جامعة محمد خيضر – بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة

حل الرابطة الزوجية بالارادة المنفردة للزوجة

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون ...الأحوال الشخصية....

إعداد الطالبة :
بن حسين رقية

إشراف الأستاذ :
زواوي عباس

الموسم الجامعي :2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

{ وقل ربي زدني علما }

طه " 114 "

شكـر وعرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على خير خلق الله محمد صلى الله عليه وسلم أما بعد...

بداية أحمد الله تبارك وتعالى حمدا كثيرا وأشكره على فضله ونعمته في إتمام هذا البحث.

كما يدعوني واجب الوفاء والعرفان بالجميل أن أتقدم بتشكراتي الى أغلى أم .....وطني العزيز.

أتقدم بتشكراتي الى جميع أساتذة كلية الحقوق دون استثناء

وأخص بالشكر و التقدير الدكتور المحترم والفاضل " زواوي عباس " على متابعته الدائمة لي وتوجيهاته القيمة، لك مني ألف شكر وجازاك الله خيرا.

كما أتقدم بالشكر الى من قدم لي يد المساعدة عثامنة محمد الأمين.

واخيرا أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من أبدوا تعاونهم ومساعدتهم لي ولو بكلمة طيبة .

إلى هؤلاء جميعا أقول وفقني الله وإياكم لما يحبه ويرضاه

ألف شكر

إهـــداء

أهدي ثمرة هذا الجهد الى:

أحب خلق الله تعالى بعد رسوله الكريم، و الذين قال فيهما المولى سبحانه وتعالى "وبالوالدين إحسانا".

الى التي ربتني و جعلت الأخلاق تاج على رأسي، و التي تسعد لسعادتي و تحزن لحزني و تتابع دوما خطايا.... أمي الغالية.... حفظها الله و رعاها دوما.

الى الذي يكافح و يناضل ليخرجني الى رحاب النور ،فينحني قلبي له عظمة و احتراما ..... أبي العزيز .... أطال الله في عمره.

الى من هم سندي في الحياة و مصابيح بيتنا اخوتي الأعزاء: عثمان، لطفي، موسى، سيف الدين، سامي...

الى من رسمن أسمائهن في صفحات ذكرياتي: منصوري راضية، بغدادي مباركة ، شوقي مسعودة، نور الدين كوثر، عثامنه نور الهدى، قرداش ميرة...

إلى كل أفراد عائلتي الكبيرة و الصغيرة بن حسين و بن حبرو.

إلى كل من لم يأتي القلم بذكره

وفي الأخير أرجوا من الله عز وجل أن يهدينا ويرشدنا إلى ما فيه الخير والعافية وصلي اللهم على سيدنا محمد شفيع الأمة إلى يوم الدين .

رقية

خطة البحث

مقدمة

المبحث التمهيدي: الطلاق

المطلب الأول: مفهوم الطلاق

الفرع الأول: تعريف الطلاق وخصائصه

أولا: تعريف الطلاق

ثانيا: خصائصه

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق وصفته الشرعية

أولا: مشروعية الطلاق

ثانيا: صفته الشرعية

المطلب الثاني: أقسام الطلاق وشروطه

الفرع الأول: أقسام الطلاق

أولا: أقسام الطلاق من حيث شرعيته:

ثانيا: أقسام الطلاق من حيث أثره

الفرع الثاني: شروطه

أولا: شروط المطلق

ثانيا: شروط المطلقة

ثالثا: شروط الصيغة

الفصل الأول: التطليق بالإرادة المنفردة للزوجة

المبحث الأول: ماهية التطليق

المطلب الأول: تعريف التطليق

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق

المطلب الثالث: طبيعة التطليق

المبحث الثاني: أسباب التطليق

المطلب الأول: التطليق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية والعائلية

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق والتطليق لغياب الزوج

الفرع الثاني: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر و للشقاق المستمر بين الزوجين

الفرع الثالث: التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من ق أ ج و الشروط الواردة في عقد الزواج

المطلب الثاني: التطليق لارتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا

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

الفرع الثاني: التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

المطلب الثالث: التطليق للعيوب والتطليق للضرر المعتبر شرعا

الفرع الأول: التطليق للعيوب

الفرع الثاني: التطليق للضرر المعتبر شرعا

الفصل الثاني: الخلع

المبحث الأول: الأساس الشرعي للخلع

المطلب الأول: مفهوم الخلع

المطلب الثاني: أدلة مشروعية الخلع والحكمة من تقريره

الفرع الأول: أدلة مشروعية الخلع

الفرع الثاني: الحكمة من تقرير الخلع

المطلب الثالث: آثار الخلع

الفرع الأول: الآثار المتعلقة بالزوجة والزوج

الفرع الثاني: الآثار المتعلقة بطبيعة حل الرابطة العقدية

المبحث الثاني: التكييف القانوني للخلع

المطلب الأول: الفرق بين الخلع والتطليق

المطلب الثاني: الخلع عقد رضائي أم حق شخصي

المطلب الثالث: تطور قرارات المحكمة العليا في الأخذ بحق الزوجة في طلب الخلع

خاتمة

قائمة المراجع

مقدمة:

لا شك ان الزواج نظام الهي شرعه الله لمصلحة المجتمع ككل و سعادة افراده, فضلا على انه رابطة تربط الرجل بالمرأة لتكوين الاسرة الصالحة المبنية على اسس قويمة, لان الاسرة ان صلحت صلح المجتمع و ان فسدت فسد المجتمع ,و لقد حثت الشريعة الاسلامية على الزواج ووضعت له احكاما و ضوابطا لما فيه من السكن و المودة و الرحمة بين الزوجين, فيجد كلا هما الأنس بصاحبه و الاستراحة اليه و الاستعانة به كما يحس كل منهما بمودة خاصة تجاه الآخر و رحمة موفورة وهذا لحكم كثيرة مصداقا لقوله تعالى في سورة الروم:" **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة و رحمة**".

فبالزواج يتم تكوين أسرة صالحة إذ به تعرف الأنساب و تحفظ , و به تصان الأعراض و تقل الفاحشة ويزول الفساد لهذا قدّس الإسلام الزواج ووضع له من القواعد ما يضمن بقاءه واستمراره، والأصل أن تستمر الزوجية قائمة بين الزوجين حتى يفرّق الموت بينهما.

لكن قد تسوء العشرة بين الزوجين ويتعثّر العيش بينهما وقد تفشل محاولات الإصلاح بينهما، و نجد أن المودة عندما تتحول إلى كره و الرحمة الى حقد و تشتد النزاعات فيفقد الزواج معانيه السامية و تتحول الحياة الزوجية إلى صراعات دائمة متكررة وجحيم لا يطاق ربما يؤدي إلى مالا يحمد عقباه , و بالتالي اللجوء الى أبغض الحلال عند الله سبحانه وتعالى وحل الرابطة الزوجية بشكل أو بآخر وفق ما سنه المشرع و أوجب إتباعه وذلك باتباع مبادئ الشريعة الاسلامية.

وقد نظم المشرع حل هذه الرابطة و حلها بعيدا عن تعسف الطرفين وفق عدة طرق, فقد تكون بارادة الزوج او بارادة الزوجة او بالتراضي.

وتكمن أهمية هذا الموضوع جلية من خلال:

– ارتباطه بالأسرة و هي كيان مقدس لأنها الخلية الاولى للمجتمعات البشرية فهي النظام الاجتماعي و منبع الاستقرار و التطور و الازدهار لأي مجتمع من المجتمعات, و بالتالي يعتبر هدم هذه الخلية الأساسية مسألة تستحق الدراسة.

– صون العلاقة بين الرجل و المرأة عن الحرام و ذلك باتباع مبادئ الشريعة الاسلامية لحل الرابطة الزوجية.

– كما يكتسي النظام القانوني لحل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة أهمية بالغة ومهمة, لأنه نتعرف على موقف المشرع الجزائري ومدى حمايته لكل الأطراف وإيجاد الحلول للمخاصمات الزوجية.

و يمكن اجمال اسباب اختيار هذا الموضوع و المستمدة اصلا من اهمية الموضوع:

– إرتباط الموضوع بتخصصي أي موضوع يخص الأحوال الشخصية.

– موضوع حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة من الموضوعات المهمة لارتباطه بحق من حقوق المرأة وحريتها الشخصية وعلاقتها بالرجل.

– انتشار دعاوى حل الرابطة الزوجية في المحاكم الجزائرية بصورة خطيرة قد تنبئ عن تفكك أوصال المجتمع.

– بيان طرق حل الرابطة الزوجية بارادة الزوجة.

– قلة الوعي بالآثار الخطيرة للظاهرة بصفة عامة باعتبارها تشمل الأسرة والمجتمع بأكمله.

ولمعالجة هذا الموضوع تم طرح و تحديد الاشكالية المتمثلة في:

ماهي حدود سلطة الزوجة في حل الرابطة الزوجية؟

و التي تنبثق منها بعض التساؤلات الفرعية منها :

- ما هي طرق حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة؟

- متى يمكن للزوجة ان تمارس حقها في حل الرابطة الزوجية؟

- هل تتمتع الزوجة كالزوج بحق اصيل في فك الرابطة الزوجية؟

وينبغي للوصول الى نتائج مقبولة من هذا البحث و بلوغ الغاية المنشودة منه من الناحية المنهجية المزج بين قواعد كل من المنهج الوصفي والتحليلي، وذلك من خلال دراسة طرق حل الرابطة الزوجية بارادة الزوجة مع تحليل النصوص القانونية الواردة في هذا المجال مع بعض الآراء الفقهية، و مقاربتها بالواقع العملي.

ونظرا لمتطلبات الدراسة ارتأيت معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيمه حسب خطة كانت بدايتها مبحث تمهيدي تناولت فيه الطلاق ,بعدها الانتقال الى فصلين تناول الفصل الأول التطليق بالإرادة المنفردة للزوجة و الذي يحوي على ثلاث مباحث والفصل الثاني و الذي تناول الخلع وهذا في ثلاث مباحث.

المبحث التمهيدي:

الطلاق

المبحث التمهيدي: الطلاق

تمهيد:

تعد الرابطة الزوجية ميثاقا غليظا وضعه الله عز وجل لخلقه, فهي طريقة اصطفاها المولى العلي القدير للتكاثر والتوالد وعمارة الأرض بعد أن هيأ كلا الزوجين لأداء دورهما لبلورة الهدف المرجو ألا وهو تكوين أسرة صالحة مبنية على أسس وأخلاق نابعة من الشريعة الإسلامية.

إلا أن هذه الرابطة المقدسة قد تعتريها بعض الخلافات التي تستحيل فيها الاستمرارية مما يؤدي إلى حلها وذلك بالطلاق.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق

يعتبر الطلاق طريقة لحل الرابطة الزوجية, لذلك سنتناول مفهومه في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف الطلاق وخصائصه

أولا: تعريف الطلاق

1- تعريف الطلاق في اللغة:

الطلاق في اللغة يدل على الحل والانحلال، يقال أُطلقت الأسير، إذا حللت إسارة وخيلت عنه فانطلق، أي ذهب إلى سبيله، ومن هنا قيل: أُطلقت القول: إذا أرسلته من غير قيد ولا شرط وأُطلقت الناقة من عقالها، وناقة طلق بضمتين بلا قيد، وناقة طالق أيضا مرسلة ترعى حيث شاءت وقد طلقت طلوقا من باب عقد إذا انحل وثاقها.[1]

وعرف أيضا: الطلاق في اللغة يدل على الإرسال، ورفع القيد والمفارقة.

يقال أطلقت الأسير إذا أرسلته ورفعت قيده، وطلق بلده إذا فارقها وطلق زوجته أي فارقها وحل رباط الزوجية، وإن كان العرف يخص الطلاق برفع القيد المعنوي، والإطلاق برفع القيد الحسي.[2]

كما يعني أيضا: هو الترك والمفارقة، يقال طلق البلاد أي تركها وفارقها[3] ,والطلاق والإطلاق في اللغة معناها واحد هو رفع القيد مطلقا.[4]

---

[1] أحمد محمد علي داوود، **القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الجزء الأول، ص 477.

[2] محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص 471.

[3] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، الجزء الأول، ص 207.

[4] فؤاد يوسف نهرا، خليل أنطوان خليل، **أحكام الأحوال الشخصية لدى جميع الطوائف**، المنشورات الحقوقية صادر، 2002، ص 178.

2- تعريف الطلاق في الفقه:

والطلاق في عرف الفقهاء هو رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو في المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية أو بما يقوم مقام اللفظ من الكناية والإشارة.

ومعنى هذا أن الطلاق يرفع أحكام قيد الزواج الصحيح ويمنع من استمرارها، فإذا كان الزواج غير صحيح فرع أحكامه لا تكون طلاقا بل يسمى فسخا للعقد الذي وقع فاسدا، فالطلاق من أحكام الزواج الصحيح، وأثر من آثاره المترتبة عليه.

ويكون رفع قيد الزواج الصحيح في الحال بالطلاق البائن لأنه بحصوله يحرم على المطلق الاستمتاع بالمطلقة، ولا يكون له حق المراجعة وإعادتها إليه إلا برضاها وإذنها وبمهر وعقد جديدين، أما رفع القيد في المآل فيكون في الطلاق الرجعي، فإن الزوجية بعده تظل قائمة إلى انقضاء العدة، فيحل لمن طلق رجعيا أن يراجع مطلقته ويعيدها إلى عصمته ويتوقف ذلك على رضاها ودون احتياج إلى عقد ومهر جديدين ,أما بعد انقضاء عدة المطلقة دون مراجعة فيرتفع القيد ويصير الطلاق بائنا.

والمراد باللفظ الصريح في الطلاق عدم احتماله غير الطلاق بحسب اللغة والعرف وبه يقع الطلاق من غير حاجة إلى نية والمراد باللفظ الكنائي أن يكون اللفظ محتملا معنى الطلاق وغيره ويترجح فيه معنى الطلاق بالنية أو بدلالة الحالات التي يفرق فيها القاضي بين الزوجين.[1]

وعرفه فقهاء **الحنفية والحنابلة** بأنه رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق من طلق، أو ما معناه مما يفيد ذلك صراحة أو دلالة، صادر من الزوج أو ممن يقوم مقامه، فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال إذا كان بائنا أو في المآل إذا كان رجعيا.

---

[1] بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون**، دار النهضة العربية، بيروت، ص ص 302، 303.

وعرفه فقهاء **المالكية** بأنه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته موجبا تكرارها مرتين زيادة على الأولى للتحريم.[1]

3- تعريف الطلاق في القانون:

وقد عرف المشرع الجزائري الطلاق Le Divorce في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: " الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون. ".

واستعمل المشرع كلمة " حل " التي تشمل طرق انحلال الزواج وصور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بتراضي أو بواسطة الحكم القضائي , وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادة 44 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بقوله: " الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي " ويقع الطلاق حسب المادة 46 من نفس القانون باللفظ المفهوم له وبالكتابة ويقع من العاجز عنها بإشارة المعلومة.[2]

---

[1] بن شيخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 172.

[2] العربي بلحاج ، **المرجع السابق**، ص 208.

ثانيا: خصائصه

الطلاق هو الطريق الطبيعي للفرقة بين الزوجين وهو طريق لا يسلك أو هذا ما ينبغي إلا لضرورة تبيح المحظور وتبرر المكروه[1] , وسوف نتعرض لخصائص الطلاق الإسلامي كما يلي:

1- الأصل في الطلاق المنع أو الإباحة:

أعلم أنهم اختلفوا في إيقاع الطلاق هل هو مباح أو هو محظور فبعضهم يقول بالأول مستدلا بقوله تعالى: {لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ} سورة البقرة الآية 236، وقوله تعالى: {فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ} سورة الطلاق الآية 01، ولأنه صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها وكذا الصحابة رضي الله تعالى عنهم فإن عمر رضي الله تعالى عنه طلق أم عاصم وابن عوف طلق تماضر والمغيرة بن شعبة طلق أربع نسوة والحسن بن علي رضي الله تعالى عنه استكثر من النكاح والطلاق، وبعضهم يقول بالثاني وهو أن الأصل في المنع لا يباح إلا لحاجة كبرى وريبة، فهو مشروع من جهة ومحظور من جهة أخرى فمشروعيته من حيث أن فيه إزالة ملك الزواج عندما تكون هناك داعية إليه وحظره من جهة أن فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية و الآخروية وهذا القول الصحيح[2]. ففي الطلاق كفران النعمة وقطع لهذه المودة والرحمة التي بها مصالح الدين والدنيا ولا تتنافى بين الحظر والمشروعية من جهتين كالصلاة في الأرض المغصوبة لكن جهة الخطر تندفع بالحاجة ككبر أو ريبة أو دمامة خلق أو تنافر طباع بينهما أو إرادة تأديب أو عدم قدرة على القيام بحقوق النكاح ونحو ذلك فالحاجة تتمخض جهة المشروعية وتزول جهة الحضر وبدونها تبقى الجهة الثانية لما فيها من كفران النعمة

---

[1] محمود سمير عبد الفتاح، **التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة**، دار المعرفة الجامعية، 2005، ص 211.

[2] محمد زيد الأبياني، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، الطبعة الأولى، منشورات الشلبي الحقوقية، 2006، الجزء الأول، ص 306.

وإيذاء أهلها وأولاده منه بلا حاجة ولا سبب وإنما كان حلالا باعتبار إباحته في بعض الأوقات أعني أوقات تحقق الحاجة إليه ولا يمكن إثبات الإباحة مطلقا لمنافاته جهة الحظر إذ لا شك في أنه بلا سبب أصلا ولا ينبغي الإقدام عليه وينسب فاعله للحمق لما فيه من كفران النعمة والإيذاء المنهي عنه ولا يمكن أن يحصل طلاق النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم ولا يكون صادرا بلا سبب أصلا بأن يكون لغوا وعبثا بل لابد من سبب معتبر شرعا كالأعذار المذكورة ونحوها.[1]

فالمنطلق أن الشريعة الإسلامية لم تبح الطلاق في أي وقت ولم تمنعه كذلك بل هي وسط بين الاثنين، إذا عرفت هذا تعلم أن ما يحصل من إيقاع الطلاق بلا سبب جهل بما هو المعول عليه في الشريعة الإسلامية أو هو خروج عما تأمر به فالعيب كل العيب إنما هو على من يدعي أنه متبع للشريعة ولا يدري ما فيها أو يعلمه ولن يعمل به والشريعة بريئة من التقصير والقصور ومن أطلع على ما قاله العلامة بن عابدين في حاشيته على البحر الرائق والدر المختار أول كتاب الطلاق ظهر له جليا صحة ما قيل, فالطلاق له محاسن كثيرة منها التخلص به من المكاره إذ لو فرض أنه لم يشرع وأن تزوج امرأة لا يباح لها تطليقها أصلا وحصل من أحدهما ما ينفر به الآخر وليست هناك طريقة للفرقة إلا الموت لربما يرتكب أسبابه ليتخلص من صاحبه ومنها شرعه ثلاثا لأن النفس كذوبة ربما يظهر لها عدم الحاجة إلى الزوجة ثم يحصل الندم فشرع ثلاثا ليجرب نفسه أولا وثانيا ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لأنهن يزعجن غالبا فيتأثرن بأقل مؤثر فيقدمن عليه كثيرا بخلاف الرجال.[2]

---

[1] محمد زيد الأبياني، **المرجع السابق**، ص ص 306، 307.

[2] **المرجع نفسه**، ص ص 307، 308.

2- الأصل في الطلاق أنه بيد الرجل:

الطلاق بصفة عامة قد يستوعب صورا مختلفة من الفرقة لكنه في المعنى الاصطلاحي ينصرف إلى الفرقة التي يوقعها الزوج بالإرادة المنفردة وقد ذكر محمد بن عبد الرحمن من فقهاء القرن السادس الهجري في كتاب " محاسن الإسلام " إن المرأة سريعة الاغترار لا روية لها في أمورها، فلو جعل الطلاق إليها لبادرت إلى التطليق عن كل قليل أو كثير فإن رغد عيشها بطرت وإن عسر أمرها ضجرت فمالت عنه فقلما يحصل الدوام على النكاح، فجعل الشرع الطلاق إلى الزوج ليتأمل ويتفكر ويستعمل عقله في هذا، هل الصلاح في المقام معها أو في مفارقتها فهذه حكمة بالغة ورحمة من الله تعالى سابغة[1].

وهنا يتبادر إلى الأذهان سؤال كثير ما أثاره الذين لا يؤمنون بنظام الإسلام وعظمته وسمو حكمته وهو: لما جعل الطلاق بيد الرجل وحده بحيث يتحكم الرجل في بيت الحياة الزوجية متى شاء؟ وكثيرا ما يكون إثر الخصام أو حالة من الغضب الشديدة؟ ولماذا لم يجعل للمرأة رأي في ذلك ما دامت هي شريكة الرجل في حياته؟[2]

إن الاحتمالات العقلية في هذا الموضوع لا تخلو عن خمسة:

1- أن يجعل الطلاق بيد المرأة وحدها.

2- أن يجعل الطلاق باتفاق الرجل والمرأة معا.

3- أن يجعل الطلاق عن طريق المحكمة.

4- أن يجعل الطلاق بيد الرجل وحده.

---

[1] محمود سمير عبد الفتاح، **المرجع السابق**، ص 213.

[2] خالد عبد الرحمن العك، **آداب الحياة الزوجية في ضوء الكتاب والسنة**، الطبعة الثامنة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2001، ص 384.

5- أن يجعل الطلاق بيد الرجل وتعطى المرأة فرصا للطلاق إذا أساء الرجل استعمال حقه فلنناقش كل احتمال منها على حده[1].

1- لا سبيل لإعطاء المرأة وحدها حق الطلاق لأن فيه خسارة مالية للرجل وزعزعة لكيان الأسرة والمرأة لا تخسرها ماديا بالطلاق بل تربح مهرا جديدا وبيتا جديدا وعريسا جديدا وإنما الذي يخسر هو الرجل الذي دفع المهر للمرأة ويقوم بنفقة البيت والأولاد وقد دفع نفقات العرس وثمن أثاث البيت فإذا أعطيت المرأة حق الطلاق بمجرد إرادتها سهل عليها أن توقعه متى اختصمت مع الزوج نكاية به ورغبة في تغريمه لاسيما وهي سريعة التأثر شديدة الغضب لا تبالي كثيرا بالنتائج وهي في ثورتها وغضبها ولنتصور رجلا اختلف مع زوجته فإذا هي تطلقه وتطرده من البيت وهو صاحبه والمنفق عليه.

2- وجعل الطلاق بيد الرجل والمرأة معا، أمر يكاد يكون من المستحيل اتفاقهم عليه إن الإسلام لا يمنع أن يتفاهم الرجل والمرأة على الطلاق ولكنه لا يعلق صحته على اتفاقهما معا، إذ ماذا يكون الحال فيما لو أصبحت حياة الرجل مع امرأته شقاء ليس بعده شقاء وأراد أن توافقه على طلب الطلاق فأبت؟ وكثير من النساء في مثل هذه الحالة يفضلن عذاب الرجل وتعاسته على راحته وخلاصه، ثم إن المرأة لم تنفق شيئا على البيت ولا دفعت مالا للرجل فلماذا تربط إرادته بإرادتها في إنهاء الحياة الزوجية؟ وكيف يجبره على أن يعيش مع امرأة كرهها ثم أبت أن توافقه على طلاقها منه؟

3- وجعل الطلاق عن طريق المحكمة كما هو عند الغربيين وقد ثبت أضراره من جهة وعدم جدواه من جهة أخرى، أما أضراره فلما يقتضيه من فضح الأسرار الزوجية أمام المحكمة والمحامين عن الطرفين، وقد تكون هذه الأسرار مخزية من الخير لأصحابها سترها، ولنتصور رجلا اشتبه في سلوك زوجته وتقدم إلى المحكمة طالبا طلاقها لهذا

[1] خالد عبد الرحمن العك, **المرجع السابق**، ص 384.

السبب، كم تكون الفضائح في هذا الموضوع؟ وكم يكون مدى انتشارها بين الأقارب والأصدقاء والجيران والصحف التي تتخذ من مثل هذه القضايا مادة للزواج؟[1]

وأما عدم جدواه فإن المتتبع لحوادث الطلاق في المحاكم في الغرب يتأكد أن تدخل المحكمة شكلي في الموضوع، فقل إن تقدمت امرأة أو رجل بطلب الطلاق إلى المحكمة ثم رفضت وأن كثيرا من ممثلات السينما يعلن عن رغبتهن في الطلاق من أزواجهن أو الزواج من آخرين قبل أن يتقدمن إلى المحاكم بهذا الطلب ثم ما تلبث المحكمة أن تجيبهن إلى طلبهن.

وأبشع من ذلك أن المحاكم في بعض البلاد الغربية لا تحكم بالطلاق إلا إذا ثبت زنى الزوج أو الزوجة، وكثيرا ما يتواطآن فيما بينهما على الرمي بهذه التهمة ليفترقا وقد يلفقان شهادات ووقائع لإثبات الزنا حتى تحكم المحكمة بالطلاق، فأي الحالتين أكرم وأحسن وأليق بالكرامة؟ أن يتم الطلاق دون فضائح أم ألا يتم إلا بعد الفضائح؟

4- جعل الطلاق بيد الرجل لوحده هو الطبيعي والمنسجم مع واجباته المالية نحو زوجته وبيته فمادام الذي يدفع المهر ونفقات العرس والزوجية كان من حقه أن ينهي الحياة الزوجية إذا رضي بتحمل الخسارة المالية والمعنوية الناشئتين عن رغبة في الطلاق.
والرجل في الأعم الغالب أضبط أعصابا وأكثر تقديرا للنتائج في ساعات الغضب والثورة وهو لا يقدم على الطلاق إلا عن يأس من إمكان سعادته الزوجية مع زوجته ومع علم ما يجره الطلاق عليه من خسارة وما يقتضيه الزواج الجديد من نفقات، فقل أن يقدم عليه إلا وهو على علم تام بالمسؤولية وعلى يأس تام من العيش مع زوجته.

[1] خالد عبد الرحمن العك، **المرجع السابق**، ص ص 384، 385.

لذلك نجد اعطاء الرجل وحده حق الطلاق الطبيعي والمنسج مع قاعدة " الغرم بالغنم ".[1]

3- الأصل في الطلاق التتابع:

الأصل في الطلاق التتابع والتعدد ولا يقصد بالتعدد في الألفاظ وإنما التعدد الذي يرتبط بزمان حدده الشارع ولا يعتد خارجه بتعدد الألفاظ لقوله تعالى: {الطَّلَاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} سورة البقرة الآية 229.

وفي قوله تعالى: {الطَّلَاَقُ مَرَّتَانِ} تأويلان

- الأول أنه بيان بعدد الطلاق وتقديره بالثلاثة وأن الزوج يملك الرجعة في الاثنتين ولا يملكها في الثالثة وهو قول قتادة وعروة.

- والتأويل الثاني: وهو الأرجح لدينا، أنه بيان لسنة الطلاق وأنه موجب على الزوج أن يوقع الطلاق متعددا في أزمنة محددة فلا يوقع الطلاق إلا في طهر محدد ولا يجمع أكثر من طلاق في طهر واحد.[2]

أما وقوع الطلاق في هذه الأقسام الثلاثة فهو على النحو التالي:

أ- طلاق السنة مجمع على وقوعه.

ب- طلاق ما لا سنة فيه ولا بدعة مجموع على وقوعه.

ج- طلاق البدعة: فطلاق البدعة محرم ديانة ويأثم لإيقاعه عند الجميع واختلفوا في وقوعه قضاء إلى رأيين:

---

[1] خالد عبد الرحمن العك، **المرجع السابق**، ص ص 385، 386.

[2] محمود سمير عبد الفتاح، **المرجع السابق**، ص 216.

فالرأي الأول: أن طلاق البدعة لا يقع قضاء وأصحاب هذا الرأي منهم من الظاهرية والشبعة الإمامية وابن تيمية يرون أن الطلاق البدعي لا يقع فمتى طلق زوجته في طهر لم يجامعها فيه أو طلقها وهي حائض أو طلقها ثلاثا بلفظ واحد لا يقع به طلاق وتبقى الزوجية كما هو ووجه قولهم هذا أن الأمر بإيقاع الطلاق على وجه مخصوص يقتضي الإيجاب، فما وقع على غير هذا الوجه المخصوص لا يعتبر.

وأصحاب هذا الرأي أعملوا الحديث في طلاق البدعة بالنسبة للحائض بالنسبة للطلاق في طهر اتصل فيه الزوج بزوجته، أما في الطلاق بثلاث بلفظ واحد وألفاظ متتابعة فقد قالوا بوقوع طلقة رجعية واحدة وهذا معقول لأن المتلفظ بالطلاق الثلاث متفرقا أو مجموعا لا يهدر كلامه كله بل يحمل على أقله وهو التطليق بواحدة.

والرأي عندي أن القول بعدم وقوع الطلاق ديانة وقضاء يتفق مع القول بأن الأصل في الطلاق الحظر ويفرض قيودا شرعية على حق الطلاق ويلبي مقاصد الشريعة في النظام الأسري، وفي كل الأحوال يبدو واضحا موقف الشريعة الإسلامية من تحريم الطلاق غير المتعدد أو المخالف للسنة التي توجب تفريق الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على ثلاثة أطهار.[1]

وفي قوله تعالى: {فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} سورة البقرة الآية 229 تأويلان أيضا:

– الأول: أن الإمساك بالمعروف، الرجعة بعد الثانية والتسريح بالإحسان الطلقة الثالثة وهو قول عطاء ومجاهد.

[1] محمود سمير عبد الفتاح، **المرجع السابق**، ص ص 217، 218.

– والتأويل الثاني: أن الإمساك بالمعروف، الرجعة بعد الثانية وأن التسريح بالإحسان هو الإمساك عن رجعتها حتى تنقضي عدتها.[1]

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق وصفته الشرعية

أولا: مشروعية الطلاق

الكتاب والسنة والإجماع هي الأدلة الأصلية للأحكام الشرعية ولابد بمشروعية لأي فعل إنساني أن يكون له سند في واحد من هذه الأدلة.

والأصل في مشروعية الطلاق الكتاب والسنة والإجماع.

1– القرآن الكريم:

يقول الله تعالى في سورة الطلاق: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَفَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ} سورة الطلاق الآية 01، وهذا وإن كان خطابا للنبي صلى الله عليه وسلم إلا أنه حكم عام فيه وفي أمته، فهو من الخاص الذي أريد به العموم.

ويقول تعالى في سورة البقرة: {الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} سورة البقرة الآية 229، وهذه الآية الكريمة تنظيم للطلاق، من ناحية عدده وأن ليس للرجل إلا ثلاث تطليقات، وأحكام الرجعة متى تجوز وهذا التنظيم القرآني للطلاق دليل مشروعيته.

وقال تعالى: { وَلَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ} سورة البقرة الآية 236، وهي آية تنفي الجناح والإثم في فعل الطلاق، إذا تم بحدوده الشرعية عددا وهيئة ووقتا.[1]

---

[1] محمود سمير عبد الفتاح، **المرجع السابق**، ص 216.

[1] محمد كمال إمام، **الطلاق عند المسلمين دراسة فقهية وقانونية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1977، ص 27.

2- السنة النبوية الشريفة:

روى حميد بن عبد الرحمن عن أبي موسى قال: « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين، تطلق المرأة من قبل عدتها »، وهذا التنظيم من رسول الله للطلاق والتفرقة بين طلاق المسلمين وطلاق غيرهم دليل مشروعية طلاق المسلمين.

وروى محارب بن دثار عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « أبعض الحلال إلى الله الطلاق »، والحديث يشير إلى أن الطلاق مشروع ولكنه مشروع لدواعيه وأسبابه، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق »، وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه طلق حفصة ثم راجعها وما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الإسلام.[1]

ومن الحديث أيضا أن ابن عمر كانت تحته امرأة وكان يحبها، وكان عمر يكرهها فقال له عمر طلقها فأبى عبد الله بن عمر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: « طلقها ».[2]

كما طلق زوجاته الأربعة المغيرة بن شعبة، وطلق عمر بن الخطاب أم عاصم وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر زوجته، ولم يذكر على أحد منهم فرد من الصحابة، وروي أيضا أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض، فسأل عمر النبي صلى الله عليه

---

[1] محمد كمال إمام، **المرجع السابق**، ص 30.

[2] طه طلال عبد العليم، **فقه المرأة الميسر على المذاهب الأربعة**، الطبعة الأولى، ألفا للنشر والتوزيع، مصر، 2011، ص 187.

وسلم عن ذلك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: « مره فليراجعها ثم ليطلقها إذا طهرت، أو وهي حامل ».[1]

3- الإجماع:

انعقد الإجماع عند عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يوم الناس هذا على جوار الطلاق وإجماع الأمة على حكم دليل شرعي تستمد الأحكام منها، وقد ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: « لا تجتمع أمتي على ظلالة » فإجماعها على إباحة الطلاق دليل على مشروعيته، يضاف إلى ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية.

ولم ينفرد الإسلام بإقرار الطلاق وإثبات مشروعيته، ولكنه نظمه وجعله نظاما إنسانيا يحقق مصالح الأسرة ولا يسلب المرأة حقوقها أو حرياتها.[2]

ثانيا: صفته الشرعية

يقصد بالوصف الشرعي للطلاق ما يثبت له شرعا من جهة كونه مطلوب فعله أو مطلوب تركه فإن كان مطلوب الفعل طلب غير جازم فهو المندوب وإن كان مطلوب الترك طلبا جازما فهو الحرام، وإن كان مطلوب الترك طلبا غير جازم فهو المكروه.

والفقهاء متفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكليفية، قال ابن عرفة: « وأعلم أن الطلاق من حيث هو جائز تعتريه الأحكام الأربعة من حرمة وكراهة ووجوب وندب ».

---

[1] محمد كمال إمام، **المرجع السابق**، ص 30.

[2] **المرجع نفسه**، ص 32.

1- الطلاق الواجب:

يكون الطلاق واجبا أي يؤثم الرجل بعد إيقاعه في حالات كثيرة منها:

أ- في حالة الإيلاء: يرى الجمهور أن الزوج إذا أبى العودة إلى زوجته بعد مدة الإيلاء فيجب الطلاق في هذه الحالة [1] لأنه إذا آل الزوج إلى زوجته ولم يفئ إليها قصد الإضرار بها.[2]

أما الأحناف فإنهم يوقعون الفرقة بالإيلاء بمجرد انتهاء المدة.

ب- يكون الطلاق واجبا إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين ورأيا الحل في التفريق بينهما عند من يقول بالتفريق.

ج- يكون الطلاق واجبا إذا عاد الزوج عن موضوعه بالنقض وذلك إذا كان الزوج فاقدا للطاقة الجنسية لا يمكنه تحصين زوجته أو إعفاء امرأة لعدم قدرته على التلاقي، فالتفريق هنا واجب، قال تعالى: {وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلا مِنْ سَعَتِهِ} سورة النساء الآية 130.

وإنما يجب الطلاق في هذه الحالة دفعا للضرر الذي يلحق بكلا الزوجين فعدم الطلاق يضر الرجل والمرأة على حد سواء ورفع الضرر واجب.

كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار ».

فهذا الحديث إخبار في اللفظ ولكنه نهي في المعنى، أي لا يضر بعضكم بعضا والنهي العاري من القرائن يفيد التحريم فالضرر حرام وحيث لا سبيل لترك هذا الحرام فيما نحن فيه إلا الطلاق يكون الطلاق واجبا.

---

[1] محمد كمال إمام، **المرجع السابق**، ص 32.

[2] سليمان ولد خسال، **الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الأولى، دار طليطلة، الجزائر، 2010، ص 113.

فإن ما لا ترك الحرام إلا به يكون واجبا فالطلاق واجب.[1]

2- الطلاق المندوب:

وهو الذي يترجح فعله على تركه ولا إثم في تركه وصوره متعددة:

أ- إذا فرطت الزوجة في حق من حقوق الله.[2] أو نحو ذلك، قال ابن قدامة ومندوب إليه وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل: الصلاة ونحوها ولا يمكنه إجبارها عليها، أو تكون له امرأة غير عفيفة.[3]

ب- إذا كانت المرأة سيئة الخلق تؤذي زوجها وأهله وجيرانها بالقول أو الفعل.

ج- إذا طال الشقاق بين الزوجين رغم عدم اليأس من إصلاحه، فالطلاق في هذه الحالة مندوب، إليه حتى يعود الهدوء إلى حياة الطرفين، ويرى البعض أن امتناع عن حدود الله يجعل الإقدام على طلاقها أقرب إلى الواجب.[4]

3- الطلاق الحرام:

على معنى أنه طلاق يعاقب فاعله ويثاب تاركه والطلاق الحرام هو الطلاق البدعي الذي تحدثنا عنه من قبل وأمثلته ما يلي:

أ- الطلاق في الحيض: لأن طلاق الحائض يتم في زمان لا يحتسب به عدتها مما يؤدي إلى إطالة العدة بغير حق فهو إضرار بالمرأة ومن قواعد الشريعة عد الإضرار.

---

[1] محمد كمال إمام، **المرجع السابق**، ص 33.

[2] **المرجع نفسه**، ص 33.

[3] طه طلال عبد العليم، **المرجع السابق**، ص 188.

[4] محمد كمال إمام، **المرجع السابق**، ص 33.

ب- الطلاق في طهر جامعها فيه: للإشكال في أمرها بين الحمل وعدمه وما يترتب عن ذلك في أحكام الطلاق في العدة.[1]

4- الطلاق المكروه:

بمعنى أن يترجح تركه عن فعله، إذا كان الطلاق دون مبرر يقتضيه ، ولا سبب يدفع إليه وقد روي عن ابن حنبل روايتان في هذا النوع إحداهما أن هذا النوع حرام لأن التطليق في هذه الحالة إضرار بنفسه وزوجه وإعداما للمصلحة المترتبة على الزواج من غير حاجة له فكان حراما كإتلاف المال.

والرأي الذي عليه الجمهور أن هذا الطلاق مكروه خاصة وأن رأي أكثرية الفقهاء أن الإباحة لا تعتري الطلاق لأن الحظر الأصل فيه لأن الأحاديث التي تروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم في شأن الدليل على الإباحة وما نقل عن الصحابة من أخبار ليس فيها أن طلاق الرسول وأصحابه الكرام كانت لغير سبب أو دون حاجة بل إن مقام النبوة وعلو شأن الصحابة يدعو إلى تنزيه أفعالهم من العبث أو أن تجيء لغير غاية أو دون سبب.[2]

[1] محمد كمال إمام، **المرجع السابق**، ص ص 33، 34.

[2] **المرجع نفسه**، ص 35.

المطلب الثاني: أقسام الطلاق وشروطه

للطلاق أقسام وشروط يجب توافرها في كل من المطلق و المطلقة.

الفرع الأول: أقسام الطلاق

في هذا الفرع سوف نتحدث عن أقسام الطلاق بالنظر إلى إحرام الحدود الشرعية والآثار المترتبة عنه كالآتي:

أولا: أقسام الطلاق من حيث شرعيته:

ينقسم الطلاق من حيث شرعيته إلى سني وبدعي:

1- الطلاق السني:

هو الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشرع، وهو أن يطلق الزوج زوجته في طهر لم يمسها فيه، فإذا أراد المسلم أن يطلق زوجته لضرر لحق بأحدهما وكان لا يدفع إلا بالطلاق، انتظرها حتى تحيض وتطهر، فإذا طهرت لم يمسها ثم يطلقها طلقة واحدة كأن يقول مثلا: **إنك طالق.**[1]

2- الطلاق البدعي:

وهو الطلاق المخالف للشرع، وهو أن يطلق الرجل زوجته وهي حائض أو نفساء أو في طهر قد مسها فيه أو يطلقها ثلاثا في كلمة واحدة أو ثلاث كلمات في الحال كأن يقول: **هي طالق، ثم طالق، ثم طالق.**[2]وقد كان في عصر النبي صلى الله عليه وسلم وعهد الخليفة أبي بكر الصديق وفترة من إمرة الخليفة عمر يقع طلقة واحدة رجعية لصريح الآية: { الطَّلَاقُ مَرَّتَانْ } سورة البقرة، الآية 229.

---

[1]أبو بكر جابر الجزائري، **مناهج المسلم**، الطبعة الثانية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ص 422.

[2]أبو بكر جابر الجزائري، **المرجع السابق**، ص 422.

بيد أن الخليفة عمر في أواخر أيامه قال: « إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضياه فأمضاه عليهم ».

هذا في المذهب الحنفي المطبق في لندن،أما الشيعة فلا يعمل عندهم بالطلاق البدعي.[1]

ثانيا: أقسام الطلاق من حيث أثره

الطلاق بالنظر للآثار المترتبة عليه قسمان هو الطلاق الرجعي والبائن.

1- الطلاق الرجعي:

هو الذي يرفع قيد الزواج الصحيح في المآل لا في الحال فتكون الزوجية قائمة بين الزوجين ما دامت المطلقة في العدة فيجوز للزوج أن يعيدها إلى عصمته ودون رضاها ومن غير حاجة إلى مهر وعقد جديدين.[2] لقوله تعالى: {وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ}سورة البقرة، الآية 228 وقوله أيضا: {فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا} سورة البقرة، الآية 230، وفي ذلك نصت المادة 50 من قانون الأسرة: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الإصلاح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر " فهذه المدة تتفق مع المدة التي تعتد فيها الزوجة.[3]

ويشترط لاعتبار الطلاق رجعيا أن يتلفظ به لأقل من ثلاث وأن يكون دون عوض وبعد الدخول.

ويترتب على الطلاق الرجعي نقص عدد الطلقات وتبقى الزوجية قائمة بين الزوجين وتبقى أيضا الحقوق والواجبات قائمة بينهما باستثناء حق المعاشرة. فلم يستحق المهر

---

[1] أكرم ياغي، **قوانين الأحوال الشخصية تشريعا وفقها وقضاء**، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص ص 243، 244.

[2] فؤاد يوسف نهرا، خليل انطوان، **المرجع السابق**، ص 180.

[3] الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص 99.

وللمرأة حق النفقة ويبقى حق التوارث بين الزوجين ساري المفعول على ذلك حتى تنتهي فترة العدة أما إذا انتهت هذه الفترة دون أن يسترجع الزوج زوجته فيتحول الطلاق الرجعي إلا طلاق بائن بما يرتبه من آثار قانونية وأهمها انقطاع العلاقة الزوجية.[1]

2- الطلاق البائن:

هو الطلاق الذي يرفع قيد الزواج في الحال [2] ويصير نهائيا فلا يستطيع الزوج بعده أن يعيد المطلقة إلى الرابطة الزوجية إلا بعد عقد جديد مع توفر أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة وفي ذلك تقر المادة 50 في شقها الثاني بأن من راجع زوجته مع صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد [3] والطلاق البائن على نوعين:

أ- الطلاق البائن بينونة صغرى:

وهو الطلاق الذي يستطيع الزوج أن يراجع زوجته فيه بعد طلاقها وبعد انتهاء عدتها، غير أنه لا يستطيع إرجاعها إلا بعقد ومهر جديدين لأن العلاقة الزوجية قد انتهت بمجرد انتهاء العدة ولذلك تطلب الأمر إبرام عقد جديد ومهر جديد أيضا ويكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى والثانية فقط.

ب- الطلاق البائن بينونة كبرى:

وهو الطلاق الذي يكون فيه الزوج قد استنفذ جميع الطلقات الثلاث أي يطلقها للمرة الثالثة فهو بذلك لا يستطيع مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلا آخر بعده ويدخل بها فإن طلقها بعد ذلك أو توفي عنها بعد الدخول وانتهت عدتها جاز له بعد ذلك أن يتزوجها من جديد بعقد ومهر جديدين وذلك لقوله تعالى: {فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ

---

[1] فؤاد يوسف نهرا، خليل أنطوان، **المرجع السابق**، ص 179.

[2] **المرجع نفسه**، ص 180.

[3] الغوثي بن ملحة، **المرجع السابق**، ص ص 99، 100.

فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ}سورة البقرة، الآية 230.

وهذا النوع يسمى الطلاق المكمل لثلاث.

وقد اختلف الفقهاء في شأن هذا النوع من الطلاق إذا وقع باللفظ المتكرر ثلاث مرات أو إشارة فهل يقع بائنا أم لا؟

كما إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق بالثلاث أو أن تلفظ بالطلاق ثلاث مرات، ورأى جمهور الفقهاء أنه بائن بينونة كبرى.

أما الرأي الثاني فيرى بأنه لا يقع إلا طلقة واحدة مهما كان العدد وبه أخذت أغلب التشريعات العربية.

أما قانون الأسرة الجزائري فالنص غير واضح في الموضوع من خلال المادة 51:

" لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء ".

ونرى أنه يعتبر اللفظ المقترن بعدد الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة خصوصا وأن الطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بواسطة حكم قضائي ولا يثبت إلا من خلاله كما يمكن إقتراح تعديل النص بإضافة فقرة ثانية للمادة على النحو الآتي: " ولفظ الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة ".[1]

[1] بن شويخ الرشيد، **المرجع السابق**، ص ص 177، 178.

ومن آثار الطلاق البائن سقوط واجب المساكنة والتحصن والطاعة والنفقة والتوارث كما يستحق مؤخر المهر.[1]

الفرع الثاني: شروطه

تنقسم شروط الطلاق إلى ثلاثة أقسام بعضها يرجع إلى المطلق أي من يقع منه الطلاق وهو الزوج أصالة أو من ينوب عنه وبعضها يرجع إلى المطلقة أي من يقع عليها الطلاق وهي الزوجة والبعض الآخر يرجع إلى من يقع به الطلاق أو ما يعبر عنه بصيغة الطلاق وسنتناول كل شرط من هذه الشروط كما يلي:

أولا: شروط المطلق

الشروط التي تشترط في المطلق هي:

1- أن يكون زوجا بالغا: والزوج هو من بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح وليس أي زوج بل الزوج البالغ.[2]

فلا يصح طلاق الصبي لا مباشرة ولا بتوكيل الغير [3] فلو كان صبيا لم يبلغ وطلق فلا يعتد به شرعا ولو كان الصبي قد بلغ سن التمييز لأن الطلاق لا يخلو من ضرب يلحق بالمطلق ولأن الطلاق من التصرفات التي يحتاج إلى الإدراك الكامل والعقل الوافر وهذا لا يتحقق في الصبي وإن كان عاقلا لقرب هذه باللهو واللعب أما كون بعض الصبيان المراهقين له عقل جيد فلا يعتبر، لأن المدار على البلوغ فإنه لانضباطه يتعلق به الحكم وهذا البعض قليل الأحكام تدور على الكثير الغائب دون الحالات الضرورية وبهذا ما تقل عن غبن المسبب أنه إذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه وكذا أنقل عن ابن عمر

---

[1] فؤاد يوسف نهرا، خليل أنطوان، **المرجع السابق**، ص 180.

[2] محمد كمال إمام، **المرجع السابق**، ص 50.

[3] منذر عبد العزيز الشمالي، **الأحوال الشخصية في الفقه الجعفري**، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، 2006، ص 67.

والإمام أحمد مثل القول ولكن صاحب فتح القدير الحنفي تشكك في هذا القول وقال: « والله أعلم بصحة هذا القول ».[1]

2- أن يكون عاقلا: العقل آلة يعرف بها المرء الحق من الباطل والخطأ من الصواب ومن الظلم أن يسأل من لا عقل له ومن الغبن أن تصحح تصرفات غير العقلاء وقد ذهب الفقهاء إلى أن ناقص الأهلية وعديمها كلاهما لا يعتد بتصرفاته وبالتالي لا يصح طلاقه.[2]

أ- طلاق المجنون: الجنون اختلال في ملكة التمييز عند الإنسان تجعله لا يعرف الحسن من القبيح ولا يقدر عواقب أفعاله، فهو آفة في العقل تجعله غير أهل للتكليف.

ب- طلاق المعتوه: المعتوه كما يقول ابن عابدين هو شخص قليل الفهم، مختلط الكلام فاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون وأيضا لا يقع طلاق المعتوه فقها ولا قانونا لفساد العقل الذي هو مناط التكليف ومصدر صحة التصرفات واعتبارها شرعا والرأي عندي أن الجنون والعته حالتان مرضيتان لا تثبتان في حق أحد بغير رأي المختص وهم أهل الخبرة في هذا المجال فلا يثبت الجنون بحكم الرجل العادي فقد يدعي الشخص الجنون فيتخلص من المسؤولية عن أفعاله وتصرفاته ومن بينها الطلاق فكل إنسان بلغ سن العقل طلاقه واقع نافذ حتى يثبت بالدليل القاطع أنه مجنون أو معتوه أما الصغر فهو واقعة مادية ظاهرة تثبت بواقعة الميلاد.[3]

ج- طلاق السكران: السكران هو من لا يعرف المرأة من الرجل ولا السماء من الأرض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي وقيل السكر الذي يصح به التصرفات أن يصير بحال حيث يحسن ما يستقبحه الناس أو يستحسنه ولكنه لا يعرف

---

[1] بدران أبو العينين بدران، **المرجع السابق**، ص ص 312، 313.

[2] محمد كمال إمام، **المرجع السابق**، ص ص 50، 51.

[3] **المرجع نفسه**، ص 52.

الرجل من المرأة [1] والسكران أيضا هو الذي وصل إلى درجة الهذيان وخلط الكلام ولا يعي بعد إفاقته وما صدر منه حال سكره، فلا يقع طلاقه باتفاق المذاهب إن سكر سكرا غير حرام كأن شرب مسكرا للضرورة أو للإكراه فيعذر لعدم إدراكه والوعي لديه فهو كالنائم، أما السكران بطريق محروم وهو الغالب بأن يشرب الخمر عالما به مختارا لشربه فيقع طلاقه عند الجمهور.[2]

د- طلاق المدهوش: هو الذي اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة مفاجئة [3]وهو حالة من الانفعال المفاجئ تضطرب فيه الأقوال والأفعال وحكمه في النفقة الراجح عدم وقوع طلاقه وهو ما اختاره مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي أقره مجمع البحوث الإسلامية.[4]

و- طلاق الغضبان: فإن وصل به الغضب إلى درجة لا يدري فيها ما يقول ويفعل وينسى ما فعله ولا يتذكره بعد ذهاب غضبه فلا يقع طلاقه لأنه في هذه مسلوب الإرادة والإدراك، شديد الانفعال والهيجان فهو أشد حالا من المجنون أو أعلى مرتبة منه وكذا إذا وصل به الغضب إلى حالة الهذيان، حتى غلب عليه الاضطراب وحال غضبه عن إدراكه ما يصدر منه لا يقع طلاقه لانعدام الإدراك منه.

أما الغضب الخفيف الذي لم يصل بالشخص إلى الدرجة السابقة فلا يمنع وقوع الطلاق وقد قسم ابن القيم من الحنابلة الغضب إلى ثلاثة أقسام:

- الأول: ما يزيل العقل ولا يشعر صاحبه بما قال وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع.

---

[1] معوض عبد التواب، **الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**، الطبعة التاسعة، 2000، الجزء الأول، ص 216.

[2] عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2007، ص 219.

[3] بدران أبو العينين بدران، **المرجع السابق**، ص 313.

[4] محمد كمال إمام، **المرجع السابق**، ص 53.

– الثاني: لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول ويقصد فهذا يقع أيضا.

– الثالث: أن يستحكم ويشتد به فلا يزيل عقله بالكلية ولكن يحول بينه وبين نية بحيث يندم على ما فرط منه إذا زال فهذا محل نظر وعدم وقوع طلاقه في هذه الحالة في الأغلب هو القوي.[1]

3– أن يكون قاصدا مختارا:

والشرط الثالث من شروط المطلق أن يكون لديه قصد واختيار، والقصد في اللغة الموجب للفعل من غير إجبار، وهذا الشرط يقتضي عرض موقف الفقه من طلاق المكره والمخطئ والهازل والسفيه والمريض.

أ– **طلاق المكره:** فالإكراه هو إلزام الغير بما يكرهه بالتوعيد فلا يلحق به موضوعا لا حكما ما إذا وقع الفعل مخالفة أضرار الغير به على أنه إذا كان الضرر المتوعد به مما يستحقه والمقصود بالضرر ما يعم الضرر الواقع على نفسه وعرضه وماله وعلى بعض ما يتعلق به مما لا يتعارف تحمله لمثله تجنبا عن مثل ذلك العمل المكروه يعتبر في حكم الإكراه عدم إمكان التقصي عنه بغير التورية.[2]

وقد ذهب جمهور الفقهاء على أن طلاق المكره لا يقع إلا إذا كان الإكراه شديدا وهذا عن الإكراه بغير حق أما الإكراه بحق كأن يجبره القاضي على الطلاق فيقع بالإجماع أما **الأحناف** فيرون وقوع طلاق المكره رأي الجمهور هو الأقوى دليلا والأرجح منطقا وقد اختار مشروع القانون الجديد للأحوال الشخصية فنص المشروع على: " أن طلاق المكره لا يقع ".[3]

---

[1] بدران أبو العينين بدران، **المرجع السابق**، ص 314.

[2] منذر عبد العزيز الشمالي، **المرجع السابق**، ص ص 63، 64.

[3] محمد كمال إمام، **المرجع السابق**، ص 54.

ب- طلاق المخطئ: هو الذي أراد أن ينطق بكلام غير الطلاق فيجري على لسانه بغير قصد كأن يقول لزوجته:

" أنت لطيفة أو مهذبة " فيجري على لسانه أنت طالق، فالجعفرية يذهبون لعدم وقوع طلاقه مطلقا أما الحنفية فيقولون أنه لا يقع طلاقه ديانة أي بينه وبين الله فيحل له البقاء مع زوجته ولكنه يقع قضاء.[1]

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع هذا الطلاق ديانة وقضاء.[2]

ج- طلاق الهازل: الهازل يقصد اللفظ ولا يقصد النتيجة يقصد التلفظ بالطلاق ولا يقصد وقوعه وقد اتفق الفقهاء على صحة طلاق الهازل، فالهازل قصد اللفظ الذي ربط به وقوع الطلاق فيقع الطلاق بوجوده مطلقا فالهازل يقصد اللفظ ولا يقصد الأثر المترتب عنه فالقول بوقوع طلاق الهازل هو الموافق لصحيح المنقول وصريح المعقول.

د- طلاق السفيه: السفه كما في موسوعة الفقه خفة في العقل تدعو إلى التصرف على غير العقل والشرع وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاق السفيه لأنه مالك لمحل الطلاق ولأن السفه موجب للحجر على المال وهذا التصرف في النفس وهو غير متهم في حق نفسه فإن نشأ عن طلاق السفيه آثار مالية كالمهر " تبع لا أصل " والسفيه له أن يزوج نفسه فله أيضا أن يطلق من باب أولى.

هـ- طلاق المريض مرض الموت: مرض الموت هو الذي يغلب على صاحبه الهلاك وتتمثل به واقعة الموت.

---

[1] محمد مصطفى شلبي، **المرجع السابق**، ص ص 483، 484.

[2] محمد كمال إمام، **المرجع السابق**، ص 54.

وقد رأي الفقهاء في مرض الموت حالة قد تؤثر على القصد والاختيار وتثير التساؤل حول صحة بعض التصرفات خاصة طلاق المريض مرض الموت، والأصل أن طلاق المريض واقع وتصرفه صحيح سواء كان المرض عاديا أو مرض الموت.[1]

و- طلاق الناسي والساهي: والناسي هو الذي يفعل الشيء غير متذكر له ولكنه إذا ذكر تذكر والساهي هو الذي يفعل الشيء غير متذكر له ولكنه إذا ذكر لا يتذكره وصورة وقع طلاقهما على رأي الحنفية: أن يعلق طلاق امرأته على دخول الدار مثلا قد يدخلها ناسيا أنه قد سبق منه تعليق أو ساهيا عن التعليق.[2]

أما قانونا فإن المشرع الجزائري لم يورد أي نص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ويقرر الفقه المالكي ها هنا بأنه لا يقع طلاق الصبي ولا المجنون ومن في حكمه ولا السكران الطافح ولا المكره ولا الغضبان ولا المخطئ ولا الساهي ولا الناسي إذا قامت قرينة تدل على ذلك على أنه إذا طلبت الزوجة التطليق وكان زوجها صبيا أو مجنونا أو مريضا فالقاضي يملك حق التفريق بينهما. ولقد أجاز المذهب المالكي طلاق الولي نيابة عن الصغير أو المجنون إذا دعت المصلحة أو الضرورة إلى ذلك. ولقد أشار القانون المغربي إلى هذه الأحكام في المادة 49 من مدونة الأحوال الشخصية بقولها: " لا يقع طلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقا أو اشتد غضبه " ورغم سكوت المشرع الجزائري عن الشروط اللازمة لإيقاع طلاق الزوج في باب الطلاق فقد نص في المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري بأنه تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه وغيره، وعليه فإن الأهلية المطلوبة في القانون الجزائري لتوقيع الطلاق هي أن يكون الزوج المطلق متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه.[3]

---

[1] محمد كمال إمام، **المرجع السابق**، صص 54، 55.

[2] بدران أبو العينين بدران، **المرجع السابق**، ص 319.

[3] بلحاج العربي، **المرجع السابق**، ص 230.

ونلاحظ بأن المشرع الجزائري اعتبر في المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري السفيه عديم الأهلية مما يتناقض مع أحكام المادة 43 من القانون المدني الجزائري التي تعتبر السفيه ناقص الأهلية فقط وليس عديمها ذلك لأن السفيه يكون كذلك بالنسبة للتصرفات المالية ولكن بالنسبة للتصرفات الشخصية فإن الفقه الإسلامي يجيز له أن يزوج نفسه أو يقوم بإنهاء الرابطة الزوجية، فطلاقه واقع لأنه يملك الزواج فيملك إنهاءه لأن الحجر عليه يكون في التصرفات المالية التي لا تنفذ إلا إذا أجازها القيم وليس الطلاق موضعا للحجر، فصح أن يقع منه ذلك.

ومن هنا كان المشرع الجزائري لا يسوي بين تصرفات المجنون والسفيه الذي يؤثر عليه السفه في التصرفات المالية دون الشخصية وعليه يجب إزالة هذا التناقض بأن تصحح المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري على نحو المادة 43 من القانون المدني الجزائري.

وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما جعل الطلاق يخضع لإشراف القضاء وتحت مراقبة القاضي مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من الشروط الواجب توفرها في المطلب وصحة القصد في الطلاق بكل وعي وإدراك وإرادة واختيار بعيدا عن التعسف وسوء استغلال حق الطلاق.[1]

ويتم الطلاق بالإرادة المنفردة بأن يتقدم الزوج إلى المحكمة طالبا حل الرابطة الزوجية والحكم بالطلاق بينه وبين زوجته استنادا إلى أسباب شرعية وقانونية وذلك بموجب عريضة يضعها عند كتابة الضبط بالمحكمة المختصة، وبعد المرور بالجلسة السرية للمصالحة وتعيين الحكمين للتوفيق بين الزوجين خلال أجل لا يتجاوز الشهرين طبقا للمادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، يقوم القاضي بعد استدعائهما عن طريق كتابة الضبط بمحاولة ثانية للصلح بينهما على ضوء ما تضمنه التقرير الذي تقدم به الحكمان اللذان سبق وأن عينهما بحكم في إطار مجلس عائلي لإعداد تقرير عن أسباب خلاف

[1] بلحاج العربي، الوجيز، **المرجع السابق**، ص ص 230، 231.

الزوجين ونزاعهما وإذا فشل يدرج دعواهما في جلسه مستقبلية ويدعوهما لحضورها ثم يصدر حكمه في موضوع النزاع استنادا إلى تقرير الحكمين وأحكام القانون وضميره القانوني. ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري بأنه لا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة الصلح بين الطرفين من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر، كما أنه جعل الحكم بالطلاق نهائيا لا يقبل الطعن فيه بطرق الاستئناف وهو ما تضمنته المادة 57 بقولها: " الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ". وذلك اعتمادا على أن الطلاق في الفقه الإسلامي لا يقبل أي تعديل أو مراجعة عندما يكون بالإرادة المنفردة للزوج وبناء على رغبته وإصراره، وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بالنص على ذلك أي بإعادة الاعتبار إلى الطلاق وفسح المجال أمام المتضرر من الحكم بالطعن في جوانبه المادية المتعلقة بالنفقة أو العدة أو التعويض عن الطلاق التعسفي أو المسائل الخاصة بالسكن وغيرها.[1]

ثانيا: شروط المطلقة

يشترط لصحة الطلاق أن تكون الزوجة محلا للطلاق أي ممن يقع الطلاق عليها وتحقق المحلية بأن تكون زوجة حقيقية أو حكما للمطلق: والزوجة الحقيقة هي التي ما يزال رباط زواجها الصحيح باقيا ولم يطرأ عليه ما يرفعه في الحال أو المآل.

أما الزوجة الحكمية فهي المطلقة رجعيا مدة العدة وكذلك المطلقة بائنا في مدة العدة وكذلك المعتدة من فسخ الزواج بسبب لا ينقض العقد في أساسه (كالفسخ بسبب ارتداد أحد الزوجين طبقا لأحكام المادتين 01 و23 من قانون الأسرة الجزائري مثلا).[2]

وأن تكون طاهرة من الحيض والنفاس فلا يصح طلاق الحائض ولا النفساء ويستثنى من اعتبار الطهر في المطلقة الحالات التالية:

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز، **المرجع السابق**، ص 232.

[2] **المرجع نفسه**، ص 246.

1- أن تكون مدخولا بها فيصح طلاقها وإن كانت حائضا.

2- أن تكون مستبينة الحمل فإنه صح طلاقها وإن كانت حائضا.

3- أن يكون المطلق غائبا.

ويجب أن تكون طاهرة طهرا لم يقاربها فيه ولو بغية إنزال، ويستثنى من ذلك:

1- الصغيرة واليائسة. 2- الحامل المستين حملها. 3- المسترابة أي التي لا تحيض وهي في سن من تحيض، وكذلك يجب تعيين المطلقة كأن يقول فلانة طالق أو يشير إليها برفع الإبهام والإجمال.[1]

وعلى هذا لا يقع الطلاق على المرأة في الحالات الآتية:

1- المرأة المتزوجة في عقد فاسد، لأن الطلاق إنهاء لعقد الزواج الصحيح طبقا لما ورد ذكره في المادتين 48 و48 من قانون الأسرة الجزائري وعليه فلا يقع في عقد الزواج الفاسد بل يجب التفريق حالا بين الزوجين وفسخ العقد بقوة القانون سواء أكان هذا الفسخ بسبب يوجب حرمة مؤبدة أم غير مؤبدة أم اختلال في أركانه الأساسية (المادة 31 و32 و33 و34 من قانون الأسرة الجزائري) ويشترط في هذه الحالة لاعتبار المرأة أجنبية انقضاء عدتها بل بمجرد الفسخ تصير أجنبية بالنسبة للزوج.

2- المطلقة قبل الدخول بها والخلوة لأنها تصير بمجرد الطلاق قبل الدخول أجنبية عن الزوج ولذلك تحل للزواج بغيره مباشرة حيث لا عدة لها فلا يلحقها شيء من الطلاق بعد ذلك لعدم الحل.

3- المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى والمرأة المطلقة طلاقا مكملا للثلاث ولو كانت معتدة المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري. البينونة الكبرى قد انتهت جميع الطلقات التي

[1] منذر عبد العزيز الشمالي، **المرجع السابق**، ص 65.

يملكها الرجل على زوجته أي استنفاذ عدد الطلقات في هذا الزواج وصيرورة المرأة محرمة على المطلق حرمة وقتية المادة 30 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري.

4- ألا تكون حائضا ولا في طهر مسها الزوج وذلك ليكون الطلاق عن حاجة حقيقية ورغبة ملحة في الطلاق وخشية أن يكون الطلاق دليلا عن شدة النفرة وتعبيرا عن حالة خاصة مؤقتة ما تزول.[1]

ولقد ذهب جمهور العلماء إلى أن طلاق الزوجة وهي حائض طلاق محرم.

على أنه طلاق بدعة ولكنه واقع أي أنه لا يجوز ديانة ويقع قضاءا واستدل الفقهاء في هذا الشأن بما ورد ببعض الروايات أنه عليه السلام غضب من تطليق عبد الله بن عمر زوجته حال حيضها.

وعليه فإن أهمية الطلاق بالنسبة للزوجة يجب أن يتوفر فيها شرطان أساسيان لا تكون بدونهما محلا للطلاق وهي أن تكون زوجة في زواج صحيح لأن الطلاق شرع للزواج الصحيح وأن تكون في طهر لم يمسها فيه ولا في حيض قبله جماع أو طلاق.

وقد نصت المادة 45 من القانون المغربي للأحوال الشخصية بأن محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقا.

كما أن المادة 47 من نفس التشريع تقتضي بأن محل الطلاق هي المرأة المعقود عليها بنكاح صحيح أو المعتدة والزوجة التي فسخ نكاحها ليست محلا للطلاق ولو في عدتها، أما القانون السوري فقد نص على جواز الطلاق في العدة الرجعية فقالت المادة 84 بأن

[1] بلحاج العربي، **المرجع السابق**، ص ص 246، 247.

محل الطلاق المرأة في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي ولا يصح على غيرها الطلاق ولو معلقا.[1]

ولم يورد القانون الجزائري أي نص يتعلق بمحلية الطلاق مما يوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وخاصة الفقه المالكي المعمول به في الجزائر المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري غير أن المشرع الجزائري أوضح في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بأن الطلاق هو فرع النكاح الصحيح أو هو محل عقد الزواج الصحيح كما أنه نظم أحكام الرجعة في المادتين 50 و51 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

ثالثا: شروط الصيغة

نبحث شروط الصيغة في ثلاث نقاط هامة وهي:

1- الصيغة التي يقع بها الطلاق: ذكرنا سابا بأن الطلاق الدال على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادرة من أهله ويشترط في الصيغة التي يقع بها الطلاق أن تكون دالة على رفع رباط الزوجية بكل لفظ يدل على انحلال عقد الزواج سواء أكان اللفظ صريح أو كان لفظ كناية.

فالصريح هو لفظ صريحا لم يستعمل إلا لزوجته أنت طالق أو طلقتك أو زوجتي مطلقة أما الكناية فهي كل لفظ يحتمل الطلاق ولم يغب استعماله عرفا في الطلاق وذلك مثل أن يقول الرجل لزوجته: أنت بائن، أنت حرة، إذهبي إلى أهلك، إلى غير ذلك.

---

[1] بلحاج العربي، **المرجع السابق**، ص 247.

[2] **المرجع نفسه**، ص 248.

والألفاظ الكنائية يقع بها الطلاق بائنا بالنية أو بدلالة الحال في الفقه الحنفي خلافا للمالكية والشافعية فلا يقع الطلاق عندهم إلا بالنية والقصد ولا اعتبار لدلالة الحال عندهم.[1]

وقد أخذ القانون المغربي للأحوال الشخصية في المادة 46 بالمذهب المالكي ونص على أنه يقع الطلاق باللفظ المفهم له والكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة وعليه فإنه لا يقع الطلاق إلا بالألفاظ الصريحة بوضع اللغة أو الموضوعة عرفا للدلالة على الطلاق وهكذا فلا يقع الطلاق بالأفعال فمن غضب على زوجته فأخذها إلى بيت أبيها أو بعث إليها بجهازها ومؤخر صداقها دون أن يتلفظ بالطلاق لا يعد مطلقا.[2]

وأخذ القانون المصري رقم 25 الصادر سنة 1929 بمذهب الإمامين مالك والشافعي فنص في المادة الرابعة على أن كنايات الطلاق هي ما تحمل الطلاق وغيره ولا يقع الطلاق بها إلا بالنية وهو ما ذهب إليه القانون السوري في المادة 87 و93 والقانون الكويتي المادة 1404 أو كما يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة والكنائية يقع أيضا بالكتابة كأن يكتب الرجل لزوجته كتابا يخبرها فيه بطلاقه لها، ولو كان الكاتب قادرا على النطق ويقع من الأخرس أو معقود اللسان بالإشارة المعلومة الواضحة التي تدل على إيقاع الطلاق في إشارات الخرس إذا كان عاجز عن الكتابة، غير أنه إن كان الطلاق يقع بالكتابة ولو كان الزوج قادرا على النطق، إلا أن الأمر بالنسبة لوقوع الطلاق بالإشارة يختلف عنه بالكتابة، حيث إن الإشارة لا تقوم مقام اللفظ والعبارة إلا في حالة العجز عن النطق بالعبارة كالأخرس ونحوه.[3]

---

[1] بلحاج العربي، **المرجع السابق**، ص 249.

[2] **المرجع نفسه**، ص ص 249، 250.

[3] **المرجع نفسه**، ص 250.

وخلاصة القول يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة كما يقع بالكتابة المفهمة، (المعنى مأخوذ من المادة 10 الفقرة الأولى والثانية من قانون الأسرة الجزائري).

هو تعبير عن الإرادة المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري فإن التعبير عن الإرادة في القانون الجزائري يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه المادة 60 الفقرة الأولى، القانون المدني الجزائري.

وأخيرا تجدر الإشارة هنا إلى أن الفقهاء اتفقوا على إشارة الأخرس لا يقع بها الطلاق إذا كان يعرف الكتابة لأنها أقوى في الدلالة وأدل على المراد من الإشارة وعليه فلا يقع الطلاق بالإشارة إلا عند العجز عن النطق أو الكتابة.

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 14 ماي 1948 بأنه من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره ولا يتم إلا بصفة صريحة وواضحة.[1]

2- عدد الطلقات:

عدد الطلاق الذي يملكه الرجل على زوجته هو طلقة واحدة واثنتان وثلاث ويحل للرجل مراجعة المرأة بعد الواحدة والاثنتين لقوله تعالى:{ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} سورة البقرة، الآية 229

[1] بلحاج العربي، **المرجع السابق** ، ص 251.

فإذا قال الرجل طلقتك أو أنت طالق وقعت طلقة واحدة عملا بمقتضى الصيغة عند الحنفية ويقع ما نواه عند الجمهور.[1]

لكن اختلف الفقهاء في الطلاق الثلاث، بلفظ واحد على آراء متباينة:

أ- ذهب بعض الجعفرية وبعض الشيعة إلى أن الطلاق بلفظ الثلاث يعتبر لغوا فلا يقع به الطلاق وهو باطل.

ب- ما ذهب إليه الصحابة أي البعض منهم وأهل الظاهرية وفقهاء مذهب الإمامية وكذا ما يراه جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى وقوع هذا الطلاق ثلاثا فإن اقترن بالثلاث أو تكرر اللفظ ثلاث مرات وقع ثلاث طلقات.

وقد أخذت القوانين العربية برأي ابن تيمية ومن وافقه والذي مفاده بأنه يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات وأن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا طلقة واحدة وهو ما أشارت إليه المادة 51 من القانون المغربي بقولها: " الطلاق المقترن بعدد لفظا أو كتابة لا يقع إلا واحدا " وهو ما جاء في المادة 91 من القانون السوري والمادة 109 من القانون الكويتي والمادة 03 من القانون المصري رقم 25 الصادر سنة 1929 والمادة 72 من القانون الأردني والمادة 37 من القانون العراقي، ولم يورد القانون الجزائري أي نص يتعلق بهذا الشأن غير أنه اعتبر في المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري الطلاق البات الذي يحرم الزوجة على زوجها بتاتا هو ما كان بعد ثلاث طلقات متتالية متفرقات، وتعتد المرأة بعد ايقاع كل طلقة بعدة الطلاق.[2] وهذا هو الذي يتماشى مع حكمة التشريع الإسلامي في جعل الطلاق دفعات متعددة أي على ثلاث مرات ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال حتى إذا لم تفده التجارب وقعت الثالثة، على أنه ليس في البقاء خير وأن الانفصال البات بين الزوجين

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، **المرجع السابق**، ص 223.

[2] بلحاج العربي، **المرجع السابق**، ص ص 251، 252.

أحق وأولى وهو الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدا وهو رأي محمد بن إسحاق ونقل عن علي وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير وابن القيم: أنه أكثر الصحابة ورأي بعض أصحاب مالك ورأي بعض الحنفية ورأي بعض أصحاب حنبل.

ولقد استقر القضاء العربي في مصر وسوريا والجزائر على اعتبار الطلاق المتعدد لفظا أو اشارة طلاقا واحدا ومثله الطلاق المتتابع أو المتكرر في مجلس واحد.

وذلك أن المشرع لم يشرع إيقاع الطلاق دفعة واحدة وإنما على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حيال الطلاق، وعليه فإن لفظ الطلاق المتكرر في المجلس قبل المرور بدور التجربة لحياة الطلاق هو طلاق واحد غير متعدد.

ونلاحظ أن ما استقر عليه القضاء العربي عموما والقضاء الجزائري خصوصا هو رأي فضيلة الأستاذ الجليل محمد أبو زهرة من أن الطلاق المتتابع المتكرر كالطلاق المقترن بعدد لا يقع إلا مرة واحدة.[1]

3- أنواع صيغة الطلاق:

تتنوع صيغة الطلاق إلى ثلاثة أنواع: صيغة منجزة لا تعليق فيها ولا إضافة إلى زمان مستقبل وصيغة معلقة على شرط، وصيغة قد أضيفت إلى زمان مستقبل.

أ- **الطلاق المنجز:** هو ما قصد به إيقاع الطلاق في الحال بأن كانت صيغة الطلاق غير مضافة إلى زمن المستقبل ولا معلقة على شرط كأن يقول الرجل لزوجته أنت طالق، أو مطلقة أو طلقتك.

[1] بلحاج العربي، الوجيز، **المرجع السابق**، ص 253.

وحكمة وقوع الطلاق في الحال وبمجرد التلفظ بما يدل على الطلاق متى كان اللفظ صادرا من أهله، مضافا إلى محله.[1]

ب- الطلاق المضاف: هو ما كانت صيغته مقرونة بوقت مستقبل وقصد به وقوع الطلاق بحلول الزمن الذي أضيف إليه الطلاق كأن يقول الزوج لزوجته: أنت طالق غدا أو بعد شهر أو أول السنة القادمة.

وحكمة وقوع الطلاق عند مجيء الزمن الذي أضيف إليه الطلاق أما قبل ذلك فلا يقع لأن المطلق إنما قصد وقوع الطلاق بحلول الزمن الذي أضافه إلى الطلاق فيعامل بقصده لكن يشترط لحلول الطلاق المضاف عند حلول الزمن المضاف إليه أن تكون الزوجة محلا لوقوع الطلاق المضاف عليها عند حلول الوقت وأن يكون الرجل عند صدور الإضافة منه أهلا للطلاق.[2]

ج- الطلاق المعلق على شرط: هو ما ربط فيه حصول الطلاق بأمر سيحصل في المستقبل بأن رتب على حصول ذلك الأمر بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناه كإن وإذا وكلما ومتى ونحوها، كأن يقول لامرأته: إن سافرت في هذا اليوم فأنت طالق أو متى حضر فلان لزيارتك فأنت طالق أو كلما خرجت من دون إذني فأنت طالق.

والتعليق نوعان: تعليق لفظا ومعنى وتعليق معنى فقط.

فالأول: ما ربط فيه الطلاق بحصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط سواء كان الأمر المعلق عليه اختياريا يمكن فعله أو الامتناع عنه أو غير اختياري. والاختياري قد يكون من أفعال الزوجة نحو: إن خرجت دون إذني أو كلمت فلانا فأنت طالق، وقد يكون

---

[1] بدران أبو العينين بدران، **المرجع السابق**، ص 329.

[2] **المرجع نفسه**، ص ص 329، 330.

من أفعال الزوج نحو إن سافرت اليوم فأنت طالق وقد يكون من فعل غيرهما نحو: إن لم يسافر أخوك اليوم فأنت طالق.

وغير الاختياري على النحو: إن أمطرت السماء فأنت طالق أو إن ولدتي أنثى فأنت طالق، فإن كان المعلق عليه من فعل أحد الزوجين سمي تعليقا ويسمى يمينا أيضا لأنه يفيد ما يفيد اليمين من الحمل أو الامتناع عنه، وإن كان الفعل المعلق عليه من فعل غيرهما أو كان أمرا غير اختياري فهو تعليق بالاتفاق ولكنهم اختلفوا في تسميته يمينا.

فمن الفقهاء من يسميه يمينا لأنه لا يفيد ما يفيده اليمين وهو الأشبه بالفقه.[1]

والثاني: هو التعليق في المعنى فقط وهو ما يفهم من التعليق دون ذكر أداة من أدواته حو قول الزوج: علي الطلاق أو يلزمني الطلاق لأفعل كذا وكذا فإنه في معنى إن فعلت كذا فزوجتي طالق وكقوله: علي الطلاق لأسافر اليوم فامرأتي طالق.

فإذا لم يتحقق السفر في اليوم وقع الطلاق وهذا الذي يسمى بالحلف بالطلاق أو اليمين بالطلاق وحكمه أي التعليق بنوعيه: يقع به الطلاق إن وقع عليه عند الحنفية بعد أن تتحقق شروط صحته بأن يكون المعلق عليه معدوما ممكن الحصول، فإن كان معدوما مستحيل الوجود كان لغوا كما إذا قال لها: إن جاء أبوك يجر أكفانه فأنت طالق أو إن شربتي ماء هذا البحر كله فأنت طالق.

وكذلك لو علقه على مشيئة الله عز وجل كأن يقول لها أنت طالق إن شاء الله لأن المعلق عليه أمر لا طريق إلى التحقق من وجوده فكان لذلك كالتعليق على المستحيل وأن يحصل المعلق عليه والمرأة محل الطلاق كأن تكون زوجة حقيقية أو حكما وقد وافق الحنفية في ذلك جمهور الفقهاء.[2]

---

[1] محمد مصطفى شلبي، **المرجع السابق**، ص 495.

[2] **المرجع نفسه**، ص ص 495، 496.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق ولو كان بصيغة معلقة أو خالف ذلك الظاهرية والجعفرية وابن تيمية فقالوا لا يقع الطلاق غير المنجز فذهب الظاهرية إلى أن الطلاق غير المنجز طلاق باطل سواء كان معلقا على شرط أو مضافا إلى المستقبل، ويرى العلامة ابن تيمية بأن التعليق الذي هو بمعنى اليمين لا يقع به الطلاق، كقوله: إن فعلت كذا فأنت طالق، فإن المقصود به الحلف وليس الغرض منه وقوع الطلاق إن حصل الشرط، فحكمه اليمين، فيكفر الزوج عن الحنث به كفارة اليمين أما التعليق الذي يقصد به إيقاع الطلاق فإنه إذا حصل المعلق عليه فإن الطلاق يقع بحصوله.

ومن هنا فإنه لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير أو استعمل القسم لتأكيد الإخبار لا غير وهو ما ذهبت إليه القوانين العربية منها المادة 90 من القانون السوري والمادة 52 من القانون المصري والمادة 92 و96 من القانون الأردني، فالحكمة تقتضي الأخذ بما ذهبت به القوانين العربية من أن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع وكذا اليمين بالطلاق لا يقع وإنما تكون فيه كفارة اليمين عند الحنث.

إن خطورة الطلاق وآثاره السلبية على الأسر والعائلات جعلت المرأة المسلمة مهددة على الدوام بالطلاق لا تدري متى حصل في جو من الفوضى وعدم الاستقرار وعليه فإن الأصل في الطلاق أن يكون منجزا يعبر عن الإرادة الحقيقية للزوج مما يقتضي إلغاء الطلاق المعلق وكذا اليمين بالطلاق باعتبارها منبعا للشقاء الأسري وسببا في تلمس الحيل الفقهية والقانونية.[1]

إن اعتياد الرجال على مثل هذه الصيغ المعلقة على شيء من الأشياء وكذا الحلف باليمين أو الحرام دون قصد أو نية، غالبا ما يكون الغرض منها التخويف أو التأكيد على فعل الشيء أو تركه، ففي هذه الحالات لا يقع الطلاق لأن صيغته ليست صريحة

[1] بلحاج العربي، **المرجع السابق**، ص 255.

وتحتمل التفسير والتأويل، وقد قررت محكمة النقض السورية في حكمها الصادر في 21 نوفمبر 1956 بأنه يشترط لقوقع الطلاق غير المنجز أن يدعي المطلق قد قصد الطلاق وإن أثبت ادعاؤه بيمينه.[1]

ولم يتعرض القانون الجزائري لمسائل الطلاق المعلق واليمين بالطلاق تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المصدر التفسيري له طبقا للمادة 222 من ق أ ج

غير أن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة وعلى القاضي ضرورة الاجتهاد والبحث والعمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة، بأن الحلف باليمين والحرام لا يقع به طلاق وأن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه وما في معناه هو طلاق لأنه هو ما أشار إليه ممثل الحكومة للنواب أثناء مناقشة مشروع قانون الأسرة الجزائري في المجلس الشعبي الوطني بقوله أن سكوت القانون هاهنا يستند على فتوى الشيخ الإمام محمد شلتوت والتي مفادها بان الحلف بالطلاق بدعة ولا يمكن اعتباره طلاقا.

وهذا رأي صائب يساير الشرعية القانونية السياسية التي تفتح للجمهور باب الرحمة والسعادة لمعالجة المشاكل الاجتماعية عن طريق حماية الأسرة والمجتمع ولقد أصبح الناس في عصرنا هذا يحلفون بالطلاق لأتفه الأمور فكان لابد من علاج ومن الواجب حماية الأسرة التي هي الخلية الأولى التي يتكون منها بناء المجتمع.

وقد صح عكرمة أنه قال: " ليس الحلف بالطلاق شيئان " وروى عنه شريح قاضي لأمير المؤمنين علي ابن أبي طالب أنه قال: " أنه لا يلزم بأيمان الطلاق شيء " وبهذا أخذ الفقه الجعفري والظاهري وبعض فقهاء الشافعية وبعض أصحاب أحمد بن حنبل رضي الله عنه.[2]

---

[1] بلحاج العربي، **المرجع السابق**، ص 256.

[2] **المرجع نفسه**، ص ص 256، 257.

الفصل الأول: التطليق بالإرادة المنفردة للزوجة

الفصل الأول: التطليق بالإرادة المنفردة للزوجة

تمهيد:

ان أساس تكوين الأسرة هو المودة و الرحمة بين الزوجين ,ولكن عندما تتحول المودة إلى كره و الرحمة الى حقد و تشتد النزاعات فيفقد الزواج معانيه السامية و تتحول الحياة الزوجية إلى صراعات دائمة متكررة وجحيم لا يطاق ربما يؤدي إلى مالا يحمد عقباه , و بالتالي اللجوء الى أبغض الحلال عند الله سبحانه وتعالى وحل الرابطة الزوجية بشكل أو بآخر وهذا الحق كما هو مخول للزوج فالزوجة ايضا لها الحق في المطالبة بالتطليق وهذا بتدخل القاضي.

المبحث الأول: ماهية التطليق

إن فك و حل الرابطة الزوجية قد يكون بالإرادة المنفردة للزوج وهذا حق من حقوقه وهو ملك للزوج و يسمى طلاقا او بالارادة المنفردة للزوجة ويسمى تطليقا.

ففي هذا المبحث سوف نتناول ماهية التطليق من خلال تعريفه ودليل مشروعيته مع طبيعته.

المطلب الأول: تعريف التطليق

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق واقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 من القانون الجزائري، وبالرجوع إلى معناه في اللغة نجد أصل كلمة " تطليق " يعود إلى (طلق– تطليقا) أي طلقت المرأة زوجها، وتطليقها منه، بمعنى خلاها من قيد الزواج، وتطليق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم.[1]

أما في الاصطلاح فهو منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون.

فالأصل أن الطلاق أنه يكون للزوج وحده، وقد يقوم به غيره بإنابته كما في الوكالة والتفويض، أو بدون إنابة كالقاضي في بعض الأحوال كحالة التطليق.

فإذا كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده، فإن حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة مقيد بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، وهذه الحالات هي عدم الإنفاق، العيوب، الهجر في المضجع، الغياب، الضرر، الحكم بعقوبة شائنة وارتكاب فاحشة، وذلك ما سنتناوله تفصيلا في المبحث الثاني.

وعليه فإن انحلال عقد الزواج بطلب من الزوجة لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء، وبموجب دعوى قضائية، وفي حالة الاستجابة لطلبها تنتج عنه آثار انحلال الرابطة الزوجية من عدة، وثبوت نسب الأولاد وحضانتهم وغيرها من الآثار.

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح " التطليق " في المادة 53 من قانون الأسرة للدلالة عل فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، على غرار المشرع المغربي الذي أورد نفس العبارة في الفصل 53 وما بعده من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، خلافا للمشرع

[1] المنجد الأبجدي، الطبعة الثامنة، دار المشرق، بيروت، لبنان، توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 665.

السوري الذي استعمل مصطلح " التفريق " في المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية، أما المشرع التونسي فلم يورد هذين المصطلحين بل عبر عن ذلك بانحلال عقد الزواج بناء على رغبة الزوجة، وبالرجوع إلى جميع الآيات القرآنية التي تتكلم عن انحلال الرابطة الزوجية، فلم يرد فيها إلا كلمة " الطلاق " سواء كان طلب حل عقد الزواج صادرا عن الزوج أو الزوجة أو عنهما معا.

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج، استعمل في المادة 48[1] منه، مصطلح الطلاق للتعبير على كل أنواع الفرق، وهذا اعتمادا على ظاهر النص، غير أنه إذا تعمقنا في أحكام هذه المادة نجد أن هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج، أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى تطليقا وذلك إستنادا إلى أحكام المادة 53 من نفس القانون والتي جاء فيها " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق... "، مما يدل على أن المشرع فرق بين مدلولي الطلاق والتطليق لاختلاف آثارهما، لا سيما من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما ومن حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما وهو ما سنتكلم عنه حينه عند التطرق لآثار التطليق.

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق

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

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

[1] المادة 48 من قانون الأسرة على أن " الطلاق حل عقد الزواج "، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53-54) من هذا القانون.

❖ **من الكتاب:**

قوله تعالى: {وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلا مِنْ سَعَتِه ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا}[1]

وقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْلا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلا أَنيَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا}[2]

وهو خطاب عام موجه للرسول صلى الله عليه وسلم في الأصل ولجميع أمته.

ويقول أيضا في كتابه العزيز: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِه ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُم ۗ الظَّالِمُونَ}[3]

وهذه الآية الكريمة فيها تنظيم الطلاق ودليل مشروعيته في آن واحد ويقول تعالى:

{لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ }[4] فهذه الآية تنفي الجناح والإثم عن فعل الطلاق إذا تم في حدوده الشرعية.

---

[1] سورة "**النساء**"، الآية 130.

[2] سورة "**الطلاق**"، الآية 01.

[3] سورة "**البقرة**،" الآية 229.

[4] سورة "**البقرة**،" الآية 236.

❖ من السنة:

روى حميد ابن عبد الرحمن عن أبي موسى قال: قال رسول الله صلى الله عليه:

«يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين تطلق المرأة من قبل عدتها ».

وهذا التنظيم عن رسول الله للطلاق والتفرقة بين طلاق المسلمين وطلاق غيرهم هو دليل مشروعية الطلاق.

وروى محارب بندثار عن بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " أبغض الحلال إلى الله الطلاق " ويشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع ولكن بأسبابه ودواعيه، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق ".

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

❖ من الإجماع:

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على جواز الفرقة، وهي محضورة أصلا ولا تباح إلا لحاجة أو ضرورة، وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام، وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب ملحة.

وخلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبة.[1]

---

[1] محمد كمال إمام، **الطلاق عند المسلمين – دراسة فقهية وقانونية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 30.

المطلب الثالث: طبيعة التطليق

منح المشرع للزوجة اللجوء للقضاء لطلب الفرقة بينها وبين زوجها استنادا لأسباب محددة، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها، وعليه يطرح التساؤل حول طبيعة التطليق، هل هو فسخ أم طلاق؟

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

ومن حيث الآثار المترتبة عنه، فالفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أما الطلاق يحدث هذا الأثر.

كما يجدر بنا القول أن الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئا من المهر أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى، وإن لم يكن استحقت المتعة.[1]

وترتيبا على ذلك يرى الأحناف أن كل فرقة من جانب الزوج هي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء مثلا، وكل فرقة من قبل الزوجة هي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته، وبناء على ذلك فإن أهم الفرق التي تعد طلاقا عند الأحناف هي تطليق الزوج بسبب الإيلاء أو الخلع أو اللعان، والتفريق لعيب جنسي.

---

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ص 226,227

أما الفرق التي تعد عندهم فسخا فهي: التفريق لردة أحد الزوجين ولفساد الزواج أو التفريق لعدم كفاءة الزوج لزوجته أو الفرقة بسبب حرمة المصاهرة.

– في حين يرى الحنابلة والشافعية أن الفرق التي تقع بين الزوجين تعتبر طلاق إذا وقعها الزوج أو نائبه وما عدا ذلك تعتبر فسخا والفرق التي تعد عندهم طلاقا هي:

* التفريق لعيب في أحد الزوجين أو بسبب إعسار الزوج أو فساد العقد أو لعدم كفاءة الزوج لزوجته.

– بينما ذهب المالكية إلى أن الفرق بين الطلاق والفسخ يكمن في السبب الموجب للفرقة، فإن كانت فرقة من زواج صحيح وكان سببها لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين، سواء كانت من الزوج أو من يقوم مقامه، أو من قبل الزوجة أو من قبل القاضي عدت طلاق، وأما إذا كانت ناتجة عن زواج فاسد فيعد ذلك فسخا.

وتعد عندهم الفرق التالية طلاق:

* تطليق الزوج بسبب الخلع، أو لعيب في أحدهما أو إعسار الزوج عن نفقة زوجته أو التفريق للضرر أو بسبب الإيلاء أو عدم الكفاءة.

وما يعد عندهم فسخا:

* التفريق بسبب اللعان أو بسبب فساد عقد الزواج أو بسبب أباء أحد الزوجين الإسلام.

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

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده عرف الطلاق في المادة 48 منه على أنه: حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون، كما أنه استعمل في نص المادة 57 مصطلح "

الطلاق " الذي يدل على أن المشرع أخذ بالمذهب المالكي واعتبر التطليق طلاقا لا فسخا، وقد ذكر الفسخ وأحكامه في المواد 32 و33 و34 من قانون الأسرة, كما ذكر في حالاته تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل.

ويعاب عليه أنه خالف مفهوم البطلان في القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 101 و102 من القانون المدني وذلك عندما نص في قانون الأسرة على أن البطلان هو اختلال ركنين في العقد، لكن يترتب البطلان في القواعد العامة باختلال ركن واحد من أركان العقد وكيفت هذه الحالة في قانون الأسرة على أنها فسخ.

المبحث الثاني: أسباب التطليق

بعدما عرفنا التطليق، وتطرقنا لدليل مشروعيته والحكمة منه وتناولنا طبيعته، ننتقل الآن إلى عرض أسبابه بالتفصيل كون المشرع اشترط لقبول دعوى التطليق تأسيسها على أحد الأسباب الوارد ذكرها في المادة 53 من قانون الأسرة وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: التطليق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية والعائلية

كنتيجة لإبرام عقد الزواج فإنه تترتب عليه التزامات وحقوق على عاتق الزوجين، فإن أخلت الزوجة بالتزاماتها أمكن لزوجها أن يطلقها، أما إن أخل الزوج بهذه الالتزامات كامتناعه عن أداء النفقة، أو هجره زوجته في المضجع، أو تركه مسكن الزوجية وغيابه عنه، فهل يمكن للزوجة أن تطلب التطليق في هذه الحالة؟ وهذا ما سنجيب عليه في هذا المطلب من خلال الفروع الثلاثة التالية، حيث تطرقنا لإخلال الزوج بالتزاماته بالنفقة وكذا غيابه عن مسكن الزوجية (الفرع الأول)، وكذا هجر الزوجة في المضجع لمدة تفوق 04 أشهر واستفحال الشقاق المستمر بينهما (الفرع الثاني)، ومخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري ومخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق والتطليق لغياب الزوج

سنتطرق في الفرع الأول إلى عدم انفاق الزوج على زوجته وكيف يمكن أن يكون سببا للتطليق، أما الفرع الثاني فقد خصص لدراسة غياب الزوج عن زوجته ومنزل الزوجية كسبب من أسباب التطليق.

أولا: التطليق لعدم الإنفاق:

من المعلوم أن التزام الزوج بالإنفاق على زوجته من الالتزامات التي يرتبها عليه عقد الزواج، فهل إخلاله بهذا الالتزام قد يخول زوجته طلب التطليق أو التفريق بينهما؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال تبيين موقف الفقهاء والمشرع الجزائري من ذلك.

تنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:

" تشمل النفقة: الغذاء، الكسوة، العلاج، السكن، أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

من خلال المادة يتضح بأن النفقة تشمل: الغذاء من طعام وشراب، اللباس، المسكن الصالح أو أجرته، العلاج والضروريات في العرف والعادة.

وقد أحسن المشرع صنعا عندما نص على أنه يدخل ضمن النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وفي إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود سعة الزوج بلا إسراف ولا تقصير، ذلك أن ما اعتبره المشرع الجزائري من الضروريات في العرف والعادة يتغير بتغير الزمان والمكان والأحوال، فقد يصبح ما لم يكن مطلوبا في وقت ما، لازما في وقت آخر أو العكس.[1]

ويشترط لاستحقاق النفقة الزوجية ما يلي:

1- أن يكون عقد الزواج صحيحا شرعا وقانونا.

2- الدخول بالزوجة أو الخلوة الصحيحة بها، سواء أحدث الاتصال أم لم يحدث، متى كان العجز عن ذلك من الزوج.

3- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة، فإن كانت صغيرة لا تصلح للمعاشرة والخدمة لا تجب لها النفقة، ومتى توفرت هذه الشروط استحقت الزوجة النفقة، ما لم تكن ناشزا؛ كأن يطلب منها زوجها الانتقال إلى منزله فترفض دون مبرر ففي هذه الحالة تعتبر ناشزا وتسقط نفقتها.[2]

1- موقف الفقهاء من التطليق لعدم الإنفاق:

إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته ولم يجد ما ينفقه عليها في حين أنها لم تصبر عليه، جاز لها أن تطلب التطليق عند القاضي، فإذا رفعت أمرها إليه، أمر هذا الأخير الزوج وخيره

---

[1] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 173.

[2] **المرجع نفسه**، ص ص 171، 172.

بين الإنفاق والطلاق، فإذا لم يفعل واحدا من هذين قام القاضي وطلقها عليه، وهذا ما ذهب إليه **المالكية** و**الشافعية** و**الحنابلة**[1]، مستدلين في ذلك بقوله تعالى:

{فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا...}[2].

فإمساك المرأة دون الإنفاق عليها إضرار بها، وقوله عز وجل:

{الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}[3]

فليس من الإمساك بمعروف عدم الإنفاق عليها، وأنه إذا كان من المقرر أن يفرق القاضي من أجل العيب بالزوج فإن عدم الإنفاق يعد أشد إيذاء للزوجة وظلما لها من وجود عيب بالزوج، فكان التفريق لعدم الإنفاق أولى[4].

كما استدلوا على ذلك بقوله تعالى:

{...وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُن بِالْمَعْرُوفِ }[5].

وكذا قوله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار »[6].

---

[1] عبد المؤمن بلباقي، **التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص ص 29، 30.

[2] سورة "**البقرة**"، جزء من الآية 231.

[3] سورة "**البقرة**"، جزء من الآية 229.

[4] السيد سابق، **فقه السنة**، المجلد الثاني، الأجزاء 10، 9، 8، 7، 6، **نظام الأسرة الحدود والجنايات**، الطبعة الرابعة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1983، ص 247.

[5] سورة "**البقرة**"، جزء من الآية 233.

[6] حافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، **السنن**، تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قرة بللي، أحمد برهوم، الجزء الثالث، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، سوريا، 2009، ص 432.

فمتى امتنع الزوج عن الإنفاق لعجزه أو امتنع ظلما منه مع قدرته، كان للزوجة حق طلب التفريق من القاضي.[1]

وقال ابن القيم: أنه إذا كانت المرأة قد تزوجته وهي عالمة بإعساره أو كان الزوج موسر ثم أعسر، لا تملك الزوجة طلب الفرقة في هاتين الحالتين، إما إذا كان قد غرر بها عند الزواج، فقال إنه موسر ثم تبين لها إعساره، فإنه يكون لها حق الفسخ.[2]

بينما يرى **الحنفية** بعدم جوار التفريق لعدم الإنفاق، لأنه إن كان معسرا فلا ظلم منه لقوله تعالى: {لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آَتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آَتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً}[3]، فلا نظلمه بإيقاع الطلاق عليه.

أما إذا كان موسرا فهو ظالم بعدم الإنفاق، ولكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق، بل بوسائل أخرى كبيع ماله جبرا عنه للإنفاق على زوجته[4]

والفرقة بسبب العجز عن النفقة عند **المالكية**، طلاق بائن إن كانت قبل الدخول، لا يمكن للزوج مراجعة زوجته[5].

أما إذا وقعت بعد الدخول فهو طلاق رجعي، وللزوج مراجعة المرأة إن أيسر في عدتها، لأنه تفريق لامتناعه عن الواجب عليه لها.

---

[1] بدران أبو العينين، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية**، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، د.س.ن، ص 431.

[2] ابن القيم الجوزية، **زاد المعاد في هدى خير العباد**، الجزء الرابع، مكتبة المنار الإسلامية، لبنان، 1997، ص 114.

[3] سورة "الطلاق"، الآية 07.

[4] وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقة الإسلامي والقضايا المعاصرة**، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار الفكر سوريا، 2012، ص 484.

[5] محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية**، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 342.

وذكر **الشافعية والحنابلة** أن الفرقة لأجل النفقة لا تجوز إلا **بحكم الحاكم**، فلا يجوز له التفريق إلا بطلب المرأة لذلك؛ لأنه لحقها، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة للزوج فيه[1]، وأنه حتى وإن تزوجت المرأة الرجل عالمة بعسره، أو رضيت بالإقامة معه بعد إعساره وعدم إنفاقه، أو تزوجته بشرط أن لا ينفق عليها، كل هذا لا يسقط حقها في طلب التفريق للإعسار، لأن النفقة تتجدد كل يوم فالمرأة لا تملك نفقة المستقبل، فلا يصح إسقاط حق لم يجب بعد.

على خلاف ما ذهب إليه **المالكية** حيث يرون أن من تتزوج وهي عالمة بإعسار زوجها على خلاف، أنها تكون قد رضيت بعيبه، فلا تملك الفسخ[2].

2- موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق:

أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق لعدم إنفاق زوجها عليها طبقا للفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، واضعا لها عدة شروط لابد من توافرها، تتمثل فيما يلي:

1- أن ترفع دعوى مسبقا ضد زوجها لاستصدار حكم يأمره بالنفقة، فإن رفض الإنفاق عليها ولم ينفذ الحكم، هنا يمكن للزوجة أن ترفع دعوى ضده تطلب فيها التطليق لعدم امتثاله للحكم الذي يأمره بالنفقة[3].

2- أن تكون غير عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج، فإن كانت عالمة بذلك ووافقت على الزواج به سقط حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق.

---

[1] وهبة الزحيلي، **المرجع السابق**، ص 490.

[2] محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص ص 338، 339.

[3] بلحاج العربي، **صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسة، عدد 03، الجزائر، 1990، ص ص 574، 575.

3- مراعاة لأحكام المواد 78، 79، 80 من قانون الأسرة الجزائري حيث تكون النفقة الممتنع عن تقديمها هي التي تتعلق بالأكل والشرب واللباس والعلاج والمسكن وما يدخل في الضروريات حسب قدرة زوجها فلا يمكنها أن تطالبه بما يفوق قدرته المالية، وعليه لابد عند تقدير القاضي للنفقة أن يراعي حال الطرفين وظروف المعاش[1].

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد مقدار النفقة التي أعسر بها الزوج بحد أدنى. والذي يصلح كسبب لتأسيس دعوى التطليق، كما أنه لم يبين المدة التي ترفع خلالها الزوجة دعوى التطليق، إن كانت نفسها المدة المذكورة في المادة 1/331 من قانون العقوبات الجزائري[2] والمتمثل في مدة " شهرين ".

كما أنه لم يبين وصف وطبيعة هذه الفرقة إن كانت طلاقا رجعيا أم بائنا، على خلاف معظم التشريعات العربية الأخرى التي اعتبرت التفريق بسبب الإعسار طلاقا رجعيا، حيث يمكن للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة، لكن لابد من تحقق أمرين هما:

الأول: أن يتحقق يساره، وأن يثبت ذلك أمام القاضي.

الثاني: أن ينفق عليها فعلا، لأنه إذا أثبت يساره، فقد وجبت لها نفقة العدة، لأن المطلقة الرجعية لها النفقة وإن لم يراجعها الزوج، متبعة في ذلك في المذهب المالكي[3].

---

[1] بلحاج العربي' **المرجع السابق**، ص ص 573، 574.

[2] تنص المادة 1/331 من رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 84، الصادر بتاريخ 21 ديسمبر 2006 على أنه: " يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300000 دينار جزائري كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم ".

[3] محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص 342.

ثانيا: التطليق للغياب

من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الزوج، المحافظة على الأسرة ورعايتها باعتباره هو رب الأسرة، ولا يتأتى هذا بغيابه عن مسكن الزوجية حيث قد يؤدي هذا الغياب إلى اهتزاز كيان هذه الأسرة واستقرارها، فهل يمكن للزوجة التي غاب زوجها عن مسكن الزوجية أن تطلب التطليق لذلك؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال التعرض لموقف الفقهاء والمشرع الجزائري في هذه المسألة.

1- المقصود بالغياب:

يقصد بالغيبة أو الغياب أن يكون الرجل في موضع لا يسهل إحضاره أمام القضاء، ومراجعته فيما تدعيه زوجته عليه، سواء كان غائبا عن البلد حقيقة أو كان مختفيا في البلد نفسه، وسواء كانت غيبته مسافة قصر الصلاة أم كانت دونها.

غير أن بعض الفقهاء يرجح أن الرجل لا يكون غائبا إلا إذا كان خارج بلدته التي يقيم فيها مع زوجته، على أن تكون تلك الغيبة مسافة القصر أو أكثر[1].

2- موقف الفقهاء من التطليق للغياب:

اختلف الفقهاء في التطليق بسبب الغياب، **فالحنفية والشافعية** لا يرونها سببا للتفريق وإن طالت مدة الغياب، لانعدام ما يصلح أن يكون سببا لذلك، ولعدم وجود دليل شرعي يجيز ذلك.

---

[1] محمد سمارة ,**المرجع السابق**، ص 331.

بينما ذهب **المالكية والحنابلة** إلى جواز التطليق بسبب الغيبة الطويلة التي تستوحش منها الزوجة وتتضرر منها، حتى وإن تيسرت لها النفقة[1].

لكن هؤلاء اختلفوا في نوع الغيبة ومدتها وفي التفريق حالا، وفي نوع الفرقة:

ففي رأي المالكية: أنه لا فرق بيِّن في نوع الغيبة بين أن تكون بعذر كطلب العلم أو العمل أو التجارة أو بغير عذر، وجعلوا حد الغيبة الطويلة سنة فأكثر على المعتمد، وفي رواية أخرى ثلاث سنوات.

ويفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة إن كان مكان الزوج مجهولا، وينذره إما بالحضور أو الطلاق أو إرسال النفقة، ويحدد له مدة بحسب ما يرى إن كان مكان الزوج معلوما. ويكون الطلاق بائنا.

أما الحنابلة: تجوز الفرقة للغيبة إلا إذا كانت لعذر، فإن كانت لعذر فلا يجوز التفريق بينهما، وحد الغيبة 06 أشهر فأكثر، أخذا من فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حيث كان يأمر الجند بالعودة إلى نسائهم كل أربعة أشهر، ويفرق القاضي في الحال متى أثبتت الزوجة ما تدعيه، والفرقة تكون فسخا لا طلاقا؛ لأنها فرقة من جهة الزوجة، والفرقة من جهة الزوجة تكون عندهم فسخا[2].

3- موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للغياب:

أجاز المشرع الجزائري التطليق للغياب حسب الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، غير أنه وضع شروطا لذلك، تتمثل هذه الشروط في:

---

[1] رمضان علي السد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان**، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 548.

[2] بدران أبو العينين بدران، **المرجع السابق**، ص 447؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ص 508، 509؛ محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص ص 331، 332.

1- أن يغيب الزوج غيبة طويلة تفوق السنة، تحسب هذه المدة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى، لأنه لا يجوز للزوجة أن ترفع الدعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها منه، إذا كان غيابه لم يمضي عليه سنة من الزمن.

ومن هنا يظهر أن المشرع أخذ **بالمذهب المالكي** في تحديد المدة بسنة فأكثر.

2- أن يغيب الزوج عن زوجته دون عذر شرعي وقانوني مقبول دفعه لذلك، ذلك أنه لو غاب الزوج عن زوجته لمدة سنة أو أكثر بسبب تأديته الخدمة العسكرية، أو لتأدية خدمة عامة أو من أجل التعلم أو العمل وما شابه ذلك، فإنه لا تقبل دعوى التطليق لغياب الزوج في مثل هذه الحالات[1].

واشترط المشرع الجزائري أن تكون الغيبة بدون عذر مقبول متبعا في ذلك مذهب الحنابلة.

3- أن يغيب الزوج عن زوجته دون أن يترك لها مالا تنفقه على نفسها وأولادهما، أما إذا غاب لمدة سنة بعذر أو بغير عذر وترك لها مالا تنفق منه على نفسها وأولادهما، فإنه لا يجوز لها طلب التطليق في هذه الحالة.

وعلى القاضي أن يتأكد من توفر كل هذه الشروط حتى يحكم بالتطليق، فإن تخلف شرط واحد من هذه الشروط ترفض الدعوى ولا يحكم لها بالتطليق[2].

غير أنه لم يبين إن كان التفريق بسبب الغيبة طلاقا رجعيا أو بائنا او فسخا، على عكس ما نصت عليه معظم التشريعات العربية الأخرى، والتي أجازت التفريق للغيبة لمدة سنة فأكثر بغير عذر مقبول، بعد إنذار الزوج بتطليقه عليها إن لم يحضر أو ينقلها إليه

---

[1] تركماني نبيلة، **أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 59.

[2] اليزيد عيسات، **التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2003، ص ص 133، 134.

أو يطلقها، وتكون الفرقة طلاقا بائنا في القانون المصري، أما القانون السوري فيختلف عن المصري في أن الفرقة تكون طلاقا رجعيا.

الفرع الثاني: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر و للشقاق المستمر بين الزوجين

أولا: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

الهجر في المضجع هو التباعد، ويقال هجر أي تباعد عنه، والمضجع هو محل الاضطجاع، قيل يوفيها ظهره عند الاضطجاع وقيل هو كناية عن ترك جماعها[1].

فالهجر في المضجع هو عجز الزوج فراش الزوجة بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة نوم الزوجية، وذلك بالإعراض عنها، وعدم قربانها في حدود الشرع[2] لقوله سبحانه وتعالى:{وَاصْبِرْ عَلَى مَا يَقُولُونَ وَاهْجُرْهُمْ هَجْراً جَمِيلاً}[3].

والأصل في الهجر في المضجع أنه شرع كوسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته، بغرض تهذيبها وإرجاعها إلى طاعته[4]، فالإسلام أوجب على الزوجة طاعة زوجها ولم يبح لها النشوز والعصيان.

---

[1] طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 118.

[2] بلحاج العربي، **صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المرجع السابق، ص 559.

[3] سورة "**المزمل**"، الآية 10.

[4] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص 288.

ويكون هجر الزوج لزوجته في المضجع، بأن يدير مثلا ظهره لزوجته في الفراش ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج فلا يعتبر زوجته موجودة بجانبه، أو قد يترك فرا ش الزوجية أو غرفة نوم الزوجية لينام في فراش آخر أو في غرفة أخرى.

كما قد يكون بهدف تأديب زوجته قد يكون كذلك ناتجا عن حلف الزوج على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر، وهذا ما يسمى بالإيلاء، كما قد يكون الهجر في المضجع بقصد الإضرار بالزوجة وتعذيبها لا تهذيبها فلا يؤدي لها حقا من حقوقها الشرعية الملازم لطبيعتها البشرية[1].

ويشترط للتطليق للهجر في المضجع في القانون الجزائري، توافر شروط أساسية معينة حتى يمكن للزوجة أن تلجأ للقضاء وهي:

1- أن يهجرها زوجها في المضجع، ويترك فراش الزوجية ويدير لها ظهره ولا يعاملها معاملة الأزواج بل ينصرف عنها ويهمل وجودها.

2- أن يستمر هذا الهجر لمدة تفوق أربعة أشهر متتالية بحيث لا يقع بين الشهر والآخر أي اتصال بينهما ولو لمرة واحدة طيلة هذه المدة، وإن وقع ذلك ولو لمرة واحدة فلا نكون بصدد هجر أربعة أشهر حقيقية[2].

3- أن يكون هذا الهجر عمديا ومقصودا وأن لا يكون هناك ما يبرره لا من الناحية الشرعية ولا من الناحية القانونية, وأما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو في الخدمة العسكرية أو في مكان آخر من أجل القيام بوظيفته،

---

[1] اليزيد عيسات، **المرجع السابق**، ص ص 102، 103.

[2] نعيمة تبودوشت، **الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2000، ص 135.

فإن الهجر في هذه الحالات له مبرراته وأسبابه المعقولة[1].

ثانيا: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

والشقاق هو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهيار[2]، بحيث لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق أن تحرص الزوجة عليها، لما ينشأ عن ذلك من مفاسد شتى[3].

ويجد الشقاق مصدره في قوله عز وجل: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا}[4].

1- موقف الفقهاء من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين:

بينما لم يجز **الحنفية والشافعية والحنابلة** التفريق للشقاق والضرر مهما كان شديدا، لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها[5].

أجاز المالكية التفريق للشقاق، حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما وبلاء، لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار »[6]، وبناء عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبتت صحة دعواها طلقها منه، وإن عجزت رفضت دعواها، فإن كررت الادعاء بعث القاضي حكمين، حكما من أهلها وحكما من أهل زوجها، فعل الأصلح من جمع وصلح

---

(1) بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص 289.

(2) باديس ذيابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر**، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 50.

(3) أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 120.

(4) سورة "**النساء**"، الآية 35.

(5) عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 281.

(6) حافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، **المرجع السابق**، ص 432.

أو تفريق بعوض أو بدونه، لقوله تعالى:: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاق بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّه بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا}[1].

واتفق الفقهاء على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما، واتفقوا على أن قولهما في الجمع نافذا بغير توكيل من الزوجين.

واختلف الفقهاء في تفريق الحكمين بين الزوجين إذا اتفقا عليه، إن كان يحتاج إلى إذن من الزوج أم لا، فقال **الجمهور**[2]؛ يعمل الحكم بتوكيل من الزوج، فليس للحكمين أن يفرقا بين الزوجين دون إذنهما.

وقال المالكية: ينفذ قول الحكمين في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما، بدليل ما رواه مالك عن الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال في الحكمين: « إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع ».

ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين خبيرين بما يطلب إليهما في هذه المهمة، وأن يكونا من أهل الزوجين أو ممن لهما خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح بينهما[3].

الطلاق الذي يوقعه القاضي بسبب الشقاق طلاق بائن، لأن الضرر لا يزول إلا به.

---

[1] سورة "**النساء**"، الآية 35.

[2] الحنفية وأحد قولي الشافعية والحنابلة.

[3] وهبة الزحيلي، **المرجع السابق**، ص ص 503، 504.

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

الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق استحدثه المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، حيث أمكن للزوجة المتضررة من طول الخصام والشقاق المستمر بينها وبين زوجها وسوء العشرة بينهما أن تلجأ للقضاء وتطلب التطليق[1].

ومصدر هذه الفقرة المستحدثة هو الاجتهاد القضائي، لاسيما اجتهاد المحكمة العليا والتي جسدت ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار رقم 224655 الصادر بتاريخ 1999/06/15 والذي جاء فيه ما يلي:

" ومن المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا ومتى تبين – في قضية الحال – أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون[2] ".

فبمجرد رفع دعوى التطليق للشقاق للمرة الثانية بعد رفض الدعوى الأولى لعدم إثبات الضرر، يتعين على القاضي تعيين حكمين من أهل الزوجين وجوبا، بغية التوفيق

---

[1] بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 205.

[2] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 224655 الصادر بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، ع.خ، 2001، ص 129.

والإصلاح بينهما وهذا طبقا للفقرة الأولى من المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري[1].

وتنحصر مهمة الحكمين في محاولة الإصلاح بين الزوجين، وعليهما تقديم تقريرهما في ظرف شهرين وهذا طبقا لنص المادة 2/56 من قانون الأسرة.

الفرع الثالث: التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من ق أ ج و الشروط الواردة في عقد الزواج

سنتطرق اولا للتطليق لمخالفة المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري، و ثانيا فسنتطرق إلى سبب آخر من أسباب التطليق ويتمثل في مخالفة الزوج للشروط الواردة في عقد الزواج.

أولا: التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري

أباحت المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري تعدد الزوجات، لكنها وضعت له قيودا وألزمت الزوج باحترام هذه القيود، فهل يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة زوجها أحكام هذه المادة؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه، مبينين في ذلك موقف الفقهاء والمشرع الجزائري حول هذه المسألة.

[1] تنص **المادة 56** من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي حكمين، حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين ".

1- موقف الفقهاء من التطليق لزواج الزوج من امرأة أخرى:

جدير بالذكر في البداية أن الإسلام على خلاف ما يدعيه مهاجموه لم يشرع تعدد الزوجات. ولم ينشئه نظاما جديدا جاء به, وإنما وضع له من الأحكام ما يضبطه ويجعل للمرأة فيه وضعا وكرامة، فلا تقبل زوجا لا ترضاه، ولا زوجا في عصمته امرأة أخرى[1]، ومشروعية تعدد الزوجات مستمدة من قوله عز وجل: {وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ }[2].

ورغم الزام الزوج بالعدل بين زوجاته، قد لا يتمكن من ذلك، وهذا الأمر شائع الحدوث، فالرسول صلى الله عليه وسلم مثلا حين كان يقسم بين زوجاته أمهات المؤمنين، كان يقول: « اللهم هذه قسمتي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك »[3], فالعدل بين الزوجات وما يسببه إنعدامه من ضرر لإحدى الزوجات هو أساس طلب التطليق من الزوجة المضرورة، ووفقا **للإمام مالك** فإنه يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التطليق إذا ما أصابها ضرر جراء زواج زوجها من امرأة أخرى[4]، أي التطليق للضرر الناتج عن عدم العدل بين الزوجات، وليس لتعدد الزوجات.

2- موقف قانون الأسرة من التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 من ق أ ج:

تنص المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:

---

(1) أحمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وآثارهما**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 266.

(2) سورة "**النساء**"، الآية 03.

(3) أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، **سنن أبي داود**، الجزء الثالث، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، **المرجع السابق**، ص 470.

(4) أحمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وآثارهما**، المرجع السابق، ص 282.

" يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل.

ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي هو مقبل على الزواج بها، أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

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

من خلال هذه المادة نستخلص عدة شروط لابد من توافرها لتعدد الزوجات وهي:

1- وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، والمشرع الجزائري في هذا الصدد لم يوضح ما هو المبرر الشرعي مما يجعل الأمر موكولا إلى الاجتهاد القضائي لتعريف العبارة، فقد تكون المبررات الشرعية كمرض الزوجة الأولى أو عقمها، أو وجود الزوج خارج القطر لمدة طويلة، وعدم استطاعته جلب زوجته الأولى وأبنائه منها إلى المكان الذي يوجد فيه[1].

2- ضرورة توفر شروط ونية العدل بين الزوجات، والملاحظ أن المشرع الجزائري استعمل عبارة " شرط ونية العدل " دون أن يوضح ما المقصود بشرط ونية العدل، ولعلها تفيد في مرحلة أولى شروط العدل المادي أي كل زوجة تتمتع ماديا بما تتمتع به الأخرى من مستوى في السكن والإنفاق واللباس، والمأكل وغيرها، وأما نية العدل فهي بطبيعة الأمر موكولة إلى ضمير الزوج المقدم على الزواج ثانية وهو أمر مستبعد مبدئيا، إذ أن الزوجة الثانية عادة ما تحظى بمعاملة أحسن من الزوجة الأولى، وغالبا ما يفشل الزوج في العدل بين زوجاته خاصة من ناحية العواطف.

---

[1] عبد الفتاح تقية، **الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون 11/84 قانون الأسرة الجزائرية**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 41، الجزء الثاني، الجزائر، 2003، ص 94.

وهذا ما نجده في قوله عز وجل: {وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا}[1].

3- إخبار الزوجة التي هي في عصمته برغبته في الزواج بأخرى، وكذلك إخبار المرأة التي ينوي العقد عليها والزواج منها بأن في عصمته زوجة أخرى، فإن تخلف هذا الشرط جاز للزوجتين السابقة واللاحقة أن تطلب التطليق بناء على غش الزوج لهما أو لإحداهما.

4- وجوب تقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وعلى القاضي أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة والمرأة المقدم على الزواج منها، وكذا من توفر المبرر الشرعي وقدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية فإذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول[2].

لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه رغم تشديده على ضرورة حصول الزوج على ترخيص بالزواج من القاضي بعد موافقة زوجته السابقة والزوجة اللاحقة في حالة التعدد إلا أنه يمكن تفادي هذا الشرط والزواج من جديد دون الحصول على ترخيص وذلك عن طريق الزواج العرفي، فقد يلجأ الزوج المقبل على الزواج ثانية إلى الزواج العرفي فيتزوج ثانية زواجا عرفيا ثم يطلب تثبيته أمام المحكمة وما على القاضي سوى الحكم بتثبيته حتى ولو لم توافق الزوجة الأولى والزوجة اللاحقة، أو تعلما حتى.

---

[1] سورة "**النساء**"، الآية 129.

[2] طاهري حسين، **المرجع السابق**، ص 123.

ثانيا: التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج

قد يحدث أن يدرج الزوجين شروطا معينة أثناء إبرام عقد الزواج أو في عقد لاحق، فيلتزمان بتنفيذهما لهذه الشروط، فإن أخل الزوج بتنفيذ الشروط والالتزامات الواردة في العقد والتي تقع على عاتقه، فهل يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التطليق لإخلال زوجها بما تم الاتفاق عليه من شروط في عقد الزواج أو في عقد آخر لاحق، وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال استعراض موقف الفقهاء في هذه المسألة، وكذا موقف المشرع الجزائري بخصوصها.

1- تعريف الشرط: سنتطرق لتعريف الشرط لغة، ثم اصطلاحا كالآتي:

أ- تعريف الشرط لغة:

يعرف الشرط بأنه " إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه "، ويعرف كذلك على أنه ما يشترطه المتعاقد في عقوده والتزاماته تجاه نفسه أو غيره، أو ترتيب وقوع أمر آخر بواسطة أداة ملفوظة نحو " إن زرتني زرتك " أو مقدرة نحو " ادرس تحفظ "[1].

ب- تعريف الشرط اصطلاحا:

هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، بأن يوجد عند وجوده وينعدم بانعدام الشرط[2].

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

حتى ندرس موقف الفقهاء من التطليق لمخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج، لابد من بيان هذه الشروط أولا.

---

[1] المنجد الأبجدي، **المرجع السابق**، ص 591.

[2] علي محمد علي قاسم، **التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دراسة مقارنة**، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص 10.

يقصد بالشروط المقترنة بعقد الزواج: أن يقترن العقد أو التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقد أو التصرف، بناء على اشتراط الطرف الآخر بأية عبارة تفيد ذلك.

والشروط في عقد الزواج أنواع مختلفة: منها ما يجب الوفاء بها باتفاق الفقهاء، ومنها ما لا يجوز الوفاء بها باتفاق الفقهاء، ومنها ما هو محل اختلاف بين الفقهاء.

أ- الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء:

وهي الشروط التي تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، بأن تكون موجبة لحكم من أحكام العقد، فتجب بالعقد من غير شرط، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن يدفع لها مهرا، أو أن ينفق عليها، أو أن يعاشرها بالمعروف، ونحو ذلك.

أو مؤكدة لحكم يقتضيه العقد، باشتراط الزوجة أو وليها أن يكون والد الزوج مثلا ضامنا لتنفيذ الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج، بأن يضمن وفاء الزوج بالمهر كاملا، أو يضمن قيام الزوج بالإنفاق على الزوجة بما يتناسب مع أمثالها.

أو تكون هذه الشروط قد دل على صحتها واعتبارها دليل من الشرع، وهذه الشروط دل على صحتها واعتبارها دليل شرعي من الكتاب أو السنة أو الإجماع كأن تشترط الزوجة على زوجها أن تكمل دراستها بعد الزواج ونحو ذلك[1].

ب- الشروط غير الصحيحة باتفاق الفقهاء:

الشروط غير الصحيحة باتفاق الفقهاء هي:

[1] محفوظ بن صغير: **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2009، ص ص 455، 456.

1- الشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج:

وهي التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد ما يقتضيه ولم يرد الشرع بجوازها ولم يجر بها العرف، فإذا اقترن عقد الزواج بشرط يناقض مقتضاه، كان هذا الشرط باطلا باتفاق الفقهاء، وكأن تشترط الزوجة على زوجها حق الخروج من البيت متى شاءت دون استئذان منه، أو أن تكون لها القوامة عليه، أو أنها غير ملزمة بطاعته، أو أن يكون لها أكثر من ضرتها عند القسم.

فهذه الشروط تناقض مقتضى عقد الزواج، ولذا فهي باطلة باتفاق الفقهاء؛ لأنها شروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به.

2- الشروط التي ورد نهي الشارع عنها:

وهي الشروط التي ورد نهي الشارع عنها بنصوص صريحة، مثل أن تشترط الزوجة طلاق ضرتها لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا بيع حاضر لباد ولا تناجشوا ولا يزيدن على بيع أخيه ولا يخطبن على خطبته ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتستكفئ إناءها »[1]، أو يزوج شخص ابنته أو أخته مثلا لشخص آخر على أن يزوجه هو ابنته أو أخته أو أي امرأة في ولايته ويجعلا صداق هذه بصداق تلك، وهو ما يسمى بنكاح الشغار، وكأن يشترط الزوج والزوجة تأقيت النكاح وهو ما يسمى بنكاح المتعة أو النكاح المؤقت، وكأن يتزوج مطلقة ثلاثا بشرط إحلالها لزوجها، وهو ما يسمى بنكاح المحلل لما رواه عقبة بن

[1] أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، **الجامع الصحيح وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه**، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، المجلد الثاني، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، لبنان، 1422 هـ، ص 191.

عامر أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى، يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له »[1].

فهذه الأنواع من الأنكحة قد وردت نصوص عن الشارع بالنهي عنها، فتكون باطلة بسبب ذلك النهي، بالإضافة إلى أن البعض منها قد اشتمل على ما يناقض مقتضى عقد الزواج، وما يتعارض مع الحكمة من تشريعه[2].

ج- الشروط المختلف فيها:

وهي ما عدا الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء وغير الصحيحة باتفاق الفقهاء كذلك، وهي التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج ، ولا منافية لمقتضاه ولم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ويكون فيها منفعة للمشترط. كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها، أو ألا يسافر بها إلى بلد آخر، أو أن تشترط عليه خروجها إلى العمل بعد الزواج[3].

واختلف الفقهاء في مدى صحة هذه الشروط، ومدى إلزامية الوفاء بها على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول:

أن هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها، فإن لم يفي بها من اشترطت عليه كان من حق المشترط فسخ العقد، وهو مذهب الحنابلة، واستدلوا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم:

---

[1] حافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن، شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، أحمد برهوم، الجزء الثالث، كتاب الطلاق، باب المحلل والمحلل له، المرجع السابق، ص ص 117، 118.

[2] محفوظ بن صغير، **المرجع السابق**، ص ص 457، 458.

[3] **المرجع نفسه**، ص ص 458، 459.

« المسلمون عند شروطهم »[1]، وقوله صلى الله عليه وسلم: « أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[2].

وهذه الشروط لم تحل حراما أو تحرم حلالا، فتكون صحيحة، والوفاء بها واجب.

المذهب الثاني:

أن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح، فبطلانها لا تأثير له في صحة العقد، وعليه فلا يلزم الوفاء بها، وهو مذهب الحنفية والشافعية، واستدلوا على ذلك بما روي عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «... ما بال رجال منكم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله فأيما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط فقضاء الله أحق وشرط الله أوثق ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق يا فلان ولي الولاء إنما الولاء لمن أعتق»[3].

المذهب الثالث:

أن هذه الشروط مكروهة، والوفاء بها غير لازم، بل مستحب، ما لم تقترن بما يستلزم الوفاء بها، كاليمين بالطلاق والعتاق والتمليك والحط من الصداق ونحوه، وهو مذهب المالكية، ومما استدلوا به على قولهم هذا ما روي أن رجلا تزوج امرأة وشرطت عليه ألا يخرجها من دارها، فتخاصما إلى علي كرم الله وجهه فقال: « شرط الله قبل شرطها »، ولم ير لها شيئا[4]، وقوله صلى الله عليه وسلم: « ... فأيما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط... ».

---

[1] أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، المرجع السابق، ص 192.

[2] **المرجع نفسه**، ص 190.

[3] **المرجع نفسه**، ص 152.

[4] محفوظ بن صغير، **المرجع السابق**، ص ص 459، 462.

وبعد عرض رأي الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد الزواج، يتبين أن المذهب القائل بصحة هذه الشروط ولزومها ووجوب الوفاء بها هو الأقوى كأصل عام، طالما قبلها الطرف الآخر، فإن لم يف بها من اشترطت عليه، كان من حق المشترط فسخ العقد، مادام لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ولم تكن موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه.

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

لقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنابلة، في أصل الاشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط، التي يريانها – الزوج والزوجة – ضرورية في العقد لكونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما. فأجاز المشرع الجزائري للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل ما يريانه ضروريا، ما لم يتناف مع أحكام قانون الأسرة الجزائري[1]، قد خص بالذكر صورتين للاشتراط على سبيل المثال لا الحصر: وهما تعدد الزوجات وعمل المرأة، ورتب على الإخلال بهما منح الحق للمرأة في طلب التفريق.

وجدير بالذكر أن هذا الشرط الأخير لا يتعارض مع مبدأ تعدد الزوجات طالما أن الاتفاق على هذا الشرط أمر جوازي ومتروك لإرادة الزوجين، وطالما أن قانون الأسرة يبيح مبدأ تعدد الزوجات كأصل عام، مع وضع بعض القيود عليه بهدف حماية الزوجتين السابقة واللاحقة.

---

[1] **المادة 19** من قانون الأسرة الجزائري تنص على: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون. "

المطلب الثاني: التطليق لارتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا

قد يحدث وأن يرتكب الزوج أفعالا تسبب وتلحق الضرر لزوجته سواء كان الضرر ماديا أم معنويا، كارتكابه لجرائم معاقب عليها جزائيا، تمس كيان الأسرة وتضرب استقرارها وتماسكها واستمرارها، فهل يحق للزوجة في هذه الحالة أن تطلب التطليق.

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

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

قد يرتكب الزوج بعض الجرائم، ويعاقب عليها قانونا مما قد يلحق الضرر بزوجته، لاسيما إذا حكم عليه بالسجن لسنوات طوال، فهل يمكن للزوجة هنا أن تطلب التطليق بمجرد الحكم على زوجها في جريمة ما، بغض النظر عن نوع الجريمة المرتكبة أو نوع العقوبة المحكوم بها حتى؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال التعرض لموقف الفقهاء والمشرع الجزائري من هذه المسألة.

أولا: موقف الفقهاء من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ما:

لقد اختلف الفقهاء في مدى جواز التطليق بسبب الحكم على الزوج بجريمة ما، فمنهم من أجاز ذلك ومنهم من لم يجز ذلك.

فالحنفية لا يرون الحكم على الزوج بالحبس سببا للتفريق، طالت المدة أو قصرت[1]، لأنهم لا يرون الغيبة سببا للتفريق سواء بعذر أو لغير عذر.

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **المرجع السابق**، ص 549.

أما الحنابلة فالراجح عندهم عدم التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس، لأن الغيبة في هذه الحالة بعذر، وإن كان العذر في ذاته غير مشروع.

أما المالكية فيجيزون التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس، لأنهم يعتبرون مطلق الغيبة بعذر أو بدون عذر سببا يجيز للزوجة طلب التطليق، وعلة التفريق بسبب الحبس هو الضرر الذي قد يصيب الزوجة جراء ذلك[1].

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

في البداية تجدر الإشارة إلى أن المادة 4/53 من قانون الأسرة الجزائري تم تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02، حيث كانت تنص قبل التعديل على: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية "، حيث قام بحذف " العقوبة الشائنة "، كما قام بحذف العبارة الدالة على تحديد مدة العقوبة " أكثر من سنة "، واكتفى بالنص على الآتي: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق:

4- في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، ".

وبتحليل نص المادة 4/53 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري وضع عدة شروط حتى تقبل دعوى التطليق ويحكم للزوجة بالتطليق، تتمثل هذه الشروط في:

1- يجب أن يصدر ضد الزوج حكم في جريمة معينة، حائز لقوة الشيء المقضي فيه،

---

[1] محمد كمال الدين إمام، **الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي**، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، مصر، 1996، ص 273.

بحيث يصبح غير قابل للطعن فيه لا بالطرق العادية ولا الطرق غير العادية[1].

ولا يهم ما نوع العقوبة المحكوم بها على الزوج، إذ قد تكون عقوبة سالبة للحرية كالسجن أو الحبس، كما قد تكون عقوبة غير سالبة للحرية مثل الغرامة، فالمشرع لم يحدد نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية أم لا، مثل ما كان منصوص عليه في المادة 4/53 من قانون الأسرة قبل التعديل الأخير، التي كانت توجب كشرط للحكم بالتطليق أن يصدر ضد الزوج حكم بجريمة معينة بالحبس لمدة أكثر من سنة، فالمشرع حدد مدة العقوبة بسنة فأكثر، فإن كانت مدة العقوبة أقل من سنة، لا يجوز الحكم بالتطليق في هذه الحالة؛ وبموجب التعديل الأخير لم يشترط المشرع نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية أم لا كما لم يحدد مدتها.

2- أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، أي أن تكون الأفعال التي ارتكبها الزوج من تلك التي تمس شرف الأسرة وسمعتها.

والإشكال الذي يثور هو ما هي الجرائم الماسة بشرف الأسرة؟ فعبارة " شرف الأسرة " واسعة المدلول، ويمكن أن يندرج تحتها الجرائم الأخلاقية كالاغتصاب وهتك العرض مثلا، ولعل هذا ما كان يقصده المشرع من خلال عبارة " جريمة ماسة بشرف الأسرة "[2]، وخاصة وأنه لا يوجد تصنيف معين للجرائم التي تمس بشرف الأسرة في قانون العقوبات الجزائري.

ولقد أحسن المشرع حين تدارك الوضع وعدل هذه الفقرة بإزالة وحذف عبارة " عقوبة شائنة "، حيث أنه كان قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري يصف العقوبة التي يحكم بها القاضي

---

[1] عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 266.

[2] بن شويخ الرشيد، **المرجع السابق**، ص 199.

على الزوج بالشائنة، تاركا الفعل المرتكب من قبل الزوج، وكان الأجدر به أن يصف الفعل المرتكب من الزوج لا العقوبة التي يحكم بها القاضي.

3- أن تستحيل مع هذه الجريمة مواصلة العشرة والحياة الزوجية، فتتغير العلاقة بين الزوجين وتتوتر بسبب هذا الحكم، ويتحول الحب والمودة إلى بغض وكراهية، وتستحكم الخلافات الحادة بينهما، فيستحيل استمرار الحياة بينهما[1].

فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة، جاز للقاضي أن يحكم بالتطليق.

الفرع الثاني: التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

بالإضافة إلى ما قد يرتكبه الزوج من جرائم معاقب عليها قانونا تلحق بزوجته أضرارا مادية كانت أم معنوية، قد يرتكب أيضا أفعالا توصف شرعا بأنها فاحشة مبينة، فهل يمكن للزوجة أن تطلب التطليق لإتيان زوجها فاحشة مبينة؟

وهذا ما سنجيب عليه من خلال التعرض أولا للمقصود بالفاحشة المبينة، وموقف المشرع الجزائري من التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة.

أولا: المقصود بالفاحشة المبينة:

الفحش والفحشاء والفاحشة، هو ما عظم من الأفعال والأقوال[2]، كما يقصد بها القبيح من الأفعال والأقوال[3].

---

[1] عبد العزيز سعد، **المرجع السابق**، ص 267.

[2] أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص 120.

[3] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور محمد بن مكرم بن علي الأنصاري الرويفعي الإفريقي، **لسان العرب**، تحقيق عبد الله علي الكبير، محمد أحكم حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، المجلد الخامس، ج37، باب الفاء، د.ط، دار المعارف، مصر، د.س.ن، ص 3355.

ومن الصعب تحديد ما هي الأفعال التي توصف بالفاحشة المبينة، غير أنه وردت عدة آيات في القرآن الكريم تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك والأنظمة إخلالا كبيرا، كالزنا لقوله تعالى: {وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً}[1]. ولعل أول ما يذهب إليه الذهن عند ذكر عبارة فاحشة مبينة هو الزنا.

غير أن الفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، إنما تتعداها إلى الجرائم التي أقر لها الشارع الحكيم عقوبات محددة ومعينة تسمى الحدود، ومن هذه الجرائم بالإضافة إلى الزنا: القذف، السرقة، الردة وغيرها، وهي أيضا تسمى بالفواحش[2].

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

أجاز المشرع الجزائري للزوجة حسب المادة 7/53 من قانون الأسرة، أن تطلب التطليق 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 بصيغة النكرة في هذه الفقرة، لذلك لابد من إحالتها إلى الشريعة الإسلامية والتي فصلت في ذلك على النحو السالف ذكره[3].

وحتى تقبل دعوى التطليق في هذه الحالة، لابد من توافر شروط معينة، تتمثل هذه الشروط في:

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

---

[1] سورة" **الإسراء**"، الآية 32.

[2] باديس ذيابي، **المرجع السابق**، ص 48.

[3] بن شيخ الرشيد، **المرجع السابق**، ص 205.

ولقد نص المشرع الجزائري عليها – الفاحشة – في فقرة خاصة بها، وذلك لما لمثل هذه الأفعال من تأثير على الزوجة وعلى كيان الأسرة ككل وتعريضها للتصدع والتفكك.

2- يجب أن يكون هذا الفعل قد ارتكب من طرف الزوج، كما يجب أن تكون العلاقة القائمة بين الزوجة طالبة التطليق والزوج مرتكب الفاحشة المبينة، أساسها عقد زواج صحيح شرعا وقانونا، أي مستوف لكل أركانه وشروطه الشرعية والقانونية، ولا يزال قائما إلى حين رفع دعوى التطليق، فلا تقبل دعواها إذا كان الزواج باطلا[1].

فإن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر الذي لحقها جراء ارتكاب زوجها الفاحشة المبينة رغم توافر الشروط السالفة الذكر، فإن دعواها قد ترفض، وهذا طبعا راجع للسلطة التقديرية للقاضي ومدى اقتناعه بما قدم إليه من وثائق تثبت دعواها.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يبين إذا ما كان الأمر يتطلب صدور حكم بالإدانة بالفاحشة المبينة التي ارتكبها الزوج حتى يحكم بالتطليق وفقا للمادة 7/53 من قانون الأسرة الجزائري أم يكفي اكتشاف الزوجة ارتكاب زوجها الفاحشة، خاصة أن عبء الإثبات يقع على الزوجة[2]، وخصوصا إذا كان هذا الفعل هو الزنا، فالمشرع لم يحدد الطرق والوسائل التي تثبت بها الزوجة ارتكاب زوجها فاحشة الزنا، أي هل تقبل دعواها دون تطبيق القاعدة الشرعية الواردة في قوله تعالى:

---

[1] نعيمة زيتوني، **دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 141.

[2] بن شويخ الرشيد، **المرجع السابق**، ص 205.

{وَالَّذِين يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ}[1].

أم أنه يجب عليها أن تأتي بأربع شهود[2].

المطلب الثالث: التطليق للعيوب والتطليق للضرر المعتبر شرعا

قد يصاب الزوج بعيب ما من شأنه أن يمنع تحقيق المقصد الشرعي الذي من أجله شرع الزواج، ويجعل الحياة الزوجية غير مثمرة، فهل يمكن للزوجة أن تطلب التطليق في هذه الحالة؟

كما قد يقوم الزوج ببعض التصرفات تلحق الضرر بزوجته، وتؤذيها كأن يتجاوز الزوج ما حدده له الشرع عند تأديبه لزوجته قولا أو فعلا، فهل يمكن للزوجة في مثل هذه الحالة أن تطلب التطليق أمام القاضي؟

---

[1] سورة "**النور**"، الآية 04.

[2] نعيمة زيتوني، **المرجع السابق**، ص ص 140، 141.

الفرع الأول: التطليق للعيوب

لا شك أن العيوب في أحد الزوجين توهن الحياة الزوجية، وقد تقضي على الألفة بين الزوجين، وهي تؤثر لا شك على مقاصد الزواج، والزام الزوج والزوجة كلاهما بضرورة إبقاء الزواج قد يكون فيه الإرهاق لهما، فلابد من سبيل إلى الفرقة، ولأن الزوج هو الذي يملك الطلاق، فالقاضي هو الذي يرفع الغبن عن الزوجة في مثل هذه الأحوال[1].

فما هي هذه العيوب التي قد تلجأ الزوجة بسببها إلى لطلب التطليق أمام القضاء؟ وما موقف الفقهاء من التطليق للعيوب؟ وما موقف القانون الجزائري من التطليق للعيوب؟ وسنحاول الإجابة على هاته الأسئلة.

أولا: المقصود بالعيوب وأنواعها:

سنحاول هنا التطرق للعيوب التي من شأنها أن تؤثر على الحياة الزوجية، وتدفع الزوجة لطلب التطليق بسببها وذلك بتبيان ما المقصود بالعيوب وذكر أنواعها.

1- المقصود بالعيوب:

سنحاول تبيين المقصود بالعيوب لغة، ثم اصطلاحا.

[1] محمد أحمد سراج، محمد كمال الدين إمام، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د.س.ن، ص 106.

لغة: العيوب جمع عيب، والعَيْبُ وَالعَيْبَةُ: الوصمة، ويقال عيَّبَهُ: أي نسبه إلى العيب وجعله ذا عيبٍ، ويقال شيء معِيبٌ ومعيوبٌ: أي فيه عيب[1].

اصطلاحا: هو نقصان بدني أو عقلي، في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة لا استقرار فيها وينفر أحد الزوجين من الآخر[2].

2- أنواع العيوب:

يمكن تقسيم العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج إلى:

أ- عيوب جنسية تحول دون الاستمتاع، وممارسة الحياة الزوجية بشكل عادي، فيمتنع الدخول وبالتالي الإنجاب، وهذه العيوب بعضها يصاب بها الرجل مثل: الجب*، العنة*، الخصاء*، وبعضها تصاب بها المرأة مثل: الرتق*، القرن*.

ب- عيوب جسدية غير جنسية لا تحول دون الاستمتاع، ولا تمنع الدخول، ولكنها عيوب منفرة ضارة، تضر المصاب بها وغيره، وهذه العلل يشترك فيها الرجل والمرأة مثل:

---

[1] أبو الفضل جمال الدين بن منظور محمد بن مكرم بن علي الأنصاري الرويفعي الإفريقي، **لسان العرب**، تحقيق عبد الله علي الكبير، محمد أحكم حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، المجلد الرابع، الجزء 31، باب العين، د.ط، دار المعارف، مصر، د.ت.ن، ص 3184.

[2] طاهري حسين، **المرجع السابق**، ص 113.

* يقصد به استئصال العضو التناسلي للرجل ويسمى مجبوبا، راجع محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص 321.

* يقصد به العجز عن الوطأ، بحيث يكون عضو الرجل صغيرا لا يتأتى معها إتيان النساء ويسمى عنينا، راجع محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص 321.

* يقصد به استئصال الخصيتين، راجع محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص 321.

* يقصد به انسداد مسلك الذكر في الفرج، ويكون باللحم أو العظم، راجع محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص 321.

* يقصد به نمو لحمية في الفرج على شكل قرن، وبذلك لا تصلح للجماع، راجع محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص 322.

الجنون، الجذام*، البرص*.

وبما أننا بصدد دراسة موضوع التطليق، فإننا سنقتصر على دراسة العيوب الخاصة بالرجال ومدى جواز التفريق بسببها.

ولقد اختلف الفقهاء في عدد العيوب، حيث قال **المالكية:** أنها ثلاثة عشر.

وقال **الشافعية** و**الحنابلة** أنها سبعة.

أما **الحنفية** فقالوا إنها علتان فقط وحصروهما بالجب والعنة، وأضاف البعض الخصاء أيضا.

أما ابن قيم الجوزية فتوسع إلى أكثر مما ذهب إليه المالكية، حيث قال أن كل عيب ينفر الزوج الآخر ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة، يوجب الخيار، وأن الاقتصار على عيبين، أو ستة، أو سبعة، أو ثمانية، دون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له.

فالعمى والخرس والطرش، وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة، فهو كالمشروط عرفا.

وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لمن تزوج امرأة وهو لا يولد

* يقصد به علة يحمر بها العضو ثم يتقطع، ثم يسود ثم يتقطع ثم يتناثر، راجع محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص 322.

* يقصد به بياض ببقع الجلد يذهب دمويته، راجع محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص 322.

له، أخبرها أنك عقيم وخيرها، وما ألزم الله ورسوله مغرور قط، ولا مغبونا بما غرر به أو غبن به[1].

ثانيا: موقف الفقهاء من التطليق للعيوب:

لقد اختلف الفقهاء في مسألة جواز التفريق للعيوب من عدمه:

فالظاهرية يرون بأن العيوب لا أثر لها على عقد الزواج، ويستوي في ذلك عيوب الرجل وعيوب المرأة، فإذا ما تم عقد الزواج صحيحا، لا يجوز فسخه بجذام ولا برص ولا جنون ولا عنة ولا خصاء ولا جب.

فإن وجدت الزوجة بزوجها أحد هذه العيوب، فليس لها الحق في طلب التفريق، سواء كان العيب حادثا قبل العقد أو بعده، وليس على القاضي التفريق بينهما، ولا أن يضرب أجلا، بل هي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق[2].

بينما يذهب **شريح وأبو ثور وابن شهاب الزهري** إلى جواز التفريق مطلقا، وأن كل عيب بأحد الزوجين ينفر الآخر منه، ويحول دون المقصود من النكاح، يثبت به حق طلب التفريق من الرجل والمرأة[3].

واختلاف الفقهاء لم يقتصر فقط حول جواز التفريق بسبب العيوب وحول العيوب التي يثبت بها حق التفريق، إنما اختلفوا كذلك في من يثبت له الحق في التفريق، هل يثبت لكلي الزوجين أم للزوجة فقط؟

المالكية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى جواز التفريق لعيب الرجل والمرأة على سواء، وأن التفريق حق لهما على السواء وأنه عند وجود عيب مماثل أو غير مماثل في الآخر، فإن

---

[1] محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص 322.

[2] محمد أحمد سراج، محمد كمال الدين إمام، **المرجع السابق**، ص 107.

[3] محمد كمال الدين إمام، **المرجع السابق**، ص 255.

هذا لا يمنع من حق طلب التفريق الثابت لأحد الزوجين، لأن كلا منهما يتضرر بهذه العيوب، أما اللجوء إلى الطلاق فيؤدي إلى الالزام بكل من المهر بعد الدخول وبنصفه قبل الدخول. وفي التفريق بسبب العيب يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول، وبعد الدخول لها المسمى بالاتفاق، لكن يرجع الزوج بالمهر بعد الدخول على ولي الزوجة لتدليسه بكتمان العيب، ولا سكنى لها ولا نفقة، وقد اختلفوا هؤلاء عن الأحناف في عدم قصر حق التفريق على المرأة وحدها[1].

ويرى **الإمام أحمد بن حنبل** أنه لا يمكن لامرأة المجبوب أن تطلب التفريق إذا قام بها مانع يمنع مباشرتها كالرتق، كما يشترط **الشافعي** في امرأة العنين إذا طلبت التفريق أن لا يقوم بها ما يمنع من مباشرتها[2].

والفرقة بسبب العيب لا تكون إلا بادعاء صاحب المصلحة وبحكم من القاضي، ولأن الزوجين يختلفان في ادعاء وجود العيب وعدم وجوده، فالقول قول مذكر العلم بالعيب مع يمينه في عدم علمه بالعيب، لأنه الأصل.

فإن تبين أن الزوج مجبوب، فرق القاضي بين الزوجين في الحال، لأنه لا يرجى شفاؤه.

أما إذا كان عنينا أو خصيا فيمهله القاضي سنة كاملة من وقت الخصومة، حتى ولو اعترف بما تدعيه الزوجة، لعله يستطيع الوصول إليها، فإن وصل إليها انتهت الدعوى واستمرت الزوجية، وإلا فرق القاضي بينهما، فقد روي عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها، فأجله حولا، فلما انقضى الحول

---

[1] وهبة الزحيلي، **المرجع السابق**، ص 493.

[2] محمد كمال الدين إمام، **المرجع السابق**، ص ص 254، 255.

ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها، ففرق بينهما وجعلها تطليقة بائنة[1].

وهذه السنة تحتسب قمرية لأنها المعروفة في تقدير الزمن في عهد الصحابة، ويبدأ احتساب السنة من وقت الحكم بالتأجيل[2].

وفي رأي **الحنفية والحنابلة:** إن كانت المرأة ثيبا، فالقول قول الزوج بيمينه، لأن الظاهر يشهد له، فإن حلف رفضت دعوى الزوجة، وإن رفض خيرها القاضي بين البقاء معه وبين الفرقة، فإن اختارت الفرقة بينهما.

فإن جاءت بعد مضي سنة وطلبت التفريق لعجزه عن الاتصال بها وتم كشفها على امرأة أو امرأتين، وقالتا أنها بكرا خيرها القاضي فإن اختارت التفريق فرق بينهما، وإن قررتا أنها ثيب كان القول قول الزوج بيمينه.

أما **المالكية فقالوا:** أنه إذا ادعى الوطء في مدة السنة، صدق الزوج بيمينه، وإن نكل عن اليمين، حلفت الزوجة أنه لم يطأ، وفرق بينهما قبل تمام السنة إن شاءت[3].

واشترط الفقهاء لثبوت حق التفريق بسبب العيب شرطين، هما:

1- أن لا يكون طالب التفريق عالما بالعيب وقت العقد أو قبله، لأن العلم به في العقد يسقط الحق في طلب التفريق للعيب، لأن قبوله التعاقد رغم علمه بالعيب يعد رضا منه بالعيب.

---

[1] كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، **شرح فتح القدير**، ج4، كتاب الطلاق، باب العينين وغيره، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 267.

[2] بدران أبو العينين بدران، **المرجع السابق**، ص ص 436، 437.

[3] وهبة الزحيلي، **المرجع السابق**، ص 497.

2- أن لا يرضى بالعيب بعد العقد حال اطلاعه عليه، فإن كان طالب التفريق جاهلا بالعيب، ثم بعد العقد علم به ورضي به، سقط حقه في طلب التفريق[1].

لكن إذا حدث العيب بعد الزواج، هل يمكن التفريق في هذه الحالة كذلك؟

ويرى **الشافعية والحنابلة** أنه يجوز التفريق للعيب سواء كان العيب قائما قبل العقد أو بعده لحصول الضرر به، ولأنه لا خلاص للمرأة إلا بطلب التفريق بخلاف الرجل.

واستثنى **الشافعية والحنابلة** من العيوب طروء العنة بعد الدخول، فإنها لا تجيز طلب الفسخ لحصول مقصود النكاح، واستيفائها حقها منه بمرة واحدة.

أما الحنفية فقالوا أنه إذا جب الرجل أو أصبح عنينا بعد الزواج، وكان قد دخل بزوجته ولو مرة واحدة، لا يحق لها طلب الفسخ، لسقوط حقها بالمرة الواحدة قضاء.

أما المالكية فقالوا أنه إذا كان العيب بالزوجة فلا يحق للزوج طلب التفريق، أما إذا كان بالزوج فيحق لها طلب التفريق إذا كان هذا العيب جنونا أو جذاما أو برصا، لشدة التأذي بها وعدم الصبر عليها، وليس لها الحق في طلب التفريق للعيوب التناسلية الأخرى من جب أو عنة أو خصاء[2].

---

[1] وهبة الزحيلي، **المرجع السابق** ، ص 498.

[2] وهبة الزحيلي، **المرجع السابق** ، ص 499.

ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للعيوب

وضع المشرع الجزائري عدة شروط حتى يمكن أن يكون العيب الموجود بالزوج سببا للتفريق بين الزوجين بناء على طلب الزوجة، تتمثل هذه الشروط في:

1- أن يكون العيب موجودا بالزوج فقط دون الزوجة، لأن العيوب إذا كانت في الزوجة فالزوج يملك طلاقها في أي وقت يريد بإرادته المنفردة.

2- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج، أي تمنع الدخول والاستمتاع، أو الأمراض الضارة المنفرة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على المودة والألفة.

3- أن لا تكون عالمة بحال زوجها قبل التعاقد، فإن تزوجته وهي تعلم بوجود العيب، سقط حقها في طلب التطليق، لأن زواجها منه حينئذ يعتبر بمثابة رضا منها بالعيب وإسقاطا لحقها في طلب التطليق[1].

4-أن يتم إثبات ما تدعيه الزوجة بكافة وسائل الإثبات بالخبرة أو شهادة الشهود، أو الإقرار أو غيرها.

فإذا رفعت الزوجة دعوى التطليق لعيب ما بزوجها على المحكمة طبعا أن تتأكد من وجود العيب، وذلك بالاعتماد على أهل الخبرة والعلم، هذا إن لم يكن هناك إقرار من طرف الزوج وبعد التأكد من وجود العيب لابد من معرفة مدى قابليته للعلاج فإن كان هناك أمل للعلاج، وجب على المرأة أن تنتظر مدة سنة، يمهل فيها القاضي زوجها من أجل العلاج، فإن لم يشفى يقضي القاضي بالتطليق.

---

[1] بلحاج العربي، **صور الطلاق قانون الأسرة الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، **المرجع السابق**، ص ص 570، 571.

ورغم أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص على منح أجل أو مهلة للزوج من أجل العلاج والشفاء من العيب، خاصة إذا كان العيب قابلا للزوال والشفاء، إلا أنه جرى القضاء في الجزائر على منح مثل هذه المدة للزوج وإنتظار انتهائها ومدى شفاء الزوج من العيب المثار بسببه دعوى التطليق من طرف زوجته، وما يؤكد ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1984/11/10 حيث جاء فيه:

(من المقرر في الفقه الإسلامية وكل ما حرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته، يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر أن تكون الزوجة أثناء المدة بجانب زوجها وبعد انتهاء هذه المدة، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم لزوجته بالتطليق، وعليه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية.)[1]

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يحدد العيوب التي يمكن لزوجة المصاب به أن تطلب التطليق على أساسها، وحسنا فعل عندما لم يحددها.

غير أنه لم يتطرق لحالة حدوث العيب بعد الزواج وبعد الدخول بالزوجة، ولم يبين حكم القانون بالنسبة لهذه الحالة.

كذلك ما يعاب على المشرع الجزائري أنه حصر العيوب في تلك العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج، قاصدا بذلك العيوب التناسلية متجاهلا العيوب الأخرى التي قد تنفر الزوجة من زوجها حتى ولو لم تؤثر على الهدف من الزواج، خصوصا إذا كانت تجهلها قبل العقد أو الدخول مثل العرج والعمى وباقي الإعاقات الأخرى.

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم: 34784، الصادر بتاريخ: 1984/11/10، المجلة القضائية، ع 03، 1989، ص 73.

الفرع الثاني: التطليق للضرر المعتبر شرعا

قد يقوم الزوج بأفعال تؤذي زوجته، فتسبب لها ضررا كضربه لها، أو إجبارها على القيام بما هو محرم شرعا وقانونا، فهل تستطيع الزوجة في هذه الحالة أن تطلب التطليق لما لحقها من ضرر من زوجها؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال تبيان موقف الفقهاء والمشرع الجزائري حول هذه المسألة، لكن لابد أولا من توضيح المقصود بالضرر والشروط الواجب توفرها فيه.

أولا: تعريف الضرر والشروط الواجب توافرها فيه

لابد في البداية من تعريف الضرر وتحديد المقصود به الذي يمكن أن يكون سببا من أسباب التطليق، ثم تحديد الشروط الواجب توافرها في الضرر الذي يكون سببا من أسباب التطليق.

1- تعريف الضرر:سنتعرض أولا إلى تعريف الضرر لغة، ثم تعريفه اصطلاحا.

أ- **تعريف الضرر لغة:** الضرر من الضَّرِّ والضُّر، وهو ضد النفع وسوء الحال[1].

ب- تعريف الضرر اصطلاحا:

يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة، سواء تعلق ذلك الحق أو المصلحة بسلامة جسده أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك[2].

---

[1] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور محمد بن مكرم علي الأنصاري الرويفعي الإفريقي، **لسان العرب**، تحقيق عبد الله علي الكبير، محمد أحكم حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، المجلد الرابع، الجزء 28، باب الضاد، المرجع السابق، ص 2572.

[2] فريحاوي كمال، **التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 14.

2- الشروط الواجب توافرها في الضرر:

حتى يكون الضرر سببا يمكن للزوجة أن تؤسس طلبها في التطليق أمام القضاء، لابد من توافره على هذه الشروط:

1- يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع، أي أن يكون حالا أو وقع فعلا، ويقصد بهذا أن لا يكون الضرر احتماليا أو افتراضيا بل محقق الوقوع فعلا.

وشرط تحقق الضرر لا يكون فقط بعد الدخول والبناء، بل يكون كذلك قبل الدخول، وهذا تأسيسا على المذهب المالكي الذي لا يفرق بين المدخول بها، وغير المدخول بها في طلب التفريق للضرر، فتسمع الدعوى في الحالتين.

2- يشترط في الضرر الموجب للتفريق أن يكون شخصيا، ومقتضى هذا الشرط أن يلحق الضرر بالزوجة شخصيا سواء كان ماديا أو معنويا.

ولا ينصرف إلحاق الضرر إلى أسرة أحد الزوجين، كأن يلحق الزوج ضررا بأسرة زوجته، فهذا لا يعد ضررا موجبا للتفريق بين الزوجين.

إذا كان يشترط في الضرر أن يكون شخصيا، بحيث لا يتعدى إلى أسرة الزوج الآخر، فكذلك يجب أن يسند الضرر إلى فعل الزوج، فلا يعتبر الضرر الواقع على الزوجة من أسرة الزوج الآخر ضررا موجبا للتفريق.

غير أنه حتى يتحقق هذا الشرط لابد من أن يكون مسكن الزوجية مستقل عن منزل أسرة الزوج، فالزوجة التي تسكن مع زوجها في بيت أهله ولحقها ضرر من أسرة الزوج، ولم يستطع رفعه عنها بتوفير مسكن مستقل أو أي إجراء آخر فتطلق عليه للضرر، إلا أن الضرر هنا يؤسس على عدم توفير المسكن الشرعي المستقل.

3- أن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية، بحيث تتوتر العلاقة الزوجية، ويستحكم الخلاف والشقاق بين الزوجين[1].

ثانيا: موقف الفقهاء من التطليق للضرر

لقد اختلف الفقهاء حول جواز التفريق بين الزوجين للضرر بين معارض ومؤيد، **فالشافعية** و**الحنفية** وأحد قولي **الحنبلية** يرون عدم جواز التطليق للضرر، لأن الزوجة إذا ادعت الضرر ورفض زوجها تطليقها، فليس من حق القاضي أن يحكم بتطليقها، لأن رفع الضرر ممكن بغير وسيلة الطلاق[2]، فلها أن تطلب إلى القاضي نهيه عما تشكو منه وتعزيره وأن على القاضي أن ينهاه أول مرة، ويأمره بالعدل وحسن العشرة ويعظه، فإن عاد عزره بما يراه رادعا له[3].

---

[1] فريحاوي كمال، **المرجع السابق**، ص ص 22، 25.

[2] محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص 333.

[3] محمد محي الدين عبد الحميد، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى**، الطبعة الثالثة، مطبعة السعادة، مصر، 1966، ص 318.

بينما **ذهب المالكية** وأحد **قولي الحنابلة** إلى جواز التفريق للضرر، واحتجوا على قولهم بالسنة في قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار »[1]، حيث يرون أنه يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي حتى يحكم بالتفريق بينهما إذا أصابها ضرر من زوجها، كأن يقوم بضربها أو شتمها وسبها أو هجرها أو إكراهها على فعل محرم، أو يفعل بها ما يوجب القصاص لها منه، وكان شريرا يخاف عليها منه إذا اقتصت منه، وليس من الضروري تكرار الضرر حتى يحكم للمرأة بالطلاق، وإنما يكفي حدوث الضرر ولو مرة واحدة[2].

ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للضرر

أجاز المشرع الجزائري للضرر في المادة 10/52 من قانون الأسرة الجزائري، معتنقا بذلك ما ذهب إليه **المالكية**، مستعملا عبارة " كل ضرر معتبر شرعا " وهي عبارة واسعة المدلول إذ تشمل كل أنواع الضرر من ضرر مادي وضرر أدبي، تاركا بذل السلطة التقديرية الواسعة للقاضي لتقدير الضرر، كما أنه يمكن أن تستغرق هذه العبارة كل أسباب التطليق الأخرى.

ولقد وضع المشرع عدة شروط لابد من توافرها حتى يحكم القاضي بالتطليق للضرر، وتتمثل هذه الشروط في:

1- أن يقع الضرر من الزوج، أي يصدر من الزوج شخصيا، فإن كان صادرا مثلا من عائلته فلا يمكن لها طلب التطليق للضرر لأن الضرر لم يصدر من الزوج.

2- أن يكون الزوج متعمدا الإضرار بزوجته، أي يقوم بالإضرار بها بإرادته الكاملة.

3- أن يكون الضرر الذي أصاب الزوجة معتبر شرعا، دون تحديد نوع معين للضرر.

---

[1] حافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، **السنن**، المرجع السابق، ص 432.

[2] محمد سمارة، **المرجع السابق**، ص ص 333، 334.

فإذا ما توافرت هذه الشروط وقامت الزوجة بإثبات الضرر، أمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق بين الزوجين، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط، أو إن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر رفضت دعواها.

وفيما يلي بعض من أمثلة الضرر الذي يجيز التطليق على سبيل المثال لا الحصر، باعتبار أن مفهوم الضرر المعتبر شرعا يتغير حسب البيئات الاجتماعية، ومن عقد إلى آخر، وحتى من زوجة إلى أخرى، فما يكون ضررا ثقيلا عند زوجة ما قد لا يكون كذلك عند زوجة أخرى[1]:

1- تعدي الزوج على الزوجة بالضرب أو السب، بشرط ألا يكون الضرب بغرض التأديب وفي الحدود الشرعية لاستعمال هذا الحق.

2- ترك مسكن الزوجية والتعرب من الواجبات الزوجية دون مبرر شرعي.

3- إكراه الزوجة على ارتكاب المحرمات، مثل إكراهها على ممارسة الدعارة ومجالسة الرجال وما شابه ذلك.

4- إتهام الزوج زوجته تهمة تخدش كرامتها وتمس شرفها، وتطعن في سلوكها وأخلاقها، فإن ذلك يلحق ضررا كبيرا بها، ويفسد العشرة الزوجية بينهما.

5- ممارسة الزوج بعض السلوكات الشنيعة الماسة بشرف وسمعة العائلة، كأن يضبط في شقة للقمار مرتكبا فعلا فاضحا.

6- إتيان الزوجة كرها في غير موضع الحرث، وهو أمر محرم شرعا لقول تعالى:

[1] اليزيد عيسات، **المرجع السابق**، ص ص 146، 147.

{نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُم مُّلَاقُوهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ}[1].

ومن خلال التمعن فيما سبق من أمثلة عن صور الضرر، يتبين مدى صعوبة إثبات العديد منها، كوطء الزوجة في غير محل الحرث، أو إكراهها على ارتكاب المحرمات، أو سبها وشتمها، فيستحيل الاطلاع على بعضها كالوطء، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1987/01/12 بقولها: (من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليه ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص القانونية وحكموا دون دليل. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.)[2].

كما قد قررت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ: 2011/09/15 أنه لا يعد غياب الزوج عن جلسة الصلح دليلا على توفر الضرر المعتبر شرعا، والمبرر للتطليق[3].

فهذه الصور وأمثالها مما يصعب الوقوف على حقيقتها هي التي تستوجب بعث الحكمين.

أما بالنسبة لضرب الزوجة، فإنه لا يشترط أن يتم إثبات الضرب والجرح في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا بصدور حكم جزائي نهائي ضد الزوج فقط، بل من الممكن إثباته بتقرير الطبيب الشرعي بعد إجراء الكشف الطبي عند حدوث الواقعة، وتحرير

---

[1] سورة" **البقرة**"، الآية 223.

[2] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم: 43864، الصادر بتاريخ: 1987/01/12، المجلة القضائية، ع01، 1991، ص 49.

[3] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم: 654972، الصادر بتاريخ: 2011/09/15، المجلة القضائية، ع01، 2011، ص 294.

محضر بذلك من قبل المصالح المختصة بذلك، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2010/07/15 حيث جاء فيه: (من المقرر قانون أن الضرر يعتبر حالة من حالات التطليق، وأن الشهادات الطبية إذا كانت تثبت تعرض الزوجة للضرب إلا أنها لا تثبت العلاقة السببية بين هذا الضرب والطاعن، والذي لا يثبت إلا بوجود حكم جزائي نهائي يقضي بإدانته بتهمة الضرب والجرح العمدي.

حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أسست حكمها على الشهادتين الطبيتين المذكورتين فيه، فضلا على أن الطعان لم ينف واقعة الضرب والجرح التي ادعتها المطعون ضدها كما يظهر من الحكم المطعون فيه، وبالتالي فإن المحكمة لم تكن ملزمة بإثبات الضرب والجرح بحكم جزائي نهائي يدين الطاعن. متى كان كذلك استوجب رفض الطعن موضوعا وتحميل الطاعن المصاريف القضائية.)[1].

غير أن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه ليس كل ضرر معتبر شرعا هو ضرر معتبر قانونا، وليس كل ضرر معتبر قانونا هو ضرر معتبر شرعا وإن هذا النقص بطبيعة الحال سيؤدي إلى تعارض الأحكام القضائية بهذا الخصوص.

ومن خلال ما سبق ذكره حول الأسباب المخولة للزوجة طلب التطليق، والتي ذكرها المشرع الجزائري على سبيل المثال لا الحصر، يتبين أنها تقوم على الضرر، فمتى توفرت إحدى تلك الحالات جازت للزوجة أن تطلب التطليق، وذلك باللجوء إلى القضاء متبعة في ذلك إجراءات معينة.

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم: 572240، الصادر بتاريخ: 2010/07/15، المجلة القضائية، ع02، 2010، ص 278.

خلاصة:

ان موضوع التطليق هو موضوع بالغ الأهمية، لما يترتب عليه من أثار خطيرة تنعكس على المجتمع ككل و لا تقتصر فقط على الزوجين و الأولاد باعتباره من صور فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة.

كما تظهر أهميته من خلال نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حيث لم تعد ارادة الزوج وحدها هي التي تنهي الزواج بالطلاق، اذ أصبح بامكان المرأة ان تطلب انهاء الرابطة الزوجية من القاضي عن طريق التطليق، بشرط أن تثبت سببا من الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 قانون أسرة.

و قد وسع المشرع من دائرة الأسباب التي تخول للمرأة طلب التطليق وهذا حماية لحقها مع تدخل القاضي.

الفصل الثاني: الخلع

الفصل الثاني: الخلع

تمهيد:

عند استحالة العشرة بين الزوجين أجاز المشرع الجزائري بالحسن وذلك مصداقا لقوله تعالى: { فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}.

وكما أجاز المشرع للزوج تطليق زوجته وعدم استمرارية الرابطة الزوجية، أجاز للزوجة أيضا وأعطاها الحق في طلب الخلع وافتداء نفسها متى أحست بكرهها للزوج وعدم الرغبة في المواصلة.

وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل من خلال مبحثين وكل مبحث يحوي ثلاث مطالب.

المبحث الأول: الأساس الشرعي للخلع

للزوجة الحق في حل الرابطة الزوجية وإنهائها بإرادتها المنفردة كما للرجل الحق في الطلاق وهو تشريع أقره الإسلام ووضع أسسه وضوابطه فقهاء الشريعة الإسلامية وبعدهم رجال القانون.

وهذا ما تم التطرق إليه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: مفهوم الخلع

إن الخلع الذي أقره الإسلام مأخوذ من نزع الثوب وإزالته وذلك لأن المرأة لباس الرجل والرجل لباس المرأة وذلك مصداقا لقوله تعالى: { هُنَّ لِبَاسٌ لَكُم وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ}[1]، وقد أولى فقهاء الشريعة الإسلامية عناية بالغة لموضوع الخلع وذلك بإيضاح معناه ومدلوله سواء اللغوي أو الاصطلاحي وذلك ما سنتناوله

تعريف الخلع لغة:

هو التجريد والازالة وخلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه أي نزعه، وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا: جرده.

وخلع الرجل من ماله صدقة أي أخرج منه جميعه وتصدق به وتعرى منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه، وخلع امرأته خُلعا بالضم وخلاعا فاختلعت وخالعته وأزالها من نفسه على بدل منها له فهي خالع ومختلعة[2].

وعرف الخلع لغة بأنه النزع خلع ثوبه ونعله، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال وخالعها وخالعا صيغ منها المخالعة[3].

---

[1] سورة " **البقرة**"، الآية 187.

[2] ابن منصور، **لسان العرب**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، 2005، ص 114.

[3] ابن همام، **فتح القدير شرح الهداية**، الجزء الثاني، دار احياء الكتب العربية، ص 4.

تعريف الخلع شرعا:

من خلال هذا التعريف نتطرق إلى الاختلاف في تعريف الخلع بين المذاهب الأربعة[1]:

1- عند المالكية: هو طلاق بعوض فجاء في المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس إذا كان النشوز من قبل المرأة يحل للزوج أن يأخذ منها ما أعطته على الخلع إذا رضيت بذلك ولم يكن منه في ذلك ضرر لها ويكون الخلع بهذا تطليقة بائنة[2].

2- عند الحنفية: هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه بخمسة ألفاظ هي: خلعتك أو اخلعي نفسك مني، أو بارئتك على مبلغ محدد ويجب أن يذكر المبلغ، وإلا لا يقع الطلاق، والثالثة باينتك على مبلغ كذا وحتى يقع الطلاق هنا لابد من نية الطلاق ومن موافقة الزوجة على ذلك أما الرابعة فهي فارقتك على مبلغ كذا فإذا قبلت طلقت ولزمها المبلغ على سقوط حقوقها والخامسة لفظ طلاق على مال كأن يقول لها طلقي نفسك على مبلغ محدد مثل: 3000 دينار جزائري فإذا قبلت طلقت طلاقا بائنا وألزمت بالمبلغ.

وهناك لفظين آخرين أضيفا إلى الألفاظ الخمسة، منها ما هو مشتق من لفظ البيع كقوله لها بعت نفسك بمبلغ كذا فتقول له اشتريت، فإنها تطلق طلاقا بائنا لأن البيع يزيل الملك، وكذلك لفظ اشتري طلاقك بألف فإذا قبلت وقع الطلاق بائنا.

3- عند الشافعية: الخلع عندهم هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض، وهو ما تبناه القانون المصري، والقانون السوري اللذان وافقا على المذهب الشافعي في تعريفه للخلع.

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، المجلد الرابع، الطبعة السادسة، دار إحياء التراث العربي، ص 387

[2] يحيى بن يحيى الليثي، **موطأ الإمام مالك**، دار النقاش للطباعة والنشر والتوزيع، ص 384.

4- عند الحنابلة: عرفوه بأنه فرق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة، قد تكون صريحة وهي خالعة، فادية، فسخت، وهذا على عوض محدد أما الخلع بألفاظ الكناية فتكون بلفظ باريتك فهذه الألفاظ يصح بها الخلع إذا توفرت النية، وإذا دل عليها الحال كأن تسأله هي الخلع فيعرض عليها مبلغ العوض فتوافقه على ذلك والخلع مهما كانت ألفاظه صريحة أو كناية فإنها لا تنقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج إلا إذا كانت هناك نية طلاق وكان هناك قبول من طرف الزوجة بالعوض.

5- عند الإباضية: قالوا أن الخلع فرقة بين الزوجين وذلك برد المرأة صداقها لزوجها وقبوله إياه[1].

تعريف الخلع في القانون الجزائري: لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا محددا للخلع واقتصر على ذكر أسباب تحقيقه من خلال ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري المعدل تحت رقم 02/05 والمؤرخ في 2005/02/27 في المادة 54 منه.

وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أنها تكاد تكون مجتمعة في معنى واحد ومتفقة على أن الخلع من قبل الزوجة هو معاوضة تدفعها للزوج مقابل مفارقتها له.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية الخلع والحكمة من تقريره

الفرع الأول: أدلة مشروعية الخلع

لقد استدل أهل العلم على مشروعية الخلع من القرآن الكريم ومن السنة النبوية وكذا قد أجمع علماء الشريعة الإسلامية على مشروعية الخلع:

[1] منال محمود المشني، **الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 40.

أولا: القرآن الكريم:

لقد شرع إذا تخاصم الزوجان بسبب ما ينشأ بينهما من خلافات وخصومات ولم يتمكنا من إقامة حدود الله وقد دل على مشروعية الخلع قوله تعالى: {الطَّلاَق مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ}[1]

من خلال هذه الآية الكريمة فإنه يحل للزوج أن يأخذ من زوجته الصداق الذي أعطاه لها وقت الزواج إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله وأداء الحقوق الزوجية فيما بينهما، فإذا وجدت المرأة أنها كارهة لزوجها وأصبحت لا تطيق العيش معه لأسباب تخص مشاعرها، وأصبحت تدرك أنها كارهة له وتنفره ومن خلال هذه النفور ترى أنها سوف تخرج عن حدود الله في حسن المعاشرة والعفة والأدب، فهنا يجوز لها أن تطلب الاختلاع منه وأن تعوض له عن تحطيم حياته وأسرته دون سبب منه فترد له المهر الذي أمهرها إياه[2].

ولقد استقر رأي فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يجوز الخلع إلا أن يكون الشقاق والنشوز من جانب المرأة، فيجوز حينئذ للرجل قبول الفدية.

ثانيا: السنة النبوية:

لقد ذكر علماء الحديث روايات كثيرة على مشروعية الخلع تدور حول واقعة واحدة وهي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو كراهية زوجها وتريد الاختلاع منه فقد روي البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما: « أن امرأة ثابت بن قيس بن

[1] سورة "**البقرة**"، الآية 229.

[2] السيد قطب، **الظلال**، المجلد الأول، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، دار الشروق، ص 248.

شماس أتت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أعيب عليه في خلق ولا دين. ولكن أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته قالت: نعم، قال رسول الله عليه الصلاة والسلام اقبل الحديثة وطلقها تطليقة »[1].

وفي رواية أكثر تفصيل عن ابن جرير أنه سأل عكرمة، هل كان للخلع أصل؟

قال بن عباس يقول: « إن أول خلع كان في الإسلام في أخت عبد الله بن أبي، أنها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبدا إني رافعت جانب الخباء فرأيته قد أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها، فقال زوجها يا رسول الله إني قد أعطيتها أفضل مالي حديقة لي فإن ردت علي حديقتي، قال ما تقولين؟ فقالت: نعم وإن شاء الله زدته ففرق بينهما ».

ومن خلال الحديثين النبويين أنه يجوز للمرأة أن تطلب الاختلاع من زوجها إن خافت لو بقيت تحت عصمته ألا تقيم حدود الله وذلك بأن لا تقدر على تأدية واجباتها نحو زوجها فترد له الصداق الذي أعطاها ويتفرقا.

وفي حال لم يكن هناك سبب لطلب الخلع فإن يكره على الزوجة أن تطلبه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة »[2].

---

[1] رواه البخاري، **موسوعة الحديث الشريف، الكتاب السنة**، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثالثة، 2000، ص 456.

[2] سنن ابن ماجة، **موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة**، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثالثة، 2000، ص 2600.

ثالثا: الفقه

يرى جمهور الفقهاء مشروعية الخلع لدلالة القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة على ذلك، قال الإمام مالك بن أنس في شأن الخلع لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر لمجتمع عليه عندنا، وهو الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسئ إليها، ولم تؤت من قبله وأحبت فراقه فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس، وإن كان النشوز من قبله بأن يضيق عليها، ويضرها، رد عليها ما أخذ منها ولم يخالف هذا إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي فإنه يرى أن الآية الكريمة: {فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ }[1] نسخت بآية: {وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا }[2] أي أنه يرى عدم جواز أخذ الزوج من زوجته شيئا.

وروي عن محمد بن سرين من فقهاء التابعين وعن أبي قلابة أنهما يريان عدم جواز الخلع إلا إذا شاهد الزوج زوجته ترتكب فاحشة، واستدل في هذا الرأي بقول الله تبارك وتعالى: {وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ}[3].

وإن ما يراه جمهور الفقهاء هو الرأي الراجع وأدلتهم واضحة من القرآن في الآيات الكريمة، وكما أن بعض العلماء يرون أن الإجماع انعقد في عصر الصحابة رضي الله عنهم على جواز الخلع، وذلك أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب حجة شرعية لقول الرسول صلى الله عليه وسلم:« لا تجتمع أمتي على الضلالة ».

والإجماع هو المصدر الثالث بعد القرآن الكريم والسنة النبوية وإذا انعقد الإجماع على حكم شرعي في أي عصر من العصور فإنه لا يجوز لأي أحد أن يخالفه.

---

[1] سورة "**البقرة**"، الآية 229.

[2] سورة "**النساء**"، الآية 20.

[3] سورة "**النساء**"، الآية 19.

الفرع الثاني: الحكمة من تقرير الخلع

الحياة الزوجية أساسها الرحمة والمودة وحسن المعاشرة والطمأنينة والسكن، وقيام كل من الزوجين بواجبه تجاه الآخر، ولكن قد يحدث كره الرجل لزوجته أو العكس بكره المرأة لزوجها فلقد أوصى المولى عز وجل في القرآن الكريم بالصبر ومعالجة الأسباب التي تؤدي إلى الكراهية والبغض والنفور بينهما لقوله تعالى: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا}[1].

وجعلت المودة والرحمة هما الأساس الذي ارتضاه رب العزة للعلاقة الزوجية في قوله تعالى:{وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً}[2].

ومن خلال هذه الآية الكريمة تبين لنا جوهرها في حسن المعاشرة.

ولكن قد يشتد الشقاق وغياب الاحترام والمودة بين الزوجين وتصبح الحياة بينهما غير مترابطة ومتنافرة فحينئذ رخص الإسلام بالحل الذي لابد منه وهو طلب الزوجة الافتداء لنفسها لرفع الضرر عنها وتمكينها من الخلاص من الرابطة الزوجية.

ولكن عندما تتطور المشاكل بين الزوجين وتتخطى العلاقة الزوجية الحدود المخطط لها فعليها إن أرادت التخلص من هذه الوضعية أن تقدم مالا لزوجها مادام النفور من جانبها.

وأنها أرادت وقدرت أن الحياة الزوجية مستحيل استمرارها فهنا بإمكانها أن تستعمل ورقة الخلع الممنوحة لها شرعا وقانونا لإنهاء هذه العلاقة مقابل إرجاع المهر المقدم من قبل الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

– فالخلع جاء ليرفع الضرر عن الزوجة لم يكن بوسعها دفعه إلا بطلب الفرقة.

---

[1] سورة" **النساء**"، الآية 19.

[2] سورة" **الروم**"، الآية 21.

فقد جاء في المذهب **المالكي**، أنه قال الدردري: الضرر هو ما لا يجوز شرعا كهجر بلا سبب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو قوله لها (يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون) كما يقوله الكثير من رعاع الناس، ويؤدب الزوج على ذلك زيادة على التطليق.

ويحق للمرأة طلب التطليق (الخلع) لأي ضرر كان نوعه سواء كان ضررا معنويا كالمضايقة والقسوة والإهانة بأي وسيلة كانت، سواء مباشرة أو غير مباشرة لها أو لأفراد عائلتها، وسواء كان هذا الضرر من الزوج نفسه أو من أفراد عائلته أو من جيرانه أو أصدقائه وسواء قصد أم لم يقصد كأن يكون سكران أو قد تناول المخدرات أو أنه قد ارتكب أفعالا مشينة أو أن يؤذيها في مشاعرها أو في شعورها الديني كالمجاهرة بانتهاك الأوامر الدينية أو مضايقتها وقت أدائهما لشعائرها الدينية، أو اضرارا مادية كاستعمال العنف ضدها أو زيادة العمل المرهق عليها بقصد الإضرار والإيذاء بها فإن شاءت الزوجة أقامت على هذه الحالة وإن شاءت طلبت الخلع والتطليق من زوجها بدليل القاعدة الفقهية " لا ضرر ولا ضرار ".

ويعتبر ضرر كذلك الفعل الذي يؤدي إلى تهديد حياة الزوجة بالخطر كمحاولة قتلها أو تهديدها بالسلاح أو بأي أداة حادة أو اتهام الزوجة في عرضها وشرفها، وكذلك الفعل الذي يؤثر على أمن واستقرار وطمأنينة الزوجة في حياتها الزوجية.

ويحق للزوجة عند تعرضها للأضرار السابقة طلب الخلع الذي شرع لرفع الضرر والظلم عن المرأة وفي حالة عدم رغبتها بفضح أسرارها أمام المحكمة دون سبب مبرر أما إذا لجأت المرأة إليه لمجرد الرغبة في الانفصال عن زوجها فهنا يتحقق عليها قول الرسول عليه الصلاة والسلام: « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق فحرام عليها رائحة الجنة ».

المطلب الثالث: آثار الخلع

إن من واقع الدراسة التي أجريت على هذا الموضوع الحيوي ومع الإحاطة بجوانبه الفقهية والقانونية هناك آثار تترك بصمتها على الزوج والزوجة من خلال اللجوء إلى الخلع لفك الرابطة الزوجة.

الفرع الأول: الآثار المتعلقة بالزوجة والزوج

يمكن للخلع أن يشبه بالسلاح ذو الحدين فإن استخدم في وقته فهو في صالح المرأة وإن استخدم في غير وقته فله تأثير مباشر على كيان الأسرة ومن بين هذا الكيان الأولاد، وعلى هذا الأساس فإن للخلع آثار سلبية وكذا آثار إيجابية وسوف نوضحها في ما يلي:

الآثار الإيجابية والسلبية للخلع على المرأة:

أولا: الآثار الإيجابية

يعتبر الخلع من بين أبرز الحلول السريعة والمؤثرة للنساء الراغبات في الطلاق، واللواتي عانين من الظلم والمشاكل الأسرية وبالنسبة للمرأة التي تعاني من هجران الزوج لمدة طويلة خارج البلاد فيعتبر الخلع المخرج الوحيد للزوجة أو عند استحالة الحياة الزوجية وبعد استنفاذ كافة طرق لإصلاح الأوضاع بين الزوجين متى رأت المرأة أن الزوج أصبح يستحيل إتمام الحياة معه كأن يكون سكيرا، أو مقامر أو زانيا أو عند المساس بكرامة الزوجة المعنوية والتدخل في معتقداتها الدينية وكذا عند عدم إشباع الزوج لرغبات الزوجة العاطفية والجنسية فكل هذه المشاكل التي تشوه الحياة الزوجية تعطي للزوجة الحق في طلب الخلع.

ثانيا: الآثار السلبية

إن من شروط قبول الخلع إرجاع المهر المقدم من طرف الزوج وقت طلب القران وهذا الأمر يمثل خسارة بالنسبة للمرأة.

ونظرا لأن الخلع أمر ظهر حديثا في مجتمعنا فالمرأة التي تطلب الخلع تعاني من مشاكل نفسية عديدة مع عدم إعطاء المرأة الحق في طلب الخلع الذي أعطاه الرسول صلى الله عليه وسلم لمرأة ثابت بن حسان، وكذلك المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون متى قدرت انشقاق الزوج عنها [1].

الآثار الإيجابية والسلبية للخلع على الرجل:

أولا: الآثار الإيجابية

إن بعض الأزواج في مجتمعنا الحالي ينظرون إلى الخلع من منظور مادي، كونه غير مكلف حيث يستطيع هؤلاء الرجال استغلاله لمصلحتهم، فبعد أن يتزوج ولأتفه الأسباب أحيانا يبدأ بضرب زوجته وإهانتها أو تعذيبها نفسيا، وترد الزوجة لزوجها المهر المقدم وقت القران.

فأصبح الشباب يجد مبتغاه من خلال الخطبة ومن ثم القران وبعدها تتعدد المشاكل الزوجية مع رفض الزوج الطلاق واستدراج المرأة إلى طلب الخلع وإرجاع المهر بعد التلاعب بمشاعر الزوجة وقد يكون الخلع هو المخرج الوحيد للرجل الذي لا يريد أن يشيع أسراره الزوجية، فربما يكون فيه عيب والزوجة لا تريد أن تعلنه للمحكمة والناس بصورة علنية.

[1] منال محمود المشني، **المرجع السابق**، ص 234.

ثانيا: الآثار السلبية

الشعور بالنقص وامتهان الكرامة بين الأهل والأصدقاء والمعارف والجيران، خاصة وأنه يحمل لقب الزوج المخلوع وهو الشيء الذي عبر عنه الكثير من الأزواج على أنه وصمة عار على جبينهم خاصة وأن المجتمع الجزائري يعد هذا الأمر ليس بمقبول في وسطنا الاجتماعي، بل يتقبل مسألة طلاق الرجل للمرأة ويبغض مسألة الخلع كما ذكرنا سابقا وكذا يترك الخلع آثار نفسية وأمراض من خلال الخسائر المادية التي صرفت قبل القران وبعده، وترجع الزوجة لزوجها المبلغ الرمزي المقدم وقت القران فقط.

الفرع الثاني: الآثار المتعلقة بطبيعة حل الرابطة العقدية

وقد تنتهي العلاقة الزوجية بإحدى الطريقتين إما الفسخ أو الطلاق.

وقد اختلف رأي الفقه في نوع الفرقة التي تحصل بين الزوجين إذا ما منحت المرأة مالا لزوجها مقابل فراقها له فحصلت هذه الفرقة وجرت بلفظ الخلع أو ما يدل عليه.

– فهل يعتبر فسخ لا ينقص عدد الطلقات؟

– أم هي طلاق تنقص به عدد الطلقات في الطلاق؟

– وما هو التكييف الشرعي لنوع الطلاق بالخلع هل هو طلاق رجعي أو هو طلاق بائن؟

الخلع فسخ أم طلاق:

لقد انقسم الفقه الاسلامي في نوعية الحكم الصادر في مسألة التفريق بين الزوجين عن طريق الخلع بين من أطلق عليه مصطلح الفسخ وبين من أطلق عليه وصف طلاق.

الخلع طريق للفسخ:

ذهب أصحاب هذا الرأي بالقول بأن الخلع فسخ وليس طلاقا وذلك مصداقا لقوله تعالى: {وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ}[1].

فلو اعتبرنا المختلعة مطلقة لأمر النبي عليه الصلاة والسلام زوجة ثابت بن قيس أن تعتد بثلاث حيضات ولم يقتصر لها على حيضة واحدة.

فإذا ما وقع لا يحسب به عدد الطلقات فمن طلق زوجته مرتين ثم خالعها لا تبين منه بينونة كبرى ويمكن له أن يرجعها بعقد جديد وبه قال ابن عباس وعكرمة وطاووس وأحمد وإسحاق وأبو ثور واختاره أبو المنذر.

فقد جاء في إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل أن الخلع طلقة بائنة وفي الأخرى فسخ وهذا أيضا قول الشافعي وابن عباس وغيرهم أنه فسخا[2].

وورد في الإنصاف الصحيح أن الخلع فسخا وما روي عن عمر بن دينار أنه سمع عكرمة مولى ابن عباس يقول ما أجازه المرء فليس بطلاق لأن النبي عليه الصلاة والسلام أمر زوجة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة ولو كان طلاق ما أمرها بذلك.

ورفض الإمام الشوكاني في كتابة الدراري المضيئة أن الخلع فسخ[3].

وقال ابن تيمية الخلع فسخ وهذا ثابت عن ابن عباس باتفاق أهل المعرفة والحديث[4].

واستدل القائلون بأن الخلع فسخ لقوله تعالى: {الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّلَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ

---

[1] سورة "**البقرة**"، الآية 228.

[2] ابن قدامة المغني، **على مختصر الخرقي**، الجزء الثاني، دار احياء الكتاب العربي، بيروت، ص 180.

[3] الشوكاني الدراري المضيئة، الجزء الثاني، ص 74.

[4] ابن تيمية، **الفتاوي**، الجزء الثالث، مطابع الرياض، ص 31.

خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُون فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْد حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ}[1].

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة أن الله تعالى ذكر الطلاق مرتان تستتبع كل مرة منها بالإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان وبعدها افتداء الزوجة نفسها مقابل عوض مالي ثم بعدها قال تعالى: {فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ }، أي إن طلقها بعد ذلك فلو كان الافتداء بالخلع طلاقا لترتب عليه الحرمة حتى تنكح زوجا غيره هي أربع طلقات وليس ثلاثة فهذا صريح على أن الخلع ليس بطلاق[2].

والاستدلال الثاني جاء في رواية ثابت بن قيس مع زوجته منها:

رواية النسائي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال لثابت بن قيس خذ الذي لك عليها وخل سبيلها قال نعم فأمره النبي عليه الصلاة والسلام أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها[3].

ما ذكر في المحلي لابن حزم روي عن نافع مولى ابن عمر أنه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها اليوم فهل تنتقل اليوم؟

فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما فقال لابن عمر، عثمان خيرنا وأعلمنا[4].

ووجه الاستدلال من هذه الأحاديث أن التعابير التي وردت بألفاظ، خل سبيلها، تلحق بأهلها، ونحو ذلك ما دل على أن الخلع ليس بطلاق كما دلت على أن الخلع لا يترتب

---

[1] سورة" **البقرة**"، الآية 229، 230.

[2] القرطبي، **تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن**، الجزء الثالث، دار القلم، الطبعة الثالثة، ص 143.

[3] ابن قيم الجوزية، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، الجزء الثاني، دار الحديث، القاهرة، ص 415.

[4] ابن حزم المحلي، **الجزء العاشر التراث العربي**، بيروت، ص 237.

عليه وجوب العدة وإنما الاستبراء بحيضة واحدة ولو كان طلاقا لاستتبع العدة لقوله تعالى: {وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ}[1].

الخلع طريق للطلاق:

يرى أصحاب هذا المذهب أن الخلع طلاق وبه قال عثمان ابن عفان وعلي بن أبي طالب وابن مسعود وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن البصري وإليه ذهب جمهور الفقهاء كمال والأوزاعي والثوري وابن حنيفة وأصحابه[2].

وعن سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة[3].

أولا: رأي أصحاب المذاهب

1- المالكية: قال ابن رشد أن الفسخ يقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره وهذا الخلع راجع إلى الاختيار فليس بفسخ إذن هو طلاق[4].

2- الحنفية: جاء في المبسوط أن الخلع تطليقة بائنة أي النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه[5].

3- الحنابلة: جاء في المعنى الخلع طلقة بائنة على إحدى الروايتين[6].

4- الشافعية: قال الغزالي الصحيح أنه طلاق[7].

---

[1] سورة "**البقرة**"، الآية 228.

[2] محمد شرح الخرشي علي مختصر خليل الجزء الرابع ص 12 ابن همام ص 201، المغني ص 57.

[3] ابن همام، **المرجع السابق**، ص 201.

[4] ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقاصد**، الجزء الثاني، دار الكتاب الحديث، ص 41.

[5] شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار المعرفة، ص 177.

[6] عبد الله بن أحمد ابن قدامة المغني، **المرجع السابق**، ص 57.

[7] شمس الدين الرملي، **نهاية المحتاج**، الجزء السادس، دار إحياء الكتب العربية، ص 397.

ولقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي[1]:

ما جاء في حديث البخاري عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر ثابت بن قيس أن يقبل الحديقة ويطلقها تطليقة ووجه الاستدلال من الحديث الشريف أن النبي عليه الصلاة والسلام أمره بطلاقها مقابل إرجاع الحديقة بلفظ الطلاق صراحة.

إن امرأة ثابت بن قيس بذلت العرض للفرقة والفرقة التي يملك الزوج هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون الخلع طلاقا.

إن هذه الفرقة حدثت بعد تمام النكاح فتكون طلاقا لا فسخا.

إن الطلاق قد يكون صراحة أو كناية ويدخل ضمن هاتين الحالتين الخلع الذي تنحل به الرابطة الزوجية فالخلع يعتبر طلاقا، فإذا نوى بالخلع ثلاثا كان الطلاق بائنا بالثلاث.

ثانيا: في حالة نية الخلع بأقل من ثلاثة

أما إذا نوى به أقل من الثلاثة فهناك خلاف في المذاهب الفقهية[2]:

1- المالكية: يبينون أن الفرقة بين الزوجين تكون بالطلاق أو الفسخ ويحددون الأنواع التي تدخل ضمن الطلاق كما يلي: في كل عقد يعتبره المالكية ثابت والردة تعتبر سبب للطلاق البائن والخلع والطلاق الصريح والكناية والفرقة بسبب الإيلاء والفرقة بسبب الإعسار عن دفع الصداق أو النفقة.

2- الحنفية: يرون أنه إذا نوى بالخلع ثلاثة فهو طلاق بائن أما إذا نوى به اثنين فقط فإنه لا تحسب عليه سوى طلقة واحدة.

3- الحنابلة: يعتبرون الخلع فسخا فإذا لم يقترن بلفظ يفيد الطلاق فإنه لا يعتبر طلاقا.

---

[1] عامر سعيد الزيباري، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية**، دار ابن حزم بيروت، ص ص 224، 227.

[2] عبد الرحمن الجزيري، **المرجع السابق**، ص 423.

4- الشافعية: يفرقون بين الفسخ والطلاق ويدرجون صمن الطلاق أربعة أنواع هي: ألفاظ الطلاق صريحة وكناية والخلع والفرقة للإيلاء وأخيرا فرقة للحكمين.

الخلع طلاق بائن أم رجعي:

لقد اختلف جمهور العلماء حول نوع الفرقة في الخلع هل هي طلاق بائن أم طلاق رجعي:

أولا: الخلع طلاق بائن

الخلع طلاق بائن تنحل به الرابطة الزوجية فلا يملك الزوج مراجعة المرأة المختلعة منه ولو كانت في العدة وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[1].

وفي نظر أصحاب هذا الرأي فإن الخلع بعوض وقد ملك الزوج العوض بقبوله فلا بد وأن تملك هي نفسها تحقيقا للمعاوضة، ولا تملك نفسها إلا بالبائن فيكون الخلع حينئذ طلاق بائن، ذلك أنها بذلت العوض لتخلص نفسها عن الزوج ولا تتخلص في هذه الحالة إلا بالبائن لأن الزوج يراجعها في الطلاق الرجعي، حيث لا تتخلص عندئذ منه ويذهب مالها بغير شيء فكان الواقع بائنا[2].

وذكر في حاشية الشرقاوي أنه إذا ذكر المال في الخلع، وقلت الزوجة هو طلاق بائن[3].

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بقول المولى عز وجل: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}

---

[1] عامر سعيد الزيباري، **المرجع السابق**، ص 237.

[2] **المرجع نفسه**، ص ص 241، 244.

[3] الشرقاوي حاشية الشرقاوي، **على التحرير**، المطبعة الأزهرية، 1928، ص 291.

ووجه الاستدلال أن يكون الفداء إذا خرجت من عصمته وسلطانه، فالله سبحانه وتعالى رفع الإثم والجناح في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله في العشرة الزوجية عن افتداء نفسها من هذه العشرة والافتداء هو الخلاص والاستنفاذ مأخوذ من افتداء الأسير.

كما استدل أصحاب هذا الرأي بما رأوه ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لثابت اقبل الحديقة وطلقها تطليقة، كما روى مالك عن نافع في قصة خلع الربيع بنت المعوذ أن عدة المختلعة هي عدة المطلقة.

وما روي أيضا عن هشام عن عروة عن أبيه عن جيهان أن أم بكرة الأسلمية كانت تحت عبد الله بن أسيد فاختلعت منه فقدما إلى عثمان بن عفان فأجاز ذلك وقال هي واحدة إلا أن تكون سميت شيئا فهو على ما سميت.

ثانيا: الخلع طلاق رجعي

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول برجعية الطلاق في الخلع شريطة أن لا يأخذا المال المفتدى به من طرف الزوجة فللزوج الخيار بين أن يقبل المال فيسقط حقه في الرجعة وبين أن يرد المال ويثبت له حق الرجعة وبه قال سعيد بن المسيب والزهري وهو مذهب ابن حزم والرجعة في كل حالة تكون في العدة فقط[1].

واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: {فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ}[2].

فهذا هو أمر الله في الطلاق فلا يجوز أكثر منه، كما استدل أصحاب هذا الرأي إلى أنه عندما يرد العوض للمرأة يبقى الطلاق على أصله وهو الرجعي[3].

---

[1] عامر سعيد الزيباري، **المرجع السابق**، ص 237.

[2] سورة "**البقرة**"، الآية 231.

[3] عبد الله بن أحمد ابن قدامة المغنى، **المرجع السابق**، ص 233.

وقال عبد الله أبو بكر المزني يسقط الدينار والرجعة ويوجب مهر المثل لما قال الشافعي فيمن خالع امرأة على عوض واشترطت أنها متى شاءت استرجعت العوض وثبتت الرجعة.

* ولكن ما هو الحكم إذا خالع الرجل زوجته واشترط عليها أن له الرجعة؟

وقد اختلف رأي الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب[1]:

– **المذهب الأول:** قال أصحابه أنه يبطل الشرط ويقع الطلاق بائنا ويجب العوض وإلى هذا ذهب الحنفي والمالكية والحنابلة.

– **المذهب الثاني:** يرى أنصاره أنه يصح الشرط ويقع الطلاق رجعيا ويجب العوض وهو قول سحنون عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي.

– **المذهب الثالث:** ذهب مؤيدوه إلى القول ببطلان الخلع ووقوع الطلاق رجعيا بلا بدل وهو مذهب الشافعية.

ومن خلال ما تقدم ذكره من توضيح للآراء والأدلة نستنتج أن الذين اعتبروا الخلع فسخا منحوا الفرصة لإمكانية إعادة العلاقة الزوجية، في حال ما إذا بقي للزوج طلقة واحدة على الطلقات الثلاث وهذا أقرب للمصلحة وما أقرب للمصلحة هو أقرب للشرع حسب القاعدة الفقهية، حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله بينما اعتمد الذين يرون أن الخلع طلاقا على صريح حديث النبي عليه الصلاة والسلام لثابت اقبل الحديقة وطلقها تطليقة، كما اعتبروا أنه لكي يكون الخلع طلاقا بأن تعتد المرأة المختلعة ثلاث حيضات، وبذلك يكونون قد حسموا المسألة لزوجة كارهة وباغضة للعيش مع زوجها حيث قدرة أن الحياة معه أصبحت مستحيلة.

[1] عامر سعيد الزيباري، **المرجع السابق**، ص ص 241، 244.

ومن خلال الآراء التي سبق ذكرها حول كون الخلع فسخ أم طلاق يتضح لنا أنه يمكن المزاوجة بينهما فيكون الخلع فسخا لا ينقص به عدد الطلقات، إذا أجبر القاضي الزوج على مخالعة زوجته دون موافقته، ورضاه، فلما كان هذا الأخير بيده الحل والعقد في فك الرابطة الزوجية وإبقائها، ولما انعدم هذا الحق في الحالة بانعدام إرادة الزوج في إيقاع الطلاق كان الطلاق فسخا.

ويكون الخلع طلاقا تنقص به عدد الطلقات، إذا ما كان الإيجاب والقبول متطابقين سواء بادرت الزوجة بالخلع أو بادر الزوج به، فإذا كان قبول الزوج للخلع بمحض إرادته دون أن يجبره القاضي بذلك وحصلت الفرقة كان طلاقا.

وأما بالنسبة لكون الخلع طلاقا بائنا أم رجعي، يتضح لنا أنه إذا وقع الخلع بالتراضي بين الزوجين وكانت إرادة الزوج خالية من أي ضغط أو إكراه، كان الطلاق رجعيا، بينما إذا لم يوافق الزوج على الخلع ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء ففرق القاضي بينهما دون الالتفات إلى إرادة الزوج كان الطلاق بائنا.

عدة المختلعة:

لقد اختلف الفقهاء في عدة المرأة المختلعة وقد انقسمت الآراء إلى مذهبين:

– **المذهب الأول:** عدة المختلعة هي نفسها عدة المطلقة وهو ما روي عن علي بن أبي طالب وبه قال سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار والحسن والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والزهري وقتادة والليث بن سعيد وابن حزم والإمام أحمد.

ولقد استدل أصحاب المذهب الأول على أن عدة المختلعة هي عدة المطلقة بالكتاب والسنة.

أولا: من الكتاب

قال تعالى: {وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ}[1].

يأتي في هذه الآية الكريمة أن عدة المطلقة ثلاثة قروء، والخلع هو طلاق والمختلعة لا تخرج عن كونها مطلقة إلا أن طلاقها يكون بعوض فهي لا تخرج عن أحكام المطلقات[2].

ثانيا: قول الصحابة

ما روي عن عبد الله عن عمر رضي الله عنه أنه قال: « عدة المختلعة عدة المطلقة ».

ولقد رجع ابن عمر عن هذا الرأي لما سمع عثمان ابن عفان يقول بأن المختلعة تعتد بحيضة واحدة، وقال عثمان خيرنا وأعلمنا وقد روي عنه فيما أخرجه أبو داود حدثنا القعنبي عن مالك عن نافع عن ابن عمر قال: عدة المختلعة حيضة.

إن الطلاق يكون مستوجبا على المرأة العدة إذا كانت مدخولا بها، والطلاق إما يكون بعوض كالطلاق على مال الخلع، وإما يكون بلا عوض، كونه طلاقا فيجب فيه العدة كاملة.

– **المذهب الثاني:** عدة المختلعة حيضة واحدة، وروي هذا عن عثمان ابن عفان وعبد الله بن عمر، وهو قول عثمان، واسحاق بن، وابن المنذر والإمام أحمد في الرواية الثانية، وابن تيمية، وابن القيم.

واستدل أصحاب المذهب الثاني على أنها تعتد بحيضة واحدة بما يأتي[3]:

---

[1] سورة "**البقرة**"، الآية 228.

[2] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، **الخلع في الشريعة الإسلامية**، دار الجامعية العربية الجديدة للنشر، سنة 2003، ص ص 166، 167.

[3] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، **المرجع السابق**، ص ص 168، 169.

أولا: من السنة

1- ما روى سليمان عن الربيع بنت معوذ بن عفراء أنها اختلعت على عهد الرسول عليه الصلاة والسلام، أومرت أن تعتد بحيضة.

وقال الترمذي: حديث الربيع بنت معوذ الصحيح، أنها أمرت أن تعتد بحيضة.

2- ما روى عن عكرمة ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد الرسول عليه الصلاة والسلام أن تعتد بحيضة.

فقد تبين لنا من خلال هذين الحديثين أن عدة المرأة المختلعة حيضة واحدة وهذا نص فيعمل به.

فإن حديث ابن عباس كما ذكر الترمذي، وإرساله كما ذكر أبو داود فقد قيل فيه أن النبي عليه الصلاة والسلام جعل عدتها حيضة ونصف، والراوي عن معمر هنا في الحيضة والنصف هو الراوي في الحيضة الواحدة، وهو هشام بن يوسف أبو عبد الرحمن الصنعاني اليماني خرج له البخاري وحدة فالحديث مضطرب من جهة الاسناد والمتن فسقط الاحتجاج به.

ثانيا: قول الصحابة

1- ما رواه الليث بن سعد، عن نافع ابن عمر أنه سمع الرفيع بنت معوذ بن عفراء وهي تخبر عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان رضي الله عنه فجاء إلى عثمان ابن عفان، فقال له: إن ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم، أفتنتقل؟

فقال عثمان ابن عفان: لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها، إلا أنها لا تنكح حتى تحيض خشية أن يكون بها حبل.

2- ما روي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال: عدة المختلعة حيضة وهذا قضاء خليفة من الخلفاء الراشدين وحكمه، ولا يخفى هذا الحكم على أصحاب رسول الله عليه الصلاة والسلام لو كانوا يعلمون عكسه لاعترضوا عليه، ولم يحدث شيء من ذلك، فدل هذا على موافقته للسنة والصواب ثم هذا أيضا قول صحابي جليل من أعلم الصحابة وأفقههم بأمور الدين.

ولقد جعلت العدة ثلاثة حيضات ليطول زمن الرجعة، فيتروى الزوج ويتمكن من الرجعة في هذه العدة وقال ابن القيم: ولا ينتقض هذا علينا بالمطلقة ثلاث فإن باب الطلاق جعل حكم العدة فيه واحدة بائنة ورجعية.

وبعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم يتضح لنا ان كل فريق ينظر إلى عدة المختلعة من منظور يخالف الآخر فأنصار المذهب الأول ينظرون إليها على أنها مطلقة والخلع طلاق، والطلاق سواء كان عوض تلزم فيه العدة.

وأصحاب المذهب الثاني ينظرون إليه على أنه فسخ وليس بطلاق فالمرأة إنما تعتد لبراءة رحمها فقط وإنما يكفيها من ذلك حيضة.

وإن كان لابد من الموازنة بينهما فإن المذهب الثاني هو الأقوى من ناحية الحجة، ويمكن القول بأن الآية القرآنية: {وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ}[1]. مخصوصة بقضاء الرسول صلى الله عليه وسلم في المختلعة وكذلك صحابته من بعده ولأن الطلاق يكون إما من قبل الزوج تستحق فيه العدة وإما من قبل الزوجة بالخلع فتكون غير مستحقة العدة، ولأن غالب الخلع يكون عن شقاق، فلا تتحسر الزوجة على الحياة الزوجية، ولا تطمع بالرجوع إليها.

[1] سورة "**البقرة**"، الآية 228.

وأما الزوج فقد حصل على مقابل كفرانها العشرة، وتركها للحياة الزوجية بعدما كرهت عشرته، ودفعت ثمن التخلص من الحياة مع زوجها.

وبهذا يتضح أن المرأة المختلعة تعتد بحيضة كما هو قضاء الرسول عليه الصلاة والسلام وعثمان ابن عفان وابن عباس وابن عمر.

ومنه قال إسحاق بن راهوية: وإن ذهب ذاهب إلى هذا، فهو مذهب قوي[1].

المبحث الثاني: التكييف القانوني للخلع

لقد اختلف الفقهاء ورجال القانون حول التكييف القانوني للخلع، بين من اعتبره فسخا لا ينقص به عدد الطلقات ومن قال أنه طلاق ينقص به عدد الطلقات.

المطلب الأول: الفرق بين الخلع والتطليق

من بين الحالات التي تعبر عن الفرقة الزوجية بين الرجل والمرأة، الطلاق على مال والتطليق، فما هي أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بينها وبين الخلع؟

الخلع والتطليق من حيث أوجه التشابه والاختلاف:

أولا: أوجه التشابه بين الخلع والتطليق

يتفق الخلع والتطليق على نفس القاسم المشترك، وهو الفرقة بمبادرة من الزوجة حيث أقرت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في طلب المفارقة، سواء عن طرق الخلع أو التطليق وعلى ذلك نص قانون الأسرة 11/84 المعدل والمتمم بأمر رقم 02/05 والمؤرخ في 2005/02/27 في المادتين 54/53 فأوجب على القاضي أن يجيب الطالبة للمفارقة ويعمل على إنصافها طبقا لما تقرره العدالة.

[1] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، **المرجع السابق**، ص ص 171، 172.

كما يتفق الخلع والتطليق في أن الفرقة بين الزوج والزوجة تتم بحكم قضائي، فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء لتتخلع من زوجها حكم القاضي لها بالفرقة دون الالتفات إلى موافقة الزوج من عدمها، وكذلك الحال في التطليق إذا أثبتت الزوجة الضرر الحاصل لها من زوجها وفق ما قررته المادة 53 من قانون الأسرة.

ومن أوجه التشابه أيضا بين الخلع والتطليق أن كليهما يقع بهما الطلاق بائنا، وفقا للقاعدة الفقهية " الطلاق الذي يوقعه القاضي طلاق بائن "، حيث تحتفظ الزوجة في التطليق أو الخلع بنفقة العدة ولا يجوز التوارث بينهما.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين الخلع والتطليق

تبرز أوجه الاختلاف بين الخلع والتطليق في نقاط عديدة نذكر منها:

– كون الخلع سببه ذاتي ومعنوي يكمن في بغض الزوجة لزوجها، وعدم طاقتها للعيش معه، حيث يصلح كسبب ترفع به الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة الحكم لها بالفرقة دون أن تكون ملزمة بإثبات هذا البغض والكراهية، بل ولا يحق للقاضي مسائلتها في ذلك.

بينما يرتكز التطليق على أسباب مادية محضة ذكرها القانون الصادر سنة 11/1984 في سبع حالات: التطليق لعدم الانفاق، العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، الهجرة في المضجع فوق أربعة أشهر، الحكم بعقوبة شائنة أكثر من سنة، الغياب بعد مضي مدة سنة دون عذر ولا نفقة، للضرر المعتبر شرعا، الفاحشة المبينة، فمن خلال هذه الحالات يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقضاء شريطة أن تثبت تضررها من خلال ما جاء من الأسباب السالفة الذكر، ولقد أضاف التعديل الأخير لقانون الأسرة رقم 02/05 والمؤرخ في 2005/02/27 ثلاثة أسباب إلى أسباب التطليق السبعة فأصبحت عشرة كاملة وهي:

مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من ذات القانون التي تنص على وجوب اخبار الزوج زوجته السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها إذا ما أراد أن يعيد الزواج، الشقاق المستمر بين الزوجين، مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

وعليه نجد أن الخلع يخرج عن إطار هذه الحالات العشر ذلك أنه حالة خاصة خصص له المشرع مادة منفرد به وإن كانت غير كافية للإحاطة بكافة جوانب الموضوع.

– لقد أضافت المادة 53 مكرر من قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بأمر 02/05 عاملا مهما في مسألة التعويض، فأجازت للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، على خلاف ما هو معمول به في الخلع، حيث يتوجب على المختلعة أن تدفع مبلغا من المال تفتدي به نفسها من زوجها وبمعنى آخر أنه في مسألة التطليق تكون هي المستفيدة من الجانب المادي إن حكم لها القاضي بذلك بينما في الخلع تكون هي الباذلة للعوض.

– في موضوع الإيجاب والقبول نجد أنه في الخلع بإمكان الزوجة أن تبادر بالإيجاب لزوجها كأن تقول له خالعني على ألف دينار، فيقول: قبلت كما يمكن للزوج أن يبادر بالإيجاب كأن يقول لها خالعتك بألف دينار، وتقول هي قبلت التطليق الذي يتم عرضه من طرف الزوج دون الزوجة.

أوجه الاختلاف بينهما:

يختلف الخلع مع الطلاق على مال في جملة من الأحكام وهي كالآتي[1]:

أن الخلع يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمباراة أما الطلاق على مال فإن صيغته لا تكون إلا بلفظ الطلاق أو في ما معناه كأن يقول الزوج لزوجته طلقتك على 1000 دينار أو أبنتك بألف.

[1] عامر سعيد الزيباري، **المرجع السابق**، ص ص 246، 245.

إن الطلاق على مال يقع طلاقا بائن فينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وأما الخلع فقد اختلف فيه الفقهاء هل هو فسخ أم طلاق فمن قال بأنه فسخ لعقد النكاح لا تنقص به عدد الطلقات الثلاثة وهي التي يملكها الزوج على زوجته فإذا أعادها بعقد جديد عادت إليه وهو يملك عليها من الطلقات ما كان يملكه من الخلع وذهب الحنفية إلى اعتباره طلاق تنقص به عدد الطلقات.

إذا حصل الخلع وتم فإنه يسقط به كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع، أما الطلاق على مال فإنه لا يسقط به أي حق من حقوق الزوجين إلا إذا اتفق الزوجان على سقوطه.

وفي حال ما إذا كان مقابل الخلع باطلا بأن لم يكن مالا متقوما كالخمر مثلا وقع الطلاق بائنا أما إذا بطل البدل في الطلاق على مال كان الطلاق رجعيا، ذلك أن لفظ الطلاق يكون صريحا في الطلاق فيقع به طلقة رجعية أما لفظ الخلع فهو كناية في الطلاق وليس صريحا به الطلاق بائن.

المطلب الثاني: الخلع عقد رضائي أم حق شخصي

لقد تباينت الآراء حول التكيف القانوني للخلع بين من اعتباره عقد رضائي يترتب عن اتفاق بين الزوجين وبين من وصفه بأنه حق شخصي للزوجة ينطق به القاضي حتى ولم يكن قد حصل رضا الزوج على الطلاق بالخلع.

فقد فسر الفقه الجزائري الخلع المنصوص عليه في المادة 54 من قانون الأسرة رقم 11/84 الصادر في 1984/06/09 بأنه اتفاق بين المرأة والرجل على انهاء الرابطة الزوجية مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها ثم الاتفاق عليه وفي حالة عدم الاتفاق عليه يكون على الزوجة أن تدفع مبلغا لا يتجاوز قيمة صداق المثل بناء على حكم القاضي.

ونلاحظ أن هذه المادة تطرقت إلى حالة عدم الاتفاق بين الزوجين حول مبلغ العوض ولم نشر إلى ضرورة موافقة الزوج كي يقع الخلع، فهل يشترط قبول الزوج وموافقته على الخلع كي تقع الفرقة بينهما، أما أن موافقته لا تعدو أن تكون أمرا شكليا لا يلتفت إليه القاضي أثناء النطق بالحكم.

وهذا التساؤل يطرح فرضيتين:

فأما الطلاق بواسطة الخلع لا تؤخذ فيه إرادة الزوج بعين الاعتبار ولا يهم قبوله أي أنه رخصة وحق شخصي ممنوح للزوجة وأما موافقة الزوج ضرورية لوقوع الخلع.

أولا: الخلع كعقد رضائي

1- موقف الفقه الإسلامي:

فقد اختلف الفقه الإسلامي في تحديد طبيعة الخلع وتباينت آراء الأئمة الأربعة حيث يرى الإمام أبو حنيفة أن الخلع يمين من جانب الزوج ومعارضة من جانب الزوجة وذهب الإمام مالك إلى أن الخلع هو معارضة من الجانبين[1].

ويشترط جانب من الفقه الإسلامي رضا الزوج حيث يقول الظاهرية الخلع هو الاقتداء إذ كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها فلها أن تقتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبره هو جبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما[2] ومن حادثة زوجة ثابت بن قيس يصل الرازي في تفسيره إلى أن الخلع كان بالتراضي، فخل الرجل سبيل المرأة لذلك بقول الفقهاء أن هذه الفرقة تتوقف على

---

[1] عامر سعيد الزيباري، **المرجع السابق**، ص 128.

[2] أحمد نصر الجندي، **التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية**، دار الكتب القانونية، 2001، ص 480.

رضا الطرفين[1].

وذهب عامة الفقهاء إلى أنه طلبت المرأة الخلع لم يجبر الزوج على إجابتها به وإنما يكون ذلك باختياره ورضاه لأن الخلع عقد معاوضة يعتمد التراضي بين المتعاقدين ولما كان الزوج ممنوع من إجباره المرأة على دفع العوض لافتداء نفسها وإجبارها على الخلع كأن الزوج كذلك غير مجبر على قبول العوض[2].

2- موقف التشريع الجزائري:

في الجزائر ساير أصحاب الاتجاه القائل أن الخلع عقد رضائي عامة الفقه الإسلامي ما تأثر بالفكر الغربي حيث أطلق فقهاء الغرب على الخلع مصطلح الطلاق بالتراضي أو التطليق وقد اعتبر جانب من الفقه الجزائري أن الخلع ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل ما تدفعه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها فيقوم هذا العقد بمجرد تطابق الايجاب والقبول وقد يكون الايجاب من الزوجة فقهو عقد معلق على شرط قبول دفع المال من طرف الزوجة[3].

فإذا اتفق الزوج مع زوجته على ان تدفع مبلغا من المال مقابل طلاقها فقبلتا وتم ذلك بإيجاب وقبول حصل الخلع أو المخالعة.

ويستند أصحاب هذا الرأي على أن الخلع من عقود المعارضة يشترط فيه ما يشترط في عقود المعارضة بحيث يعتبر معاوضة لها تشبه بالتبرع من جانب المرأة التي تدفع له مبلغا من المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية وسلطان زوجها التي أصبحت لا تطيق الحياة المشتركة معه.[4]

---

[1] أحمد نصر الجندي، **المرجع السابق**، ص 481.

[2] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، **الخلع في الشريعة الإسلامية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 137.

[3] محمد صبحي نجم، **محاضرات في قانون الأسرة**، الطبعة الثانية، 1988، ص 16.

[4] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الجزء الأول، د م ج، 1994، ص 264.

وفي الفقه الجزائري هناك من اعتبر الطلاق بالخلع من أسباب انحلال الزواج بالإرادة المشتركة بين الزوجين مستندا إلى ما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة في نصها القديم الصادر تحت رقم 11/84 بتاريخ 1984/06/09 فلا يجوز للقاضي أن يحكم بالخلع بمجرد طلبه من الزوجة دون رضى الزوج وموافقته الصريحة[1].

كما اعتبروا أن الخلع شرع أساسي لمصلحة الزوجة في صورة رخصة لتمكنها من طلب التطليق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه ولم تعد تحتمل مواصلة العشرة معه ولم يمنحه لها في صورة حق من الحقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة[2]:

ثانيا: الخلع كحق شخصي

1- موقف المشرع قبل التعديل:

لم يسلم نص المادة 54 من قانون الأسرة رقم 11/84 من الغموض والإبهام فنصت " على أنه يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم ".

وقد أسال هذا النص الكثير من الحبر وتعددت من حول الآراء فهناك من خالف الرأي القائل أن الخلع عقد ثنائي كما رأينا في الفقرة السابقة ما رأى أنه حق الزوجة مبررين ذلك بأن نص المادة 54 في نصها السابق قبل التعديل لا تدل في قراءتها الأولية في الرضائية عندم تنص على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه وإنما تدل أن بها كامل الحرية في طلب المخالعة متى رأت وقدرت ذلك مستنبطين هذا الرأي من أول حادثة خلع وقعت في عهد النبي صلى الله عليه وسلم حيث لم يشترط فيه

---

[1] عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار البعث، الطبعة الثانية، 1989، ص ص 248، 249.

[2] عبد العزيز سعد، **المرجع نفسه**، ص ص 219، 220.

رضا الزوج بل ناقش مسألة المهر مع مطالبة الخلع ولم يناقش مسألة الفرقة البتة وقد تبلور هذا الاتجاه في بعض القرارات المحكمة العليا.

ومن خلال ما تقدم تنتهي إلى أن سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع باعتباره عقد رضائي أم حق شخصي سمح للرجل القانون بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " فتباينت آراءهم في الموضوع وفق ما هو عليه الفقه الإسلامي.

2- موقف المشرع بعد التعديل:

رغم التباين الفقهي المسجل حول المادة 54 شكلا ومضمونا خلال 20 سنة منذ صدور أول قانون للأسرة ببلادنا ورغم الحركية الكبيرة التي أثارها الموضوع داخل أوساط المجتمع المدني من رجال قانون ومثقفين ومهتمين بمجالات حقوق المرأة فكان المراقبون ينتظرون أن يواكب المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة هذه التغيرات الحركية المسجلة إلا أن الملاحظ على المادة المعدل في قانون 05-02 أنها جاءت عكس التوقعات رغم ذلك فإن ذات المادة حسست مسألة الخلاف بين رضائية الخلع وكونه حق شخصي يتم بالإرادة المنفردة للزوجة فنصت صراحة على أنه " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي" فقد جاء المادة بإضافة عبارة (دون موافقة الزوج) على النص القديم لتكون بذلك قد أيدت المذهب القائل أن الخلع مسألة شخصية تتعلق بالزوجة فلها كامل الحرية في أن تطالب المخالعة من زوجها دون الاهتمام بموافقته. ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 54 من قانون الأسرة في نصها الجديد الذي جاء به القانون رقم 05-02 نستنتج أن المشرع الجزائري اعتبر الخلع حق شخصي للزوجة فأجاز لها أن تخالع نفسها دون موافقة زوجها.

ومنه فالخلع وفق نص الفقرة الأولى من ذات المادة هو فرقة لا تؤخذ فيه إرادة الزوج بعين الاعتبار ولا يهم قبوله من عدمه لأنه رخص في صورة حق شخصي ممنوح للزوجة تطلبه متى رأت وقدرت أن الحياة الزوجية لا يمكن استمراراها. كما تكون هذه المادة المعدلة قد قيدت الحديث الصحيح الذي جاء في مسألة الخلع والذي يشترط فيه النبي عليه الصلاة والسلام منها موافقة زوجها بل ولم يستشر الزوج من موافقته من عدمها بل كان ما دار من حديث بينهم كان في مسألة التعويض أو المال.

وعليه فإن الخلع وفق هذا المذهب هو وسيلة من الوسائل الشرعية الممنوحة للمرأة من أجل أن تطلب المخالعة من زوجها باللجوء إلى القضاء للتخلص من رابطة زوجية هي كارهة لها ومن زوج أصبح غير مرغوب فيه لأسباب متعددة ومختلفة .

ورغم تدخل المشرع في التعديل المذكور أعلاه ليجعل من الخلع حق شخصي وأصلي للزوجة إلا أن اقتصاره على مادة واحدة أمر ليس كافيا لاحتواء الموضوع واستيعاب كل تفاصيله.

ومن خلال ما سبق ذكره خلال الرأيين السابقين اعتبارا لأن الخلع عقد ثنائي بين الزوج وزوجته واعتباره حق شخصي تستعمله الزوجة متى قدرت أن الحياة الزوجية مستحيل استمرارها.

وحسب ما جاء بنص المادة 54 المعدل للنص السابق أن الأصل في الخلع حق شخصي من خلال منح المادة الحرية الكاملة للزوجة بأن تخالع زوجها دون موافقته وفي هذه الحالة يكون للقاضي دور مهم في الفصل والحكم بالخلع إن لم يوافق الزوج عليه ومن الممكن أن يتحول هذا الأصل كحق شخصي للزوجة استثنائيا إلى عقد ثنائي الأطراف إذ وافق الزوج على مبدأ الخلع وهنا يكون دور القاضي تكميلي في إرادة الزوجين.

المطلب الثالث: تطور قرارات المحكمة العليا في الأخذ بحق الزوجة في طلب الخلع

لقد كانت القرارات الصادرة في موضوع الخلع من 1984 إلى غاية 1992 تقضي بقبول الخلع وموافقة الزوج ولا تجيز للقاضي الحكم به إن طالبت به الزوجة بإرادتها المنفردة.

لقد تغيرت قرارات المحكمة العليا منذ 1992 فأصبحت تعتبر أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقد رضائي.

كيف نسمي هذا التباين؟

هل نسميه تراجعا أم نسميه استدراكا أم شيئا آخر؟ وما هي القرارات التي جانبت الصواب السابقة أم اللاحقة؟

لقد تأثرت المحكمة العليا بالآراء الفقهية والغموض الذي شاب المادة 54 من قانون الأسرة في نصها القديم وقبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 وبعده وإلى غاية 1992 كانت المحكمة العليا في موضوع الخلع لا تجيز للزوجة المطالبة بالخلع من تلقاء نفسها ولا تجيز للقاضي أن يحكم به بطلب منفرد من الزوجة إلا بموافقة الزوج ورضاه ولكن بعد سنة 1992 ظهر أول قرار في 1992/07/21 أجاز للزوجة مخالعة نفسها دون اشتراط قبول الزوج بالخلع واعتبر ان ذلك مفتاح لباب الابتزاز والتعسف الممنوعان شرعا.

أولا: قبل سنة 1992:

سار القضاء الجزائري على نهج أن الخلع عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة غايته انهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناءا على عرض من أحد الزوجين وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعا تدفه الزوجة فيتفقان على مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم ولا يجوز الرجوع فيه وهذا الموقف الذي اتخذه المجلس الأعلى سابقا

(المحكمة العليا حاليا) قبل صدور قانون الأسرة 1984 حيث اعتبر الخلع قد ثنائي ورضائي في قرار صادر عن المجلس الأعلى في 1969/02/19 على أن: " من المقرر شرعا وقانونا بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج ".

وفي قرار آخر للمجلس الأعلى الصادر في 1969/03/12 أوضح أن الخلع لا يتم إلا بالإيجاب والقبول بين الزوجين وأنه يشترط اتفاقهما على المبلغ الذي تقدمه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها[1].

صدر قرار آخر عن المجلس الأعلى في 1981/04/23 قضى بأنه: " من المقرر شرعا وقانونا انه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع " وخطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القاضي الموضوع فرض على الزوج الطاعن الخلع وقضى بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه ما فعل أخطاء في تطبيق القانون[2].

كما جاء في قرار صادر في 1984/06/11 " متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقد رضائي ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإن القاضي بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الاسلامية في الخلع وإذا كان من الثابت في الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد حكموا بالخلع بتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق بين الزوجين وكان الزوج غير راضي بمبلغ الخلع المحكوم به وأن الزوجة طالبت على مستوى المجلس الغاء هذا الحكم فإن هؤلاء القضاء بقضائهم بالخلع

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى مؤرخ في 1969/03/12 المجلة القضائية الجزء 01 ص 170.

[2] قرار صادر عن المجلس الأعلى مؤرخ في 1981/04/23 المجلة القضائية العدد 02 سنة 1993 ص 111.

تلقائيا قد انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ الشرعي[1].

ووصل المجلس الأعلى في مسايرة هذا الطرح بعد صدور قانون الأسرة في قرار عن غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى في 1988/11/21 من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة لأحكام الفقه لما كان من الثابت في موضوع الخلع أن المطعون ضده طلبت التطليق ولم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا لقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم فيه دون احالة "[2].

كما صدر عن المحكمة العليا قرار في 1991/04/23 " من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبولا من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة الاتفاق على مبلغ الخلع يكون

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى مؤرخ في 1984/06/11 ملف رقم 33652 نشرة القضاء عدد خاص سنة 1989 ص 39.

[2] قرار صادر عن المجلس الأعلى مؤرخ في 1988/11/21 ملف رقم 51728 نشرة القضاء عدد خاص سنة 1990 عدد 3 ص 72.

بقضائه كما اخطأ في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه "[1].

ثانيا: بعد سنة 1992:

لقد كانت المحكمة العليا تأخذ بفكرة أن الطلاق بواسطة الخلع هو عقد رضائي لكنها تراجعت عن موقفها بداية من سنة 1992 إذ صدر عنها قرار في 1992/07/21 المؤيد للحكم الصادر عن محكمة وهران بتاريخ 1990/03/17 القاضي بمخالعة الزوجة نهائيا وابتدائيا والحكم على الزوجة بمخالعة أن تدفع للزوج 20000 دج فقضت المحكمة العليا بأن المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما اتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حال عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا وعليه فإن قضاة الموضوع في قضة الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون[2] فلما جاء في قرار آخر في 1994/04/19 أن الخلع يحكم به القاضي دون رضا الزوج وعند الاختلاف في مبلغ الخلع التعويض بتدخل القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل "[3] وكان القرار الصادر عن المحكمة العليا في 1996/07/30 ومن مفاده " من المقرر شرعا وقانونا ان الخلع هو حق خولته الشريعة الاسلامية سمح للزوج لفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم

---

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى مؤرخ في 1991/04/23 ملف رقم 73885 نشرة القضاء عدد خاص سنة 1989 العدد 2 ص 52.

[2]قرار صادر عن المجلس الأعلى مؤرخ في 1992/07/21ملف رقم 83603 المجلة القضائية سنة 2001 عدد خاص ص 134.

[3]قرار صادر عن المجلس الأعلى مؤرخ في 1994/04/19 ملف رقم 115118نشرة القضاء سنة 1997 عدد 52 ص 106.

تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه "[1].

وفي قرار آخر صادر في 1999/03/16 قضت المحكمة العليا " الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك يستوجب رفض القرار "[2] كما قضت المحكمة العليا قرار في 2000/11/21 " إن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونيا ولك منعا للابتزاز والاستغلال بين للزوجين "[3].

فالمحكمة العليا إذا بقرارها هذا تراجعت عن موقفها وأصبحت لا تعتد برضا الزوج في حالة الطلاق بواسطة الخلع إذ أن العقد ليس رضائيا بل أكثر من هذا فإن المحكمة العليا قررت أن المحكمة يمكن أن تمنح للزوجة الطلاق بواسطة الخلع مع حفظ حق المطلق في عوض الخلع إذا كان لا يطالب به وإذا كان رفض فكرة الطلاق وتمسك بالرجوع.

فالطلاق بواسطة الخلع يختلف عن الطلاق بالتراضي لكون الطلاق بالتراضي يقتضي موافقة الزوج على الطلاق كما يختلف عن التطليق لأسباب مقررة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والتي يجب على الزوجة أن تثبتها حتى تحصل على التطليق بغض النظر موافقة الزوج عن فكرة الطلاق فالطلاق بالخلع هو الحل الأخير بيد الزوجة

---

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى مؤرخ في 1996/07/30 ملف رقم 141262 المجلة القضائية سنة 1998 عدد 1 ص 120.

[2] قرار صادر عن المجلس الأعلى مؤرخ في 1999/03/10 ملف رقم 210239 المجلة القضائية سنة 2001 عدد خاص ص 140.

[3] قرار صادر عن المجلس الأعلى مؤرخ في 2000/11/21 ملف رقم 252994 المجلة القضائية سنة 2001 عدد 1 ص 293.

إذا لم يستطيع إثبات أي سبب من أسباب التطليق المقررة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري لكن في مقابل دفعها لمبلغ مالي كعوض للخلع.

خلاصة:

لقد أعطت الشريعة و القانون للزوجة حق الخلع كحل بديل تلجأ اليه في حالة ما لم تتوفر لها المبررات الشرعية و القانونية لطلب التطليق، و أعطيت لها كل الحرية في استعمال هذا الحق اذ لم توضع أمامها أي قيود أو شروط تمنعها.

والخلع كغيره من التصرفات فهو يقوم على مجموعة من الأركان وهي: الزوج و الزوجة و الصيغة و العوض، و المشرع الجزائري اكتفى بإعطاء الزوجة حق الخلع كحق أصيل لها دون أن يبين لنا الأحكام المتعلقة بهذا النوع من التصرفات الخطيرة و هذا ما نلاحظه من خلال تناوله مادة واحدة فقط بخصوص هذا الموضوع.

خاتمة

و في ختام بحثنا نخلص إلى القول أن قانون الأسرة الجزائري و بحسب موضوعاته التي تضمنتها نصوصه أخذ جُل أحكامه من قواعد الشريعة الإسلامية و هذا ما توصلنا إليه و لمسناه جليا من خلال معالجتنا لهذا البحث.

لقد جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الزوج و أعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته و بالمقابل لم يهمل جانب المرأة في ذلك، بل شرع لها طريقين للخلاص من هذه الرابطة بطلب منها إذا ما استحالت العشرة الزوجية بينهما و ساد الشقاق.

فالطريق الأول يتم بحكم القاضي طالما أن الزوجة متضررة من العشرة معه و حقوقها مهضومة و ذلك استنادا على أسباب أوردها المشرع على سبيل الحصر في المادة (53) من قانون الأسرة و في غيابها يرفض القاضي دعوى التطليق لعدم التأسيس وهنا يظهر دور القاضي في التطليق في معاينة الوقائع التي تستند عليها الزوجة في طلبها و تكييفها، وهو ما نصت عليه المادة 451 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية حيث "يعاين القاضي و يكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة و يفصل في مدى تأسيس الطلب آخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها" و هذا حسب الأسباب المذكورة في المادة 53 قانون أسرة.

و لا يبقى للزوجة سوى اللجوء إلى الطريق الثاني المتمثل في الخلع في حالة كرهها لزوجها و خوفها من عدم إقامة حدود الله، لتفتدي نفسها مقابل مبلغ من المال تدفعه له كتعويض عما دفعه لها من مهر حتى لا يُضار هو الآخر من تلك الفُرقة.

و يمكن طرح بعض الاقتراحات و التوصيات:

– إن ما توصلنا إليه ولمسناه من بحثنا المتواضع يمكننا القول بأن المشرع الجزائري لم يهتم بمسألة التطليق والخلع بحيث خص لكل حالة مادة واحدة فقط على الرغم من أهمية هذين الموضوعين وفائدتهما الكبيرة في المجتمع نظرا لما قد

خاتمة

يترتب عنهما من تشتيت للأسرة وتفريق للأولاد وأن إغفاله هذا قد يؤدي إلى تضارب في الإجتهادات والأحكام وتناقضها من مجلس لآخر.

– وسعت المادة 53 قانون أسرة من دائرة الأسباب التي تجيز للمرأة طلب التطليق، ومنها عدم وفاء الزوج بشروطها و بالتالي اعطاء فرصة لزيادة انتشار ظاهرة التطليق في حين انه لم يوسع مفهوم التطليق بل اكتفى بذكر الأسباب فقط مع عدم التوسع في شرح كل سبب.

– إعادة النظر في المادة 53 وذلك بتقييد الحق في طلب المرأة التطليق بسب شرط تعدد الزوجات بالضرر المعتبر شرعا، وليس لمجرد التعدد.

– جاء في المادة 54 قانون أسرة :" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي" وذلك في مقابلة حق الرجل في الطلاق، حيث ارتقى حقها في الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل و بالتالي زيادة ظاهرة الخلع و التشجيع بها و ذلك بجعل مركز المرأة مساوي للرجل.

– إعادة النظر في المادة 50 وذلك بتقييد الرجعة دون عقد ومهر جديدين ببدء حساب العدة الشرعية وانتهائها، ولا يقيد حصول الرجعة بفترة الصلح، أو بعد صدور الحكم بالطلاق.

– على المشرع وضع مواد تنظم احكام الحالات التي يكون فيها اطراف التطليق او الخلع غير متمتعين بأهلية الاداء وهذا نظرا لما نعايشه اليوم من انتشار ظاهرة الزواج المبكر (ترشيد القصر).

– اقامة دورات تكوينية خاصة بقضاة شؤون الاسرة في مجال الشريعة الاسلامية.

– على المشرع ان يضع قوانين اكثر صرامة لعلاج مشاكل حل الرابطة الزوجية لعله يحد من تفشي هذه الظاهرة.

قائمة المصادر و المراجع

-المصادر:

القرآن الكريم.

- السنة:

1- السيد سابق،فقه السنة ،دار الفتح للأعلام العربي، المكتبة العصرية، بيروت،المجلد الثاني، الطبعة الأولى،2002.

2- موفق الدين بن قدامى و شمس الدين بن قدامى المقدسي، المغني و يليه الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع،الجزء الثامن.

3- ابن منظور،لسان العرب ،دار إحياء التراث العربي ،بيروت،لبنان،دط،دس.

- القوانين:

4- قانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ، الموافق 25 فبراير سنة، 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 ، الصادر بتاريخ 23 أفريل2008

5- قانون الأسرة – قانون الجنسية الجزائرية – قانون الحالة المدنية المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

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

7- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية.

المراجع:

8- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام(الطلاق, الخلع, وحقوق الأولاد, نفقة الأقارب وفقا لأحداث التشريعات القانونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، دط،2004

9- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر،ط د ، 2009 .

10- بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج, الطلاق ,الخلع)،ج1 ،ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط 4، 2005.

11- بلحاج العربي،قانون الأسرة مع تعديلات الامر 05-02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة,ديوان المطبوعات،الجزائر،دس.

12- باديس ذيابي، صور فك الرا بطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزا ئر، دار الهدى، الجزائر،ط1 ، 2007.

13- باديس ذيابي،قانون الاسرة على ضوء الممارسة القضائية،دار الهدى،عين مليلة،الجزائر،2012

14- بدران أبو العينين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية الجعفري والقانون،دارالنهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دط د س.

15- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، د راسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ، الجزائر،ط1،2008

16- بن داود عبد القاد،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الاعلامية،2004

17- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر،ط1 ، 2009 .

18- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر ،ط3 ، 1996 .

19- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،دط, الجزائر،2007

20- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية،الجزائر ،2007.

21- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي ،شركة دار الهدى،د ط،2000.

22- محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة المقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت،ط4 ، 1983.

23- مسعود كمال، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية ، ديوان الجزائر، 1986.

24- منصوري نورة، التطليق و الخلع،,دار الهدى، الجزائر،دط، ،2010.

25- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها و تطبيقا، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، دط , موسوعة الفكر القانوني،2006

26- نصر إسماعيل أبا بكر علي الباري ، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة ،دار الحامد ،عمان ،ط1 ، 2009 م.

27- نصر سليمان و سعاد سطحي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر،عين مليلة، دط، 2003.

28- يوسف دلاندة ،استشارات قانونية في قضايا شؤون الاسرة، دار هومة، 2011

29- يوسف دلاندة ،دليل المتقاضي في مادة شؤون الاسرة(الزواج و الطلاق)، دار هومة، الطبعة الثالثة،2011

30- أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء و الصلح،دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،دط.

31- أحمد ابن علي الفيومي المقرئ،المصباح المنير، مكتبة لبنان،دط ،دس.

32- أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية في ضوء الفقه و إجتهاد القضاء و الجديد في قانون الجمارك، دار الحكمة،الجزائر،دط, 1998.

33- أحمد أبو الوفا،أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت،ط4، 1989.

34- العيش فضيل،قانون الاسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2006.

35- الغوثي بن ملحة،قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005

36- الامام الرازي، مختار الصحاح،مكتبة لبنان،بيروت،1986

37- ابن عابدين، رد المحتار على در المختار، دار احياء التراث العربي، لبنان ،ط، الجزء الرابع1987،2

38- ابن منظور، لسان العرب،تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون،دارالمعارف،دط،دس.

39- العيش فضيل ، الصلح في المنازعات الإدارية و في القوانين الأخرىّ، منشورات بغدادي، الجزائر،دط.

40- بـن داود عبـد القـادر،الوجيز فـي شـرح قـانون الاسـرة الجديـد، موسـوعة الفكـر القانوني، دار الهلال للخدمات الاعلامية،2004

41- جـرجس درجس،معجـم المصـطلحات الفقهيـة و القانونيـة،ط1، الشـركة العالميـة للكتاب،بيروت،لبنان،ط 1996،1.

42- حميدي محمد أمين، شروط رفع الدعوى وآجالها في تقديم المستندات، مداخلة في إطار شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلس قضاء الشلف، محكمة عين الدفلى، 2009

43- سـعيد أحمـد شـعلة، قضـاء الـنقض المـدني فـي أدلـة الـدعوى، منشـأة المعـارف، الاسكندرية،2004

44- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشو ارت بغدادي، الجزائر،2009

45- عبـد الـرزاق أحمـد السـنهوري، الوسـيط فـي شـرح القـانون المـدني الجديـد، ج 2، نظريـة الالتـزام بوجـه عـام (الإثبـات-آثـار الالتـزام)، ط 3، منشـورات الحلبـي الحقوقيـة، لبنان، 2000.

46- عبـد السـلام ديـب، قـانون الاجـراءات المدنيـة و الاداريـة الجديـد ترجمـة للمحاكمـة العادلة،موفم للنشر،الجزائر،ط2، 2011.

47- عبـد القـادر داودي،الأحكـام الشـرعية فـي الأحـوال الشخصـية،دار البصائر،الجزائر،الطبعة الأولى،2007

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

49- محمد أحمد سراج، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية،مصر ، د.ط، دس.

50- محمد باوني، عقد الزواج و اثاره دراسة مقارنة بين الفقه القانوني، منشورات مكتبية اقرا،قسنطينة،الجزائر،ط1، 2009.

51- نبيل اسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية،ط1، 2008 ,

52- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج5، دار الفكر، دمشق، دط،دس.

الأطروحات و الرسائل الجامعية:

53- محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية ،تخصص فقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الاسلامية، باتنة،2009

54- اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في القانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2003 .

55- تركماني نبيلة، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والإجتماعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ،2001

56- نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2000.

57- نعيمة زيتوني،دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الاسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2005

58 – عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة تخرج للحصول على شهادة الماجستير في القضاء الشرعي كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة،2004

59– عروي عبد الكريم ،الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية "الصلح و الوساطة القضائية" طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ،فرع العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر1 ،كلية الحقوق ،بن عكنون،2012

60– عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وآثارها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر،2001

المقالات و المجلات:

– بلحاج العربي،صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزا ئرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسة، عدد03 , الجزائر، 1990

– عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون 84 –11 قانون الاسرة الجزائري،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 41، ج2 ، الجزائر، 2003

– مبادىء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية,بن عكنون، الجزائر،1994.

– سميرة معاشي،احكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري،مجلة المنتدى القنوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة،العدد السادس.

الفهرس

شكر و عرفان

اهداء

مقدمة

المبحث التمهيدي: الطلاق.....01

المطلب الأول: مفهوم الطلاق.....02

الفرع الأول: تعريف الطلاق وخصائصه.....02

أولا: تعريف الطلاق.....02

ثانيا: خصائصه.....05

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق وصفته الشرعية.....12

أولا: مشروعية الطلاق.....12

ثانيا: صفته الشرعية.....14

المطلب الثاني: أقسام الطلاق وشروطه.....18

الفرع الأول: أقسام الطلاق.....18

أولا: أقسام الطلاق من حيث شرعيته.....18

ثانيا: أقسام الطلاق من حيث أثره.....19

الفرع الثاني: شروطه.....22

أولا: شروط المطلق.....22

ثانيا: شروط المطلقة.....29

ثالثا: شروط الصيغة.....32

الفصل الأول: التطليق بالإرادة المنفردة للزوجة.....43

المبحث الأول: ماهية التطليق.....44

المطلب الأول: تعريف التطليق.....45

المطلب الثاني: دليل مشروعية التطليق.....46

المطلب الثالث: طبيعة التطليق.....49

المبحث الثاني: أسباب التطليق.....52

المطلب الأول: التطليق لإخلال الزوج بالتزاماته الزوجية والعائلية.....53

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق والتطليق لغياب الزوج.....53

الفرع الثاني:التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر و للشقاق المستمربين الزوجين62

الفرع الثالث: التطليق لمخالفة أحكام المادة 08 ق أ ج و الشروط الواردة في عقد الزواج67

المطلب الثاني: التطليق لارتكاب الزوج جرائم معاقب عليها جزائيا.....77

الفرع الأول: التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة.....77

الفرع الثاني: التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة.....80

المطلب الثالث: التطليق للعيوب والتطليق للضرر المعتبر شرعا.....83

الفرع الأول: التطليق للعيوب.....84
الفرع الثاني: التطليق للضرر المعتبر شرعا.....93
الفصل الثاني: الخلع.....102
المبحث الأول: الأساس الشرعي للخلع.....103
المطلب الأول: مفهوم الخلع.....104
المطلب الثاني: أدلة مشروعية الخلع والحكمة من تقريره.....106
الفرع الأول: أدلة مشروعية الخلع.....106
الفرع الثاني: الحكمة من تقرير الخلع.....110
المطلب الثالث: آثار الخلع.....112
الفرع الأول: الآثار المتعلقة بالزوجة والزوج.....112
الفرع الثاني: الآثار المتعلقة بطبيعة حل الرابطة العقدية.....114
المبحث الثاني: التكييف القانوني للخلع.....126
المطلب الأول: الفرق بين الخلع والتطليق.....126
المطلب الثاني: الخلع عقد رضائي أم حق شخصي.....129
المطلب الثالث: تطور قرارات المحكمة العليا في الأخذ بحق الزوجة في طلب الخلع...135
خاتمة
قائمة المراجع

ملخص

يتمحور موضوع مذكرتي حول حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة في قانون الاسرة الجزائري ،و ذلك من خلال انهاء العلاقة الزوجية بواسطة القاضي بطلب من الزوجة إذا كان هناك تعسف في حقها أو أسباب معقولة ذكرها المشرع على سبيل الحصر في قانون الأسرة في المادة 53 تحول دون استمرار هذه العلاقة الزوجية.

أو عن طريق الخلع وهو حق أصيل للزوجة لها حرية مخالعة زوجها دون موافقته مقابل عوض تدفعه له.

إن ما توصلنا إليه من بحثنا المتواضع يمكننا القول بأن المشرع الجزائري لم يهتم بمسألة التطليق والخلع بالقدر الكافي فقد خص لكل منهما مادة واحدة فقط على الرغم من أهمية هذين الموضوعين وفائدتهما الكبيرة في المجتمع نظرا لما قد يترتب عنهما من تشتيت للأسرة وتفريق للأولاد.

و بالتالي نجد أن قانون الأسرة الجزائري ما زال بعيدا عن تلبية حاجة الناس الى الحماية القانونية نوعا ما، من حيث اغفاله الحديث عن مجموعة من المسائل ذات الصلة بالحاجة الشخصية للفرد و حقوقه.