل الزنا، و تناول أم الخبائث الخمر، و الشرك بالله، و الردة أو الاعتداء على قاصرة و كل فعل مخل بالأداب بصفة خطيرة.

فللزوجة إذا ارتكب زوجها فاحشة معينة فلها أن ترفع دعوى قضائية لتطلب الحكم بتطليقها من زوجها، و عليها أن تقدم الأدلة و الحجج لإثبات فعل الفاحشة، حتى يحكم لها القاضي بما تريد طبقا للفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

#### \* التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين:

نصت المادة 53 الفقرة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري على أنه: يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين، و هذه الفقرة استحدثت بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري 05- 02 المؤرخ في فبراير 2005، إلا أن الفقهاء اختلفوا في جواز طلب التطلاق للشقاق على مذهبين:

**المذهب الأول:** الحنفية، و الشافعية و أحمد في رواية لا يجيزون ذلك، و يكفي القاضي بإرسال حكيم للإصلاح بينهما.

**المذهب الثاني:** المالكية، و أحمد في الرواية الثانية إذا ثبت الضرر و اختارت الزوجة الفرقة فلها ذلك.

إن مصدر هذه المادة المستحدثة هو الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، و تجسد ذلك في القرار المؤرخ في 15/06/1999.

و قبل الحكم بالطلاق، فعلى القاضي وجوبا تعيين حكيم للإصلاح بينهما، و يقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما، و هذا وفقا للمادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، فإذا لم يفلح الحكمان في الإصلاح قضى القاضي بالطلاق بينهما.

#### \* التطلاق لمخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

نصت الفقرة 9 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري رقم 05- 02 على أنه: للزوجة طلب التطلاق لمخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، و ما نلاحظه أن هذه الفقرة مستحدثة، و لم تكن موجودة قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005.

فللزوجة أن تشترط في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق عدم الزواج عليها بزوجة ثانية و كذلك عمل الزوجة، بشرط أن تكون هذه الشروط لا تتنافى و مقتضيات العقد و قد قانون الأسرة الجزائري بجواز التطليق برأي الحنابلة و بعض المالكية.

#### \* التطليق لكل ضرر معتبر شرعا:

أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية في مسألة التطليق للضرر، و نص على ذلك في الفقرة 10 من المادة 53 بقوله: " كل ضرر معتبر شرعا" فنلاحظ أن المشرع الجزائري أورد عبارة عامة و شاملة مثلما ذهب إليه المالكية، و لم يتقيد المشرع الجزائري بضرر معين، و ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، إذ له سلطة تقديرية موضوعية مطلقة و لا يقيد بها أي قيد، و لا رقابة للمحكمة العليا في ذلك عليه، و للزوجة رفع دعوى التطليق للضرر سواء في معاملتها أو إهانتها، أو عدم قيامه بواجباته اتجاهها، و عليه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات الممكنة بصفتها مدعية، و في حالة عدم إثباتها ذلك يرفض طلبها و إذا تكرر الأمر و رفعت الدعوى مجددا يعين القاضي حكمن من أهل كل الزوجين طبقا للمادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، و يقوم بالتقصي و الإطلاع و التحقق لمعرفة أسباب الشقاق و يقدم في ذلك تقريرا في أجل شهرين للقاضي، و بناء عليه يؤسس القاضي قراره، و الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري غفل عن ذكر أي معيار أو ميزان للتمييز بين الفعل الصادر عن الزوج اتجاه زوجته يشكل ضررا أم لا، مما يدفع القاضي إلى الاستناد إلى المعيار الشخصي انطلاقا من المعطيات الاجتماعية و الثقافية الخاصة بكل زوجة، لأن ما يعتبر ضارا لزوجة ما قد لا يكون ضارا لزوجة أخرى، و القاضي لا يحكم بالتطليق إذا ثبت لديه الضرر إلا بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، و نوع الفرقة بسبب التطليق للضرر طلاق بائن حسب رأي المالكية، و هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري. و في الأخير يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، و هذا حسب المادة 53 مكرر من القانون رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005.

# الفصل الثاني:

حل الرابطة الزوجية بواسطة الخلع  
بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

قد يحدث في الحياة الزوجية أن تبغض المرأة زوجها فتتضرر من بقائها معه لأنه لا يوفيه حقوقها، أو لا يقوم بمطالب الزواج، فلها أن تلجئ إلى القضاء لطلب حل الرابطة الزوجية بواسطة التطلق الذي تناولناه في الفصل الأول بالتفصيل، و يعتبر هذا طريقا لإزالة الضرر عن الزوجة، كما أن للزوجة طريقا آخر لحل الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة، و تسمى الفرقة في هذه الحالة خلعا، و هذا ما جاء به قانون الأسرة الجزائري في المادة 54 منه.

و الخلع الذي جاء به الكتاب و السنة، هو أن تكون المرأة كارهة للزوج تريد فراقه فتعطيهِ الصداق الذي قدمه إليها فداء نفسها كما يفتدى الأسير. و إذا كانت مبغضة له مختارة فراقه فإنها تفتدي نفسها منه فتد إلى ما أخذته منه من الصداق، و تبرئه مما في ذمته.

و لما كانت الزوجة لا تملك الطلاق، و كرهت الاستمرار في الحياة الزوجية للإضرار، أو غير ذلك من أسباب نفورها من زوجها، و ترغب في الخلاص منه، فيرفض الزوج حرصا على ماله، فتح الشارع للمرأة باب الافتداء لتذليل ما يترتب على الطلاق من عقبات مالية بتعويض الزوج مما أنفق عليها من مال لقوله تعالى: {وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} (1)

و وجد الخلع في قانون الأسرة الجزائري عند انتفاء الأسباب المستند عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري لطلب التطلق، و شروطه تختلف عن شروط هذا الأخير، و قد نص على هذا في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، و لتحليل كل ذلك ارتأينا دراسة موضوع حل الرابطة الزوجية بواسطة الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري في هذا الفصل و الذي قسمناه إلى مبحثين:

**المبحث الأول: مفهوم الخلع، مشروعيته و حكمته.**

**المبحث الثاني: أركان الخلع، و نوع الفرقة بسببه، وطبيعة الأحكام القضائية**

**الصادرة بشأن التطلق و الخلع.**

(1) سورة البقرة: الآية 229.

### المبحث الأول: مفهوم الخلع، مشروعيته وحكمته

سنعرض في هذا المبحث إلى مفهوم الخلع، مشروعيته و حكمته، و لمعرفة حقيقته قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول تناولنا فيه تعريف الخلع و تمييزه عن غيره من صور الفرقة المشابهة له، و المطلب الثاني مشروعية الخلع و حكمته.

#### المطلب الأول: تعريف الخلع و تمييزه عن غيره من صور الفرقة المشابهة له

قد تبغض الزوجة زوجها و لا تجد في المقام معه ما كانت تنتشده و تشتد كراهتها له بحيث تخشى ألا توفيه حقه، أو تخرج عن الطريق المستقيم في معاملته، و هي لا تملك الطلاق فأخرجها الشارع من هذا الحرج و شرع لها الافتداء للتخلص من الرابطة الزوجية و هذا الافتداء هو المسمى بالخلع و كان ذلك من رحمة الله بها، لهذا سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الخلع من الناحية اللغوية و الفقهية و القانونية مع الموازنة بين هذه التعاريف، كما سنحاول التمييز بين الخلع و غيره من صور الفرقة المشابهة له.

#### الفرع الأول: تعريف الخلع

سننتظر في هذا الفرع لتعريف الخلع من الناحية اللغوية، الفقهية و القانونية، ثم سنحاول الموازنة بين هذه التعاريف.

#### أولاً: تعريف الخلع لغة

يأتي بمعنى النزاع، جاء في المصباح: "خالعت) المرأة زوجها(مخالعة)، إذا افتدت منه و طلقها على الفدية (فخلعها) هو (خلعا) و الاسم: (الخلع) بالضم، و هو استعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فإذا فعلا ذلك، فكأن كل واحد نزع لباسه عنه" (1)

و من معانيه النقص، جاء في اللسان: "و تخالع القوم: نقضوا العهد بينهم" (2)

و يأتي بمعنى العزل، كأنما أراد إزالته عن مكانه و عزله عنها، ذكره في مختار الصحاح فقال: " و خلع الوالي عزل" (3)

كما يأتي بمعنى الإزالة، جاء في اللسان: " و خالعت: أزالتها عن نفسه" (4)

(1) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير، ج1، المصدر السابق، ص 178.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج8، المصدر السابق، ص 76.

(3) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، (د،ط)؛ بيروت: مكتبة لبنان، 1995، ج1، ص 78.

(4) ابن منظور، المصدر السابق، ص76.

و هذه المعاني التي ذكرتها، يتعلق الخلع بكل منها بوجه من الوجوه، من نتائجه إزالة ما يترتب عن الشيء.

و هناك ألفاظ ذات صلة بالخلع و هي:

**1-الفسخ:** جاء في اللسان: " فسخ الشيء يفسخه فسخا فانفسخ، نقضه فانتقض و تفاسخت الأقاويل: تناقضت" (1) و حقيقة الفسخ قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه. (2)

**2-الصلح:** " الصلح في اللغة: اسم من المصالحة، و هي المسالمة بعد المنازعة، و في الشريعة: عقد يرفع النزاع" (3)

و صلته أنه نوع من المعاقدة، يقصد بها قطع النزاع، سواء بين الجماعات أو الأفراد، و منه ما يقع بين الزوجين من شقاق يقتضي المصالحة بمال أو دونه، و يفهم من عبارات بعض الفقهاء أن الصلح يقع على معنى الخلع، إذا كان البذل الذي أخذه الزوج نظير الخلع، أقل أو أكثر مما ملكته الزوجة بعقد النكاح و سافصل المسألة لاحقا.

**3-المفاداة:** فداه من الأسر (يفديه) (فدى) و تفتح الفاء و تكسر إذا استنقذه بمال، و اسم ذلك المال (الفدية) و هو عوض الأسير، و جمعها (فدى) و (فديات)، و (فدت) المرأة نفسها من زوجها (تفدي) و (افتدت): أعطته مالا حتى تخلصت منه بالطلاق (4)

و قد استخدم القرآن الكريم هذا اللفظ في الدلالة على الخلع، في قوله تعالى: { فَلَاحَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ } (5)

**4-المبارأة:** جاء في لسان العرب: و بارأ المرأة مبارأة و براء صالحها على الفراق (6)

**5-الطلاق:** طلق الرجل امرأته تطليقا، فهو (مطلق)، و الاسم: (الطلاق) فالتركيب يدل على الحل و الانحلال، يقال: (أطلقت) الأسير إذا حلت إيساره و خليت عنه (فانطلق) أي: ذهب في سبيله، و من هنا قيل: (أطلقت) القول إذا أرسلته من غير قيد و لا شرط. (7)

و أما صلته بالخلع، فهي أن الفقهاء اختلفوا في الخلع هل هو طلاق بائن أو رجعي، أو فسخ على أقوال سيأتي تفصيلها.

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج3، المصدر السابق، ص 44.

(2) محمود بن أحمد أبو المناقب: تخريج الفروع على الأصول، الطبعة الثانية؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ج3، ص 42.

(3) علي بن محمد بن علي الجرجاني: التعريفات، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ج1، ص 176.

(4) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير، ج2، المصدر السابق، ص 465.

(5) سورة البقرة: الآية 229.

(6) ابن منظور، لسان العرب، ج1، المصدر السابق، ص 31.

(7) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصدر السابق، ص 376.

و هذه الألفاظ منها ما اعتبر في الدلالة على الخلع عند البعض، و رآها آخرون من ألفاظ الكنايات و سنتعرض لها بالتفصيل لاحقاً.

و بهذا المعنى يقول ابن رشد: و اسم الخلع، و الفدية، و الصلح، و المبارأة، كلها تؤول إلى معنى واحد، و هو بذل المرأة العوض على طلاقها، إلا أنه جعل الفرق بينهما يعود إلى مقدار العوض، فالخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاه، و الصلح ببعضه و الفدية بأكثره، و المبارأة بإسقاطها عنه حقاً لها عليه و هو أمر ليس محل اتفاق.<sup>(1)</sup>

و عبارة ابن رشد السابقة تفيد بأنه لا يرى فرقاً بين هذه المصطلحات في دلالتها على الخلع، و هو يرد بذلك على بعض المالكية الذين جعلوا لكل مصطلح دلالة على مقدار العوض.

### ثانياً: تعريف الخلع في الفقه الإسلامي

سنتعرض فيما يأتي لتعريف الخلع عند: الحنفية، و الشافعية، و المالكية، و الحنابلة.

#### 1- تعريف الخلع عند الحنفية:

يرى الحنفية الخلع طلاقاً بشروط، و عامة علمائهم يعرفونه على هذا الأساس، قد عرفه السيواسي بقوله: "إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع"<sup>(2)</sup>

و ليس للنكاح عندهم من إزالة إلا بالطلاق على ما ذهب إليه فقهاؤهم، و على معناه تقع عباراتهم، فهذا السمرقندي في التحفة يقول: "الخلع طلاق عندنا"<sup>(3)</sup>

و يقع بألفاظ عدة: كالطلاق، و البيع، و المبارأة، و المخالعة، و هو صريح في بعضها يفتقر إلى النية في أخرى، و لا يلتزم أكثرية فقهاء الحنفية بتعريف المصطلح تعريفاً محددًا، حيث تشير عباراتهم عند تناولهم الموضوع إلى صورته، و أكثر شراح متونهم يبدوون الكلام فيه مباشرة، متخذين من آية الفداء مدخلاً. مثال ذلك ما جاء في

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج 2، المصدر السابق، ص 50.

(2) محمد بن عبد الواحد السيواسي: شرح فتح القدير، الطبعة الثانية؛ بيروت: دار الفكر، ج 4، ص 210.

(3) محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي: تحفة الفقهاء، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ج 2، ص 199.

لسان الحكام: "إذا تشاق الزوجان و تخالفا و خافا أن لا يقيما حدود الله تعالى فلا بأس أن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به (1)

و قال صاحب بداية المبتدي و إذا تشاق الزوجان و خافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تدفع الزوجة لزوجها من المال ما يحمله على طلاقها، فإذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة (2)

و يميز الحنفية بين الخلع، و الطلاق على مال، فالخلع يسقط في رأي أبي حنيفة كل الحقوق الواجبة بين الزوجين بسبب الزواج، و إذا بطل العوض في الخلع فلا شيء للزوج، و الفرقة بائنة، بخلاف الطلاق فإن العوض إذا بطل فيه وقع رجعيًا في غير الطلقة الثالثة (3)

## 2- تعريف الخلع عند الشافعية:

عرف الشربيني الخلع في كتاب الإقناع بقوله: "فرقة بين الزوجين و لو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج" (4)

و عرفه النووي بأنه: "مفارقة المرأة بعوض" (5)

و يعبرون عنه بلفظ المفاداة في أغلب كتبهم، دون تحديد نوع الفرقة فيه، طلاق أو فسخ، و لعل ذلك راجع إلى اختلافهم في اعتباره، فيراه البعض فسخًا، كما ذهب إليه الشافعي في القديم، في حين يرجع البعض الآخر أنه طلاق على ما قاله الشافعي في مذهبه الجديد بشرط أن يكون بلفظ الطلاق أو نيته، و إلا فهو فسخ عندهم باتفاق.

## 3- تعريف الخلع عند المالكية:

عرف ابن رشد الخلع بقوله: "و هو بذل المرأة العوض على طلاقها" (6)

(1) محمد إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي: لسان الحكام في معرفة الأحكام، الطبعة الثانية؛ القاهرة: مطبعة الباب الحلبي، 1973، ج1، ص 329.

(2) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني: متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، الطبعة الأولى؛ القاهرة: مطبعة محمد علي صبيح، ج1، ص 79.

(3) ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج4، المصدر السابق، ص 210، 211.

(4) محمد الخطيب الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج2، ص 434.

(5) يحيى بن شرف بن مري أبو زكريا النووي: تحرير ألفاظ التنبيه (لغة الفقه)، الطبعة الأولى؛ دمشق: دار القلم، ص 408.

(6) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، المصدر السابق، ص 50.

و قريب منه تعريف النفراوي في كتابه الفواكه الدواني، يقول: "إزالة العصمة بعوض من الزوجة أو غيرها"<sup>(1)</sup>

و يلاحظ على التعريف أنه لم يفرق بين الخلع، و غيره من أسباب الإزالة، كما لم يحدد التعريف عند المالكية نوع الفرقة الواقعة بالخلع، و هل يقع رجعيًا، أو بائنًا و هو ما لم يظهر في التعريف.

و اسم الخلع و الفدية و الصلح و المبارأة عند المالكية كلها تؤول إلى معنى واحد إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاه، و الصلح ببعضه و الفدية بأكثره و المبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه<sup>(2)</sup>

#### 4- تعريف الخلع عند الحنابلة:

عرفه الحنابلة بأنه فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة و هي قسمان:

أ- صريحة في الخلع: كالمفاداة و الخلع و الفسخ.

ب- كناية في الخلع: المبارأة و المباينة و المفارقة<sup>(3)</sup>

أما ابن القيم فقد ذكر أن الخلع يقع بأي لفظ كان ما دامت النية كذلك، إذ أن المرعي في العقود حقائقها و معانيها، لا صورها و ألفاظها<sup>(4)</sup> و ما نلاحظه أن تعريفات الحنابلة تتقارب في تحديد الخلع كفرقة بين الزوجين بعوض، و أضاف بعضهم "بألفاظ مخصوصة" و هو قيد مهم لإخراج الطلاق بعوض من التعريف، لاختلاف الألفاظ بينهما، و إن لم يلتزمه بعضهم.

#### ثالثا: تعريف الخلع في قانون الأسرة الجزائري

جاء في نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(5)</sup> السابق ذكرها، التي نصت على ثلاثة طرق لحل عقد الزواج؛ و هي كالاتي: "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".

(1) أحمد بن غنيم بن سالم المالكي النفراوي: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج2، ص 34.

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج2، المصدر السابق، ص 237.

(3) ابن قدامة، المغني، ج7، المصدر السابق، ص 57.

(4) ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، المصدر السابق، ص 200.

(5) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجزائري، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

حيث نصت المادة 53 على الأسباب التي يجوز فيها للزوجة أن تطلب التطليق بإرادتها المنفردة و التي سبق ذكرها في الفصل الأول من هذا البحث، أما المادة 54 فقد نصت على الطلاق بالخلع حيث جاء فيها: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

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

و هذه المادة جاءت وفق التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005 و ما نلاحظه أن المشرع الجزائري قد حصر مجال الخلع في كلمة واحدة و هي المخالعة، و لم يذكر غيرها من الألفاظ، و لعل هذا راجع إلى كونه لم يتطرق إلى مسألة الخلع إلا في مادة واحدة من قانون الأسرة و هذا دون الإشارة إلى شروطه، و أركانه، و لا طبيعته القانونية، و من خلال المادة 48 و المادة 54 السابق ذكرها نستشف أن الخلع فرقة تتم بطلب من الزوجة و دون حاجة لموافقة الزوج على أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

و قد عرفه الأستاذ عبد العزيز سعد بقوله: "عقد معاوضة رضائي و ثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين و قبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم و مقوم شرعا تدفعه الزوجة فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم"<sup>(1)</sup>

و هذا التعريف الذي جاء به الأستاذ عبد العزيز سعد نلاحظ أنه جاء وفقا للمادة 54 القديمة أي القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 و التي تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

عند مقارنة المادة الجديدة بالمادة القديمة السابق ذكرهما نلاحظ أن الخلع أصبح حق للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق، و أنه على القاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق مقابل مال تحت تسمية الخلع بمجرد طلبه، و بمجرد عرض مبلغ من المال مقابل الخلع

(1) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 248، 249.

دون أي اعتبار لإرادة الزوج أو عدم موافقته، و قد كان حسب القانون القديم أن الخلع يحصل باتفاق بين الزوجين على إنهاء الحياة الزوجية بينهما مقابل عوض مادي تلتزم المرأة بتقديمه، و يعني أن الخلع ليس إلا طلاقاً رضائياً مقابل مال تقدمه الزوجة إلى زوجها من أجل أن يطلقها دون نزاع و لا مخاصمة.

و ما نستخلصه من نصوص المواد السابق ذكرها أن المشرع الجزائري كان يعتبر الطلاق بالخلع هو طلاق بالتراضي إذ تجب فيه موافقة الزوج ليقع، و لكن بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أن المشرع اعتبر الخلع نوعاً من أنواع الفرقة لحل عقد الزواج، و يكون بطلب من الزوجة دونما حاجة إلى موافقة الزوج.

و في الأخير نصل إلى معنى قانوني للخلع: و هو أن تفتدي الزوجة من زوجها بمال تقدمه له ليطلقها بحكم قضائي سواء رضي به الزوج أو لم يرض.

#### رابعاً: الموازنة بين التعاريف

بالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أنها مجتمعة في معنى واحد و هو فراق الزوج زوجته بمقابل عوض تدفعه المرأة له، فإذا رجعنا إلى التعريف اللغوي للخلع، و المعنى الفقهي له نجد أن هناك صلة و رابطاً قوياً بين هذه المعاني، فكل خلع بالمعنى الاصطلاحي هو خلع بالمعنى اللغوي و لا عكس لأن الأخص يستلزم معنى الأعم فالخلع بمعناه اللغوي هو الإزالة و النزاع، و الاصطلاحي هو إزالة ملك النكاح ببديل تدفعه المرأة لزوجها.<sup>(1)</sup>

و خلاصة القول لما ورد من تعريفات بعض فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة

و الموازنة بينها نجد أن:

- الخلع عند الأحناف: هو إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع، أو ما في معناه مقابل عوض مالي، بينما المالكية فعرفوا الخلع بأنه طلاق بعوض، و لا يكون الخلع حسب المذهب بدون عوض، فغالبا لا يختص بلفظ معين كما يقع بصريح الطلاق، و يضيفون كذلك أنهم يعتبرون الطلاق بلفظ، أو ما في معناه، و لو كان بدون عوض الخلع.

(1) عامر سعيد الزبياري: أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار ابن حزم، 1997، ص 52، 53.

- فالخلع عند المالكية إذن: ما كان بعوض و هو الكثير، و قد يكون بغير عوض إذا كان بلفظ من ألفاظ الخلع، أو ما يفيد معناه مثل: المبارأة- المفاداة- الصلح.  
- أما الشافعية يرون أن كل فرقة مقابل عوض تعتبر خلعا بأي لفظ كان.  
- أما الحنابلة فيرون أن الخلع لا بد أن يكون مقابل عوض، و قال أحدهم قد يكون الخلع بلا عوض و يروي عبد الله بن أحمد:

قد يكون الخلع بلا عوض و بهذا يكون قد أيد رأي المالكية.

- أما الخلع في معناه القانوني فنجد أنه اشترط المشرع الجزائري أن يكون بحكم قضائي يصدره القاضي سواء رضي الزوج به أو لم يرض.

### الفرع الثاني: تمييز الخلع عن غيره من صور الفرقة المشابهة له

قد تتحل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج و ذلك عن طريق الطلاق، كما قد يطلب الزوج من الزوجة مالا مقابل طلاقه لها وهذا النوع من الطلاق هو طلاق على مال، أو قد تتحل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة تقدمه للقاضي و هذا ما يعرف بالتطليق أو التفريق القضائي، كما قد تتحل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع .

فما هو الفرق بين هذه الأنواع من صور الفرقة ؟

هذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذا الفرع، حيث نميز أولا بين الخلع والطلاق على مال، ثم نميز بين الخلع و التطليق ثانيا.

### أولا : تمييز الخلع عن الطلاق على مال

الطلاق على مال كأن يقول الزوج لزوجته: أنت طلاق على مائة دينار، فإذا قبلت الزوجة وقع الطلاق دون توقف الوقوع على أداء مالي لكن يلزم المرأة هذا المال، فللزوجة أن يطالبها به ثم لا بد أن يكون القبول في المجلس، فالطلاق على مال هو يمين من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة لا يتم إلا بإيجاب و قبول من الجانبين، و الواقع أن الطلاق على مال طلاق بائن، و الشرط أن يكون الزوج أهل لالتزام المال بولايتها على نفسها و يعتمد أيضا على أهلية المتعاضدين و الطلاق على مال ليس له لفظ مخصوص كالخلع بل يصح لكل صيغ الطلاق.

و بعض الفقهاء كالشافعية و غيرهم لا يفرق بين الخلع و الطلاق على مال و يجعلون الخلع و الطلاق على مال اسمين لشيء واحد و هو الفرقة في مقابل إسقاط

الزوجة عن حقوقها الزوجية، أو بعضها أو نظير مال تدفعه لزوجها، و بعض الفقهاء كالحنفية و غيرهم يرون أن الخلع يتفق مع الطلاق على مال في بعض الأحكام و يختلف في البعض الآخر .

### 1- أوجه الاتفاق:

يتفق كل من الخلع و الطلاق على مال في أمور و من ذلك:

أ - أن كل منهما يقع الطلاق بائن، و يزول بهما قيد الزواج الصحيح في الحال لأن المرأة إنما قبلت دفع البديل للتخلص من سلطان الزوج عليها، و لا يتحقق لها ذلك إلا بالطلاق البائن.<sup>(1)</sup>

ب - قبول الزوجة للخلع و الطلاق على مال أمر لا بد منه، فإذا لم تقبل لم يصح الخلع ولا الطلاق على مال، و إذا قبلت صح ذلك و ترتبت الأحكام الشرعية عليه.<sup>(2)</sup>

ج - وجوب العوض الذي اتفق عليه الطرفان في نظير الخلع و الطلاق على مال، حيث تلتزم به الزوجة ما دامت أهلاً للتبرع، فالمقصود من دفع المال من الزوجة هو أن تملك الزوجة أمرها و أن تمنع الزوج من مراجعتها<sup>(3)</sup>، فالعوض يلزم ذمة الزوجة في كل من الخلع و الطلاق على مال .

### 2- أوجه الاختلاف :

يختلف الخلع عن الطلاق على مال فيما يلي :

أ - الخلع صيغته لفظ خلع أو فيما معناه كالمبارأة، بخلاف الطلاق على مال فصيغته لفظ الطلاق أو فيما معناه، كقول الرجل لزوجته طلقتك على مبلغ كذا أو أبنتك على مقابل كذا<sup>(4)</sup>، و لا بد في الطلاق على مال من ذكر العوض دائماً، أما الخلع إذا كان بلفظ الخلع فلا بد فيه من ذكر المال، و إن لم يذكر المال فإنه يكون طلاقاً بلفظ من ألفاظ الكناية يقع به الطلاق من غير حاجة إلى القبول.<sup>(5)</sup>

(1) السرخسي، المبسوط، ج 2، المصدر السابق، ص 179.

(2) عاطف فؤاد صحصاح : الخلع و الطلاق بين الشريعة و القانون، (د،ط)؛ مصر: دار إيجي، 2000، ص 39

(3) عمر عبد الله و محمد حامد قمحاوي: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، (د،ط)؛ الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1986، ص 168.

(4) إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى؛ الأردن: دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1999، ص 206.

(5) محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية؛ القاهرة: دار الفكر العربي، ص 387.

ب - الخلع يسقط به الحقوق المالية الثابتة لكل من الزوجين على الآخر المترتبة على عقد الزواج الذي حصل الخلع منه.

أما الطلاق على مال فلا يسقط به شيئاً من هذه الحقوق لأن لفظ الطلاق لا ينبئ عن الإبراء من هذه الحقوق فلا يثبت به إلا ما اتفق الزوجان على أنه مقابل أو بدل أو عوض للطلاق.<sup>(1)</sup>

ج - إذا بطل البطل في الخلع وقع به طلاقاً بائناً، وإذا بطل البطل في الطلاق على مال، وقع الطلاق رجعياً.<sup>(2)</sup>

د - الطلاق على مال يقع به طلاقاً بائناً ينقص به عدد الطلقات من غير خلاف<sup>(3)</sup>، أما الخلع فمن قال أنه فسخ لعقد النكاح لا ينقص به عدد الطلقات عن الثلاث، وهي التي يملكها الزوج على زوجته فإذا أعادها بعقد جديد عادت إليه و هو يملك عليها من الطلقات ما كان يملكه قبل الخلع.<sup>(4)</sup>

و نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يورد الكلام حول الطلاق على مال، و الفرق بينه و بين الخلع، و هذا ما يجعلنا نرى أنه لم يفرق بين الخلع و الطلاق على مال و هذا ما قال به المالكية حيث اعتبروا الخلع طلاقاً بعوض، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها.<sup>(5)</sup>

---

(1) عاطف فؤاد صحصاح، المرجع السابق، ص 40.  
(2) منال محمود المشني: الخلع في قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى؛ عمان - الأردن : دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2008، ص 60.  
(3) المرجع نفسه، ص 59.  
(4) عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 52، 53.  
(5) ملف رقم: 26709 بتاريخ: 08 - 02 - 1982، نشرة القضاة عدد خاص، 1982، ص 258. نقلاً عن: (بلحاج العربي: قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، (د،ط)؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 94).

### ثانيا : تمييز الخلع عن التطليق

من خلال دراسة موضوعي التطليق و الخلع نجد أنهما يتفقان في كونهما طريقان لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، و يكون السبب الأساسي في حدوثهما الزوجة، فالخلع يتم بطلب الزوجة لزوجها أو للقاضي، و كذلك التطليق يكون بطلب من الزوجة ترفعه للقاضي، إذ نجد كلاهما أقرهما الشرع و القانون، و يعد كل منهما طلاقة بائنة تنقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج، و لا يثبتان إلا بحكم قضائي ابتدائي يفصل في طلب الزوجة المرفوع أمام القضاء، و يحدد الآثار و التوابع المنجزة عن إنهاء العلاقة الزوجية بواسطتهما إلا أنهما يختلفان من أوجه عدة نبينها فيما يلي :

**1 -** بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف كل من التطليق و الخلع ضمن المادتين 53 و 54 منه، كما أنه لم يحدد صيغة أو ألفاظ خاصة بالتطليق على عكس الخلع الذي اشترط فيه لفظ المخالعة دون الألفاظ الأخرى الدالة عليه و الواردة في الشريعة الإسلامية، كالمبارأة و المفاداة و المباينة و الصلح و المفاخعة، فإذا لم تستعمل الزوجة لفظ المخالعة لا يقع الخلع، و إنما تكون في وضعية قانونية أخرى فاعتبر البعض أن غياب لفظ " الخلع " مع وجود المال لا يعتبر خلعا و إنما يكون طلاقا على مال، في حين ذهب المالكية و الشافعية إلى أن وجود المال مهما كان اللفظ المستعمل من أحد الزوجين هو خلع، و زاد المالكية عن ذلك بأن الخلع يتحقق و لو لم يذكر المبلغ المالي.<sup>(1)</sup>

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

و لقد شرع التطليق لرفع الضرر عن الزوجة بحكم من القاضي، في حين شرع الخلع لها لافتداء نفسها مقابل عوض مالي نتيجة كراهتها لزوجها، و خشيتها من عدم

(1) منصورى نورة، المرجع السابق، ص 157، 156.

إقامة حدود الله مصداقا لقوله تعالى: { فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ }<sup>(1)</sup>

2 - نص المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على جواز طلب التظليق من طرف الزوجة، و لكن قيدها بأسباب عشرة منصوص عليها في ذات المادة و التي سبق ذكرها بالتفصيل.

بينما اكتفى في المادة 54 من نفس القانون بالنص على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي دون أن يقيدها بأية أسباب أو شروط مما يستدعي بدهاة عدم حاجة الزوجة إلى تسبب طلبها لكن بالرجوع إلى الفقه نجده قد حدد هذه الشروط و هي ثلاثة لا يصح الخلع إلا بها :

- قيام الرابطة الزوجية و الشروط المتعلقة بالزوجين
- الصيغة
- البدل

و من خلال ما سبق يتبين لنا أن أساس التظليق هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب إخلال الزوج بأحد التزاماته أو أكثر بينما يجد الخلع أساسه في كراهة الزوجة لزوجها ونفورها منه، و بهذا يكون للزوجة طريقين لفك الرابطة الزوجية، فإذا انتفت أسباب الطريق الأول المتمثل في التظليق، يفتح لها الطريق الثاني لافتداء نفسها مقابل مبلغ مالي و هو ما يعرف بالخلع .

3 - عند توفر سبب من أسباب التظليق الوارد ذكرها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء للمطالبة بالتظليق فيقع على عاتقها عبء إثبات ذلك السبب، بينما في الخلع فالزوجة غير ملزمة بالإثبات وعليه فالطلاق بواسطة الخلع هو الحل الأخير بيد الزوجة، إذا لم تستطع إثبات أي سبب من أسباب التظليق المقررة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري .

4 - من حيث السلطة التقديرية للقاضي فهي تختلف بحسب ما إذا كان طلب الزوجة منصب على التظليق أو الخلع.

(1) سورة البقرة: الآية 229.

حيث تنتسح سلطته في التظليق بقدر كبير و هذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي و مطابقة الوقائع على النصوص و تمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة و دفعوع الزوج، حتى يتسنى له الحكم لها بالتظليق أو برفضه، اعتمادا على الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة.

بينما القاضي لا يملك سلطة تقديرية في إيقاع الخلع، لكن ما دور القاضي في تحديد بدل الخلع ؟

إن تحديد بدل الخلع تولى أمره القانون نفسه، و لم يتركه للسلطة التقديرية للقاضي، فحدد المقابل المالي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم.

حيث جاء في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية: " إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

و هذا قيد آخر رفعه القانون عن كاهل الزوجة المطالبة بالخلع، حيث حررها من السلطة التقديرية للقاضي أما في حالة الاتفاق على المقابل فإن القاضي لا يملك أيضا سلطة تعديله لأنه تم باتفاق الطرفين، فخرج العوض هنا عن سلطة القاضي التقديرية.

و للقاضي مراقبة مدى شرعية و صحة مقابل الخلع إذ لا يجوز أن تكون الحضانة مقابل للخلع، في مقابل التنازل عنها للأب لأن ذلك يعد باطلا.

5 - و ما يميز التظليق عن الخلع أيضا هو التعويض الذي يحكم به للمطلقة جبرا للضرر اللاحق بها جراء إخلال الزوج بالتزاماته اتجاهها عند توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة إلى جانب الحكم لها بالتظليق، في حين ينفرد الخلع بالتزام المختلعة بتسديد بدل الخلع و سقوط الحقوق الزوجية، فيعتبر بدل الخلع شرطا أساسيا لصحة الخلع و تبقى المختلعة ملتزمة بتسديده، و يجب في نمتها أدائه فيكون ديننا عليها حتى تسدده ما لم يضمه عنها غيرها، و يعد بمثابة التعويض في مقابل خلاصها من العشرة التي أصبحت لا تطيقها، بينما التظليق لا يكون فيه بذل عوض .

أما بالنسبة لسقوط الحقوق الزوجية و رغم اختلاف آراء الفقهاء بصددها، فإنه و أخذاً بالفقه المالكي المعتقد من قبل القانون الجزائري ذهب إلى عدم إسقاط شيء من الحقوق الزوجية بالخلع باعتبار هذا الأخير عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه، و بالتالي فلا يمكن إسقاط أي حق من هذه الحقوق إلا بنص أو اتفاق .  
و علاوة على ما قيل فإن من الحقوق المتعلقة بالنفقة و الحضانة لا يمكن الاتفاق على إسقاطها كونها من النظام العام و على القاضي الحكم بها تلقائياً.

### المطلب الثاني: مشروعية الخلع و حكمته

لقد بث فينا سبحانه و تعالى أحاسيس و مشاعر مختلفة هذه الأخيرة تتغير بحسب الأشخاص الذين نتعامل معهم، فمنهم من نحب و منهم من نكره مما يصعب على الإنسان الاستمرار في هذه الحياة، خاصة إذا كان الكره يتجه إلى الأشخاص القريبين منا، و هذا ما يحدث أحيانا مع الزوجة اتجاه زوجها و هذا راجع إلى أنها لا تستطيع لسبب أو لآخر أن تقوم بحقوق زوجها و أحببت فراقه، و قد دل على جواز الخلع القرآن، و السنة، و الإجماع، كما أن هناك حكمة من مشروعيته.

هذا ما سنحاول توضيحه في هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول: دليل مشروعية الخلع و حكمه

قد يحصل أن تبغض المرأة زوجها، و لا تريد معاشرته و تود الخلاص منه و يرفض الزوج أن يطلقها لرغبته فيها أو لحرصه على ماله الذي أنفقه، لذلك شرع لها الإسلام طريقا للخلاص من الرابطة الزوجية، و ذلك عن طريق الخلع، فما دليل مشروعيته؟ و ما هو حكمه؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الآتي:

### أولاً: دليل مشروعية الخلع

لقد ثبت دليل مشروعية الخلع في القرآن الكريم، و السنة النبوية، و الإجماع، و المعقول.

## 1- دليل مشروعية الخلع من القرآن الكريم:

أ- لقد دل على مشروعية الخلع قوله تعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} (1)

وجه الاستدلال من الآية الكريمة:

بينت الآية أنه إذا تشاقق الزوجان و لم تقم المرأة بحقوق الرجل و أبغضته، و لم تقدر على معاشرته فلها أن تفتدي منه بما أعطاها، و لا حرج عليها في بذلها له و لا حرج في قبول ذلك منها، و لذلك ذهب ابن عباس و عطاء و الحسن و الجمهور إلى أنه لا يجوز الخلع إلا إذا كان الشقاق و النشوز من جانب المرأة، فيجوز للرجل أخذ الفدية أما إذا كان من قبله فلا يجوز، حتى قال الإمام مالك و الأوزاعي: لو أخذ منها شيئاً و هو مضار لها، و جب رده إليها، و كان طلاقاً رجعيًا، و قال الإمام مالك رحمه الله: و هو الأمر الذي أدركت الناس عليه- و خالف الإمام الشافعي و ذهب إلى أن الخلع يجوز في حال الشقاق و عند الاتفاق بطريق الأولى و الأخرى (2)

ب- قوله تعالى: {فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا} (3)

وجه الاستدلال:

يقول الجصاص في تفسيره لهذه الآية الكريمة: إن المراد في هذه الآية إن كانت الفدية من غير إضرار، و لا خديعة فهو هنيء مريء (4)

فدلت هذه الآية الكريمة على جواز أخذ الفدية، و بالتالي دلت على مشروعية الخلع.

## 2- دليل مشروعية الخلع من السنة النبوية:

أخرج البخاري في صحيحه، قال: "حدثنا أزهر بن جميل، حدثنا عبد الوهاب الثقفي، حدثنا خالد عن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبي - صلى الله عليه و سلم - فقالت: "يا رسول الله، ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق، و لا دين

(1) سورة البقرة: الآية 229.

(2) محمد علي الصابوني، مختصر تفسير بن كثير، ج1، المصدر السابق، ص 205.

(3) سورة النساء: الآية 04.

(4) الجصاص، أحكام القرآن، ج1، المصدر السابق، ص 392.

و لكنني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : أترددين عليه حديثه؟ فقالت: نعم، قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : اقبل الحديقة و طلقها تطليقة<sup>(1)</sup>

قال العلماء أن هذا أول خلع حدث في الإسلام.

قولها: إني لا أعتب عليه في خلق، و لا دين، تقصد به أنها لا تريد مفارقتة لسوء خلقه و لا نقصان في دينه بدليل ما جاء في إحدى الروايات: لا أطيقه بغضا و لكنني أكره الكفر في الإسلام أي كفران العشير و التقصير في حقه بسبب شدة البغض، و تكره من الإقامة عنده أن تقع فيما يقتضي الكفر، و ما يتنافى مع الإسلام من النشوز و بغض الزوج أي المبالغة في الكفر<sup>(2)</sup>

و يمكن أن نستنتج من هذا الحديث:

- أن المرأة عبرت عن عواطفها بكل حرية، و طلاقة و بدون أي عقدة في حضرة النبي - صلى الله عليه و سلم - مما يوحي أن مجتمع عهد النبوة كان خاليا من العقد و من أي شكل من أشكال الكبت.

- إن واقعية التشريع الإسلامي اعتبر الجانب العاطفي مقوما أساسيا من مقومات الحياة الزوجية، و هذا الذي يفسر عدم إنكار النبي - صلى الله عليه و سلم - على المرأة طلبها الانفصال رغم ما شهدت به لزوجها من الاستقامة و حسن عشرة.

- إنصاف هذه المرأة لزوجها بذكر محاسنه رغم رغبتها في الانفصال، و كذا خوفها الشديد من عدم إيفائه حقه في الخدمة و حسن المعاشرة و اعتبارها ذلك كفرا يعكس نفاسة معدن هذه المرأة نتاج التربية الإسلامية الصحيحة باعتبار أن الرسول - صلى الله عليه و سلم - قد حذر المرأة من طلب الخلع لغير الحاجة في الحديث: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"<sup>(3)</sup>

(1) محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي البخاري: الجامع الصحيح المختصر، الطبعة الثالثة؛ بيروت: دار ابن كثير، 1987، ج5، ص 2021.

(2) محمد عبد السلام محمد: العلاقات الأسرية في الإسلام، الطبعة الأولى؛ الكويت: مكتبة الفلاح، 1981، ص 294.

(3) محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي الترمذي: الجامع الصحيح سنن الترمذي، (د،ط)؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج3، ص 493.

### 3- دليل مشروعية الخلع من الإجماع:

أجمعت الأمة منذ عصر الصحابة على جواز الخلع، و لم يعرف لهم مخالف في عصرهم، و نقل الإجماع غير واحد من العلماء على مشروعية الخلع، أخذاً من قوله تعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} (1).

و ممن نقل الإجماع ابن حجر الفتح، و قد أنكر مخالفة المزني للإجماع المنقول في المسألة، فقال: و أجمع العلماء على مشروعيته إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور، و كأنه لم يثبت عنده أو لم يبلغه، و انعقد الإجماع بعد على اعتباره (2) و ابن عبد البر في التمهيد: "قول بكر هذا خلاف السنة الثابتة في قصة ثابت بن قيس و حبيبة بنت سهل، و خلاف جماعة العلماء، و الفقهاء بالحجاز، و العراق و الشام" (3)

### 4- دليل مشروعية الخلع من المعقول:

إن الحياة الزوجية يجب أن تبنى على أسس و دعائم حتى تستقر الحياة الزوجية و تستمر بين الزوج و زوجته، فإذا اختل أحد دعائمه أدى ذلك إلى عدم استقرار الحياة الزوجية و كثرة الخلافات و الخصومات يؤدي لا محالة إلى انفصال الزوجين، فقد يكون سبب الانفصال عدم التوافق و الانسجام بين الزوجين، لذلك يلجأ الزوج في معظم الأحيان إلى الطلاق لأن هذا الخيار في يد الرجل، لكن ما ذا لو كان العكس، و كانت الزوجة هي التي تطلب الطلاق، لكن الزوج لا يريد ذلك بسبب ما أنفقه على زوجته من مصاريف أو لرغبته فيها، ففي هذه الحالة نقول: أنه إذا كرهت المرأة زوجها و قصرت في حقوقها الزوجية، و خافت ألا تقيم حدود الله، أجاز لها الله سبحانه و تعالى أن تخالغ نفسها منه مقابل مال تدفعه له، كما أجازت لها سنة نبينا الكريم الخلع، لما روي عن المرأة التي أتت النبي - صلى الله عليه و سلم -: تسأله أنها لا تكره زوجها لعيب في دينه أو خلقه و إنما

(1) سورة البقرة: الآية 229.

(2) ابن حجر أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9، المصدر السابق، ص 395.

(3) أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري بن عبد البر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (د،ط)؛ المغرب: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، ج23، ص 376.

تخاف أن تكفر في الإسلام و لا تعطي لزوجها حقه في الاستمتاع بها، فطلب الرسول من زوجها أن يطلقها تطليقة و يأخذ مقابل ذلك الحديقة التي قدمها مهرًا لها، و كان هذا أول خلع في الإسلام، و من هاذين المصدرين الأساسيين أجمع علماء الأمة الإسلامية على جواز الخلع و ذلك بالافتداء، حيث تفندي المرأة نفسها بمال تدفعه لزوجها نظير طلاقها منه.

و مما يؤكد أن شريعتنا الغراء تسائر الفطرة السليمة، ما حدث من وقوع الخلع في الجاهلية قبل أن يكون هناك تشريع، فقد روي أن عامر بن الضرب زوج ابنته من ابن أخيه عامر بن حارث، فلما دخلت إليه نفرت منه فشكا إلى أبيها فقال: لا أجمع عليك فراق أهلك، و مالك و فقد خلعتها منك بما أعطيتها<sup>(1)</sup>

و بالرجوع إلى واقعنا العملي نجد عدة أمثلة عن الخلع، فقد تخالغ المرأة زوجها لحدة طباعه أو لسوء خلقه.

### ثانيا: حكم الخلع

الخلع جائز في الجملة، في حالتي الوفاق و الشقاق، على تفصيل في ذلك، فأما في حالة الشقاق فقد نقلت الإجماع عليه، و أما في حالة الوفاق فقد منعه بعضهم و كرهه آخرون، و ممن قال بالمنع ابن المنذر، و طاووس و الشعبي و بعض التابعين، نقله عنهم ابن حجر في الفتح، قال: و اختار ابن المنذر أنه لا يجوز حتى يقع الشقاق بينهما جميعا و إن وقع من أحدهما لا يندفع الإثم، و به قال طاووس و الشعبي و جماعة من التابعين<sup>(2)</sup> و معنى الإثم الذي ذكره ابن المنذر، اشتراط الشقاق من الزوجين حتى يحل الخلع و إلا أثم الآخذ و المعطي إن كان الشقاق من واحد منهما فقط، بحسب ابن المنذر و من وافقه.

و أجازه بعضهم إذا كان النشوز من قبل المرأة، و يذكر هذا عن الزهري، نقله ابن عبد البر في التمهيد، قال: ذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال: لا يحل للرجل أن يأخذ من امرأته شيئا من الفدية حتى يكون النشوز من قبلها<sup>(3)</sup>، و به يقول الحنابلة

(1) محمد عبد السلام محمد، المرجع السابق، ص 295، 296.

(2) ابن حجر، المصدر السابق، ص 401.

(3) ابن عبد البر، المصدر السابق، ص 370.

نقله ابن مفلح في المبدع، حيث يقول: "و إن خالعه لغير ذلك أي لغير سبب مع استقامة الحال، كره ووقع الخلع عند أصحابنا"<sup>(1)</sup>

و هو قول عند الشافعية، يقول: في فتح الباري: "و هو مكروه إلا في حال مخافة أن لا يقيما أو واحد منهما ما أمر به"<sup>(2)</sup>

و نقل القرطبي في تفسيره للآية أن جواز الخلع مشروط بأن يكون الفساد من قبل المرأة و حكى الإجماع فيه، قال: "و الجمهور على أن أخذ الفدية على الطلاق جائز و أجمعوا على حظر أخذ ما لها إلا أن يكون النشوز، و فساد العشرة من قبلها"<sup>(3)</sup>

قلت: و في الإجماع على شرط أن يكون النشوز من قبلها نظرا لما ذكر عن غير واحد جوازه دون سبب ظاهر، أو معطن و كراهته عند البعض كما قدمت، و هو ينافي الإجماع المحكي، فقد ذكر ابن كثير في تفسيره أن الشافعي يجيزه حال الشقاق و الوفاق قال: "و ذهب الشافعي رحمه الله إلى أنه يجوز الخلع في حال الشقاق، و عند الاتفاق"<sup>(4)</sup>.

و ما يستفاد من أقوال الفقهاء في الجملة، أن الخلع جائز مع الكراهة، إن كان بلا سبب ظاهر مستدلين بأحاديث عن رسول الله - صلى الله عليه و سلم-، منها ما أخرجه أحمد و غيره عن ثوبان أن رسول الله - صلى الله عليه و سلم- قال: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"<sup>(5)</sup>

كما استدلوا بالآية: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} <sup>(6)</sup> التي اشترطت وقوع الخوف من عدم القيام بحق الزوج.

### الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الخلع

لا تقوم الحياة الزوجية إلا على المودة و السكن، و قد سن الإسلام من الحقوق و الواجبات ما يكفل الحياة السعيدة للزوجين و من حولهما، كما أوصى الطرفين بحسن العشرة و التصالح إذا حدث الشقاق، فإن لم يجد تصالهما استعانا بالحكمين و لكن قد يتنافر الزوجان، و يحدث شقاق تتعذر معه الحياة الزوجية، فالخلع بيد المرأة

(1) ابن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج7، المصدر السابق، ص 220.

(2) ابن حجر، المصدر السابق، ص 396.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، المصدر السابق، ص 137.

(4) إسماعيل بن عمر الدمشقي أبو الفداء بن كثير: تفسير القرآن العظيم، (د،ط)؛ بيروت، ج1، ص 274.

(5) محمد بن عيسى أبو عيسى السلمى الترمذي، المصدر السابق، ص 493.

(6) سورة البقرة: الآية 229.

كالطلاق بيد الرجل، و هذا قمة العدل، و هو مصداق لقوله تعالى: {وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ} (1) و إن كانت الكراهية منهما معا فإذا أراد الزوج التفريق فبيده الطلاق و إن أرادت الزوجة التفريق فبيدها الخلع.

فالخلع شرع للزوجة في مقابل حق الزوج في الطلاق، فإذا بغض الزوج زوجته طلقها، و لكن قد تبغض الزوجة زوجها، و لا تريد معاشرته، و تود الخلاص منه، و يرفض الزوج أن يطلقها لرغبته فيها، أو لحرصه على ماله الذي أنفقه لذلك شرع لها الإسلام طريقا للخلاص من الرابطة الزوجية عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج لعدم الانسجام في الحياة الزوجية و لدفع الضرر عنها، فأجاز لها أن تعوض زوجها عما أنفقه في سبيل الزواج بها، و تقدم له شيئا من المال تفتدي به نفسها في مقابل خلاصها من الشدة التي هي فيها معه ما دام النفور من جهتها أو منه أو منهما معا.

و لما كان الخلع قد شرع لرفع الضرر عن الزوجة فإن طلبها الخلع من غير حاجة حرام، كما حذر المرأة من الافتداء من غير حاجة، أما إذا كان السبب من الزوج و ضيق على الزوجة حتى يضطرها إلى افتداء نفسها فلا يحل له أن يأخذ عوضا عن المخالعة لقوله تعالى: {وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا، وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا} (2)

وقوله سبحانه و تعالى أيضا: {وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ} (3)

و قوله أيضا: {وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ} (4)

و مقتضى ذلك أنه لا يحل للزوج أخذ بدل الخلع إذا كان النشوز من جانبه أما إذا اتفقا على مقابل الخلع و جب على الزوجة أن تدفع ما التزما به، فانه جعل الطلاق بيد الرجل، و قد تكره المرأة استمرار الحياة مع زوجها لاختلاف في الآراء و تتافر في الطباع أو سوء عشرة و شقاق و غير ذلك من الأسباب المادية، و الأدبية و لا يرى الزوج طلاق زوجته رغبة فيها أو ظنا بما دفعه إليها من مهر، و ما تحمله من نفقات في

(1) سورة البقرة: الآية 228.

(2) سورة النساء: الآية 20، 21.

(3) سورة الطلاق: الآية 06.

(4) سورة البقرة: الآية 231.

سبيل بناء أسرته و من العسير أن تستمر الحياة في مثل هذه الأحوال، و تستقيم أمورها لهذا شرع الله تعالى الافتداء لتهوين أمر الطلاق على الزوج، و رفع قيد النكاح عن المرأة في وقت استحكمت النفرة بينهما على أن تعوضه عما اتفقا أو عن بعضه.

حيث قال ابن رشد: " و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل، إذا فرك<sup>(1)</sup> المرأة، و جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"<sup>(2)</sup>

و شرع الخلع أيضا لتخليص الزوجة من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها.

كما أن فيه مصلحة الزوج، و هي عدم الاستمرار مع زوجة تكره زوجها فمصالحته تتحقق بمخالعة الزوجة و أخذ ما دفع لها و حفظ حقوقه.

(1) فرك: بمعنى كره.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، المصدر السابق، ص 113.

## المبحث الثاني: أركان الخلع، و نوع الفرقة بسببه، و طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن التطليق و الخلع

الخلع يكون عند وجود خلاف بين الزوجين و كره الزوجة لزوجها، و عدم إقامة حدود الله إذا تراضيا عليه، و يجوز للزوج أخذ ما افتدت به المرأة مقابل طلاقها، و من كل هذا نستخلص أن للخلع أركان، ترى ما هي هذه الأركان التي يجب توافرها فيه، مع استنباط شروطه؟ و ما هي نوع الفرقة بسببه؟ و ما هي طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن التطليق و الخلع؟.

كل هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عنها في هذا المبحث، حيث ارتأينا تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، حيث سنتناول في المطلب الأول أركان الخلع و الشروط المتعلقة به، و المطلب الثاني خصصناه لنوع الفرقة بسبب الخلع، و المطلب الثالث و الأخير فسنعرض فيه إلى طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن التطليق و الخلع.

### المطلب الأول: أركان الخلع و شروطه

الخلع كباقي العقود يحتاج إلى إيجاب و قبول، و يشترط في الخلع أن يكون الزوج أهل لإيقاع الطلاق، و المرأة محل له، و له ألفاظ خاصة به و تتم المفارقة بين الزوجين ببديل يأخذه الزوج و ذلك لطلاق الزوجة، فأركان الخلع هي:

الزوج، الزوجة، و البديل، و الصيغة اللفظية.

و سبب تقسيم أركانه على هذا النحو ما استخلصناه من فهمنا للحديث، و أقوال الفقهاء في المذاهب المختلفة، فالأظهر أن الزوج و الزوجة ركنان فيه، و أما البديل لما ذكرنا من ثبوته في الآية محل البحث من قوله تعالى: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} (1)، و السنة جعلته ركنا بل إن أهم فرق بين الخلع و الطلاق وجود البديل، و هذا ما يعطيه حكمه الخاص، فالزوج لم يكن ليطلق دون رغبة منه، لولا ما حصل عليه من تعويض الزوجة له، لرغبتها هي في الفراق، كما أنه مقتضى العدل الذي قامت الشريعة على أساسه، فلا نجمع على واحد خسارتين معا دون توجه و قصد من قبله.

(1) سورة البقرة: الآية 229.

و من هنا فإن الذين أسقطوا البذل من الأركان، خلطوا في قولهم بين الطلاق و الخلع، مع إقرارهم بأنهما ليسا شيئاً واحداً، و سنعمد في هذا المطلب الحديث عن كل ركن على حدة و ذلك في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

### الفرع الأول: الزوج

يقال الخالع لأن كل منهما يخلع صاحبه، جاء في القاموس المحيط: "و الخالع: كل من المتخالعين"<sup>(1)</sup>

و القول الجامع فيه أن من صح طلاقه صح خلعه، يقول المقدسي في العمدية: و يصح الخلع من كل من يصح طلاقه"<sup>(2)</sup> و سنتطرق في هذا الفرع لشروط الزوج في الفقه الإسلامي أولاً، ثم في قانون الأسرة الجزائري.

### أولاً: شروط الزوج في الفقه الإسلامي

سنحاول من خلال هذا العنوان الإجابة على السؤال الآتي: هل يصح الخلع من ولي الصبي، و المجنون، و من في حكمهما؟

#### 1- فقهاء الحنابلة:

هناك روايتان عند الحنبلية، و المذهب عدم الجواز يقول عبد السلام بن تيمية في المحرر و يصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه، و من والد الصبي و المجنون إن صححنا طلاقهما عليهما، و يصح من السفية و المميز، حيث يقول في المغني: "و كذلك السفية و في الصبي المميز وجهان، بناء على صحة طلاقه"<sup>(3)</sup>

#### 2- فقهاء الشافعية:

أما الشافعية فلم يجيزوا خلع الولي، و عللوا ذلك بأن النكاح طريقه الشهوة، فلا ولاية فيه، و سيأتي ردي على زواج الصغير، و خلع الأجنبي.

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار الكتاب العربي، ج1، ص 921.

(2) عبد الله بن أحمد المقدسي بن قدامة: عمدة الفقه، (د،ط)؛ الطائف: مكتبة الطرفين، ج1، ص 105.

(3) ابن قدامة، المغني، ج7، المصدر السابق، ص 270.

يقول الشيرازي: " و لا يجوز للأب أن يطلق امرأة الابن الصغير بعوض و غير عوض". (1)

و كذا خلع الصبي و المجنون و من في حكمهما، لأنه لا معنى لتصرفاتهما كما أن الشرع أسقط عنهم التكليف، يقول الشيرازي: و أما الصبي فلا يصح طلاقه لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ و عن النائم حتى يستيقظ و عن المجنون حتى يفيق" (2)

فأما من لا يعقل بسبب يعذر فيه، كالنائم، و المجنون، و المريض، و من شرب دواء للتداوي فزال عقله، أو أكره على شرب الخمر حتى سكر، لم يقع طلاقه لأنه نص في الخبر على النائم، و المجنون و قسنا عليهما الباقيين (3) المذهب لا يصح (4) و يرى المرادوي في الإنصاف غير ذلك و يصح خلع المحجور عليه، و يصرح أن ذلك هو المذهب، يقول: " فإن كان محجورا عليه دفع المال إلى وليه، هذا المذهب" (5) و أيده ابن ضويان في منار السبيل، قال: أن يقع من زوج يصح طلاقه مسلما كان أو ذميا، كبيرا أو صغيرا يعقله، لأنه إذا ملك الطلاق و هو مجرد إسقاط لا تحصيل فيه كأن يملكه محصنا لعوض أولى (6)، و أجازوه من الأجنبي دون إذن الزوجة، لأنه بذل مال لإسقاط حق الصغير، ذكره ابن قدامة في المغني و ذكر إنه قول عامة العلماء، قال: " و يصح الخلع مع الأجنبي بغير إذن المرأة، مثل أن يقول الأجنبي للزوج: طلق امرأتك بألف عليها، و هذا قول أكثر أهل العلم" (7).

و أما الصبي و المجنون فلا يصح منهما، يقول في المغني: " و من لا يصح طلاقه كالطفل و المجنون، لا يصح خلع له لأنه ليس من أهل التصرف فلا حكم لكلامه" (8).

(1) إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، (د، ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج2، ص71.

(2) عبد الله بن علي أبو محمد النيسابوري بن الجارود: المنتقى من السنن المسندة، الطبعة الأولى؛ بيروت: مؤسسة الكتاب الثقافية، 1988، ج1، ص46.

(3) الشيرازي، المصدر السابق، ص77.

(4) عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الحراني بن تيمية: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الثانية؛ الرياض: مكتبة المعارف، ج2، ص44.

(5) علي بن سليمان أبو الحسن المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج8، المصدر السابق، ص385.

(6) إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل، الطبعة الثانية؛ الرياض: مكتبة المعارف، ج2، ص204.

(7) عبد الله بن أحمد المقدسي أبو محمد بن قدامة، المغني، ج7، المصدر السابق، ص269.

(8) المصدر نفسه، ص270.

و الأولى بمن منع الخلع عن الصغير، أن يمنع تزويجه ابتداء إذ ليس من المقبول أن نسمح بتزويج الصغير، ثم نمنع وليه من خلعه!!

### 3- فقهاء الحنفية:

ذهب الحنفية إلى جواز خلع السفية بدون إذن وليه، يقول صاحب بدائع الصنائع: "و لو حجر القاضي على السفية و نحوه لم ينفذ حجره عند أبي حنيفة رحمه الله و إذا تصرف بعد الحجر ينفذ تصرفه عند أبي حنيفة"<sup>(1)</sup>

و إكراه الزوج على الخلع لا يبطله عندهم، قياساً على الطلاق، الذي يقع رغم الإكراه، يقول السرخسي: "و لو أن رجلاً أكره لوعيد تلف حتى خلع امرأته، فالخلع واقع لأن الخلع من جانب الزوج طلاق، و الإكراه لا يمنع وقوع الطلاق بغير جعل، فكذلك بالجعل"<sup>(2)</sup>

و يجيزون خلع المريض مرض الموت لانتفاء الشبهة، و لا ميراث لها منه إن مات، نص عليه محمد في كتاب الحجة قال: "قال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم النخعي قال: إذا اختلعت المرأة من زوجها و هو مريض، فلا ميراث لها منه"<sup>(3)</sup>

### 4- فقهاء المالكية:

عند المالكية يصح الخلع من المسلم المكلف، و توقفوا في الصغير المميز، يقول صاحب المختصر: و إنما يصح طلاق المسلم المكلف، و لو سكر حراماً، و هل إلا أن يميز، أو مطلقاً، اختلف فيه.<sup>(4)</sup>

و عبارته تفيد أنه لا يجيز طلاق الصغير و المجنون، فمن تردد في المميز فمن باب أولى إبطال خلع الصغير غير المميز و من في حكمه، و بالجملة فإن العبارة الجامعة عند الجميع من جاز طلاقه جاز خلعه، و الخلاف بين المذاهب في خلع الولي، الذي أراه أن الولي هو الذي تولى عقد النكاح، و قد أقر له العلماء بهذا الحق لما يعرف عنه من الشفقة على الصغيرة أو الصغير و رعاية مصلحته، فكذلك له الحق في رفع هذا النكاح لذات السبب، و تقدير المصلحة في الأولى ليس بأولى من تقديرها في الثانية، و هذا الرد

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، المصدر السابق، ص 172.

(2) السرخسي، المبسوط، ج24، المصدر السابق، ص 85.

(3) محمد بن الحسن أبو عبد الله الشيباني: الحجة على أهل المدينة، الطبعة الثالثة؛ بيروت: عالم الكتب، ج4، ص 97.

(4) ابن موسى خليل بن إسحاق المالكي: مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج1، ص 133.

على من يجيزون زواج الصغير و الصغيرة، و إن كنا نرى أن الوقت حان لإنهاء الجدل في هذه المسألة الحساسة بحسبها في الفقه المعاصر، بإبطال هذا النوع من الزواج الذي يعود بالضرر على الصغير و يعطل حرته في الاختيار.

### المنافشة و الترجيح:

أما القول بصحة خلع الولي فنراه خاصا بالأب و الجد فقط لانقضاء الشبهة في حقهم دون بقية الأولياء، لما يعرف عن الأب من الشفقة، و توكي المصلحة، لمن هم تحت ولايته، و كذلك لتعلق الأمر بحق الزوجة، هذا على قول من يصحح زواج الصغيرة.

و أما المحجور عليه لسفه، فالحق أن خلعه صحيح، و لا معنى لاشتراط قبض الولي عنه، فإما أن يكون أصل التصرف صحيحا أو باطلا، فمن ملك التصرف في إنهاء العقد أخرى أن يتصرف ببذله، فليس المال أهم من عقد النكاح، و لو أبطلوا فعله في الأمرين، لكان أوفق و أقرب إلى الصواب، و هو ما عناه ابن ضويان في قوله؛ لأنه إذا ملك الطلاق و هو مجرد إسقاط لا تحصيل فيه فإن يملكه محصلا لعوض أولى.<sup>(1)</sup>

و أما إجازتهم لخلع الأجنبي دون إذن الزوجة، بتعليل أنه بذل مال لإسقاط حق الغير، فهو قول ساقط شرعا، لأن الآية الكريمة جعلته خاصا بالزوجين في قوله تعالى: { فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ }<sup>(2)</sup> فهي التي تفتدي، و هي صاحبة المصلحة في إبقاء الزوجية، أو إلغائها و الحق أنه لا معنى لمثل هذا التصرف، و لو قالوا بإذن الزوجة لكان له مدخلا، أما بغير إنها فلا أرى له وجهها، فإن وافق الزوج الأجنبي فهو طلاق رجعي لا غير، لأن ما قبضه من الأجنبي تبرع محض.

أما طلاق المكره، الذي صححه الحنفية على ما نقلناه عن السرخسي في المبسوط حيث يقول: و الإكراه لا يمنع وقوع الطلاق<sup>(3)</sup>، فليس بشيء !! فكيف نرتب حكما على فاقد الإرادة؟ و الله سبحانه تجاوز عن المكره قول الكفر، و هو أعظم من الخلع، و قد وجدنا للشافعي قولاً عظيماً، نقله البيهقي في السنن عنه حيث يقول في تعليقه على الآية الكريمة: {إلا من أكره و قلبه مطمئن بالإيمان}.

(1) ابن ضويان، المصدر السابق، ص204.

(2) سورة البقرة: الآية 229.

(3) السرخسي، المبسوط، ج24، المصدر السابق، ص85.

" و للكفر أحكام، فلما وضع الله تعالى عنه الإكراه سقطت أحكام الإكراه عن القول كله، لأن الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه" (1) و قد أخرج البيهقي بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه: "لم يجز طلاق المكره" (2)

و يؤيد ذلك أيضا، ما رواه ابن ماجة بسنده عن أبي ذر الغفاري - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - قال: "إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروا عليه" (3)

و قد صححه الشيخ الألباني، في تعليقه على سنن ابن ماجة، و هناك قول ثالث في المسألة يفرق فيه أصحاب هذا القول بين أن يكون الإكراه من السلطان أو غيره، و هو مروى عن الشعبي في الرجل يكره على أمر من العتاق أو الطلاق، ذكره ابن أبي شيبة في مصنفه، حيث يقول: "إذا أكرهه السلطان جاز، و إذا أكرهته اللصوص لم يجز" (4)، أي أن السلطان له ولاية الإكراه لسبب مشروع.

و حسنا فعل الحنفية في إبطال تصرف الصغير و المجنون، وكان الأولى بهم إبطال خلع المكره قياسا عليهم، إذ العلة في الجميع فقدان الإرادة و الاختيار. و تضاربت آراء فقهاء المذاهب حول تصرفات المريض مرض الموت، و ما تعلق بشأن خلعه، منهم من قال جائز، و منهم من منع ذلك لوجود الشبهة، و لقد أجاز الأحناف خلع المريض مرض الموت، فالخلع جائز بالمسمى قل أو أكثر.

### ثانيا: شروط الزوج في قانون الأسرة الجزائري

لقد اشترط القانون في المادة السابعة منه أن الذي يقبل على الزواج، يجب أن يكون بالغا 19 سنة، إلا إذا دعت الضرورة إلى خفضها، و هذا يغنينا عن الكلام عن شرط الأهلية، إذ الزوج يجب أن يكون مؤهلا عند مخالعة زوجته، بمعنى أن يكون متصفا بكامل قواه العقلية، و غير محجور عليه طبقا لأحكام المادة 85<sup>(5)</sup> من قانون الأسرة

(1) البيهقي، السنن الكبرى، ج7، المصدر السابق، ص 356.

(2) المصدر نفسه، ص 357.

(3) ابن ماجه محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني: سنن ابن ماجه، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج2، ص 258.

(4) ابن أبي شيبة أبو بكر عبد الله بن محمد: المصنف في الأحاديث و الآثار، الطبعة الأولى؛ الرياض: مكتبة الرشد، ج4، ص83.

(5) المادة 85 ق.أ.ج: "تعتبر تصرفات المجنون، و المعتوه و السفیه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

الجزائري و إلا وقع تصرفه هذا باطلا، و كذا بالنسبة للسفيه الذي اعتبره المشرع الجزائري عديم الأهلية.

فهو تتناقض مع أحكام المادة 43 من القانون المدني و التي تنص على أنه: " كل من بلغ سن التمييز، و لم يبلغ سن الرشد، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

طبقا لهذه المادة: أن الزوج إذا كان سفيها أو ذا غفلة يفتقر إلى الأهلية منذ صدور التصرف منه، أو إليه يكون تصرفه باطلا، و لا ينتج أي أثر، لأن الخلع تصرف قانوني له أثر مالي، فهو بحاجة إلى أهلية التصرف بفقدانها، أو نقصها ينوب عنه، و عليه طبقا لأحكام المادة 210 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: " و إذا كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

و بخصوص خلع الصبي، و المجنون، و المحجور عليه فإن موقف المشرع الجزائري في مسألة خلع المحجور عليه فبالرجوع للمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها لم تحدد شروط الزوج المخالغ المحجور عليه (الصغير، السفيه، المجنون) و تعرض كل من المواد 40- 42<sup>(1)</sup> - 43 من القانون المدني الجزائري للحديث عن فقدان التمييز لصغر أو عته، أو جنون، أو لنقصان الأهلية لسفه، و قد تعرض أيضا قانون الأسرة الجزائري لفقدان الأهلية في الكتاب الثاني تحت عنوان النيابة الشرعية.

و في الفصل الأول: أحكام عامة في المواد: 81- 82- 83- 85- 86.

و بخصوص خلع المريض مرض الموت فبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يورد أي نص على خلع المريض مرض الموت، و إنما ترك ذلك للمادة 222 و التي تنص: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>(2)</sup>

(1) المادة 42 من القانون المدني الجزائري: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر أو عته أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 سنة". انظر: (الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005).

(2) ملف رقم: 39277 بتاريخ: 30-12-1985 (غير منشور) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية. انظر: (بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 208)

## الفرع الثاني: الزوجة

و يقال المختلعة، و الخالع، يقول الرازي في مختار الصحاح: " و خالعت المرأة بعلمها أرادته على طلاقها ببدل منها له فهي خالع و الاسم الخلعة بالضم و قد تخالعا و اختلعت فهي مختلعة"<sup>(1)</sup> و سنتطرق في هذا الفرع لشروط الزوجة في الفقه الإسلامي أولاً، ثم في قانون الأسرة الجزائري.

### أولاً: شروط الزوجة في الفقه الإسلامي

و كما قيل في الزوج إن كل من صح طلاقه صح خلعه، يقال في المرأة، شرط أن يكون عقد الزوجية قائماً، و أن تجري الخلع بنفسها، فمن خلال استقرار النصوص يتبين لنا ذلك، فالآية الكريمة نسبت الفداء لها (فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) و أما السنة فلم أجد رواية علقت طلبها على إذن أحد و إنما أجازت فعلها ابتداء و يبقى الكلام فيما إذا كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن، أو خالع عنها أجنبي دون إذنها، و القول في خلع الولي عن الصغيرة و من في حكمها، و خلع المرأة في مرض موتها، و سآبين القول الراجح في هذه المسائل إن شاء الله تعالى.

### 1- فقهاء الحنابلة:

يقول صاحب المبدع: " و يصح الخلع مع الزوجة إذا كانت رشيدة"<sup>(2)</sup>، و الجمهور على أن الصغيرة و من في حكمها، إذا خلعت نفسها فخلعها باطل لقصور أهليتها، كما أن ولايتها على نفسها قاصرة عن إجراء العقود، و هذا على فرض القول بجواز زواج الصغيرة، عند من أجازوه، و هو ما لا أقره، كما أن زواج الصغيرة غير معمول به في أيامنا، و قد نقل الشوكاني في نيل الأوطار عن ابن شبرمة عدم جوازه، و أبطل الخرقى خلع فاقدة الأهلية، حيث يقول: و إن خالعت المحجور عليها لسفه أو صغر، أو جنون، لم يصح الخلع لأنه تصرف في المال، و ليست من أهله، و لو أذن فيه الولي، لأنه لا إذن له<sup>(3)</sup>، و الصغيرة فاقدة للأهلية باتفاق.

(1) الرازي، مختار الصحاح، ج1، المصدر السابق، ص 78.

(2) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج7، المصدر السابق، ص 223.

(3) الخرقى، مختصر الخرقى، ج1، المصدر السابق، ص 103.

و هل للأب خلع ابنته الصغيرة؟ هما روايتان عند الحنابلة، الأشهر عدم الجواز، يقول في المبدع: "و هل للأب خلع زوجة ابنه الصغير أو طلاقها؟ على روايتين، إحداهما له ذلك، نصره القاضي و أصحابه، لأنه يصح أن يزوجه بعوض، و لأن يصح أن يطلق عليه بطريق الأولى، و الثانية و هي الأشهر لا يملكه"<sup>(1)</sup>

و الغريب أنه لم يجيزوا خلع الولي عن الصغيرة حتى من الأب، علما بأنهم أجازوا له تزويجها ابتداء، و عللوا عدم جواز خلعها عنها، بعدم أحقيته التصرف في مالها فشددوا في المال، و لم يلحظوا مصلحتها حين أذنوا للولي لتزويجها صغيرة!! فأعطوه الحق في التصرف في نفسها، و لم يعطوه الحق في التصرف في مالها، و عللوا الأول بأن الشفقة تدفع لمراعاة المصلحة، و منعوا الثاني لأنه تبرع لمالها و ليس له ولاية على المال، فأثبتوا الولاية على الأعظم و الأشرف، و منعوها على الأدنى و الأقل!! يؤكد قولهم هذا صاحب أخصر المختصرات، يقول: "و ليس له خلع زوجة ابنه الصغير و لا طلاقها و لا ابنته الصغيرة بشيء من مالها"<sup>(2)</sup>

و صححوا خلع الأجنبي دون إذن الزوجة، يقول صاحب الكافي: "و يصح بذل العوض في الخلع من الأجنبي، فإذا قال: طلق زوجتك بألف علي، ففعل، لزمته الألف، لأنه إسقاط حق لا يفتقر إلى رضی المسقط عنه"<sup>(3)</sup>

و لا خلاف في وقوع الطلاق في حال موافقة الزوج، وإنما النزاع في اعتباره خلعا. و ما نلاحظه أنهم ركزوا على الجانب المالي و لم ينتفتوا إلى الجانب الإنساني و لا أدري ما يصنعون لقوله تعالى: {إِنَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِن خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} <sup>(4)</sup>

فقد جعل الافتداء لها معلقا على خوفهما ألا يقيما حدود الله، فكيف يخلعها الأجنبي دون رضاها؟! و هل الأمر متعلق بالمال فقط؟ ثم أو ليس ذلك من التخييب الذي نهى

(1) ابن مفلح، المصدر السابق، ص 223.

(2) محمد بن بدر الدين الدمشقي بن بلبان: أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار البشائر الإسلامية، ج1، ص 226.

(3) عبد الله بن أحمد المقدسي أبو محمد بن قدامة: الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، الطبعة الخامسة؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1988، ج3، ص 144.

(4) سورة البقرة: الآية 229.

عنه النبي - صلى الله عليه و سلم - و لماذا لم يجعلوه كتصرف الفضولي، خاضعا لموافقة صاحب الشأن؟ و قد يقول قائل: إن الزوج يستقل بالطلاق و قد وافق فلا يلزم موافقتها، قلت لم يعلوه بهذا، ثم لو كان هذا التعليل مناسبا، لوقع طلاقا رجعيا و ليس خلعاً، و يكون المال المبذول تبرعا من الأجنبي للزوج، و هو أمر مستقل عن الخلع و مغاير له، و تستحق الزوجة عندئذ ما يترتب على الطلاق من حقوق، و هذا الذي أُجبت به هو ما أرححه في مسألة خلع الأجنبي، بوقوع الخلع طلاقا رجعيا، و قد ذهب أبو ثور إلى إبطاله بالكلية و لم يوقع به شيئا: " و قال أبو ثور: لا يصح" (1)

و قد جزم بهذا القول صاحب المحرر، فقال: " و قيل: إذا قلن: الخلع فسخ لم يصح مع الأجنبي بحال" (2)

و بخصوص خلع المريضة مرض الموت فعند الحنابلة إذا خالعتة في مرض موتها فله المسمى إلا أن يزيد على إرثه منها، و للورثة منع الزيادة، و لا رجوع إن خالعتة بميراثه منها فما دونه، فإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع و له جميع ما خالعتها به لأنه تبين أنه ليس مرض موت و الخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة (3)

## 2- فقهاء الشافعية:

قد وافق الشافعية الحنابلة في جواز خلع الرشيدة فقال: "إنما يأخذ مال امرأة أجازته في مالها بالبلوغ و الرشد و الحرية(4)، و لم يجيزوا التزام البدل في خلع الصغيرة و من في حكمها، لقصور أهليتها، و اعتبروه طلاقا رجعيا لاستقلال الزوج به، يقول البجيرمي: " لأنها لا يصح التزامها المال فيقع خلعها رجعيا" (5)

و للشافعي قول جامع في المرأة التي يصح منها الخلع، يجمل فيه مذهبه، يقول في الأم: " جماع معرفة من يجوز خلعها من النساء، أن ينظر إلى كل من جاز أمره في ماله فنجز خلعها، و من لم يجز أمره في ماله فنرد خلعها، فإن كانت المرأة صبية لم تبلغ

(1) محمد بن أحمد الأسيوطي المنهاجي: جواهر العقود و معين القضاة و الموقعين و الشهود، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1996، ج2، ص 92.

(2) عبد السلام بن تيمية، المحرر في الفقه، ج2، المصدر السابق، ص 45.

(3) ابن قدامة، المغني، ج7، المصدر السابق، ص 60.

(4) محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، الأم، ج5، المصدر السابق، ص 115.

(5) سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي: حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد)، (د،ط)؛ ديار بكر - تركيا: المكتبة الإسلامية، ص 445.

أو بالغاً ليست برشيده أو محجور عليها، أو مغلوبة على عقلها، فاختلفت من زوجها بشيء قل أو كثر، و كل ما أخذ منها مردود عليها<sup>(1)</sup>

و حاصل كلامه، عدم جواز خلع المرأة إذا كانت فاقدة الأهلية أو الإرادة. ووافق الشافعي الحنابلة في المريضة، مرض الموت، و جعل الزيادة عن المهر المسمى من الوصية، و اشترط إجازتها من الورثة، يقول رحمه الله: و إن كانت هي المريضة و هو صحيح أو مريض فسواء، و إن خالعه بمهر مثلها أو أقل فالخلع جائز، و إن خالعه لأكثر من مهر مثلها كان الفضل على مهر مثلها وصية معلقة على قبول وراثتها<sup>(2)</sup>

### 3- فقهاء الحنفية:

و بمثله قال الحنفية في خلع الولي على الصغيرة من مالها، قال في البدائع: "و لو خلع ابنته و هي صغيرة على مالها، ذكر في الجامع الصغير أنه لا يجوز"<sup>(3)</sup> و وافقوا الجمهور في صحة خلع الأجنبي، يقول في البدائع: "و الحاصل أن الأجنبي إذا قال للزوج اخلع امرأتك على أني ضامن لك ألفاً، ففعل صح الخلع، و استحق المال"<sup>(4)</sup>

و قد وجدت تعريفاً للخلع عند الحنفية أو رده ابن بكر في البحر الرائق، يمكن التفريع عليه بإبطال خلع الأجنبي، لاشتراطه موافقة الزوجة في الخلع، يقول: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع"<sup>(5)</sup>

و وافقوا الجمهور في المريضة، بأنه ليس للزوج أكثر من ميراثه منها، خشية الحيلة، نقله محمد بن الحسن الشيباني عن أبي حنيفة في كتاب الحجة: "و ينظر إلى ما أعطته و إلى ميراثه منها و إلى ثلث مالها، فيعطي الزوج أقل من ذلك كله، و إن انقضت عدتها قبل أن تموت، أعطي الزوج الأقل مما أعطته و من ثلث مالها"<sup>(6)</sup>.

(1) محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، المصدر السابق، ص 199.

(2) المصدر نفسه، ص 200.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 3، المصدر السابق، ص 146.

(4) المصدر نفسه، ص 146.

(5) أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 4، المصدر السابق، ص 77.

(6) محمد بن الحسن أبو عبد الله الشيباني، الحجة على أهل المدينة، ج 4، المصدر السابق، ص 97.

#### 4- فقهاء المالكية:

يرى المالكية أن خلع الصغيرة غير جائز و هو مكروه، فإذا خالعت الصغيرة زوجها على عوض دفعته إليه فإن ذلك العوض لا يلزمها و يقع الطلاق بائنا و يرد العوض، كما يجوز خلع الأب عن ابنته الصغيرة كما ينكحها فإن خالعت الصغيرة بإذن وليها لزم ذلك العوض و لا يرده الزوج إذا قبضه، أما إن فعلت ذلك بدون إذنه فللولي رده منه<sup>(1)</sup>

و للمالكية قول في خلع الأجنبي، يلحظ فيه القصد، أي جعله متوقفا على قصد الأجنبي دفع الضرر عن الزوجة، يقول الدسوقي: فلو دفعه أجنبي من عنده، فإن قصد فداء المرأة من ضرر الزوج بها رد المال له، و إن لم يقصد ذلك، يرد المال لها، لقصده التبرع لها<sup>(2)</sup>

و قول المالكية بالنسبة لخلع المريضة مرض الموت ما قاله الإمام مالك على ما ذكره راوي المدونة، فقد ذكر عنه قوله: "أرأيت إن اختلعت المريضة من زوجها في مرضها من جميع مالها، أيجوز هذا في قول مالك أم لا؟ قال: قال مالك: لا يجوز ذلك قلت: أيرثها؟ قال: قال مالك: لا يرثها"<sup>(3)</sup>

و ما نلاحظه عن الإمام وقوعه، إلا أن الزيادة عن المسمى و الثلث مردودة.

#### ثانيا: شروط الزوجة في قانون الأسرة الجزائري

لم يرد في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري الشروط الواجب توافرها في كل من الزوجة و الزوج، إلا أنه بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن أن نستخلص بعضا من أحكامها، كما قمنا بذلك في شروط الزوج، إذ يشترط في المختلعة أن تكون محلا للطلاق و أهلا للتبرع، و أن الخلع هو تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي، و عليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري و نصها: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسعة عشرة سنة 19 سنة و غير محجور عليه"، لأن العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه، رغم أن الزوجة تفقدي نفسها مقابل هذا الدفع، و لكن ما تملكه بعد ذلك لا يقوم بمال فهو ليس

(1) ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، المصدر السابق، ص 68، 69.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المصدر السابق، ص 355.

(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج 2، المصدر السابق، ص 240.

عوضا لما دفعته، و بالتالي لا يصح اعتباره عقد معاوضة و بذلك فإذا كانت سفيهة محجورا عليها فلا تستطيع الالتزام بمبلغ من المال لاعتبار السفيهة في قانون الأسرة الجزائري عديمة الأهلية، كالمجنونة، و المعتوهة، و الصغيرة عديمة التمييز، فإن أرادت أن تخالع نفسها و هي على هذا الحال فإن أباه هو الذي يتكفل بذلك، و في حالة غياب هذا الأخير، يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له.

و إن كانت الزوجة التي خالعها زوجها على مال لم تبلغ سن الرشد المدني المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني الجزائري لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك و بالتالي فالزوجة المخالعة التي لا تملك حق التصرف في أموالها كما لو كانت صغيرة لم تملك حق المخالعة شرعا و من الناحية القانونية لا تملك حق المخالعة قبل سن الرشد المدني الوارد في المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

و لكن الحال الذي يستدعي النظر هنا الزوجة التي أعفاها القاضي من سن الزواج إن أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني، فهل يصح لها ذلك؟ فبالرجوع للمادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري الفقرة الأولى نجد أنها تنص على أنه: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج".

و ما نلاحظه أن في حالة كون الزوجة لم تبلغ سن الزواج، و أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني ففي هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية، و تصرفاتها تخضع لإجازة وليها طبقا للمادة 83 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

و عليه فإن خلع الصغيرة المميزة يكون متوقفا على إجازة الولي أو الوصي، كما نصت المادة 84 من نفس القانون أن للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة و عليه يقع الخلع من الصغيرة المميزة بإجازة الولي أو الوصي أو القاضي.

كما يجوز للقاضي إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج، إذا وجدت مصلحة في ذلك أخذا بالمذهب المالكي، فمن لا يملك الزواج إلا بإذن، لا يملك الطلاق إلا بإذن و باعتماد القاعدة الفقهية: " كل من صح طلاقه صح خلعها" فإن من لا يملك الزواج إلا بإذن، لا يملك الخلع إلا بإذن.

أما بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت فبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، فلا نجد له نصا حول خلع المريضة مرض الموت لكن بالرجوع لنفس المادة 204 منه نجد أنها تنص على أن الهبة في مرض الموت، و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية.

وباعتبار الخلع تصرف شبيه بالتبرع من جهة الزوجة فهو يأخذ حكم التبرعات الأخرى، و بالرجوع إلى أحكام الوصية نجد أن المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة".

و هذا ما يتضح من خلال نص المادتين السابقتي الذكر، أن العوض في الخلع يجب أن يكون في حدود الثلث و ما زاد عليه يتوقف على إجازة الورثة. و ما نلاحظه أن المشرع الجزائري لو خص خلع المريضة مرض الموت بنص قانوني خاص لكان ذلك أفضل؛ لأنه من خلال المادتين قد يحدث محاباة للزوجة من أجل أن يأخذ الزوج أكثر من ميراثه فلا تجد طريقا إلا أن تخالعه ليأخذ أكثر من ميراثه، و هذا يعتبر تجاوزا لحق الورثة الآخرين، و هذا فيه إضرار لهم و القاعدة أنه لا ضرر و لا ضرار.

### الفرع الثالث: الصيغة في الخلع

تعتبر الصيغة الركن الثالث من أركان الخلع، و الصيغة في الخلع هي: " اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوج و قبوله من الزوجة"<sup>(1)</sup>، و سنتطرق في هذا الركن إلى بيان ألفاظ الخلع، و طبيعته في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

(1) جمال عبد الوهاب عبد الغفار: الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، (د،ط)؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2003، ص 85.

## أولاً: ألفاظ الخلع

سننظر في هذا العنوان إلى ألفاظ الخلع في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

### 1- ألفاظ الخلع في الفقه الإسلامي:

اختلفت الألفاظ التي يقع بها الخلع عند فقهاء المذاهب الأربعة، و سننظر إلى ألفاظه عند كل مذهب على حدة كما يأتي:

#### أ- ألفاظ الخلع عند الحنفية:

يتوسع الحنفية في اعتبار الألفاظ التي يقع بها الخلع، فهي عندهم خمسة، كما لا يفرقون بين صحيح و كناية في اللفظ، فإذا ذكر البذل في المجلس وقع الطلاق بائناً بأي لفظ كان، و لهم تفريق لطيف بين ألفاظ الخلع، و لفظ الطلاق فإذا تلفظ بالطلاق، و لم يذكر بدلاً وقع رجعيًا أما إذا تلفظ بالخلع وقع بائناً على كل حال سواء ذكر البذل أم لا. و ألفاظه الخمسة: طلقني، اخلعني، بارئني، بعني طلاقي، اشتريت منك طلاقي، على أن يقرن مع هذه الألفاظ مقدار من المال، جاء في فتاوى السغدري: " و ألفاظ الخلع خمسة: أحدها أن تقول المرأة لزوجها طلقني على ألف درهم فطلقها، و الثاني: اخلعني على ألف درهم فخلعها، و الثالث أن تقول: بارئني على ألف درهم، فقال: بارئتك و الرابع أن تقول: بعني طلاقي على ألف درهم فباعه منها، و الخامس أن تقول اشتريت منك طلاقي بألف درهم، فإذا أجابها في المجلس في جميع ما ذكر تطلق، و يلزم المرأة الألف" (1)

و الأمر الجوهري في تفريقه بين الطلاق و الخلع أن ألفاظ الخلع توقع الطلاق ناجزاً في الحال، سواء ذكر البذل أم لم يذكر، و هو ما لا يتحقق في لفظ الطلاق العاري عن البذل.

فالفائدة عندهم في ألفاظ الخلع تحصيل الطلاق بائناً، يقول السرخسي: " و صريح لفظ الطلاق إذا كان بغير جعل لا يوجب البينونة بخلاف ما إذا كان بلفظ الخلع" (2)

(1) علي بن الحسين بن محمد السغدري: التنف في الفتاوى، الطبعة الثانية؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ج1، ص 366.  
(2) السرخسي، المبسوط، ج21، المصدر السابق، ص 23.

و كما سنذكر لاحقاً أن الخلع عندهم معاوضة من جانب الزوجة، و يمين من جانب الزوج و تطبيق ذلك في مبحث الألفاظ، يكون بما إذا قالت الزوجة طلقني على ألف أو نحوه، فإذا قبل الزوج وقع الخلع، أما إذا قال لها اشتر طلاقك على ألف، فإن قبلت وقع و إلا كان رجعيًا عندهم، لأنه يمين من جانبه، و كل هذا التفصيل لم نجد له أساساً يعضده و الأصل أن يكون متساوياً في حق الزوجين، فإذا عرض أحدهما ووافق الآخر، وقع الخلع أما إذا رفضت الزوجة وقوعه رجعيًا جبراً على الزوج لا مستند له و الأول قول من قال: إنه معاوضة من الطرفين ليستقيم الحال.

### ب- ألفاظ الخلع عند الشافعية:

إن ألفاظ الخلع عند الشافعية لفظان صريحان بإجماع علماء المذهب، فاديت و خلعت، أما الأول فلأنه ورد في القرآن الكريم، و أما الثاني لجريان العرف به، جاء في كتاب الأم للإمام الشافعي قوله: "و إذا قال لها قد خالعتك أو فاديتك أو ما أشبه هذا لم يكن طلاقاً إلا بإرادته الطلاق لأنه ليس بصريح الطلاق"<sup>(1)</sup>

و اختلف في الفسخ هل هو من ألفاظه الصريحة أم كناية؛ و الأشهر عندهم أنه صريح، و قولهم ألفاظ صريحة: أي لا تحتاج إلى نية، فمتى جاء بها فقد خالعت زوجته و بانته منه، جاء في المذهب: و قلنا إن الخلع فسخ، ففيه وجهان: أحدهما لا يصح و الثاني يصح و هو المذهب<sup>(2)</sup>، و اختلفت عبارتهم إن لم ينو به الطلاق على ثلاثة أقوال، أجملها صاحب التنبيه بقوله: "و إن لم ينو به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال: أحدها أنه طلاق و الثاني أنه فسخ، و الثالث أنه ليس بشيء و لا يصح"<sup>(3)</sup>

و اتفقت عبارتهم إن جاء بلفظ الطلاق، فهو طلاق و قدمت أن الخلاف إذا وقع بألفاظ الخلع دون نية الخلع، و أما ألفاظ الكناية مثل بارأتك، و أبنتك، فاشتراطوا ذكر المال، لأنها من ألفاظ الكناية، فاحتاجت إلى قرينة و هو المال هنا، يقول الغزالي في الوسيط: "و لا خلاف في أنه لو قالت أبني فقال أبنتك و نوي الطلاق، و لم يذكر العوض

(1) محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، الأم، ج5، المصدر السابق، ص 197.

(2) الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج2، المصدر السابق، ص 75.

(3) إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي أبو إسحاق الشيرازي: التنبيه في الفقه الشافعي، الطبعة الأولى؛ بيروت: عالم الكتب، ج1، ص 171.

أن هذا لا يقتضي العوض بخلاف لفظ الخلع، فإن لفظ الخلع ينبئ عن العوض بخلاف لفظ  
البيونة<sup>(1)</sup>

مما سبق يلاحظ اختلاف الشافعية في الألفاظ والآثار المترتبة عليها، ولعل ذلك  
راجع إلى اختلافهم في حقيقته، هل هو طلاق أم فسخ؟  
**ج- ألفاظ الخلع عند الحنابلة:**

للخلع ألفاظ صريحة، و أخرى كناية، و ألفاظه الصريحة عند الحنابلة تنحصر في  
ثلاثة: الخلع، أو الفسخ أو المفاداة، و الكناية بارتكك، و أبريتك، و أبنتك، و اشترطوا أن  
لا ينوي الطلاق، سواء استخدم الألفاظ الصريحة أو الكناية، إذ نية الطلاق تجعله طلاقاً  
بائناً و هم يقولون بالفسخ على المشهور في المذهب، جاء في دليل الطالب: " و صيغته  
الصريحة لا تحتاج إلى نية، و هي خلعت و فسخت و فاديت و الكناية بارتكك و أبرأتك  
و أبنتك فمع سؤال الخلع و بذل العوض يصح بلا نية و إلا فلا بد منها، و يصح بكل لغة  
من أهلها كالطلاق"<sup>(2)</sup>

و خالف ابن تيمية في ذلك كله، و رأى أنه يقع خلعا دون التقيد بلفظ معين إذ  
العبرة عنده للمعنى و ليس للمبنى، حتى لو نرى به طلاقاً، و هو القول الثاني في  
المذهب، يقول في الفتاوى الكبرى: " و المنقول عن السلف قاطبة إما جعل الخلع فرقة بائنة  
و ليس بطلاق و إما جعله طلاقاً و ما رأيت في كلام أحد منهم أنه فرق بين لفظ و لفظ  
و لا أعتبر فيه عدم نية الطلاق بل قد يقولون كما يقول عكرمة: كل ما أجازته المال فليس  
بطلاق و نحو ذلك من العبارات مما يبين أنهم اعتبروا مقصود العقد، لا لفظاً معيناً.  
و التفريق بين لفظ و لفظ مخالف للأصول و النصوص"<sup>(3)</sup>

و أما كونه يقع طلاقاً إذا استخدم ألفاظ الطلاق أو نيته، ذكره ابن مفلح في الفروع  
فقال: " الخلع أو الفسخ أو الفداء أو بارتكك، و هو بصريح طلاق أو نيته طلاق بائن"<sup>(4)</sup>

(1) محمد بن محمد بن محمد أبو حامد الغزالي: الوسيط في المذهب، الطبعة الأولى؛ القاهرة: دار السلام، ج5، ص344.

(2) ابن يوسف مرعي الحنبلي: دليل الطالب على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، الطبعة الثانية؛ بيروت: المكتب الإسلامي، ج1، ص255.

(3) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، المصدر السابق، ص301.

(4) محمد بن مفلح أبو عبد الله المقدسي: الفروع و تصحيح الفروع، (د،ط)؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ج5، ص276.

و قد ذكرنا أن العمل في المذهب على اشتراط ألفاظ خاصة، إذ لا بد من تعريف الخلع عن لفظ الطلاق و نية، حتى يقع خلعا، إلا أن ما رآه ابن تيمية أوفق و أقرب للأصول فلم يرد في المصدرين الأساسيين، القرآن و السنة، اشتراط لهذه الألفاظ أو غيرها، و إنما جاء الاعتبار للمعنى، و هذا الذي رآه ابن تيمية، هو الذي يتفق مع سعة الإسلام و غاياته من الأحكام، و أما تقييده بلفظ دون دليل، فذاك الذي يحتاج إلى الدليل.

#### د-ألفاظ الخلع عند المالكية:

ألفاظ الخلع عندهم أربعة: الخلع، و الفدية، و الصلح، و المبارأة، و لبعض المالكية تفصيل لطيف انفردوا به في مسألة ألفاظ الخلع، فهم و إن اشتركوا مع غيرهم في أساس اللفظ، إلا أن الأثر المالي المترتب على كل لفظ يختلف على الآخر، فقد جعلوا لكل لفظ معنى خاصا في مقدار البذل المبذول من الزوجة، فالخلع يختص بجميع ما أعطاهها و الصلح ببعضه، و المبارأة بإسقاطها حقا لها عليه كدين أو نفقة و نحو ذلك، و الفدية بأكثر البذل لا كله، يقول ابن رشد في بداية المجتهد: " و اسم الخلع، و الفدية، و الصلح و المبارأة، و كلها تؤول إلى معنى واحد: و هو بذل المرأة العوض على طلاقها، إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاهها، و الصلح ببعضه، و الفدية بأكثره و المبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه، على ما زعم الفقهاء" (1)

و جعل الإمام مالك رحمه الله تعالى المبارأة خاصة بغير المدخول، جاء في المدونة المنسوبة للإمام مالك قوله: " قال مالك: المرأة التي تبارئ زوجها قبل أن يدخل بها فنقول خذ الذي لك، و تاركني" (2)

و لعل ما ذكره ابن رشد من تقسيمه للألفاظ نوع من الاجتهاد الخاص ببعض علماء المذهب، دون تقديم أسباب مقنعة لهذا التفصيل، و هو نوع من التمييز بين الألفاظ لا دليل عليه و لعل عبارة ابن رشد التي أوردها تعقيا منه على هذا التقسيم: " على ما زعم الفقهاء"، تضعيف منه لهذا القول لافتقاره للدليل، و يؤيد ما أورده على تقسيمهم هذا.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، المصدر السابق، ص 50.  
(2) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج5، المصدر السابق، ص 346.

ما يمكن أن نستخلصه مما سبق أن ألفاظ الخلع لم يخصصها الفقه الإسلامي بلفظ معين، فألفاظ الخلع تختلف باختلاف المذاهب الفقهية. فمنهم من حدد ألفاظا مخصوصة و معينة للخلع و منهم من لم يقيد الخلع بلفظ معين بل بكل لفظ دل على معنى الخلع و هذا ما يمكن ترجيحه حسب رأينا حيث أن العبرة في العقود بالمعنى و الحقيقة و القصد لا الظاهر و الألفاظ.

و نستنتج أيضا من خلال ما سبق 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 و القبول في مبدأ الخلع بحد ذاته؟ أو تطابق ذلك على البديل؟ و بالتالي هل يكون للخلع صفة العقد يستلزم قبول الزوج، أم هو مكنة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟ أم هو حق إيرادي تمارس من خلاله الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة؟ هذا ما سيتم الإجابة عليه في عنصر طبيعة الخلع، و ذلك من الناحية الفقهية، و القانونية.

## 2- ألفاظ الخلع في قانون الأسرة الجزائري:

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لركن الصيغة في الخلع، و ألفاظه تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدرا تفسيريا له، تطبيقا لنص المادة 222 التي تنص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

غير أن المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري نصت في فقرتها الأولى على أنه: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

و ما نلاحظه على هذه المادة المعدلة أن المشرع الجزائري لم يعتبر قبول الزوج شرطا للخلع، و لم يفصل بين الرضى و الإيجاب و القبول أي الصيغة، فكان عليه أن ينص على أن الخلع يجب أن يكون بإيجاب و قبول، و أن يحدد الألفاظ التي يقع بها الخلع، فافظ الخلع هنا حسب المشرع يقع بمجرد إيجاب الزوجة أي بمجرد طلبها للخلع و هذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارات صادرة عنها إذ اعتبرت أن أصل مشروعية الخلع قد وضع كعلاج و مخرج أخير للزوجة التي أصبحت لا تطيق معاشرة

زوجها و هي لا تملك المبرر الشرعي للفراق، و حيث أن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط قبول الزوج بالمبلغ الذي تعرضه الزوجة على زوجها بعنوان الخلع فالمادة تسمح للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال... دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج لما تعرضه الزوجة، فقبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانوناً لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف المنهي عنه شرعاً.<sup>(1)</sup>

### ثانياً: طبيعة الخلع

سننظر في هذا العنصر إلى طبيعة الخلع في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري.

#### 1- طبيعة الخلع في الفقه الإسلامي:

اختلفت طبيعة الخلع عند فقهاء المذاهب الأربعة، فبعضهم يراه يمينا من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة، و لتفصيل المسألة نحدد طبيعة الخلع عند كل مذهب على حدة.

#### أ- طبيعة الخلع عند الحنيفة:

يرى الإمام أبو حنيفة أن الخلع يمين من جانب الزوج، و معاوضة من جانبها، أما صاحبا أبو يوسف، و محمد بن الحسن، فالخلع عندهما يمينا من الزوجين، و توجيه قول أبي حنيفة أن الخلع طلاق عنده، و هو معلق على قبولها، فكان بمعنى اليمين، يقول السيواسي الحنفي: "أما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من أنه يمين من جانبها"<sup>(2)</sup> و يوضح هذا المعنى ما ذكره صاحب الهداية في اعتباره يمينا من جانب الزوج، و ما ينبني عليه من امتناع الرجوع فيه لأن الأيمان لا تقبل الرجوع، يقول: و لأبي حنيفة رحمه الله أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها و يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه، أما في جانبها فهو يمين حتى لا يصح رجوعه<sup>(3)</sup>

(1) ملف رقم: 83603 قرار بتاريخ: 21-07-1992، المجلة القضائية-عدد خاص- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ص134-136. ملف رقم: 115118 بتاريخ: 19-04-1994، نشرة القضاة العدد: 52. نقلا عن: (أحمد لعور، نبيل صقر: الدليل القانوني للأسرة، (د،ط)؛ الجزائر: دار الهدى، 2007، ص 68.)  
(2) السيواسي، شرح فتح القدير، ج4، المصدر السابق، ص 219.  
(3) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل أبو الحسن المرغياني: الهداية شرح بداية المبتدي، (د،ط)؛ بيروت: المكتبة الإسلامية، ج2، ص 16.

و شرح عبارته أن الخلع في حقها معاوضة لها الرجوع عنها، قبل صدور القبول منه، أما من جانبه: فهو يمين لا يملك الرجوع فيه قبل قيامها من المجلس، فإن وافقت لزمه و وقع الطلاق، و إن قامت من المجلس قبل قبولها أو رفضت ينتهي إيجابه.

و هذا التوجيه على قول الإمام أبي حنيفة، أما على قول صاحبيه، فهو يمين من كليهما فلا وجه للرجوع، فإن انتهى المجلس فلا يصح الرجوع على قول صاحبي أبي حنيفة.

و فائدة أخرى تتفرع عن هذا التكييف عنده، بأن ليس له الخيار لو اشترطه لنفسه كأن يقول: خالعتك على ألف و لي الخيار ثلاثة أيام فيسقط الشرط و يبقى الإيجاب، لأنه لا خيار في الأيمان، أما هي فلها خيار الشرط، لأنه من جانبها معاوضة كالبيع.

و لو بطل البذل في الطلاق على مال، وقع الطلاق رجعياً، لأن بطلان العوض يعيد الطلاق إلى صورته الأولى فيقع رجعياً، أما في الخلع إن بطل البذل كأن يكون المال محرماً وقع بائناً؛ لأن القصد من الخلع البينونة و هي فروق مهمة بين الطلاق على مال و بين الخلع، فليس الخلع عندهم مساوياً للطلاق على مال من كل وجه، يقول ابن عابدين مبيناً هذه الفروق: و ثمرته أي ثمرة تقييد الطلاق على مال دون الخلع تظهر فيما لو بطل البذل كما سيجيء أنه لو طلقها بمحرم وقع بائناً في الخلع رجعياً في الطلاق<sup>(1)</sup>، فالخلع عند الحنفية يقع بائناً ببذل أو دونه، أما الطلاق على مال إن فسد البذل يقع الطلاق رجعياً و قد قدمت أنه عند الصحابييين أبي يوسف و محمد يمين، فينطبق على الزوجة ما ينطبق على الزوج عند الإمام من أحكام اليمين.

#### ب- طبيعة الخلع عند الشافعية:

يرى فقهاء الشافعية أن الخلع من عقود المعاوضة<sup>(2)</sup>، و على هذا الأساس رتبوا أحكامهم، و يظهر الفرق عندهم بين أن يكون طلاقاً كما هو المفتى به في المذهب، أو فسخاً كما مال إليه كثيرون من فقهاءهم، و باختلاف النظر إليه من هذا الجانب، تختلف أحكامه عندهم.

(1) أمين محمد بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3، المصدر السابق، ص 444.  
(2) العوض: البذل و الخلف، و عقد المعاوضة اتفاق بين متعاقدين على أن يدفع أحدهما لآخر الثمن في مقابلة ما يؤديه الآخر من شيء.

و عن ثمره الخلاف بين كونه طلاقاً أو فسخاً، يقول صاحب المنهاج: و لو قال بعتك طلاقك بكذا أو قالت بعتك ثوبي مثلاً بطلاق، فهو معاوضة لأخذه عوضاً في مقابلة ما يخرج عن ملكه فيها شوب تعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول المال أما إذا قلنا الخلع فسخ فهو معاوضة محضة من الجانبين<sup>(1)</sup>

و فائدته أن الطلاق يعلق على قبول المال من قبل الزوج فإن أخذ المال و طلق كان به لأنه معاوضة فيها معنى الجعالة<sup>(2)</sup>، أما الفسخ فهو معاوضة محضة، لا تقبل التعليق، لأن انفساخ العقد معناه رد كل عوض لصاحبه، فهما متساويان من هذا الوجه.

### ج- طبيعة الخلع عند الحنابلة:

اختلفت الأقوال في تكييف الخلع عند الحنابلة، فهو عندهم معاوضة تقبل التعليق مرة و تمنعها أخرى، يقول صاحب المبدع: و لأن الخلع إسقاط لحقه من البضع و ليس فيه تمليك شيء، و الإسقاط تدخله المسامحة و لذلك جاز بغير عوض على رواية، و قال أبو بكر: لا يصح، و إنه قياس قول أحمد، و التفريع على الأول لأنه المذهب<sup>(3)</sup>

و إذا علق على شرط، وقع الخلع و بطل الشرط، إذا شرط الخيار في الخلع بطل الشرط و صح الخلع لأن الخيار في البيع لا يمنع وقوعه و متى وقع فلا سبيل إلى رفعه، و في موضع آخر يقول ابن مفلح: "الخلع يصح تعليقه على شرط بخلاف النكاح"<sup>(4)</sup>

فبطل الشرط عنده، و صح التعليق، و هو أشبه بمذهب الحنفية، غير أن إسقاط الشرط عندهم راجع لعدم قولهم بخيار الشرط في البيع، و ليس على أنه يمين، و هذا كله إذا كان بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة، أما إذا كان بلفظ الطلاق، فيقع رجعيًا بكل حال لأن العوض ليس مقصوداً في الطلاق، و هو تنازل المحض من الزوج و تفويت لحقه من جهته، يقول ابن مفلح: لأنه طلاق لا عوض له فوجب وقوعه رجعيًا، لسلامته عما ينافيه و هذا إذا وقع الخلع بلفظ الطلاق، أو نواه به، فأما إن وقع بلفظ الفسخ، أو المفاداة، و لم

(1) محمد الشريبي الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، المصدر السابق، ص 269.  
(2) الجعالة: بفتح الجيم و كسر ها، و قيل: في المجل: الجعل و الجعالة و الجعيلة ما يعطاه الإنسان على الأمر يفعل.  
(3) ابن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج7، المصدر السابق، ص 232.  
(4) المصدر نفسه، ص229.

ينو به طلاقاً، فهو كالخلع بغير عوض، و في المغني و الشرح يحتمل ألا يقع الخلع هنا لأنه إنما رضي به بعوض، و لم يحصل له و لا أمكن الرجوع ببذله.<sup>(1)</sup>

و ما ذكره عن المغني و الشرح هو الحق، لأن مقصود الزوج من الخلع البذل، فلا نجمع عليه خسارتين، الزوجية و البذل، فإيقاعه على الزوج بغير بدل مخالفة للدليل و مرد هذا الاختلاف عندهم راجع لتفريقهم بين الخلع و الطلاق، فإذا وقع بلفظ الطلاق أو نوى الطلاق، حتى لو كان بلفظ الخلع، يقع طلاقاً، لأن الطلاق ليس من عقود المعاوضة أما بالنسبة للزوج فلم التكييفان؛ معاوضة لا تقبل التعليق، و الآخر له التعليق يقول في الفروع: " و لا يصح تعليقه بقوله إن بذلت لي فقد خلعتك"<sup>(2)</sup>

و جزم به قياساً على البيع، لأنه من عقود المعاوضات قال: " و الأظهر أنه لا يصح لأن الخلع عقد معاوضة، يتوقف على رضی المتعاقدين فلم يصح تعليقه بشرط"<sup>(3)</sup>

و رجحه ابن ضويان في منار السبيل فقال: " أن يقع منجزاً فلا يصح تعليقه على شرط، وإن بذلت لي كذا فقد خلعتك، إلحاقاً له بعقود المعاوضات"<sup>(4)</sup>

و نقل الرواية الأخرى عن الكافي فقال: " و قال في الكافي يصح الخلع منجزاً أو معلقاً على شرط لما فيه من معنى الطلاق."<sup>(5)</sup>

و معناه: إنه ليس من عقود المعاوضات قياساً على الطلاق، و لما فيه من معنى المسامحة كما ذكرنا عنهم، أما ابن تيمية فله قول آخر في المسألة بناء على تكييف خاص به، فهو عنده من عقود المشاركة أو الازدواج و ليس معاوضة، و إن كان به شوب المعاوضات، يقول ابن تيمية موضحاً: فإن هذه العقود من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات الخاصة التي يشترط فيها العلم بالعوضين و إن قيل إن فيها شوب المعاوضة.<sup>(6)</sup>

(1) ابن مفلح الحنبلي، المصدر السابق، ص 226.

(2) محمد بن مفلح أبو عبد الله المقدسي، الفروع و تصحيح الفروع، ج5، المصدر السابق، ص 271.

(3) المصدر نفسه، ص271.

(4) إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل، ج2، المصدر السابق، ص 205.

(5) المصدر نفسه، ص 205.

(6) أحمد عبد الحلیم الحراني أبو العباس بن تيمية: كتب و رسائل و فتاوى ابن تيمية في الفقه، (د،ط)؛ مكتبة ابن تيمية، ج20، ص 506.

و يؤكد هذا المعنى صاحب الإنصاف، حيث يقول: " قيل بل المعقود عليه الأزواج كالمشاركة و لهذا فرق الله سبحانه و تعالى بين الأزواج و ملك اليمين و إليه ميل الشيخ تقي الدين رحمه الله فيكون من باب المشاركات لا المعاوضة"<sup>(1)</sup>

و فائدة الخلاف في التكيف على هذا النحو، أن فسخ العقد يقتضي حكما رجوع كل طرف إلى عوضه، فهو يملك ما بذله في مقابل بضعها، فالمسألة ليست معاوضة و إنما شراكة انتقضت، لما سبق أن الفسخ نقد.

#### د- طبيعة الخلع عند المالكية:

الخلع عقد معاوضة كما يراه المالكية، و تجري عليه أحكام المعاوضات، من جواز الرجوع فيه قبل صدور القبول من الآخر، و انتهاء الإيجاب إذا قام من المجلس و لم يصدر القبول و هكذا يقال فيما يتعلق بباقي شروط المعاوضة، و يعترض على هذا التكيف، بأنهم أمضوا الخلع إذا فسد البذل و اعتبروه طلاقا بائنا، و مرد ذلك عندهم لوقوع الخلع بعوض و دونه، و بهذا لا يوافق المعاوضات من كل وجه. يؤكد ذلك الدسوقي بقوله: "قوله طلاقا بعوض، و يرد على هذا التعريف ما ورد على تعريف المصنف من عدم شموله لفظ الخلع دون عوض"<sup>(2)</sup>

و هو معاوضة إذا توفر البذل، أما إذا سقط البذل و لم يلزم بمثله أو قيمته، فيكون من عقود التبرع، يقول الدسوقي: " و حاصله أن الخلع إذا وقع على شيء حرام، فإن الخلع ينفذ و يكون طلاقا بائنا و يرد الحرام"<sup>(3)</sup>.

مما سبق عرضه من أقوال فقهاء المذاهب الأربعة يتضح أنه عند الأكثر من عقود المعاوضة و تجري فيه أحكام المعاوضات، و هو الصواب على ما أرجحه لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - اشترط عليها أن ترد عليها حديقته لقاء بضعها و امتلاك نفسها، فقولته - صلى الله عليه وسلم - كما جاء في البخاري و غير "أتردين عليه حديقته" قالت: نعم، ليس من باب التبرع، و إنما على سبيل الشرط. فإن بطل البذل، ألزمت به الزوجة قضاء على ما رجحته في بابه.

(1) علي بن سليمان أبو الحسن المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج8، المصدر السابق، ص6.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المصدر السابق، ص347.

(3) المصدر نفسه، ص350.

فالزوجة إذا خالعت زوجها فكأنما اشترت منه عصمتها بمقابل بذلها للعوض، فكان أشبه بعقد البيع و هو من عقود المعاوضات، فهي لا تلزم الموجب لها بمجرد صدور إيجابه بل له الرجوع عن إيجابه قبل قبول الطرف الثاني، فهي تلزمه بعد قبول الطرف الثاني، بخلاف اليمين فهي تلزم من صدرت منه بمجرد صدورها، كما يجوز في المعاوضات اشتراط الخيار و لا يجوز التعليق على شرط أو الإضافة إلى المستقبل و هذا بخلاف اليمين أيضا، فلا يجوز فيها شرط الخيار و يجوز التعليق على شرط، كما يجوز إضافته إلى المستقبل وبما أن عقود المعاوضات عقود رضائية، فيشترط فيها رضى العاقد و علمه بمعنى اللفظ الدال عليه، أما اليمين فلا يشترط فيه الرضى بل ينعقد حتى مع الإكراه.

و بالتالي نستخلص أن الخلع عند جمهور الفقهاء يتطلب التراضي بين الزوجين بإيجاب و قبول، فهو ينعقد بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر.

## 2- طبيعة الخلع في قانون الأسرة الجزائري:

نظم المشرع الجزائري غداة صدور قانون الأسرة الجزائري موضوع الخلع بمادة واحدة هي المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري فهي لم تحدد طبيعة الخلع، هل هو يمين من جهة الزوج أو من الزوجين معا أو هو عقد معاوضة...؟

فالمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 جاءت غامضة في صياغتها فلم تحدد ما إذا كان الخلع عقدا رضائيا أم تصرفا انفراديا من طرف الزوجة، لكن بعد تعديل 2005 فصل المشرع في المسألة وأجاز صراحة للزوجة الخلع دون موافقة الزوج.

### - غموض نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري قبل تعديل 2005:

صدر قانون الأسرة الجزائري سنة 1984، و خص المشرع موضوع الخلع بمادة واحدة و هي المادة 54 و نصها كالاتي: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

هذه المادة جاءت غامضة في صياغتها، فلم يحدد المشرع موقفه بصورة واضحة من مسألة ما إذا كان الخلع عقدا يتطلب إيجابا و قبولا، فلا يقع إلا بموافقة الزوج إذا صدر الإيجاب من الزوجة، أم أنه تصرف إنفرادي إرادي من الزوجة فلا تحتاج إلى

موافقة الزوج، بحيث يقع الخلع بمجرد إبداء رغبتها في الخلع و عرضها للعوض على زوجها، و لا يهم بعد ذلك إن وافق أو لم يوافق.

فكل ما تطرقت إليه المادة هو إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها من زوجها مقابل مال تدفعه له إذا تم الاتفاق عليه، أما إذا لم يحدث اتفاق بينهما على هذا المال، كان للقاضي أن يحكم بما لا يتجاوز قيمة صدق المثل وقت الحكم.

و أمام هذا الغموض رجع الفقه الجزائري إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بناء على نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، و قرر أن الخلع عقد يتم بالتراضي بين الزوجين، و لا يمكن في أي حال من الأحوال اعتباره حقا من حقوق الزوجة تمارسه بإرادتها المنفردة.

و في هذا المعنى يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: "الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة أو مكنة لتمكينها من طلب التطلق من زوج أصبحت تبغضه و تكرهه، و لم تعد تركز إليه أو تحتل عشرته، و لم يمنح لها في صورة حق من حقوق الزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، لأنه لو قلنا بأن الخلع حق للزوجة تطلبه متى شاءت و تطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة لكان يجب على القاضي أن يحكم لها بالتطلق بمجرد طلبها أو عرضها مالا مقابل الخلع دون أي اعتبار لإرادة الزوج، و ربما في غيابه و حتى دون علمه، و لأصبح تعريف الفقهاء للخلع بأنه فدية تقدمها الزوجة إلى الزوج كما وردت في القرآن و تعريف الفقهاء المتأخرين لأنه عقد يتم بالتراضي لا معنى له، و لأصبح اتفاق الزوج معها على مقدار الخلع كما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة لا معنى له أيضا.

لذلك يبقى القول بأن الخلع هو رخصة منحت للزوجة تستعملها عندما تضيق بها سعة الحياة الزوجية هو القول السليم و لا يجوز للقاضي أن يقضي به دون رضاء الزوج لا من تلقاء نفسه و لا لمجرد طلبه من الزوجة مرفوقا بعرض مبلغ من المال"<sup>(1)</sup>

و في نفس الاتجاه يقول الدكتور بلحاج العربي: "فالخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الطرف، لا يتم إلا بالإيجاب و القبول"<sup>(2)</sup>

(1) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 252.  
(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 263.

و جدير بالذكر أن الأستاذ فضيل سعد استنتج من المادة 54 ذاتها، رغم عدم وضوح صياغتها، أنها تشترط أن ينبني الخلع على إيجاب و قبول، حيث قال: "عندما نستعمل لفظ "خالع" فهو مزيد بحرف على وزن "فاعل" بمعنى "بادل" و فيه تفاعل الطرفين و توقف حصول الفعل على إرادتهما، بأن تكون هي البادئة وهو المكمل، أو هو البادئ و هي المكملة، إذ لا حصول للفعل بدون إرادتهما، و على هذا فإما أن تكون هي الموجبة و هو القابل، أو هو الموجب و هي القابل"<sup>(1)</sup>

و في نفس الاتجاه سار القضاء الجزائري، حيث جاءت أحكامه على النحو الآتي:  
(من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، و لا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع)<sup>(2)</sup>

(من المقرر فقها أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، و تأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها و اشتراط الزوج خلعاً قدره 50.000 دج رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا)<sup>(3)</sup>

(من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، و أنه ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضی الزوج، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه)<sup>(4)</sup>

و هكذا اتفقت كلمة شراح قانون الأسرة الجزائري و أحكام القضاء الجزائري على أن الخلع عقد لا ينعقد إلا بتطابق إرادتي الزوجين من إيجاب و قبول، و بعبارة أخرى إن

(1) فضيل سعد، المرجع السابق، ص 306.  
(2) المحكمة العليا: غ. أ. ش. ملف رقم: 33652 بتاريخ: 11-06-1984، المجلة القضائية العدد 03، 1989، ص 92. نقلا عن: (بلحاج العربي: قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، الطبعة الثالثة؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 288).  
(3) المحكمة العليا: غ. أ. ش. ملف رقم: 36709 بتاريخ: 22-04-1985، المجلة القضائية العدد 01، ص 92.  
(4) المحكمة العليا: غ. أ. ش. ملف رقم: 51728 بتاريخ: 21-11-1988، المجلة القضائية العدد 03، 1990، ص 72. نقلا عن: (بلحاج العربي: قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 288، 289).

الخلع مقرر كرخصة للزوجة لا كحق من الحقوق تمارسه بإرادتها المنفردة دون حاجة لموافقة زوجها<sup>(1)</sup>

- وضوح نص المادة 54 من قانون الأسرة بعد تعديل 2005 في جواز الخلع دون موافقة الزوج:

بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 أصبح نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على النحو الآتي: "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".

و جاء في عرض الأسباب أن هذا التعديل المدخل على هذه المادة يهدف إلى توضيح أحكام الخلع عن طريق تكريس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال المستقر عليه منذ 1997، و تأكيد حق المرأة في خلع نفسها من زوجها دون حاجة إلى موافقة الزوج، إلا أن الزوج يمكنه منازعة مقابل التعويض، و يرجع في هذه الحالة للقاضي الذي يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل عند صدور الحكم.

هذا التعديل - كما ورد في عرض الأسباب - جاء تكريسا لاجتهاد قضاة المحكمة العليا، حيث أنه ابتداء من سنة 1992 استقر رأيهم على اعتبار الخلع حقا من حقوق الزوجة تمارسه دون حاجة إلى موافقة زوجها، و في هذا الإطار صدرت الأحكام التالية: (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.

و إن المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال، و قدره و في حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده، على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة ذلك يفتح الباب للابتزاز

(1) شوقي بناسي: (الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و القانون المقارن). المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، ص 26.

و التعسف الممنوعين، و عليه فإن قضاة الموضوع، في قضية الحال لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون<sup>(1)</sup>.

(من المقرر قانونا و شرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليس عقدا رضائيا، و من ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا و حفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، و لم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة)<sup>(2)</sup>

(الخلع رخصة للزوجة تستعملها لهدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، و من ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون)<sup>(3)</sup>

و بعد صدور هذه القرارات مال بعض شراح قانون الأسرة الجزائري إلى تأييدها، فكتب الدكتور الغوثي بن ملحمة يقول في كتابه قانون الأسرة: (و في رأينا أن تطبيق الزوجة عن طريق الخلع، هو بيد الزوجة، مثل ما أن حل الرابطة الزوجية هو بإرادة الزوج، و هذا يتأكد من قوله تعالى: {فلا تعضلوهن لتذهبن ببعض ما آتيتوهن})<sup>(4)</sup> و كتب القاضي حمدي باشا عمر في كتابه دراسات قانونية مختلفة، يقول (و نحن بدورنا نميل إلى تأييد ما ذهب إليه الاتجاه الثاني مستنديين في ذلك إلى اجتهاد أحد أبرز فقهاء الإسلام المعاصرين و هو سيد سابق الذي أكد في مؤلفه المشهور فقه السنة، الجزء الثاني الصفحة 209، بأن الخلع يكون بتراضي الزوجين، فإن لم يتم التراضي بينهما

(1) المحكمة العليا: غ. أ. ش. ملف رقم: 83603 بتاريخ: 01-07-1992، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص بالاجتهاد القضائي، ص 134.

(2) المحكمة العليا: غ. أ. ش. ملف رقم: 141262 بتاريخ: 30-07-1996، المجلة القضائية العدد 01، 1998، ص 120.

(3) المحكمة العليا: غ. أ. ش. ملف رقم: 216239 بتاريخ: 16-03-1999، المجلة القضائية عدد خاص، 2001، ص 138. و للأستاذ باديس ذيابي ملاحظة دقيقة على هذا القرار حيث قال: "واضح من القرار أنه أخلط بين الرخصة و الحق، إذ أن ما خلص إليه المقصود منه (حق) و ليس (رخصة)، ذلك أن الحق هو سلطة الاستئثار بالشيء، و عندما نقر حقا: (أ) نتصور استعماله على طلاقته دون قيد و لا شرط و في أي وقت شاء، أما الرخصة فهي القيام بتصرف شرط إجازته كونه عمل يتوقف قيامه على موافقة من يرخسه و يجيزه". انظر: (باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 79).

(4) الغوثي بن ملحمة: قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الثانية؛ بن عكنون- الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 112.

فللقاضي إلزام الزوج بالخلع، لأن ثابتاً و زوجته رفعا أمرهما إلى النبي عليه الصلاة و السلام و ألزمه الرسول بأن يقبل الحديقة و يطلق<sup>(1)</sup> و كتب الأستاذ ابن داود عبد القادر عضو اللجنة الوطنية لمراجعة قانون الأسرة في كتابه الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، مؤيدا تعديل المادة 54 قانون الأسرة ( اختارت اللجنة الوطنية لمراجعة قانون الأسرة توضيح المسألة بتحديد أن الخلع يقع بدون موافقة الزوج، و الذي تتم الموافقة عليه إنما هو البديل فقط أو تعويض الزوج، فإن لم يتفقا على شيء يقضي القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم دون تقييد بموافقة الزوج... و من ثم كان تعديل المادة 54 موضحاً أنه لا يشترط موافقة الزوج في طلب الخلع، لأنه لو كانت موافقته شرطاً لازماً لكنا بصدد طلاق بالتراضي لا بصدد خلع)<sup>(2)</sup>

و من خلال ما تعرضنا له يظهر أن حجج أنصار الخلع دون موافقة الزوج تتمثل في النقاط التالية:

- 1- إن الخلع بيد المرأة يقابل الطلاق بيد الرجل.
  - 2- الاستشهاد بكلام الشيخ العلامة سيد سابق رحمه الله.
  - 3- لو كانت موافقة الزوج شرطاً لازماً لكنا أمام طلاق بالتراضي لا بصدد الخلع.
- و في اعتقادنا أن هذه الحجج محل نظر على النحو الآتي:
- 1- إن مقولة أن الخلع بيد الزوجة يقابل الطلاق بيد الرجل لم ترد في كتب فقهاء الإسلام في المذاهب السنية، باستثناء ما كتبه ابن رشد في كتابه بداية المجتهد و نهاية المقتصد حيث قال: ( و الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل)<sup>(3)</sup>، و قد بين المستشار أحمد نصر الجندي فساد هذه المقولة من الناحية الشرعية لقوله (القول بأن الطلاق بيد الرجل، و الخلع بيد المرأة قول فاسد شرعاً)<sup>(4)</sup>، و نضيف هنا فنقول لو كانت

(1) حمدي باشا عمر: دراسات قانونية، (د،ط)؛ الجزائر: دار هومه، 2002، ص 167.

(2) ابن داود عبد القادر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، (د،ط)؛ الجزائر: دار الهلال للخدمات الإعلامية، ص 155، 156.

(3) أبو الوليد محمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، المصدر السابق، ص 113.

(4) أحمد نصر الجندي: من فرق الزوجية الخلع- الإيلاء- الظهار- اللعان، (د، ط)؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2009، ص 110.

هذه المقولة صحيحة فلماذا كان الخطاب في الخلع موجهاً للزوجين معا في قوله تعالى: { وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ }، في حين أن الخطاب عندما تعلق بالطلاق كان موجهاً للرجال فقط فقال تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ } ولماذا سمى الله تعالى الخلع "قديّة" وهي تتضمن معنى المعاوضة، و من ثم كانت تستلزم التراضي؟ و إذا كان الأمر كذلك فلماذا عرف الفقهاء بالإجماع الخلع على أنه عقد على الطلاق بعوض؟ و لماذا اشترطوا في صيغة الخلع تطابق الإيجاب و القبول؟ و لماذا لم نسمع في سلفنا الصالح أن امرأة خلعت زوجها دون موافقته خاصة و أن جمهور الفقهاء لا يشترطون أن يتم الخلع أمام القاضي؟

2- إن كلام الشيخ سيد سابق رحمه الله مخالف تماماً لقضاء المحكمة العليا، فبينما هو يعترف صراحة بمبدأ رضائية الخلع فيقول (الخلع يكون بتراضي الزوجين)، نجد المحكمة العليا ترفض ذلك و تقول: (الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية السمحاء للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليس عقداً رضائياً بين الزوجين كما يزعم الطاعن)، هذا من جهة، و من جهة أخرى نجد الشيخ سيد سابق يجيز للقاضي أن يلزم الزوج بالخلع بعد أن ترفع إليه المرأة أمرها، أما قضاء المحكمة العليا فيجيز للمرأة أن تخلع نفسها من زوجها دون موافقته و ما على القاضي إلا أن يقرها على ذلك، فالفرق بين القولين شاسع، فحسب الشيخ سيد سابق لا يقع الخلع إلا بإلزام من القاضي، أما حسب المحكمة العليا فيقع الخلع مباشرة من الزوجة دون حاجة إلى إلزام من القاضي، و بلغة القانون يكون الحكم القضائي حسب الشيخ سيد سابق منشئاً للخلع، و يكون كاشفاً حسب قضاء المحكمة العليا.

3- إن اشتراط موافقة الزوج على الخلع لا تعني في أي حال من الأحوال أننا أمام طلاق بالتراضي، ذلك أن الفارق بينهما واضح، فالأول يقع بمقابل، و الثاني يقع دون مقابل و في هذا المعنى يقول الدكتور بلحاج العربي: ( فالخلع ليس إلا طلاقاً رضائياً مقابل مال تدفعه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها، أو هو طلاق بدون نزاع ولا مخاصمة، و عليه فإن من الخطأ الاعتقاد بأنه كالطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة 48 قانون الأسرة، لأن الخلع في الفقه المالكي هو طلاق بعوض أو هو طلاق على مال، و لا فرق

بينهما، أو هما شيء واحد، و لا يصبح الخلع لازماً إلا إذا تم فيه الإيجاب و القبول، و قبل تمامه يجوز لكل من الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الآخر كما أن الخلع لا يشترط فيه أي شكلية معينة أو خاصة.

في حين أن الطلاق بالتراضي، يتم بموافقة الزوجين و لكن بدون مقابل، بعيداً عن المشاكل القانونية، غير أن تدخل القاضي ضروري للتأكد من وجود الإرادتين المتطابقتين بصفة حقيقية و صحيحة، دون التعرض إلى أسرار الحياة الخاصة<sup>(1)</sup>

نخلص من كل هذا أن التكليف الفقهي الصحيح للخلع، الذي عليه جمهور فقهاء الإسلام، هو أنه عقد رضائي بين الزوجين مقابل عوض يترتب عليه الفراق بينهما، و هو التكليف الموافق للقرآن الكريم، و الأحاديث الصحيحة الواردة في مشروعية الخلع.

#### الفرع الرابع: البذل في الخلع

و هو العوض الذي تدفعه الزوجة، لتفتدي نفسها من زوجها، و البذل ركن ركين في الخلع، إذ هو الذي أعطاه أحكامه، و غايره عن الطلاق، و به يعرف، و لا يصح دونه، و كل قول في الخلع لا يجعل البذل أساساً مجاناً للصواب، مجافياً لمنطوق الآية و الأحاديث، و سنتطرق في هذا الفرع إلى مشروعيته، و مقدار العوض في الخلع و الخلع بلا عوض و في الأخير أنواع العوض و شروطه، و كل هذا سنتناوله في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

#### أولاً: مشروعية العوض بذلاً و أخذاً

إن مشروعية العوض ثبتت في القرآن و السنة، فأية الفداء نص فيه، إذا كرهت الزوجة زوجها، و بادرت بطلب الفراق، و لم تكن مكرهة على طلبها، فكان مقتضى العدل أن ترد له صداقها، و إلا فيجتمع على الزوج مغرمان، خسارة الزوجة و صداقها فإذا تحققت هذه الشروط حل له أخذ الفداء، و جاز لها بذله، لقول الله تعالى: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}، أي لا حرج على الزوجة أن تفتدي نفسها من زواج لا ترى فيه بغيتها، و لا تتحقق لها منه غايات الزواج من الطمأنينة، و الراحة و الاستقرار، كما لا حرج على الزوج أن يأخذ عوض انحلال نكاح لم يختر إنهاءه، و كذا ما جاء في السنة

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 264.

العطرة من سؤال النبي - صلى الله عليه و سلم - لحبيبة بنت سهل: "أتردين عليه حديقته"، و كأنه يقول لها لا يصلح إلا بهذا.

و بالعودة لأقوال المفسرين في آية الفداء، نجدهم صرحوا بهذا القول، و أكدوا مشروعيته كحكم أصيل ابتداء، و وقع الخلاف بين المذاهب الفقهية بعدئذ في مقداره، فقال بعضهم لا يصلح إلا بما بذل، و قال آخرون يصلح بأكثر من صداقها، و فئة ثالثة صرحوا بعدم جوازه إلا بالأقل، و صرح بعضهم بجواز الخلع دون عوض، و لكل فريق حججه فيما ذهب إليه و هذا ما سنناقشه في النقاط التالية:

### ثانيا: مقدار العوض في الخلع

سننترق لمقدار العوض في الخلع في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

#### 1- مقدار العوض في الخلع في الفقه الإسلامي:

ليس للعوض في الخلع حد أعلى و لا حد أدنى كالمهر، فكل ما يصلح مهرا يصلح عوضا في الخلع و لا عكس.<sup>(1)</sup>

و لكن هل يجوز الزيادة على المهر أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

#### الرأي الأول: القائلون بعدم الزيادة في العوض على المهر

روي منع الزيادة عن عدد من الصحابة و التابعين، و إن كان النقل عن التابعين فيه أعم و أصح، يقول ابن كثير في تفسيره: "و قال الإمام أحمد و أبو عبيد و إسحاق بن راهويه: لا يجوز أن يأخذ أكثر مما أعطاه و هذا قول سعيد بن المسيب و عطاء و عمر و بن شعيب و الزهري و طاووس و الحسن و الشعبي و حماد ابن أبي سليمان و الربيع ابن أنس و قال معمر و الحكم: كان علي يقول: لا يأخذ من المختلعة فوق ما أعطاه و قال الأوزاعي: القضاة ما يجيزون أن يأخذ منها أكثر مما ساق إليها"<sup>(2)</sup> و بهذا لا يجوز بأكثر مما أعطاه من المهر.

و اختاره أبو بكر الأثرم من الحنبلية، قال: فإن فعل ذلك رد الزيادة<sup>(3)</sup>.

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 389.

(2) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، المصدر السابق، ص 365.

(3) ابن قدامة، المغني، ج8، المصدر السابق، ص 176.

-أدلة المانعين من الزيادة على المهر:

ما أخرجه الدارقطني و البيهقي عن أبي الزبير قال: " أن ثابت ابن قيس ابن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول و كان أصدقها حديقة فكرهته فقال النبي - صلى الله عليه و سلم-: " أتردين عليه حديقته التي أعطاك قالت: نعم و زيادة، فقال النبي - صلى الله عليه و سلم-: أما الزيادة فلا، و لكن حديقته، قالت: نعم، فأخذها له و خلا سبيلها فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله - صلى الله عليه و سلم-." (1)

و الحديث و إن كان مرسلًا، إلا أن أهل العلم بالحديث تلقوه بالقبول، لكثرة الشواهد التي تعضده، فقد أخرجه ابن ماجة<sup>(2)</sup> و الطبراني بسند صحيح عن ابن عباس، و صححه ابن حجر في الدراية، قال: " و أخرجه ابن ماجة و الطبراني من وجه آخر صحيح عن ابن عباس" (3)

و قد نص على صحته ابن الجوزي في كتابه التحقيق في أحاديث الخلاف، قال: " إسناد صحيح، قال الدارقطني: سمعه أبو الزبير من غير واحد" (4) و وافقهم الشوكاني في نيل الأوطار، حيث يقول: "حديث ابن عباس الثاني رواه ابن ماجة من طريق أزهر بن مروان و هو صدوق مستقيم الحديث و بقية إسناده من رجال الصحيح" (5)

و صححه الألباني في تعليقه على سنن ابن ماجة المذيل بهامشه، مما يعطي الحديث قوة تكفي للاعتماد عليه في مسائل الخلاف، فالحديث نص في المسألة و به يرتفع الخلاف، و هو حجة لمن منع الزيادة مطلقًا، و الكراهة مذهب الحنبلية، و المنع مطلقًا رواية عن أحمد، كما نقل عنه ابن كثير و قد سبق ذكره، و كرهه الحنفية ديانة، إلا أنهم

(1) علي بن عمر أبو الحسن البغدادي الدارقطني: سنن الدارقطني، (د،ط)؛ بيروت: دار المعرفة، 1966، ج3، ص 255.  
- البيهقي، السنن الكبرى، ج7، المصدر السابق، ص 314.  
(2) ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج6، المصدر السابق، ص 234.  
(3) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل: الدراية في تخريج أحاديث الهداية، (د،ط)؛ بيروت: دار المعرفة، ج2، ص 75.  
(4) عبد الرحمان بن علي بن محمد أبو الفرج بن الجوزي: التحقيق في أحاديث الخلاف، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ج2، ص 288.  
(5) محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، (د،ط)؛ بيروت: دار الجيل، ج7، ص 23.

أجازوه في القضاء، قال في الجامع الصغير: "و إن كان النشوز منه كره له الفصل و جاز في القضاء" (1)

و كان الأولى عدم قبوله لأن ما يحرم ديانة، يحرم قضاء و يلزم القاضي، و ليس له أن يقضي لخلافه.

### الرأي الثاني: القائلون بجواز الزيادة في العوض على المهر

روي عن عمر، و عثمان، و ابن عمر، و ابن عباس النخعي، و الحسن في رواية و ذهب إلى جوازه المالكية يقول أبو بكر بن العربي: "و عموم القرآن يدل على جوازه بأكثر من ذلك" (2)

و إلى هذا القول ذهب الشافعية، و حجتهم أن الآية عامة و لم تقيد الفدية، و نصوا صراحة على الزيادة، إن كان النشوز من قبلها، قال ابن كثير في تفسيره: "و به يقول ابن عمر و ابن عباس و مجاهد و عكرمة و إبراهيم النخعي و قبيصة بن ذؤيب و الحسن بن صالح و عثمان البتي، و هذا مذهب مالك و الليث و الشافعي و أبي ثور، و اختاره ابن جرير" (3)

و حجة الشافعية كما قرر النووي في المجموع: "دليلنا على القائلين بالمنع قوله تعالى: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} و لم يفرق، و هو عوض مستفاد بعقد فلم يتقدر كالمهر و الثمن" (4)

و جملة القول أن المجيزين و هم الجمهور، لم يروا به بأساً، و نقل عن مالك قوله: "ليس من مكارم الأخلاق ولم أر أحداً من أهل العلم يكره ذلك" (5)

و حجتهم الإطلاق الوارد في الآية الكريمة، يقول ابن قدامة في المغني محتجاً لمذهبه: "و لنا قول الله تعالى: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}، و لأنه قول من سمينا من الصحابة" (6)

(1) محمد بن الحسن أبو عبد الله الشيباني: الجامع الصغير و شرحه النافع الكبير، الطبعة الأولى؛ بيروت: عالم الكتب، ج1، ص 216.

(2) ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، المصدر السابق، ص 388.

(3) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، المصدر السابق، ص 365.

(4) النووي، المجموع شرح المذهب، ج7، المصدر السابق، ص 8.

(5) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، المصدر السابق، ص 134.

(6) ابن قدامة، المغني، ج8، المصدر السابق، ص 176.

و بالرغم من إقرارهم بصحة الأحاديث الواردة في المسألة إلا أنهم قالوا بخلافه و اعتذر ابن قدامة بالإطلاق الوارد في آية الفداء: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} و حاول الجمع بين النهي الوارد في الحديث و الإطلاق المفهوم من الآية، بالقول بكراهة الزيادة، و الغريب أنه لم يقل بالتخصيص و هو مذهبهم و إن كان من عذر، فللحنفية الذين قالوا بعدم جواز تخصيص القرآن الكريم بأحاديث الآحاد، و سواء وافقتهم أم لا، فمذهبهم في المسألة مخرج على أصولهم، أما الشافعية و الحنبلية فليس ما يبرر قولهم، إذ الحديث عندهم حجة بذاته، و قد صح من غير وجه، و صححه علماء من المذهبيين، كما نقل عن أحمد عدم جواز الزيادة و هو إمام المذهب، فلا حجة للمخالفين، و قد اعتمدوا أحاديث أقل صحة في مسائل عديدة، و احتجوا بها على المخالف، و الحديث الذي اعترفوا بصحته حجة عليهم، و هو نص في المسألة.

## 2-مقدار العوض في الخلع في قانون الأسرة الجزائري:

بالرجوع إلى نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها لم تشر إلى مقدار العوض في الخلع و لم يورد المشرع الجزائري أي نص حول ذلك و نجد المادة 54 نصت فقط على أن للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي، و لم تحدد المادة مقدار هذا المقابل المالي، كما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه عند عدم اتفاق الزوجين على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، فقد جعل المشرع في هذه الفقرة حدا لمقدار العوض في حال عدم اتفاق الزوجين عليه بأن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، وهذا التحديد غايته منع الإبتزاز و التعسف من قبل الزوج على الزوجة الممنوعين شرعا.

### ثالثا: الخلع بلا عوض

هل يقع الخلع إذا لم يسم شيئا، أو فسد البذل أو كان محرما، و هل العبرة في ذلك للفظ أم للمعنى؟

و سنتطرق لعنصر الخلع بلا عوض في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

### 1- الخلع بلا عوض في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاؤنا في هذه المسائل، بين من يرى وقوعه على كل حال إذا جاء بلفظ الخلع صراحة، أو نواه، لبذل أو دونه و آخرون اشترطوا البذل لأنه ركن فيه فلا يقع إلا به.

#### أ- الخلع بلا عوض عند المالكية:

فالمالكية قالوا بوقوعه على كل حال، و عللوه بأنه طلاق، و الطلاق لا يفتقر إلى العوض، قال الدسوقي المالكي: " و بانئت المختلعة هذا إذا كان الخلع ملتبسا بعوض بل و إن كان ملتبسا بلا عوض" (1)

#### ب- الخلع بلا عوض عند الحنفية:

أما الحنفية فقالوا إذا لم يكن ثمة بدل فهو طلاق رجعي، و فارقوا المالكية بالبينونة و عللوا قولهم بأن الطلاق لا يكون بائنا إلا بملاسته للعوض، جاء في التحفة: " فإذا بطل العوض بقي مجرد صريح الطلاق فيكون رجعياً" (2) ، و خالف أبو يوسف من الحنفية فقال لا يقع به شيء إذا لم يكن ثمة بدل، لأن البذل مقصود لذاته في الخلع، قال ابن عابدين في حاشيته: " و هذا يؤيد ما ذكرنا عن أبي يوسف أن الخلع لا يكون إلا بعوض" (3)

#### ج- الخلع بلا عوض عند الحنابلة:

و هو إحدى الروايتين عن الحنابلة، أي لا يقع به شيء، لأن البذل ركن فيه، جاء في المبدع: " لأن الخلع بغير عوض لا يقع على الأشهر" (4) و هذا إذا لم ينو به طلاقاً، أما إذا نوى الطلاق أو تلفظ به فيقع بكل حال و يكون طلاقاً رجعياً، فالعمدة في الرواية الثانية عند الحنابلة على اللفظ أو النية، فوقوعه منوط بلفظ أو نيته، فإن لم ينو بالخلع طلاقاً لا يقع به شيء، قال في المغني: " فإن تلفظ به بغير عوض و نوى الطلاق كان طلاقاً رجعياً لأنه يصلح كناية عن الطلاق و إن لم ينو به الطلاق لم يكن شيئاً" (5)

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المصدر السابق، ص 351.  
(2) محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، المصدر السابق، ص 201.  
(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، المصدر السابق، ص 441.  
(4) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج7، المصدر السابق، ص 221.  
(5) ابن قدامة، المغني، ج7، المصدر السابق، ص 257.

و خالف ابن تيمية فقال: لا يقع به شيء، إذا كان بغير بدل، إذ الخلع عنده كما تقدم عنه معنى لا عبرة للفظ فيه و البديل ركن، فلا يقع إلا به، و دافع عن الإمام أحمد فيما ينسب إليه من القول في الرواية الأولى من وقوع الخلع بلفظ الطلاق دون بدل، و ضعف هذه الرواية قياسا على أصول أحمد، قال: " و قد اختلف العلماء في صحة الخلع بغير عوض على قولين هما روايتان عن أحمد، فإنه لو أجاز أن يكون فسحا بلا عوض لكان الرجل يملك فسخ النكاح ابتداء و لا يحسب ذلك عليه من الثلاث، و هذا لا يقوله أحد فإنه لو جاز ذلك لكان هذا يستلزم جعل الطلاق بغير عدد كما كانوا في الجاهلية"<sup>(1)</sup>

**د- الخلع بلا عوض عند الشافعية:**

أما الشافعية فقالوا يقع الخلع إذا لم يسم بدلا أو فسد البديل و له مهر المثل، فأجازوا الخلع و أئزموا المرأة ببذل مهر مثلها، قال الغزالي في الوسيط: " فإن خالع على مجهول فسد العوض و نفذت البيونة و الرجوع إلى مهر المثل"<sup>(2)</sup>

و بمثله قال الماوردي في الإقناع: " و لو خالعه على حرام أو مجهول وقع الطلاق بائنا و له عليها مهر مثلها"<sup>(3)</sup>

### مناقشة و ترجيح:

بعد هذا الاستعراض لأقوال العلماء، و اختلافهم في وقوع الخلع عاريا عن البديل، أميل إلى ما ذهب إليه الشافعية، من وقوعه، و له مهر المثل، و سبب ترجيحي لقولهم أن الجميع متفقون على أن البديل ركن فيه، و لأن الخلع ليس من ألفاظ الطلاق الصريحة و له أحكامه الخاصة التي يغير فيها الطلاق من وجوه، ثم إن بعض الذين قالوا بوقوع الخلع طلاقا رجعيا إذا فسد البديل أو افتقر إليه بالكلية، يذهبون إلى القول بأن الخلع فسخ، و حتى يحمل كلام الزوج على معنى معين و لا يكون عبثا لا بد من صرفه إلى معناه الأصلي و هو الفراق ببديل كما ذكر الجميع في تعريفه، و هذا الرأي أوسط الأقوال و أجمعها و يعود بالحكم إلى هيئته الحقيقية التي ورد القرآن الكريم بها مطلقا و الحديث خصصها بالمهر، و التي جاء التصريح بها في حديث البخاري و غيره، في قوله "صلعم": أتردين عليه حديقته" و الحديقة كانت مهرها.

(1) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، المصدر السابق، ص 303.

(2) الغزالي، الوسيط، ج5، المصدر السابق، ص 326.

(3) الماوردي، الإقناع للماوردي، ج1، المصدر السابق، ص 152.

فإن كان الزوجان على علم بأنهما أرادا الخلع و ليس الطلاق، وكان النشوز من جانبها، ألزمت بدفع ما بذل لها، و إن امتنع الزوج عن أخذه لما بذله، وقع طلاقا رجعيًا حتى لا يتلاعب بالشريعة على هوى الناس، فإما خلع ببذل أو طلاق رجعي، لأن الأثر المترتب على الخلع ليس ذاته المترتب على الطلاق، و إن شاء بعد ذلك أن يرد ما افتدت نفسها به فهو تبرع منه، فيأخذ حكم الهبة أو الهدية، و هو أمر آخر لا علاقة له بالخلع أو الطلاق.

## 2- الخلع بلا عوض في قانون الأسرة الجزائري:

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، فنص هذه الفقرة من المادة يوحي على وجوب ذكر العوض في الخلع بدليل عبارة للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي و بهذا نستنتج أنه لا يجوز أن يكون الخلع على غير عوض و جاءت الفقرة الثانية من نفس المادة و نصها: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم". و حسب نص هذه الفقرة الثانية نستنتج أنه إن وقع الخلع و لم يتفق الزوجان على العوض، فهنا يقع الخلع و يجب مهر المثل وقت صدور الحكم.

## رابعاً: أنواع العوض و شروطه

للعوض أنواع فبعضها متفق عليها بين الفقهاء و البعض الآخر مختلف فيها و لكل شروطه و سنتطرق لهذا في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري.

## 1- أنواع العوض و شروطه في الفقه الإسلامي:

سبق و أن ذكرنا أنه كل ما يصلح أن يكون مهراً يصلح عوضاً في الخلع، و من المعلوم أن المهر قد يكون مالا مقوماً سواء كان من العقار أم المنقول، و قد يكون منفعة يستحق في مقابلها شيء من المال<sup>(1)</sup> فما حكم الخلع إذا كان العوض مجهولاً أو محرماً؟ و ما حكم الخلع على إسقاط بعض الحقوق الزوجية؟.

(1) أحمد الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، الطبعة الثانية؛ بيروت: دار النفائس، 1982، ص 462.

### أ- أنواع العوض و شروطه عند الشافعية:

للشافعي قول جامع في هذا المقام، حيث يقول: "فإن كان يصلح أن يكون مبيعا فالخلع به جائز، وإن كان لا يصلح أن يكون مبيعا فهو مردود"<sup>(1)</sup> و لا ينعقد بالفاسد من البذل عند الشافعية، و له مهر مثلها، يقول السيوطي: و لو خالعه على هذا الثوب الكتان فبان قطنا أو عكسه فالأصح فساد الخلع، و يرجع بمهر المثل"<sup>(2)</sup>

و بخصوص كون العوض هو تبرئة المرأة زوجها من حقوقها فقد ذهب الشافعية على أنه لو خالعه على أن عليها رضاع ابنها وقتا معلوما كان جائزا لأن الإجازة تصح على الرضاع بوقت معلوم، فلو مات المولود و قد مضى نصف الوقت رجع عليها بنصف مهر مثلها، و لو لم ترضع المولود حتى مات أو انقطع لبنها أو هربت منه حتى مضى الرضاع رجع عليها بمهر مثلها، قال الشافعي: (و إنما قلت: إذا مات المولود رجع عليها بمهر مثلها و لم أقل يأتيها بمولود مثله ترضعه، كما يتكاري منها المنزل فيسكنه غيره و الدابة فتحمل عليها ورثته غيره إذا مات، و يفعل ذلك هو و هو حي لأن إبداله مثلها ممن يسكن سكنه و يركب ركوبه سواء لا يفرق السكن و لا الدابة بينهما، و أن المرأة تدر على المولود و لا تدر على غيره، و يقبل المولود ثديها و لا يقبله غيره، و يستمره منها و لا يستمره من غيرها، و لا ترى أمه و لا تطيب نفسها له و ليس هذا في دار و لا دابة يركبها راكب و لا يسكنها ساكن)<sup>(3)</sup>

و قد نصوا على أنه إن خالعه على كفالة ولده عشر سنين لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع و قدر الطعام و جنسه و قدر الإيدام و جنسه، و يكون المبلغ معلوما مضبوطا بالصفة كالمسلم فيه، و ما يحل منه كل يوم.

### ب- أنواع العوض و شروطه عند فقهاء المالكية:

قال مالك: يصح الخلع بالغرر و المجهول من البذل، و لا شيء له إن بطل البذل أو فسد، و حجته أنه طلاق يصح دون بدل، فأن يكون بالمجهول أو الغرر خير من لا شيء، يقول ابن رشد في بداية المجتهد: "إذا وقع الخلع بما لا يحل هل يجب له عوض أم

(1) محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، الأم، ج5، المصدر السابق، ص 201.

(2) عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي: الأشباه و النظائر، الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، ج1، ص 315.

(3) محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، الأم، ج5، المصدر السابق، ص 215.

لا بعد اتفاقهم على أن الطلاق يقع، فقال مالك: "لا يستحق عوضاً" (1)، و يؤكد القرطبي المالكي ما نسبه ابن رشد لمالك، يقول في التفسير: "الخلع عند مالك رضي الله عنه على ثمرة لم يبد صلاحها و على جمل شارد أو جنين في بطن أمه أو نحو ذلك من وجوه الغرر جائز، بخلاف البيوع و النكاح، و له المطالبة بذلك كله، فإن سلم كان له و إن لم يسلم فلا شيء له و الطلاق نافذ" (2)

أما بخصوص كون العوض هو تبرئة المرأة زوجها من حقوقها فقد ذهب فقهاء المالكية على أنه لو خالعه على نفقة ولدها مدة الحولين و رضاعه فيهما جاز ذلك، و قد اختلفوا فيما لو شرط عليها نفقة الابن بعد الحولين أربع سنين أو ثلاثاً على رأيين: (3) الرأي الأول: أن ما زاد على نفقة الابن و إرضاعه في الحولين فهو باطل موضوع عن الزوجة، و إن شرط الزوج و ليس له بما بطل من شرطه شيئاً، و هو رواية ابن القاسم عن مالك، و قد علل ذلك بأن المتخالفين أدخلوا الغرر فيما أوقعا به الخلع من النفقة، و ما عدا ذلك من الغرر كالعبد الأبق، و الجمل الشارد فالغرر دخل فيها بغير فعلها، و علل بأنه حق مختص بالأب على كل حال فليس له أن ينقله إلى غيره، و الفرق بين هذا و بين نفقة الحولين أن تلك النفقة و هي الرضاع قد تجب على الأم حال الزوجية و بعد الطلاق إذا أعسر الأب فجاز أن تنقل هذه النفقة إلى الأم.

الرأي الثاني: أن ما زاد على الحولين من مدة أربعة أعوام، أو إلى انقضاء أمد الحضانة جائز، و هو رواية المخزومي عن مالك، واختاره سحنون، لأنه إزالة ملك تجوز إزالته بالغرر فجاز إزالته بنفقة أربعة أعوام أصل ذلك العتق (4)

### ج- أنواع العوض و شروطه عند الحنفية:

وفاق أبو حنيفة المالكية فيما ذهبوا إليه من وقوع الطلاق بائناً، و لا شيء للزوج حال بطلان البذل، ذكره صاحب الهداية، حيث يقول: "و إن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على محرم أو ميتة، فلا شيء للزوج، و الفرقة بائنة" (5)

(1) ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، المصدر السابق، ص 51.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، المصدر السابق، ص 134.

(3) عبد الله بن علي أبو محمد النيسابوري بن الجارود، المنتقى من السنن المسندة، ج4، المصدر السابق، ص 62.

(4) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج2، المصدر السابق، ص 248.

(5) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل أبو الحسين المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، المصدر السابق، ص 14.

و صرح بعض الحنفية بعدم وقوعه أصلاً دون بدل، جاء في البحر الرائق: " و الخلع لا يصح إلا بتسمية البذل، و البذل هاهنا مجهول، فلم يصح"<sup>(1)</sup> و بعض الحنفية قال: له مهر المثل إن بطل البذل، و هم بذلك يوافقون الشافعية في هذا القول، نص عليه السرخسي في المبسوط، قال: " الغرر في بدل الخلع فاسد، و يلزم المرأة بدل المهر"<sup>(2)</sup>

بالنسبة لكون العوض هو تبرئة المرأة زوجها من حقوقها، نص الحنفية على أنه إن خلع امرأته على رضاع ابنه منها سنتين جاز الخلع و عليها أن ترضعه سنتين، فإن مات ابنها قبل أن ترضعه شيئاً يرجع عليها بقيمة الرضاع للمدة، و إن مات في بعض المدة رجع عليها بقيمة ما بقي، و هلاك الولد قبل الرضاع كهلاك عوض اختلعت عليه فهلك في يدها قبل التسليم فيرجع إلى قيمته، و لو شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين و ضرب لذلك أجلاً أربع سنين أو ثلاث سنين فذلك باطل، و إن هلك الولد قبل تمام الرضاع فلا شيء عليها؛ لأن النفقة ليس لها مقدار معلوم فكانت الجهالة متفاحشة فلا يلزمها شيء و لكن الطلاق<sup>(3)</sup>.

#### د-أنواع العوض و شروطه عند الحنابلة:

أجاز الحنابلة العوض بالمجهول و الغرر، لأنه مبني على التسامح، و نصوا على استحقاق الزوج لقيمته إن فسد، و كان المال قيمياً، و بالمثل إن كان مثلياً، و بعضهم لم يوقع به شيئاً.

جاء في كشف القناع: و يصح الخلع بالمجهول و بالمعدوم الذي ينتظر وجوده، و لأن الخلع إسقاط لحقه من البضع، و الإسقاط تدخله المسامحة، و لذلك جاز بغير عوض على رواية<sup>(4)</sup>

و كون العوض هو تبرئة المرأة زوجها من حقوقها عند الحنابلة على إن خالعهما على رضاع ولده عامين، أو سكنى دار صح، فإن مات الولد، أو خربت الدار رجع

(1) أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، المصدر السابق، ص 78.

(2) السرخسي، المبسوط، ج23، المصدر السابق، ص 184.

(3) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، المصدر السابق، ص 150.

(4) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج5، المصدر السابق، ص 222.

بأجرة باقي المدة من أجرة الرضاع و الدار (1)، ونصوا على أنه إن خالعهما على كفالة ولده عشر سنين، صح، و إن لم يذكر مدة الرضاع منها، و لا قدر الطعام و الأدم، و يرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله، و استدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه و سلم: ( رحم الله أخي موسى، آجر نفسه بطعام بطنه و عفة فرجه) و لأن نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة، و هي غير مقدرة.

و للوالد أن يأخذ منها ما يستحقه من مؤنة الصبي، و ما يحتاج إليه؛ لأنه بدل ثبت له في ذمتها، فله أن يستوفيه بنفسه و بغيره، فإن أحب أنفقه بعينه، و إن أحب أخذه لنفسه، و أنفق عليه غيره، و إن أذن لها في إنفاقه على الصبي، جاز، فإن مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع، فلا يبيح أن يأخذ ما بقي من المؤنة (2)

و جملة القول: إن كل ما صح مهرا صح عوضا، و تفرعاتهم في المسألة كثيرة، و معظمها راجع للنظر و القياس على أصول مذاهبهم، و لذا يسوغ الخلاف فيها، و قد وقعنا على كلام للشوكاني في كتاب السيل الجرار، و رأينا أنه الأعدل و الأقرب للحق في هذا الأمر، هذا عند من يقولون بوقوعه إن فسد البذل، يقول: " فإذا خالعهما على شيء مجهول القدر أو الجنس، و رضيا بذلك ثبت الخلع، و يلزمها تسليم أوسط الجنس المسمى لا أعلاه و لا أدناه، فهذا الذي ينبغي اعتماده، و لا يتم العدل بينهما إلا به" (3)

و هذا الذي نميل إليه، إذا أجزنا وقوعه بالمجهول جهالة يسيرة، و أما المعدوم فلا نرى جوازه لاتساع الخلاف فيه، و لا نرى بأسا بوقوعه بإسقاط المرأة لحقها في النفقة أو السكنى - عند القائلين لها نفقة و سكنى - أو إرضاع ابنه منها، لأن كل ذلك مال، سواء حقيقة أو حكما، و لا نتفق مع من قال بوقوعه إذا بطل العوض، لأن البذل ركن فيه و هو مقصوده، و لا يصح أن يحوز أحدهما العوض و المعوض، فالمذاهب الأربعة نصوا على وقوعه بائنا، إذا بذلت له ما أنفق، أو ما اصطلاحا عليه بينهما من عوض، فتكون المرأة أملك لنفسها، فكما سقط حقه برجعته إذ أجاز البذل، فالقياس يقتضي ألا تملك بضعها إذا لم تبذل له حقه في العوض، و هذا هو العدل الذي نزلت به الشريعة.

(1) علي بن سليمان أبو الحسن المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج8، المصدر السابق، ص 400.

(2) ابن قدامة، المغني، ج7، المصدر السابق، ص 256.

(3) محمد بن علي بن محمد الشوكاني: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ج2، ص 370.

## 2- أنواع العوض و شروطه في قانون الأسرة الجزائري:

لم تبين المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري نوع العوض في الخلع و شروطه غير أنه جاء في نصها على أن الزوجة تخالع نفسها على مقابل مالي فالمشرع هنا، استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، و المال يمكن أن يكون من النقود و الأوراق المالية المعروفة و المتداولة أو عينا أو عقارا أو منقولا، وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا.

فيصح أن يكون العوض في الخلع بكل ما يصح أن يكون صداقا<sup>(1)</sup>، و قد نصت المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري على أن الصداق هو ما يدفع للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، بمعنى أنه لا يجوز المخالعة على ما هو غير مقوم شرعا و لكن لم ينص المشرع على حكم الخلع إذا كان على محرم.

يقول فضيل سعد و هو من شراح قانون الأسرة الجزائري حول مسألة الخلع على شرط فاسد أو محرم: " أنه عقد لا يتأثر بفساد الشروط المقترنة به كما لو قالت الزوجة لزوجها أخالعك على أن تبقى حضانة ابني عندي لأكثر من عشر سنوات، و هو شرط فاسد لأنه مخالف للقانون في المادة 65 و التي تنص: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، و الأنثى ببلوغها سن الزواج"<sup>(2)</sup>، فيمكن أن يكون عوض الخلع نفقة المحضون لعدد من السنوات، أو نفقة العدة المقررة شرعا أو أن يكون مؤجل صداقها، و لكنه لا يجوز للزوجة أن تتنازل عن حضانة أولادها للزوج كعوض للخلع لأن الحضانة تعتبر حقا للمحضون، و ليس من حقها أن تجعل حق غيرها عوضا للخلع<sup>(3)</sup>، و هذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرار لها حيث جاء فيه أن الزوجة إن طلبت التطليق بالخلع و الزوج قد علق قبوله بإسناد حضانة الأولاد إليه، فهذا الحكم بالطلاق بالخلع يعد مخالفا للقواعد الشرعية و القانونية<sup>(4)</sup>

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 267، 268.

(2) فضيل سعد، المرجع السابق، ص 314.

(3) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 250.

(4) ملف رقم: 44858 بتاريخ: 07-12-1987، مجلة القضاة العدد 4، ص 50، 51. نقلا عن: (بلحاج العربي: قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 90).

### المطلب الثاني: نوع الفرقة الواقعة بالخلع

هذا المطلب من محاور البحث الرئيسية؛ لما يترتب على الخلاف فيه من نتائج متباينة بين من اعتبره طلاقاً، و من رآه فسخاً، لذا سنتطرق لنوع الفرقة الواقعة بالخلع في الفقه الإسلامي كفرع أول، ثم لنوع الفرقة الواقعة بالخلع في قانون الأسرة الجزائري كفرع ثاني.

### الفرع الأول: نوع الفرقة الواقعة بالخلع في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالخلع إلى قولين، وسنفصل كل قول تفصيلاً بيناً، و نستعرض حجج الفريقين ثم المناقشة و الترجيح:

### القول الأول: القائلون بأن الخلع طلاق وأدلتهم

من خلال استعراض أقوال المفسرين يتضح أن غالبيتهم يراه طلاقاً، و هذا القول منسوب إلى الجمهور، و استدلوا لذلك بالآية الكريمة و هي موضوع البحث، و هو قوله تعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} (1)

و قد نسب هذا القول إلى عدد من الصحابة و التابعين، و غيرهم من العلماء و الفقهاء.

و سماه الشوكاني طلاقاً في فتح القدير فقال: "أي لا جناح على الرجل في الأخذ و على المرأة في الإعطاء بأن تقتدي نفسها من ذلك النكاح ببذل شيء من المال يرضى به الزوج فيطلقها لأجله و هذا هو الخلع" (2)

و هو ما أيده الألويسي في روح المعاني بقوله: "و الأظهر أنه طلاق" (3)

و قد علله بأن الزوج يملك الطلاق وحده، و قد وقع بإرادته، فقال: "لأنه فرقة باختيار الزوج"

(1) سورة البقرة: الآية 229.

(2) محمد بن علي الشوكاني: فتح القدير الجامع بين فني الرواية و الدراية من علم التفسير، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج1، ص 362.

(3) محمد أبو الفضل الألويسي: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم و السبع المثاني، (د،ط)؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج2، ص 141.

و في إشارة منه لرد ما ذهب إليه بن عباس، يرى أن الخلع يباين الطلاق المذكور في الآية بأنه طلاق بعوض، و ليس نوعا مغايرا من الفرقة، يقول: "فهو كالطلاق بالعوض، فحينئذ يكون: "فإن طلقها"، متعلقا بقوله سبحانه الطلاق مرتان تفسيرا لقوله تعالى: {أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} لا متعلقا بآية الخلع ليلزم المحذور، و يكون ذكر الخلع اعتراضا لبيان أن الطلاق يقع مجانا تارة و بعوض أخرى"<sup>(1)</sup>

أما شيخ المفسرين الطبري، فقد أورد سبب نزول الآية، مصرحا بأنها جاءت لتحدد عدد الطلاقات، حيث كان الناس في الجاهلية، لا حد لطلاقهم و لا عدد، و يظهر أن العمل بهذا بقي في الإسلام على أصله حتى نزول الآية لتمنع هذا التلاعب و الإضرار بالمرأة، و الذي يعنينا من هذا كله أن الآية جاءت لتبين للأزواج عدد الطلاق المسموح به وبما أن الكلام عن الخلع ورد في سياق الحديث عن عدد الطلاق، فلا مناص من النظر إليه على هذا الأساس، وكل ما هنالك أن الآية بينت نوع الطلاق فيه، و إنه يحق للزوج استرجاع ما بذل بشروط، ولم تجعله نوعا مغايرا من الفراق، لا يحتسب مع العدد الذي أقرته الآية، و الله تعالى أعلم.

يقول أبو جعفر الطبري: "اختلف أهل التأويل في تأويل ذلك: فقال بعضهم: هو دلالة على عدد الطلاق الذي يكون للرجل فيه الرجعة على زوجته، و العدد الذي تبين به زوجته منه"<sup>(2)</sup>

و ذكر في سياق تفسيره للآية، سبب نزولها فيما أخرجه عن قتادة، قال: "كان أهل الجاهلية الرجل يطلق الثلاث و العشر و أكثر من ذلك ثم يراجع ما كانت في العدة، فجعل الله حد الطلاق ثلاث تطليقات، حدثنا بشر قال: حدثنا يزيد قال: حدثنا يزيد عن قتادة قال: كان أهل الجاهلية يطلق أحدهم امرأته ثم يراجعها، لا حد في ذلك، هي امرأته ما راجعها في عدته، فجعل الله حد ذلك يصير إلى ثلاثة قروء، و جعل حد الطلاق ثلاث تطليقات"<sup>(3)</sup> و هو ما تشعر عبارته بأنه ذهب إليه، أي أن الآية نزلت لتحديد عدد الطلاق قال أبو جعفر: " فتأويل الآية على هذا الخبر الذي ذكرنا: عدد الطلاق الذي لكم أيها

(1) محمد أبو الفضل الألويسي، المصدر السابق، ص 141.

(2) محمد بن جرير بن يزيد بن خالد أبو جعفر الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج2، ص 469.

(3) المصدر نفسه، ص 469.

الناس فيه على أزواجكم الرجعة إذا كن مدخولا بهن تطليقتان، ثم الواجب على من راجع منكم بعد التطليقتين إمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان؛ لأنه لا رجعة له بعد التطليقتين إن سرحا"

و أورد الطبري في تفسيره للآية قول من قال إن الآية جاءت لتعرف الناس بسنة الطلاق و كفيته و ليس لتحديد العدد، قال: و قال آخرون: إنما أنزلت هذه الآية على نبي الله - صلى الله عليه و سلم- تعريفا من الله تعالى لعباده، سنة طلاقهم لنسائهم إذا أرادوا طلاقهن، لا دلالة على العدد الذي تبين به المرأة من زوجها<sup>(1)</sup>

و بعد استعراض أقوال الفريقين الذين عرضناهما، نرجح قول الفريق الأول، الذي قال: إن الآية نزلت لتحديد العدل و ليس لبيان الكيفية، و هذا نص قوله: قال أبو جعفر: و الذي هو أولى بظاهر التنزيل ما قاله عروة و قتادة و من قال مثل قولهما: من أن الآية إنما هي دليل على عدد الطلاق الذي يكون به التحريم، و بطول الرجعة فيه، و الذي يكون فيه الرجعة منه وذلك أن الله تعالى، قال في الآية التي تتلوها: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"، فعرف عباده القدر الذي به تحرم المرأة على زوجها إلا بعد زوج، ولم يبين فيها الوقت الذي يجوز الطلاق فيه، و الوقت الذي لا يجوز ذلك فيه، فيكون موجهها تأويل الآية إلى ما روي عن ابن مسعود ومجاهد ومن قال بمثل قولهما فيه<sup>(2)</sup>

و قد يعترض معترض على هذا التأويل، بأنه لا يتعلق بالخلع، و غاية ما فيه أنه نص في عدد الطلاق و لا نزاع فيه، و إنما النزاع في اعتبار الخلع من العدد أو لا. نقول: لم يأت الكلام عن الفداء مستقلا و إنما جاء في سياق الكلام عن الطلاق، و لتحديد العدد كما رجحه الطبري و غيره، فإن قلنا إن الخلع يغير الطلاق و ليس منه حتى يعد فيه و يحتسب من عدد، رجعنا لنفس الإشكال و أصبح الطلاق بلا ضابط، و هو خلاف معنى الآية و سبب نزولها، و في ظننا أن الكلام عن الخلع جاء لضبط مسألة المضارة التي كان عليها بعض الأزواج لدفع نسائهم إلى المفاداة، و ليس لاعتباره نوعا خارجا عن الطلاق بالكلية، فالخلع من التطليقات المعدودة، و غاية ما فيه إياحة أخذ البديل

(1) الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، ج2، المصدر السابق، ص 471،470.

(2) المصدر نفسه، ص471.

إن كان الشقاق من المرأة، حتى لا يجتمع على الزوج ضرران، لم يخترها ضرر الفراق و خسارة البدل و هو الذي لم يختر الأمرين أصلا ! و يؤكد ما فهمته من الآية ما قرره الطبري في تعقيبه على النص الخاص بالفداء من الآية محل البحث، حيث يقول: "قال أبو جعفر" يعني تعالى ذكره بقوله: " و لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا"، و لا يحل لكم أيها الرجال أن تأخذوا من نسائكم إذا أنتم أردتم طلاقهن؛ بطلاقكم و فراقكم إياهن شيئا مما أعطيتموهن من الصداق، و سقتم إليهن، بل الواجب عليكم تسريحهن بإحسان، وذلك إيفاءهن حقوقهن من الصداق، و المتعة، و غير ذلك مما يجب لهن عليكم"<sup>(1)</sup>

أما القرطبي المالكي، فكانت عبارته موجزة و صريحة في اعتباره الخلع تطليقة، و نصها: "لأنه بالخلع كملت الثلاث، و هو الصحيح إن شاء الله تعالى"<sup>(2)</sup>

و نكتفي بهذا القدر من أقوال المفسرين، و خلاصة أقوالهم، أن الخلع طلاق.

#### الأدلة من السنة الشريفة:

ما رواه البخاري في صحيحه: " عن عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنه - أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي - صلى الله عليه و سلم - فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في خلق و لا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : أتردين عليه حديقته، قالت: نعم، قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : اقبل الحديقة و طلقها تطليقة"<sup>(3)</sup>

فمن خلال هذا الحديث نرى أن الرسول - صلى الله عليه و سلم - أمر ثابت بن قيس، طلاق زوجته مقابل الحديقة، وذلك بأن يكون صريحا بلفظ الطلاق، فجعل الخلع طلاقاً<sup>(4)</sup>

و يناقش استدلال أصحاب هذا القول بهذا الحديث أنه في هذه الرواية لا خلاف أن الخلع يقع طلاقاً إذا كان بلفظ صريح من ألفاظ الطلاق، و كذلك إذا وقع بلفظ الطلاق

(1) الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، ج2، المصدر السابق، ص 477.

(2) محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح أبو عبد الله: الجامع لأحكام القرآن، الطبعة الثانية؛ القاهرة: دار الشعب، ج3 ص 134.

(3) محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي البخاري: صحيح البخاري، (د،ط)؛ مصر: إدارة الطباعة المنيرية، ج7 ص 83.

(4) بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني: عمدة القارئ في شرح صحيح البخاري، (د،ط)؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج2، ص 261.

مقرونا بالنية، أما الخلع فليس من صرائح الطلاق، فلو لم ينو به الطلاق لا يقع به فرقة أصلاً<sup>(1)</sup>

كما نوقش استدلالهم بهذا الدليل أنه قد ثبتت عدة روايات بألفاظ أخرى في وقوع الخلع، فقد جاءت في رواية بلفظ: "وخل سبيلها"<sup>(2)</sup>، و أيضاً ثبتت بلفظ: "و فارقها"<sup>(3)</sup>، و في رواية: "و جلست في أهلها"<sup>(4)</sup> و في رواية: "فتلحق بأهلها"<sup>(5)</sup>.

ما رواه الدارقطني في سنته عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي - صلى الله عليه و سلم - جعل الخلع تطليقة بآئنة<sup>(6)</sup>  
من المعقول:

استدل القائلون بأنه طلاق، بأجوبة كثيرة منها: أنه لفظ لا يملكه إلا الزوج و منها: أن الفسخ إقالة، و هو ما يقتضي رد الصداق ذاته حكماً، و الجمهور قالوا بجواز الزيادة أو النقص، أو أي بدل آخر غير المهر، يقول ابن حجر في الفتح ناقلاً حجة الجمهور: "و قد نص الشافعي في الإملاء على أنه من صرائح الطلاق و حجة الجمهور أنه لفظ لا يملكه إلا الزوج فكان طلاقاً، و لو كان فسخاً لما جاز إلا الصداق كالإقالة، لكن الجمهور على جوازه بما قل و كثر فدل على أنه طلاق"<sup>(7)</sup>

و نقل القرطبي عن القاضي إسماعيل و غيره كلاماً طويلاً في حاججته أنه طلاق، ثبتت بعضه تنميماً للفائدة، يقول القرطبي فيما نقله معتمداً له و مؤيداً: "قال القاضي إسماعيل بن إسحاق كيف يجوز القول في رجل قالت له امرأته: طلقني على مال فطلقها، إنه لا يكون طلاقاً، و هو لو جعل أمرها بيدها من غير شيء فطلقت نفسها كان طلاقاً قال: و أما قوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره" فهو معطوف على قوله تعالى: {الطلاق مرتان} لأن قوله: {أو تسريح بإحسان} إنما يعني به أو تطليق، فلو كان الخلع معطوفاً على التطليقتين لكان لا يجوز الخلع أصلاً إلا بعد تطليقتين،

(1) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني: إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، الطبعة الثامنة؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1983، ج8، ص 148.

(2) أبو عبد الرحمن بن شعيب النسائي: سنن النسائي، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الفكر، 1978، ج6، ص 186.

(3) سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود: سنن أبو داود، الطبعة الأولى؛ القاهرة: مطبعة مصطفى الحلبي، ج2، ص 291.

(4) النسائي، المصدر السابق، ص 169.

(5) المصدر نفسه، ص 186.

(6) علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني: (د،ط)؛ القاهرة: دار المحاسن للطباعة، 1966، ج4، ص45، 46.

(7) ابن حجر، فتح الباري، ج9، المصدر السابق، ص 396.

و هذا لا يقوله أحد و قال غيره: ما تألوه في الآية غلط فإن قوله: {الطلاق مرتان}، أفاد حكم الاثنتين إذا أوقعهما على غير وجه الخلع، و أثبت معهما الرجعة بقوله: {فإمساك بمعروف}، ثم ذكر حكمهما إذا كان على وجه الخلع، فعاد الخلع إلى الاثنتين المتقدم ذكرهما<sup>(1)</sup>

مما سبق يتضح أن بعض الرواة ذكر الحكم بصيغة الخبر، دون ذكر اللفظ النبوي، و بعضهم ذكر اللفظ النبوي المستخدم في التفريق بينهما، و عند استعراض الروايات التي ذكرت اللفظ النبوي، نجد الألفاظ الآتية: "طلقها تطليقة"، "طلقها"، "خل سبيلها"، و قد قدمنا أن تخلية السبيل تعني الطلاق على ما جزم به الشوكاني في السيل، و الألفاظ الأخرى صريحة فيه، فعلى هذا تكون العبارة النبوية واضحة و صريحة في اعتباره طلاقاً.

#### مناقشة أدلة القائلين بالطلاق:

القول بأن الخلع طلاق مذهب جمهور الصحابة و التابعين، و باتفاقهم إذا كان بلفظ الطلاق أو نية الطلاق، و ذكرنا استدلالهم بالآية و الأحاديث التي ذكرت الطلاق صراحة و ما استدلوا به من المعقول، و فيما استدلوا به من الصحيح غنية عن الاحتجاج بأثار موضوعة أو ضعيفة كما احتج الحنفية، بحديثين موضوعين الأول رواه البيهقي و الدارقطني عن عباد بن كثير أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال: "الخلع تطليقة بائنة"<sup>(2)</sup>

و عقب عليه الزيلي بقوله: "رواه ابن عدي في الكامل و أعله عباد ابن كثير الثقفى و أسند عن البخاري قال: تركوه و عن النساء قال متروك الحديث و عن شعبة قال احذروا حديثه"<sup>(3)</sup>

و الحديث الثاني من مراسيل سعيد أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال: "الخلع طلقة بائن"<sup>(4)</sup> قال ابن الجوزي: "قلنا لا يصح ثم هو مرسل ثم نحمله على ما إذا نوى"<sup>(5)</sup>

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، المصدر السابق، ص 134.  
(2) عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلي: نصب الرأية لأحاديث الهداية، (د،ط)؛ مصر: دار الحديث، ج3، ص 243.  
(3) المصدر نفسه، ص243.  
(4) عبد الرحمان بن علي بن محمد أبو الفرج بن الجوزي، التحقيق في أحاديث الخلاف، ج2، المصدر السابق، ص 295.  
(5) المصدر نفسه، ص295.

### القول الثاني: القائلون بأن الخلع فسخ و أدلتهم

يقول ابن كثير: " و هذا الذي ذهب إليه ابن عباس رضي الله عنه من أن الخلع ليس بطلاق، و إنما هو فسخ هو رواية عن أمير المؤمنين و عثمان بن عفان و ابن عمر، و هو قول طاووس و عكرمة و به يقول أحمد بن حنبل و إسحاق بن راهويه، و أبو ثور و داود بن علي الظاهري، و هو مذهب الشافعي في القديم"<sup>(1)</sup>

يتعلق القائلون بأنه فسخ بمذهب ابن عباس في المسألة، فهو عمدة مذهبهم، و عن رأيه يصدر و حجة ابن عباس فيما ذهب إليه من كون الخلع فسحا، مبني على تفسيره لآية الفداء، و هو يرى أن الحديث عن الفداء جاء مستقلا عن الطلاق، و إذا اعتبرناه منه أصبح عدده أربعا، وهو خلاف المنصوص في عدد الطلاق، و قد نقل قول ابن عباس من احتج به يقول الصمعاني: و استدلل القائل بأنه فسخ، أنه تعالى ذكر في كتابه الطلاق: الطلاق مرتان، ثم ذكر الافتداء ثم قال: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"<sup>(2)</sup>

و الحجة الثانية في اعتبار الخلع فسحا، أمر النبي - صلى الله عليه و سلم - للمختلعة أن تعتد بحیضة.

و بناء عليه فقد أفتى ابن عباس بجواز رجعة الزوجة لزوجها بعد طلقتين و خلع، كما أخرجه عنه غير واحد بألفاظ مختلفة، فقد أخرج عبد الرزاق، و البيهقي و اللفظ له، عن ابن عباس أنه أرجع امرأة لزوجها بعد طلقتين و خلع: "سأل إبراهيم بن سعد بن عباس عن امرأة طلقها زوجها تطليقتين ثم اختلعت منه: أيتزوجها، قال ابن عباس: ذكر الله عز و جل الطلاق في أول الآية و آخرها و الخلع بين ذلك فليس الخلع بطلاق، و رواه أيضا حبيب بن أبي ثابت و ليث بن أبي سليم عن طاووس عن ابن عباس بمعناه مختصر، و روى الشافعي عن سفيان عن عمرو عن عكرمة قال كل شيء أجازته المال فليس بطلاق"<sup>(3)</sup>

(1) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، المصدر السابق، ص 365.  
(2) محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الطبعة الرابعة؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج3، ص 167.  
(3) البيهقي، السنن الكبرى، ج7، المصدر السابق، ص 316.

و أما حديث الحيضة الواحدة فقد أخرجه أبو داود و الترمذي قال: "أنبأنا محمد بن عبد الرحيم البغدادي أنبأنا علي بن بحر، أنبأنا هشام بن يوسف عن معمر عن عمر و ابن مسلم عن عكرمة عن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي - صلى الله عليه و سلم-، فأمرها النبي - صلى الله عليه و سلم- ؟ أن تعتد بحيضة، قال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث حسن غريب، و اختلف أهل العلم في عدة المختلعة، فقال أكثر أهل العلم من أصحاب النبي - صلى الله عليه و سلم- و غيرهم: إن عدة المختلعة عدة المطلقة حيض، و هو قول سفيان الثوري، و أهل الكوفة و به يقول أحمد قال بعض العلماء من أصحاب النبي - صلى الله عليه و سلم- و غيرهم: إن عدة المختلعة حيضة، قال إسحاق و إن ذهب ذاهب إلى هذا فهو مذهب قوي<sup>(1)</sup>

و قد صحح الشيخ الألباني هذا الحديث في تعليقاته على سنن الترمذي المطبوع بهامشه و علق أبو داود على الحديث بقوله: "عدة المختلعة عدة المطلقة قال أبو داود: و العمل عندنا على هذا"<sup>(2)</sup>

قال الشيخ الألباني: صحيح موقوف أي على ابن عباس، و اختلف النقل عن غير ابن عباس من الصحابة، و لم يثبت بسند صحيح، إلا من قوله فيما قدمناه من اعتبار الخلع فسحا، يقول الإمام أحمد - رحمه الله تعالى- تعليقا على ما نقل عن ابن عباس: "الخلع تفريق، و ليس بطلاق"، قال أحمد: ليس في الباب أصح منه<sup>(3)</sup>

### مناقشة القائلين بالفسخ:

حجة القائلين بالفسخ، تعتمد على تفسير ابن عباس لآية الفداء، و حديث أمر النبي - صلى الله عليه و سلم- للمختلعة أن تعتد بحيضة، فأما دليلهم الأول فلم ينقل عن أحد من الصحابة بسند صحيح موافقة لابن عباس فيما ذهب إليه، و لو كان مشتهدا بينهم لنقل إلينا، بل إن الشائع بينهم يخالف ما نقل عنه، فقد اعتذر طاووس لأهل مكة عندما جهر بهذا الرأي، وأخبرهم أنه أخذه عن ابن عباس، ذكر القصة ابن حجر في الفتح، قال: "أخرج إسماعيل القاضي بسند صحيح عن ابن أبي نجيح أن طاووس لما قال أن الخلع

(1) محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي الترمذي، الجامع الصحيح سنن الترمذي، ج3، المصدر السابق، ص 491.

(2) أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبو داود، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج1، ص 678.

(3) أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني بن حجر: تلخيص الحبير في أحاديث الرافي الكبير، الطبعة الأولى؛ 1964، ج3، ص205.

ليس بطلاق أنكره عليه أهل مكة فاعتذر، و قال: إنما قاله ابن عباس، قال إسماعيل: لا نعلم أحدا قاله غيره<sup>(1)</sup>

و هذا يعني أن أهل مكة لم يكونوا على علم بهذا الرأي، مع أنه عاش بينهم عدد من الصحابة الكبار، ثم قال ابن عباس نفسه تعليقا على خلع أهل اليمن إن عامة طلاقهم الفداء، فسماه طلاقا بناء على عرفهم في عده طلاقا، و موقف أهل مكة واليمن يثبت أن عده طلاقا هو الشائع بينهم، و هذا ينفي قول من قال: لم يثبت عن أحد من الصحابة عده طلاقا، ثم عبارة القاضي التي ذكرها ابن حجر " قال إسماعيل لا نعلم أحدا قاله غيره" يؤكد أن الرأي الشائع على خلافه.

و لعل هذا ما دفع ابن عبد البر في التمهيد لاعتبار الرواية عن ابن عباس بهذا شاذة، لتفرد طاووس بها، فلم ينقلها من أصحاب ابن عباس عنه سواه، و قد رد ابن حجر على ابن عبد البر بأن طاووس ثقة لا يضر تفرده، و عن تفرد طاووس بالنقل عن ابن عباس لمذهبه قال ابن تيمية إن طاووس أخص منهم عنده، و ما يعرفه الخاصة من الأصحاب لا يعرفه عامتهم<sup>(2)</sup>، و في ضني أن هذا احتجاج ضعيف، فالمسألة ليست سرا خطيرا، حتى يكتمه عن عامة أصحابه، ثم لا يسلم له قوله هذا، لأن طاووس ليس وحده هو خاصة ابن عباس، و قد تعارضت روايتان عن ابن عباس انفرد في إحداهما أزهر بن جميل التي ذكر فيها قول النبي -صلى الله عليه و سلم- "طلقها تطلقه"، و انفرد في الأخرى طاووس و قد خالف ابن عباس في هذه الرواية ما رواه، و صحيح أن طاووس أثبت من أزهر و أعلم، و لكن حديث أزهر له شواهد مرسلة في إثبات لفظ الطلاق، و إن كان من غير طريق ابن عباس، مما يقوي الرواية، و يكفي أن البخاري أخرجها موصولة و مرسلة مثبتا للفظ بالطلاق.

و الحجة الثانية التي تمسك بها القائلون بالفسخ، الأمر النبوي للمختلعة بحيضة واحدة، و قد رد الإمام أحمد بالقول: إنه لا يلزم من كونه فسحا أن تعتد بحيضة، و ذكر الإجماع على كون المختلعة كالمطلقة في العدة، و لو ثبت عند أحمد حديث الحيضة لما تعداه، و هو قول عامة أتباعه من الحنبلية و أهل الحديث في مسألة عدة المختلعة، جاء

(1) ابن حجر، فتح الباري، ج9، المصدر السابق، ص 403.  
(2) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج32، المصدر السابق، ص 292.

في عون المعبود حكاية عن الترمذي: " قال الترمذي اختلف أهل العلم في عدة المختلعة فقال أكثر أهل العلم من أصحاب النبي-صلى الله عليه وسلم- و غيرهم أن عدة المختلعة عدة المطلقة و هو قول الثوري و أهل الكوفة و به يقول أحمد و إسحاق"<sup>(1)</sup>

و ذكر ابن حجر قول الإمام أحمد: بعدم التلازم بين الفسخ و الحيضة الواحدة في الفتح قال: " قال الإمام أحمد: أن الخلع فسخ و قال في رواية و إنها لا تحل لغير زوجها حتى يمضي ثلاثة أقرأ فلم يكن عنده بين كونه فسحا و بين النقص من العدة تلازم"<sup>(2)</sup>

و قد أجاب ابن حجر عن حديث البخاري الذي وقع فيه التصريح بالطلاق بأجوبة، حاول فيها تأويل الحديث للخروج من إشكالية التعارض التي تظهر في رواية ابن عباس و رأيه المخالف لما رواه، و قد عمد ابن حجر إلى تأويل الحديث بما يناسب مذهب ابن عباس، و هو مذهب ابن حجر في المسألة، و إن كنت أرى أن تأويله لا يستقيم، حيث يقول: " فإن قوله طلقها يحتمل أن يراد طلقها على ذلك فيكون طلاقا صريحا على عوض و ليس البحث فيه إنما الاختلاف فيما إذا وقع لفظ الخلع"

ثم يقول: " و كذلك ليس فيه التصريح بأن الخلع وقع قبل الطلاق أو بالعكس، نعم في رواية خالد المرسل الثانية أحاديث الباب فردتها و أمره فطلقها و ليس صريحا في تقديم العطية على الأمر بالطلاق بل يحتمل أيضا أن يكون المراد: إن أعطتك طلقها، و ليس فيه أيضا التصريح بوقوع صيغة الخلع"<sup>(3)</sup>، و قد رد هو نفسه على هذا التأويل في نهايته بما ينقضه من أساسه، فقال: " لكن معظم الروايات في الباب تسمية خلعا"

و قد استشكل الشوكاني الأمر بالحيضة، و رجح الفسخ بناء عليها، و الجواب عليه ما قدمناه عن مالك، و الشافعي، و أحمد، و إسحاق، و أبي داود، و الترمذي، و هم أئمة الحديث، و قد أخرجوا حديث الحيضة، و خالفوه، فلم يعد ينهض للاحتجاج بعد مخالفة هؤلاء الأئمة، و معلوم أن الحديث إذا ثبت فهو حجة بذاته، و قد تمسكوا بالآية: **{و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء}** و لو ثبت الحديث عندهم لقالوا بالتخصيص، كما هو مذهبهم في ذلك.

(1) العظيم آبادي أبو الطيب محمد شمس الحق: عون المعبود شرح سنن أبي داود، الطبعة الثانية؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ج6، ص 233.

(2) ابن حجر، فتح الباري، ج9، المصدر السابق، ص 402.

(3) المصدر نفسه، ص400..

### الترجيح:

من خلال استعراض أدلة الفريقين، نميل لمذهب القائلين بأن الخلع طلاق، نظرا لما يتوفر عليه هذا الرأي من أدلة حاسمة، فالآية الكريمة موضع النزاع بين الفريقين في تفسيرها، ليس فيها أنه طلاق، كما ليس فيها أنه ليس طلاقا، فتكون السنة النبوية هي المبينة، وقد ذكرنا الألفاظ النبوية الصريحة الصحيحة التي نطق بها النبي صلى الله عليه وسلم في الحكم على مسألة البحث، بقوله في رواية البخاري " طلقها تطليقة" و في رواية ثانية له مرسله "طلقها"، و في أخرى عند النسائي "خل سبيلها" و هي صريحة في الطلاق كما قرره الشوكاني و غيره، علما بأنه من القائلين بالفسخ، و أما الروايات التي أخرجها آخرون من أصحاب كتب السنن و غيرهم، فليس فيها لفظ نبوي صريح يخالف ما وقع عند البخاري، و غاية ما فيها إخبار بصيغة الفراق، و هي ألفاظ للراوي عبر عن الحكم النبوي بها، و كما تحتمل الفسخ فإنها تحتمل الطلاق إذ الفراق كناية في الأمرين، و محاولة بعض العلماء الاعتذار عن اللفظ النبوي بأنه يحتمل الطلاق على بدل وهو غير الخلع الذي يقتضي الفسخ، كما ذكره ابن حجر، قلنا: إن الطلاق على بدل هو الخلع و ليس هما أمرين مختلفين كما قرره غير واحد، و يكفي أن من قرر هذا الأصل، هو ابن عباس، عمدة الفريق القائل بالفسخ، حين علق على طلاق أهل اليمن بقوله: " إن عامة طلاقهم الفداء" و قد اعتبر أنصار القول بالفسخ هذا التقرير من ابن عباس دليلا لهم، و ممن نصر القول بأنهما شيء واحد ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، و نسباه للإمام أحمد، و بالجملة فإن التفريق بين الخلع و الطلاق ببديل مسألة اجتهادية و ليس في كتاب الله تعالى أو سنة نبيه - صلى الله عليه و سلم-، ما يدل على هذا التفريق بل إن ظاهر القرآن الكريم أقرب لعدم التفريق، فأية الفداء جاءت في سياق الحديث عن الطلاق، و روي عن عدد من الصحابة و التابعين اعتبارهم الخلع طلاقا على بدل؛ ومما تعلق به القائلون بالفسخ حديث الحيضة، و قد أجابنا عنه بأن أئمة الحديث لم يذهبوا إليه علما بأن بعضهم من القائلين بالفسخ كأحمد و إسحاق، و معلوم أن أحمد من أشد المتمسكين بالسنة، و لو لم ير سببا قويا لترك الحديث ما تركه، و قد قرر صاحب كتاب اختلاف العلماء على أن المختلعة عدتها ثلاثة قروء قياسا على غيرها من المفارقات، قال: " و أنا أذهب في هذا

على أن عدتها ثلاثة قروء لأن الأمة قد اجتمعت على أن كل فرقة سوى المختلعة مطلقة كانت أو غير مطلقة عدتها ثلاثة قروء و كذلك المختلعة قياس من المفارقات<sup>(1)</sup> و وافقه صاحب المبدع الحنبلي، و نسب القول بالثلاثة قروء لأكثر العلماء، حيث يقول: " كل فرقة بين زوجين بعد الدخول فعدتها عدة طلاق في قول أكثر العلماء"<sup>(2)</sup> و نختم هذه الحيثية بقول لابن تيمية يرجح فيها أن كل فرقة بائنة أيا كان نوعها، بما في ذلك المبتوتة ثلاثا، عدتها حيضة واحدة، قال: " فمن لا رجعة عليها لا تتربص بثلاثة قروء و ليس في ظاهر القرآن إلا ما يوافق هذا القول لا يخالفه"<sup>(3)</sup> و لئن كان ابن تيمية خلص إلى نتيجة غير التي قررتها في مسألة اعتبار الخلع طلاقا، و ليس فسحا، فإن حكمه السابق عام لا يختص بفرقة دون أخرى، و العلة عنده في الحيضة الواحدة، البيونة و عدم الرجعة، وهو حاصل سواء قلنا إن الخلع طلاق أو فسح، فبطل الاحتجاج لأحد المذهبين بهذا الدليل، و المقرر لهذا الحكم أحد أكثر المدافعين عن كون الخلع فسحا، و هو شيخ الإسلام ابن تيمية.

و أمر آخر أضيفه، و هو أن معظم الذين قالوا إنه فسح اشترطوا ألا يقع بلفظ الطلاق و هو شرط لا تفهمه العامة و غالبهم يوقعه بلفظ الطلاق، كما أنه شرط ليس له دليل من الكتاب و السنة، و هذا ما رجحه ابن تيمية في عدم اشتراط لفظ بعينه، و قد ذكرناه في مبحث ألفاظ الخلع.

و دليل آخر من المعقول، و هو أن الخلع حق للمرأة على ما تقرره عند الجميع، الغرض منه قطع الرجعة لما بذلته من عوض، و هو متحصل من الطلاق كما هو في الفسخ، كما أن عدم اعتبار الخلع طلاقا محسوبا من الثلاث، يفتح الباب واسعا للحيلة، لأن الخلع لا عدد له إذا اعتبرناه فسحا، حتى لو زاد على الثلاث، و هو ما ينفي مضمون الآية، و سبب نزولها الذي جاء ليحدد عدد الطلاقات، فيكون التفافا على النص، و هو نوع من التعطيل لسبب نزول الآية، و الله تعالى أعلم.

(1) محمد بن نصر أبو عبد الله المرزوي: اختلاف العلماء، الطبعة الثانية؛ عالم الكتب، ج1، ص 159.

(2) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج8، المصدر السابق، ص 120.

(3) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج32، المصدر السابق، ص 342.

### الفرع الثاني: نوع الفرقة الواقعة بالخلع في قانون الأسرة الجزائري

لم يورد المشرع الجزائري أي نص بخصوص نوع الفرقة الواقعة بالخلع أهى طلاق أم فسخ؟ مما يوجب الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التي نجد أنه ورد فيها اختلاف بين الفقهاء إلى قولين فمنهم من عده فسخا ومنهم من عده طلاقا ولكل دليله . ولكن بالرجوع إلى بعض مواد قانون الأسرة الجزائري نجد أن القانون اعتبره طلاقا ولم يعتبره فسخا إذ جاء في المادتين 33 ، 34 من قانون الأسرة ذكر أسباب فسخ النكاح وهو أن يتم عقد الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي ، فالعقد يفسخ قبل الدخول وهذا ما جاء في نص المادة 33 ، بينما أضافت المادة 34 حالة أخرى من حالات الفسخ وهي الزواج بإحدى المحرمات فإن العقد يفسخ قبل الدخول و بعده، و جاء في نص المادة 48 من نفس القانون بأنه: " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج وبتراضي الزوجين و بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون " وعليه ما يفهم من هذه النصوص القانونية أن المشرع الجزائري اعتبر الخلع طريقا من طرق الطلاق ولم يعتبره فسخا.

مع الإشارة بأن الخلع يعتبر طلاقا بائنا وليس رجعيا ، لأنه لو نجعله رجعيا فإننا نقضي على الغرض الذي يشرع من أجله ، فالزوجة التي تبغض زوجها و تحصل على الطلاق بالخلع ، لا ترضى الرجوع إلى زوجها وعلى ذلك يقع الخلع بائنا ، كما أن المادة 50 من قانون الأسرة أكدت بأنه لا مراجعة بعد صدور الحكم بالطلاق إلا بعقد جديد أضف إلى ذلك أن إرجاع الزوجة الصداق لزوجها بعد الطلاق بالخلع لافتداء نفسها يجعل الزواج منتهيا وبالتالي فإن الرجوع يحتاج إلى عقد و صداق جديدين .

و هناك نقطة مهمة يجب الإشارة إليها قبل البحث في موضوع النزاع و إصدار الحكم فيه من قبل القاضي و هي موضوع الصلح بين الزوجين حيث نجد أن المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري رقم 05-02 التي تنص على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ... "، و بالرجوع إلى نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن الخلع يعد طلاقا وبالتالي فإن الحكم فيه لا يكون إلا بإجراء جلسة صلح بين

الزوجين قبل الحكم بالخلع ، فالصلح إجراء جوهري و ضروري يسبق الطلاق<sup>(1)</sup> ، و عليه فإن أي حكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح يجعل هذا الحكم قابلاً للطعن لأن القضاء بمخالفة هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، فمحاولة الصلح تعد إجراء إجبارياً يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق، ونشير إلى أن محاولة الصلح لا بد أن لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

فالصلح إذن في مادة شؤون الأسرة، إجراء وجوبي يتم في جلسة سرية سواء تعلق بالطلاق بناء على طلب من أحد الزوجين أو بالتراضي، والأصل أن يباشر القاضي بنفسه إجراءات الصلح و له أن يسند تلك المهمة إلى حكيم<sup>(2)</sup>.

ونشير إلى أن مناقشة و تحليل نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، والمواد المتعلقة بإجراءات الصلح المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، من المادة 439 إلى غاية المادة 443 قد تم شرحها بالتفصيل في إجراءات الصلح المتعلقة بالتطليق؛ لأن إجراءات محاولات الصلح ينطبق في جميع إجراءاته على جميع أنواع الطلاق فليس هناك أي تغيير .

### المطلب الثالث : طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن التطليق والخلع

الأصل أن جميع الأحكام الصادرة عن المحاكم بصفة ابتدائية قابلة للاستئناف طبقاً لنص المادة 333 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، والسؤال الذي يمكن إثارته هنا هل الأحكام القضائية الصادرة بشأن التطليق والخلع هي قابلة للطعن فيها عن طريق الاستئناف ، والطعن بالنقض أم لا ؟

هذا ما سيتم الإجابة عليه في النقطتين الآتيتين بيانهما:

### الفرع الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن التطليق

لقد اختلفت آراء و وجهات نظر رجال القانون في مدى قابلية أحكام التطليق للطعن فيها بالاستئناف و انقسموا في ذلك إلى فريقين، ينادي الأول بعدم جواز الطعن بالاستئناف

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 103040 بتاريخ: 23-02-1993، غير منشور. نقلاً عن: ( بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي ، المرجع السابق ، ص 71.)  
(2) بربارة عبد الرحمان : شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية قانون رقم : 08 – 09، الطبعة الأولى؛ الجزائر : دار بغدادية ، 2009، ص 336.

في هذا النوع من الأحكام، بينما ينادي الثاني بقابليتها له، و لكل فريق منهما حججه و أسانيد، و ذلك ما سنستعرضه تباعا فيما يلي :

### أولاً: عدم جواز الطعن بالاستئناف

الاستئناف هو أحد طرق الطعن العادية و يطرح في حد ذاته مبدأ من المبادئ الأساسية في النظام القضائي الجزائري، وهو مبدأ التقاضي على درجتين، و مفاد ذلك أن الدعوى ترفع بداية إلى المحكمة، و تسمى محكمة الدرجة الأولى، و ينتظم من حكمها إلى محكمة ثانية تسمى محكمة الدرجة الثانية، ليطرح النزاع أمامها من جديد لتفصل فيه بعدئذ بحكم نهائي، و هكذا يسود مبدأ التقاضي على درجتين و يشكل القاعدة العامة. (1)

أخذ أصحاب هذا الاتجاه بحرفية نص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري، و بذلك فهم لا يجيزون استئناف الأحكام القضائية الصادرة بالتطليق فيما عدا جوانبها المادية، و يفهم من هذا أن الحكم الصادر بالتطليق غير قابل للاستئناف، غير أنه إذا كان الاستئناف يخص الجوانب المادية، و الحضانة فذلك يصح .

و لهذا الرأي ما يدعمه في اجتهاد المحكمة العليا، إذ صدر عنها عدة قرارات في هذا المضمار اعتبرت فيها الأحكام بالتطليق غير قابلة للاستئناف و ذلك عندما قبلت الطعن فيها بالنقض مباشرة علما أن الطعن بالنقض لا يجوز إلا في الأحكام الصادرة في آخر درجة تبعا لما تقضي به المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية القديم، و تقابلها المادة 350 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، و ما قبول المحكمة العليا للطعن بالنقض مباشرة في أحكام التطليق سوى دليل يؤكد على أنها تعتبرها أحكاما نهائية .

و من قرارات المحكمة العليا بهذا الصدد نذكر القرار الصادر بتاريخ 1998/07/21 تحت رقم ( 98-2001 ) و الذي جاء فيه: " عن محاولة الصلح بين الطرفين في دعوى الطلاق ليست الإجراءات الجوهرية و أن لفظ الطلاق أو التطليق يصدر دائما نهائيا و هو الاتجاه الذي تبناه قضاة محكمة مقر المجلس بسيدي بلعباس و يتبين ذلك من خلال الفصل في قضايا التطليق من بينها :

(1) عبد الفتاح تقيّة: مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، ( د،ط)؛ 1999 – 2000، ص 239.

الحكم الصادر بتاريخ 2004/09/29 و الذي قضى نهائيا بتطبيق المدعية من المدعى عليه، جاء فيه: " حيث ثبت للمحكمة من خلال موضوع المطالبة القضائية التي عجز فيها المدعى عليه عن إثبات قيامه بواجباته الزوجية المتمثلة في الإنفاق على زوجته و رعايتها خلال فترة فراره من الالتزام العسكري، فإنه و أمام غيابه عن جلسة الصلح التي من خلالها أعلنت المدعية عن رغبتها في التطليق بسبب غياب الزوج عنها مدة ثلاث سنوات و ثمانية أشهر و ذلك منذ فراره من الجيش الوطني الشعبي الذي كان عضوا فيه كطيار و أنه تم القبض عليه في الفترة الأخيرة، فإنه و بتفحص أوراق الملف لاسيما طلب الشطب من السجلات و التي ثبت من خلالها الإجراء التأديبي الذي تعرض إليه المدعى عليه بسبب فراره لمدة طويلة منذ 2000/05/30 و أن المدعية قدمت الدليل القاطع على ثبوت غياب الزوج عنها لمدة طويلة تجاوزت الثلاث سنوات فإنه يتعين الاستجابة لطلبها الرامي إلى التطليق لتأسيسه قانونا " .

#### ثانيا: جواز الطعن بالاستئناف

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أحكام التطليق قابلة للطعن فيها بالاستئناف، باعتبار هذا الأخير أحد طرق الطعن العادية في الأحكام القضائية، و الذي يطرح في حد ذاته مبدءا أساسيا من المبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي الجزائري ألا و هو مبدأ التقاضي على درجتين .

فالقاعدة العامة أن جميع الدعاوى ترفع أمام محكمة الدرجة الأولى و جميع أحكامها تكون ابتدائية، و من ثمة قابليتها للاستئناف أمام المجالس القضائية إلا ما استثنى بنص خاص، و تلك هي القاعدة المكرسة بمقتضى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و برروا ذلك بأن إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوج يعد طلاقا، و ما عدا ذلك فهو فسخ، و يترتب عن هذا التمييز أن الطلاق هو عمل ولائي و ليس للقاضي فيه إلا دور موثق بحيث يكشف عن إرادة الزوج و يكرسها لا غير باعتبار أن المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري أكدت أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي .

أما التطليق فيعد من صلب عمل القاضي، و بذلك فهو عمل قضائي بحت يختلف في التقدير من قاضي إلى آخر، لذلك و جبت رقابته من طرف قضاة الاستئناف و على هذا الأساس اعتبروا أحكام التطليق قابلة للاستئناف .

و يفهم من سياق نص المادة 48 من قانون الأسرة أن عبارة " ويتم بإرادة الزوج " تعود على الحل و ليس على الطلاق الذي يقع بناء على إرادة الزوج في حين أن التطليق و الخلع يعدان أيضا طريقان من طرق حل الرابطة الزوجية و يقعان بطلب من الزوجة<sup>(1)</sup>.

و قد صدر في هذا الإطار قرار بتاريخ 2004/12/26 قضى بتطليق المدعية من المدعى عليه جاء في عرض أسبابه ما يلي:

" حيث أن المدعية تلتزم المصادقة على محضر أداء اليمين و إلغاء الحكم المستأنف و من جديد الحكم بتطليقها من المدعى عليه طبقا للمادة 53 الفقرة 3 من قانون الأسرة و إلزامه بأدائه لها مبلغ ثلاثين ألف دينار جزائري ( 30 000 دج ) نفقة عدة و مبلغ ألفين دينار جزائري ( 2 000 دج ) شهريا نفقة إهمال من يوم رفع الدعوى الأولى. حيث أن المدعى عليه يلتزم مواصلة الحياة الزوجية و احتياطيا الطلاق بظلم منها و حرمانها من توابع العصمة ما عدا عدة.

حيث أنه بعد الإطلاع على أوراق الملف يتبين بأنه صدر حكم بتاريخ 2000/04/23 أمر المدعية بالرجوع إلى البيت الأصلي و أنه بعد الاستئناف أصدر المجلس قرار بتاريخ 2001/01/31 وجه اليمين إلى الزوجة على أن المدعى عليه هجرها في المضجع أكثر من أربعة أشهر.

حيث أن المدعية قامت بتنفيذ هذا القرار و أدت اليمين حسب المحضر المؤرخ في 2001/06/08 و بالتالي فإن دفع المدعى عليه غير مؤسسة، و يتعين الإشهاد للمدعية عن أدائها اليمين الموجه لها بقرار 2001/01/31 .

و حسب رأينا فإن الحكم بالتطليق تطبيقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري غير قابل للاستئناف فإذا كان دور القاضي في حالة الطلاق مقصورة على الحكم بما يطلبه الزوج دون أن يكون من حقه طلب توضيح الأسباب ولا يسبب حكمه إلا بسبب واحد و هو طلب الزوج و إصراره على الطلاق، أما في التطليق فإن دوره يتطلب تحقيقا جديا و مطابقة الوقائع على النص، بالإضافة إلى موازنته بين طلبات الزوجة و

(1) منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص 76 .

دفع الزوج، و أن يسبب حكمه تسبباً كافياً ليس فقط استناداً إلى طلبات الزوجة و إنما اعتماداً على ما له من سلطة تقديرية تحتمل الصواب أو الخطأ، لذلك ينبغي أن تكون هذه السلطة قابلة للرقابة بالطعن فيه بالاستئناف .

### الفرع الثاني: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع

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

### أولاً: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف و هذا ما نصت عليه المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري غير أن نص المادة ورد فيه استثناء من هذا المبدأ و هو أنه يجوز الطعن بالاستئناف في الجوانب المادية للحكم الصادر عن المحكمة بالخلع، فالمقرر قضاء أن توابع العصمة و الأشياء الخاصة بالزوجين و المرتبطة مباشرة بواقعة الطلاق يجوز المطالبة بها و لو في مرحلة الاستئناف و لا تعتبر طلباً جديداً<sup>(1)</sup> .

فالطعن بالاستئناف يعتبر طريقة من طرق الطعن العادية نصت عليه المواد من 332 إلى غاية المادة 338 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد .

و قد نصت المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد المتعلقة بميعاد الاستئناف على أنه: " يحدد أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد (01) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته .

و يمدد أجل الاستئناف إلى شهرين (02) إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار .

لا يسري أجل الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء أجل المعارضة" .

و بالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجد أنها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للاستئناف و ذلك عندما يطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن

(1) ملف رقم : 59140 بتاريخ : 19-03-1990، المجلة القضائية العدد 04، 1991، ص 121.

المجالس القضائية الفاصلة في الاستئناف المرفوعة ضد أحكام الخلع و انتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا و رفضها موضوعا .

و قبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشرة يؤكد أنها تعتبر أحكام الخلع نهائية. و قد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30 جويلية 1996 تحت رقم 141562 فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر في 14 ديسمبر 1994 عن محكمة الحراش مجلس قضاء الجزائر العاصمة إلى قبوله شكلا و رفضه موضوعا، استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الاقتضاء و ليس عقد رضائيا بين الزوجين.<sup>(1)</sup> لكن إلى جانب هذا الاتجاه يوجد اتجاه معاكس لذلك و هو ما سنراه فيما يلي :

### ثانيا : أحكام الخلع قابلة للاستئناف

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالاستئناف، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالاستئناف انتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بالتفريق بالخلع.

كما قبلت المحكمة العليا بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم محكمة الدرجة الأولى، و بعضها الآخر ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى و صرح من جديد بالتفريق بالخلع، و تكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمنا بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام، على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين عن تلك الدعوى، و اللافت للانتباه أن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعوى الخلع يجري على درجة واحدة لصرحت بنقض القرار المطعون فيه بدون إحالة<sup>(2)</sup>.

و نحن نرجح هذا الاتجاه باعتباره الأقرب للصواب ذلك أن كره الزوجة لزوجها في فترة ما و لظروف مؤقتة يجعلها تبغضه و لا تطيق عشرته، مما يدفعها لمخالعته إلا أنه و بزوال تلك الظروف قد تتدارك خطأها و تتدم على طلبها عندما يبرز لها جليا تفاهة تلك الأسباب التي دفعتها لطلب الفرقة و الانفصال، و هذا نظرا للفطرة الإنسانية التي زرعا الله في نفس الرجل و المرأة لاسيما هذه الأخيرة التي تغلب عليها العاطفة.

و حسب رأي المستشار عبد العزيز سعد في كتابه قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد بأنه: "إن حكم الطلاق في إطار الخلع، و إن كان يقبل الطعن بالنقض فإنه لا يقبل

(1) عمر زودة: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، (د، ط) ؛ دار النشر إنسكلوبيديا، ص 162.

(2) المرجع نفسه، ص 161.

أبدا الطعن فيه بطريقة الاستئناف، و ذلك تنفيذا لما نصت عليه المادة 57 المعدلة<sup>(1)</sup> التي جاء فيها أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف".

هذا و إنما تجدر الإشارة إليه هو أنه و إن كان من المقبول أن لا يقبل الطعن بالاستئناف الحكم بالطلاق الصادر بناء على الإرادة المنفردة للزوج باعتبار أن الزوج لا يلزم بتسبيب طلب الحكم بالطلاق فليس مفهوما جعل حكم التطليق لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 حكما غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، خاصة و أن الحكم بالتطليق يمكن أن يشتمل على أخطاء مادية و موضوعية، و يحتاج إصلاحها إلى إعادة النظر فيها من جهة قضائية لها صلاحية الفصل في الموضوع من جديد، أما و أن قانون الأسرة يحرم الزوجة أو الزوج من ممارسة حقهما في التقاضي على درجتين وفقا لقانون الإجراءات المدنية فإننا نعتقد أن هذا وضع غير سليم و يستوجب إعادة النظر فيه بقصد الإبقاء على حق المتقاضين في ممارسة إجراءات التقاضي على درجتين.<sup>(2)</sup>

أما بخصوص الطعن بالنقض الذي يعتبر من طرق الطعن غير العادية، و لا يقصد به إعادة النظر في الحكم المطعون فيه أمام المحكمة العليا بل يرمي إلى النظر فيما إذا كانت الجهات القضائية (المحاكم و المجالس القضائية) طبقت نصوص القانون و المبادئ القانونية بصفة سليمة، فالطعن بالنقض يكون على صحة تطبيق القانون و لا يمس الموضوع، فالمحكمة العليا ليس من صلاحياتها إعادة النظر في الدعاوى، بل مهمتها تقتصر على نقض الأحكام المخالفة للقانون.<sup>(3)</sup>

و قد جاءت المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، و حددت آجال الطعن بالنقض بنصها: "يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين (02) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا، و يمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (03) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار"

(1) المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري رقم 02-05 : "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية،

تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف"

(2) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 130، 131.

(3) محمد إبراهيم: الوجيز في الإجراءات المدنية، (د،ط)؛ الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ج2، ص238.

و حسب رأينا فإن الأحكام القضائية التي تقضي بحل الرابطة الزوجية من تطليق و خلع أنها تقبل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا لأن المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري جاءت فقط بعدم قابلية هذه الأحكام للطعن بالاستئناف و سكتت عن الطعن بالنقض.

### خلاصة الفصل

قد تبغض الزوجة زوجها، و لا تستطيع مواصلة الحياة الزوجية معه، فشرع لها طريقا للخلاص من الرابطة الزوجية عن طريق الافتداء و هو ما يعرف بالخلع، و ما نستخلصه أن الفقهاء اختلفوا في تعريفهم للخلع غير أنهم اتفقوا على أن الخلع هو إزالة ملك النكاح بلفظ الطلاق أو فيما معناه مقابل عوض تلتزم به الزوجة، و نجد أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا للخلع، إلا أنه عند دراستنا للموضوع و صلنا لتعريف قانوني للخلع: و هو أن تقتدي الزوجة من زوجها بمال تقدمه له ليطلقها بحكم قضائي سواء رضي به الزوج أو لم يرض، كما تعرضنا إلى تمييز الخلع عن غيره من صور الفرقة المشابهة له، فيتفق كل من الخلع و الطلاق على مال في أن كلاهما طلاق بائن، و قبول الزوجة للخلع و الطلاق على مال أمر لا بد منه، و كلاهما وجوب العوض الذي اتفق عليه الطرفان، و يختلفان في عدة أمور، كما يتفق الخلع و التطليق في كونهما طريقان لحل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة فالسبب الأساسي في حدوثهما الزوجة، و يختلفان من حيث أن طلب التطليق قيده بأسباب عشر حسب المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و يقع عبء الإثبات على الزوجة، أما الخلع فلم يقيد بأية أسباب و لا يقع على الزوجة عبء الإثبات، و هذا وفقا للمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري .

و قد دل على مشروعية الخلع في القرآن الكريم، و كذا سنة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم، و من هذه المصادر أجمع العلماء المسلمين على جواز الخلع دون خلاف. و الحكمة من مشروعية الخلع هو أن المرأة قد تبغض زوجها و تكره استمرار الحياة الزوجية معه لكثرة الخلافات بينهما، و عدم تمكنها من إقامة حدود الله و خوف الزوجة من التقصير في واجباتها الزوجية لذلك شرع لها الافتداء بمال تدفعه لزوجها، و ذلك مقابل طلاقها من زوجها الذي استحالت الحياة معه، و كذلك فإن الحكمة من مشروعية الخلع هي رفع الضرر عن المرأة.

كما يشمل الخلع أركان لا ينعقد إلا بتوافرها و هذه الأركان هي: الزوج، الزوجة، الصيغة، و البذل.

و يشترط في الزوج أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق، فقد اشترط الفقهاء العقل و البلوغ لأنه لا يصح الخلع من الصبي و المجنون و المعتوه، و يشترط في الزوجة أن تتمتع بأهلية التبرع و أن تكون بالغة، عاقلة، راشدة، غير محجور عليها، أما بالنسبة لركن العوض فهو أساس في الخلع و لا يتم بدونه، و هو كل مال متقوم، و اتفق الفقهاء على أن كل ما يصلح أن يكون مهرا يصلح عوضا في الخلع، و اختلفوا في مقدار العوض في الخلع، كما اختلف الفقهاء في تحديد صيغته و يكون بالألفاظ: خالعتك، باينتك، بارأتك، و المشرع الجزائري لم يحدد أركان الخلع، فليس بإمكاننا سوى استنباطها من المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري التي اعتبرت أن الخلع لا تعتبر فيه إرادة الزوج، كما جعل السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مقدار العوض على أن لا يتجاوز مهر المثل وقت الحكم.

كما اختلفت طبيعة الخلع عند فقهاء المذاهب الأربعة، فبعضهم يراه يمينا من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة، و منهم من يرى أنه معاوضة من الجانبين، أما القانون فلم يحدد طبيعة الخلع إلا أنه اعتبره غير رضائي فهو يقع دون موافقة الزوج.

و اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالخلع فهناك من اعتبره فسخا و منهم من اعتبره طلاقا، أما المشرع الجزائري لم يورد أي نص بخصوص نوع الفرقة الواقعة بالخلع مما يوجب الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي، و عند تحليلنا نعتبر أن نوع الفرقة الواقعة بالخلع طلاقا بائنا و ليس رجعيا؛ لأنه لو نجعله رجعيا فإننا نقضي على الغرض الذي يشرع من أجله، و ما دام الخلع بائن فإنه قبل الحكم به لا بد من إجراء جلسة صلح بين الزوجين قبل الحكم بالخلع، و عليه فإن أي حكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح يجعل هذا الحكم قابلا للطعن لأن القضاء بمخالفة هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، و بعد فشل محاولات الصلح يصدر القاضي الحكم بالخلع.

و قبل النطق بالحكم بالطلاق بالخلع يقوم القاضي بإجراء محاولات الصلح، و ذلك دون أن يتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، و في حال فشل محاولات الصلح يحرر القاضي محضرا يبين فيه نتائج محاولات الصلح و يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين ثم يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية للنطق بالحكم بالطلاق.

أما طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن التطليق و الخلع فحسب نص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري فلا يمكن الطعن فيها بطريق الاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، و لكنه لم يشر إلى إمكانية الطعن بالنقض من عدمه، و حسب رأينا مادام المشرع الجزائري سكت عنها فإن الأحكام القضائية التي تقضي بحل الرابطة الزوجية من تطليق و خلع فإنها تقبل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

خاتمة

جعل الإسلام العصمة الزوجية بيد الرجل، و أعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته متى شاء، و لكن بالمقابل لم يهمل جانب المرأة في ذلك، بل شرع لها طريقين للخلاص من هذه الرابطة بطلب منها إذا ما استحالت الحياة الزوجية بينهما و على ذلك سار المشرع الجزائري في المادتين ( 53 و 54) من قانون الأسرة الجزائري و اللتين تناولتا موضوعي التطليق و الخلع.

فالأول يتم اللجوء إليه في حالة توفر سبب من الأسباب العشر الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و عند توفر ذلك لا يبقى أمام الزوجة سوى اللجوء إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها، و ما عليها إلا إثبات ذلك بأي وسيلة من وسائل الإثبات، و تبقى السلطة التقديرية للقاضي في تكييف ذلك و قبول طلبها.

أما الطريق الثاني المتمثل في الخلع فيتم اللجوء إليه في حالة كرهها لزوجها، و خوفها من عدم إقامة حدود الله، لتفتدي نفسها مقابل مبلغ من المال تدفعه له كتعويض عما دفعه لها من مهر حتى لا يضار هو الآخر من تلك الفرقة، إلا أنه عند دراستنا لموضوعي التطليق و الخلع تبين لنا أن المشرع الجزائري ترك لنا الكثير من الأمور المتعلقة بهما في حالة غموض، مما نتج عنه تناقض أحكام المحاكم و المجالس القضائية، و كذا تذبذب الاجتهاد القضائي على مستوى المحكمة العليا.

و عند دراستنا لهاذين الموضوعين سجلنا بعض النتائج نوردها في الآتي:

- أعطى المشرع الجزائري للمرأة حقها في مجال الطلاق، حيث أجاز للزوجة طلب التطليق، و هذا على ضوء المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري بفقراتها العشر بموجب حالات وضعها المشرع مؤسسة و مؤصلة بقواعد و أحكام من مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، كما أجاز لها بعد تعديل 2005 الحق في طلب الخلع بإرادتها المنفردة.

- الإحالة من المشرع إلى أحكام و مبادئ الفقه الإسلامي، و آراء الفقهاء، في كل ما لم يتم النص عليه في قانون الأسرة الجزائري.

- كما نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق في حالة التطليق لعدم الإنفاق بين الامتناع عمدا عن الإنفاق المقرر قانونا و شرعا و عدم القدرة المالية، و كذلك بين حالة الزوجة الغنية و الفقيرة، كما أنه لم يحدد المدة التي لا ينفق الزوج عمدا عن الزوجة و يقصد الإضرار بها، و إن كان قد ورد ذكرها في المادة 331 من قانون العقوبات.

- إن حصر العيوب الموجبة للتطليق في تلك التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج و هي: العيوب التناسلية و العيوب المعدية، وسكت عن العيوب الأخرى التي لا تحول دون تحقيق الهدف من الزواج و لكنها منفرة، كما أنه لم يفرق بين حالة علم الزوجة بالعيوب عند العقد و رضاها به بعد الدخول، و حالة إخفاء الزوج لذلك العيب و علمها به بعد الدخول، فترك الأمر مبهما، كما سكت عن سقوط حق الزوجة في طلب التطليق في حالة العلم بالعيوب قبل العقد و حالة الرضا بعد الدخول و اكتشاف العيب، كان من المستحسن أن ينص المشرع الجزائري على منح مدة للزوج الذي به عيب يرجى برؤءه، مهلة لعلاج مرضه حتى نتفادى أبغض الحلال إلى الله.

- نص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من قانون الأسرة الجزائري على الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر كسبب من أسباب طلب التطليق، و عند مقارنة هذه الحالة بالإيلاء نجد أن كلاهما هجر للمضجع إلا أن أحدهما بحلف و هو الإيلاء و الآخر بدون حلف، و بخصوص الإيلاء فإن المشرع الجزائري لم ينص عليه صراحة و هنا نتساءل: هل يجوز للزوجة أن تعتمد على نص المادة 53 فقرة 3 لرفع دعوى التطليق إذا حلف الزوج بأن لا يقربها مدة أربعة أشهر فأكثر؟ فحسب رأينا بما أن نص المادة 53 فقرة 3 جاء عاما فيمكن الاستناد إليه في رفع دعوى التطليق و للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في ذلك.

- إن مسألة منح الزوجة الحق في طلب التطليق من زوجها في الحالة التي لا يخبرها فيها بعزمه على الزواج من ثانية، و في هذه الحالة يكون المشرع الجزائري قد افترض حتما وجود الضرر لتعدد الزوجات في حين أنه لم يقع، و نحن نعلم أن الله قد يجعل في ذلك خيرا للزوجتين.

- المشرع الجزائري في الفقرة 5 من المادة 53 لم يبين المقصود من الغيبة هل الغيبة القريبة أم البعيدة، أم الغيبة المعلومة أم المجهولة، كما أنه لم ينص على إنذار الزوج الغائب و منحه أجلا، و إن مجرد غياب الزوج عن زوجته مدة سنة يقع الضرر مثلما أشار إلى ذلك الفقه المالكي حتى و إن كان ينفق عليها فهذا لا ينفي الضرر المعنوي من بعد الزوج عن زوجته، و لا ندري لماذا ربط المشرع الغياب مع عدم الإنفاق مع أنه نص على عدم الإنفاق في الفقرة الأولى من المادة 53، و لذلك كان على المشرع الجزائري أن

ينص على أن مدة السنة كافية لوقوع الضرر، و إثبات الغياب بكل الطرق القانونية، و لم يشر إلى حدوث ظروف قاهرة تفسر غياب الزوج.

- يجب عدم الخلط بين حالة الغائب و المفقود، لأن الغائب من يكون معلوم المكان و محقق الحياة، بينما المفقود يكون مجهول المكان و الحياة، و نجد المشرع الجزائري في المادة 53 لم يشر إلى حالة طلب التطلق بسبب الفقد، إلا أنه بالرجوع إلى مواد قانون الأسرة الجزائري نجد المادة 112 منه قد أحالتنا على الفقرة 05 من المادة 53، وحينئذ فلزوجة الغائب و المفقود أن تطلب التطلق بناء على الفقرة 05 من المادة 53.

- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية: هذه الحالة استحدثت بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005 فالمشرع حذف مدة السنة التي أشار إليها قبل التعديل، و لم يحددها بمدة معينة و أضاف أوصاف أخرى، و هذا ما لا يتوافق مع ما توصل إليه الفقهاء من أن العبرة بالمدة التي لا تستطيع الزوجة الصبر على زوجها، فالمشرع يرى أن العبرة في الضرر من الجريمة التي تكون ماسة بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية و ليس بمدة الحكم عن الجريمة.

- ارتكاب فاحشة مبينة: هذه الحالة انفرد بها المشرع الجزائري دون غيره من التشريعات العربية و الإسلامية، و نلاحظ أن هذه الحالة تكرارا لما جاء في الفقرة 04 و 10 من المادة 53.

- الشقاق المستمر بين الزوجين، و مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فهاتين الحالتين استحدثتا بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005 ، فالأولى جاءت نتيجة اجتهاد قضائي، و لصعوبة معرفة الشخص المتضرر من الطرفين مما يجعل السلطة التقديرية للقاضي واسعة في إثبات الضرر، أما الحالة الثانية مصدرها الشريعة الإسلامية و سلطة القاضي هنا مقيدة بمخالفة الشروط الموجودة في عقد الزواج.

- نلاحظ أن المشرع الجزائري في حالة التطلق لكل ضرر معتبر شرعا لم يعرف الضرر و جاء مصطلح الضرر واسعا و غير محدد، فالمشرع الجزائري لم يحدد المعيار الذي بواسطته يمكننا التمييز بين السلوك الضار و السلوك غير الضار إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها، فالمشرع منح للمرأة حماية واسعة من خلال هذه الفقرة فالمصطلح

جاء عاما و غير محدد يمكن أن يشمل كل تصرف يضر بالمرأة كالعنف الجسدي الذي يمكن أن تتعرض له بحجة التأديب وغير ذلك من المعاملات التي تضر بالمرأة.

- توسع المشرع الجزائري في حالات التطلاق، و هذا تبعا لسياسته التشريعية في حماية حقوق المرأة و إعطائها الوسائل القانونية التي يمكنها بواسطتها دفع الضرر عن نفسها؛ لأنه نجد الكثير من الرجال يتعسفون في استعمال هذا الحق إذا ما كانت الزوجة متضررة من هذه الحياة الزوجية، و بهذا جاءت هذه الحالات العشر كحل لخلاص الزوجة من حياة زوجية صارت تبغضها، و لكن بعد إثباتها لذلك بكل و سائل الإثبات، و تبقى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير ذلك الفعل ضار أم لا.

- و بخصوص موضوع الخلع فإن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع و لم يضبط حتى مفهومه و اكتفى فقط بذكر أنه يتم بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، و من ثم لا تحتاج لموافقة الزوج لإنهاء الرابطة الزوجية، و الأكثر من هذا أن القاضي نفسه لا يمكنه رفض طلبها، و ليست له أية سلطة تقديرية في ذلك، و كل ما يملكه هو التأكد من رغبتها في الخلع و ردها المهر، و هذا التصور الجديد للخلع يجد أصله -في نظرنا- فيما كتبه القاضي ابن رشد -رحمه الله- عندما اعتبر الخلع بيد المرأة كمقابل للطلاق بيد الرجل، و لا شك عندنا أن هذا التصور مخالف لاتفاق الفقهاء من أن الخلع عقد رضائي لا يتم إلا بموافقة الزوج.

- إن قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله الأخير أدى إلى تذبذب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا فتارة يتجه نحو اشتراط موافقة الزوج و تارة أخرى يتجه إلى عدم اشتراط ذلك بحيث لا يسمح للدارس في القانون أن يأخذ فكرة مستقرة حول موضوع الخلع في قانون الأسرة الجزائري، و لهذا عدلت المادة 54 منه و ألغت موافقة الزوج لإزالة هذا الغموض وحتى لا يكون هناك تناقض في اجتهادات المحكمة العليا.

- فيما يتعلق بإجراء الصلح سواء في مجال التطلاق أو الخلع، فنلاحظ غياب وثيقة محضر استحالة الصلح و هذا في حالة تعذر إجراء الصلح لغياب المدعى عليه، أو عليها، عن الجلسات بعد احترام المدة المقررة للصلح و هي ثلاثة (03) أشهر، فإنه يستوجب على القاضي أن يحرر محضرا يشير فيه، إلى استحالة الصلح بين الطرفين لغياب

أحدهما، و ذلك للتمكين في الفصل في القضية، لأن الكثير من القضاة في الميدان التطبيقي عندما يعجزون عن الإصلاح يرفضون الدعوى شكلا لعدم إجراء الصلح.

و عليه فإنه في نظرنا يتنافى هذا و شرط المصلحة في الفقه الإسلامي.

- أما عن إجراء التحكيم المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، فالمشروع الجزائري لم يعطه حقه.

- جاءت المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري بعدم قابلية الأحكام المتعلقة بالتطبيق و الخلع للاستئناف، إلا أننا ننتقد هذه المادة لأنه ممكن أن تكون هناك أخطاء مادية و موضوعية يجب الاستئناف لتصحيحها.

- يعتبر قانون الإجراءات المدنية المرجعية الإجرائية لقضايا الطلاق في غياب قانون إجرائي خاص بقانون الأسرة.

و ما لاحظناه من خلال دراستنا لهذا الموضوع أن المشروع الجزائري لم يهتم بما فيه الكفاية بموضوعي التطبيق و الخلع، فقد أغفل الكلام حول العديد من المسائل، مما يستوجب منا بعد هذه الدراسة عرض بعض الاقتراحات:

- نقترح إعادة النظر في فقرات المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري بإضافة مواد مكملة لها؛ و ذلك لسد الثغرات القانونية السابق ذكرها، لأنه في كل مرة يتم الرجوع لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري في كل ما لم يوجد نص فيه نعتقد أنه غير كاف على الأقل عمليا؛ لأننا لا نضمن الثقافة الفقهية الإسلامية في قضائنا مع صعوبة تشعب الفقه الإسلامي و كثرة المسائل الخلافية فيه، فالقاضي يكون هنا العمل عليه ثقیل جدا إلى درجة أنه ينعكس على الأحكام القضائية المتناقضة.

- نقترح حذف الفقرة 07 من المادة 53 المتعلقة بارتكاب فاحشة معينة لأنها تكرر لما جاء في الفقرة 04 و 10 من نفس المادة.

- نص وحيد في الخلع يظل عاجزا على الإحاطة بكل جزئيات الموضوع، و عليه نقترح لو تم إضافة نصوص قانونية أخرى مكملة لسد النقص و توحيد الآراء المختلفة، لكي يسهل على القاضي تطبيق النصوص القانونية حتى لا يحدث تضارب في القرارات و الاجتهادات القضائية.

- ضرورة تحديد ضوابط للخلع تجاه الزوجة حتى لا يكون هناك استغلال لهذا النظام الإسلامي و تتخذة الزوجة مطية لكي تتلاعب بأحكام الأسرة، و يفتح لها المجال للابتزاز و التعسف.
- ضرورة تحرير محضر من طرف القاضي بعدم الصلح، و هذا في حالة فشل أو استحالة المصالحة.
- كما نقترح إضافة مواد جديدة في قانون الأسرة الجزائري توضح دور الحكّمين، و الإجراءات الواجب اتخاذها في حالة عدم التوفيق في الإصلاح بين الزوجين.
- تعديل المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري و ذلك بقابلية الأحكام الصادرة في دعاوى التطلق و الخلع للاستئناف.
- إنشاء قانون إجرائي خاص، يطلق عليه بقانون إجراءات الأحوال الشخصية، ينظم منازعات الأسرة، نظرا لطبيعة و خصوصية النزاع، و حماية لحقوق المتقاضين، و أيضا تسهيلا لمهمة قاضي الأحوال الشخصية في هذا المجال، بدلا من البحث في إجراءات التقاضي المبعثرة بين طيات قانون الإجراءات المدنية المتقل بالقوانين.
- بهذا الجهد المتواضع أرجو من الله تعال أن أكون قد وفقت في إنجاز هذه المذكرة و لو بنسبة قليلة.

-تم بحمد الله تعالى-

# مصادر و مراجع

\* القرآن الكريم برواية حفص.

- 01- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- 02- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.
- 03- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

- مصادر:

- 01- ابن أبي شيبة أبو بكر عبد الله بن محمد: المصنف في الأحاديث و الآثار، الطبعة الأولى؛ الرياض: مكتبة الرشد، ج4.
- 02- ابن الجارود عبد الله بن علي أبو محمد النيسابوري: المنتقى من السنن المسندة، الطبعة الأولى؛ بيروت: مؤسسة الكتاب الثقافية، 1988، ج1.
- 03- ابن الجوزي عبد الرحمان بن علي بن محمد أبو الفرج: التحقيق في أحاديث الخلاف، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ج2.
- 04- ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله: أحكام القرآن، الطبعة الثالثة؛ بيروت- لبنان: دار المعرفة، 1972، ج1.
- 05- ابن الهمام الحنفي كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي: شرح فتح القدير، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، ج4.
- 06- ابن بلبان محمد بن بدر الدين الدمشقي: أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار البشائر الإسلامية، ج1.
- 07- ابن تيمية أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم: الفتاوى الكبرى، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار المعرفة، ج3.

- 08- ابن تيمية أحمد عبد الحلیم الحراني أبو العباس: كتب و رسائل و فتاوى ابن تيمية في الفقه، (د،ط)؛ مكتبة ابن تيمية، ج.20.
- 09- ابن تيمية تقي الدين أحمد: الاختيارات الفقهية، الطبعة الثانية؛ دار إحياء التراث العربي.
- 10- ابن تيمية عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الحراني: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الثانية؛ الرياض: مكتبة المعارف، ج.2.
- 11- ابن حجر أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني الشافعي: فتح الباري شرح صحيح البخاري، (د،ط)؛ بيروت: دار المعرفة، ج.9.
- 12- ابن حجر أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني: تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، الطبعة الأولى؛ 1964، ج.3.
- 13- ابن حجر أحمد بن علي العسقلاني أبو الفضل: الدراية في تخريج أحاديث الهداية، (د،ط)؛ بيروت: دار المعرفة، ج.2.
- 14- ابن رشد القرطبي محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الطبعة الرابعة؛ مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1975، ج.2.
- 15- ابن رشد محمد بن أحمد: المقدمات الممهدة .... بهامش المدونة، (د،ط)؛ دار الفكر، ج.2، ص 104.
- 16- ابن ضويان إبراهيم بن محمد بن سالم: منار السبيل في شرح الدليل، الطبعة الثانية؛ الرياض: مكتبة المعارف، ج.2.
- 17- ابن عابدين أحمد بن عبد الغني: حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية؛ بيروت: دار الفكر، 1966، ج.3.
- 18- ابن عابدين محمد أمين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1994، ج.5.
- 19- ابن عاشور محمد الطاهر: التحرير و التنوير، (د،ط)؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1984، ج.5.
- 20- ابن عبد البر النمري أبو عمر يوسف بن عبد الله: التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسانيد، (د،ط)؛ المغرب: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، ج.23.

- 21- ابن قدامة عبد الله بن أحمد المقدسي أبو محمد: الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، الطبعة الخامسة؛ بيروت: المكتب الإسلامي، 1988، ج3.
- 22- ابن قدامة عبد الله بن أحمد المقدسي: عمدة الفقه، (د،ط)؛ الطائف: مكتبة الطرفين، ج1.
- 23- ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود: المغني على مختصر عمر بن أحمد الخرقى، (د،ط)؛ الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ج7.
- 24- ابن كثير إسماعيل بن عمر الدمشقي أبو الفداء: تفسير القرآن العظيم، (د،ط)؛ بيروت، ج1.
- 25- ابن كثير عماد الدين أبو الفداء إسماعيل القرشي الدمشقي: تفسير القرآن العظيم، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار الأندلس، ج1.
- 26- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، (د،ط)؛ مصر: دار إحياء الكتب العربية، ج1.
- 27- ابن ماجه محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني: سنن ابن ماجه، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج2.
- 28- ابن مفلح أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن عبد الله بن محمد المؤرخ الحنبلي: المبدع في شرح المقنع، الطبعة الأولى؛ دمشق: المكتب الإسلامي، 1979، ج8.
- 29- ابن موسى خليل بن إسحاق المالكي: مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج1.
- 30- ابن يوسف مرعي الحنبلي: دليل الطالب على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، الطبعة الثانية؛ بيروت: المكتب الإسلامي، ج1.
- 31- ابن القاسم الغزى: حاشية العلامة الفاضل و القدوة الكامل الشيخ إبراهيم البيجوري، (د،ط)؛ مصر: مطبعة مصطفى الحلبي، ج2.
- 32- ابن القيم الجوزي أبو عبد الله: زاد المعاد في هدي خير العباد، (د،ط)؛ ج4.
- 33- أبو البركات مجد الدين: المحرر في الفقه، الطبعة الثانية؛ الرياض- المملكة العربية السعودية: مكتبة المعارف، 1984، ج2.
- 34- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني: سنن أبو داود، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج1.

- 35- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني: سنن أبو داود، الطبعة الأولى؛ القاهرة: مطبعة مصطفى الحلبي، ج.2
- 36- أبو يحيى زكرياء الأنصاري: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار المعرفة، ج. 2.
- 37- الألوسي محمد أبو الفضل: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم و السبع المثاني، (د،ط)؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج.2
- 38- الباجي أبو الوليد سليمان: المنتقى شرح الموطأ، (د،ط)؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ج.7.
- 39- البجيرمي سليمان بن أحمد: تحفة الحبيب على شرح الخطيب، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، 1981، ج.3.
- 40- البجيرمي سليمان بن عمر بن محمد: حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد)، (د،ط)؛ ديار بكر- تركيا: المكتبة الإسلامية.
- 41- البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي: الجامع الصحيح المختصر، الطبعة الثالثة؛ بيروت: دار ابن كثير، 1987، ج.5.
- 42- البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي: صحيح البخاري، (د،ط)؛ مصر: إدارة الطباعة المنيرية، ج.7.
- 43- البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل: صحيح البخاري مع شرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، الطبعة الأولى؛ دار المنار، 1999، ج.4.
- 44- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس: شرح منتهى الإرادات، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: مؤسسة الرسالة، 2000، ج.5.
- 45- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس: كشف القناع عن متن الإقناع، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: عالم الكتب، 1997، ج.4.
- 46- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس: الروض المربع شرح زاد المستقنع، (د،ط)؛ الرياض- المملكة العربية السعودية: مكتبة الرياض الحديثة، ج.3.
- 47- البيهقي أبو بكر محمد بن الحسين بن علي: السنن الكبرى، الطبعة الأولى؛ دار المعرفة، ج.7.

- 48- الترمذي محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي: الجامع الصحيح سنن الترمذي، (د،ط)؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج3.
- 49- التسولي أبو الحسن علي بن عبد السلام: البهجة في شرح التحفة، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار الفكر، ج1.
- 50- التتوخي سحنون عبد السلام بن سعيد : المدونة الكبرى، (د،ط) ؛ بيروت: دار الفكر، 1986، ج2.
- 51- الجرجاني علي بن محمد بن علي: التعريفات، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ج1.
- 52- الجصاص أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي: أحكام القرآن، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار الكتاب العربي، ج2.
- 53- الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الطبعة الثالثة؛ دار الفكر، 1992، ج4.
- 54- الحطاب أبو عبد الله محمد: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الطبعة الثانية؛ بيروت: دار الفكر، 1978، ج6.
- 55- الخرشي أبو عبد الله محمد المالكي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار صادر، ج3.
- 56- الدارقطني علي بن عمر: السنن، الطبعة الرابعة؛ عالم الكتب ، 1986، ج2.
- 57- الدارقطني علي بن عمر: سنن الدارقطني، (د،ط)؛ القاهرة: دار المحاسن للطباعة، 1966، ج4.
- 58- الدارقطني علي بن عمر أبو الحسن البغدادي: سنن الدارقطني، (د،ط)؛ بيروت: دار المعرفة، 1966، ج3.
- 59- الدردير أحمد: الشرح الصغير، (د،ط)؛ الجزائر: مؤسسة العصي، ج2.
- 60- الدسوقي شمس الدين الشيخ محمد عرفة : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (د،ط)؛ مصر: مطبعة مصطفى محمد، ج2.
- 61- الرازي زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: مختار الصحاح، (د،ط)؛ مؤسسة الرسالة، 1988.

- 62- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: مختار الصحاح، (د،ط)؛ بيروت: مكتبة لبنان، 1995، ج1.
- 63- الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن هشام: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (د،ط)؛ دار الكتب العلمية العلمية، 1993، ج6.
- 64- الزركشي شمس الدين محمد بن عبد الله المصري الحنبلي: شرح الزركشي على مختصر الخرقى، الطبعة الأولى؛ الرياض: مكتبة العبيكان، 1993، ج5.
- 65- الزيلى عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي: نصب الراية لأحاديث الهداية ، (د،ط)؛ مصر: دار الحديث، ج3.
- 66- السرخسي شمس الدين: المبسوط، الطبعة الثانية؛ بيروت- لبنان: دار المعرفة، ج5.
- 67- السغدي علي بن الحسين بن محمد: النتف في الفتاوى، الطبعة الثانية؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ج1.
- 68- السمرقندي محمد بن أحمد بن أبي أحمد: تحفة الفقهاء، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ج2.
- 69- السيواسي محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، الطبعة الثانية؛ بيروت: دار الفكر، ج4.
- 70- السيوطي عبد الرحمان بن أبي بكر: الأشباه و النظائر، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ج1.
- 71- الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس: الأم، (د،ط)؛ بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ج7.
- 72- الشربيني محمد الخطيب: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج2.
- 73- الشربيني محمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (د،ط)؛ مصر: مطبعة مصطفى الحلبي، 1958، ج3.
- 74- الشوكاني محمد بن علي بن محمد: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ج2.

- 75- الشوكاني محمد بن علي بن محمد: نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، (د،ط)؛ بيروت: دار الجيل، ج7.
- 76- الشوكاني محمد بن علي: فتح القدير الجامع بين فني الرواية و الدراية من علم التفسير، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج1.
- 77- الشوكاني محمد بن علي بن محمد: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الطبعة الأولى؛ دار السلام، 1998، ج1.
- 78- الشيباني محمد بن الحسن أبو عبد الله: الجامع الصغير و شرحه النافع الكبير، الطبعة الأولى؛ بيروت: عالم الكتب، ج1.
- 79- الشيباني محمد بن الحسن أبو عبد الله: الحجة على أهل المدينة، الطبعة الثالثة؛ بيروت: عالم الكتب، ج4.
- 80- الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق: المهذب في فقه الإمام الشافعي، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج2.
- 81- الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي أبو إسحاق: التنبيه في الفقه الشافعي، الطبعة الأولى؛ بيروت: عالم الكتب، ج1.
- 82- الصابوني محمد علي: مختصر تفسير ابن كثير، (د،ط)؛ البليدة- الجزائر: قصر الكتاب، 1990، ج1.
- 83- الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير: سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الطبعة الرابعة؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج3.
- 84- الطبري بن جعفر محمد بن جرير: جامع البيان في تفسير القرآن، (د،ط)؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1989.
- 85- الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن خالد أبو جعفر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج2.
- 86- العدوي علي الصعيد: كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، (د،ط)؛ مطبعة محمد عاطف.
- 87- العظيم آبادي أبو الطيب محمد شمس الحق: عون المعبود شرح سنن أبي داود، الطبعة الثانية؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ج6.

- 88- العيني بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد: عمدة القارئ في شرح صحيح البخاري، (د،ط)؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج2.
- 89- الغرناطي أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي: تحفة الحكام، (د،ط)؛ ج 1.
- 90- الغزالي محمد بن محمد بن محمد أبو حامد: الوسيط في المذهب، الطبعة الأولى؛ القاهرة: دار السلام، ج5.
- 91- القسطلاني أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد: إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، الطبعة الثامنة؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1983، ج8.
- 92- القيرواني بن أبي زيد: زاد المعاد في هدي خير العباد، (د،ط)؛ بيروت- لبنان، دار الكتاب العربي، ج5.
- 93- الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1997، ج3.
- 94- الكوهجي عبد الله: زاد المحتاج بشرح المنهاج، (د،ط)؛ قطر: وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية، ج3.
- 95- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري: الحاوي الكبير، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1994، ج11.
- 96- المرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد السعدي الحنبلي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1997، ج9.
- 97- المرغيناني علي بن أبي بكر بن عبد الجليل أبو الحسن: الهداية شرح بداية المبتدي، (د،ط)؛ بيروت: المكتبة الإسلامية، ج2.
- 98- المرغيناني علي بن أبي بكر بن عبد الجليل: متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، الطبعة الأولى؛ القاهرة: مطبعة محمد علي صبيح، ج1.
- 99- المروزي محمد بن نصر أبو عبد الله: اختلاف العلماء، الطبعة الثانية؛ عالم الكتب، ج1.
- 100- المقدسي بهاء الدين عبد الرحمان بن إبراهيم: العدة في شرح العمدة، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: مؤسسة الرسالة، 2001، ج2.

- 101- المقدسي بهاء الدين عبد الرحمان: العدة شرح العمدة في فقه أهل السنة أحمد بن حنبل الشيباني، (د، ط)؛ بيروت: دار الفكر.
- 102- المقدسي محمد بن مفلح أبو عبد الله: الفروع و تصحيح الفروع، (د، ط)؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ج5.
- 103- المنهجي محمد بن أحمد الأسيوطي: جواهر العقود و معين القضاة و الموقعين و الشهود، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1996، ج2.
- 104- النسائي أبو عبد الرحمان بن شعيب: سنن النسائي، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار الفكر، 1978، ج6.
- 105- النفراوي أحمد بن غنيم بن سالم المالكي: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، (د، ط)؛ بيروت: دار الفكر، ج2.
- 106- النفراوي أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا المالكي الأزهري: الفواكه الدواني، (د، ط)؛ مطبعة مصطفى البابي، 1955، ج2.
- 107- النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف: كتاب المجموع شرح المذهب للشيرازي، (د، ط)؛ دار إحياء التراث العربي، 1995، ج17.
- 108- النووي يحيى بن شرف بن مري أبو زكريا: تحرير ألفاظ التنبيه (لغة الفقه)، الطبعة الأولى؛ دمشق: دار القلم.
- 109- النووي أبو زكريا يحيى: شرح صحيح مسلم، (د، ط)؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج8.
- 110- النيسابوري أبو عبد الله الحاكم: المستدرک على الصحيحين، (د، ط)؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ج2.
- 111- أحمد بن قاسم اليماني: التاج المذهب، (د، ط)؛ القاهرة: مطبعة الحلبي، 1938، ج2.
- 112- بدر الدين العيني الحنفي محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الحسين: البناية شرح الهداية، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 2000، ج5.
- 113- حافظ الدين النسفي أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (د، ط)؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، ج4.

- 114- صالح عبد السميع الأبى الأزهرى: جواهر الإكليل، (د، ط)؛ دار إحياء الكتب العربية، ج 1.
- 115- عبد الغنى الغنىمى الدمشقى المىدانى الحنفى: اللباب فى شرح الكتاب، (د، ط)؛ بيروت- لبنان: المكتبة العلمىة، ج 3.
- 116- عبد السميع الأبى الأزهرى: الثمر الدانى شرح رسالة ابن أبى زىد القىروانى، (د، ط)؛ بيروت- لبنان: دار الفكر للطباعة.
- 117- عبد الوهاب بن على بن ناصر المالكى: المعونة على مذهب عالم المىنة مالك بن أنس، (د، ط)؛ المكتبة التجارىة.
- 118- عثمان بن حسن بن برى الجعلى المالكى: سراج السالك شرح أسهل المسالك، (د، ط)؛ الجزائر: مؤسسه العصى للمنشورات الإسلامىة، ج 2.
- 119- مالك بن أنس: الموطأ، الطبعة الأولى؛ دار الفكر، 1989.
- 120- محمد إبراهيم بن أبى اليمى الحنفى: لسان الحكام فى معرفة الأحكام، الطبعة الثانىة؛ القاهرة: مطبعة الباب الحلبى، 1973، ج 1.
- 121- محمد بن أحمد بن أبى بكر بن فرح أبو عبد الله: الجامع لأحكام القرآن، الطبعة الثانىة؛ القاهرة: دار الشعب، ج 3.
- 122- محمود بن أحمد أبو المناقب: تخرىج الفروع على الأصول، الطبعة الثانىة؛ بيروت: مؤسسه الرسالة، ج 3.
- 123- مسلم أبو الحسن بن الحجاج بن مسلم القشبرى النىسابورى: صحىح مسلم مع شرح الإمام النووى، الطبعة الأولى؛ دار المنار، 1997، ج 9.

### مراجع:

- 01- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم: الوسىط فى شرح قانون الأحوال الشخصىة، الطبعة الأولى؛ الأردن: دار الثقافة للنشر و التوزىع، 1999.
- 02- إبراهيمى محمد: الوجىز فى الإجراءات المدىنة، (د، ط)؛ الجزائر: دىوان المطبوعات الجامعىة، 2001، ج 2.
- 03- أبو زهرة محمد: الأحوال الشخصىة، الطبعة الثانىة؛ دار الفكر العربى، القاهرة.

- 04- الجندي أحمد نصر: شرح قانون الأسرة الجزائري، (د،ط)؛ مصر: دار الكتب القانونية ، 2009.
- 05- الجندي أحمد نصر: من فرق الزوجية الخلع- الإيلاء- الظهار- اللعان، (د، ط)؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2009.
- 06- الجندي أحمد نصر: موسوعة الأحوال الشخصية، (د،ط)؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2006، ج1.
- 07- الدريني فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثالثة ؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1981.
- 08- الذهبي شمس الدين: الكبائر، (د،ط)؛ بيروت: دار الفكر.
- 09- الربيع وليد خالد: الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى؛ الأردن: دار النفائس، 2007.
- 10- الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي و أدلته، (د، ط)؛ الجزائر: دار الفكر، 1992، ج7، ص 509.
- 11- الزبياري عامر سعيد: أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى ؛ بيروت: دار ابن حزم، 1997.
- 12- السباعي مصطفى: شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة التاسعة؛ دمشق: دار النيربين، 2001، ج1.
- 13- السيد سابق: فقه السنة، الطبعة السابعة؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1985، ج2.
- 14- الشافعي أحمد محمود: الطلاق و حقوق الأولاد و الأقارب، ( د، ط)؛ بيروت: الدار الجامعية، 1987.
- 15- الصابوني عبد الرحمان: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية؛ دار الفكر.
- 16- الصابوني عبد الرحمان: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطبعة الخامسة؛ دمشق، 1979، ج2.
- 17- الغندور أحمد: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، الطبعة الثانية؛ بيروت: دار النفائس، 1982.

- 18- الغندور أحمد: الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون، الطبعة الأولى؛ مصر: دار المعارف، 1967.
- 19- الغوثي بن ملح: قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الثانية؛ بن عكنون- الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.
- 20- الفقي عمرو عيسى: التطبيق في الأحوال الشخصية للمسلمين و غير المسلمين، (د،ط)؛ مطبعة المجموعة المتحدة، 1998.
- 21- المشني منال محمود: الخلع في قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى؛ عمان - الأردن : دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2008.
- 22- المصري مبروك: الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، (د،ط)؛ الجزائر: دار هومه، 2010.
- 23- باوني محمد: عقد الزواج وآثاره، الطبعة الأولى؛ قسنطينة - الجزائر: منشورات مكتبة اقرأ، 2009.
- 24- بدران أبو العينين بدران: أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام، الطبعة الثالثة؛ دار المعارف، 1966.
- 25- بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن لأحوال الشخصية، (د،ط)؛ بيروت: دار النهضة العربية، ج1.
- 26- بربارة عبد الرحمان: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية قانون رقم: 08 - 09، الطبعة الأولى؛ الجزائر : دار بغدادي ، 2009.
- 27- بركات محمود محمد ناصر: السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى؛ الأردن: دار النفائس، 2007.
- 28- بغدادي مولاي ملياني: حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، (د،ط)؛ البليدة- الجزائر: قصر الكتاب، 1997.
- 29- بلباقي عبد المؤمن: التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، (د،ط)؛ عين مليلة- الجزائر: دار الهدى.
- 30- بلحاج العربي: أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، (د،ط)؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ج 1.

- 31- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الرابعة؛ بن عكنون- الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ج1.
- 32- بلحاج العربي: قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، (د،ط)؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- 33- بلحاج العربي: قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا الطبعة الثالثة؛ الجزائر.
- 34- بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى؛ القبة القديمة- الجزائر: دار الخلدونية، 2008.
- 35- بن داود عبد القادر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، (د،ط)؛ الجزائر: دار الهلال للخدمات الإعلامية.
- 36- بوسقيعة أحسن: قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، (د،ط)؛ منشورات بيرتي، 2007.
- 37- تقيّة عبد الفتاح: مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، (د،ط)؛ 1999 - 2000.
- 38- تقيّة محمد: الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، (د،ط)؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1984.
- 39- حمدي باشا عمر: دراسات قانونية، (د،ط)؛ الجزائر: دار هومه، 2002.
- 40- ذيابي باديس: صور فك الرابطة الزوجية، (د،ط)؛ عين مليلة- الجزائر: دار الهدى، 2007.
- 41- زودة عمر: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، (د، ط)؛ دار النشر إنسكلوبيديا.
- 42- سعد عبد العزيز: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الثانية؛ الجزائر: دار هومه، 2009.
- 43- سعد عبد العزيز: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية؛ قسنطينة- الجزائر، 1989.

- 44- صبحي محمد نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري، (د،ط)؛ ديوان المطبوعات الجامعية، 1981.
- 45- صحصاح عاطف فؤاد: الخلع و الطلاق بين الشريعة و القانون، (د،ط)؛ مصر: دار إيجي، 2000.
- 46- عبد الغفار جمال عبد الوهاب: الخلع في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، (د،ط)؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2003.
- 47- علي محمد علي قاسم: التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، (د،ط)؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2005 .
- 48- فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، (د،ط)؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ج 1.
- 49- قمحاوي عمر عبد الله و محمد حامد: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، (د،ط)؛ الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1986.
- 50- لعور أحمد، صقر نبيل: الدليل القانوني للأسرة، (د،ط)؛ الجزائر: دار الهدى، 2007
- 51- محمد عبد السلام محمد: العلاقات الأسرية في الإسلام، الطبعة الأولى؛ الكويت: مكتبة الفلاح، 1981.
- 52- محمد كمال الدين إمام: أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد، (د، ط)؛ دار الجامعة الجديدة، 2007.
- 53- منصوري نورة: التطبيق و الخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، (د، ط)؛ عين مليلة- الجزائر: دار الهدى، 2010.
- 54- نصر سلمان، سطحي سعاد: أحكام الطلاق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، (د، ط)؛ دار الفجر، 2006.
- 55- مغنية محمد جواد: الزواج و الطلاق على المذاهب الخمسة، الطبعة الأولى؛ بيروت: دار العلم للملايين، 1960.
- 56- آث ملويا لحسين بن الشيخ: المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية؛ بوزريعة- الجزائر: دار هومه، 2006، ج1.

القواميس و المعاجم:

- 01- ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري: لسان العرب، الطبعة الأولى؛ بيروت- لبنان: دار صادر.
- 02- الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، (د،ط)؛ القاهرة: دار الحديث، ج.2
- 03- الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، (د،ط)؛ بيروت- لبنان: دار الكتاب العربي، ج.1.
- 04- الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقري: المصباح المنير، الطبعة الخامسة؛ القاهرة: المطبعة الأميرية، 1922، ج.2.
- 05- القرام ابتسام: المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، (د، ط)؛ الرغبة- الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية.
- 06- المنجد الأبجدي، الطبعة السادسة؛ بيروت- لبنان: دار المشرق، 1988.
- 07- المنجد في اللغة و الإعلام، الطبعة السابعة و العشرون؛ بيروت: دار المشرق، 1984.

المجلات و الدوريات:

- 01- بناسي شوقي.(الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و القانون المقارن). المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية.
- 02- دلاندة يوسف.( تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري ) مجلة المحاماة لمنظمة المحامين ناحية باتنة، العدد الأول. 2005.
- 03- معروف عرايبي محمد.( قانون الأسرة ماله و ما عليه ) مجلة الفكر البرلماني، العدد 10. أكتوبر 2005.

- الرسائل الجامعية:

- 01- تبودوشت نعيمة "الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي " رسالة ماجستير. كلية الحقوق بن عكنون- الجزائر، 2000-2001.
- 02- تقيّة عبد الفتاح "الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي" رسالة دكتوراه. كلية الحقوق جامعة بن عكنون الجزائر، 2006-2007.
- 03- زودة عمر " طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها "رسالة ماجستير . كلية الحقوق بن عكنون- الجزائر، 2002-2003.

- المجالات القضائية:

- 01- المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد 1، لسنة 1989.
- 02- المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد 3، لسنة 1989.
- 03- المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد 4، لسنة 1989.
- 04- المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد 1، لسنة 1990 .
- 05- المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد 2، لسنة 1990.
- 06- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 4، لسنة 1991.
- 07- المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد 2، لسنة 1992.
- 08- المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد 1، لسنة 1993.
- 09- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1998.
- 10- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الخاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001.

# فهرس المحتويات

## المحتويات

الصفحة

|           |       |   |
|-----------|-------|---|
| أ - خ     | ..... | مقدمة   |
|           |       | <b>الفصل الأول: حل الرابطة الزوجية بواسطة التطلق بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري</b>  |
| 135 - 10  | ..... | المبحث الأول : مفهوم التطلق، مشرعته و حكمته   |
| 11        | ..... | المطلب الأول : تعريف التطلق   |
| 11        | ..... | الفرع الأول: تعريف التطلق لغة واصطلاحا  |
| 12        | ..... | الفرع الثاني : تعريف التطلق في قانون الأسرة الجزائري  |
| 13        | ..... | المطلب الثاني : دليل مشروعية التطلق وحكمته  |
| 13        | ..... | الفرع الأول: دليل مشروعية التطلق  |
| 13        | ..... | الفرع الثاني : الحكمة من مشروعية التطلق   |
| 16        | ..... | المبحث الثاني : الأسباب المبررة لطلب التطلق   |
|           |       | المطلب الأول : التطلق لعدم الإنفاق، و العيوب، و الهجر في المضجع، و مخالفة                             |
| 16        | ..... | المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري   |
| 17        | ..... | الفرع الأول :التطلق لعدم الإنفاق  |
| 39        | ..... | الفرع الثاني: التطلق للعيوب   |
| 58        | ..... | الفرع الثالث: التطلق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر   |
|           |       | الفرع الرابع: التطلق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة من قانون الأسرة                        |
| 66        | ..... | الجزائري  |
| 74        | ..... | المطلب الثاني : التطلق للغيبية، و الفقد، و الحكم على الزوج، و ارتكاب فاحشة مبينة                      |
| 74        | ..... | الفرع الأول: التطلق لغياب الزوج   |
| 81        | ..... | الفرع الثاني: التطلق لفقد الزوج   |
|           |       | الفرع الثالث: التطلق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة                                   |
| 87        | ..... | وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية   |
| 93        | ..... | الفرع الرابع: التطلق لارتكاب الزوج لفاحشة مبينة   |
|           |       | المطلب الثالث : التطلق للشقاق المستمر، و مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،                    |
| 100       | ..... | و الضرر المعتبر شرعا  |
| 100       | ..... | الفرع الأول: التطلق للشقاق المستمر بين الزوجين  |
| 104       | ..... | الفرع الثاني: التطلق لمخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج                                  |
| 112       | ..... | الفرع الثالث: التطلق لكل ضرر معتبر شرعا   |
| 130       | ..... | خلاصة الفصل   |
|           |       | <b>الفصل الثاني : حل الرابطة الزوجية بواسطة الخلع بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري</b> |
| 226 - 137 | ..... | المبحث الأول : مفهوم الخلع، مشرعته و حكمته  |
| 138       | ..... | المطلب الأول : تعريف الخلع وتمييزه عن غيره من صور الفرقة المشابهة له                                  |
| 138       | ..... | الفرع الأول : تعريف الخلع   |

|            |  |
|------------|--|
| 145        | ..... الفرع الثاني: تمييز الخلع عن غيره من صور الفرقة المشابهة له  |
| 151        | ..... المطلب الثاني : مشروعية الخلع و حكمته  |
| 151        | ..... الفرع الأول : دليل مشروعية الخلع و حكمه  |
| 156        | ..... الفرع الثاني : الحكمة من مشروعية الخلع   |
| 159        | ..... المبحث الثاني : أركان الخلع، و نوع الفرقة بسببه، و طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن التطلق والخلع |
| 159        | ..... المطلب الأول : أركان الخلع و شروطه   |
| 160        | ..... الفرع الأول : الزوج  |
| 166        | ..... الفرع الثاني : الزوجة  |
| 172        | ..... الفرع الثالث : الصيغة في الخلع   |
| 190        | ..... الفرع الرابع : البذل   |
| 203        | ..... المطلب الثاني : نوع الفرقة الواقعة بالخلع  |
| 203        | ..... الفرع الأول : نوع الفرقة الواقعة بالخلع في الفقه الإسلامي  |
| 215        | ..... الفرع الثاني : نوع الفرقة الواقعة بالخلع في قانون الأسرة الجزائري                                    |
| 216        | ..... المطلب الثالث : طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن التطلق و الخلع                                   |
| 216        | ..... الفرع الأول: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن التطلق  |
| 220        | ..... الفرع الثاني: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع  |
| 224        | ..... خلاصة الفصل  |
| <b>228</b> | ..... خاتمة  |
| 235        | ..... مصادر ومراجع   |
| 252        | ..... فهرس المحتويات   |

## ملخص

جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الزوج و أعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته متى شاء، إلا أنه لم يهمل جانب المرأة في ذلك فشرع لها طريقين للخلاص من هذه الرابطة بطلب منها إذا ما استحالت العشرة الزوجية بينهما و ساد الشقاق، و على غرار ذلك سار المشرع الجزائري في المادتين (53-54) من قانون الأسرة الجزائري، و اللتين تناولتا موضوعي التطلق و الخلع اللذين أدرجناهما في مذكرتنا هذه تحت عنوان: حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة.

فالأول يتم بحكم القاضي طالما أن الزوجة متضررة من العشرة مع زوجها و حقوقها مهضومة، و ذلك استنادا على أي سبب من الأسباب العشر التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، و التي كانت سبع حالات قبل تعديله بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في فبراير 2005، و عند توفر سبب من هذه الأسباب لا يبقى أمام الزوجة سوى رفع دعوى طلب التطلق للقاضي، و لكن عليها إثبات ذلك السبب بأي وسيلة من وسائل الإثبات، و يخضع قبول طلبها للسلطة التقديرية للقاضي الذي عليه أن يكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطلق، و هذا حسب المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و إن لم تستطع الزوجة إثبات ذلك يرفض القاضي دعوى التطلق لعدم التأسيس، و لا يبقى أمامها سوى اللجوء إلى الطريق الثاني المتمثل في الخلع في حالة كرهها لزوجها، و خوفها من عدم إقامة حدود الله، لتقتدي نفسها مقابل مبلغ من المال تدفعه له كتعويض عما دفعه لها من مهر حتى لا يضار هو الآخر من تلك الفرقة.

إن موضوع الخلع بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 جاء مخالفا للسنة النبوية و الفقه الإسلامي اللذان يقران بأن الخلع لا بد أن يكون باتفاق بين الزوجين، إلا أن المشرع الجزائري اعتبر الخلع حقا خالصا من حقوق الزوجة تمارسه بإرادتها المنفردة، و من ثم كانت لا تحتاج لموافقة

الزوج لإنهاء الرابطة الزوجية، و الأكثر من هذا أن القاضي نفسه لا يمكنه رفض طلبها، و ليست له أية سلطة تقديرية في ذلك و كل ما يملكه هو التأكد من رغبتها في الخلع و ردها للمهر.

أما عن نوع الفرقة الواقعة بالتطليق و الخلع فلم يشر لها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري، و بالتالي نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من نفس القانون.

و قبل النطق بالحكم بالطلاق سواء في التطليق أو الخلع، لابد من إجراء محاولات الصلح دون أن تتجاوز ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، و هذا حسب المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، و الفقرة الثانية من المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

و في الأخير نخلص إلى القول أن قانون الأسرة الجزائري و بحسب موضوعاته التي تضمنتها نصوصه أخذ جل أحكامه من قواعد الفقه الإسلامي، و هذا ما توصلنا إليه من خلال معالجتنا لكل من موضوعي: التطليق و الخلع.

## Résumé

La loi islamique a donné l'infaillibilité au mari, ce dernier a le droit de résilier ou d'interrompre le lien du mariage, selon sa volonté quand il le veut, mais sans négliger la part de la femme en préservant leur droit de faire la même chose en demandant la résiliation du lien sacré (le divorce) avec deux façons de se débarrasser de cette association si la vie conjugale entre eux devient impossible:

Et c'est la voie qui a été empruntée par le législateur algérien dans les articles (53-54) du Code de la famille algérien, qui traitent d'une manière objective le divorce et le divorce contre compensation «EL-KHOL'A» qui est le sujet de cette thèse sous le titre: La Résiliation du lien conjugal sur la volonté individuelle de la femme.

La première est, en vertu du juge quand la femme constate que ses droits civique (prise en charge au niveau de l'alimentation, de l'habillement, du logement, de la santé, la préférence, la prise en charge financière, le droit de la traiter avec douceur,...) sont digérés, en se référant sur les (10) dix raisons mentionnés sur l'article 53 du Code de la famille Algérien, qui avait été sept au paravent, avant quelle soit modifiées par la loi n ° 05-02 du mois de Février 2005, et dans l'un de ces raisons ne reste devant la femme qu'une seule voie de déposer une demande de divorce auprès du juge, toute en prouvant sa déclaration par tout moyen et preuve soumise à l'acceptation de sa demande de divorce au juge qui doit adapter les faits invoqués dans la mise en place de raisons en appuyant la demande de divorce, conformément à l'article 451 du Code de procédure civile et administrative, et si elle ne pouvez pas prouver d'une façon ou une autre cette raison le juge se préserve le droit de refuser le divorce déposé pour manque de fondement, et il ne reste devant elle qu'un seul chemin, c'est de recourir à la deuxième voie du divorce contre compensation «EL-KHOL'A» dans le cas ou la haine pour son mari grandissante, et sa crainte de l'incapacité d'établir les limites de Dieu, dans ce cas elle demande sa liberté en sacrifiant elle-même en versant une somme d'argent comme une indemnité à son mari pour ce qu'il a payé pour elle auparavant comme dot, de manière à ne pas léser l'autre partie.

L'objet du divorce contre compensation «EL-KHOL'A», après modification et ajustement du Code de la famille algérien de 2005 était contraire à la Sunna Prophétique et la jurisprudence islamique, qui reconnaissent que le divorce contre compensation «EL-KHOL'A» doit être pris après un accord préalable entre les conjoints, mais le législateur algérien a examiné que le droit exclusif du divorce contre compensation «EL-KHOL'A», est un droit qui est exercé par la femme avec son entière discrétion, et alors il ne nécessite pas l'approbation de l'époux pour mettre fin au mariage, en plus de ça le juge lui-même ne pouvait pas refuser sa demande, et il n'a pas le pouvoir discrétionnaire à cet égard et tout ce qu'il possède est de s'assurer de son souhait et sa volonté de divorcer et de la restauration du mari de son dot.

En ce qui concerne le type de différence entre le divorce et le divorce contre compensation «EL-KHOL'A», le législateur algérien dans le Code de la famille algérien a omis

de le mentionné, et donc revenir aux dispositions de la loi islamique, selon l'article 222 de la même loi.

Et avant que le verdict du divorce, que ce soit le divorce ou le divorce contre compensation «EL-KHOL'A», il est nécessaire de faire des tentatives de réconciliation, sans dépasser trois (3) mois à compter de la date de procès, et ce conformément à l'article 49 du Code de la famille algérien, et le deuxième alinéa de l'article 442 du Code de procédure civile et administrative.

En fin de compte, nous concluons en disant que le Code de la famille algérien et selon les thèmes contenus dans les textes prennent la majeure partie des dispositions des règles de la jurisprudence islamique, et c'est ce que nous avons réalisé grâce à notre traitement de chaque un des deux sujets: le divorce et le divorce contre compensation «EL-KHOL'A».