

جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



عنوان المذكرة

حق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

- تخصص قانون الأسرة -

إشراف الأستاذة:

شبري عزيزة

إعداد الطالبة:

شكال وردة

السنة الجامعية

2015-2014

كانت الشعوب قبل الإسلام تعيش في فوضى ، فقد كان القانون السائد هو قانون التسلط والعنف والغلبة للأقوى بعيدا كل البعد عن المنطق والعقلانية ، وقد برز هذا القانون خاصة في العلاقات الزوجية ، فقد كانت الرابطة الزوجية قبل الإسلام تقوم على أنه لا حق للزوجة ؛ فالزوجة كانت عبارة عن جارية يجب عليها طاعة زوجها والامتثال لأوامره ولو حتى بدون رضاها وإلا تعرضت للعقاب من قبل الزوج بإعتباره الطرف الأقوى في هذه المعادلة التي لا مساواة فيها، والتي تمنحه كل الحق في استعمال كل أنواع التعذيب والتي كانت تفضي بها في الكثير من الأحيان إلى الهلاك ، كما أنه لم يكن هناك حصر لتعدد الزوجات.

فالرجل في تلك الحقبة كان يتزوج بالعديد من النساء بدون قيد ولا شرط وفي حالة استيائه من واحدة منهن يتركها معلقة إذ أنه في تلك الفترة قبل دخول الإسلام لم يكن هناك ما يعرف بالطلاق ، ولكن وبعد طلوع فجر الإسلام تغير الواقع برمته ؛ إذ جاء للقضاء على الفوضى التي كانت تعم المعمورة ، فقد أعطي للمرأة اهتمام كبير ورفع من شأنها بعد أن كانت عبء ثقيل لا تملك أدنى حق من الحقوق ونظم التعدد وهذبه بحصره في أربعة زوجات وبين للزوج كيفية الخلاص مما لا يطيق من احد زوجاته وذلك بمنحه حق إيقاع الطلاق ، وقد منح الله سبحانه وتعالى هذا الحق لزوج دون الزوجة باعتباره الأكثر تبصرا في عواقب الأمور والأكثر انصياعا للعقل وهذا عكس الزوجة والتي تتصاغ دائما خلف مشاعرها وعواطفها ولقلة تقديرها لعواقب الأمور .

ولكن هذا لا يعني أن الشريعة لم تكن منصفة مع المرأة بوضع مثل هذا القرار بيد الرجل وحده بل راعت كل الاحتمالات الواردة في هذا الشأن ومن أهم هاته الاحتمالات تعسف الزوج في إيقاع الطلاق بنية إمساك الزوجة للإضرار بها ؛ فالشريعة في مثل هذه الحالات وضعت استثناء عن القاعدة العامة وهو منح الزوجة الحق في إنهاء الرابطة الزوجية

وللموضوع أهمية جد بالغة يمكن أن نلخصها في النقاط التالية :

✓ من خلال هذه الدراسة سنتعرف على السبل التي منحتها الشريعة والقانون للزوجة لإنهاء الرابطة الزوجية .

- ✓ مدى تقبل الزوج والمجتمع لفكرة إعطاء الزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية .
- ✓ التعرف على نظرة المجتمع لزوجة الخالعة والزوج المخلوع.
- ✓ مدى إقبال النساء على هذا التصرف.

إن اختياري لهذا الموضوع لم يكن اعتباطيا بل كان لعدة أسباب وجيهة يمكن تقسمها إلي:

الأسباب الذاتية :

يعود سبب اختياري لهذا الموضوع بالدرجة الأولى إلى الرغبة في دراسة الموضوع بصفة شاملة وكاملة باعتباره لم يحضأ بما يكفي من الاهتمام في الدراسات السابقة .

الأسباب الموضوعية :

من الأسباب الموضوعية التي قادتني إلى اختيار هذا الموضوع هو انتشار ظاهرة التطلاق والخلع داخل مجتمعنا الجزائري ؛ إذ باتت المحاكم الجزائرية اليوم تكاد تغمرها قضايا التطلاق والخلع .

كما أن تسليط دراستي على هذا الموضوع يعود إلى كونه موضوع جد مهم ولا بد أن يكون محل دراية من قبل كل الفئات سواء من المختصين في القانون أو الغير مختصين إذ من شأن أي إنسان الوصول إلى هذه المرحلة فلا بد إن يكون كل فرد على دراية على دراية بالموضوع.

ومما تقدم ولدراسة الموضوع تقرر لنا طرح الإشكالية التالية :

ماهو نطاق ممارسة الزوجة لحقها في إنهاء الرابطة الزوجية ؟ وما هي القيود الشرعية والقانونية الواردة على ذلك .؟

وقد اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي والذي سيبرز من خلال تحليل النصوص القانونية والمنهج الوصفي من خلا تحديد ماهية التطلاق والخلع

وقد قسمنا خطة الدراسة إلي فصلين ؛ ففي الفصل الأول سنتكلم عن حق الزوج في التطلاق ، وهذا الفصل يتكون من مبحثين ففي المبحث الأول سنتكلم على مفهوم التطلاق وهذا

المبحث بدوره يتكون من ثلاثة مطالب ، ففي المطلب الأول سنتناول تعريف التطليق ، وفي الثاني سنتناول أدلة مشروعيته ، أما المطلب الثالث فسنتناول فيه الحكمة منه . أما المبحث الثاني فهو يحمل عنوان أسباب التطليق، وهو يتكون من مطلبان ففي المطلب الأول سنتكلم عن مبررات التطليق ، وفي المطلب الثاني سنتكلم عن الآثار المترتبة عنه . أما الفصل الثاني فهو تحت عنوان حق الزوجة في الخلع وهو الآخر يتكون من مبحثان فالمبحث الأول خصصناه للتعرف على ماهية الخلع وهو ينطوي على ثلاثة مطالب ، ففي الأول سنتكلم عن تعريف الخلع وألفاظه وفي الثاني سنتناول حكم الخلع وأدلة مشروعيته والحكمة منه ، لنتعرف على صفة الخلع في المطلب الثالث ، أما المبحث الثاني فقد جاء يحمل عنوان أركان الخلع وآثاره وهو الآخر يتكون من ثلاثة مطالب ، فالمطلب الأول سنتكلم فيه عن أركان الخلع ، والمطلب الثاني خصصناه لتعرف على آثار الخلع ، وفي المطلب الثالث سنتعرف على إجراءات رفع دعوى الخلع .

الفصل الأول

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

من أسمى مقاصد الزواج تحقيق التماسل وبناء أسرة متماسكة تجمعها أصول المودة والرحمة بين أطرافها ، وهذا لا يتحقق إلا بالتفاهم والتسامح بين الطرفين بهدف الوصول إلى الاستقرار العائلي ، فكلما زاد الحوار بين الطرفين لحل مشاكلهما زادت فرص نجاحهما في تكوين أسرة وكلما قل مبدأ الحوار والتسامح بين أفراد الأسرة كلما قلت فرص استمرار الحياة الزوجية بينهما ؛ فالزوجان اللذان يقضيان أغلب وقتهما في الشجار لأسباب في أغلب الأحيان تكون تافهة قد تؤدي بهما إلى مشاكل أكبر منها من شأنها أن تؤدي بعلاقتهما إلى طريق مسدود ليكون الخلاص فيه هو الفراق كأنسب حل لكلا الطرفين .

إن الاقتناع بفكرة فك الرابطة الزوجية كأحسن حل لطرفين قد يكون من الزوج كما قد يكون بطلب من الزوجة ، فالزوج وكما هو معروف حق إيقاع الطلاق بسبب أو بدون سبب ، والزوجة هي الأخرى لها الحق في طلب التطلاق ولكن بوجود سبب يدفعها إليه ، وهذا ما سيكون محل دراستنا في هذا الفصل والذي تم تقسيمه إلى مبحثين ففي المبحث الأول سنتكلم على ماهية التطلاق ، وفي المبحث الثاني سنسلط الضوء لدراسة أسباب ومبررات التطلاق .

المبحث الأول : مفهوم التطلاق

إن الحديث عن التطلاق كحق خولته الشريعة والقانون للزوجة للخلاص مما لا تطيق يستوجب علينا الوقوف على مجموعة من النقاط من شأنها أن توضح لنا الصورة لفهم التطلاق بشكل أفضل وهو الذي قادنا إلى تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب ففي المطلب الأول سنعرف التطلاق وفي المطلب الثاني سنتكلم على مشروعيته لنختم المبحث الأول بالكلام عن الحكمة منه وهذا في المطلب الثالث .

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

المطلب الأول: تعريف التطلاق

الفرع الأول: التعريف اللغوي

برجوع إلى معنى كلمة التطلاق في اللغة نجد أصلها يعود إلى " طلق - تطليقا " أي طلقت المرأة زوجها، وتطليقها منه، بمعنى حلاًها من قيد الزواج، وتطلاق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

التطلاق في الاصطلاح هو منح الزوجة حق طلب التطلاق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون⁽²⁾.

وبرجوع إلى قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري قد أغفل عن الكثير من الأمور التي في ظاهرها بسيطة وليس من المهم إدراجها ضمن القانون ولكن في جوهرها هي في غاية الأهمية ؛ إذ من شأنها أن تميز لنا بين الأمور التي في الغالب قد تتشابه لنا وبتالي الوقوع في الخلط بينها ، ولعله من بين الأشياء التي أغفل المشرع عنها هو تعريف التطلاق فالمشرع اكتفى بذكر أسباب التطلاق فقط في نص المادة 53 ق، أ وهو ما قد يؤدي إلى اعتقاد الكثيرين بأن التطلاق هو نفسه الطلاق .

المطلب الثاني: أدلة مشروعية التطلاق

أتاح الله سبحانه وتعالى لعباده فرصة الخلاص من قيود لا قدرة لهم على حملها ، فكما مكن الزوج من إيقاع الطلاق مكن الزوجة من التطلاق وهذا ما أكدته الكتاب والسنة والإجماع

⁽¹⁾ منصورى نورة ، التطلاق والخلع "وفق القانون والشريعة الإسلامية" دار الهدى للطباعة والنشر ، (د.ط) ، سنة (2010)، ص (11).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطليق

الفرع الأول : أدلة مشروعيته من الكتاب

في حقيقة الأمر لم ترد في الكتاب آيات تدل صراحة على مشروعية التطليق ولكن هذا لا يعني أن الشارع الحكيم لم يشر لهذا النوع من التصرفات؛ إذ أنه هناك آيات تدل ضمناً على مشروعيته ومن بينها قوله تعالى { وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِتَعْتَدُوا } (سورة النساء ، الآية 34) وقوله تعالى في الآية 19 من سورة النساء { وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }⁽¹⁾

الفرع الثاني : أدلة مشروعيته من السنة

جاءت السنة المطهرة لتؤكد ما جاء في كتاب الله ، فقد روى ابن عبد الرحمان عن أبي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك ، ليس هذا طلاق المسلمين تُطلق المرأة من قبل عدتها " .

وروى محارب بندثار عن بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " أبغض الحلال عند الله الطلاق " وهذا يدل على أن النبي عليه السلام شرع الطلاق ولكن بشرط توفر أسبابه ودواعيه⁽²⁾ .

الفرع الثالث : أدلة مشروعيته من الإجماع

أجمع كافة العلماء والمجتهدين بعد عصر الرسول صلى الله عليه وسلم والى غاية يومنا هذا على جواز الفرقة بطلب من الزوجة في حالة ما كان هناك مبرر شرعي ، وقد طوق هذا

(1) اليزيد عيسات بلمامي ، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري " مدعماً بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ، مذكرة لنيل شهادة المجستير في القانون " فرع العقود والمسؤولية " ، جامعة بن عكنون الجزائر ، سنة (2002-2003) ، ص 15.

(2) منصور نور ، المرجع السابق ، ص (14،15).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

الحق بمجموعة من القيود من شأنها أن تكفل الصلاح العام وتحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين⁽¹⁾.

المطلب الثالث : الحكمة من التطلاق

سبق القول بأن الطلاق حق ثابت للزوج دون الزوجة والغاية منه هو رفع الأذى عن أحد الزوجين أو عن كلاهما ، غير أنه يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها في حالة مالم تجد سعادتها في الحياة الزوجية وهذا ما يسمى بالتطلاق⁽²⁾.

والهدف من التطلاق هو رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج في حالة ما توفرت الأسباب والمبررات الشرعية التي تخول لها استقاء هذا الحق ، ومتى تمكنت من إثبات الضرر اللاحق بها بكل وسائل الإثبات . ولطلب الزوجة التطلاق حكمة يمكن أن نلخصها في النقاط التالية :

- 1- حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية ، وذلك بمنع الرجل من أن يسيء استعمال ما خول له من القوامة على الأسرة .
- 2- تغيير نظرة الرجال إلى المرأة، فالمرأة ليست جارية عليها أن تنفذ طلباته وإلا استغنى عنها فهي الأخرى لا تقل أهمية عن الرجل في تسيير شؤون الأسرة .
- 3- تهذيب الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي عليهن⁽³⁾.

(1) منصور نورة ، المرجع السابق ، ص (14).

(2) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول " الزواج والطلاق " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط(4) ، الجزائر ، سنة 2005 ، ص (273).

(3) اليزيد عيسات بلمامي ، المرجع السابق ، ص (15).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطليق

المبحث الثاني : أسباب التطليق

لتطليق عشرة أسباب أوردها المشرع الجزائري في نص المادة 53 من قانون الأسرة على سبيل الحصر ، وتتمثل هذه الأسباب في :

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بموجبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج .
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .
- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج .
- الغيبة بعد مضي سنة بلا عذر ولا نفقة
- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه .
- ارتكاب فاحشة مبينة .
- الشقاق المستمر بين الزوجين .
- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- كل ضرر معتبر شرعا (1).

وضمن هذا المبحث سنتعرف على كل حالة على حدا معتمدين في ذلك على المقارن بين المذاهب الفقهية وما ذهب إليه المشرع الجزائري.

(1) الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الصادر بالجريدة الرسمية ، العدد 15 ، بتاريخ 27 فبراير 2005.

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

المطلب الأول : مبررات التطلاق

التطلاق سبيل خولته الشريعة والقانون للزوجة دون الزوج لرفع قيد النكاح عنها متى أثبتت وجود المبرر الشرعي والقانوني له، ولتعرف على الأسباب التي يجوز فيها لزوجة طلب التطلاق تقرر لنا حصر هذه الأسباب في خمسة فروع ، ففي الفرع الأول سنتكلم عن الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية ، وفي الفرع الثاني سنتكلم عن التطلاق لوجود عيب يحول دون استمرار العلاقة الزوجية ، والثالث سنخصصه للحديث عن الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها جزائيا ، وفي الرابع سنتكلم عن التطلاق للضرر والخامس سنخصصه للحديث عن التطلاق لمخالفة أحكام المدة 8 والشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

الفرع الأول : الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية

لزوجة على زوجها مجموعة من الحقوق لا بد من توفيره لها ومن أهم هاته الواجبات الإنفاق عليها وإشباع غرائزها الجنسية وإلا أعد مقصرا في حقوقها وبتالي جازا لها رفع دعوى التطلاق ضده وفي هذا الفرع سنتناول عدم الإنفاق والهجر في المضجع كأحد الأسباب المؤدية إلى رفع دعوى التطلاق .

أولا : التطلاق لعدم الإنفاق

1- تعريف النفقة: لنفقة تعرفان تعريف لغوي والآخر اصطلاحى

أ/ التعريف اللغوي : تقول : نفق ماله ، ودرهمه ، وطعامه نفقا ، ونفاقا أي نقص وقل ، ونفق ماله صرفه ، وقيل مأخوذة من النفوق وهو الهلاك ، وكل هذه المعاني متقاربة لأن جميعها يفيد نقصان مال الرجل ، وهلاكه على المُنفق عليه⁽¹⁾ .

(1) نصر سلمان ، سعاد سطحي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة مع قانون الأسرة " ، دار الطباعة للنشر والتوزيع ، (د.ط) ، الجزائر ، سنة 2003 ، ص(108).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطبيق

ب/ التعريف الاصطلاحي : عرفها ابن عرفة بقوله " مابه قوام معتاد حال الآدمي دون سوف"⁽¹⁾.

ويمكن أن نقول هي إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته ، وسمي المال الذي يصرفه الإنسان على غيره نفقة لما في ذلك من هلاك المال ⁽²⁾.

وبرجوع إلى قانون الأسرة نجد المشرع قد أعطي اهتمام كبير لموضوع النفقة إذ بينا لنا لمن تجب النفقة في نص المادة 47 ق.أ ، وحسب ما هو وارد في نص المادة النفقة تجب على الزوجة المدخول بها ولزوجة المعقود عنها بعقد صحيح والتي دعاها زوجها إليه مع وجود بينة تثبت اختلائه بها بطلب منه قبل الدخول . كما أنه حدد لنا مشتملات النفقة في نص المادة 78 ق.أ ؛ فالنفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج ، والسكن أو أجرته وقد وفق المشرع بترك المجال مفتوح بقوله " وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة " .

2- موقف الفقه من التطبيق لعدم الإنفاق :

لا خلاف بين الفقهاء على عدم جواز طلب الزوجة التطبيق لامتناع الزوج عن الإنفاق ، فإن كان للزوج مال ظاهر وأثبتت الزوجة ذلك بأي وسيلة لم يكن لها حق طلب التفريق لهذا السبب وهذا لإمكانية إستفائها لحقها . ولكن الاختلاف جرى حول ما إذا لم تتمكن من الحصول على نفقتها لعسر الزوج أو لغيبته التي لا يُعلم معها مكان ماله ، أو لامتناعه عن الإنفاق مع قدرته فهل هذا السبب يخول للزوجة حق طلب التفريق ⁽³⁾ ؟

هذا ماسنجيب عنه من خلال استعراض أهم الآراء الفقهية التي تناولت الموضوع مبرزين في ذلك أدلة كل فريق خاتمين الكلام بموقف المشرع .

(1) نصر سلمان ، المرجع السابق ، ص (108).

(2) اليزيد عيسات بلمامي ، المرجع السابق ، ص (15) .

(3) محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام " دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون " دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، ط(2) ، لبنان ، سنة (1497-1977م)، ص (559).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطليق

- الموقف الأول: جواز التفريق لعدم الإنفاق

اتفق الأئمة الثلاث مالك والشافعي وأحمد على جواز التفريق لعدم الإنفاق في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الإنفاق ، وان إمساكه للزوجة مع الامتناع يعد ضرر بالغ بها (1).

وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى { الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَأِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ } البقرة (229) .

جاءت الآية الكريمة تدل على أن للزوج خيارين لا ثالث لهما، فالأول هو إمساك الزوج لزوجته مع ضمان الإنفاق عنها وعدم إلحاق الضرر بها ، والثاني هو تطليقها بالإحسان في حالة عجزه عن الإنفاق عنها .

ومن السنة إستدلوا بقوله عن أبي الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال نعم قلت : سنة ؟ قال سنة .

ووجه الدلالة من الحديث كما قال الشافعي : إن قول سعيد بن المسيب هو سنة أي أنه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . فدل على أن سنة رسول الله هي التفريق بين الزوج المعسر وزوجته إن طلبت ذلك (2).

- الموقف الثاني : عدم جواز التفريق لعدم الإنفاق

ذهب فقهاء الحنفية والظاهرية إلى عدم جواز طلب الزوجة التطليق من زوجها في حالة إعساره في نفقتها ، وإنما من حقها الاستناد عليه ، وإن لم تجد خرجت للعمل .

وذهب ابن حزم وهو من الظاهرية إلى أنه في حالة عجز الزوج عن إعالة زوجته وكانت

(1) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص(274).

(2) إسماعيل أبانكر علي البامرني ، أحكام الأسرة " الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة بالقانون " ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، ط(1) ، سنة (1429-2009م) ، الأردن ، ص (312-313).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطبيق

هذه الأخيرة ذات جاه ومال لزمها الإنفاق عليه ، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أصبح موسراً⁽¹⁾.

وقد استدلت الحنفية بقوله تعالى { لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه ، سيجعل الله بعد العسر يسراً }⁽²⁾.

واستدلوا بقوله تعالى { وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون }⁽³⁾.

من الآية الكريمة نستدل بأن الزوج المعسر الغير قادر على الإنفاق غير ملزم على تقديم النفقة في حينها وإنما له تأخيرها إلى غاية يسره لنستخلص من هذا أن حالة الزوج من يسر أو عسر تلعب دور جد مهم في تقدير النفقة ومدى إمكانية تعجيلها أو تأجيلها

ومن السنة النبوية استدلوا بما ورد عن نساء النبي صلى الله عليه وسلم ، إذ أنه سأله ما ليس عنده فاعتزلنهن شهراً ، فدل ذلك الاعتزال على أن المرأة ليس لها أن تطالب زوجها بما ليس عنده ، وأنها تكون ظالمة إن طالبت بذلك ، وتستحق العقاب على المطالبة ، وإلا ما اعتزلنهن النبي صلى الله عليه وسلم بسببها وإن كانت المطالبة ظلماً تستحق له العقاب ، فأولى أن يكون طلب التفريق إذا كان الزوج معسراً ظلماً لا يجاب⁽⁴⁾ .

(1) آيت شاوش دليلة ، سعيد ، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية "رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، سنة 2014 ، ص (96).

(2) محمد ابن زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي للطبع والنشر ، ط(د.ط) ، سنة (غ.م) ، مصر ، ص (450).

(3) محمد كمال عواد الجعافرة ، الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون وتطبيقاته في المحاكم الشرعية ، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي ، كلية الدراسات العليا ، جامعة الخليل ، فلسطين ، سنة (1724-2006م) ، ص(70).

(4) محمد ابن زهرة ، المرجع السابق ، ص(450)

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

الترجيح:

بعد إبراز أهم الآراء الفقهية وبعد ما تعرفنا على حجج كل فريق أعتقد بأن القول الأقرب إلى اليقين والذي يتماشى مع القانون الوضعي الجزائري هو الرأي الذي يقول بجواز التفريق لعدم الإنفاق في جميع الحالات ، فالمشرع أخذ بما ذهب إليه المالكية ومن معهم وهذا ما نستشفه من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 53 ق.أ والتي تعطي للمرأة حق التطلاق لعدم الإنفاق.

موقف المشرع الجزائري :

سبق القول بأن المشرع أجازى للزوجة التطلاق لعدم الإنفاق وهو ما ثبت بنص المادة 53 ، ولكن هذه الإجازة لا تعني ترك الأمر على طلاقته بل وضع المشرع شرطين أساسيين لا بد من توفرهما لستقائها لهذا الحق ويمكن تلخيصهما في :

- أن ترفع دعوى مسبقة ضد زوجها لاستصدار حكم يأمره بالنفقة ، فإن رفض الإنفاق عليها ولم ينفذ الحكم ، هنا يمكن للزوجة أن ترفع ضده دعوى تطلب فيها التطلاق لعدم امتثاله للحكم الذي يأمره بالنفقة (1).

والسؤال الذي يطرح هنا ماذا لو صدر حكم يأمر الزوج بالنفقة وامتنع هذا الأخير عن تقديمها فهل للزوجة ملاحقته جزائيا ؟ لتكون الإجابة نعم يمكن للزوجة متابعة زوجها جزائيا بتهمة الإهمال العائلي وهو يعد من مبررات طلب التطلاق

- ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج، فإن كانت عالمة بإعساره فلا يجوز لها طلب التفريق على هذا الأساس.

(1) نذير ساعد ، التطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ألكلي محند أولحاج ، سنة (2012- 2013) ، ص(16).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلق

وقد جاءت اجتهادات المحكمة العليا مؤكدة لما ذهب إليه المشرع حيث جاء في الملف رقم 34791 قرار بتاريخ 1984/11/19 أن عدم دفع نفقة لمدة تزيد على شهرين تعد سبب ميرر للتطبيق والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية⁽¹⁾ لقد أصاب المشرع كل الصواب بوضعه لهذين الشرطين إذ من شأنهما وضع حد لما قد تلجأ إليه الزوجة من إدعاء وافتراء ضد زوجها ، ولكن ما يعاب عليه أنه لم يبين لنا درجة الإعسار التي يصح بها رفع دعوى التطلق ولم يحدد لنا كيفية إثبات علمها بإعساره من عدمه فهل يتم ذلك بالدفاتر التجارية كما هو الحال في الأعمال التجارية أم هناك وسائل خاصة .

3- نوع فرقة التطلق لعدم الإنفاق

اختلف الفقهاء حول نوع الفرقة الواقعة في التطلق لعدم الإنفاق فهناك من قال بأنها فرقة طلاق وهناك من اعتبرها فرقة فسخ وهذا كالتالي :

- الموقف الأول:

قال الشافعية والحنابلة أن الفرقة الواقعة هنا هي فرقة فسخ وليست فرقة طلاق، ويترتب عن ذلك، أن هذه الفرقة لا تنقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

- الموقف الثاني:

ذهب المالكية إلى أن الفرقة الواقعة هي فرقة طلاق وليست فرقة فسخ، ويترتب على ذلك أن هذه الفرقة تنقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج⁽²⁾

(1) يوسف دلاندة ، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05 ، دار هومه للطباعة والنشر ، ط(2) سنة 2007 ، الجزائر ، ص (120).

(2) محمد كمال عواد الجعافرة ، المرجع السابق ، ص (71).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

وبرجوع إلى قانون الأسرة نجد المشرع لم يتطرق إلى هذه النقطة ، الأمر الذي يدفعنا إلى اعتبار الفرقة الواقعة به طلاقاً وهذا لسبب وجيه يتمثل في أن المشرع أدرج التطلاق ضمن باب الطلاق وأحكامه ، وعليه فتطبيق لعدم الإنفاق ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج .

ثانياً: التطلاق للهجر في المضجع

أتاح الله سبحانه وتعالى للزوج حق تأديب الزوجة في حالة نشوزها ، وقد وضع سبحانه مجموعة من الوسائل لممارسة هذا الحق ومن بين هذه الوسائل الهجر في المضجع .

والمقصود بالهجر في المضجع هو هجر الزوج فراش الزوجة بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة نوم الزوجية، وذلك بالإعراض عنها ، وعدم قربانها ، في حدود الشرع لقوله تعالى {واهجروهن هجرا جميلاً}(1).

ولكن هناك من يسيء إستخدام هذا الحق ، كأن يطيل في مدة الهجر المحددة ، لتتحول الوسيلة من أداة تأديب كانت بيد الزوج إلى مبرر تلجأ إليه الزوجة لطلب التطلاق ، فهل للزوجة حق طلب التطلاق بحجة زيادة مدة الهجر عن الحد المسموح به شرعاً وقانوناً ؟

إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب الرجوع إلى مسألتين مهمتين من شأنهما أن يبيننا لنا متى يمكن للزوجة رفع دعوى التطلاق للهجر في المضجع .

1- الهجر العادي:

الواجب على الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها ومجامعتها ، لأن ذلك يعد من أهم الأسباب الدافعة له ، وقال فقهاء الإسلام أن الرجل عليه مجامعة زوجته وأدنى ذلك مرة في كل طهر وإلا فهو عاص لله تعالى لقوله تعالى { فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله } وذهب جمهور العلماء إلى وجوب معاشرة الزوج لزوجته ما لم يكن له عذر (2) .

(1) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص (288).

(2) باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص (44).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطليق

وذهب الحنفية إلى أن الرجل إذا كان متزوجاً بامرأة واحدة ولم يضاجعها لاشتغاله بالعبادة أو لاستمتاعه بجواريه ، فإنه من حقها المطالبة بمبيت الزوج عندها ولا يقدر المبيت بمدة معينة في الأسبوع ، وإنما يأمره القاضي أن يبيت عندها من وقت إلى آخر ، بحيث لا تشعر بالغيبة الطويلة عنها ، أما حق المواقعة فليس من حق المرأة المطالبة به إلا مرة واحدة ، لكن يجب عليه في الدين أن يكرر ذلك حتى يعف الزوجة ويمنعها من التطلع الممقوت لغيره وإلا كان آثماً⁽¹⁾.

أما الشافعية فقد اعتبروا معاشرته الرجل لزوجته ليس من باب الواجب بل من باب الحق الذي يتمتع به ، وقال أحمد بن حنبل أنه مقدر بأربعة أشهر لأن الله قدره في حق المولى بهذه المدة فكذلك في حق الرجل⁽²⁾ .

2- الإيلاء :

في حالة ما طالت مدة الهجر وفاتت الأربعة أشهر أصبح الهجر إيلاء وهو ما سنتكلم عنه أ/ تعريف الإيلاء :

الإيلاء هو أن يحلف الزوج بالله تعالى على ترك وطء زوجته أبداً أو أكثر من أربعة أشهر⁽³⁾.

ب/ مشروعية الإيلاء :

كان الإيلاء قبل الإسلام يعتبر طلاقاً ، ولكن عندما جاء الإسلام اعتبره سبباً من أسباب الطلاق وليس طلاقاً ، وهذا لقوله تعالى { لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا

(1) منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص (31).

(2) باديس ديابى ، المرجع السابق ، ص (45).

(3) عبد الله بن محسن الصاعدي، الإرشاد إلى أحكام الطلاق ، (د.ن، غ م)، ط(د.ط) ، (ب.ن، غ م)، سنة (1434هـ) ، ص (3).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطليق

فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ. وقال ابن حزم في تفسير هذه الآية : إن الله تعالى ذكر الإيلاء من النساء دون توقف ، ثم ذكر حكم التوقف والتربص بأربعة أشهر ، ثم حكم بعد انقضاء الأربعة أشهر بالزام الفيئة أو الطلاق⁽¹⁾.

ج/ حكم الإيلاء :

إذا تجاوز الإيلاء مدة أربعة أشهر يكون حرام لأنه فيه إيذاء للزوجة ، وإذا كان أقل من ذلك كان جائز إن كان القصد منه هو تأديب الزوجة وردها إلى الصواب إن أعيته الوسائل الأخرى فهو تأكيد للهجر في حالة النشوز⁽²⁾.

من خلال هذا العرض الموجز لهاتين المسألتين الجوهريتين يتضح بأن الزوجة ليس لها الحق في رفع دعوى التطليق في فترة الهجر العادي ولكن لها اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق في حالة ما تجاوزت مدة الهجر الأربعة أشهر وهي مدة الإيلاء وهو ما ثبت بنص المادة 53 ق.أ والتي جاء فيها " الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر " . ولكن الشيء الغريب اللافت للانتباه هو عدم معالجة المشرع لمسألة الإيلاء برغم من أنها قاعدة جد مهمة ويبقى السؤال مطروح هل يعتبر هذا سهو من قبل المشرع أم صمته يعني الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

ثالثا : التطليق للغيبة

1- تعريف الغيبة : للغيبة تعرفان وهما :

أ/ التعريف اللغوي : للغيبة عدة معاني في اللغة ومنها ما يأتي بمعنى التواري عن الأنظار

(1) مصطفى أمين حيدر الأتروشي ، أحكام الزواج والطلاق في فقه الإمام الظاهري مقارنا بالمذاهب الإسلامية الخمسة وبعض القوانين المعاصرة ، دار فنديل للنشر والتوزيع ، ط(1) ، سنة 2010، الأردن ، ص (295).

(2) محمود علي الشرباوي ، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق) ، دار الفكر ناشرون وموزعون ، ط(1)، سنة (2008-1428)، الأردن ، ص(191).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطليق

ويقال أغابت المرأة فهي مغيبة ، إذا غاب عنها بعلمها ، ويقال غاب فلان أي بُعد⁽¹⁾ .

ب/- التعري الاصطلاحي: يقصد بالغيبة عدم تواجد الزوج مع زوجته بمسكن الزوجية ، وغيابه عنها ، سواء كان ذلك في مكان معلوم يمكن الاستدلال عليه والوصول إليه أو كان في مكان مجهول ، حيث يعتبر كالمفقود ، الذي لا يعرف مكانه ومتى عودته⁽²⁾.

2- موقف الفقه من التطليق للغيبة :

شهد الفقه الإسلامي اتجاهاً في إجازة التفريق للغيبة فهناك من يمنعها وآخر يبيحها وهو ما سنتكلم عنه .

الموقف الأول :

ذهب الأحناف والشافعية والشيعة الزيدية والجعفرية إلى عدم جواز التفريق بين الزوجة وزوجها بسبب الغيبة ، سواء كانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر⁽³⁾ ؛ فأصحاب هذا القول لم يميزوا بين الغيبة بعذر كطلب العلم أو التجارة وبين الغيبة بدون عذر ، وجعلوا حد الغيبة الطويلة سنة فأكثر على المعتمد ، وفي قول ثلاثة سنوات . ويفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة إن كان مكان الزوج مجهولاً . وينذرهما إما بالحضور أو الطلاق أو إرسال النفقة ، ويحدد له مدة بحسب ما يرى إن كان مكان الزوج معلوماً⁽⁴⁾.

(1) عمار مرزوق ملحم ظاهر ، دعوى التفريق بين الزوجين للغيبة والضرر (دراسة فقهية - قانون مقارن) ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، سنة (2013) ، ص (8).

(2) عبد الحكم فوده ، منذر عبد العزيز الشمالي ، أحكام الزواج والطلاق في المذهبين السني والجعفري في ضوء الفقه وأحكام القضاء ، منشأة المعارف ، (د.ط) ، سنة (2011) ، مصر ، ص (349).

(3) محمد كمال الدين إمام ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد (في الفقه والقانون والقضاء) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، (د.ط) ، سنة (2003) ، لبنان ، ص (445).

(4) عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل (ق رقم 05-02) ، دار الخلدونية ، ط(1) ، سنة (1428هـ - 2007م) ، الجزائر ، ص (282).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

الموقف الثاني :

قال المالكية والحنابلة بأحقية طلب الزوجة للتطلاق في حالة غياب زوجها ولكنهما اختلفوا في التفاصيل .

بحيث يفرق الحنابلة بين الغيبة بعذر التجارة، أو طلب العلم ، وبين الغيبة بعذر أو بغير عذر ، وجعلوا هذه الأخيرة سببا لطلب التطلاق الذي يقبله القاضي إذا تجاوزت غيبة الزوج ستة أشهر⁽¹⁾.

وذهب المالكية إلى انه إذا غاب الزوج غيبة تتضرر منها المرأة سنة بناء على الرأي الراجح في المذهب ، سواء كانت الغيبة بعذر أو بغير عذر ، فإما أن يكون الزوج في مكان يصل إليه الإعلان أرسل إليه القاضي بأن يحضر إلى البلد التي تقيم فيه زوجته ، أو ينقلها إلى البلد الذي هو فيه ، وإلا طلق عليه ، ويعطيه القاضي أجلا فإذا امتثل لطلب القاضي بالحضور أو نقل زوجته فلا تطلاق ، وإذا امتنع وانتهى الأجل وأصرت المرأة على التطلاق أجابها القاضي إلى دعواها وحكم بالتطلاق⁽²⁾.

موقف المشرع الجزائري:

أجاز المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطلاق لغيبة الزوج وهذا ما نلتمسه من نص المادة 53 الفقرة خمسة ، والتي ورد فيها " الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة " .

ومن خلال هذه الفقرة نلتمس بأن المشرع وضع شروط لا بد من توفرها لتمكن الزوجة من طلب التطلاق بحجة غيبة الزوج ويمكن تلخيص هذه الشروط في :

- أن تكون مدة الغيبة سنة على الأقل بدءا من يوم غياب الزوج إلى تاريخ رفع الدعوى ، في حين لا تقبل دعواها في حالة عدم مضي سنة على غيابه .

(1) منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص (40).

(2) محمد كمال الدين إمام ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص (445).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

- أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج بدون عذر شرعي ، ولكن إن كان غيابه بهدف الدراسة أو العمل وكان مكان الزوج معلوم كان طلب الزوجة في التطلاق للغيبة مرفوض .
- أن يغيب عنها بدون ترك نفقة لها خلال مدة غيابه (1).

3- نوع الفرقة الواقعة في التطلاق للغيبة

اختلف الفقهاء حول نوع الفرقة الواقعة في تطلاق للغيبة وذلك كالتالي :

الموقف الأول :

ذهب المالكية إلى أن التفريق للغيبة هو طلاق بائن ، لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون بائنة ، إلا الفرقة بسبب الإيلاء أو عدم الإنفاق فتكون رجعية (2).

الموقف الثاني:

وقال الحنابلة بأن الفرقة الواقعة في التفريق للغيبة هي فسخ لعقد الزواج لا تطليقا ، وحجتهم في ذلك ، أنها فرقة من جانب الزوجة فقط ، وإذا كانت كذلك فهي فسخا للعقد وليست طلاقا (3).

الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها جزائيا

يسعى الزوج دائما إلى تحقيق أفضل معيشة لأسرته فهناك من يستعين بالله سبحانه وتعالى للوصول إلى غايته وهناك من يلجأ إلى الطرق الغير شرعية كحل سريع الأمر الذي قد يؤدي في غالب الأحيان إلى تقييد حريته فهل للزوجة طلب التطلاق بسبب تقييد حرية زوجها أو بسبب ارتكابه لفاحشة أم لا ؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال هذا الفرع .

(1) منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص (41، 42).

(2) عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق ، ص (283).

(3) عبد الحكم فوده ، منذر عبد العزيز الشمالي ، المرجع السابق ، ص (351).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

أولاً : التطلاق للحكم بعقوبة

من خلال الفقرة الرابعة من نص المادة 53 ق.أ يتضح جلياً بأن المشرع أعطى الزوجة الحق في رفع دعوى التطلاق في حالة ما حكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة ولكن هل الفقه منح الزوجة هذا الحق أم كان له موقف مخالف لموقف المشرع .

1- موقف الفقه من التطلاق للحكم بعقوبة

اختلف الفقهاء بين مؤيد ومعارض في مسألة إمكانية تطلاق الزوجة لزوجها في حالة ما تعرض لعقوبة مقيدة لحرية وقد انقسموا إلى فريقين .

الفريق الأول :

ذهب الأحناف والشافعية إلى أنه لا يجوز تطلاق الزوجة لحبس الزوج مهما طال مدة الحبس ، وقد برروا موقفهم هذا بعدم وجود دليل شرعي على ذلك (1).

الفريق الثاني :

قال المالكية والحنابلة بجواز التفريق بين الزوجين في حالة غياب الزوج ، وصرح ابن تيمية من الحنابلة بحق امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقة كالقول في امرأة المفقود . وصرح أصحاب المذهب المالكي بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق ، لأن مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته ، سواء كان بختياره أو قهراً عنه كما في الأسير ، لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد ، وهذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس ، ولأن الزوج الذي حكم عليه نهائياً بسجنه ، وبعد مضي سنة فأكثر على تنفيذ حكم الحبس ما يعادل الغياب لأكثر من سنة فلا تختلف حال زوجة المحبوس عن حال زوجة الغائب سنة فأكثر ، في أن زوجها بعيد عنها زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف ، وهو الأمر الصعب في الطبيعة البشرية في الأعم الغالب من الحالات (2).

(1) اليزيد عيسات بلمامي ، المرجع السابق ، ص (92).

(2) عبد الحكم فوده ، منذر عبد العزيز الشمالي ، المرجع السابق ، ص (250).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

الترجيح:

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء يتبين بأن القول الراجح هو القول الثاني لتطابقه مع ماورد في نص المادة 53ق.أ الفقرة أربعة والتي أجازت للزوجة حق التطلاق لتقييد حرية الزوج ، وهذا يدل على أن المشرع تأثر بالمذهب المالكي في تنظيم أحكام هذه الحالة.

2- شروط التطلاق للحكم بعقوبة .

يجب على الزوجة التي تريد التطلاق تأسيسا على الفقرة الرابعة من نص المادة 53ق.أ تحقيق أربعة شروط وهي :

- أن يصدر حكما يدين الزوج بعقوبة شائنة .
- أن ينطوي الحكم على عقوبة أكثر من سنة .
- أن تكون العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة .
- أن تستحيل مع العقوبة مواصلة العشرة والحياة الزوجية (1).

من خلال هذا العرض يتبين لنا بأن المشرع وضع مجموعة من الشروط الغامضة والتي قد تكون في الغالب صعبة التحقيق .

ثانيا : التطلاق لارتكاب فاحشة .

أجاز المشرع للزوجة إمكانية التطلاق في حالة ما أثبتت أن الزوج قد ارتكب فاحشة ما وهذا ما تأكده الفقرة السابعة من نص المادة 53 ق.أ ، وهو ما سنسلط عليه الدراسة .

1 -تعريف الفاحشة:

يمكن تعريف الفاحشة من خلال تحديد مدلولها اللغوي الشائع وكذا ماورد في القرآن الكريم .

(1) باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، (د.ط) ، سنة (2007م)، الجزائر ، ص (42،43).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

فنقول مثلا عن الأمر أنه فاحش، إذا زاد عن الحد المعقول ونقول عن الخسارة أنها فاحشة إذا كانت كبيرة، فيصبح معنى الفحش هو الزيادة المبالغ فيها.

ونظرا لغياب آراء الفقهاء في هذا الشأن ، لابد من الرجوع إلى المرجع الأصلي لكل التشريعات وهو القرآن الكريم لنتعرف على الفواحش التي تخل بالأنظمة إخلالا كبيرا ، ومن ذلك قوله تعالى { ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا } (الإسراء الآية 32) . وقوله تعالى { ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا } (النساء الآية 22) وقوله تعالى { قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن } (الأعراف الآية 33) (1).

من خلال هاته الآيات الكريمة يتبين بأن سبحانه وتعالى حصر الفاحشة في الكبائر مثل الشرك به ، والزنا ، وشرب الخمر ، و الردة وكل الأفعال المخلة بالآداب بصفة جسيمة (2).

2- شروط قبول دعوى التطلاق للفاحشة

أجاز المشرع الجزائري للزوجة حسب المادة 7/53 من قانون الأسرة ، أن تطلب التطلاق إذا ارتكب زوجها فاحشة مبينة ، غير أن هذه الفقرة لم تحدد المقصود بالفاحشة المبينة ، فقد تنصرف إلى الخيانة الزوجية أو الجرائم الأخلاقية ، فمصطلح الفاحشة جاء بصفة النكرة في هذه الفقرة ، الأمر الذي يحيلنا إلى الشريعة الإسلامية والتي فصلت فيه كما سلف القول .

ولقبول دعوى التطلاق في هذه الحالة، لا بد من توافر شروط معينة، تتمثل في :

- أن يكون هذا الفعل الذي ارتكبه الزوج مخلا بالحياء والآداب العامة ، أي كل فعل مناف للمبادئ الإسلامية يعتبر فاحشة ومن الكبائر.

- يجب أن يكون هذا الفعل قد ارتكب من طرف الزوج ، كما يجب أن تكون العلاقة القائمة بين الزوجة طالبة التطلاق والزوج مرتكب الفاحشة المبينة ، أساسها عقد زواج صحيح شرعا

(1) منصور نورة ، المرجع السابق ، ص (59، 60).

(2) اليزيد عيسات بلمامي ، المرجع السابق ، ص (98).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

وقانونا ، أي مستوفي لكل أركانه وشروطه الشرعية والقانونية ، ولا يزال قائما إلى حين رفع دعوى التطلاق ، فلا تقبل دعواها إذا كان الزواج باطلا (1).

الفرع الثالث: التطلاق للعيب

العيب هو نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها، وقد اختلف الفقهاء في التفريق بالعيب وهو ما سيكون محل دراستنا في هذا الفرع .

1- موقف الفقه من التطلاق للعيب

اختلفت آراء الفقهاء في حكم التفريق بين الزوجة بسبب العيب بين مؤيد ومعارض وهذا كالتالي:

الموقف الأول:

ذهب الظاهرية إلى أنه لا يفرق بين الزوجين بالعيب أيا كان نوعه ، سواء كان موجودا بأحد الزوجين قبل العقد أو بعده ، لأنه ليس فيه دليل من الكتاب أو السنة ، وكل ما ورد بشأنه أقوال عن الصحابة . وهي لا تخرج عن كونها آراء اجتهادية لا تصلح للاحتجاج بها (2).

الموقف الثاني:

أجاز جمهور العلماء طلب التفريق بسبب العيب، واستدلوا بالسنة وإجماع الصحابة.

فمن السنة ما رواه الإمام أحمد عن جميل بن زيد قال حدثني شيخ من الأنصار ذكر أنه كانت له صحبة يقال له كعب بن زيد أو زيد بن كعب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش فأبصر بكشحا بيضاء

(1) نذير سعاد ، المرجع السابق ، ص(32).

(2) محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون) دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، (د.ط) ، سنة (1397هـ -1977م) مصر ، ص (567).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطليق

فانحاز عن الفراش ثم قال خذي عليك ثيابك ، ولم يأخذ مما آتاها شيئاً ، وفي رواية إلهي بأهلك .

فالحديث دل على مشروعية رد النكاح بالعيب الذي يكون بالمرأة مما تعافه النفس، وإذا ثبت هذا بالنص فما ساواه أو كان أشد منه من العيوب يقاس عليه، بل إن هذا الأخير يكون الرد به من باب أولى (1).

ومن الإجماع احتجوا بما روى الماوردي والشافعي إجماع الصحابة على ثبوت خيار الفسخ بالعيب ، ومتى ثبت التفريق بكل عيب يمنع الوطء (2).

الترجيح:

بعد أن تعرفنا على موقف كل فريق يتبين بأن كلاهما كان له وجهة نظره الخاصة ولكلاهما أدلتهم وبراهينهم ، ولكن الموقف الذي كانت حججه دامغة هو الموقف القائل بجواز التفريق للعيب وهو ما أخذ به المشرع الجزائري حين اعتبر في نص المادة 2/53 العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج سبب يبيح للزوجة حق التفريق ، ولكن السؤال الذي يطرح هل حق التفريق بالعيب يثبت للزوجة فقط أم لكلا الزوجين هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال معرفة أهم الآراء الفقهية .

2- من يثبت له حق التفريق بالعيب .

ذهب الحنفية إلى أن الزوجة وحدها لها الحق في طلب التفريق للعيب، وحثتهم في ذلك أن الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، وأما المرأة فإنها لا تملك الطلاق، فثبت لها حق طلب التفريق للعيب لتدفع الضرر عن نفسها (3).

(1) عبد المؤمن بلباقي ، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون

الأسرة الجزائري)، دار الهدى للطباعة والنشر ، (د.ط) ، سنة (2000)، الجزائر ، ص (65).

(2) (3) آيت شاوش دليلة ، المرجع السابق ص (23).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطيق

وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن هذا الحق يثبت لكل من الزوجين فيجوز للزوج طلب التفريق إذا وجد بزوجه عيبا يمنع معاشرتها مع وجود ذلك العيب ، كما يثبت لها هذا الحق إذا وجدت بزوجه عيبا يمنع معاشرته مع وجود ذلك العيب (1).

الترجيح :

بعد هذا العرض يتبين بأن القول الراجح هو القول الذي أعطى للزوجة وحدها حق التفريق للعيب وهو قول الحنفية ، وهذا وكما جاء في قولهم للزوج القدرة على رفع الضرر عن نفسه بالطلاق وأما المرأة فهي لا تملك القدرة على إيقاع الطلاق وبالتالي لا بد من منحها هذا الحق لرفع ما لا تطيق عنها .

3- العيوب الموجبة للتفريق

ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن العيوب الموجبة للتفريق هي العيوب التي تمنع التناسل وهي ثلاثة : أن يكون الرجل عينا أو محبوبا أو خصيا ، لأن الغاية من الزواج حفظ النسل ، فإذا لم يكن الزوج صالحا للتناسل استحال تحقيق المقصود من العقد أما غير هذه العيوب فهي لا توجب التفريق لأنها لا تمنع تحقيق المقصود من الزواج .

وزاد محمد بن الحسن ثلاثة عيوب أخرى وهي : الجنون والجدام والبرص . والأئمة الثلاثة وافقوا عليها وزادوا غيرها ، فعدها المالكية ثلاثة عشر بعضها خاص بالرجل وبعضها خاص بالمرأة ، وبعضها مشترك بينهما ، كما أضاف الحنابلة عيوباً أخرى (2).

موقف المشرع الجزائري

لم يحدد لنا المشرع الجزائري العيوب الموجبة للتفريق ولكن من خلال تحليل الفقرة الثانية

(1) . (2) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص (569).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلق

من نص المادة 53ق.أ والتي جاء فيها " العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج" من هذه الفقرة نلتمس بأن المشرع حصر العيوب في تلك العيوب التي تمنع التنازل باعتباره من أبرز أهداف الزواج ، وقد أكدت الاجتهادات القضائية ماذهب إليه المشرع حيث جاء في الملف رقم 213571 قرار بتاريخ 16/02/1999 أن التطلق بسبب عقم الزوج - ثبوت العقم بعد العلاج فإن الحكم بالتطلق - يعد تطبيق لصحيح القانون (1).

4- نوع الفرقة بسبب العيب

للفقهاء رأيان في هذه المسألة :

الرأي الأول :

قال المالكية والحنفية بأن الفرقة الواقعة به هي طلاق بائن ينقص من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج ، لأن القاضي يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه ، ولأنها فرقة بعد زواج صحيح . والفرقة بعد الزواج عند المالكية تكون طلاقا لا فسخا(2).

الرأي الثاني :

ذهب الشافعية والحنابلة والجعفرية إلى اعتبار الفرقة الواقعة بالتطلق بسبب العيب إلى أنها فسخ لعقد الزواج وليست طلاقا ، وبالتالي فهي لا تنقص من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج ، وهذا لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة (3).

5- شروط طلب التطلق للعيب

(1) يوسف دلاندة ، المرجع السابق ، ص(67).

(2) رمضان علي السيد الشرنباصي ، عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرى في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء دراسة لقانون الأحوال الشخصية ، دار المطبوعات الجامعية ، (د.ط) ، سنة (2012) ، مصر ، ص (122).

(3) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص (570).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلق

يثبت للزوجة حق طلب التطلق للعيب إذا توافرت الشروط التالية :

- أن لا تكون عالمة بالعيب قبل الدخول ، وإلا سقط حقها في الفسخ .
- أن يكون العيب موجودا أثناء العقد وعند الدخول أما العيب الطارئ بعد الدخول فلا يثبت به حق الفسخ .
- عدم الرضا بالعيب بعد الاطلاع عليه .
- ألا يكون في الطرف الآخر عيب يمنع الوطء (1).

6- طرق إثبات العيب في دعوى التطلق

يثبت العيب بكافة طرق الإثبات القانونية مثل الشهادة الطبية ، و يجوز لقاضي أن يأمر بعرض المدعي عليه على طبيب خبير من تلقاء نفسه إذا عجزت الزوجة على إثبات ذلك بالوسائل الأخرى ، وكان القاضي لا يستطيع الوصول إلى الحقيقة بغير ذلك (2).

الفرع الرابع : التطلق للشقاق والضرر

قد تسوء العشرة الزوجية لا لسبب من الأسباب المتقدمة التي يترتب عليها حق طلب الفرق بينهما ، بل لسبب آخر من الأسباب الكثيرة والعديدة التي تقضي على ما يجب أن يكون بين الزوجين من ألفة ، ووثام ، وتحاب ؛ فتنقلب حياتهما عسيرا ، ويتحول سكناهما جحيما (3). فهل هذه الأسباب والدوافع من شأنها تمكين الزوجة من التطلق للشقاق والضرر هذا ما سنحاول الإجابة عنه .

(1) أحمد محمد المومني ، المرجع السابق ص(131)

(2) منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص (52).

(3) علي الخفيف ، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ، دار الفكر العربي ، ط(1) ، سنة (1429هـ - 2008م) ، مصر ، ص(275).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلق

1- تعريف الشقاق:

الشقاق هو استحكام العداة والخلاف بين الزوجين وهو الذي يضع الحياة الزوجية على حافة الانهيار ،ومصدر الشقاق مستمد من قوله تعالى { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا } (1).

2- موقف الفقه من التطلق للشقاق والضرر

وقع خلاف بين الفقهاء حول هذه المسألة وكان ذلك كالتالي :

الموقف الأول :

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية ومن وافقهم أنه يجوز تطلق المرأة للضرر الذي ألم بها من الضرب والسب والشتم ونحو ذلك .

وحجتهم في ذلك أن الطلاق لم يتعين طريقا لخلاص الزوجة مما حل بها من ضرر ونحو ذلك ، ومن ثم فعلى القاضي أن يأمره بحسن العشرة ، وإلا عزره بما يجزره عن معاودة مثل هذا السلوك مرة أخرى (2).

الموقف الثاني :

ذهب المالكية والإمام أحمد في أحد الروايتين عنه إلى أنه للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا تجاوز الحد المشروع في الشقاق، ولم يُستطع إنهاء النزاع بينهما بالوسائل التي حددها الشارع الحكيم .

(1) نذير ساعد ، المرجع السابق ، ص (22).

(2) أحمد بخيت الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور على ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الحامعي ، ط(1) ، سنة (2008/2009) ، مصر ، (336).

الفصل الأول: حق الزوجة في التظليق

وقد علل المالكية ومن معهم موقفهم هذا بقوله تعالى { وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا } البقرة 231 فالآية جاءت تأمر بوجوب إمساك الزوج لزوجته بالمعروف والنهي عن إمساكه لها على وجه الإضرار⁽¹⁾ .

ومن السنة احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " ومن ثم فالإمساك مع زوجها الذي يسيء عشرتها ولا يحسن إليها لا فائدة منه ، وقد تتعدى آثاره البغيضة إلى الأبناء والأقرباء وكل من له علاقة بقرابة أو مصاهرة⁽²⁾ .

الترجيح:

مما تقدم يتضح بأن الموقف الراجح هو الموقف الذي أجاز للزوجة حق التظليق لسوء العشرة باعتباره الأكثر توافقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية والتي جاءت للإنصاف للناس ورفع الضرر عنهم .

وبالرجوع إلى القانون الوضعي نجد المشرع قد أخذ بقول المالكية وهذا ما تبرهنه لنا المادة 8/53ف والتي أجازت للزوجة طلب التفريق في حالة الشقاق المستمر وما أكدته الفقرة 10 والتي فتحت المجال أمام المرأة بإمكانية طلب التظليق في حالة تعرضها لأي ضرر معتبر شرعاً .

ولكن السؤال الذي يطرح هو كيف يمكن إثبات الضرر المترتب عن هذا الشقاق لاعتباره من المسائل الخاصة بالزوجين والتي لا يمكن الاطلاع عليها أو الشهادة فيها هذا ما سنجيب عنه في النقطة الموالية .

2- إثبات الضرر

يجد القضاء صعوبة بالغة في تقدير وجود الضرر من عدمه في المسائل الزوجية ، الأمر

(1) محمد علي الشراطوي ، المرجع السابق ، ص (193).

(2) أحمد بخيت الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور ، المرجع السابق ، ص (337).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

الذي يوجب عليه الاستعانة بأشخاص من أقارب الزوجين يكونان على دراية بظروف معيشتها وطبيعة العلاقة التي تجمعهما ، ويطلق على هذان الشخصين الحكمين والغرض منهما هو الوصول إلى الإصلاح .

ويشترط القضاء في الحكمين أن يكونا رجلين عادلين من أهل الزوجين وعليهما أن يتعرفا على أسباب الشقاق والنزاع ، وعليهما تقديم تقرير يحتوي على ما توصل إليه خلال مدة شهرين وهذا طبقا لنص المادة 56 من ق.أ. والتي جاء فيها " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، يعين القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما " (1). وعليه فإن التقرير الذي سيقدم من قبل الحكمين إلى القاضي يجب أن يكون مسببا حتى يكون القاضي على بصيرة عند الفصل في القضية المطروحة عليه ، وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة العليا في عدة قرارات لها إلى إثبات حق المرأة في التطلاق عند كل ضرر معتبر شرعا ، ومن هذه القرارات على سبيل المثال : " إن لقضاة الموضوع الحرية المطلقة في تقدير وسائل الإثبات التي أوكلمها القانون لاجتهادهم المطلق .. ومادام تم ثبوت تعدي الزوج على زوجته بالاشتم والضرب المبرح والعنف صارت علاقتهما الزوجية أمر مستحيل، وهي أسباب كافية لتبرير تطلقها. (2)

الفرع الخامس : التطلاق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 والشروط المتفق عليها في عقد الزواج

ضمن هذا الفرع سنتكلم عن طلب الزوجة لتطلاق بسبب مخالفة الزوج لأحكام المادة 8 وعدم إلتزامه بأحد الشروط المتفق عليها في عقد الزواج وهذا كالتالي :

أولا : التطلاق لمخالفة الأحكام الوارد في المادة 8 من ق. أ

(1) قانون الأسرة ، المرجع السابق.

(2) عبد الفتاح تقيية ، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية ، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة ، سنة (2007)، ص (92).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق

أجازا القانون الإلهي والقانون الوضعي للزوج حق التعدد في الزوجات ، وهذا لحكم عديدة لا داعي لتعدادها ، وقد قيد هذا الحق بمجموعة من القيود لا بد من توفرها ولكن هل تخلف أحد هاته الشروط يمنح الحق لزوجة في طلب التطلاق هذا ماسنتعرف عليه .

1- موقف الفقه من التطلاق لتعدد الزوجات

التعدد من الأمور القديمة التي لم يأتي الإسلام بها وإنما هذبها ونظمها بوضع مجموعة من القيود التي من شأنها إبراز مكانة المرأة وحفظ كرامتها ، فلا تقبل زوجا لا ترضاه ولا تقبل زوج في عصمته امرأة أخرى ، والتعدد مشروع بالكتاب لقوله تعالى { وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا } النساء الآية 3.

ولكن وبرغم من إلزام الزوج بالعدل بين زوجاته ، قد لا يتمكن من ذلك ، وهذا كثير الحدوث ، فالرسول صلى الله عليه وسلم حين كان يقسم بين زوجاته كان يقول " اللهم هذه قسمتي فيما أملك ، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك " . فالعدل بين الزوجات وما يسببه انعدامه من ضرر لإحدى الزوجات هو أساس طلب التطلاق من الزوجة المضرورة، ووفقا للإمام مالك فإنه يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التطلاق إذا ما أصابها ضرر جراء زواج زوجها من امرأة أخرى (1).

2- موقف المشرع الجزائري من التطلاق لتعدد الزوجات

جاءت المادة 8 من ق.أ. تبيح للزوج حق الزواج بأكثر من واحدة ، ولكن المشرع وضع مجموعة من القيود التي من شأنها حماية الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة من أي ضرر قد يلحق بهما جراء هذا التصرف، وتكمن هذه القيود في :

(1) نذير سعاد ، المرجع السابق ، ص (25-26).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطليق

- توفر المبرر الشرعي للزواج .
- توفر شرط ونية العدل .
- إخبار الزوج الزوجة السابقة والمرأة التي سيقبل على الزواج بها.
- تقديم طلب الترخيص إلى رئيس المحكمة (1).

ثانيا : التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها

إذا اشترطت الزوجة على زوجها في عقد الزواج ما فيه منفعة لها ، ولا يخل بمقصود العقد ولا يحرمه الشارع لزمه الوفاء بالشرط : كأن تشترط عليه عملها أو تشترط عليه الدراسة فإن لم يفي به لها طلب فسخ النكاح . وقد روى ذلك عن عمر بن الخطاب ، وسعد بن أبي وقاص ، ومعاوية وعمر بن العاص وجابر بن زيد . وقد أبطل هذا النوع من الشروط الزهري ، وهشام بن عروة ، والليث ، وابن المنذر . وهو مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي.

فقال أبو حنيفة والشافعي : يصح العقد ولا يلزم الشرط ، ولكن يكون للزوجة مهر مثلها إذا كان المسمى أقل منه ، ولا يكون لها طلب الفسخ . وهو مذهب الزيدية ، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما ، أو حرم حلالا " . وهذه الشروط تحرم الحلال على الزوج .

وذهب الشيعة الجعفرية إلى أن هذا النوع من الشروط باطل والعقد صحيح، والمسمى لازم. واحتج الحنابلة بقوله صلى الله عليه وسلم " إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج " رواه سعيد .

وعلى هذا إذا لم يوفي الزوج بما شرط عليه في العقد من شروط كان للزوجة أن تطلب من القاضي التطليق وعليه أن يجيبها لطلبها . أما إذا كان شرطا محظورا؛ كأن يطلق ضررتها ، أو مخالفا لمقتضى العقد : كأن لا ينفق عليها فإن العقد صحيح و الشرط باطل(2).

(1) قانون الأسرة ، المرجع السابق .

(2) علي الخفيف، المرجع السابق ، ص (293).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطليق

موقف المشرع الجزائري :

أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنابلة في أصل الاشتراط في عقد الزواج ووجب الوفاء بالشروط التي يريانها ضرورية في العقد لكونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما . فأجاز المشرع للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل ما يريانه ضروريا مالم يتناف مع أحكام قانون الأسرة الجزائري (1).

لقد وفق المشرع الجزائري في أخذه بالمذهب الحنبلي والذي يجيز الاشتراط ، إذ أنه من النادر جدا إبرام أي عقد دون وضع أحد طرفي العقد مجموعة من الشروط ، ولكن هل الاشتراط في عقد الزواج يخضع إلى الرسمية وبالتالي يمكن الاحتجاج به أم يبقى مجرد شرط شفوي وبالتالي الوقوع في مشكل عدم القدرة على إثبات في حالة عدم الوفاء به .

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن التطليق

للتطليق نفس الآثار القانونية المترتبة عن الطلاق ، وقد نظم المشرع هاته الآثار في مجموعة من النصوص المتفرقة والتي يمكن حصرها بين المادتين (58 و76) ، ويمكن تقسيم هاته الآثار إلى اثنتين منها ما يثبت للزوجة ومنها ما يثبت للأولاد وفي هذا المطلب سنحاول دراسة كل نوع في فرع مستقل عن الآخر وذلك كمايلي :

الفرع الأول : ما يثبت للزوجة

أولاً: العدة

1- معنى العدة

أ/ التعريف اللغوي : العدة بمعنى إحصاء الشيء ومنه قوله تعالى : { وَأَخْصَى كُلَّ شَيْءٍ

(1) نذير ساعد ، المرجع السابق ، ص (33).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطليق

عَدَدًا { ابن الآية 28 وعدة المرأة أيام إقراءها أو أيام حدادها على بعلها وسميت بذلك لأن المرأة تحصى أشهر العدة أو الإقراء (1).

ب/التعريف الاصطلاحي: هي مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة فتمتنع عن الزواج فيها ، وبإنقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم " (2).

2- : دليل مشروعية العدة

أجمع العلماء على وجوب العدة لقوله تعالى : { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر وبعلتهن أحق بردتهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ولهن مثل لذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم } سورة البقرة الآية 228 (3)

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : " اعتدي في أم مكتوم " . والحكمة من وجوب العدة هي التأكد من براءة الرحم لتفادي اختلاط الأنساب من جهة وإعطاء الزوج متسع من الوقت ليتمكن خلاله من التفكير في مراجعة معتدته من جهة أخرى (4).

وبرجوع إلى قانون الأسرة نجد المشرع قد تكلم عن أنواع العدة في المواد (58، 59 ، 60) فالمادة 58 ق.أ جاءت تتكلم عن عدة المطلقة المدخول بها وقد حددت عدتها بثلاثة قروء ، وأما اليائس فعدتها تحتسب بالأشهر وعدتها ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق .

وأما المادة 59 فقد تناولت عدة المتوفى عنها زوجها وعدة المفقود زوجها ؛ فعدة المتوفى زوجها حددت بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بالفقد . في حين نجد المادة 60 ق.أ تتكلم عن عدة الحامل والتي حددت بوضع الحمل وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة (5).

(1) محمد علي الشراطوي ، المرجع السابق ، ص (202).

(2) منصور نورة ، المرجع السابق ، ص (80)

(3) السيد سابق ، فقه السنة ، دار الفتح للإعلام العربي ، المجلد الثالث ، سنة (1433هـ - 2012م) ، مصر ، ص (68) .

(4) منصور نورة ، المرجع السابق ، ص (81).

(5) قانون الاسرة ، المرجع السابق

الفصل الأول: حق الزوجة في التطليق

ثانيا : نفقة العدة

جاءت المادة 61 ق.أ تنص على " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق " (1). من خلال استقراء هذه المادة نجد المشرع قد منح الزوجة الحق في أخذ النفقة من زوجها طيلة مدة عدتها ولكن بشرط ألا تخرج من المسكن العائلي طيلة مدة العدة ولكن في الواقع المرأة المطلقة دائما تخرج من البيت الزوجية متجهة إلى بيت أهلها فهل هذا سبيل يلجأ إليه الزوج لإسقاط حق النفقة عن الزوجة أم لا ؟.

ثالثا: نفقة الإهمال

لقد أقرت المادة 74 ق.أ أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها ، فإذا لم يتم بالإفراق عليها يحق لها طلب نفقة الإهمال تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم التطليق وللقاضي سلطة تقدير مبلغ هذه النفقة شهريا مراعيًا في ذلك حال الزوجين (2).

رابعا : حق السكن أو دفع أجرته

بحسب ماورد في نص المادة 72 من ق.أ فإن نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى أبيه أن يهيء له مسكنا وإذا تعذر عليه دفع بدل الإيجار .

وقد جاءت الفقرة الأخيرة تنص على أنه في حالة عدم توفير مسكن للزوجة المطلقة والمستفيدة من الحضانة وجوب بقائها في البيت الزوجي المعتاد إلى غاية التنفيذ المطلق للحكم القضائي الذي ألزومه بالسكن حتى لا يتشرد الأطفال وكل ذلك تحقيقا لمصلحة المحضون. (3)

(1) قانون الأسرة ، المرجع السابق .

(2) منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص (84).

(3) العيش فضيل ، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، (د.ط) ، سنة (2006)

، الجزائر ، ص (69) .

الفصل الأول: حق الزوجة في التظليق

خامسا: حق التعويض

منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التظليق للأسباب التي أوردها المادة 53 من ق.أ. واستنادا لأحد هذه الأسباب يحكم القاضي لها بالتظليق ولكن هل هذا الحكم في حد ذاته يعتبر جبرا للضرر الذي تعرضت له أم أنها تستحق التعويض إلى جانب ذلك ؟

لم ترد مادة قانونية تتكلم عن التعويض في حالة طلب الزوجة للتظليق لأحد الأسباب الواردة في نص المادة 53ق.أ. ولكن وبرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد القرار الصادر في 1996/04/23 تحت رقم 135435 قد جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التظليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا ، ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج كامل الأركان إلا أن الزوج تأخر في الدخول بزواجه لمدة خمسة سنوات ، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها ، مما يتعين رفض الطعن (1).

مما تقدم نستخلص بأن التعويض ثابت للزوجة بالاجتهادات القضائية التي جاءت لتغطي النقائص التي وقع فيها المشرع ومن بين هاته النقائص عدم إدراج مادة في القانون تتكلم عن حق الزوجة في التعويض للضرر المعتبر شرعا وقانونا .

سادسا : النزاع حول متاع البيت

جاءت المادة 73 من ق.أ فاصلة في النزاعات التي قد تقع حول متاع البيت ، فكثيرا ما يدعي احد الطرفين ملكية المتاع في حين يقابل هذا الإدعاء إنكار الملكية من الطرف الثاني دون وجود بينة على ذلك ففي مثل هذه الحالات يكون القول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال ، وأما بالنسبة للمشاركات بينهما فيقسمانها مع اليمين (2). وقد أكدت الاجتهادات القضائية ما سبق قوله حيث جاء في

(1) منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص (87) .

(2) قانون الأسرة ، المرجع السابق

الفصل الأول: حق الزوجة في التطبيق

الملف رقم : 189245 قرار بتاريخ : 1998/04/21 أنه من المقرر قانوناً أن المشتركات بين الزوجين في الأمتعة يتقاسمانها مع اليمين .ومتى تبين - في قضية الحال- أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القضائي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفاز والمقياس الذهبي والراديو لأنها لم تقدم بشأنهما أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 2/73 من قانون الأسرة . ومما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزائياً (1).

مما تقدم نستنتج بأن متاع البيت يثبت لمن كان له البينة على ملكيته ، وفي حالة عدم توفر البينة يتم اللجوء إلى تحديد طبيعة الشيء المتنازع عليه فإن كان مما تستعمله النساء كالمجوهرات فالقول للزوجة مع اليمين ، وإن كان مما يستعمله الرجال كأدوات العمل فالقول للزوج مع اليمين وإن كان ذو استعمال مشترك فيتم قسمته بينهما مع اليمين.

الفرع الثاني : ما يثبت للأولاد

أولاً : النسب

تعد رابطة النسب إحدى نعم الله على عباده ومظهرها من مظاهر قدرته . قال جل شأن

{ وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا } الفرقان الآية 54 .

وقد جعل لنشوء النسب سببا واضحا ، هو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج لقوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش وللعاهر الحجر " إضافة إلى الإقرار والبينة ونكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول (2) .

(1) العيش فضيل ، المرجع السابق ، ص (71).

(2) عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط(1) ، سنة (2009) ، الأردن ، ص (238)

الفصل الأول: حق الزوجة في التطليق

ولكن هناك حالات تدعي فيها الزوجة بعد تطليقها بأنها حامل فهل ينسب الابن لأبيه بدون قيد أو شرط أم هناك شروط لا بد من توافرها لذلك؟.

جاءت المادة 43 من ق.أ.تنص على " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة " (1).

من خلال هاته المادة نجد المشرع الجزائري قد أقر على وجوب إلحاق نسب الطفل إلى أبيه ولكن بشرط أن يكون وضع الحمل خلال مدة لا تتجاوز العشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة وإن تجاوزت مدة الوضع المحددة في نص المادة لا ينسب الولد إلى أبيه لاحتمال نسبه لشخص آخر .

ثانيا : الحضانة

الحضانة مأخوذة من ضم الشيء إلى الحضان ، والحضان بالكسر مادون الإبط إلى الصدر ، والعضدان وما بينهما وجانب الشيء وناحيته ، وعلى هذا فالحضانة ضم الطفل إلى الصدر أو الجنب .

وعرفها الفقهاء على أنها إلتزام من لهم الحق من لا يستقل بأموره للقيام على تربية وإصلاح

شأنه ووقايته مما يضره (2).

وقد عرف لنا المشرع الجزائري الحضانة في نص المادة 62 بقوله " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا " ، ثم رتب لنا أصحاب الحق فيها في نص المادة 64 والتي جاء فيها " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم

(1) قانون الأسرة ، المرجع السابق .

(2) أحمد بخيت الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور علي ، المرجع السابق ن ص(453).

الفصل الأول: حق الزوجة في التطبيق

الجدة لأم ثم الجدة للأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " (1)

من خلال هذا النص القانوني نستنتج بأن الزوجة لها دائما الأولوية في حضانة أولادها سواء كان طلب الفرقة من طرف الزوج أو من طرفها .

ثالثا : نفقة المحضون

إن مسألة نفقة المحضون وسكنه تضمنتها المادة 72 من ق.أ حيث نصت على " نفقة المحضون من ماله إذا كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهيء له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته " (2).

وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1994/11/29 تحت رقم 112705 والذي قضى بـ " من المقرر أن نفقة المحضون وسكنه من ماله إذا كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهيء له سكنا أما إذا تعذر فعليه أجرته ، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم المنتقد على أن الطاعن لا يحق له المطالبة بمسكن لممارسة الحضانة أو بأجرته ، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فإنهم بذلك قد أسأؤوا تطبيق القانون وكان عليهم إلزام الطعون ضده بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته مما يتعين عليه نقض وإبطال القرار دون إحالة .

وقد أعطى القانون للمطلقة الحاضنة الحق في السكن وفق الشروط التي جاءت بها المادة 2/52 من ق.أ وهي :

(1)(2) قانون الأسرة ، المرجع السابق .

الفصل الأول: حق الزوجة في التظليق

- أن تكون حاضنة سواء قل أو كثر عدد المحضونين.
- أن تتوفر قدرة الزوج على ضمان السكن وإن لم يكن ذلك بوسعه سقط حقها (1).

رابعاً : حق الزيارة

من المقرر فقها أن لأبوي الصغير الحق في رؤيته ، كما أنه من مصلحته رؤيتهما ليألفهما ، لذا فإن كان الصغير في حضانة أمه فمن حق أبيه رؤيته والعكس .

قال في المغني : " ولا يمنع أحدهما - أي الأب والأم - من زيارتهما - أي الصغير - عند الآخر ، ولا يمنع - الصغير إن كان في حضانة أبيه - من زيارة أمه ، لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق وقطيعة الرحم" (2).

وبرجوع إلى قانون الأسرة نجد المشرع هو الآخر أوجب حق الزيارة لمن ليس المحضون بيده من الوالدين وهذا ما لحظناه من خلال نص المادة 64ق.أ والتي جاء فيها " .. وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " (3).

صحيح أن الشريعة الإسلامية السمحاء قد إعتنت بالمرأة عناية كاملة وأعطتها فرصة رفع الضرر عن نفسها من خلال التظليق وهو ما سار على خطاه المشرع الجزائري ، ولكن الوصول إلى هذا الحق ليس بشيء الهين إذ أنه تم تقييد هذا الحق بمجموعة من الشروط والأسباب والتي قد تكون في غالب الأحيان من المستحيل إثباتها وهو ما قد يفوت على المرأة مصلحة وهذا نظرا لطول إجراءات إثبات الضرر فيه ، بالإضافة إلى المصاريف القضائية الباهظة التي تتجم عنه كل هذه السلبيات وغيرها تدفع بالمرأة إلى البحث عن طريق أسهل

(1) منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص (97- 98) .

(2) أحمد بخيت الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور علي ، المرجع السابق ، ص (463).

(3) قانون الأسرة، المرجع السابق .

الفصل الأول: حق الزوجة في التطيق

وأسرع يضمّن خلاصها مما هي فيه من حال ميؤوس منه ، وليكون بذلك الخلع هو الطريق الأمثل وهو ما سيكون محل دراستنا في الفصل الثاني .

الفصل الثاني

المبحث الأول : مفهوم الخلع

يقتضي تحديد مفهوم الخلع الوقوف على عناصر عدة سنحاول تبيانها في المطالب التالية

المطلب الأول : تعريف الخلع وتحديد ألفاظه

الفرع الأول: تعريف الخلع

أولاً: التعريف اللغوي

الخلع (بفتح الخاء) هو النزع والإزالة ، فيقال خلع فلان ثوبه . وبضم الخاء طلاق المرأة مقابل عوض تلتزم به⁽¹⁾.

والخلع في أصل اللغة ، يعني الفضائل والأخلاق الحميدة ، فيقال رجل خليع وامرأة خليعة كما أن الخلع يعني النزع والعزل ، كأن يقال خلع الشعب الملك : أي أنزله من على عرشه ، أو خلع الوالي العامل أي عزله ، وقد يعني الطلاق بفدية ، كأن يقال تخالع الزوجان ، أي اتفقا على الطلاق بفدية⁽²⁾.

ومن خلال هذا التعريف يتضح بأن مصطلح الخلع ينطوي على عدة معاني ، إلا أن المتداول بين رجال القانون هو استعماله للدلالة على فك الرابطة الزوجية من قبل الزوجة

ثانياً: التعريف الاصطلاحي

عرفه ابن حزم بأنه: الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، وخافت أن لا توفيه حقه ، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيه حقه ، فلها أن تقتدي منه ويطلقها .

وقد عرفه النووي بقوله: فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع. وقد عرفه الكمال بن همام بقوله:

(1) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص (261).

(2) منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحوال الشخصية (أحكامه . آثاره) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، (ط1) سنة 2008-1429م ، الأردن ، ص(38) .

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

إزالة ملك النكاح ببذل ، بلفظ الخلع⁽¹⁾ .

وعرفه الحنفية على أنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه

وقد عرفه المالكية على أنه طلاق بعوض وهذا ما ذهب إليه الشافعية .⁽²⁾

ولكن وبرغم من تعدد التعريفات الفقهية للخلع واختلاف الآراء في تحديد ماهيته إلا أنهم

جميعهم اتفقوا على أنه حل عقدة النكاح من طرف المرأة مقابل عوض .

ومن الناحية القانون عُرِف على أنه إزالة قيد النكاح بلفظ الخلع أو فيما معناه، وينعقد بإيجاب

وقبول أمام القاضي⁽³⁾.

الفرع الثاني: مصطلحات الخلع

للزوج الحق في إيقاع الطلاق بصورة منفردة وللطلاق ألفاظ تدل على وقوعه كأن يقول

الزوج لزوجته أنت طالق كلفض صريح أو كأن يقول لها اذهبي إلى بيت أهلك على سبيل

الكناية عن الطلاق وغيرها من الألفاظ التي توحى على وقوعه ، ولكن هل للخلع ألفاظ

خاصة تستعملها المرأة لإيقاعه وهل يشترط أن يكون الخلع بلفظ الخلع أم أنه يمكن استعمال

أي لفظ يؤدي معناه هذا ما سنتعرف عليه من خلال معرفة الآراء الفقهية ومحاولة تحديد سبب

الخلاف والترجيح بينهما.

أولاً : ألفاظ الخلع

1/ ألفاظ الخلع عند الحنفية

(1)مصطفى أمين حيدر الأتروشي ، المرجع السابق ، ص (330).

(2)منال محمود المشني ، المرجع السابق ، ص (39).

(3) رشا خليل عبد،حق الزوجة في الفرقة في ظل قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1909، مجلة الجامعة

الإسلامية،(د.ط)، (س.ن.غ.م) (ب.ن.غ.م)، ص (434)

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

عند الحنفية ألفاظ الخلع خمسة وهي:

- ما أشتق من لفظ الخلع كقوله لها : " خالعتك " ، " اختلعي " ، " اخلعي نفسك " ، أخلعتك " ويرى الحنفية أن هذه الألفاظ تستعمل لإيقاع الطلاق كما تستعمل لإيقاع الخلع فإذا تلفظ الزوج بأحد هذه الألفاظ بدون نية وبدون ذكر المال كان طلاقا رجعيًا ، وإن تلفظ بأحد هذه الألفاظ كأن يقول لها خالعتك وذكر المقابل المالي كان الواقع بالفض هو الخلع وبالتالي كانت الفرقة الواقع به هي طلاق بائن .

- لفظ " بارأتك " فإذا قال لها " بارأتك على عشرين جنيها " وقبلت وقع طلاقا بائنا ، ولزمها العشرون وسقط مهرها ، وإذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء باتفاق ، أما إذا لم يذكر البديل وقال لها " بارأتك " وقالت " قبلت " وقع طلاق بائن وسقط حقها في المهر .

- لفظ " باينتك " مصطلح موضوع للخلع ، فإن لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق ، وإن لم تقبل ونوى به الطلاق طُلق .

- لفظ " فارقتك " فإنه إذا ذكر مالا فقال : " فارقتك على مائة ألف دينار " وقبلت باننت منه ، ولزمتها المئة ألف دينار وسقط حقها في المهر ، وإن لم تقبل لا يقع طلاق ولا يلزمها مال .

وإن لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع إن نوى به الطلاق أو قامت قرينة على إرادة الطلاق وإن لم تقبل ، فإن نوى به الطلاق لزمه طلاقا بائنا لأنه كناية وإلا فلا يلزمه شيء .

- لفظ طلاق على مال فإذا قال لها " طلقي نفسك على عشرين دينار " فقالت " قبلت " وقع الطلاق بائن ولزمها العشرون دينار أما إذا قال لها " طلقي نفسك " ولم يذكر مالا كان ذلك تمليكا للطلاق لا من باب الخلع⁽¹⁾.

(1) منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص(102 - 103) .

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

من خلال هذا العرض نستخلص بأن الحنفية اعتبروا المقابل المالي هو المعيار الذي يحدد لنا المقصود من اللفظ المستخدم وهو الذي يحدد لنا نوع الفرقة الواقعة به فإذا استخدم اللفظ دون ذكر المقابل المالي كان المقصود به طلاق رجعي ، وأما إذا استخدم مع ذكر المقابل المالي كان المقصود به هو الخلع وبتالي يكون الطلاق بائن . كما أن قبول المرأة من عدمه للمقابل المالي يلعب دور جد مهم في تحديد ما إذا كان الطلاق بائن أو رجعي .

2/ ألفاظ الخلع عند الشافعية

ألفاظ الخلع عند الشافعية لفظان وهما : " فاديت وخلعة " ويعد هذان اللفظان صريحان إذ أن اللفظ الأول وارد في القرآن الكريم لقوله تعالى " لا جناح عليكم فيما افتديتم به أنفسكم " واللفظ الثاني جرى العرف على استعماله . وقد جاء في كتاب الأم للإمام الشافعي قوله : " وإذا قال لها قد خالعتك أو فاديتك أو ماشابه لم يكن طلاقاً إلا بإرادته الطلاق لأنه ليس بصريح الطلاق".⁽¹⁾

نلاحظ أن فقهاء الشافعية وقعوا في خلاف حول تحديد ألفاظ الخلع فهناك من حصرها في اللفظان الصريحان التي تم ذكرهما سابقاً ، وهناك من قال بأنه قد يقع بأي لفظ يفيد معناهما وهذا ما تم استخلاصه من كتاب الأم للإمام الشافعي حين قال " خالعتك أو فاديتك أو ما شابه".

3/ ألفاظ الخلع عند الحنابلة

تنقسم ألفاظ الخلع عند الحنفية إلى صريحة وكناية ؛ فالصريحة تتمثل في الخلع أو الفسخ أو المفاداة ، وأما الكناية فهي بارأتك و أبريتك وأبنتك ، وقد اشترطوا ألا تكون النية من استخدام هذه الألفاظ سواء الصريحة أو الكناية هي الطلاق ، إذ نية الطلاق تجعله طلاقاً بائناً⁽²⁾.

(1) إسماعيل موسى مصطفى عبد الله ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، أطروحة مقدمة لتكملة متطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، سنة 2008 ، ص (22).

(2) إسماعيل مصطفى عبد الوهاب، مرجع سابق ، ص (42).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

نلاحظ أن الحنابلة اعتمدوا على النية لا على اللفظ في التمييز بين ما إذا كان الواقع هو طلاق أو خلع حتى وإن كان اللفظ صريح يدل على الخلع فلا بد أن تكون الغاية من إستخدامه هو الفسخ لا إيقاع الطلاق .

4/ ألفاظ الخلع عند المالكية

فتح المالكية المجال في ألفاظ الخلع فلم يقيدوه بألفاظ معينة بل اعتبروه يقع بكل لفظ يشمل الطلاق سواء أكان صريح أو كناية ظاهرة أو أي لفظ آخر النية منه هي إيقاع الطلاق ، فإذا قالت الزوجة " طلقني على مهري أو على مئة ريال" وقال لها " طلقتك على ذلك" كان الطلاق بائن وكان عليها العوض والمتمثل في مئة ريال ونفس الشيء إذا أجابها بكناية ظاهرة من كنيات الطلاق أو بأي لفظ آخر يوحي إلى أن الغاية منه هو إيقاع الطلاق .

وعند المالكية لا فرق بين ألفاظ الطلاق وألفاظ المخالعة فالأمر عندهم سواء فإذا أجابها

بقوله " خالعتك " أو " اختلعتك " كان بمثابة قوله لها " أنت طالق" (1).

الترجيح :

بعد عرض آراء المذاهب الأربعة يتضح بأنهم اختلفوا في تحديد مصطلحات الخلع ، إذ أنهم انقسموا إلى فريقين فريق ذيق في دائرة المصطلحات التي تستعمل للخلع وفريق وسع فيها ، ولكنهم اتفقوا على وجوب ذكر المقابل المالي لتمييز الخلع عن الطلاق ، وأنا أعتقد أن المذهب المالكي هو المذهب المناسب إذ أنه وسع في ألفاظ الخلع .

موقف المشرع الجزائري

لم يحدد لنا المشرع الجزائري مصطلحات الخلع وحتى الاجتهادات القضائية لم تحدها وهذا لا يعني سهو المشرع الجزائري عنها وإنما وحسب اعتقادي يفسر على أنه ترك المجال في استعمال مصطلحات الخلع مفتوح وهذا إن دل فإنما يدل على أخذ المشرع بالمذهب المالكي

(1) منصور نور ، المرجع السابق ، ص(104).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

المطلب الثاني : حكم الخلع وأدلة مشروعيته والحكمة منه

شرع الله للزوج الطلاق كما شرع للمرأة الخلع وجعل فيهما حكمة عظيمة فكما فيهما شر لا يمكن أن ننكر أن فيهما خير ولتوضيح أكثر تقرر لنا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول سنتكلم فيه عن حكم الخلع وفي الفرع الثاني سنتكلم عن أدلة مشروعيته وفي الثالث سنتناول الحكمة منه .

الفرع الأول : حكم الخلع

الخلع جائز إن استوفى شروطه لقوله صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس وقد جاءته تقول عن زوجها يارسول الله ما أعتبُ عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال لها " أتريدين عليه حديقته ؟ " قالت نعم فقال رسول الله لزوجها " اقبل الحديقة . وطلقها تطليقة"⁽¹⁾.

الفرع الثاني : أدلة مشروعية الخلع

شُرِعَ الخلع بالكتاب والسنة والإجماع وفي هذا التبيان التالي :

أولاً: أدلة مشروعيته من الكتاب

قوله تعالى " الطلاق مرتان فإمساكُ بمعروفٍ أو تسريحُ بإحسانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ " (2)

وجه الاستدلال من الآية الكريمة :

(1) أبو بكر جابر الجزائري ، مناهج المسلم " كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات " ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، طبعة جديدة ، سنة النشر (غ.م) ، مصر ، ص (355) .
(2) المصحف الشريف ، صورة البقرة ، برواية حفص عن عاصم ، دار الغل الجديد ، ط(1) ، القاهرة ، آية 229.

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

في الآية دلالة على جواز الطلاق مرتان فإذا أدركا الزوج صعوبة هذا القرار وتراجعا عنه له أن يراجع زوجته بإحسان ، وإذا كان في زواجهما مضرة لهما وللأسرة وكانت الفرقة هي السبيل الوحيد لإنهاء الضرر فتسريح بإحسان . والآية تدل على منع الزوج من أخذ المهر الذي دفعه لها في حالة الطلاق إلا في حالة ماذا لم تقم حدود الله وطلبت المخالعة ففي هذه الحالة للزوج الحق في أخذ ما افتدت به نفسها كتعويض عن الضرر الذي لحق به .

وقوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْتُبُوا النِّسَاءَ كُرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآءَاتِيَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا " (1)

وجه الاستدلال من الآية

جاءت الآية تحث على عدم عضل الرجال لنساء وإمساكهم للإضرار بهم بنية دفعهم إلى الافتداء منهم فلا يجوز لزوج أن يذيق على زوجته حتى يدفعها إلى الخلع.

ثانيا : أدلة مشروعيته من السنة

شهد زمن الرسول العديد من الروايات التي تدل على عدم منع الرسول عليه السلام للخلع ومن هاته الروايات مايلي:

عن عكرمة عن بن عباس قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ما أنعم على ثابت في دين ولا خلق إلا أنني أخاف الكفر، فقال رسول الله (فتردين عليه الحديقة ؟ فقالت : نعم، فردت عليه، وأمره ففارقها) وفي رواية البخاري (أقبل الحديقة وطلقها تطليقة) (2)

(1) المصحف الشريف، صورة النساء ، الآية 19.

(2) محمد بن علي بن جميل المطري ، فقه الخلع ، بحث لاستكمال متطلبات الحصول على درجة البكالوريوس ، كلية التعليم المفتوح ، جامعة العلوم والتكنولوجيا ، اليمن ، السنة الجامعية (2011-2012)، ص (12)

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

ومعنى الحديث أن امرأة قيس ابن شماس خافت ألا تقيم حدود الله مع زوجها فطلبت من رسول الله أن يخلعها منه فقال لها أعطه الحديقة التي قدمها لكي كمهر مقابل تطليقك منه وهذا إن دل فإنما يدل على أن الرسول صلى الله عليه وسلم أجاز للمرأة الخلع .

وفي رواية أخرى (عن حبيبة بنت سهل الأنصارية أنها كانت تحت ثابت بن قيس ابن شماس وأن الرسول صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في العَلَس فقال رسول الله : من هذه ؟ فقالت : أنا حبيبة بنت سهل فقال : ماشأنك؟ قالت : لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء ثابت بن قيس قال له الرسول صلى الله عليه وسلم : هذه حبيبة بنت سهل وذكرت ما شاء الله أن تذكر وقالت حبيبة يارسول الله كل ما أعطاني عندي الله لثابت بن قيس خذ منها فأخذها منها وجلست هي في أهلها) (1)

من خلال الروايتين نستخلص بأن الرسول صلى الله عليه وسلم أباح الخلع للمرأة ولم يمنعه ولكن شريطة إرجاع كل ما أخذته من زوجها من مهر كافتداء لنفسها .

ثالثا : أدلة مشروعيته من الإجماع

أجمع الفقهاء على مشروعية الخلع وما شدَّ إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه مردود بالكتاب والسنة . قال العيني " أجمع العلماء على مشروعية الخلع إلا بكر بن عبد الله المزني " ، ثم نقل عن ابن عبد البر قوله في الكلام حول ما ذهب إليه المزني فقال " هذا خلاف السنة الثابتة في قصة ثابت بن قيس وحبيبة بنت سهل وخالف جماعة الفقهاء والعلماء بالحجاز والعراق والشام . وقال مالك " لم أزل أسمع ذلك - أي الخلع - من أهل العلم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا " (2) .

الفرع الثالث : الحكمة من مشروعيته

(1)(2) عام سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة ، دارا بن حزم للطباعة والنشر ، ط(1) ، سنة 1418 - 1887م ، لبنان ، ص(9) .

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

أتاحت الشريعة الإسلامية للمرأة فرصة الخلاص من زواج غير سعيد وأعطتها مفتاح الخلاص من طوق لا تطيقه (1). ولعل الحكمة من تمكينها من الخلع هو تجنب وقوعها في

المحرمات وحتى لا تتعدى حدود الله فلو لم يكن لزوجة حق الخلع لكانت بطبيعة الحال كل امرأة لم تسعد مع زوجها ستلجأ إلى الطرق المخالفة للشريعة لإشباع نقائصها ومثال ذلك المرأة التي تزوجت بدون رضاها وكرهت زوجها فلو لم يكن لها الحق في إنهاء العلاقة لحولت حياة الزوج إلى جحيم بهدف دفعه إلى تطليقها

المطلب الثالث : صفة الخلع وشروطه

خصصنا هذا المطلب للحديث عن صفة وشروط الخلع وفي هذا التفصيل التالي :

الفرع الأول : صفة الخلع

اختلف الفقهاء حول تحديد صفة الخلع فهناك من قال بأنه معاوضة من قبل الزوجة دون الزوج وهناك من رأى بأنه يمين من الزوج دون الزوجة كما أنهم اختلفوا حول نوع الفرقة الواقع به هل هي طلاق أم فسخ وهذا كمايلي:

أولاً: هل الخلع يمينا أم معاوضة

1-موقف الأحناف :

يرى أبو يوسف ومحمد أنه يمينا من الجانبين ،أما أبو حنيفة فيرى أن الخلع يمينا من جانب الزوج ، فهو تعليق للطلاق من الزوج بقبول المال ، لأن الزوج الذي يقول لزوجته " خالعتك على مئة درهم " يكون هذا القول تعليقا للطلاق على قبوله دفع مئة درهم ، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء ، لذلك يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج . أما بالنسبة لزوجة فيعتبر

(1) فيصل محمد خير الزرّاد ، المرأة بين الزواج والطلاق في المجتمع العربي والإسلامي ، دار الكتاب العربي، (د.ط) ، سنة 2010 ، لبنان ، ص (243).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

معاوضة ، لأنها بقبولها دفع المبلغ المالي تكون قد التزمت بما أوجبه الزوج ، مقابل افتداء .
نفسها من رابط الزواج وكأنها قالت له " رضيت أن أشترى منك عصمتي بهذا البذل"⁽¹⁾

وحجتهم في ذلك أن الموجود من جهتها مالا ، ولهذا يصح رجوعها قبل القبول ، ولا تصح إضافته وتعليقه بالشرط ، ولا يتوقف على ما وراء المجلس فصار كالبيع ، ولا نسلم أنه للفسخ بعد الانعقاد بل هو مانع من الانعقاد في حق الحكم وكونه شرطا ليمين الزوج لا يمنع أن يكون معاوضة في نفسه⁽²⁾

2- موقف المالكية والشافعية

يرى المالكية والشافعية أن الخلع عقد معاوضة من الجانبين ، وتسري عليه أحكام المعوضات.

وحجتهم في ذلك أنه لا يحتاج لصحته قبض العوض ، فلو تم من قبل الزوج ، فماتت المرأة أو فلتت ، أخذ العوض من تركتها وأتبعته به ، ويجوز رد العوض فيه بالعيب؛ لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيوب ، فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والمهر، ويصح الخلع منجزا بلفظ المعاوضة ، لما فيه من معنى المعوضات ، ويصح معلقا لما فيه من معنى الطلاق ويملك العوض بالعقد ، ويضمن بالقبض⁽³⁾

3/ موقف الحنابلة:

الخلع عند الحنابلة يمينا من الجانبين ؛ فالعوض في الخلع كالعوض في الصداق ، والبيع إن كان مكيلا أو موزونا لم يدخل في ضمان الزوج ، ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه ، وإن كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه .

(1) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص (534).

(2)(3) مجلة آداب الفراهدي ، أثار اتحاد المجلس في الخلع ، العدد 8 ، سنة (2011) ، ص(7).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

وحجتهم في ذلك أن الموجود من جانبه طلاقاً ، وقبولها شرط اليمين ، فلا يصح خيار الشرط فيهما ؛ لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ، واليمين وشرطها لا يحتملان الفسخ⁽¹⁾.

و ينبنى على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج أو معاوضة من جانب الزوجة مجموعة من الأمور وهي :

1/ اعتبار الخلع يمينا :

إذا اعتبرنا الخلع يمينا من جانب الزوج وجب علينا تطبيق أحكام اليمين عليه وهي : أنها تلزم من صدرت منه بمجرد صدورها ، وأنه لا يجوز له أن يشترط فيها الخيار لنفسه ، ويجوز له أن يعلقها على ما يريد من شروط كما يجوز له أن يضيفها إلى ما يريد من الزمان المستقبل كما أنه لا يشترط فيها الرضا بل تتعقد ولو كان من صدرت منه مكرها عليها⁽²⁾.

وعليه إذا صدر إيجاب الخلع من جانب الزوج بأن قال لها " خالعتك على مئة ألف دينار " يسقط حقه في الرجوع عما قاله ، ولم يجز له أن يفسخ هذا العقد ، ولا أن ينهى زوجته عن القبول ، ولا يصح له اشتراط الخيار لنفسه ، ولا يجب على زوجته القبول في المجلس ، ويجوز له تعليق خلعها على شرط⁽³⁾.

2/ اعتبار الخلع عقد معاوضة :

(1) إسماعيل مصطفى عبد الله ، المرجع السابق ، ص(22-23)

(2) محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، المكتبة العلمية (د.ط) ، سنة (1428-2007م) ، لبنان ، ص 330

(3) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص (534).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

إذا اعتبرنا الخلع من عقود المعاوضة وجب علينا تطبيق أحكامها عليه ؛ والتي تتميز بكونها لا تلزم الموجب لها بمجرد إيجابه ، وإنما تلزمه بعد قبول الطرف الثاني ، وأنه يجوز فيها اشتراط الخيار ، وأنه لا يجوز تعليقها على الشروط ، ولا إضافتها إلى زمان مستقبل ، وأنه يتعين فيها رضا العاقد .

وعليه إذا ابتدأت الزوجة بالخلع فقالت : خالعتني على ألف دينار أدفعها إليك ، فبتطبيق أحكام المعاوضات كان لها إمكانية الرجوع عن هذا الإيجاب مالم يقابل هذا الإيجاب قبول من طرف الزوج ، فإذا قبل الزوج فقد تم ، ولو قامت الزوجة من المجلس ، أو قام هو منه بعدما أوجبت وقبل أن يقبل بطل ؛ لأن عقود المعاوضة مالم تتم بالإيجاب والقبول في المجلس فلمن أوجبها الحق في العدول عنها ، وليس لها أن تعلق الخلع على شرط ، ولا أن تضيفه إلى زمان مستقبل ، لأن التمليكات لا تقبل التعليق ولا الإضافة.⁽¹⁾

بعد أن تعرفنا على تكييف الخلع لدى الفقهاء ، وبعد معرفة الأحكام التي تطبق عليه في كل حالة من الحالات سنحاول معرفة كيفية تكييف المشرع الجزائري له .

يتضح جليا موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 من الأمر 02 / 05 والتي تنص على أنه " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي " ، من هنا يتبين تأثره بالمذهب المالكي ؛ إذ انه اعتبر الخلع حق أصيل لزوجة ، فلزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم⁽²⁾

ثانيا : هل الخلع طلاق أم فسخ

(1) محمد محي الدين عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص (332) .

(2) أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، (د.ط) ، سنة (2010) ، مصر ، ص (218).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

اختلف الفقهاء في حكم الخلع ، إذ هناك من اعتبره فسخا وهناك من اعتبره طلاقا كما أنهم اختلفوا في نوع الفرقة الواقعة به أيقع به طلاق بائن أم رجعي وهذا ما سنتعرف عليه من خلال إبراز أهم الأقوال الواردة في هذا الشأن .

انقسمت الآراء الفقهية في هذه المسألة إلى فريقين ؛ فريق قال بأن الخلع طلاق وآخر قال بأنه فسخ .

الفريق الأول : ذهب جمهور العلماء إلى أن الخلع طلاق بائن ؛ لما تقدم في الحديث ، من قوله صلى الله عليه وسلم { خذ الحديقة ، وطلقها تطليقة }⁽¹⁾.

وذهب ابن حزم إلى أنه طلاق وليس بفسخ ، فهو يقول : " والخلع طلاق إلا أن يطلقها ثلاثا أو آخر ثلاث أو تكون غير موطوءة " .

وقال ابن حزم : وروي عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود وابن عمر ، وسعيد بن المسيب والحسن البصري ، وعطاء ، وشريح ، والشعبي ، وإبراهيم النخعي ، والثوري ، ومالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي في الجديد ، كلهم ذهبوا إلى أن الخلع طلاق بائن .

وحجتهم في ذلك أن القرآن لم يرد فيه أن الخلع ليس بطلاق ولا أنه طلاق فوجب الرجوع

إلى بيان النبي صلى الله عليه وسلم ، فنظرنا في ذلك فوجدنا : ما روينا من طريق البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس : ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر بعد الإسلام .

فقال صلى الله عليه وسلم : أترددين علي الحديقة ؟ فقالت : نعم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة⁽²⁾.

(1) السيد سابق ، المرجع السابق ، ص (54).

(2) مصطفى أمين حيدر الأتروشي ، المرجع السابق ، ص (335).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

من خلال هذا الحديث يتبين أن عليه السلام اعتبر الخلع طلاق وليس فسخ وهذا ما إتضح من خلال قوله عليه السلام " طلقها تطليقا" .

الفريق الثاني :

ذهب فقهاء الحديث كالإمام أحمد في ظاهر مذهبه ، والشافعي في أحد قوليه ، وإسحاق ابن راهوية ، وأبي ثور ، وابن المنذر وداود ، وابن خزيمة وغيرهم إلى أن الخلع فسخ للنكاح ، والفرقة التي تقع به فرقة بائنة بين الزوجين. (1)

وحجتهم في ذلك أن الله سبحانه وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال سبحانه { الطلاق مرتان } ثم ذكر الافتداء ثم قال سبحانه وتعالى { فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره } فلو كان الافتداء طلاق لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع ، وعند هؤلاء إن الفسوخ تقع بالتراضي قياسا على فسوخ البيع(2).

الترجيح

من خلال هذا الطرح الموجز لأراء الفقهاء يتبين لنا أن كلاهما اتفقا على أن الفرقة الواقعة بالخلع هي فرقة بائنة ، ولكنهم اختلفوا حول ما إذا كان الخلع يترتب عليه طلاق وبتالي يكون هو الطلقة الرابعة أو أنه فسخ وبتالي لا يزيد ولا ينقص من عدد الطلقات .

لو قلنا بأن الخلع طلاق لوجدنا أنفسنا في تصادم مع أحكام الشريعة التي منحت للزوج وحده الحق في إيقاع الطلاق الثلاث بإرادة منفردة ، كما أنه بعبثارة طلاق سيصبح عدد الطلقات أربعة والشريعة قالت بأنه ثلاث فكيف يستقيم الأمر ، إذن الرأي الراجح هو الرأي الذي اعتبر الخلع فسخ .

(1) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، جمع وترتيب محمد بن قاسم ، المجلد الثالث والثلاثون ، مكتبة المعارف ، المغرب ، ص (10).

(2) ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، (د.ط)، سنة (غ.م) ، (ب.ن.غ.م) ، ص (566).

المبحث الثاني : أركان الخلع وأثاره

الخلع كغيره من العقود يستوجب قيامه توفر مجموعة من الأركان، كما يترتب عليه مجموعة من الآثار وهو ما سنتكلم عنه في المطالب التالية، ففي المطالب الأول سنتكلم عن أركان الخلع، وأحكامه وفي المطالب الثاني سنخصصه للحديث عن آثار الخلع لنختم المبحث بإجراءات الخلع وهذا ما سنتناوله في المطالب الثالث.

المطلب الأول : أركان الخلع

الخلع كغيره من العقود يستلزم لقيامه توفر مجموعة من الأركان ؛ وللخلع أربعة أركان هي: الزوج ، الزوجة ، الصيغة ، وال عوض . ومن خلال هذا المطالب سنتعرف على كل ركن على حدا مناقشين في ذلك الأحكام الخاصة بكل ركن .

الفرع الأول : الزوج " الموجب "

هو الزوج المكلف أو من يقوم مقامه ، ويشترط أن يكون بالغا عاقلا متمتع بأهلية الأداء وفي هذا الشأن اتفق العلماء على قاعدة لتحديد من يصح خلعه وهي " كل من صح طلاقه صح خلعه "(1)

لا يختلف إثنان حول صحة خلع الزوج المتمتع بأهلية الأداء كما سبق وقلنا ولكن في الواقع ليس كل زوج متمتع بهذه الأهلية، فهناك من هو محجور عليه ، كما أنه هناك من تزوج ثم أصابه الجنون وهناك من دخل القفص الذهبي قبل بلوغه سن الرشد ، وفي الكثير من الحالات يذيق الأمر بالزوجة من وضع زوجها فتحاول طلب الخلع فما هي أحكام خلع هذه الفئات؟

أولا : خلع الصبي والمجنون

قلنا سابقا أنه يشترط أن يكون المختلع بالغ وعاقل ، أما إذا كان صغيرا أم مجنونا فإنه لا يمكن خلعهما وخلع كل واحد منهما يعتبر غير صحيح ، لأنهما من غير أهل القصد الذي

(1) عبد القادر داودي ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشرعية (دراسة شرعية قانونية مقارنة) ، دار البصائر للتوزيع والنشر ، ط(1) سنة (2001)الجزائر ،ص(338).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

يعتبره الشارع . كما أنه لا يجوز خلع الأب عنهما ، لأن الخلع طلاق ، وهو بيد الزوج وحده ولا يصح من غيره ، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الأربعة ؛ إذ قال السرخسي : "خلع الصبي وطلاقه بالطل ، لأنه ليس له قصد معتبر شرعا ، خصوصا لما يضره " . وقال الدردير : " موجب الخلع زوج مكلف لا صبي ولا مجنون " . وقال النووي في هذا الشأن " لا يصح خلع الصبي والمجنون كما لا يصح طلاقهما " . وقال ابن قدامة " من لا يصح طلاقه كالطفل والمجنون لا يصح خلعه لأنه ليس من أهل التصرف فلا حكم لكلامه"⁽¹⁾.

ولكن هل القول بعدم قدرة الصغير أو المجنون على ممارسة التصرفات الضارة به وعدم القدرة على خلعه مباشرة يجبر الزوجة والزوج على تحمل مالا يطيقان أم أنه يمكن لولي الزوج إنابته للقيام بمثل هذا التصرف الخطير .

انقسمت الآراء الفقهية حول إمكانية مخالعة الأب عن ابنه إلى رأيين بين مؤيد ومعارض وهذا كالتالي :

القول الأول : ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى عدم جواز خلع الأب ولا غيره عن ابنه الصغير ، أو المجنون.⁽²⁾

وقد استدلت أصحاب هذا القول بالأدلة التالية :

- عن ابن عباس قال : أتى النبي صلى الله عليه وسأله رجلا فقال : يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها قال فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : يا أيها الناس مبال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يُفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق .

(1) (2) عام سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، دار ابن حزم لطباعة والنشر والتوزيع ، ط(1) ، سنة (1997-1418م) ، لبنان ص (96-98).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

- أن الولاية إنما تثبت على الصبي لمعنى النظر ولتحقق الحاجة إليه ، وذلك لا يتحقق في الطلاق .

- الولي ليس له إسقاط حق لا يملكه ، مثل الإبراء في الدين ، وإسقاط القصاص ، فلا يجوز له إيقاع الخلع من باب أولى. (1)

القول الثاني :يرى المالكية أن للأب القدرة على مخالعة ابنه الصغير أو المجنون كما له القدرة على تطليقه(2)

واستدل أصحاب هذا الرأي ب :

- عن عبد الله بن عمرو : أن المعتوه إذا عبث بأهله طلق عليه وليه . ويقاس عليه الصغير لأنه يشبهه في نقص العقل

- يجوز للأب أن يزوج ابنه الصغير ، فكما له الحق في تزويجه له الحق في المخالعة عنه وتطليقه (3).

الترجيح :

لا يمكن أن ننكر بأن الخلع حق للمرأة تلجأ إليه في حالة ما تيقنت من عدم قدرتها على القيام بواجباتها الزوجية ، وكما فيه صلاح للزوجة قد يكون فيه صلاح أكبر للزوج ، إذ أنه لو قلنا بعدم جواز خلع الصبي أو المجنون لكنا قد قيدنا حق الزوجة في الخلع ولوضعناها أمام موقف جد صعب وهو إلزامها بتحمل ما لا تطيقه والله لا يكلف نفس إلا وسعها ، الأمر الذي سيؤدي بها إلى اللجوء إلي طلب التطليق للعيب وأنا أعتقد بأن هذا الخيار سيعود على الزوج

(1) محمد كمال عواد الجعافرة ، الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون وتطبيقاته في المحاكم الشرعية ، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة المجستير في القضاء الشرعي ، كلية الدراسات العليا ، جامعة الخليل ، سنة (1427-2006م) ص (152).

(2) عام سعيد الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص (98) .

(3) محمد كمال عواد الجعافرة ، المرجع السابق ، ص (152).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

المجنون بتكاليف لا قدرة له عليها ،ومنه القول الذي منح للولي حق تولي الخلع عن ابنه هو القول الراجح لما فيه من محاسن ودرء للمفاسد .

ثانيا : خلع السفية

ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز خلع السفية وذلك بناء على صحة طلاقه ، لأنه كل من صح طلاقه صح خلعه ، ولأنه إذا ملك الطلاق ،وهو مجرد إسقاط ، من دون أن يحصل على شيء فلأن يملكه محصلا للعوض من باب أولى ، ويجب أن يسلم العوض إلى الولي ، لأن السفية محجور عليه ،فإن سُلم العوض إلى السفية بدون إذن الولي فهو بمثابة دين لم تبرأ الزوجة منه .

قال الخرشي : " لو كان الزوج سفيةا ، فالخلع جائز وطلاقه نافذ ، لأنه إذا كان له أن يطلق بغير عوض فبه أولى " .

وقال الدسوقي : " لا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفية بل لوليه " .

وفي المغني:" وولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا - بدل الخلع - من حقوقه "(1).

ثالثا : خلع المريض مرض الموت

أثقف جمهور العلماء على جواز خلع المريض مرض الموت ، لانتفاء الشبهة ولأنه لا ميراث لها منه إن مات ، وقد قال محمد في كتاب الشبهة في هذا الشأن قال : قال أخبرنا أبو حنيفة عن حامد عن إبراهيم النخعي قال : إذا إختلعت المرأة من زوجها وهو مريض ، فلا ميراث لها منه (2).

(1) عام سعيد الزبياري ، المرجع السابق ص (103،102).

(2) إسماعيل موسى مصطفى عبد الله ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، أطروحة مقدمة لاستكمال درجة الماجستير في الفقه والتشريع ، كلية الدراسات العليا ، جامعة نابلس ، فلسطين ، سنة (2008) ، ص (31).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

وقد خالف الإمام مالك قول الأئمة القائلين بعدم جواز ميراث المرأة التي تخالع زوجها وهو مريض ؛ فالإمام مالك يرى بأنه إذا خالع الزوج ثم توفى قبل أن يبرأ من مرضه يمكن زوجته من ميراثه

قال ابن نجيم من الحنفية في هذا الشأن "ولو إختلعت صحيحة والزوج مريض ، فالخلع جائز بالمسمى قل أو أكثر".

ومن الشافعية يقول المزني : "يجوز الخلع في المرض كما يجوز البيع ، فإن كان الزوج هو المريض فخالعها بأقل من مهرها ثم مات فجائز ، لأن له أن يطلقها من غير شيء".

ومن الحنابلة قال الخري : "ولو خالعها في مرض موته ، وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة أن يعطوها أكثر من ميراثها"⁽¹⁾.

الفرع الثاني : الزوجة (القابل)

وهي من تكون أهلا للالتزام المال والمتمتعة بشرط البلوغ والرشد ، ولكن كما قد تطرأ عوارض الأهلية على الزوج فالزوجة هي الأخرى قد تتعرض لهذه العوارض فما هي أحكام خلع المصابة بأحد هذه العوارض أو الموانع ؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال النقاط التالية

أولاً : خلع المريضة مرض الموت

لا خلاف بين العلماء في جواز الخلع من المريضة مرض الموت ، فلها أن تخالع زوجها ، كما للصحيحة سواء بسواء . إلا أنهم اختلفوا في القدر الذي يجب أن تبذله للزوج مخافة أن تكون راغبة في محابة الزوج ، على حساب الورثة؛ فقال الإمام مالك : يجب أن يكون بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك أنه يجوز خلعها بالثلث كله⁽²⁾. وهذا ما ذهب إليه الحنابلة

(1) عام سعيد الزبياري ، المرجع السابق ، ص(105).

(2) أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، دار الشريفة ، ط(غ.م) سنة (غ.م) ، ص(68).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

أما الشافعي فقال : لو اختلعت منه بقدر مهر مثلها ، جاز ، وإن زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث ، وتعتبر تبرعا. أما الأحناف فقد صححوا خلعها بشرط ألا يزيد عن الثلث مما تملك وأنها متبرعة ، والتبرع في مرض الموت وصية ، والوصية لا تنفذ إلا من الثلث للأجنبي والزوج صار بالخلع أجنبيا⁽¹⁾.

الترجيح :

بعد ما تعرفنا على آراء الفقهاء أنا أعتقد بأن الموقف الراجح والأقرب إلى اليقين هو قول الشافعية ؛ والذي يقول بجواز الخلع بقدر مهر مثلها وإن زاد على هذا الحد كانت الزيادة تبرعا وتحسب من الثلث ، وقد تم ترجيح هذا الرأي لكونه الأقرب من القانون الوضعي والذي يقر بعدم تجاوز بدل الخلع لمهر المثل .

ثانيا : خلع الصغيرة

ذهب الأحناف إلى أنه إذا كانت الزوجة صغيرة مميزة ، وخالعت زوجها ، وقع عليها طلاق رجعي ، ولا يلزمها المال ؛ أما وقوع الطلاق ؛ فلأن عبارة الزوج معناها ، تعليق الطلاق على قبولها ، وقد صح التعليق ؛ لصدوره من أهله ، ووجه المعلق عليه وهو القبول ممن هي

أهل له لان الأهلية للقبول تكون بالتمييز - وهي هنا صغيرة مميزة - ومتى وجد المعلق عليه وقع الطلاق المعلق . وأما عدم لزوم المال ؛ فلأنها صغيرة ليست أهلا للتبرع ؛ إذ يشترط في الأهلية للتبرع العقل ، والبلوغ ، وعدم الحجر لسفه أو المرض . وأما كون الطلاق رجعيا ، فلأنه لما لم يصح التزام المال ، كان طلاقا مجردا ، لا يقابله شيء من المال ، فيقع رجعيا .

وأما الصغيرة الغير مميزة ، فلا يقع خلعها طلاقا أصلا ؛ لعدم وجود المعلق عليه، وهو القبول ممن هو أهله.⁽²⁾

(1). (2) السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثالث ، دار الفتح للإعلام العربي ، سنة (1433-2012م) ، مصر ، ص (53).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

إن الكلام عن خلع الصغيرة يقودنا بضرورة إلى وجوب معرفة ماذا كان لوليها الحق في تولى خلعها أم أنه ليس له ذلك .

يجوز لأبي الصغيرة أن يخالعه من زوجها فإن خالعها بمالها أو بمهرها ولم يضمنه طلقت طلاقاً بائناً ولا يلزمها المال ولا يلزمه ولا يسقط مهرها ، وإن خالعه على مهرها أو على مال والتزم بأدائه من المال للمخالع صح ووقعت الفرقة ولزمه المال أو قيمته إن استحق ولا يسقط المهر بل تطالب به المرأة زوجها وهو يرجع به على أبيها إن كان الخلع على المهر. (1)

ثالثاً : خلع السفينة

اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية على عدم صحة خلع السفينة إلا بإذنها ، وقال الشافعية والحنابلة على جواز مخالعة الأب عن السفينة إذا كان المال منه أو بضمانه ؛ لأنه إذا جاز من الأجنبي فجوازه من الأب من باب أولى . وفي رواية أخرى عند المالكية لا يشترط إذنها(2)

رابعاً : خلع الحائض

قد يقع شقاق بين الزوج وزوجته في وقت تكون فيه حائض أو نافس ، وينفذ صبر الزوجة الأمر الذي يدفعها إلى طلب الخلع وهي غير طاهر فهل يمكن القول بعدم صحة تصرفها قياساً على عدم صحته في الطلاق أم هو مخالف لطلاق وبتالي يعتبر خلعها صحيح .

يجوز الخلع في الطهر والحيض ، ولا يتقيد وقوعه بوقت ؛ لأن الله سبحانه وتعالى أطلقه ولم يقيده بزمن معين قال تعالى : { فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ }⁽³⁾ ولأن الرسول صلى الله علي

(1) كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، منشورات دار الآفاق الجديدة ، ط(2) ، سنة (1400-1980م) ، لبنان ، ص (87).

محمد كمال عواد الجعافرة ، الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون وتطبيقاته في المحاكم الشرعية ، رسالة مقدمة لاستكمال (2) متطلبات الحصول على درجة الماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة الخليل ، سنة (1427-2006م) ص (156).

(3) المصحف الشريف ، صورة البقرة ، الآية (229).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

وسلم أطلق الحكم في الخلع ، بالنسبة لامرأة ثابت بن قيس من غير بحث ، ولا إستفصال عن حال الزوجة ، وليس الحيض بأمر نادر الوجود بالنسبة للنساء.قال الشافعي : ترك الاستفصال في قضايا الأحوال ، مع قيام الاحتمال ، ينزل منزلة العموم في المقال ، والنبي صلى الله عليه وسلم لم يستفصل ، هل هي حائض أم لا ؟ ولأن المنهي عنه الطلاق في الحيض ؛ من أجل ألا تطول عليها العدة وهي هنا هي التي طلبت الفراق واختلعت نفسها ، ورضيت بالتطويل (1)

خامسا : خلع المعتدة من طلاق رجعي أو بائن

اتفقت المذاهب الأربعة ، على صحة خلع المعتدة من طلاق رجعي لكونها لازالت في حكم الزوجية في الكثير من الأحكام ، وذهب بعض الشافعية إلى عدم صحة خلع المعتدة من الطلاق الرجعي ، لعدم الحاجة إلى الافتداء لمآل أمرها إلى البيئونة بانقضاء عدتها .

كما اتفقوا على أن خلع المعتدة من طلاق بائن ، هو مجرد طلاق لا يجب به العوض ؛ لأن المقصود من الخلع هو بذل المال من الزوجة لتملك عصمتها ، وبما أنها قد ملكت عصمتها بالطلاق البائن السابق وزالت أسباب الزوجية . فلا يصح أن تدفع مالا فيما هو واقع فعلا، وعلى الزوج رد ما أخذه منها إن أخذه (2)

الفرع الثالث: الصيغة

صيغة الخلع ثلاثة أنواع وهي كالتالي :

1- ذكر الزوج الخلع بعبارة لا تقتضي بنفسها قبول الزوجة ولم يذكر معها مالا، وذلك كأن

يقول لزوجته : خالعتك ، فإنه يكون طلاقا إن نوى بهذه العبارة الطلاق ، ولا يتوقف على قبول الزوجة ، وإن لم ينوي بهذه العبارة الطلاق لم يكن طلاقا أصلا ، وقد تقدمت الإشارة إليه ، وهذه ليست من الخلع في شيء إلا من جهة اللفظ .

(1) السيد سابق ، المرجع السابق ، ص (51-52).

(2) عام سعيد الزبياري ، المرجع السابق ، ص (121).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

2- ذكر الزوج الخلع بعبارة لا تقتضي بنفسها قبول الزوجة ، وذكر مالا ، وذلك كأن يقول لزوجته : خلعتك على ألف دينار ، فهو طلاق معلق على شرط وهو قبولها دفع ما ذكره من العوض : فإن قبلت دفعه تم الطلاق وإن لم تقبل دفعه لم يتم .

3 - ذكر الزوج الخلع بصيغة تقتضي بنفسها قبول الزوجة توقف وقوع الطلاق على قبولها ، سواء أذكر الزوج مع الصيغة مالا ، كأن يقول لها : اختلعي على خمسين دينار ، أو يقول خالعي على خمسين دينار ، أم لم يذكر مع الصيغة مالا ، كأن يقول لها : اختلعي أو خالعي ، فإن قالت قبلت وقع الطلاق ، وإن لم تقل شيئا لم يقع (1).

بعد تصفح ما ورد عن الخلع في قانون الأسرة تبين لنا أن المشرع لم يتكلم عن الصيغة إطلاقا وهذا يفسر على أنه إما سهو من المشرع الجزائري عنها أو قد يفسر على أنه ترك الأمر للشريعة باعتبارها المرجع الأول له .

الفرع الرابع :العوض

في هذا الفرع سنتكلم عن مفهوم العوض والأحكام الواردة عنه

أولا : تعريف العوض

إن مقابل الخلع أو بدله هو الذي تقدمه الزوجة إلى زوجها ليطلقها، ولا يمكن أن يكون إلا مبلغا من المال سواء كانت الأوراق المالية من الأوراق المعروفة والمتداولة داخل الوطن كما أنه يمكن أن تكون من الأوراق المالية المتداولة خارج الوطن، كما يمكن أن تكون من نوع الأشياء التي يمكن تقويمها بالمال شرعا .

وعليه يمكن القول بأنه كل ما صح أن يكون صداقا ومهرا شرعا يصح أن يكون مقابل للخلع وعلى هذا الأساس يمكن القول بأنه يصح أن يكون بدل الخلع سيارة كما يصح أن يكون قطعة أرض وغيره من العقارات والمنقولات التي تقوم بالمال ، كما يمكن أن يكون ثمن الخلع الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها ، أو نفقة المحضون لعدد من السنوات .

(1) محمد محي الدين عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص (332،333)

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

ولكن لا يمكن للزوجة أن تتنازل عن حضانة أولادها مقابل طلاقها خلعا ؛ لأن الحضانة فيها حق للمحزون وليس من حق الزوجة أن تجعله ثمنا للخلع من أجل الحصول على طلاقها من زوجها . وفي جميع الحالات يجب أن يكون مقابل الخلع معلوما ومتقفا عليه من كلا الطرفين ، ولكن في حالة مالم يتقفا عليه فما هو الحل ؟

ورد في الملف رقم 83603 قرار بتاريخ 21-07-1992 ع.خ بأنه من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتقفا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .

إن المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي 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 لأن ذلك يفتح باب الابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا .

وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون⁽¹⁾ .

إن القول بأن عقد الخلع لا يصح بدون عوض لا يعني بضرورة اتفاق الفقهاء على ذلك ؛ بل كان محل خلاف بينهم إذ هناك من اشترطه لصحة العقد وهناك من خالف ذلك وذلك على النحو التالي :

- ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الخلع يصح بدون العوض ؛ أي أن العوض ليس شرطا

لصحة الاتفاق على الخلع ، لأن الخلع قطع لنكاح ، فصح من غير عوض كالطلاق ، ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها ، وحاجة إلى فراقه فتسأله فراقها فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع ، فصح كما لو كان بعوض .

وذهب الشافعية ، والظاهرية والزيدية ، والجعفرية إلى أن الخلع لا يصح بدون العوض

(1) يوسف دلاندة ، المرجع السابق ، ص (134).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

وحجتهم أن الله سبحانه وتعالى علق الخلع على مسمى الفدية في قوله تعالى { فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ } .

ومن السنة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لامرأة ثابت بن قيس لما أراد أن تخالع زوجها أن ترد له الحديقة التي قدمها لها مقابل تطليقها (1)

الترجيح

ميز الله سبحانه وتعالى الخلع عن غيره من طرق إنهاء الرابطة الزوجية ؛ ولعل الشيء الذي يميزه عنها هو البذل ، فلو قلنا بعدم اشتراط البذل في الخلع لكان مثله مثل الطلاق الأمر الذي يؤدي بنا إلى ترجيح القول الثاني

ثانيا : مشروعية العوض

اتفق الفقهاء على جواز أخذ الزوج لبذل الخلع من زوجته ، إذا خافا ألا يقيم الحدود الزوجية بينهما ودليل ذلك من الكتاب قوله عز وجل { فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ } (2)

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم لزوجة ثابت حين أرادت الخلع منه : " أتردين عليه " الحديقة " ، وقوله صلى الله عليه وسلم لثابت بعدها " خذ الحديقة وطلقها تطليقة (3)

سبق وقلنا أن الفقهاء اتفقوا على حل أخذ الزوج للعوض من زوجته وهذا ما ثبت بالقرآن والسنة ، ولكنهم اختلفوا في نقطة وهي متى يستحق الزوج هذا العوض ؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال إبراز أهم المواقف الفقهية.

(1) محمد خضر قادر ، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية (دراسة فقهية مقارنة) ، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع ، ط(غ.م)، سنة (2010) ، الأردن ، ص(283).

(2) المصحف الشريف ، صورة البقرة ، الآية 22

(3) عام سعيد الزبياري ، المرجع السابق ، ص(149).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

حكا ابن المنذر عن النعمان ، أنه قال : " إذا جاء الظلم والنشوز من قبل الزوج فالعوض جائز ، ولكنه آثم لا يحل له ما صنع ، ولا يجبر على رد العوض " . ثم استنكر ابن المنذر هذا القول ، وقال عنه إنه خلاف ظاهر كتاب الله ، وسنة الرسول عليه السلام . والأحسن تفصيل القول في الأحوال التي يجوز فيها للزوج أن يأخذ من زوجته عوضا نظير خلعها ، والأحوال التي لا يجوز له أخذ شيء منها نظير الخلع .

1/ قال المغيرة ، عن إبراهيم ، قال : " لا يحل للرجل أن يأخذ الفدية من امرأته إلا أن تعصيه ، ولا تبرّ له قسما ، وإذا فعلت ذلك وكان من قبلها حلت له الفدية " .

2/ وقال بعض العلماء : إنه لا يحل للرجل أخذ شيء منها ، وإن كانت ظالمة له مسيئة ، فقد روى حجاج بن عقبة بن أبي الصهباء ، قال : سألت بكر ابن عبد الله ، عن رجل تريد منه امرأته الخلع . قال : لا يحل له أن يأخذ منها شيئا ، قلت له : يقول الله في كتابه " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " . قال : هذه نسخت بقوله " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا " .

3/ روى أبو عاصم ، عن ابن جريج ، قال : " قلت لعطاء : رأيت إذا كانت له ظالمة مسيئة ، قد دعاها إلى الخلع ، أيحل له ؟ قال لا ، إمّا أن يرضى فيمسك وإما أن يسرح " (1) .

ثالثا : حكم الزيادة في العوض

الموقف الأول:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز أن يأخذ الزوج من زوجته زيادة ، على ما أخذته منه ؛ لقوله تعالى {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} . وهذا عام يتناول القليل والكثير ؛ روى البيهقي عن أبي سعيد الخدري ، قال : كانت أختي تحت رجل من الأنصار ، فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : " أتردين حديقته " قالت وأزيد عليها . فردت عليه حديقته وزادته

(1) أحمد الغندور ، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون (بحث مقارن) ، دار المعارف ، ط(1) ، سنة (1387-1967م) ، مصر ، ص (265).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

الموقف الثاني:

يري بعض العلماء ، انه لا يجوز للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أخذت منه ؛ لما رواه الدارقطني بإسناد صحيح ، أن أبا الزبير ، قال : إنه كان أصدقها حديقة . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " أتريدين عليه الحديقه التي أعطاك " . قالت : نعم وزيادة . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " أما الزيادة فلا ، ولكن حديقته " . قالت : نعم . وسبب الخلاف هنا يعود إلى مدى إمكانية تخصيص عموم الكتاب بأحاديث الآحاد ؛ إذ هناك من قال بأن عموم الكتاب يخص بأحاديث الآحاد ، وبالتالي عدم جواز الزيادة . وهناك من قال بعدم تخصيص عموم (1) الكتاب بأحاديث الآحاد وبالتالي جواز الزيادة.

موقف المشرع الجزائري :

لم يضع لنا المشرع نص يبين فيه موقفه من الزيادة في العوض ، ولكن من خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة الفقرة 2 والتي جاء فيها " إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم " ، وبعد الاطلاع على الاجتهادات القضائية التي لها صلة بالموضوع تبينا أن المشرع وضع الحد الأقصى للبدل ولم يحدد الحد الأدنى له؛ فالمشرع اشترط في البدل ألا يتجاوز صداق المثل ، وقد وضع هذا الحد لمنع الإستبزاز والاستغلال الذي قد يمارسه الزوج ضد الزوجة ، وهذا ما اتضح لنا من خلال الاجتهادات القضائية الملف رقم 73885 قرار 04/23 /1991⁽²⁾

إن الكلام عن العوض في الخلع يدفع بأي باحث إلى تساؤل قد يكون غريب ولكنه يحتمل الحصول وهو هل يمكن أن يكون هناك خلع بدون عوض ؟ كما أنه يدفعنا إلى التساؤل هل كل زواج انتهى به المطاف إلى الخلع يستوجب العوض ؟ هذا ما سنحاول الإشارة إليه مع نوع من الإيجاز.

(1) السيد سابق ، المرجع السابق، ص(50).

(2) نبيل صقر ، قراوي عز الدين ، قانون الأسرة نصا وتطبيقا ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، ط(غ.م) سنة (2008)، الجزائر، ص(98).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

نعم يمكن أن يكون هناك خلع بغير عوض تدفعه الزوجة ومثال ذلك قول الزوج لزوجته " خالعتك " دون ذكر المقابل المالي ، وحكمه انه من كنايات الطلاق فلا يقع به شيء إلا بنية الطلاق من الزوج . (1)

ويتضح جليا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بهذا النوع من الخلع وإنما أخذ بالخلع الذي تلتزم فيه الزوجة بدفع مقابل الافتداء فقط.

وأما عن التساؤل الثاني فنقول بأنه ليس كل نكاح يقبل فيه الخلع ويمكن للزوج أن يأخذ فيه البديل ودليل ذلك الأنكحة الفاسدة من أصلها لا يقبل فيها الخلع وهذا ما أكدته اجتهادات المحكمة العليا ، حيث جاء في القرار المؤرخ في 5 فبراير 1969 بأنه " لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح " ، ولكن وان حصل ومكنت الزوجة زوجها من بدل الخلع لها . أن تسترد ما قدمته له . كما أنه لا بد من الإشارة إلى أن بدل الخلع قابل للتأجيل (2)

المطلب الثاني : آثار الخلع

بعد أن تكلمنا عن أركان الخلع في المطلب الأول سنتكلم في هذا المطلب عن الآثار التي يترتبها الخلع ومعرفة ما إذا كان له نفس الآثار التي تترتب عن التطليق أم أن له خصوصية ينفرد بها عن غيره من طرق فك الرابطة الزوجية وهذا كمايلي :

الفرع الأول : الآثار التي ينفرد بها الخلع

للخلع آثار خاصة ينفرد بها عن غيره من طرق فك الرابطة الزوجية ويمكن أن نحدد هذه الآثار في :

أولا : إلزام المختلة بتسديد بدل الخلع

كما سبق وقلنا فإن المختلة يجب عليها تسديد بدل الخلع متى كان هناك تبادل للإيجاب والقبول من الطرفين وهذا ما فصلنا فيه سابقا .

ثانيا : اعتداد المختلة

(1) أحمد الغندور ، المرجع السابق، ص(262)

(2) كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، المرجع السابق، ص (88).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

كانت عدة المختلعة محل خلاف بين الفقهاء ، فهناك من قال بأنها تعدد مثل المطلقة بثلاثة قروء وهناك من قال بأنها تعدد بحيضه واحدة وفي ذلك البيان التالي :

الموقف الأول :

قال أبو حنيفة ومالك و الشافعي بأن المختلعة تعدد بثلاثة قروء مثلها مثل المطلقة وقد استدلووا في قولهم هذا بعموم الآية والتي جاء فيها بعد بسم الله الرحمان الرحيم { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } وبما أن أصحاب هذا القول يعتبرون الخلع طلاق فلا بد أن تسري عليه . نفس الأحكام التي تسري على الطلاق⁽¹⁾.

الموقف الثاني :

عدة المختلعة هي حيضه واحدة وهذا ما ثبت عن الصحابة : كإبن عباس وعن عثمان بن عفان وغيره من الصحابة الذين قالوا بأن المختلعة ليس عليها ان تعدد بثلاثة قروء وإنما عليها أن تعدد بحيضه واحدة ، وهو قول إسحاق بن راهويه ، وابن المنذر وغيرهما⁽²⁾.

وهو ما ثبت بالسنة حين أمر الرسول صلى الله عليه وسلم زوجة ثابت بن قيس لما اختلعت منه أن تعدد بعد الخلع بحيضه واحدة⁽³⁾.

الترجيح :

كلا الفرقين كان قوله مبني على دليل قطعي الدلالة الأمر الذي يضعنا في حيرة بين الأخذ بالرأي الأول أو الثاني . صحيح أن الآية الكريمة جاءت واضحة كل الوضوح في جعل العدة ثلاثة قروء ، ولكن هاته الآية خصصت بالسنة النبوية ، لهذا نقول بأن القول الثاني والذي يرى بأن عدة المختلعة حيضة واحدة هو القول الأنسب بالنسبة للمختلعة .

(1) منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص(149).

(2) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، المرجع السابق ، ص(10).

(3) محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ وآخرون ، المختصرات القيمة من فتاوى المرأة المسلمة ، دار الرشيد للكتابة والقرآن الكريم ، ط(1)، سنة (2012-1432م) ، الجزائر ، ص(313).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

وبرجوع إلى قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري من أنصار القائلين بأن عدة المختلعة هي ثلاثة قروء ويتضح هذا من خلال عدم تكلمه عن عدة المختلعة الأمر الذي يقودنا إلى القول بأنه اعتبر عدة المختلعة هي نفسها عدة المطلقة وهذا ما اتضح لنا من خلال نص المادة 558 من قانون الأسرة .

من خلال ما تقدم تبين لنا أن المحيض سبيل من سبل احتساب العدة ولكن ماذا لو كانت المرأة صغيرة أو كبيرة يئست من المحيض فكيف تحتسب عدتها ؟

بين الله سبحانه وتعالى عدة النوعين في قوله : بعد بسم الله الرحمن الرحيم { واللأئي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن ⁽¹⁾ .

من خلال هاته الآية يتبين بأن الله سبحانه وتعالى اعتبر عدة النساء اللواتي لا تحضن هي نفس عدة النساء اللواتي تحضن ، وقد حددت عدتهن بثلاثة أشهر .

وقد وافق رأي المشرع الجزائري الآية الكريمة في تحديده لعدة هذا النوع من النساء وهذا ما جاء في نص المادة 558 من قانون الأسرة .

ثالثا: سقوط الحقوق الزوجية

اختلف الفقهاء حول سقوط الحقوق المالية من عدم سقوطها وهذا كالتالي :

الموقف الأول

يرى الجعفرية أن الخلع لا يسقط به أي حق ولا يوجب به إلا ما اتفق عليه الزوجين ، بأي لفظ وقع لأنه شبيه بالمعاوضات ، ولأن كلا من لفضي الخلع والمباراة صريحا في الدلالة على سقوط تلك الحقوق ، فللزوجة بعد الخلع المطالبة بالمهر ان لم تكن قبضته وبنفقتها المتجمدة وغير ذلك من الحقوق ⁽²⁾ .

⁽¹⁾مولود عمار المهدي ، تقارير وملاحظات على مدونة الأحوال الشخصية الجزائرية وتعليقات حول ملف الأسرة ، دار البعث للطباعة والنشر ، ط(1) ، سنة (1405-1984م) ، الجزائر ، ص (27).

⁽²⁾ منصور نورة ، التطبيق والخلع (وفق القانون والشريعة) ، المرجع السابق ، ص(153).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

الموقف الثاني :

يري الإمام أبو حنيفة والإمام مالك أن الخلع يسقط كل حق للزوجين قبل الآخر في المهر حتى أنه لو خلعها الزوج بعوض معلوم لم يكن له سوي المسمى ولم يبق لأحدهما قبل صاحبه دعوى في المهر مقبوضا كان أو غير مقبوض ، قبل الدخول بها أو بعد الدخول .

وذلك لأن لفظ الخلع يقتضي البراءة من الجانبين ، لأنه ينبني عن الخلع الفصل ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا لم يبق لكل واحد منهما قبل صاحبه حق ، وإلا تحققت المنازعة⁽¹⁾.

الترجيح:

أعتقد أن القول بعدم سقوط الحقوق الزوجية بالخلع هو القول الراجح ، وهذا بطبيعة الحال لكون الخلع عقد رضائي يستلزم الإيجاب والقبول من كلا الطرفين ، كما أنه يمكن الأخذ برأي القائلين بإسقاط الحقوق المالية عن الطرف المتمسك بالفسخ علا وعسى يعيد التفكير في صعوبة وخطورة ما سيقدم عليه .

الفرع الثاني : الآثار العامة

كما سبق ورأينا للخلع آثار ينفرد بها عن غيره من طرق فك الرابطة الزوجية وهذا لا يعني أنه ليس هناك آثار يشترك فيها مع غيره من الطرق فك الرابطة الزوجية وهذا ما سنتكلم عنه ضمن هذا الفرع .

أولا : نفقة المختلعة وسكناها

اجمع الفقهاء على وجوب النفقة والسكن للزوجة المطلقة طلاقا رجعيًا ، ولكنه اختلفوا في نفقة عدة المطلقة طلاقا بائنا وهذا ما سنبينه من خلال عرض آراء الفقهاء وأدلتهم لنختم بموقف المشرع من الموضوع.

(1) جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، الخلع في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، (د.ط) ، سنة (2003) ، مصر ، ص (181).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

الموقف الأول :

يرى الحنفية والظاهرية أن الخلع لا يُسقط حق الزوجة في النفقة والسكنة ، وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب ، وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما .

وقد استدل أصحاب هذا القول بقوله تعالى { لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ } . (1) وقوله تعالى { وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ } (2).

ومن السنة استدلوا بما روي عن حماد بن سلمة عن حامد بن أبي سليمان عن الشعبي : أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها طلاقاً بائناً ، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقال " لا نفقة لكي ولا سكني " فأخبرت بذلك النخعي فقال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأخبر بذلك فقال : لسنا بتاركي آية في كتاب الله وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول امرأة لعلها وهمت ، سمعت رسول الله يقول : لها السكنى والنفقة (3).

الموقف الثاني :

يرى البعض أنها تستحق السكن فقط دون النفقة اذا كانت حائلاً ولها النفقة إضافة إلى

السكن إذا كانت حاملاً وهذا ماذهب إليه المالكية والشافعية (4)

وقد استدل أصحاب هذا القول بقوله تعالى { وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفُقُوا عَلَيْهِنَّ } (5)

ومن السنة النبوية ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " إنما النفقة للتي يملك زوجها رجعتها " .

(1) المصحف الشريف ، سورة الطلاق ، الآية (1).

(2) المصحف الشريف ، سورة الطلاق ، الآية (6).

(3) جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، المرجع السابق ، ص (189).

(4) مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة بالقانون) ، المؤسسة

الحديثة للكتاب ، ط(1) ، سنة (2011) ، لبنان ، ص (222-223).

(5) المصحف الشريف ، صورة الطلاق ، الآية (6).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

فالحديث يدل على أن النفقة حق للمرأة المطلقة طلاقاً رجعيًا دون المرأة المطلقة طلاقاً بائناً (1)

الموقف الثالث:

روي عن عباس عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، والحسن البصري ، وعطاء بن أبي رباح ؛ أن الخلع يسقط حق المرأة في النفقة والسكنى وهذا ما أقر به الحنابلة .

وقد استدلت أصحاب هذا القول بما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمان عن فاطمة بنت قيس: أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة ، وهو غائب بالشام فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته ، فقال : والله مالك علي من شيء ، وإنما نتطوع عليك ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال رسول الله : ليس لك عليه نفقة ، وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال : تلك امرأة يخشاها أصحابي - قيل : لأنها كانت تداوي الجرحى - اعتدي في بيت ابن أم مكتوم ، فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك حيث شئت(2).

الترجيح :

بد هذا العرض الموجز لآراء الفقهاء ، وبعد سرد حجج كل فريق منهم ، أعتقد بأن القول الأكثر صواباً هو القول الثاني والذي منع المرأة المختلعة من حق النفقة والسكنى ، ولكن الأخذ بهذا القول يكون في حالة ما إذا كان خلعها بدون سبب شرعي وأما إذا كان دافعها الى الخلع هو وجود مبرر دفعها الى مثل هذا القرار فأنا أعتقد بأنه من حقها النفقة والسكنة .

أما المشرع الجزائري فقد سار على قول الحنفية والظاهرية ؛ إذ أنه مكن الزوجة من حق النفقة وهذا ما أكدته الاجتهادات القضائية حيث جاء في الملف 34327 قرار 84/10/22 أنه للزوجة نفقة العدة على زوجها في جميع الأحوال سواء كانت ظالمة أو مظلومة ، والقضاء بغير هذا يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية(3).

(1) جمال عبد الوهاب الغفار ، المرجع السابق، ص (194-192).

(3) نبيل صقر ، قماروي عز الدين ، المرجع السابق ، ص(115).

ثانيا : نفقة الإهمال

إن نفقة الزوجة واجبة على زوجها من يوم الدخول بها ، وفي حالة ما إذا امتنع عن القيام بواجباته تجاهها ومتى تمكنت من إثبات ذلك لها كل الحق في المطالبة بنفقة الإهمال وهذا ما نصت عليه المادة 74 من قانون الأسرة (1)

ثالثا : الحضانة

عرف لنا المشرع الحضانة في نص المادة 62 من قانون الأسرة حيث جاء فيها :

" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه .
صحة وخلقا"(2).

إن مسألة تربية الطفل سواء كان ذكر أو أنثى مهمة يقوم بها كلا الزوجين في حالة قيام الزوجية ، ولكن التساؤل يطرح حين تنتهي العلاقة الزوجية فلمن يكون الأولى برعاية الطفل؟

إن الإجابة على هذا السؤال تستوجب علينا الرجوع إلى قانون الأسرة ، لنجد المشرع ينص في المادة 64 المعدلة بالأمر 05-02 على : الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ، ثم العمّة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة(3).

من خلا هذه المادة يتضح بأن المشرع الجزائري أعطى للأم الأولوية في حضانة أولادها ثم

(1) منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص(154).

(2) (3) الأمر 05-02 المتضمن لقانون الأسرة ، المرجع السابق .

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

رتب لنا من هم الأحق في حضانة الأولاد بعد سقوطها عن الأم لأي سبب من الأسباب وبطبيعة الحال مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال .

ويشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه ، قادرة على تربيته وصيانته ، غير مرتدة عن الإسلام ولا ممسكة له عند من يبغضه أو متزوجة من غير محرم للصغير .

كما يشترط في الحاضن أن يكون بالغاً ، عاقلاً ، أميناً على الولد ، قادراً على تربيته والمحافظة عليه⁽¹⁾.

رابعاً : نفقة المحضون

إن مسألة نفقة المحضون وسكنه تضمنتها المادة 72 والتي جاء فيها " نفقة المحضون وسكنه من ماله الخاص إذا كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكناً"⁽²⁾.

من خلا هذا النص يتبين بأن نفقة الولد واجبة على الأب في حالة مالم يكن للولد مال خاص به ، كما أن الأب ملزم على توفير المسكن لابنه وفي حالة عجز الأب عن توفير المسكن يجب عليه دفع أجرة السكن وبطبيعة الحال مع مراعاة ظروف الأب المادية ومقدوره ، وتبدأ هذه النفقة من يوم النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعاً⁽³⁾.

خامساً : حق الزيارة

حسب ما جاء في نص المادة 64 فإن القاضي في حالة الانفصال بين الزوجين ، وبعد إسناد الحضانة لطرف الأجدد بها يحكم لطرف الثاني بحق زيارة أولاده ، فالطرف الذي كسب حق حضانة الأولاد لا يملك الحق في منعهم من رؤية الطرف الآخر وهذا بطبيعة الحال لما في ذلك من آثار قد تكون سلبية على نفسية المحضون، وفي حالة ما لم يلتزم الحاضن بهذا القرار ومتى منع الطرف الثاني من هذا الحق له الحق في رفع دعوى ضده والمطالبة بحقه في الزيارة

(1) رمضان علي السيد الشرنباصي ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة (في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقانون الأحوال الشخصية) ، دار المطبوعات الجامعية ، (د.ط) ، سنة (2012) ، مصر ، ص (187).

(2) الأمر 02-05 ، المرجع السابق .

(3) منصور نورة ، المرجع السابق ، ص (155).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

ولكن للحاضن الحق في منع الطرف الثاني من رؤية أولاده في بعض الحالات كأن تكون رؤيتهم له قد تسبب لهم المشاكل وهذا ماعلى الطرف الحاضن إثباته أمام المحكمة لتسقط عن الطرف الثاني حق الزيارة .

سادسا : الخلاف في متاع البيت

المتاع هو كل ما ينتفع به في بيت الزوجية ويشمل ذلك الجهاز وغيره من أثاث البيت والأدوات المنزلية

وقد يكون هذا المتاع مما يصلح للرجال فقط كأن يكون أدوات عمله كما أنه قد يكون مما يصلح للنساء فقط كالمجوهرات وقد يكون مشترك بينهما كمتاع البيت ، وهنا نحن ليس في صدد معرفة المتاع بكل شواغله وإنما البحث على من له الحق فيه في حالة الفرقة .

كثيرا ما يدعي كلا الطرفين في حالة الفرقة ملكية المتاع الموجود في البيت ، ولحل هذا النزاع لا بد من أن يقدم كل طرف بينته على دعواه، فإذا قدم طرف دون الآخر بينته حكم لصالحه لأنه أثبت دعواه ، ولكن في حالة ما قدم كل طرف بينته فلن يكون القول هنا ؟ في هذه الحالة ترجح بينة من يثبت خلاف الظاهر ، والظاهر هنا عبارة عن صلاحية الأثاث المتنازع فيه لأيهما .

فإن كان يصلح للزوج فقط رجحت بينة الزوجة لإثباتها خلاف الظاهر وحكم لها بدعواها ، وإن كان يصلح للزوجة رجحت بينة الزوج وحكم له بدعواه ، وإن كان يصلح لهما سقطت البينتان لتعارضهما ، وحينئذ فالقول للزوج مع اليمين لأنه صاحب اليد على البيت وما فيه وهذا ظاهر يؤيده ويشهد له والقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه. فإن حلف الزوج بأن الشيء المتنازع فيه ملكه وليس ملكا للزوجة حكم له وإن نكل عن اليمين حكم للزوجة لأن النكول عن اليمين إقرار بدعواها أو بذل لها (1).

وقد أكدت لنا الاجتهادات القضائية أولية الزوج على متاع البيت مع البينة ؛ حيث جاء في الملف رقم 163381 أنه من المستقر عليه قضاءا وشرعا أن أثاث البيت المخصص

(1) رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق، ص (200،201).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج مالم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه ومن ثم القضاء بما يخالف هذا يعد خرقا لقواعد الشرعية .

ولما كان الثابت - في قضية الحال- أن الزوج لئن اعترف ببقاء أمتعة زوجته عنده فإنه استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه.

فإن المجلس القضائي الذي اعتبر استثناء الزوج داخلا في أمتعة زوجته وحكم لها به دون أن يطالبها بإقامة البينة على أشياء هي للرجل يأخذها بعد حلفه يكون بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية.(1)

وأما في حالة عدم تقديم كلا الطرفين للبينة ، نطبق نص المادة 37 من قانون الأسرة والتي جاء فيها" إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال . والمشتركات بينهما يتقسمانها مع اليمين"(2).

من خلال نص المادة نجد أنه في حالة عدم القدرة على إثبات ملكية الشيء المتنازع حوله نلجأ إلي أنه كل غرض يستعمل لأغراض نسائية كالمجوهرات فهو من حق الزوجة مع اليمين ، وكل غرض يستعمل من طرف الرجال كعتاد العمل فهو من حق الزوج مع اليمين وفي حالة الأغراض المشتركة كالمفروشات فتقسم بينهما مع اليمين

المطلب الثالث : إجراءات دعوى الخلع

في هذا المطلب سنتعرف على إجراءات سير دعوى الخلع إبتداءا من تقديم العريضة الافتتاحية وصولا إلى طبيعة الأحكام الصادرة فيه .

الفرع الأول : إجراءات دعوى الخلع

(1) نبيل صقر، المرجع السابق، ص(268).

(2) الأمر 05-02 المتضمن لقانون الأسرة ، المرجع السابق .

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

أولاً: نموذج لعريضة افتتاح دعوى الخلع

الأستاذ:.....
محكمة:.....
محمي لدى
القسم:.....
قضية رقم:.....
لجلسة:.....

**** عريضة افتتاح دعوى ****

لفائدة المدعية : المقيمة ب :

ضد المدعى عليه : المقيم ب :

السيد وكيل الجمهورية - لدى محكمة

ليطيب للمحكمة المحترمة

تتشرف المدعية بأن تعرض وقائع دعواها الحالية موضحة وملتمسة مايلي :

& من حيث الشكل:

- حيث أن الدعوى الحالية مستوفية لكامل الشروط القانونية طبقا للمواد : 13-14-15-17-429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

- حيث أن محكمة الحال مختصة إقليميا طبقا للمادة 03/426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مما يتعين قبولها شكلا .

& من حيث الموضوع:

- حيث أن المدعية قد اقترنت بالمدعى عليه على سنة الله ورسوله بموجب عقد زواج رسمي مسجل بالحالة المدنية ببلدية بتاريخ :/...../..... تحت رقم العقد: — نسخة من العقد (مرفق 1).

- حيث أن هذا القران قد أثمر على إنجاب بنت سميت — نسخة من عقد الزواج، (مرفق 2)

- حيث أن هذه العلاقة لم يكتسب لها الدوام والاستقرار إلا لفترة وجيزة من الزمن لكثرة المشاكل

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

الواقعة بينهم خاصة وأن المدعي عليه يقوم بضربها لسبب ولغير سبب مما جعل المدعية تقاضي المدعي عليه أمام قسم الجنج .

- حيث أن كثرة المشاكل بين المدعية والمدعي عليه قد أفقدت العلاقة الزوجية قداستها .

- حيث أن المدعية لا ترى في استمرار هذه العلاقة سوى زيادة في توسع دائرة المشاكل بين الطرفين وأمام ذلك وحفاظا منها على قداسة هذا الرابط الذي تكلمت عنه كل الكتب السماوية والقوانين الوضعية ترى أنه من الأفضل لهما أن يفترقا بالمعروف كما اجتمعا بالمعروف .

- حيث أن المشرع الجزائري قد منح المرأة حق الخلع طبقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة

- حيث أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية

- حيث أنه وأمام ذلك تلتمس المدعية من جانب المحكمة المحترمة القضاء لها بفك الرابطة

الزوجية عن طريق الخلع طبقا لنص المادة 54 ق.أ.

- حيث أن المدعية ترفق بملف الحال قائمة أثاثها ومصوغها المتروك بالبيت الزوجية وتلتمس

من المحكمة القضاء لها بما جاء فيها _____ قائمة الأثاث (مرفق 4)

لهذه الأسباب

تلتمس المدعية من جانب المحكمة المحترمة

& في الشكل :

- قبول الدعوى شكلا لإستفائها الشروط القانونية

& في الموضوع :

- القضاء بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع طبقا لنص المادة 54 ق.أ مع الإشهاد بعرض

المدعية مبلغ : 3000 دج مقابل مخالعتها وفي المقابل إلزامه بدفع لها مايلي :

- مبلغ : 80.000 دج مقابل نفقة العدة

- مبلغ : 8000 دج مقابل نفقة إهمالها تسري من تاريخ طردها من البيت الزوجية مع إلزامه

بتوفير مسكن لممارسة الحضانة فيه أو دفعه لبدل إيجار بواقع 10.000 شهريا تسري منذ

صدور الحكم الى غاية سقوط الحضانة عنها شرعا وقانونا

- تمكينها من قائمة أثاثها ومصوغها المرفقة بملف الحال

- تحميل المدعي عليه المصاريف القضائية

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

المرفقات :

- 1- نسخة من عقد الزواج
- 2- نسخة من بطاقة الحالة العائلية للحالة المدنية
- 3- قائمة الأثاث المتروكة في البيت الزوجية

ثانيا : إجراءات سير الدعوى

من خلال هذا النموذج يتبين لنا بأنه لا بد أن تحمل العريضة الافتتاحية مجموعة من البيانات لقبولها من الناحية الشكلية وتمثل هذه البيانات في : أن يدرج اسم فيها المدعي أو وكيله ، مؤرخة ، موقعة ، مذكور فيها عناوين الأطراف ، إدراج كافة الوقائع والأسباب .

تسجل عريضة افتتاح الدعوى بالمحكمة المختصة إقليميا وهذا طبقا لنص المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية ، وبعد تسجيلها يوضع على العريضة ختم المحكمة مدون عليه معلومات بتاريخ الجلسة ورقم الملف والقسم المختص بالدعوى ، والساعة التي سترفع فيها الجلسة ، والقاعة .

تؤخذ العريضة إلى المحضر القضائي لتبليغ المدعى عليه بتاريخ الجلسة ويقدم المحضر القضائي وصل تسديد مصاريف العريضة المبلغة ، يتم تبليغ المدعى عليه شخصيا وفي حالة عدم التمكن من تبليغه شخصيا يمكن تبليغ أحد أقاربه القاطنين معه في نفس البيت وفي حالة

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

استحالة إيجاده لتبليغه يتم تعليق التبليغ في المحكمة ، وفي حالة عدم حضور المدعي عليه . للجلسة بحجة عدم التبليغ لا يمكن الحكم عليه غيابيا.(1)

ثالثا : شروط قبول الدعوى

لإقامة دعوى أمام المحكمة لا بد من توفر مجموعة من الشروط نصت عليها المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية حيث تعد هذه المادة المرجعية الإجرائية في شروط قبول الدعوى وجاء في نص هذه المادة " لا يجوز لاحد ان يرفع دعوى أمام القضاء ، مالم يكن حائزا لصفة والأهلية ، وله مصلحة في ذلك"(2).

من خلال هذا النص القانوني يتبين بأنه لرفع دعوى الطلاق من قبل الزوج أو الزوجة لا بد من توفر مجموعة من الشروط الضرورية والمتمثلة حسب نص المادة في :

1- شرط المصلحة 2- شرط الصفة 3- شرط الأهلية

وعليه وحسب ما تقدم لابد أن تكون المرأة التي تتقدم إلى المحكمة أن تكون ذات صفة أي بمعنى أن تكون هي المدعية نفسها ، أو أحد ممثليها قانونيا كالمحامي ، أو الولي أو الوصي ، وان تكون متمتعة بأهلية التقاضي والمحددة بسن الرشد المدني وهو 19 سنة طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني ومتمتعة أيضا بكامل قواها العقلية وغير محجور عنها ، كما يشترط في الزوجة التي تقدمت الى المحكمة ، أن تكون لها مصلحة في موضوع النزاع(3).

الفرع الثاني : طبيعة الاحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع

تنتهي دعوى الخلع بصدور حكم قضائي يقضي ب انتهاء الرابطة الزوجية ، ولكن يثار

التساؤل بشأن طبيعة الأحكام الفاصلة فيه هل هي قابلة للطعن أمام المحكمة العليا أم لا ؟

(1) العابد سمية ، محامية معتمدة لدى المجلس ، مقابلة أجريه يوم 2015/2/5 ، على الساعة 10:45 دقيقة .

(2) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن لقانون الاجراءات المدنية والادارية في الجزائر ، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، الصادرة في 23 فبراير 2008.

(3) عبد الفتاح تقية ، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية ، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة ، سنة (2007)، (148).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

انقسمت الآراء في هذا القول إلى اتجاهين وهذا كمايلي :

الاتجاه الأول: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن أحكام الخلع تصدر ابتدائية نهائية وهذا استنادا إلى نص المادة 57 من قانون الأسرة والتي ورد فيها " أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف. ماعدا في جوانبها المادية"⁽¹⁾ إضافة إلى ما جاء في نص المادة 48 والتي قضت بأن الخلع طلاقا وبتالي فهو غير قابل للاستئناف.

ولكن ماهي الغاية التي دفعت بالمشرع إلى جعل أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف وهل هناك مجال لفتح باب الاستئناف فيها ؟

جعل المشرع أحكام الطلاق بصفة عامة غير قابلة للاستئناف لسبب جد وجيه وهو عدم إطالة الإجراءات في هذا النوع من النزاعات الحساسة وما يترتب عنها من مصاريف ، وحرصا منه على الحفاظ على استقرار العلاقات الأسرية وخاصة ما قد تسببه هذه الإطالة من مشاكل للأطفال ، كما أنه قضى بعدم الاستئناف نظرا لكون الخلع حق للمرأة تستعمله في أي وقت فليس من المعقول أن تقدم امرأة وهي متأكدة من قرارها على الخلع ثم تعود وتستأنف الحكم فالاستئناف هنا لا يغير من الأمر شيء⁽²⁾.

الاتجاه الثاني: أحكام الخلع قابلة للاستئناف

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يمكن الطعن بالاستئناف في أحكام الخلع ، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالاستئناف انتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع . كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم محكمة الدرجة

(1) الامر 05-02 ، المرجع السابق .

(2) عبد الفتاح تقي ، المرجع السابق ، ص(178).

الفصل الثاني : حق المرأة في الخلع

الأولى وبعضها ألغى حكم الدرجة الأولى وصرح من جديد بالتفريق بالخلع وتكون المحكمة العليا بذلك قد قضت ضمناً بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي يجري على درجتين⁽¹⁾

الترجيح :

إن القول بعدم جواز الطعن في أحكام الخلع يعني حرمان المرأة من فرصة التراجع عن قرار قد تكون اتخذته في لحظة غضب وكما يعرف على النساء أنهم سريعين الغضب وفي غالب الأحيان تصرفاتهم تكون نتيجة هذا الغضب ولكن سرعان ما يزول هذا الغضب فتشعر بالندم على ما اقترفته في تلك المرحلة ، وعليه فالقول الراجح هو القول الثاني ؛ والذي يعتبر أحكام الخلع قابلة للاستئناف ؛ إذ أنه يفتح مجال إعادة لم شمل الأسرة كما أنه قد تكون هناك حالات تزوير من طرف أجنبي له مصلحة في تفريق الطرفين فإن أوجدنا الأبواب تماماً أمام الطرفين في إمكانية الاستئناف لكنا بذلك قد ساعدنا على تفكيك الكثير من الأسر والتي في بعض الأحيان يكون سبب مشاكلهما هو التدخل من ذوي السوء ولهذا أنا أعتقد بأنه لا بد من ترك مجال للاستئناف في بعض أحكام الطلاق .

(1) منصورى نورة ، المرجع السابق ، ص(174-148)

- من خلال هذه الدراسة نصل إلى أن الشارع الحكيم أعطى للزوجة فرصة الخلاص مما لا تطيق في زوجها ، وذلك بإعطائها القدرة على إنهاء الرابطة الزوجية بواسطة التطلق أو الخلع وقد نال هذان التصرفان اهتمام جد كبير من جلالته ، وهو ما إلتمسناه من النصوص القرآنية والسيرة النبوية العطرة ، وسبب هذا الاهتمام يعود بالدرجة الأولى للآثار التي تنجم عن هذان التصرفان ، والتي في الغالب تكون سلبية من شأنها التأثير على الأسرة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة .

- وبالعودة إلى القانون الوضعي نجد المشرع الجزائري قد سار على درب الشريعة الإسلامية إذ أنه أقر بحق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية ، وقد نظم هذا التصرف بمجموعة من النصوص القانونية والتي هي في حقيقة الأمر نقطة في بحر من الأحكام ، فصحيح أن المشرع أشار إلى حق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بإعطائها حق التطلق والخلع وهو ما جاء في نص المادة (53- 54ق.أ) ولكنه أهمل الكثير من الأمور التي من شأنها وضع القضاة في حيرة أمام تنوع القضايا في هذا الباب ، الأمر الذي أوجب الاجتهاد في الكثير من الحالات التي لم يتطرق المشرع لها ؛ فالاجتهادات القضائية جاءت لسد الفجوة التي تركها المشرع الجزائري ولكن ولسوء التشريع في بلادنا خلقت لنا هذه الاجتهادات مشكل آخر وهو مشكل التناقض بين ما جاءت به هاته الاجتهادات وبين ما نص عليه المشرع .

- إن إعطاء الزوجة هذا الحق لا يعني ترك الأمر على طلاقته بل وضعت الشريعة السمحاء والقانون الوضعي أمامها مجموعة من الشروط والأسباب التي لا بد من توفرها لبلوغها هذا الحق . فإن كانت الزوجة راغبة في فك الرابطة الزوجية بواسطة التطلق وجب عليها إثبات أحد الأسباب التي عددها المشرع على سبيل الحصر في المادة 53 من قانون الأسرة ، وقد كانت هاته العشر حالات محل خلاف بين الأئمة الأربعة بين مؤيد ومعارض في جواز التطلق بها، وقد كان موقف المشرع في كل حالة متأرجح بين هاته المذاهب ؛ إذ أنه تارة يأخذ بما ذهب إليه المالكية ومن معهم وتارة أخرى يميل إلى المذاهب الأخرى ، ويحتسب هذا لصالح المشرع الجزائري ولصالحنا ، إذ أنه لم يقيدنا بمذهب واحد بل أخذ من كل مذهب إيجابياته وترك سلبياته .

- والتطليق كغيره من طرق فك الرابطة الزوجية يترتب عليه مجموعة من الآثار، نظمها المشرع الجزائري في مجموعة من النصوص القانونية تتحصر بين نص المادة 50 و المادة 76 ، وتقسم هاته الآثار إلى قسمان ؛ آثار خاصة بالزوجة ، وتشتمل الحق في العدة ؛ فعلى الزوجة التي رفعت أمرها للقاضي أن تعتد مثلها مثل المطلقة ، كما أن لها الحق في النفقة والسكن والتعويض عن الضرر الذي لحق بها من زوجها ، ويعاب على المشرع أنه لم يدرج مادة صريحة مفادها أن الزوجة المتضررة لها الحق في التعويض في الحالات العشرة التي وضحها بل أهمل الموضوع ، ولكن الاجتهاد القضائي تدارك هذا النقصان ومنح الزوجة هذا الحق . كما يترتب مجموعة من الآثار تثبت للأولاد ، فالأولاد هم الضحية الأولى لهذا التصرف لهذا لا بد أن يحضرا بالحضانة والنسب والنفقة .

- لا يمكن أن ننكر فضل الشريعة السمحاء وفضل المشرع بوضع مثل هذا التصرف في يد الزوجة ، ولكن صعوبة الإثبات فيه هي التي تدفع بالزوجة للجوء إلى الخلع باعتباره الطريق الأسهل برغم من الخسائر التي تتحملها لنيل خلاصها ؛ ففي الكثير من الحالات تعاني الزوجة من شتى أنواع الإهانة من زوجها ولكن ولعدم قدرتها على إثبات ذلك تتحول من مظلومة تستحق التعويض إلى ظالمة عليها تعويض ما لحق الزوج من ضرر .

- أعطت الشريعة والقانون للزوجة حق الخلع كحل بديل تلجأ إليه في حالة مالم تتوفر لها المبررات الشرعية والقانونية لطلب التطليق ، وأعطتها كل الحرية في استعمال هذا الحق ؛ إذ لم تضع أمامها شروط ولا قيود تمنعها من استعماله ، والخلع كغيره من التصرفات يقوم على مجموعة من الأركان وهي : الزوج والزوجة والصيغة ، والعض . وقد كانت هاته الأركان محل خلاف بين الفقهاء . أما المشرع الجزائري فقد إلتزم الصمت في هذه النقطة إذ أنه اكتفي بإعطاء الزوجة حق الخلع دون أن يبين لنا الأحكام المتعلقة بهذا النوع من التصرفات الخطيرة فالعيب الواضح للعيان في المشرع هو اكتفائه بالتلميح على إجازة أحد التصرفات دون بيان الأحكام التي تتعلق بها ، وفي الحقيقة هذا العيب لا يقتصر على مسألة تنظيم الخلع أو التطليق فقط بل على كل المسائل المدرجة في قانون الأسرة إذ انه أي قارئ لقانون الأسرة يلاحظ الفجوات والفراغات الموجودة بين النصوص القانونية .

- والخلع يرتب مجموعة من الآثار منها ما ينفرد بها كتسديد المخلتعة لبدل الخلع ، وإعتداد المخلتعة وسقوط الحقوق الزوجية عنها ، كما له آثار يشترك فيها مع غيره من طرق فك الرابطة الزوجية ؛ كتمكين المخلتعة من نفقة العدة وتوفير السكن لها إن كانت حاضنة وتمكينها من نفقة الإهمال ، والحرص على حصولها على حضانة الأولاد باعتبارها الأولى بها وعلى الزوج المخلوع أن يقدم لها نفقة أولادها إن كانت الحضانة بيدها ، وعليها ألا تحرمه من زيارة أولاده والعكس صحيح إن كانت الحضانة بيده .

- وأنا أقترح على المشرع تفكيك المادة 53 إذ أنه في الحقيقة الأسباب الواردة في نص المادة لا تستحق أن تهمل بهذا الشكل بل لا بد من أن يكون لكل سبب مجموعة من المواد التي تنظمها وهذا نظرا لما فيه من أحكام متفرعة ومتشعبة .

- إعادة النظر في إدراجه لتطليق والخلع ضمن باب الطلاق إذ أنه ، لكل نوع خصوصياته وبالتالي يفترض تنظيم أحكام التطليق والخلع في باب خاص منفصل عن أحكام الطلاق.

- كما ولا بد من أن يحسم أمره من موضوع نوع الفرقة الواقعة بالتطليق للحالات العشر التي أوردها في نص المادة 53 من ق. أ .

- كما عليه أن يضع مواد تنظم أحكام الحالات التي يكون فيها أطراف التطليق أو الخلع غير متمتعين بأهلية الأداء وهذا نظر لما نعيشه اليوم من ظاهرة انتشار الزواج المبكر.

- ولا بد من إعادة ضبط المادة 54 ق.أ بتحديد الحد الأقصى والأدنى لبدل الخلع .

- كما ولا بد من محاولة التنسيق بين ما جاء في الأسرة وقانون العقوبات بوضع عقوبات رادعة لضمان تنفيذ الحكم الصادر بالتعويض سواء كان ضد الزوج أو ضد الزوجة .

وعليه وبصفة عامة لا بد على المشرع من إعادة مراجعة المواد التي وضعها لتنظيم هذان التصرفان ومحاولة إعطاء الموضوع الأهمية التي يستحقها .

قائمة المراجع

أولاً: المصادر

1/ الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م المتضمن لقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الصادر بالجريدة الرسمية العدد 15 ، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

2/ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 م المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

ثانياً : المراجع

1/ ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، (د.ط) ، (ب،ن .غ،م) سنة (غ،م) .

2/ أبو بكر جابر الجزائري ، مناهج المسلم (كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات) دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، طبعة جديدة ، مصر ، سنة (غ.م) .

3/ أحمد بخيت الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور علي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، ط(1) ، مصر ، سنة (2008-2009).

4/ أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة) دار الجامعة الجديدة ، (د.ط) ، مصر ، سنة (2010).

5/ أحمد بن تيمية ، مجموعة فتاوى ، مكتبة المعارف ، المجلد الثالث والثلاثون ، المغرب ، سنة (غ.م)

6/ أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة) دار الجامعة الجديدة ، (د.ط) ، مصر ، سنة (2010).

قائمة المراجع

- 7/ أحمد الغندور ، الطلاق في الشريعة الإسلامية (بحث مقارن) ، دار المعارف ، ط(1) ، مصر ، سنة (1387هـ - 1967م).
- 8/ العيش فضيل ، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية (د.ط) ، الجزائر ، سنة (2006).
- إسماعيل أبابكر ، علي البامرني ، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية (دراسة مقارنة بالقانون) ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، ط (1) ، مصر ، سنة (1429هـ - 2009م).
- 9/ السيد سابق ، فقه السنة ، دار الفتح للإعلام العربي ، المجلد الثالث ، مصر ، سنة (1433هـ - 2012م).
- 10/ باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، (د.ط) ، الجزائر ، سنة (2007).
- 11/ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط(4) ، الجزائر ، سنة (2005).
- 12/ جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، الخلع في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، (د.ط) ، مصر ، سنة (2003).
- 13/ رمضان علي السيد الشرنباصي ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقانون الأحوال الشخصية ، دار المطبوعات الجامعية ، (د.ط) ، مصر ، سنة (2012).
- 14 / عبد الحكم فوده ، منذر عبد العزيز الشمالي ، أحكام الزواج والطلاق في المذهبين الشيعي والجعفري في ضوء الفقه وأحكام القضاء ، منشأة المعارف ، ط(د.ط) ، مصر ، سنة (2011).

- 15/ علي الخفيف ، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية ، دار الفكر العربي ، ط(1) ، مصر سنة (1429هـ - 2008م).
- 16/ عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (ق رقم 02/05) ، دار الخلدونية ، ط(1) ، الجزائر ، سنة (1428هـ - 2007م).
- 17/ عثمان التكروتي ، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط(1) ، الأردن ، سنة (2009).
- 18/ عبد القادر داودي ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشرعية (دراسة شرعية قانونية مقارنة) دار البصائر للتوزيع والنشر ، ط(1) ، الجزائر ، سنة (2007).
- 19/ عبد الله بن محسن الصاعدي ، الإشارة إلى أحكام الطلاق ، (د.م. غ.م) ، ط(د،ط) ، (ب،ن.غ.م) ، سنة (1434هـ).
- 20/ عبد المؤمن بلباقي ، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري) ، دار الهدى للطباعة والنشر ، (د.ط) ، الجزائر سنة (2000).
- 21/ فيصل محمد خير الزراد ، المرأة بين الزواج والطلاق في المجتمع العربي الإسلامي ، دار الكتاب العربي ، (د.ط) ، لبنان ، سنة (2010).
- / كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، منشورات دار الأفق الجديدة ، ط(2) ، (ب،ن.غ.م) ، سنة (1400هـ - 1980م) .
- 22/ محمد ابن زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر ، (د.ط) ، مصر ، سنة (غ.م) .

- 23/ محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون) ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ن ط(2) ، لبنان ، سنة (1497هـ -1977م).
- 24/ منصورى نورة ، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ، دار الهدى للطباعة والنشر ، ط(د.ط) ، الجزائر ، سنة (2010).
- 25/ محمد كمال الدين إمام ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد (في الفقه والقانون والقضاء) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط(د.ط) ، لبنان ، سنة (2003).
- 26/ محمود علي السرطاوي ، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق) ، دار الفكر ناشرون وموزعون ، ط(1) ، الأردن ، سنة (1428هـ - 2008م) .
- 27/ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل شيخ وآخرون ، المختصرات في فتاوى المرأة المسلمة ، دار الرشيد للكتابة والقرآن الكريم ، ط(1) ، الجزائر ، سنة (1432هـ -2012م).
- 28/ مصطفى أمين حيدر الأتروشي ، أحكام الزواج والطلاق في فقه الإمام الظاهري مقارنا بالمذاهب الإسلامية الخمسة وبعض القوانين المعاصرة ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، ط(1') ، الأردن ، سنة (2010).
- 29/ مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة بالقانون) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، ط(1) ، لبنان ، سنة (2011).
- 30/ محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، المكتبة العلمية ، (د.ط) ، لبنان ، سنة (1428هـ - 2007م).

قائمة المراجع

- 31/ محمد خنر قادر ، نور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية (دراسة فقهية مقارنة) دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ، (د.ط) ، الأردن ، سنة (2010).
- 32/ مولود عبد الهادي ، تقريرات وملاحظات على مدونة الأحوال الشخصية الجزائرية وتعليقات حول ملف الأسرة ، دار البعث للطباعة والنشر ، ط(1) ، الجزائر ، سنة (1405هـ -1984م).
- 33/ نبيل صقر ، قماروي عز الدين ، قانون الأسرة نصا وتطبيقا ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، (د.ط) ، الجزائر سنة (2008).
- 33/ يوسف دلاندة ، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05 ، دار هومه للطباعة والنشر ، ط(2) ، الجزائر ، سنة (2007).

ثالثا : المجلات

- 1/ رشا خليل عبد ، حق الزوجة في الفرقة في ظل قانون الأحوال الشخصية رقم (188) سنة 1909 ، مجلة الجامعة الإسلامية ، العدد (غ.م) ، سنة (غ.م) .
- 2/ مجلة آداب الفراهدي ، آثار اتحاد المجلس في الخلع ، العدد (8) سنة (2011).

رابعا : المذكرات

- 1/ إسماعيل موسى مصطفى عبد الله ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، أطروحة مقدمة لتكملة متطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، سنة (2008).
- 2/ آيت شاوش دليلة سعيد ، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم ، تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، سنة (2014).

قائمة المراجع

3/ اليزيد عيسات بلمامي ، التطبيق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ، مذكرة لنيل شهادة المجستير في القانون ، فرع العقود والمسؤولية ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، سنة (2002-2003).

4/ عمار مرزوق ، ملحم ظاهر ، دعوى التفريق بين الزوجين للغيبة والضرر (دراسة فقهية - قانون مقارنة) ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة المجستير في الفقه والتشريع ، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، سنة (2013).

5/ محمد بن علي بن جميل المطري ، فقه الخلع ، بحث لاستكمال متطلبات الحصول على درجة البكالوريوس ، كلية التعليم المفتوح ، جامعة العلوم والتكنولوجيا ، اليمن ، سنة (2011-2012).

6/ محمد كمال عواد الجعافرة ، الخلع بين الشريعة الإسلامية والقانون وتطبيقاته في المحاكم الشرعية ، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة المجستير في القضاء الشرعي كلية الدراسات العليا ، جامعة الخليل ، فلسطين ، سنة (1724هـ -2006م).

7/ نذير ساعد ، التطبيق في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون ، جامعة أكلي منجد أولحاج ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر ، سنة (2012-2013)

خامسا: المحاضرات

1/ عبد الفتاح تقية ، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية ، لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة ، سنة (2007).

سادسا: المقابلات

1/ العابد سمية ، محامية معتمدة لدى المجلس ، مقابلة أجريت يوم 2015/02/05 على الساعة 10:45 دقيقة .

02.....	المقدمة.....
06.....	الفصل الأول: حق الزوجة في التطلاق.....
06.....	المبحث الأول: مفهوم التطلاق.....
07.....	المطلب الأول: تعريف التطلاق
07.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي
07.....	الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي.....
07.....	المطلب الثاني: أدلة مشروعية التطلاق.....
08.....	الفرع الأول: أدلة مشروعيته من الكتاب
08.....	الفرع الثاني: أدلة مشروعيته من السنة.....
08.....	الفرع الثالث: أدلك مشروعيته من الإجماع.....
09.....	المطلب الثالث: الحكمة من التطلاق.....
10.....	المبحث الثاني: أسباب التطلاق
11.....	المطلب الأول: مبررات التطلاق.....
11.....	الفرع الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية
11.....	أولا : التطلاق لعدم الإنفاق
17.....	ثانيا : التطلاق للهجر في المضجع

- 19..... ثالثا: التطلاق للغبية.
- 22..... الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها.
- 23..... أولا : التطلاق للحكم بعقوبة.
- 24..... ثانيا: التطلاق لارتكاب فاحشة .
- 26..... الفرع الثالث: التطلاق للعب.
- 30..... الفرع الرابع : التطلاق لشقاق والضرر.
- الفرع الخامس: التطلاق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من ق.أ والشروط المتفق عليها في
- 33..... عقد الزواج .
- 33..... أولا: التطلاق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من ق . أ .
- 35..... ثانيا: التطلاق لمخالفة الشروط المتفق عليها.
- 36..... المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن التطلاق.
- 36..... الفرع الأول : ماثبت للزوجة .
- 36..... أولا: العدة .
- 38..... ثانيا : نفقة العدة.
- 38..... ثالثا: نفقة الإهمال.
- 38..... رابعا : حق السكن أو دفع أجرته.
- 39..... خامسا : التعويض.

29.....	سادسا : النزاع حول متاع البيت.....
40.....	الفرع الثاني : ما يثبت للأولاد.....
40.....	أولا: النسب.....
41.....	ثانيا: الحضانة.....
24.....	ثالثا: نفقة الإهمال.....
43.....	رابعا: حق الزيارة.....
46.....	الفصل الثاني: حق الزوجة في الخلع.....
46.....	المطلب الأول: تعريف الخلع وتحديد ألفاظه.....
46.....	الفرع الأول : تعريف الخلع.....
46.....	أولا: التعريف اللغوي.....
46.....	ثانيا: التعريف الاصطلاحي.....
47.....	الفرع الثاني : مصطلحات الخلع.....
51.....	المطلب الثاني : حكم الخلع وأدلة مشروعيته والحكمة منه.....
51.....	الفرع الأول: حكم الخلع.....
51.....	الفرع الثاني: أدلة مشروعية الخلع.....
51.....	أولا: أدلة مشروعيته من الكتاب.....
52.....	ثانيا : أدلة مشروعيته من السنة.....

- 53.....ثلثا: أدلة مشروعيته من الإجماع.
- 53.....الفرع الثالث : الحكمة من مشروعيته.
- 54.....المطلب الثالث: صفة الخلع.
- 54.....أولا: هل الخلع يمين أم معاوضة.
- 57.....ثانيا : هل الخلع طلاق أم فسخ .
- 60.....المبحث الثاني: أركان الخلع وآثاره.
- 60.....المطلب الأول: أركان الخلع.
- 60.....الفرع الأول: الزوج.
- 60.....أولا : خلع الصبي والمجنون .
- 63.....ثانيا : خلع السفية.
- 63.....ثالثا: خلع المريض مرض الموت.
- 64.....الفرع الثاني: الزوجة.
- 46.....أولا : خلع المريضة مرض الموت.
- 65.....ثانيا: خلع الصغيرة.
- 66.....ثالثا : خلع السفيةة .
- 66.....رابعا : خلع الحائض.
- 67.....خامسا : خلع المعتدة من طلاق رجعي أو بائن .

67.....	الفرع الثالث: الصيغة.....
68.....	الفرع الرابع: العوض.....
68.....	أولا : تعريف العوض.....
70.....	ثانيا: مشروعية العوض.....
71.....	ثالثا : حكم الزيادة في العوض.....
73.....	المطلب الثاني: آثار الخلع.....
73.....	الفرع الأول: الآثار التي ينفرد بها الخلع.....
73.....	أولا : التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع
73.....	ثانيا : اعتداد المختلعة
75.....	ثالثا : سقوط الحقوق الزوجية
76.....	الفرع الثاني: الآثار العامة
76.....	أولا : نفقة المختلعة وسكناها
79.....	ثانيا: نفقة الإهمال.....
79.....	ثالثا: الحضانة.....
80.....	رابعا: نفقة المحضون.....
80.....	خامسا: حق الزيارة.....
81.....	سادسا: الخلاف حول متاع البيت

82.....	المطلب الثالث: إجراءات دعوى الخلع
82.....	الفرع الأول : إجراءات دعوى الخلع
83.....	أولاً: نموذج لعريضة افتتاح دعوى الخلع
85.....	ثانياً : إجراءات سير الدعوى
86.....	ثالثاً: شروط قبول الدعوى
86.....	الفرع الثاني: طبيعة الأحكام القضائية الصادرة بشأن الخلع
90.....	الخاتمة
94.....	قائمة المراجع
101.....	الفهرس

ملخص الدراسة

وضعت الشريعة الإسلامية حق إيقاع الطلاق بيد الزوج دون الزوجة وهذا لكونه الأكثر تبصرا في عواقب الأمور والأكثر إنصياغا إلى العقل ، وفي مقابل هذا أعطت الشريعة السمحاء للزوجة الحق في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق التطلق والخلع ، ولكن إعطاء الزوجة لهذا الحق لم يكن مطلق بل قيد بمجموعة من الشروط التي لا بد من توفر أحدها لبلوغها هذا التصرف ، فإن كانت الزوجة راغبة في إنهاء علاقتها عن طريق التطلق فعليها أن تثبت أحد الأسباب التي عددها المشرع الجزائري في نص المادة 53 ق.أ والتي كانت محل خلاف بين الفقهاء . والتطلق كغيره من طرق فك الرابطة الزوجية يخلف مجموعة من الآثار منها ما يثبت للزوجة كالعدة ونفقة الإهمال والسكن والتعويض عن الضرر لاحق بها ومنها ما يثبت للأولاد كحق الحضانة والنفقة والنسب .

إن صعوبة الإثبات في التطلق تدفع في الكثير من الحالات بالزوجة إلى الخلع ، فبرغم من الخسائر المادية التي تلحق بها إلا أنه يعتبر بالنسبة لها الأكثر ضمانا في حصولها على خلاصها ، وللخلع مجموعة من الأركان وهي الزوج والزوجة والصيغة والبدل وقد كانت هاته الأركان محل خلاف بين الفقهاء . وللخلع مجموعة من الآثار منها ما ينفرد بها عن غيره من طرق إنهاء الرابطة الزوجية ومنها ما يشترك فيها معهم .